

02/2023

Februar

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20230526-122737-0](https://doi.org/10.17176/20230526-122737-0)

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

Verfassungsblog gGmbH
Elbestraße 28
12045 Berlin
Germany
[verfassungsblog.de](https://www.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/.

Diese Publikation wurde im Rahmen des Fördervorhabens 16TOA045 mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung erarbeitet und im Open Access bereitgestellt.

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Parteien & Wahlen Parties & Elections

<i>Anna-Sophie Heinze</i> Pressure to Party?: While Germany's Far-Right AfD Turns 10, Its Influence Remains Limited, But May Grow	175
<i>Werner Krause, Denis Cohen, Tarik Abou-Chadi</i> Rechts nur noch die Wand?: Strategische Annäherung der Unionsparteien an die AfD	177
<i>Thomas Gschwend</i> Zum Mythos des Direktmandates aus Sicht der Wählerinnen und Wähler	180
<i>Alexander Hobusch</i> Das Ende der „Schattenfinanzierung“ parteinaher Stiftungen: Eine Einordnung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Stiftungsfinanzierung	184
<i>Jannik Klein</i> Berlin hat gewählt, doch der Senat regiert weiter	187
<i>Michael Koß, Jakob Schwörer</i> Unfall in Zeitlupe: Warum das BVerfG die etablierten Parteien zum Jagen tragen muss	190

Digitales Digital

<i>Nicolas Harding</i> Aus Staat mach Privat: Zur Einordnung des Twitter-Accounts von Nancy Faeser	194
<i>Alexander Hobusch</i> Einmal amtlich, immer amtlich?: Einige Gedanken zur „Umnutzung“ des Twitter-Accounts durch die Bundesinnenministerin	197
<i>Felix Reda</i> Die Störerhaftung ist tot, lang lebe die Störerhaftung	200

Verkehr & Infrastruktur Transportation & Infrastructure

<i>Charlotte Heppner</i> Frei für wen?: Ein Blick auf die rechtlichen Hintergründe der „Flaniermeile Friedrichstraße“	203
<i>Julia Wulff</i> Schon wieder ein Beschleunigungsgesetz: Gegen die Empfehlungen beinahe aller Sachverständigen drückt die Bundesregierung eine umfassende VwGO-Novelle durch	206

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Moritz Weiss</i> Was nutzen Panzer ohne Ziele?: Über die Notwendigkeit, deutsche Waffenlieferungen zu politisieren	209
<i>Clemens Arzt</i> Versammlungsfreiheit durch Gesetz?: Zum Entwurf eines Versammlungs‘freiheits‘gesetzes in Hessen	212
<i>Lorenz Bode</i> Neue Droge im Knast: Das Einbringen von neuen psychogenen Stoffen mittels Eingangspost in die Anstalt	216
<i>Tobias Mast, Wolfgang Schulz</i> Löschen für die Vielfalt	219
<i>Lukas Daum, Jeremias Düring, Constantin Luft</i> Weltumspannende Vernichtungsfantasien: Warum die rechtliche Missbilligung von antisemitischen und rassistischen Kunstwerken unterscheidbar sein sollte	222
<i>Thomas Feltes</i> Opferrechte in der Sackgasse: Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Fall Oury Jalloh	227
<i>Stella Dörenbach</i> Endlich gleicher Lohn für alle?: Das Equal-Pay-Urteil des Bundesarbeitsgerichts	231
<i>Francesca Palmiotta, Derya Ozkul</i> “Like Handing My Whole Life Over”: The German Federal Administrative Court’s Landmark Ruling on Mobile Phone Data Extraction in Asylum Procedures	234

Europa Europe

Ungarn Hungary

<i>Jannes Dresler</i> Der Brüsseler Testballon: Kommission betritt mit Klageschrift gegen Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz Neuland	238
<i>Eszter Polgári, Tamás Dombos</i> Ignorance and Evil: The Hungarian Constitutional Court on Legal Gender Recognition for Trans People	241

Vereinigtes Königreich United Kingdom

<i>Anurag Deb</i> Allister and Peeples: The UK Supreme Court looks at BREXIT (again)	244
<i>Stephen Tierney</i> A New Battlefield for Scottish Nationalists in the United Kingdom: The Gender Recognition Reform (Scotland) Bill	246

Türkei Türkiye

<i>Burak Haylamaz</i> Shutting Down the Internet to Shut Down Criticism: The Turkish Government’s “Legal” Censorship in the Earthquakes’ Aftermath	249
<i>Kubilay Yalçın</i> Elections Held in Response to Demand: Why Turkey’s Upcoming Presidential and Parliamentary Elections Cannot and Probably Will not be Postponed as a Result of the Earthquake Disaster	252

Digitales Digital

<i>Jessica Schroers</i> A Unique Identification Number for Every European Citizen: The Proposal for a European Digital Identity Regulation and What it Entails	255
<i>Maximilian Gahntz, Claire Pershan</i> Action Recommended: How the Digital Services Act Addresses Platform Recommender Systems	258
<i>Max van Drunen, Natali Helberger, Ronan Fahy</i> The Platform-Media Relationship in the European Media Freedom Act	261
<i>Amelie Röhling, Johannes Weil</i> “Marg bar Khamenei”: Art. 14(4) DSA in Light of Iranian Online Protest	265

Migration & Asyl Migration & Asylum

<i>Rosa-Lena Lauterbach</i> Im asylrechtlichen Niemandsland zwischen Europa und Italien	269
<i>Anna Højberg Høgenhaug</i> Departing from Hostile Refugee Landscapes: Women and Girls from Afghanistan to be Granted Asylum in Denmark and Sweden	272

Rechte der Natur Rights of Nature

<i>Marie-Christine Fuchs</i> Rights of Nature Reach Europe: The Mar Menor Case in Spain in the Light of Latin American Precedents	275
<i>Jasper Mührel</i> Towards European Rights of Nature: How the Mar Menor Case Lays the Basis for a New Legal Approach in Europe	278

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Anna Katharina Mangold, Anna Kompatscher</i> Das Ende von Schengen?: Dänemarks Grenzkontrollen an der dänisch-deutschen Grenze verletzen EU-Recht	281
<i>Lisa-Marie Lührs</i> Kompetenzausschuss statt Kompetenzgericht: Wie eine politische Lösung die Reformdebatte um EU-Kompetenzstreitigkeiten voranbringen könnte	284
<i>Friederike Grischek</i> Why Declaring the Iranian Revolutionary Guards a Terrorist Group is a Trickier Business Than One May Think	288
<i>Jean-Philippe Foegle</i> New Wine in Old Bottles: Luxleaks, Whistleblowers and the ECtHR	291
<i>Alberto Alemanno</i> Qatargate: A Missed Opportunity to Reform the Union	294
<i>Sarah Ganty, Dimitry Kochenov</i> Ignoring Human Life in Belgium: The Questionable Activism of the Belgian Constitutional Court	297
<i>Charlie J P Bennett</i> A Dormant Struggle Reaches Critical Mass: Why Europe Can And Must Lead The Way In Preserving The Constitution Of International Space Law	300
<i>Kimmo Nuotio</i> Watchdog Watching Too Closely: Journalists Reporting on Military Intelligence Were Held Guilty of a Crime in Finland	304
<i>Merijn Chamon</i> The Rise of Article 122 TFEU: On Crisis Measures and the Paradigm Change	307
<i>Peter Meißner</i> Separatisten vor dem EuGH: Der Kampf um die Auslieferung der führenden katalanischen Autonomiepolitiker geht weiter	311

<i>Elisabeth Greif, Linda Greuter</i> Es war einmal in Straßburg: Die Prinzessin, die Tochter des Schusters und die Meinungsfreiheit	315
<i>Leigh Hancher</i> Solidarity on Solidarity Levies and a Choice of Energy Mix: A Sound Legal Basis for Emergency Action in the EU's Energy Markets	318

International International

Israel Israel

<i>Joseph H.H. Weiler</i> Israel: Cry, the Beloved Country	322
<i>Roda Mushkat</i> The Economic Fallout from Curtailing Judicial Independence: Why Tampering With Judicial Independence is an Economically Costly Strategy, in Israel and Elsewhere	324
<i>Lorraine E. Weinrib, Ernest Weinrib</i> Statement by Canadian Law Professors and Jurists on the Proposed Legal Reforms in Israel	326
<i>Anja Bossow, Stav Zeitouni</i> Israel's New Citizenship Deprivation-Deportation Pipeline	330

Amerika Americas

<i>Rodrigo Kaufmann</i> The Chilean Constituent Process: Take 2	333
<i>Bianca Tavolari, Jonas Medeiros</i> The Patriots' Repossession: On the Narratives of the Bolsonaro Supporters' Attack on Democracy in Brazil	336
<i>Julio Riós-Figueiroa</i> Democratic Backsliding and the Supreme Court in Mexico	339
<i>Juan David Gutierrez</i> ChatGPT in Colombian Courts: Why We Need to Have a Conversation About the Digital Literacy of the Judiciary	341
<i>Kai Ambos</i> Ausbürgerung als verschärfte Form politischer Verfolgung	344

Russischer Überfall auf die Ukraine Russian invasion of Ukraine

<i>Christian Tietje</i> Enteignen für den Wiederaufbau?: Zu den rechtlichen Grenzen, den Wiederaufbau der Ukraine durch Enteignungen zu finanzieren	347
<i>Hannah Birkenkötter</i> On the Side of International Law: The General Assembly's Emergency Special Session on Ukraine	351
<i>Andreas Schüller</i> What Can('t) International Criminal Justice Deliver for Ukraine?	355

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Ahmed Ellaboudy</i> Anti-Terror Legislation and Property Rights in Egypt: How Counter-Terrorism Regimes Impinge on Property Rights and the Rule of Law	358
<i>Rehan Abeyratne</i> Incremental but Significant: Hong Kong's Recent Transgender Rights Judgment	362

Anna-Sophie Heinze

Pressure to Party?

While Germany's Far-Right AfD Turns 10, Its Influence Remains Limited, But May Grow

doi: 10.17176/20230203-233243-0



Much has changed – and been written – since the ‘Alternative für Deutschland’ (AfD) was founded ten years ago by some rather neoliberal economists and former conservative party members. Today, hardly anyone talks about its early Eurosceptic profile, as it was soon replaced by nationalist, authoritarian positions, making the party a typical member of the (populist) radical right party family. This shift to the far right was accompanied by a massive change in the party’s executive committee and membership base in 2015. Today, none of the first party spokespersons is a member of the party anymore.

Ideological shift to the far right, intra-party conflict, but relatively strong organisation

Unlike previous far-right parties in Germany (e.g., the DVU, NPD or the Republicans), the AfD succeeded in building a relatively strong organisation and not focusing on a single issue. It quickly recruited members in all 16 federal states and was the first far-right party to enter all state parliaments, the German Bundestag and the European Parliament. At the same time, it positioned itself on all central issues, albeit sometimes late, as with pensions, or contradictorily, as with the COVID pandemic. Furthermore, the AfD uses climate change sceptic frames and acts as a counterpart to environmental activists such as Fridays for Future or, most recently, the ‘Last Generation’. By mobilising against the construction of wind turbines, the AfD boosts its electoral support (just like the Greens do by promoting it).

Despite its increasing radicalisation, the AfD failed to contain its trench warfare between (only relatively) moderate and (significantly more) radical members, which had accompanied the party from the beginning. In 2019, the danger of being observed by the *Verfassungsschutz* (Office for the Protection of the Constitution) came closer; since 2021, the AfD has been considered a ‘suspected case’ for anti-constitutional aspirations. Jörg Meuthen, one of the last rather ‘moderate’ members of the party executive, resigned as party leader in January 2022, lea-

ving the AfD without a good word. Anyone who is still a member of the party today agrees to take a seat next to radical to extremist voices.

With its far-right profile, the AfD has established a relatively stable, but not steadily growing voter base. Thereby, its electoral strongholds solidified in the eastern German states, while the party struggled in western Germany. In the 2021 federal election, the AfD lost votes and its status as the strongest opposition party; in May 2022, it even missed re-entering a state parliament for the first time (in Schleswig-Holstein). However, given its relatively stable voter base, the party is unlikely to disappear in the near future. 50 % of AfD supporters would rather abstain than vote for another party; only 23 % cite the CDU/CSU as their second preference. Many voters with strong populist attitudes have found a new home in the AfD and will therefore hardly be ‘won back’ by, for example, a simple repositioning towards stricter immigration laws. More generally, accommodative strategies do not pay off for mainstream parties – they even tend to increase support for the radical right.

Impact on party competition and parliamentary work

Although the other parties have so far excluded the AfD almost without exception, it has influenced the German party system and parliamentary work. In general, polarisation has increased and coalition formation has become more difficult. In some (mainly eastern German) states, only a few coalition options guaranteed a parliamentary majority while excluding the AfD. The election of Thomas Kemmerich as Thuringia’s Prime Minister in 2020 with support from the FDP, CDU and AfD was a breach of taboo in this respect, but has remained unique so far. At the federal level, the AfD is still relatively strictly excluded, for example, it does not provide a Bundestag vice-president (at the subnational level, however, various parties have already voted for some AfD candidates and motions).

In parliament, the AfD clearly stands out from all other parties. For instance, it makes extensive use of less

complex **instruments** (e.g., minor interpellations) to keep the authorities permanently busy and to obtain information, some of which is not public for data protection reasons (e.g., number and origin of refugees, details on sexual minorities or political organisations against right-wing extremism). Furthermore, the AfD uses targeted provocations in parliamentary debates to attract public attention (for which it needs the corresponding reactions of the other parties and the media). As a result, more **calls to order** have been issued since the AfD entered parliaments (mainly to the AfD, but also to other parties when they become unobjective or insulting).

The increasing polarisation can also be observed with regard to the parties' positions. For example, the AfD's **migration policies** in parliamentary debates differ significantly from those of the other parties. Moreover, the AfD is the only party that uses anti-establishment as well as **radical right stances**. During the pandemic, it was the only one that cooperated with the '**Querdenken**' movement and acted as its parliamentary mouthpiece. These developments can also influence general party competition beyond the parliamentary arena, but this has not happened on a large scale so far.

Mainstreaming and normalisation of the AfD

Compared to other international far-right actors, the AfD's positions and frames still appear relatively marginalised. Even the CDU, which is ideologically and electorally closest to the AfD, has not yet shifted significantly to the right. Although it advocated much more traditional socio-political demands in 2017 than in 2013, it moved again in a more progressive direction in its 2021 election manifesto. After the election defeat, Friedrich Merz (who himself spoke of "social tourism" of Ukrainian refugees, among other things) took over the CDU chairmanship and is currently redefining the party's course. In this context, he announced the establishment of a *cordon sanitaire* against the AfD, in which any cooperation, especially in the eastern German states, would be punished.

It will therefore be decisive how the CDU will actually deal with violations of these guidelines by individual members or even entire parliamentary groups. Most prominently, Hans-Georg Maaßen (CDU) repeatedly attracted attention with nativist and racist remarks and is currently facing a possible expulsion from the party (which

could be difficult due to the high legal hurdles). Although he (or the '**Union of Values**' under his leadership) does not reflect the majority of the CDU, such an adoption contributes to the gradual **mainstreaming and normalisation** of far-right positions and thus threatens liberal democracy. However, exclusion is also crumbling at the party level: only a few days ago, the Thuringian CDU parliamentary group **passed a law** with the AfD and FDP. It will be crucial whether – and if so, how – the federal CDU will tame its (mainly eastern German) state associations not to cooperate with the AfD.

It almost goes without saying that the media also play a central role in the mainstreaming and normalisation of the far right. We know from other countries, such as the Netherlands, that **media practitioners** contribute to this process when they gradually become more accommodative (instead of enhancing a strict demarcation). Compared to other far-right parties, the AfD is still not a completely 'normal' guest in TV duels, interviews, etc. Although media actors – and parties – boycott joint TV duels less often today than in the **early years**, interviews with AfD actors are still highly controversial. For reasons of attention economy, the media report heavily on the AfD and partly also adopt its frames. With its provocative statements, the AfD knows how to use this and shape the media discourse. At the same time, studies underline that the AfD is predominantly portrayed negatively in the media, both at the **regional level** and in the **online sphere**.

Overall, on the AfD's 10th birthday, there is little to suggest that the party will disappear again so quickly. It has established a relatively stable organisation and electorate, with its eastern German strongholds becoming increasingly entrenched. Strategically, the party is now facing the question of whether it can mobilise nationwide with its far-right course or whether it will drift into becoming a 'Lega Ost'. In addition, some legal questions remain unresolved, such as whether the AfD's 'Desiderius Erasmus Foundation' can be deprived of state funding. The AfD's influence is sometimes overestimated, especially when compared to other (populist) far-right parties in Europe. However, its future (indirect) impact depends largely on the behaviour of the other **parties, media actors and civil society**. Although they have been relatively united in excluding the AfD so far, the *cordon sanitaire* is already breaking down in some places. That alone could be reason for the AfD to celebrate.

Werner Krause, Denis Cohen, Tarik Abou-Chadi

Rechts nur noch die Wand?

Strategische Annäherung der Unionsparteien an die AfD
doi: 10.17176/20230207-233109-0



Rechtsaußenparteien haben in den letzten Jahrzehnten flächendeckend in den Parteiensystemen Europas Fuß gefasst. Auch im vergangenen Jahr feierte die radikale Rechte zahlreiche Erfolge. In Frankreich stand zum wiederholten Male Marine Le Pen in der Stichwahl um die Präsidentschaft. Während die Politikerin vom *Rassemblement National* Amtsinhaber Emmanuel Macron unterlag, blieb anderen Rechtsaußenparteien der Zugang zur Macht nicht versperrt. In Italien führt Georgia Meloni, ihrerseits Vorsitzende der radikal rechten *Fratelli d'Italia*, seit Oktober gar als Regierungschefin eine Koalition mit der konservativen *Forza Italia* und der radikal rechten *Le-ga* an.

Zehn Jahre nach ihrer Gründung hat sich mit der *Alternative für Deutschland* (AfD) auch in der Bundesrepublik eine Partei am rechten Rand des Parteienspektrums etabliert. Nachdem die Partei im Jahr 2021 zum wiederholten Male mit zweistelligem Ergebnis in den Bundestag einzog, rangiert sie in aktuellen Umfragen mit 12% bis 16% der Stimmen hinter CDU/CSU, SPD und Grünen.

Die etablierten Parteien in Deutschland suchen seit der Gründung der AfD nach wirksamen Strategien, um den Erfolg der Partei einzudämmen. **Wie auch in anderen Ländern Europas** sieht sich vor allem das Mitte-Rechts-Lager mit dieser Herausforderung konfrontiert. Dabei, so scheint es, versuchen die Unionsparteien immer wieder dadurch Stimmen von der AfD zurückzugewinnen, indem sie sich inhaltlich auf die plakativ einwanderungsfeindlichen Positionen der AfD zubewegen.

Brandmauer mit Löchern

Noch im November 2021 proklamierte Friedrich Merz mit seiner Kandidatur zum CDU-Parteivorsitz eine **Brandmauer zur AfD**: „Wenn irgendjemand von uns die Hand hebt, um mit der AfD zusammenzuarbeiten, dann steht am nächsten Tag ein Parteiausschlussverfahren an.“

Von dieser Brandmauer scheint zu Beginn dieses Jahres nicht mehr viel übrig.

Auf der einen Seite hat sich die CDU insbesondere seit Beginn des Jahres rhetorisch nach rechts bewegt. Der CDU-Generalsekretär Mario Czaja forderte *de facto* eine **Deutschpflicht** auf Schulhöfen und die Berliner CDU stellte eine Anfrage zu den **Vornamen** der in der Silvesternacht Verhafteten, um Rückschlüsse auf mögliche Migrationshintergründe zu ziehen. Merz beklagte bereits im September 2022 einen vermeintlichen **Sozialtourismus** ukrainischer Geflüchtete. Auch die jüngsten Äußerungen zu den vermeintlichen „**kleinen Paschas**“ in deutschen Schulen stellen eine schwindende rhetorische Distanz zur AfD dar. Dass der Parteivorsitzende der CDU mit diesen Positionen in der Partei nicht isoliert ist, zeigte auch die Rückendeckung aus den eigenen Reihen – wie etwa durch die ehemalige Familienministerin **Kristina Schröder** oder **Paul Ziemiak**. Im Bereich der konkreten Policy-Vorschläge orientiert sich die CDU ebenso wieder zunehmend nach rechts. Zuletzt forderten Mitglieder der CDU die Einführung einer jährlichen Obergrenze von **200.000 Geflüchteten pro Jahr**.

Auch das faktische Kooperationsverbot, das sich insbesondere an die CDU-Landesverbände richtete, scheint wenig Bestand zu haben. Beispiele gibt es hierfür inzwischen zahlreiche. So stimmten jüngst zahlreiche CDU-Abgeordnete im Bautzener Kreistag einem Antrag der AfD auf Streichung von Integrationsleistungen für Asylsuchende zu. Bereits im November des letzten Jahres wurde im thüringischen Landtag ein Antrag gegen die Verwendung gendergerechter Sprache zusammen mit Stimmen der AfD und knapper Mehrheit beschlossen. Die angemahnten Parteiausschlussverfahren sind bis heute ausgeblieben. Lediglich im Fall des ehemaligen Verfassungsschutzpräsidenten Hans-Georg Maaßen wird ein solcher Vorschlag durch verschiedene Mitglieder der Partei und nicht zuletzt Friedrich Merz **gefordert**; über ein mögliches Ausschlussverfahren wird der Bundesvorstand am **kommenden Montag** beraten.

Die AfD „halbieren“

Es hallt auch noch das Vorhaben des jetzigen CDU-Vorsitzenden aus dem Jahr 2018 nach, die Unterstützung der AfD in der Bevölkerung um die [Hälfte zu reduzieren](#). Während Merz jüngst von diesem Ziel [Abstand](#) genommen hat, scheinen insbesondere die Bewegungen der CDU nach rechts nicht zu einer Schwächung der AfD geführt zu haben. In den Bundesländern Sachsen, Brandenburg und Thüringen, wo spätestens in Herbst nächsten Jahres wieder gewählt wird, hat sie gar realistische Chancen, auf dem ersten Platz zu landen.

Im europäischen Vergleich ist die CDU nicht allein mit der Frage, wie man sich als Mitte-Rechts Partei gegenüber radikal rechten Parteien positioniert. Ein beliebtes Narrativ für den Erfolg von Rechtsaußenparteien ist, dass sie sich deshalb etablieren konnten, weil sich konservative und christdemokratische Parteien zu stark zur Mitte bewegt und somit der radikalen Rechten eine Repräsentationslücke eröffnet hätten. Dieses Narrativ findet sich auch im Kern der Reaktionen von Mitte-Rechts-Parteien wieder: Sehen sie sich mit erstarkenden Parteien am rechten Rand konfrontiert, entscheiden sie sich für restriktivere Positionen zu Immigration und Integration, um verlorene Wähler:innen wieder zurückzugewinnen. In der Politikwissenschaft wird dies auch als akkommodative Strategie bezeichnet. [Unsere Forschung zeigt, dass sich konservative und christdemokratische Parteien in der Tat systematisch nach rechts bewegt haben, wenn radikal rechte Parteien erstarken](#).

Dass diese Rechnung nicht so einfach aufgeht hatte bereits die CSU erfahren. Während Markus Söder und der damalige Innenminister Horst Seehofer eine Obergrenze für Geflüchtete einforderten oder die Errichtung von Grenzzäunen zu Österreich vorschlugen, erlitt die CSU 2018 eine herbe Niederlage in der Wahl zum bayerischen Landtag. Der AfD gelang hingegen der Einzug in das Landesparlament mit mehr als 10% der Stimmen.

Die radikale Rechte kopieren?

Akkommodative Strategien gehen stets mit Risiken einher. Sie tragen zu einer Fokussierung der öffentlichen Debatte auf die Kernthemen der radikalen Rechten bei. [Zahlreiche wissenschaftliche Studien haben in diesem Zusammenhang gezeigt, dass der Zuspruch für Rechtsaußenparteien wächst, je stärker sich mediale Debatten](#)

[in den Bereichen der Immigration und Integration bewegen](#).

Außerdem sorgt eine Übernahme von Statements und Positionen durch Mitte-Rechts Parteien zu einer Enttabuisierung und Normalisierung von migrationsfeindlichen Forderungen. Eine Übernahme von Rechtsaußenpositionen kann somit der AfD in die Hände spielen. Oder um es mit den Worten Jean-Marie Le Pens – dem langjährigen Vorsitzenden des französischen radikal rechten Front National – zu sagen: *Wähler:innen ziehen das Original der Kopie vor*.

Wir haben die Konsequenzen akkommodativer Strategien in einer [zwölf westeuropäische Länder vergleichenden Studie](#) untersucht. Auf Basis von Wahlergebnissen und Umfragedaten seit den 1970er Jahren haben wir analysiert, ob die Unterstützung für Rechtsaußenparteien in der Vergangenheit gesunken ist, wenn Mitte-Rechts (oder Mitte-Links) Parteien einen restriktiveren Kurs in Fragen der Immigration und Integration proklamiert haben.

Unsere Analysen zeigen, dass akkommodative Strategien die Wahlerfolge rechtsradikaler und rechtspopulistischer Parteien nicht schmälern. Weder im westeuropäischen Durchschnitt der letzten 50 Jahre noch unter Berücksichtigung zahlreicher Kontextfaktoren nützt es etablierten Parteien, sich inhaltlich an die radikale Rechte anzunähern. Im Gegenteil zeigen unsere Analysen, dass die strategische Annäherung an Rechtsaußen unter bestimmten Rahmenbedingungen gar zu einer verstärkten Abwanderung von Wähler:innen etablierter Parteien an die radikale Rechte führt.

Die Ergebnisse haben direkte Relevanz für die Frage wie die deutschen christdemokratischen Schwesterparteien auf das Erstarken der AfD (nicht) reagieren sollten. Unsere Ergebnisse zeigen beispielsweise, dass radikal rechte Parteien von akkommodativen Strategien profitieren, wenn sie bereits etabliert sind. Auch in Kontexten, in denen sich der Diskurs zu Migration deutlich nach rechts verschoben hat, führen akkommodative Strategien zu stärkeren Gewinnen der radikalen Rechten.

Das Dilemma der CDU

Eine Neuausrichtung der CDU nach rechts wird nicht dazu führen, dass sie Wähler:innen der AfD zurückgewinnt. Gleichzeitig vernachlässigt der Versuch der strategischen Annäherung an die AfD ein anderes Problem der CDU. Unterschiedliche Stimmen haben darauf hingewiesen, dass die Partei zunehmend Schwierigkeiten hat jun-

ge und urbane Wähler:innen anzusprechen und auch die männliche Dominanz in den Parteistrukturen nicht dem Bild einer zeitgemäßen Volkspartei entspricht. Die CDU müsse „**jünger, moderner und weiblicher**“ werden, sagte etwa die stellvertretende Generalsekretärin Christina Stumpp im September letzten Jahres. Es bleibt zu bezweifeln, ob die CDU mit einem immigrationskritischen und streng konservativen Kurs auch gesellschaftspolitisch liberaler eingestellte und jüngere Wähler:innengruppen erschließen kann.

Verstärkt wird das strategische Dilemma der Union dadurch, dass sie nicht nur mit der AfD um einwanderungskritische Wähler:innen konkurriert sondern zugleich mit Grünen, SPD und FDP um eine gemäßigte Klientel streitet. Im Jahr 2021 verlor sie **besonders stark an SPD und Grüne**. Letztere wurden von Friedrich Merz gar zum zukünftigen „**Hauptwettbewerber**“ der CDU erkoren. Mit einem nationalkonservativen Kurs läuft die Union somit nicht nur Gefahr, keine jüngeren Wähler:innengruppen zu erschließen – sie riskiert auch, moderate Stammwähler:innen an progressivere Parteien zu verlieren.

Der europäische Vergleich zeigt auch, dass die langfristige Bilanz von Annäherungsstrategien an die radi-

kale Rechte im besten Fall durchwachsen, im schlimmsten Fall verheerend ist. Selbst wo die Strategie augenscheinlich die erhoffte Wirkung zeigte, war ihr Erfolg von kurzer Dauer. Nicholas Sarkozy etwa konnte zwar bei der französischen Präsidentschaftswahl 2007 mit seinen schroffen Äußerungen gegenüber ethnischen Minderheiten und seinem Kurs als Hardliner im Innenministerium punkten. Langfristig genutzt hat sein Anbieten an die Rhetorik der radikalen Rechten aber nur eben diesen: Während Le Pen 2017 und 2022 in die Stichwahl um das Präsident:innenamt einzog, sind Sarkozys konservative Republikaner an den Rand der politischen Bedeutungslosigkeit geschrumpft. Auch Sebastian Kurz' Erfolg mit seinem Projekt der *Neuen Volkspartei* scheint rückblickend sehr kurzlebig gewesen zu sein. Weniger als vier Jahre nach der *Ibiza-Affäre* um Ex-Parteichef Heinz-Christian Strache führt die radikale-rechte FPÖ derzeit wieder die österreichischen Umfragen an – die Volkspartei ihrerseits kratzt derzeit auf dem dritten Platz an der 20%-Marke.

Auch wenn die Union im Bund derzeit noch weit davon entfernt scheint, von der AfD überholt zu werden, sollte ihr das Schicksal anderer langjährig etablierter Mitte-Rechts-Parteien in Europa eine Warnung sein.

Thomas Gschwend

Zum Mythos des Direktmandates aus Sicht der Wählerinnen und Wähler

doi: 10.17176/20230206-233150-0



Am Montag, den 6. Februar befasst sich der [Ausschuss für Inneres und Heimat](#) in einer öffentlichen Anhörung mit dem Gesetzesentwurf der Ampelkoalition zur Reform des Bundestagswahlrecht. Der neue Entwurf hat einige Diskussionen hinsichtlich direkt gewählter Abgeordneter ausgelöst, denn er bricht mit der Tradition, dass Kandidierende, die eine relative Mehrheit im Wahlkreis gewinnen, automatisch ins Parlament einziehen, selbst wenn sie nur 20% der Erststimmen oder sogar weniger erhalten. Viele halten allerdings diese Tradition für unverzichtbar, da die Nähe zu den Bürgerinnen und Bürgern die Akzeptanz der parlamentarischen Demokratie sichere. Obwohl es nach der Reform im Einzelfall sein kann, dass kein Kandidierender eines Wahlkreises in den Bundestag einzieht und man dann über Nachbarschaftsvertretungsregelungen sprechen wird, werden auch jetzt schon über Listenplätze regelmäßig mehrere Kandidierende eines Wahlkreises in den Bundestag gewählt. Warum sollte die Vertretung eines Wahlkreises also exklusiv beim Direktmandat liegen? Grund genug, sich die Erststimme näher anzuschauen.

Mythos Bürgernähe: Wie Bürgernähe zustande kommt

Direkt gewählte Abgeordnete werden in der öffentlichen Diskussion oftmals als die wahren Garanten für Bürgernähe des politischen Systems und daher als besonders legitimiert idealisiert. Wer hätte nicht selbst schon einmal diesem einleuchtend klingenden Argument vorschnell zugestimmt? Unbestritten ist, dass Bürgernähe an sich zentral ist, damit Repräsentation und letztlich unser politisches System funktioniert. Durch die Wahl von Abgeordneten in Wahlkreisen wird eine Vielfalt von spezifischen, auch regionalen Interessen in die parlamentarische Arbeit eingespeist. Umgekehrt wird die Arbeit des Bundestages durch die Wahl von Abgeordneten in Wahlkreisen weniger abstrakt. Sie wird durch konkrete, vor Ort erfahrbare Stimmen und Gesichter vermittelt, die sich von der Wahrnehmung von Polit-Promis in Talkshows

unterscheidet.

Was würde passieren, wenn wir die Anreize für Abgeordnete abschaffen würden, im Wahlkreis möglicherweise unabhängiger von der eigenen Partei wiedergewählt zu werden? Warum sollten Abgeordnete dann noch in die Wahlkreise gehen, dort wohnen, Politik erklären, Kontakte mit lokalen Akteuren pflegen und Abgeordnetenbüros betreiben? Stattdessen würden sie vermutlich ganz nach oder in die Umgebung von Berlin ziehen. Die Konsequenz wäre eine noch bedeutendere Berliner Politik-Bubble, von der sich viele Bürgerinnen und Bürger nicht vertreten fühlen würden. Aus meiner Erfahrung als Experte in einer Wahlrechtskommission in den Niederlanden weiß ich, dass die mangelnde Repräsentation in der Fläche in einem solchem System, also gerade ohne die Wahl in Wahlkreisen, als ein großes Problem gesehen wird. Die Wahl von Abgeordneten in Wahlkreisen erleichtert es, die Politik im fernen Berlin für Bürgerinnen und Bürger vor der eigenen Haustüre erfahrbar zu machen.

Wer allerdings behauptet, es seien exklusiv direkt gewählte Abgeordnete, die für lokale Bürgernähe verantwortlich sind, während sogenannte Listenabgeordnete im bürgerfernen Berlin verweilen, macht es sich deutlich zu einfach. Aus politikwissenschaftlicher Sicht ist es weder theoretisch noch empirisch nachvollziehbar, warum dies der Fall sein sollte. Die Realität ist komplexer: Wem Bürgernähe wichtig ist, der sollte zuallererst nicht darauf schauen, wie ein Abgeordneter oder eine Abgeordnete zu ihrem Amt kam. Entscheidend ist vielmehr, wie sich diese Abgeordnete in ihrer täglichen Arbeit im Spannungsfeld von möglicherweise divergierender Partei- und Wahlkreisinteressen verhalten.

Es gibt keine Abgeordneten erster und zweiter Klasse

Es ist ein Fehlschluss zu behaupten, dass nur direkt gewählte Abgeordnete ein Interesse daran haben, sich lokalen Wahlkreisthemen zu widmen. Im Gegenteil: Alle Parteien und damit auch alle Abgeordnete haben ein Inter-

esse daran, vor Ort präsent zu sein. Lokale Präsenz dient dabei nicht nur dazu, die eigene Politik zu vermitteln. Populäre Wahlkreiskandidierende helfen, Zweitstimmen für die eigene Partei zu gewinnen: Aus der [repräsentativen Wahlstatistik](#) wissen wir, dass für je vier Erststimmen, die Kandidierende einer Partei erhalten, etwa drei Zweitstimmen an ihre Partei gehen. Zudem gibt es [Studien](#), die zeigen, dass Parteien mehr Zweitstimmen in Wahlkreisen erhalten, in denen sie mit eigenen Kandidierenden aufwarten können. Gerade bei kleinen Parteien, deren Kandidierende wenig Chancen haben in einem Wahlkreis die relative Mehrheit der Stimmen zu erhalten, ist die [eigene Wahlkreiskandidatur oft sogar eine notwendige Bedingung, um auf einen aussichtsreichen Listenplatz zu kommen](#). Natürlich können umgekehrt Wahlkreiskandidierende auch von der Popularität ihrer Parteien profitieren. Es gibt immerhin eine [Studie, die zumindest für die Wahl 2013 zeigen konnte](#), dass Wählerinnen und Wähler – wenn überhaupt – schneller wissen, welche Partei sie wählen und mehr Mühe haben, für wen sie sich mit ihrer Erststimme entscheiden. Nach dem bisherigen Stand der Forschung sind also beide Kausalrichtungen möglich: Parteien können von ihren lokal populären Kandidierenden profitieren. Umgekehrt profitieren Kandidierende in Wahlkreisen von ihren populären Parteien.

Dazu passt, dass wir im Bundestag im Wesentlichen zwei Typen von Abgeordneten vorfinden. Beim ersten Typ handelt es sich um Abgeordnete mit einem Direktmandat, die in ihrem Wahlkreis die relative Mehrheit der Erststimmen gewonnen haben. Beim zweiten Typ handelt es sich entgegen weitverbreiteten Wahrnehmungen nicht um Abgeordnete mit Listenmandat, die keinerlei Verbindung zu Wahlkreisen haben. Nein, beim zweiten Typ handelt es sich um Abgeordnete mit einem Listenmandat, die genau wie der erste Typ in einem Wahlkreis angetreten sind, dort aber die Mehrheit verpasst haben, und anschließend über die Landesliste ihrer Partei eingezogen sind. Strenggenommen gibt es noch einen dritten Typ, sogenannte reine Listenabgeordnete, die in keinem Wahlkreis antreten und nur über einen vorderen Platz auf einer Landesliste ihrer Partei ins Parlament einziehen. Zahlenmäßig spielen diese Abgeordneten jedoch mittlerweile keine Rolle mehr. Wer sich also zur Wiederwahl stellt und sich möglicherweise nicht nur auf einem ausreichenden Listenplatz verlassen will, wird auch in einem Wahlkreis antreten, und sich daher stärker um die Bürgerinnen und Bürger und ihre Anliegen vor Ort kümmern.

Diese Verhaltensanreize, die durch die Wahl im Wahlkreis vermittelt werden, hängen also nicht am gewonnenen Direktmandat.

Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt vielleicht überraschend eindeutig, dass von einem arbeitsteiligen Verhältnis der Abgeordneten im Bundestag – Abgeordneten mit Direktmandat kümmern sich um die Interessen ihres Wahlkreises, während die im Wahlkreis unterlegenen, aber über die Parteiliste gewählten Abgeordneten sich als Repräsentant ihrer Partei vermehrt um Parteipolitik kümmern – nicht die Rede sein kann. Wer als Listenabgeordnete im Wahlkreis antritt, und sich insbesondere Hoffnungen macht eine Mehrheit dort zu gewinnen, verhält sich genauso wie Abgeordnete, die beim letzten Mal eine Mehrheit im Wahlkreis gewonnen haben. Sie pflegen Kontakte, sind präsent vor Ort, halten Sprechstunden in ihrem Wahlkreisbüro ab und vertreten Interessen des Wahlkreises im Bundestag. Daher ist es für Bürgerinnen und Bürger schwer zu erkennen, um welchen Typ von Abgeordneten es sich im konkreten Fall handelt. Von offizieller Seite her wird auch kein Unterschied gemacht. Nehmen wir zum Beispiel die zahlreichen Neujahrsempfänge in den Städten und Gemeinden. Dort werden etwa nicht nur exklusiv Abgeordnete mit einem Direktmandat eingeladen, sondern natürlich alle Abgeordnete des Wahlkreises, ob sie nun eine relative Mehrheit an Erststimmen erhalten haben oder nicht. Es gibt schlicht keine Abgeordneten erster und zweiter Klasse.

Was Ausschussmitgliedschaften, namentliche Abstimmungen und der Gebrauch von Fragerechten offenbaren

Nehmen wir aber einmal hypothetisch an, die obenstehenden Argumente würden nicht zutreffen und ein Direktmandat ist etwas Besonderes, nicht nur für Abgeordnete selbst, sondern auch in den Augen der Bürgerinnen und Bürger. Was müsste zu beobachten sein, um etwa von einer stärkeren Verbindung zwischen Bürgerinnen und Bürger eines Wahlkreises zu ihrem jeweiligen direkt gewählten Abgeordneten sprechen zu können – was gerade in politischen Diskussionen leider häufig fälschlicherweise so behauptet wird?

Aufgrund der Anreize durch die Wahl in Wahlkreisen ist es plausibel anzunehmen, dass direkt gewählte Abgeordnete durch ihre Arbeit im Bundestag versuchen im Wahlkreis zu glänzen, um so etwa ihre Wiederwahlchancen zu erhöhen. Fallen Abgeordnete mit Direktmandat

etwa durch besonderes Verhalten im Parlament eher den Leuten im Wahlkreis auf als andere? Um das herauszufinden, blickt die politikwissenschaftliche Forschung etwa auf Ausschussmitgliedschaften, auf sogenannte namentliche Abstimmungen und untersucht den Gebrauch von Fragerechten im Parlament als strategisches Signal an den Wahlkreis.

Die Zuweisung von Abgeordneten zu bestimmten Parlamentsausschüssen ist nicht zufällig. Durch die Mitarbeit von Abgeordneten im Auswärtigen Ausschuss, also womöglich einem der wichtigsten Ausschüsse des Deutschen Bundestages, lassen sich weniger wahrscheinlich vorteilhafte Projekte für den Wahlkreis fördern wie etwa im Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen oder dem Ausschuss für Tourismus. [Zusammen mit Thomas Zittel konnten wir zeigen](#), dass in Ausschüssen, die sich dafür anbieten, vorteilhafte Projekte für den eigenen Wahlkreis zu fördern, eher Abgeordnete sitzen, die auch lokal stärker verwurzelt sind. Allerdings finden wir gerade nicht, dass eher direkt gewählte Abgeordnete in solchen Ausschüssen sitzen.

Nehmen wir als nächstes Beispiel namentliche Abstimmungen im Bundestag. Wenn es so ist, dass direkt gewählte Abgeordnete gerade diejenigen wären, die für die Interessen ihres Wahlkreises besonders eintreten, dann sollte man erwarten, dass direkt gewählte Abgeordnete eher in namentlichen Abstimmungen von der Parteilinie abweichen als Abgeordnete, die ihren Sitz über die Parteiliste erhalten. Diese Erwartung erfüllt sich ebenfalls nicht. Im Gegenteil: [Neuere Forschung von Ulrich Sieberer und Tamaki Ohmura zeigt](#), dass direkt gewählte Abgeordnete im Allgemeinen eher nicht gegen die eigene Partei stimmen.

Vielleicht ist es auch zu viel verlangt, dass Abgeordneten sich offen gegen ihre Partei stellen, wenn es zum Schwur kommt, um Interessen des Wahlkreises zu vertreten. Daher schauen wir uns die Forschung zu schriftliche und mündliche Frageverhalten von Abgeordneten im Bundestag an. Diese bestimmten Fragerechte erlauben es Abgeordneten, Aufmerksamkeit auf Interessen des Wahlkreises zu richten, ohne dabei von einer Parteilinie abweichen zu müssen. [Thomas Zittel, Dominic Nyhuis und Markus Baumann konnten mit quantitativen Inhaltsanalysen zeigen](#), dass gerade lokal stark verwurzelte Abgeordnete und solche, die in volatilen Wahlkreisen kandidieren, eher ihre Fragen mit lokalen Referenzen versehen. Doch auch hier zeigt sich: Solche Abgeordnete sind nicht

notwendigerweise direkt gewählte Abgeordnete.

Systematische Verhaltensunterschiede zwischen beiden Typen von Abgeordneten können eine scheinbar stärkere Verbindung zwischen Bürgerinnen und Bürger eines Wahlkreises zu ihren jeweiligen direkt gewählten Abgeordneten jedenfalls nicht erklären. Denkbar wäre, dass Bürgerinnen und Bürger sich nicht die Mühe machen, das unterschiedliche Auftreten der Abgeordneten in Berlin genauer zu analysieren. Viel einfacher wäre es, diese scheinbar exklusive Beziehung zum direkt gewählten Abgeordneten auf Basis von Information aufzubauen, die ursächlich im Wahlkreis zu finden ist.

Die vermeintlich besondere Beziehung zwischen Elektorat und Direktmandat

Wir könnten also abschließend vermuten, dass – sofern es eine stärkere Verbindung zwischen Bürgerinnen und Bürger eines Wahlkreises zu ihren jeweiligen direkt gewählten Abgeordneten gibt – sie sich in besseren Wiederwahlergebnissen manifestieren sollte. Zumindest sollten diese Abgeordneten Bürgerinnen und Bürger eher namentlich bekannt sein. Sie ahnen vermutlich bereits, was empirisch zu finden ist, aber der Reihe nach.

Es ist in der Forschung unstrittig, dass Amtsinhaber einen Stimmenvorteil bei Wahlen genießen. Das ist auch in der Bundesrepublik so, insbesondere auf Wahlkreisebene. Allerdings müssen wir nun präzise bleiben. Denn auf den Wahlplakaten steht vielleicht, dass eine Kandidatin „Unsere Abgeordnete für den Wahlkreis“ sei; das Kürzel „MdB“ signalisiert ein Übriges. Allerdings ist nicht klar, welcher Typ Amtsinhaber hier um die Erststimmen mit der „Erfahrung in Berlin“ wirbt. Ist das nun eine Abgeordnete als Amtsinhaberin, die die relative Mehrheit der Erststimmen beim letzten Mal errungen hat oder ist es eine Abgeordnete, die diese Mehrheit verpasst hat und über die Landesliste in den Bundestag eingezogen ist? Beide sind Mitglieder des Bundestages und bewerben sich als Amtsinhaber um eine Wiederwahl. Interessierte müssen schon in den Wahlergebnissen vom letzten Mal nachschauen, wer denn jetzt genau die relative Mehrheit im Wahlkreis errungen hat. Nicht unmöglich, aber für politisch weniger Interessierte keine Option.

Gäbe es also so eine spezielle Beziehung zwischen Bürgerinnen und Bürgern eines Wahlkreises zum direkt gewählten Amtsinhaber, dann sollte doch dieser Amtsinhabereffekt wichtiger sein und daher für mehr Erst-

stimmen bei der Wiederwahl sorgen als der Effekt von Amtsinhabern, die im Wahlkreis antreten, aber das letzte Mal dort unterlegen waren. Am saubersten können wir einen möglicherweise exklusiven Amtsinhaberbonus für Direktgewählte identifizieren, wenn wir die Erststimmenanteile bei der Wiederwahl vergleichen: von denen, die das letzte Mal den Wahlkreis knapp gewonnen haben, mit denen, die ihn knapp verloren haben. Beide Kandidierende sind in den Augen der Wählerschaft des Wahlkreises ähnlich qualifiziert und populär, da sie praktisch den gleichen Erststimmenanteil bekommen haben. Sie unterscheiden sich nur darin, dass die eine beim letzten Mal gerade noch das Direktmandat gewonnen hat und die andere eben gerade nicht. Eine solche Studie war Teil der von mir betreuten [Masterarbeit von Marie-Lou Sohnius](#), die derzeit noch nicht veröffentlicht ist. Auch hier zeigte sich aber, dass direkt gewählte Wahlkreisabgeordnete bei der Wiederwahl als Amtsinhaber systematisch nicht mehr Erststimmen bekommen als per Liste gewählte Abgeordnete.

Schließlich sollte man erwarten, dass wenn Bürgerinnen und Bürger eine spezielle Beziehung zu direkt gewählten Wahlkreisabgeordneten aufbauen, diese auch namentlich vor der Wahl leichter erinnern als die Abgeordneten, die über eine Landesliste ins Parlament gekommen sind. Die [German Longitudinal Election Study](#) (GLES), das zentrale Umfrageprogramm der Wahlforschung in Deutschland, fragt vor einer Wahl nach dem Namen und der Partei von Wahlkreiskandidaten der jeweiligen Befragten. [Zusammen mit Oliver Rittmann und Marie-Lou Sohnius haben wir in einer noch in der Begutachtung befindlichen Studie](#) entsprechende Daten der Bundestagswahlen 2009, 2013 und 2017 untersucht. Wir finden, dass generell Amtsinhaber, also Kandidierende, die bereits Abgeordnete sind und zur Wiederwahl antreten, deutlich bekannter sind als neue Kandidierende. Allerdings zeigt sich eben auch, dass es nicht entscheidend ist, wie diese Abgeordnete ins Parlament gewählt wurden. Insbesondere sind Abgeordnete, die im Wahlkreis direkt gewählt wurden, nicht bekannter als Abgeordnete, die zwar im Wahlkreis das letzte Mal verloren haben, aber trotzdem per Liste ins Parlament eingezogen sind.

Hauptsache, es wird in Wahlkreisen gewählt

Es zeigt sich also, dass man schwerlich von einer stärkeren Verbindung zwischen Bürgerinnen und Bürger eines Wahlkreises zu ihrem jeweiligen direkt gewählten Abgeordneten sprechen kann. Wäre diese Hypothese korrekt, sollte man die hier vorgestellten Ergebnisse damit in Einklang bringen können. Weder unterscheiden sich direkt gewählte Abgeordnete in ihrem Verhalten hinsichtlich der Mitarbeit in bestimmten Ausschüssen, bei namentlichen Abstimmungen oder im Gebrauch ihrer Fragerechte gegenüber Abgeordneten, die über eine Landesliste ins Parlament eingezogen sind. Bei der Wiederwahl haben Abgeordnete, die bei der letzten Wahl eine relative Mehrheit der Stimmen im Wahlkreis bekommen haben, keinen Bonus gegenüber Abgeordneten, die diese Mehrheit knapp verfehlt haben. Schließlich erinnern Befragte den Namen der Abgeordneten mit Direktmandat nicht häufiger im Vergleich zu den anderen im Wahlkreis zur Wiederwahl antretenden Abgeordneten. Es scheint daher vernünftiger, davon auszugehen, dass es keine besondere Beziehung zu den jeweiligen direkt gewählten Abgeordneten gibt. Jedenfalls sollte sie wenigstens in politischen Diskussionen nicht künstlich überhöht werden.

Im Übrigen trägt auch das Argument nicht, dass eine Verringerung der Anzahl der Wahlkreise zu weniger Bürgernähe führen könnte. [Zusammen mit Marie-Lou Sohnius und Oliver Rittmann konnten wir zeigen](#), dass selbst bei einer Verringerung der Anzahl der Wahlkreise von 299 auf 180 nicht mit einer systematischen Verschlechterung der Demokratiezufriedenheit in der Bevölkerung zu rechnen ist. Entscheidend ist die Tatsache, dass überhaupt in Wahlkreisen gewählt wird. Das sorgt dafür, dass Abgeordnete, ob sie nun bereits mit 20 % der Erststimmen eine relative Mehrheit in einem Wahlkreis gewinnen können oder nicht, sich um den Wahlkreis kümmern und als Ansprechpersonen fungieren. Das erhöht entweder die eigene Wiederwahlchancen oder die Chancen, mehr Stimmen für ihre jeweilige Partei gewinnen zu können. Bürgerinnen und Bürger werden das entsprechende Angebot nutzen, sich an die zu wenden, die vor Ort sind.

Alexander Hobusch

Das Ende der „Schattenfinanzierung“ „parteinaher Stiftungen“

Eine Einordnung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur
Stiftungsfinanzierung

doi: 10.17176/20230223-185152-0



Mit [Urteil vom 22.02.2023](#) hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die bisherige staatliche Mittelvergabe an die parteinahen Stiftungen unter Aussparung der Desiderius-Erasmus-Stiftung die AfD in ihrer politischen Chancengleichheit verletzt.

Was nach einem Sieg auf ganzer Linie für die AfD klingt, entpuppt sich bei näherer Betrachtung als Pyrrhussieg – Geld für den gerügten Zeitraum vor 2021 wird die Desiderius-Erasmus-Stiftung (kurz: DES) wohl nicht bekommen und auch für die Zeit danach hängt vieles von der neuen gesetzlichen Regelung ab. Grund für die Entscheidung war dann auch nicht eine Beanstandung der bisherigen Verteilungskriterien und eine daraus folgende Nichtberücksichtigung der DES, sondern lediglich die fehlende formalgesetzliche Grundlage. Neben der Entscheidung in der Sache hat das Gericht auch noch einige bemerkenswerte Fingerzeige für eine gesetzliche Ausgestaltung gegeben, die sich zu beleuchten lohnen.

Verhältnis Partei zur Stiftung: Kein Mut zur Rechtsprechungsänderung

Bei der zentralen Frage, wie Stiftung und Partei rechtlich zueinanderstehen, hat das Gericht am umstrittenen [Stiftungsurteil aus E 73, 1](#) festgehalten. Es bekräftigt, unter knapper Darstellung der Kritik aus der Literatur: Partei und Stiftung seien eng verbunden, aber rechtlich und organisatorisch unabhängig, womit auch die Stiftungsfinanzierung keine Parteienfinanzierung darstelle. Wegen der dann aber doch bestehenden besonderen Nähebeziehung nimmt das Gericht durch die Finanzierung des parteinahen Dritten eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Partei an.

Während hier die Verteidigung des Stiftungsurteils im Vordergrund steht, sind doch einige frische Akzente zu erkennen: Die Vorteile der Partei werden immerhin nicht länger relativiert: Während man in E 73, 1 noch davon

sprach, dass die Arbeit der Stiftungen „in gewissem Maße“ der Partei zugutekomme, so stellt das Gericht nun unter gründlicher Auswertung der Tätigkeiten der Stiftungen fest, dass die Parteien „in erheblichem Umfang profitieren“ (Rn. 216) bzw. „relevante Vorteile“ (Rn. 214) genießen und es „realitätsfern [sei], anzunehmen, dass der Einsatz dieser Mittel keine Relevanz für den politischen Wettbewerb entfaltet.“ Bei insgesamt gut 660 Millionen Euro im Jahr 2019 wäre alles andere auch durchaus schwer erklärbar gewesen.

Hinsichtlich der Anforderungen an die gebotene Distanz zwischen Partei und Stiftung verschließt das Gericht aber weiterhin die Augen vor den tatsächlichen Verhältnissen und preist diese nicht ausreichend in seine Bewertung mit ein: Letztendlich begnügt man sich mit der Feststellung, dass es für Verstöße gegen § 11 Abs. 2 Satz 3 PartG, wonach Vorsitzender und Schatzmeister einer Partei nicht in einer der Partei nahestehenden politischen Stiftung vergleichbare Funktionen ausüben dürfen, und gegen die Spendenannahmeverbote nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 PartG keine Hinweise gebe. Den angehörten Sachverständigen lägen auch keine Hinweise auf unmittelbare Einflussnahmen der Parteien auf die Stiftungen vor, auch die Arbeitsplanung und -durchführung erfolge eigenständig.

Offene Fragen zum Verhältnis verbleiben

Es erscheint ein wenig, als machte das Gericht hier einen Bogen um das eigentliche Problem: Bei der Frage, ob Parteien und Stiftungen wirklich rechtlich und organisatorisch unabhängig sind, wird auf die engen personellen und finanziellen Verflechtungen nicht eingegangen, es genügt dem Gericht, dass keine Hinweise auf Einflussnahmen vorliegen (Rn. 195 ff.). Erst bei der Begründung der besonderen Nähebeziehung zwischen Stiftung und Partei wird umfassender zu den Verflechtungen personeller Natur eingegangen (Rn. 206 ff.). Diese Trennung

der Begründung leuchtet nicht ein, denn das Ergebnis – organisatorische Unabhängigkeit – wird so überhaupt nicht substantiell in Frage gestellt, sondern bleibt Ausgangspunkt.

Es gibt allerdings verschiedenste Begründungsansätze, die aus der engen personellen und finanziellen Verflechtung zwischen Stiftung und Partei die Folgerung zulassen, bei den Stiftungen handele es sich zwar um rechtlich selbständige Vereine, die aber **aufgrund der engen Nähebeziehung Teil der Partei sind**. Bei der Bestimmung der Reichweite des Parteibegriffs hat man sich schon vor langer Zeit von der Vorstellung verabschiedet, dass Parteiorganisationen lediglich aufgrund rechtlicher Einordnung in die Parteistruktur zu bestimmen sind, da dies leicht zu umgehen ist. In der Stiftungsfrage fällt das Gericht aber diesbezüglich zurück und klebt an der unflexiblen rechtlichen Selbständigkeit als Kriterium für Unabhängigkeit.

Zu berücksichtigen sind vielmehr weitere Zurechnungskriterien, insbesondere ein Beherrschungsverhältnis im Sinne finanzieller und personeller Abhängigkeit: Überleben kann die Stiftung nur durch die staatlichen Mittelzuwendungen, welche die Parteivertreter bisher im Haushaltsausschuss für sie verhandelt haben. Partei und Stiftung bilden eine ganz besondere Schicksalsgemeinschaft, derer sich beide Seiten auch im Rahmen ihres Selbstverständnisses bewusst sind: Schlechte Wahlergebnisse bedeuten weniger Stiftungsgeld.

Personell sind alle Leitungspositionen in Stiftungen mit Parteimitgliedern besetzt, besonders häufig mit ehemaligen herausgehobenen Repräsentanten der Partei. Faktisch werden die Leitungspositionen auch aus den Parteien heraus besetzt. Aber auch eine Betrachtung der Mitgliedschaft der Vereine – alle Stiftungen bis auf die FNF sind e.V. – ist aufschlussreich: Auch hier ist die Parteimitgliederquote extrem hoch. Mitglied werden kann man in der Regel nur auf Vorschlag der Partei werden, die Stiftungen sind also *closed shops* ohne externe Einflussmöglichkeit. Bei der Heinrich-Böll-Stiftung ist etwa in der Satzung niedergelegt, wer Mitglieder vorschlagen kann (§ 4 Nr. 3): Die Grünen-Bundestagsfraktion, die Bundespartei oder der Verein „Freundinnen und Freunden der Heinrich-Böll-Stiftung“. Das Verfahren dürfte – wenngleich nicht so transparent niedergelegt – bei allen Stiftungen ähnlich sein.

Der Widerspruch, einerseits parteinah zu sein, damit die Stiftung zur förderungswürdigen Grundströmung ge-

hört, andererseits parteifern zu sein, damit die Stiftung organisatorisch und rechtlich unabhängig ist, bleibt weiterhin unaufgelöst. Die Stiftungen bleiben damit weiterhin eine Art „Schrödingers Katze“ im Parteiumfeld: gleichzeitig parteinah und parteifern.

Das zeigt sich plastisch bei der Gemeinnützigkeit, welche den parteinahen Stiftungen zuteilwird: Wenn das Gericht nun davon ausgeht, die Arbeit der Stiftungen unterstütze die Partei so erheblich, dass die Mittelbereitstellung eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Chancengleichheit ist, wie passt das mit der Gemeinnützigkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO zusammen, wonach die Mittel der steuerbegünstigten Körperschaft „weder für die unmittelbare noch für die mittelbare Unterstützung oder Förderung politischer Parteien“ verwendet werden dürfen.

Im Übrigen widerspricht der organisatorischen und rechtlichen Trennung, dass allein die Partei hinsichtlich einer möglichen Berücksichtigung der Stiftung antragsbefugt ist: Auch im vorliegenden Verfahren hat die Partei eine Verletzung von Art. 21 GG durch die Nichtberücksichtigung ihrer Stiftung gerügt, das Gericht hat der Partei die notwendige Antragsbefugnis attestiert (Rn. 143 ff.). Die Partei ist also notwendigerweise eine Art gesetzlicher Prozessstandschafter für die Stiftung, anders kann diese gegen die Mittelvergabe überhaupt nicht erfolgreich vorgehen. Wie aber in einer derartigen Abhängigkeitssituation von einer rechtlichen und organisatorischen Unabhängigkeit gesprochen werden kann, leuchtet nicht ein.

Ohne formelles Gesetz keine Stiftungsfinanzierung

Nach der Bejahung einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Partei lässt das Gericht die bisherige Finanzierung der parteinahen Stiftungen an der fehlenden gesetzlichen Grundlage scheitern. Das ist ohne weiteres richtig und in der Literatur schon seit E 73, 1 vehement gefordert worden. Seinerzeit hatte das BVerfG die materiellen Kriterien der Verteilung der Gelder geprüft und die Frage offengelassen, ob ein formelles Gesetz erforderlich ist. Im Nachhinein ein schweres Versäumnis, den das Gericht nun richtigerweise korrigiert und so nun Licht in den bisher dunklen, intransparenten Bereich der Stiftungsfinanzierung bringt.

Dabei stellt es richtigerweise fest, dass es auf die zwischen den Stiftungen verabredete Verteilung und auf etwaige Anmerkungen im Haushaltsplan nicht ankommt.

Erforderlich ist wegen des Vorbehalts des Gesetzes vielmehr ein formelles Gesetz, welches die Kriterien der Mittelvergabe darlegt. Bei einer so wesentlichen Frage – Verteilung von 660 Mio. Euro –, die nach Ansicht des Gerichts eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit darstellt, ist dieses Ergebnis offenkundig richtig.

Komplexer Weg zu einem Partei-Stiftungsgesetz

Die bisherigen materiellen Verteilungskriterien, u.a. mindestens zwei Legislaturperioden im Bundestag vertreten, greift das Gericht in seiner Entscheidung mangels Entscheidungserheblichkeit nicht an, billigt sie aber in einer Art von *obiter dictum* dem Grunde nach, deutet darüber hinaus auch an, dass der genannte Zeitraum wohl in Ordnung ist, um nur Grundströmungen mit einem gewissen Gewicht zu fördern (Rn. 244).

Außerdem gibt das Gericht zu erkennen, dass Differenzierungen zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung möglich sind. Einer gesetzlichen Regelung, die eine Stiftungsfinanzierung an eine Beachtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder ähnlicher Aspekte koppelt, ist damit der Weg höchstrichterlich geebnet.

Welche Auswirkungen eine solche inhaltliche Begrenzung für die DES haben wird, ist unklar. Die Maßstäbe, die hierfür aktuell in der Diskussion sind, etwa eine Anknüpfung an die freiheitlich-demokratische Grundordnung, sind so hoch gegriffen, dass sie faktisch wirkungslos sind. Insoweit ist der Gesetzgeber hier gut beraten, sich insbesondere der Kodifikation einer (idealerweise wechselseitigen) Zurechnung zwischen Partei- und Stiftungshandeln zu widmen: Nur so kann für die gesamte politische Grundströmung sinnvoll erfasst werden, ob sie verfassungsfeindliche Ziele verfolgt. Eine solche Zurechnung von Parteiziele zur Bestimmung der Stiftungsziele hat die Rechtsprechung auch ohne gesetzliche Regelung bereits teilweise vorgenommen (OVG NRW, 25 A 2431/94, Rn. 74; BVerwGE 106, 177, Rn. 34).

Daneben dürften die inhaltlichen Anforderungen an einen Ausschluss von der Finanzierung sinnvollerweise unter denen des Art. 21 Abs. 3 GG, gegebenenfalls nahe denen von § 3 VereinsG liegen, da die Chancengleichheit – wenn man mit dem Gericht die Stiftungen nicht als Teil der Partei sieht – hier weit weniger stark tangiert ist als bei der unmittelbaren Parteienfinanzierung. Für die AfD bedeutet der Sieg in diesem Verfahren also möglicherweise, dass die DES – bei einem neuen Regelungssystem mit inhaltlichen Förderkriterien – sogar für die Zukunft leer ausgeht.

Gleichzeitig muss man die Frage in den Raum stellen, welche Materien sich in diesem Zusammenhang noch sinnvollerweise regeln lassen. Zu denken wäre etwa an erhöhte Anforderungen an die Transparenz, denn hier besteht noch immer eine nicht unerhebliche Diskrepanz, die zu einer Umleitung von Spenden einlädt. Daneben ist fraglich, ob der Bundestagspräsident, der im Rahmen der Parteienfinanzierung die nötige Agilität eher vermissen ließ, hier die richtige Adresse für die Mittelfestsetzung ist.

Viel Arbeit für den Gesetzgeber

Einfach hat es der Gesetzgeber bei der nun anstehenden Regelung nicht unbedingt. Hält das Gericht an seiner [neueren Rechtsprechung zur Prozeduralisierung](#) fest, ist durchaus fraglich, wie hoch der Aufwand im Gesetzgebungsverfahren sein wird, die Finanzierung der Stiftungen in Höhe von 660 Millionen Euro diesen Begründungserfordernissen entsprechend darzulegen. Diesen Betrag der Höhe nach plausibel zu begründen, kommt einer Herkulesaufgabe gleich.

Es bleibt also einiges zu tun: Mit der Neuregelung der Parteienfinanzierung und derjenigen der Stiftungsfinanzen hat der Gesetzgeber zwei umfangreiche Aufgaben vor sich. Er sollte also zeitnah beginnen, idealerweise – soweit es geht – parteiübergreifend und mit sachverständiger Hilfe, um ein verfassungskonformes Stiftungsgesetz vorzulegen.

Jannik Klein

Berlin hat gewählt, doch der Senat regiert weiter

doi: 10.17176/20230217-233145-0



Nachdem der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin am 16. November 2022 die Wahl zum 19. Abgeordnetenhaus vom 26. September 2021 **für ungültig erklärt hatte**,¹ durften die Berliner Wahlberechtigten am vergangenen Sonntag erneut wählen. Das **vorläufige amtliche Wahlergebnis** sorgt für einige Änderungen. Auf den ersten Blick lief der Wahlabend für Franziska Giffey und ihre Berliner SPD alles andere als gut: Das schlechteste Wahlergebnis aller Zeiten bedeutet Platz 2 hinter der CDU und nur etwa hundert Stimmen vor den Grünen. Zwar haben sich damit die Kräfteverhältnisse innerhalb der regierenden rot-grün-roten Koalition verändert, doch eine parlamentarische Mehrheit hat das Bündnis behalten. Auf den zweiten Blick könnte sowohl der besondere Charakter der Wiederholungswahl als auch die Eigenart des sogenannten „ewigen Senats“ die Regierende Bürgermeisterin vor dem Machtverlust bewahren.

Nach der Wiederholungswahl beginnt keine neue Wahlperiode

Entgegen einer offenbar verbreiteten Einschätzung beginnt mit der Wiederholungswahl – oder mit dem baldigen Zusammentritt des gewählten Abgeordnetenhauses – nämlich keine neue Wahlperiode. Vielmehr dauert die 19. Wahlperiode des Abgeordnetenhauses, die mit seinem erstmaligen Zusammentritt am 4. November 2021 begann, ununterbrochen fort. Denn die Wahlperiode endet nach Art. 54 V BerlVerf. mit dem Zusammentritt des neugewählten Abgeordnetenhauses. Nach der Wahl am vergangenen Sonntag tritt jedoch kein neugewähltes Ab-

geordnetenhaus zusammen, sondern die für ungültig erklärte Wahl zum 19. Berliner Abgeordnetenhaus wurde – nun hoffentlich ordnungsgemäß – wiederholt. Die Berliner Wahlberechtigten haben also kein neues 20. Abgeordnetenhaus gewählt, sondern zum zweiten (und damit wiederholten) Male das 19. Abgeordnetenhaus der laufenden Wahlperiode. Dieser Einschätzung folgt auch der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin in einer wohl klarstellenden Erläuterung in seinem Urteil: „Die Wahlperiode beginnt mit der Wiederholungswahl nicht neu.“²

Anders als Art. 69 II GG und die Verfassung der meisten übrigen Länder kennt die Berliner Verfassung auch unabhängig von der Wiederholungswahl nicht die Verknüpfung zwischen der Wahlperiode des Parlaments und der Amtsperiode der Regierung. Daher bleibt die Regierung auch über das Ende der alten Wahlperiode hinaus nicht nur geschäftsführend, sondern regulär im Amt, bis ein neuer Regierungschef gewählt ist.³ Folglich kann von einem „ewigen Senat“ gesprochen werden, weil die Regierung auf unbestimmte Zeit gewählt ist. Dagegen wird zwar teilweise eingewendet, dass die Konstituierung einer neuen Landesregierung zu Beginn jeder Wahlperiode dem demokratisch-parlamentarischen Prinzip immanent sei.⁴ Allerdings ist nicht erkennbar, warum das zwingend sein soll: Auch ohne Akzessorietät der Regierungsperiode zur Wahlperiode kann eine parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung vermittelt werden. Ausschlaggebend ist, dass das neu zusammengetretene Parlament jederzeit eine neue Regierung wählen und damit das Amtsverhältnis der alten Regierung beenden kann.

¹VerfGH Berlin, Urt. v. 16.11.2022, VerfGH 154/21 = NVwZ 2023, 70 ff. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Urteil wurde vom BVerfG abgelehnt (BVerfG, Beschl. v. 25.01.2023, 2 BvR 2189/22); die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache steht noch aus.

²VerfGH Berlin NVwZ 2023, 70 (88 Rn. 254).

³Für Berlin *Driehaus*, in: *Driehaus, BerlVerf*, 4. Aufl. 2020, Art. 56 Rn. 6; *Neumann*, in: *Pfennig/Neumann, BerlVerf*, 3. Aufl. 2000, Art. 56 Rn. 2. Für Rheinland-Pfalz *Gärditz*, in: *Brocker/Droege/Jutzi, RhPfVerf*, 2014, Art. 98 Rn. 24. Allgemein *Peine*, *Der Staat* Bd. 21 (1982), 335 (338 ff.).

⁴Für Rheinland-Pfalz *Jutzi*, in: *Hufen/Jutzi/Hofmann, Landesrecht Rheinland-Pfalz*, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 45. Allgemein *Friesenhahn*, *VVDStRL* Bd. 16 (1957), 9 (43 f.).

Folgerichtig zählt auch das BVerfG das Prinzip des Art. 69 II GG, wonach das Amt des Regierungschefs in jedem Fall mit dem Zusammentritt eines neuen Parlaments endet, nicht zu den – für die Länder nach Art. 28 I 1 GG verbindlichen – Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats.⁵

Regierende Bürgermeisterin ist bis zum Ende der Wahlperiode gewählt

Wie hilft die ununterbrochene Wahlperiode nun Franziska Giffey? Zunächst hat sie ausreichend Zeit, weil sie bis zum Ende der laufenden Wahlperiode – also bis Herbst 2026 – gewählt ist. Sie muss nicht handeln, wenn sie ihr Büro im Roten Rathaus behalten möchte, sondern kann auf das Verhalten von CDU und Grünen reagieren. Bilden beide eine schwarz-grüne Koalition, ist sie machtlos. Doch andernfalls sitzt sie am längeren Hebel, weil sie sich keiner Wahl zwingend stellen muss.

Grüne oder Linke könnten freilich damit drohen, den Senat zu verlassen und Franziska Giffey mit einem Misstrauensvotum zu stürzen, wenn ihre inhaltlichen oder personellen Forderungen nicht berücksichtigt werden. Ob eine solche Drohung im Ergebnis erfolgreich wäre, kann aber bezweifelt werden. Das Misstrauensvotum ist in Berlin zwar auf den ersten Blick nicht so konstruktiv wie im Bund oder den meisten übrigen Ländern ausgestaltet. Denn nach Art. 57 II BerlVerf. kann das Abgeordnetenhaus der Regierenden Bürgermeisterin das Vertrauen entziehen, ohne unmittelbar einen Nachfolger wählen zu müssen. Überdies muss die Regierende Bürgermeisterin in der Folge gem. Art. 57 III 2 BerlVerf. sofort nach Annahme eines Misstrauensantrags zurücktreten.

Allerdings verliert das Misstrauensvotum nach Art. 57 III 3 BerlVerf. seine Wirksamkeit, wenn nicht binnen 21 Tagen eine Neuwahl erfolgt ist. Auch wenn der Wortlaut der sofortigen Rücktrittspflicht eindeutig scheint, könnte das Merkmal jedoch wohl noch wortlautkonform dahingehend ausgelegt werden, dass die Rücktrittspflicht erst unverzüglich nach der Übergangszeit bis zum Amtsantritt eines Nachfolgers besteht.⁶ Dafür dürfte jedenfalls der Gedanke der Handlungsfähigkeit in der Staatsleitung sprechen, dem die Berliner Verfassung in Art. 56 III 3 BerlVerf. Ausdruck verleiht. Danach ist die Regierende Bürgermeisterin verpflichtet, die Amtsgeschäfte bis zum

Amtsantritt ihres Nachfolgers fortzuführen. Wenn sie die Geschäfte also ohnehin weiterführen müsste, würde ihr Rücktritt erst nach der Entscheidung, ob ein Nachfolger innerhalb von drei Wochen gewählt ist oder nicht, Sinn ergeben.

Was rechtlich möglich ist, muss politisch nicht klug sein

Rechtlich sind die Regierende Bürgermeisterin und ihr Senat demokratisch genauso hinreichend legitimiert wie jede andere Landesregierung, weil die Regierende Bürgermeisterin von den Abgeordneten der laufenden Wahlperiode gewählt ist. Eine Neubildung der Regierung ist daher verfassungsrechtlich nicht zwingend. Insofern mögen die Äußerungen der letzten Tage, die offenkundig von einer baldigen und unvermeidlichen Neuwahl eines Regierenden Bürgermeisters ausgehen, politisch verständlich sein, halten aber rechtlicher Prüfung nicht stand. Ob eine Erneuerung der Legitimation nach der Wiederholungswahl mit neuen Kräfteverhältnissen politisch klug oder sogar geboten ist, beurteilen allein die nun gewählten Mitglieder des Berliner Abgeordnetenhaus. Für ihre Entscheidung müssen sich die Abgeordneten dann bei der nächsten Wahl 2026 vor dem Wahlvolk verantworten.

Mit Blick auf die Mitglieder des Bezirksamtes scheinen die Fraktionen [über eine Neuwahl zu diskutieren](#), obwohl diese nach § 35 I BezVwG BE für die Dauer der Wahlperiode von der Bezirksverordnetenversammlung gewählt sind. Die Wahlperiode der Bezirksverordnetenversammlung ist nach Art. 71 BerlVerf. an die Wahlperiode des Abgeordnetenhauses geknüpft. Grundlage für die Neuregelung könnte wohl ein Antrag der CDU-Fraktion vom 18. Januar 2023 sein.⁷ Danach soll die aus einer Wiederholungswahl hervorgehende Bezirksverordnetenversammlung für die verbleibende Dauer der Wahlperiode eine erneute Wahl der Mitglieder des Bezirksamts vornehmen. Indes wäre näher zu untersuchen, ob sich diese Regelung schon auf die aktuelle oder nur auf zukünftige Amtsperioden der Bezirksamtsmitglieder auswirken darf.

Empfehlenswert ist allerdings eine widerspruchsfreie und ehrliche politische Kommunikation, die weder von

⁵ BVerfGE 27, 44 ff.

⁶ So *Driehaus*, in: *Driehaus*, BerlVerf, 4. Aufl. 2020, Art. 57 Rn. 8.

⁷ AH-Drs. 19/0817.

„Wahl-Klau“ spricht, noch jemandem – wie nach der Bundestagswahl 2021 – das „moralische Recht“ zur Regierungsbildung versagt. Selbstverständlich kann auch vom zweiten Platz eine Regierung sondiert und gebildet werden. Eine Jamaika-Koalition wäre auf Bundesebene ebenso hinreichend demokratisch legitimiert wie die regierende Ampel-Koalition. Als Legitimationsquelle

ist entscheidend, dass ein Regierungschef die Mehrheit hinter sich versammelt und von den Abgeordneten gewählt wird. Franziska Giffey indes wurde am 21. Dezember 2021 vom 19. Berliner Abgeordnetenhaus zur Regierenden Bürgermeisterin gewählt. Bis zu ihrem Rücktritt oder der Wahl ihres Nachfolgers regiert sie weiter.

Michael Koß, Jakob Schwörer

Unfall in Zeitlupe

Warum das BVerfG die etablierten Parteien zum Jagen tragen muss

doi: 10.17176/20230223-185128-0



Mit Urteil vom [22. Februar 2023](#) hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entschieden, dass es im Bereich der staatlichen Parteienfinanzierung eines gesonderten Stiftungsgesetzes bedarf (2 BvE 3/19). Die im Bundestag vertretenen Parteien, insbesondere die SPD und die Union, haben in der Frage der Finanzierung parteinaher Stiftungen einmal mehr jegliche eigenständige Entscheidungsfindung solange verweigert, bis das BVerfG sie zum Jagen getragen hat. Dieses Muster, das auch die Regulierung der Parteienfinanzierung kennzeichnet, war lange ein Ärgernis, aber auch Ausdruck des wechselseitigen Respekts von Parteien und Verfassungsgericht. Angesichts einer sich radikalierenden AfD ist das Zaudern der Parteien aber zusehends untragbar. Zum Glück beließ es das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil nicht beim guten Zureden.

Es stellt eine Herausforderung dar, bei der Zusammenfassung des Urteils auf sarkastische Untertöne zu verzichten. Im Kern befand das Gericht, dass die Verteilung der gleichsam politischsten staatlichen Zuwendungen an die parteinahen Stiftungen nicht mit dem Recht der Parteien auf Chancengleichheit vereinbar ist. Es handelt sich dabei um die sogenannten Globalzuschüsse, die sich im Jahr 2021 auf knapp 141 Mio. Euro beliefen und damit ca. ein Fünftel der Gesamteinnahmen der Stiftungen von knapp 700 Mio. Euro ausmachen. Für das Jahr 2019 hätte die AfD-nahe Desiderius-Erasmus-Stiftung (DES) ebenfalls einbezogen werden müssen. Für 2022 (und potenziell ebenso die folgenden Jahre) wird in einem neuen Verfahren über die Ansprüche der DES zu entscheiden sein. Vor allem aber mahnte das Gericht ein Stiftungsgesetz an, in dem die Verteilung der Mittel festgelegt wird.

Von Fans für Fans

Das Gericht legt in seinem Urteil sehr nüchtern dar, wie die überaus umfangreiche Finanzierung der Stiftungen¹

bislang zustande kam. Ausgangspunkt waren stets die sogenannten Stiftungsgespräche:

„In diesen Gesprächen informierten sich Mitglieder des Deutschen Bundestages über die Arbeit und Planungen der politischen Stiftungen. Daneben nahmen fakultativ auch Vertreter des Bundesministeriums des Innern teil. Über den Kreis der an den Gesprächen teilnehmenden Stiftungen entschieden die bislang geförderten politischen Stiftungen. In den Stiftungsgesprächen legten Stiftungsvertreterinnen und -vertreter den sich aus ihrer Sicht ergebenden Finanzbedarf der Stiftungen für das kommende Haushaltsjahr dar.

Die Umsetzung des Ergebnisses der parlamentarischen Beratungen erfolgte in aller Regel in Form von Änderungsanträgen der Fraktionen oder der Bundesregierung zum Regierungsentwurf, die im Rahmen der Sitzung des Haushaltsausschusses zur abschließenden Beratung des Haushalts („Bereinigungssitzung“) behandelt wurden. Die Entscheidungen über den Kreis der begünstigten Stiftungen und über die Verteilung der Globalzuschüsse auf diese, welche nach einem nicht veröffentlichten, rechtlich nicht fixierten und im Konsens unter den parteinahen Stiftungen dem Haushaltsausschuss vorgeschlagenen Verteilungsschlüssel vorgenommen wurden, wurden jeweils Bestandteil des jährlichen Haushaltsgesetzes.“ (2 BvE 3/19, Rn. 6–7).

Die Stiftungen gaben also bislang in bester „Von Fans für Fans“-Manier auf einem informellen Treffen ihren Finanzbedarf bekannt und dieser Bedarf wurde dann exekutiv zur Kenntnis genommen sowie parlamentarisch beschlossen. Gemäß dem Otto Schily zugeschriebenen Bonmot „In meinem Haus kann jeder machen, was ich will“

¹Zum Vergleich: die im Bundestag vertretenen Parteien erhielten 2021 staatliche Zuwendungen von 193 Mio. Euro.

waren all diejenigen Stiftungen an dem Verfahren beteiligt, denen eine Einladung zum initialen informellen Treffen zugegangen war.

Um weiterhin jedwedem Sarkasmus-Impuls entgegenzuwirken, sei hier nur darauf verwiesen, dass diese Praxis bereits seit mehr als 30 Jahren kritisiert wird. Schon die vom Bundespräsidenten Richard von Weizsäcker eingesetzte Kommission zur Parteienfinanzierung hat im Februar 1993 das Fehlen einer materiellen Rechtsgrundlage für die Verteilung der Stiftungsmittel sowie die mangelnde Transparenz und Kontrolle der Mittelzuweisung moniert.² Das juristische Schrifttum folgte dieser Einschätzung ab 1994.³ Dennoch wurde eine solche Rechtsgrundlage trotz zahlreicher weiterer Forderungen – auch auf dem Verfassungsblog⁴ – nicht geschaffen. Stattdessen blieb man weiter unter sich: Die Stiftungen haben sich in einer [Gemeinsamen Erklärung](#) zur staatlichen Finanzierung der Politischen Stiftungen 1998 darauf verständigt, dass alle Stiftungen von Parteien Mittel erhalten sollten, die in zwei aufeinanderfolgenden Legislaturperioden im Bundestag vertreten waren. Die Gesamthöhe der Mittel sollte sich analog zum Bundeshaushalt entwickeln. Bezeichnenderweise wurde auch das letztgenannte Ziel deutlich verfehlt: Seit 1998 sind die Einnahmen der Stiftungen um jährlich 3,8 Prozentpunkte gestiegen; der Bundeshaushalt stieg im selben Zeitraum jährlich um nur 2,8 Prozentpunkte an (zum Vergleich: die Inflationsrate lag 1998–2021 im jährlichen Mittel bei 1,4 Prozent und die staatliche Parteienfinanzierung wuchs jährlich um 2,1 Prozentpunkte).

Die beschriebene regulatorische Nonchalance mag ja noch angehen, denn es ist nicht zu bestreiten, dass die parteinahen Stiftungen grundsätzlich wichtige Arbeit verrichten. Zuvorderst rechts- und sozialwissenschaftliche Kritik muss „die“ Parteien nicht anfechten, auch nicht über einen Zeitraum von 30 Jahren. Fest steht: Der allgemeine Unmut über „die“ Parteien ist kausal nicht ohne Weiteres mit dem Gebaren der ihnen nahestehenden Stiftungen in Verbindung zu bringen, erst recht nicht, weil das Vertrauen in Parteien auch in Ländern oh-

ne staatliche Stiftungs- oder Parteienfinanzierung stetig sinkt.

Problem erkannt - und ignoriert

Spätestens 2013 wurde aus dem akademischen Problem der Stiftungsfinanzierung aber ein politisches, denn in diesem Jahr erreichte mit der AfD eine Partei rechts der Union mit 4,7 Prozent der Wählerstimmen ihren größten Wahlerfolg in der Geschichte der Bundesrepublik, besser noch als die 4,3 Prozent der NPD 1969. Was würde passieren, wenn die AfD noch erfolgreicher werden und eine Stiftung gründen würde? Über diese Frage hatten die im Bundestag vertretenen Parteien und ihre Stiftungen dann vier Jahre Zeit nachzudenken, bis die AfD 2017 die Fünfprozenthürde mit Leichtigkeit übersprang (12,6 Prozent) und im folgenden Jahr die DES als ihr nahestehende Stiftung anerkannte. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war das bereits 25-jährige Problem der Stiftungsfinanzierung handfest und virulent. Die AfD zog zwischenzeitlich nicht nur in alle Landtage ein, sondern radikalisierte sich ungebremst. 2021 schließlich gelang ihr der Wiedereinzug in den Bundestag mit nur geringen Stimmverlusten (10,3 Prozent).

Passiert ist seitens der anderen im Bundestag vertretenen Parteien in all der Zeit: nichts. Die kleinen Parteien schienen durchaus zu Änderungen bereit. Deshalb fand der Satz „Die Arbeit und Finanzierung der politischen Stiftungen wollen wir rechtlich besser absichern“ seinen Weg in den aktuellen [Koalitionsvertrag](#). Aber die beiden großen Parteien und namentlich die SPD stehen auf der Bremse. Warum dies so ist, offenbart ein genauerer Blick auf die Entwicklung der Globalzuschüsse an die SPD-nahe Friedrich-Ebert-Stiftung (FES): 1998, im Jahr der Gemeinsamen Erklärung der Stiftungen und des mit einem Stimmenanteil von 40,9 Prozent größten SPD-Wahlerfolgs seit 1980, erhielt die FES 34,8 Mio. Euro. Nachdem die SPD 2021 zum vierten Mal in Folge bei einer Bundestagswahl weniger als 26 Prozent der Stimmen (konkret 25,7) erhalten hatte, beliefen sich die Globalzuschüsse der FES auf 39 Mio. Euro. Dem Verlust eines

²BT-Drs. 12/4425, S. 38, 41, so auch zitiert im neuen Stiftungsurteil (vgl. 2 BvE 3/19, Rn. 9).

³Uwe Günther & Michael Vesper (1994), Wie weiter mit dem Stiftungsgeld? ZRP 27/8, S. 289–292.

⁴Vgl. Merten, Heike: Reden wir erneut über Geld: Wir brauchen ein Parteistiftungsgesetz!, Verfblog, 2018/6/15, <https://verfassungsblog.de/reden-wir-erneut-ueber-geld-wir-brauchen-ein-parteistiftungsgesetz/>, DOI: 10.17176/20180615-215933-1; Hobusch, Alexander: Parteinahen Stiftungen sind Partei-Stiftungen: Anmerkungen zur Parteienfinanzierung aus Anlass des BVerfG-Beschlusses zur AfD-nahen Desiderius-Erasmus-Stiftung, Verfblog, 2020/8/21, <https://verfassungsblog.de/parteinahen-stiftungen-sind-partei-stiftungen/>, DOI: 10.17176/20200821-155253-0.

guten Drittels an Wählerstimmen der Partei stand also ein Zugewinn von 13 Prozentpunkten bei den Globalzuschüssen gegenüber. Im tiefsten Tal der SPD, zwischen 2009 und 2017 (Stimmendurchschnitt bei den drei Bundestagswahlen in dieser Zeit: 23 Prozent) war es der FES angesichts dieses Mittelaufwuchses möglich, die Zahl ihrer Mitarbeiter trotz allem zu erhöhen: von 614 (2009/10) auf 689 (2016/17).⁵ Für die SPD bzw. die FES als Organisation kann es durch ein Stiftungsgesetz mit transparenter Grundlage der Zuwendungen und ihrer Höhe also nur schlimmer werden, denn das hier beschriebene Delta zwischen Wahlerfolg und Stiftungspower bleibt aus der Binnenperspektive besser fernab gesetzgeberischer Nachvollziehbarkeit. Spätestens seit die AfD auf den Plan getreten ist, ist diese Binnenperspektive aber obsolet.

Karlsruhes kluge Intervention

Deshalb musste jetzt das Bundesverfassungsgericht auf ein Stiftungsgesetz pochen, und es tat dies auf eine kluge Art und Weise. Der Politikwissenschaftler Georg Vanberg hat am Beispiel der Parteienfinanzierung bereits darauf verwiesen, dass die Parteien sich deshalb gern vom Gericht zu konkreten regulatorischen Änderungen nötigen ließen, weil sie sich immer sicher sein konnten, dass das Verfassungsgericht sie als *constitutional peers* schonen würde. Warum der Aufwand eigenständiger Reformen, wenn die Grundzüge minimalinvasiver verfassungskonformer Änderungen auch vom Gericht entworfen werden können?⁶

Allerdings funktionierte das alte Modell der Arbeitsteilung zwischen Parteien und Verfassungsgericht unter der Bedingung, dass niemand wirklich die (demokratischen) Regeln des (politischen) Spiels in Frage stellte. Die Grünen wurden schon in ihrer ersten Legislaturperiode in die parlamentarischen Abläufe des Bundestages hineinsozialisiert. Für die AfD steht diese Entwicklung vor-

sichtig formuliert noch aus.⁷ Deshalb zeugt es von Weisheit, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Stiftungsfinanzierung den Parteien weniger gut zugeredet als vielmehr gedroht hat: Die DES wurde bei den Globalzuschüssen bereits 2019 unberechtigterweise übergegangen und ein Stiftungsgesetz wurde nicht nur vom Gericht angemahnt; seine Ausarbeitung steht schon jetzt im Schatten eines weiteren abgetrennten Verfahrens zu den Globalzuschüssen für 2022 (und potenziell die folgenden Jahre).

Das Gericht hat vollkommen zurecht anerkannt, dass die Globalmittel eben auch in den politischen Wettbewerb eingreifen, der maßgeblich von den Parteien bestritten wird. Deshalb können der DES nicht einfach per Haushaltsvermerk Globalmittel vorenthalten werden. Der Unfall, auf den die etablierten Parteien je nach bevorzugter Lesart seit 1993, 2013 oder 2017 in Zeitlupe zu steuerten, hat sich nun ereignet: potenziell antidemokratische Umtriebe können unter der Rubrik „politische Bildungsarbeit“ gefördert werden, und zwar möglicherweise auch über 2022 hinaus (das Verfahren für 2022 hat schon ein Aktenzeichen: 2 BvE 1/23). Dass es so weit kommen konnte, haben sich die im Bundestag vertretenen Parteien selbst zuzuschreiben.

Gleichzeitig hat das Gericht aber auch zu erkennen gegeben, dass auf dem Wege eines Parlamentsgesetzes das Demokratieprinzip, aus dem nach jetzigem Stand das Erfordernis eines Einbezugs der DES folgt, auch so ausbuchstabiert werden kann, dass ein weiterer Zeitlupenunfall wie der des 22.2.2023 ausgeschlossen ist. Dazu muss der Gesetzgeber demokratische Kriterien definieren, die die Ausschüttung von Globalzuschüssen an parteinahe Stiftungen – oder den Ausschluss von ebenjenseitigen Zuschüssen – begründen. Das Bundesverfassungsgericht hat hier explizit mit dem Zaunpfahl der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gewunken – ohne aller-

⁵Zahlen nach den Jahresberichten der FES, die hier erhältlich sind: <https://www.fes.de/stiftung/jahresberichte-zahlen-fakten>. Nach 2017 änderte die FES die Zählweise ihrer Mitarbeiter; ein dem elektoralen Sinkflug der Partei folgender Stellenabbau bei der Stiftung ist unwahrscheinlich.

⁶Vgl. Georg Vanberg (2005), *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge: Cambridge University Press, S. 164–165. Das beste Beispiel für ein solches Vorgehen war die vermeintlich weitreichende Umstellung von einer Wahlkampf- zu einer allgemeinen Parteienfinanzierung 1993: Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil von 1992 (2 BvE 2/89) aber nicht nur die absolute Obergrenze der staatlichen Parteienfinanzierung unangetastet gelassen, sondern im Anschluss auch geduldet, dass der beanstandete Chancenausgleich für kleinere Parteien als Degression wiederkehrte, in deren Zuge die ersten vier Millionen Wählerstimmen umfangreicher erstattet wurden. Es gab also weiterhin dieselbe Summe staatlichen Geldes, nur für andere (zusätzliche) Zwecke und die Kleinen bekamen weiterhin relativ mehr. Raider hieß jetzt Twix, sonst änderte sich nix.

⁷Vgl. Michael Koß (2023), *Legislative Democracy in the Bundestag After Reunification*, *German Politics* 32/1, S. 107–126. <https://doi.org/10.1080/09644008.2021.2019712>.

dings in Details zu gehen: „Welche Anforderungen und Konsequenzen sich daraus für die staatliche Stiftungsförderung ergeben, ist vorliegend nicht zu entscheiden“ (2 BvE 3/19, Rn. 246). Die Parteien müssen diesmal selbst

die Arbeit der Demokratie erledigen. Gut so!

Der Autor Michael Koß war als Sachverständiger in dem Verfahren vor dem BVerfG tätig, aber äußert in diesem Text ausschließlich seine private Meinung.

Nicolas Harding

Aus Staat mach Privat

Zur Einordnung des Twitter-Accounts von Nancy Faeser
doi: 10.17176/20230208-233126-0



Seit dem 08. September 2021 ist Nancy Faeser Bundesministerin des Innern und für Heimat. Nachdem die Gerüchteküche bereits längere Zeit gebrodelt hatte, teilte sie letzte Woche mit, am 08. Oktober als Spitzenkandidatin der SPD im hessischen Landtagswahlkampf kandidieren zu wollen. Diese Entscheidung wurde medial kritisch rezipiert; nicht zuletzt, weil Ministerin Faeser angekündigte, im Falle einer Wahlniederlage am Amt der Bundesministerin festhalten zu wollen. Außerdem wurde bezweifelt, dass sich die mit einer Kandidatur im Landtagswahlkampf einhergehenden Strapazen mit einer effektiven Wahrnehmung des Ministerinnenamts vereinbaren ließen. Eine funktionale Trennung der amtlichen und parteipolitischen Sphäre, so u.a. die [Koalitionspartner auf Bundesebene](#), drohe zu verwischen.

Am Abend des 02. Februars ließ Ministerin Faeser ihren Worten Taten folgen und kündigte auf ihrem [Twitter-Account](#), in dem es im Impressum zu diesem Zeitpunkt noch „Bundesministerin des Innern“ hieß und auf die Website des BMI verwiesen wurde, an:

„Ich bin mit voller Kraft Bundesinnenministerin. Künftig werde ich hier aber auch über meine Arbeit als SPD-Spitzenkandidatin für die Landtagswahl in Hessen informieren, daher wird dieser Kanal nicht mehr von meinem Ministerium betreut.“

Im Zuge dessen änderte sich auch die Beschreibung des Accounts in „Bundesministerin des Innern und für Heimat|Landesvorsitzende der SPD Hessen|“ und ersetzte den Verweis auf die Website des BMI durch eine Verlinkung ihrer [Partei-Homepage](#). Dieses Vorgehen hat in den Kommentaren des in Rede stehenden Beitrags so wie in der medialen Berichterstattung [kritische Stimmen](#) hervorgerufen. Christian Conrad ordnete das Vorgehen bei [LTO](#) als (unzulässige) Übertragung amtlicher Mittel auf eine Partei ein und wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Umwidmung womöglich als Parteispende bewertet werden könnte.

Seit der Umstellung des Accounts ist in den dort geteilten Beiträgen ein wilder Mix aus ministeriellen wie parteipolitischen Beiträgen wiederzufinden. Es ist also eingetreten, was bereits am 02. Februar befürchtet wurde: Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit und politisches Werben um Wählerstimmen gehen auf dem Account Hand in Hand. Sollte es sich bei dem Account trotz der angekündigten „Umwidmung“ weiter um ein Sprachrohr ministerieller Öffentlichkeitsarbeit handeln, wäre das rechtswidrig.

Die Dichotomie staatlichen und privaten Informationshandelns

Dass sich die hinter einem Amt stehende Privatperson, bei der es sich in einer Parteiendemokratie regelmäßig gleichzeitig um den Spitzenkandidaten oder die Spitzenkandidatin einer politischen Partei handelt, auf ihre Grundrechte berufen kann, ist grundsätzlich unbestritten und wurde vom BVerfG in seiner [Grundsatzentscheidung](#) zur regierungsamtlichen Öffentlichkeitsarbeit aus dem Jahr 1977 ausdrücklich festgelegt. Private Äußerungen kommen als Ausdruck grundrechtlicher (Meinungs-)Freiheit in den Genuss wohlwollender Deutung. Ihnen ist bei der Abwägung mit entgegenstehenden Rechten Dritter ein hohes Gewicht beizumessen, da die Meinungsfreiheit als schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung einzustufen ist.

Hoheitliche Äußerungen sind hingegen von Natur aus weniger schutzbedürftig, da sie nicht auf der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten beruhen. Neben den die Informationsbefugnis unmittelbar einschränkenden Grundrechten der Bürgerinnen und Bürger unterliegt es objektiven Äußerungsvorgaben wie der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, der (politischen) Neutralitätspflicht und dem rechtsstaatlichen Sachlichkeitsgebot. Ob eine Äußerung privater oder hoheitlicher Natur ist, kommt eine fundamentale Bedeutung zu.

Dass sich die Unterscheidung der unterschiedlichen

Sprecherrollen nicht selten als schwierig gestaltet, ist nicht von der Hand zu weisen. Dies manifestierte sich jüngst sogar in einem ablehnenden **Sondervotum** der Richterin Wallrabenstein zur Merkel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Gleichwohl ist die Bestimmung der Sprecherrollen aufgrund der dem Grundgesetz zugrundeliegenden Dichotomie privater Grundrechtsfreiheit und staatlicher Grundrechtsbindung – um im Duktus der sozialen Netzwerke zu bleiben – wichtig und richtig. In der Rechtsprechung des BVerfG und verschiedener (Landesverfassungs-)Gerichte haben sich daher mittlerweile vergleichsweise handfeste Abgrenzungskriterien herausgebildet. Maßgeblich sollen zuvörderst die äußeren Umstände einer Informationsmaßnahme sein, wohingegen dem Äußerungsinhalt nur eine indizielle Wirkung beizumessen ist. Entscheidend ist, ob ein unvoreingenommener Rezipient die einzelne Aussage als Wahrnehmung amtlicher Autorität oder als private Meinungskundgabe einstuft.

Soziale Netzwerke als neues Terrain staatlichen Informationshandelns

Wie dieser Fall in beachtenswerter Dringlichkeit zeigt, hat sich die Staatskommunikation mittlerweile zu großen Teilen in die Sphäre der sozialen Netzwerke verlagert. Während dies prinzipiell nicht zu beanstanden und unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten sogar ausdrücklich zu begrüßen ist, sind auch die mit der Kommunikation in sozialen Netzwerken einhergehenden, neuartigen Gefahren staatlichen Informationshandelns für die freie Willensbildung der Bürgerinnen und Bürger hervorzuheben. Phänomene wie *hate speech* und *fake news* zeigen uns, dass die sozialen Netzwerke auch heute als rechtsfreier Raum interpretiert werden. Da sich Beiträge im Handumdrehen weiterverbreiten und mit Kommentaren versehen lassen, ist die Reichweite der Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken faktisch unbegrenzt und mit den herkömmlichen Erscheinungsformen staatlichen Informationshandelns nicht vergleichbar.

Aus äußerungsrechtlicher Perspektive bestehen daher erhebliche Zweifel an der Übertragbarkeit der zuvor aufgeführten Abgrenzungskriterien: Während es bei Pressekonferenzen, Zeitungsinterviews und Plakaten verschiedene formale Umstände gab, die der Rezipient seiner Einordnung zugrunde legen konnte, unterliegen die Profile in den sozialen Netzwerken nur einer begrenz-

ten Gestaltungsmöglichkeit der Inhaberinnen und Inhaber. Es droht – wie eingangs bereits am Beispiel der aktuellen Aktivität auf dem Profil von Ministerin Faeser gezeigt – eine Vermischung parteipolitischer und hoheitlicher Beiträge, die in unzulässiger Weise in die Willens- und Meinungsbildungsfreiheit der Rezipientinnen und Rezipienten einzugreifen vermag.

Accountcharakterisierung in sozialen Netzwerken: in dubio pro publico

In einem ersten Schritt ist daher festzustellen, dass die Accounts in sozialen Netzwerken in ihrer Gesamtheit entweder der staatlichen oder der privaten Sphäre zuzuordnen sind. Eine Einzelfallbetrachtung von Beitrag zu Beitrag ginge fehl, da es potenziellen Abonnentinnen und Abonnenten im Zeitpunkt des Abonnierens klar sein muss, ob der Account staatlicher oder parteipolitischer bzw. privater Natur ist. Prägnantestes Kriterium ist insofern das Impressum eines Accounts bzw. dessen Beschreibung, in dem sich neben Angaben zu Alter, Herkunft und Interessen bei Amtsträgern regelmäßig Hinweise auf das innehabende Amt sowie eine Parteimitgliedschaft finden lassen. Faktisch beschränkt sich die Gestaltungsmöglichkeit für Netzwerknutzer auf diesen Bereich eines Profils.

Um den Gefahren für die Willensbildungsfreiheit der Rezipientinnen und Rezipienten hinreichend Rechnung zu tragen, ist dabei jeder Hinweis auf die Amtsträgerschaft eines Accountinhabers oder einer Accountinhaberin als ausreichend zu erachten, das Profil der staatlichen Sphäre zuzuordnen und dem willensbildungsschonenden Regime des staatlichen Äußerungsrechts zu unterwerfen. Soweit an dieser Stelle nicht ausdrücklich der private Charakter des Accounts betont wird, ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Account staatlicher Öffentlichkeitsarbeit dient und den Grenzen staatlichen Informationshandelns unterliegt. Dieses Verständnis ist als „Kehrseite“ des mit der Amtsautorität einhergehenden Glaubwürdigkeitsvorsprungs zu begreifen und stellt keine unzulässige Beeinträchtigung der hinter einem Amtsträger oder einer Amtsträgerin stehenden Privatperson dar, da es dieser unbenommen ist, einen eigenständigen privaten Account zu betreiben, auf dem sie grundrechtliche Freiheiten genießt.

Nur ein neuer Account kann die „Causa Faeser“ lösen

Überträgt man diese Kriterien auf den Account der Ministerin Faeser, bestehen keine Zweifel daran, dass dieser nach wie vor staatlicher Natur ist. Auch wenn das Impressum nunmehr einen Verweis auf ihre Funktion als Landesvorsitzende der SPD Hessen enthält und eine private Website verlinkt, prägt der Verweis auf die Amtsträgerschaft die Beschreibung des Accounts. Ein anderes Verständnis würde es ihr erlauben, tausende Abonnentinnen und Abonnenten, die das Profil (zumindest auch) aufgrund ihrer Funktion als Innenministerin und damit als Sprachrohr regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit abonniert haben, als Ausfluss des ihr zukommenden Amtsbonus parteipolitischer Wahlwerbung zu unterwerfen und damit gegen ihren zu vermutenden Willen zu instrumentalisieren.

Dieses Vorgehen widerspräche demokratischen und rechtsstaatlichen Standards und wurde auf Twitter sowie in der Presse zurecht kritisiert. Es entspräche überdies nicht der bedauerlicherweise nur vereinzelt auftretenden, aber zu befürwortenden Praxis staatlicher und privater Parallelaccounts. Lobenswertes Beispiel sind hier etwa Bundeskanzler Olaf Scholz, der neben seinem amtlichen Twitteraccount mit dem Kürzel „@Bundeskanzler“ auch ein privates Profil mit dem Kürzel „@olafscholz“ betreibt. Auch Ministerin Anna-Lena Baerbock hat mit ihrer Ernennung zur Außenministerin den privaten Account aufgegeben, der nunmehr unter „@ABaerbockArchiv“ aufzufinden ist und twittert seitdem unter dem unstrittig amtlichen Ac-

count „@ABaerbock“.

Es wäre Ministerin Faeser zu raten, einen neuen Account zu erstellen, auf dem sie in ihrer Funktion als Spitzenkandidatin der hessischen SPD auftritt und ihren Wahlkampf bewirbt. Dabei wäre es ihr nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit für Profilbesucherinnen und -besucher überdies erlaubt, im amtlichen Impressum auf diesen Parallelaccount zu verweisen. Die Aktivität der letzten Tage, bei der sowohl ministerielle Äußerungen hoheitlicher Natur als auch Beiträge der SPD geteilt werden, ist mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben staatlichen Informationshandelns indes schlechthin unvereinbar.

Sollte sich Ministerin Faeser dazu entscheiden, den Account weiterhin mit staatlichen wie parteipolitischen Inhalten zu bespielen, dürfte sich die Verfassungswidrigkeit dieses Vorgehens im Rahmen eines Organstreitverfahrens vor dem BVerfG klären lassen. Antragsberechtigt wären die Parteien, besonders die im hessischen Wahlkampf benachteiligte CDU und Die Grünen, in deren Chancengleichheit durch das Werben auf einem bundeministeriellen Account eingegriffen wird. In Anbetracht der Tatsache, dass die sogenannte „heiße Phase“ des Wahlkampfes unmittelbar zu beginnen droht oder vielleicht bereits begonnen hat, wäre aus Sicht der benachteiligten Parteien auch ein entsprechendes Eilverfahren in Erwägung zu ziehen. Mit diesem könnte die parteipolitische Stilllegung des Accounts erwirkt werden. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die beabsichtigte Umwidmung des Accounts gescheitert ist, dürfte aber eine Parteispende i.S.d. §§ 25, 26 PartG zu verneinen sein.

Alexander Hobusch

Einmal amtlich, immer amtlich?

Einige Gedanken zur „Umnutzung“ des Twitter-Accounts durch die Bundesinnenministerin

doi: 10.17176/20230211-233045-0



Im [Verfassungsblog](#) erschien kürzlich ein Beitrag zur „Umnutzung“ des Twitter-Accounts durch die Bundesinnenministerin. Das Urteil: Verfassungswidrig, sogar ein Widerspruch zu demokratischen und rechtsstaatlichen Standards wurde attestiert, wobei nicht erläutert wird, worin etwa Letztere liegen sollen. Auch [andernorts](#) war man sich schnell sicher: Klar verfassungswidrig, weil der Account amtlich ist.

Die Kritik ist aber jedenfalls in der bisher geäußerten Pauschalität selbst bei Zugrundelegung der strengen und unflexiblen Linie des BVerfG nicht haltbar. Im Ergebnis dürfte die Sache wesentlich komplizierter sein. Werfen wir einen zweiten Blick auf die Sache.

Zum Sachverhalt: Nancy Faeser betrieb vor ihrer Ernennung zur Innenministerin einen Twitter-Account, den seit ihrem Amtsantritt ihr Ministerium führt. Nun war dort zuletzt zu lesen, dass sie auch Spitzenkandidatin in Hessen sei und hierzu nun auf diesem Profil informieren wolle und dass der Kanal nicht mehr vom Ministerium betreut werde. Augenscheinlich werden hier nun vornehmlich Parteihalte geteilt, aber auch ein Fernseh-Interview mit der Ministerin zu Projekten des Ministeriums ist enthalten.

Maßstabsgestaltung: Öffentlichkeitsarbeit der Regierung

Das Thema der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung ist ein Dauerbrenner in Karlsruhe, weshalb das Gericht seit seiner Grundentscheidung in BVerfGE 44, 125 vergleichsweise klare Vorgaben ausbuchstabieren konnte. Insbesondere neue Medien bringen aber – wie der vorliegende Fall zeigt – immer wieder neue, bisher nicht bedachte Probleme mit sich.

Kern der Rechtsprechung ist die Trennung zwischen „amtlicher“ und „privater/parteilicher“ Sphäre, die in der Literatur von vornherein mit durchaus erheblicher Begründung kritisiert wird. Das Gericht gibt selbst in den späteren Entscheidungen zu bedenken, dass eine strikte Trennung nicht möglich ist, dies aber nicht zur Unan-

wendbarkeit des Neutralitätsgebots führt (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 - 2 BvE 4/20, 5/20 -, Rn. 77 mwN). Auch die „[Merkel-Entscheidung](#)“ im Juni 2022 erging nur (noch) mit 5 zu 3 Stimmen, unumstritten ist die Rechtsprechung also im zweiten Senat nicht mehr (dazu u.a. [Michl](#) und [Hong](#)).

Der genannten – freilich eher praxisfernen – Abgrenzung kommt besonders gewichtige Bedeutung zu, weil das Gericht danach praktisch keinen „Filter“ mehr hat, um Einzelfälle handhabbar zu machen: Handelt der Amtsträger im amtlicher Eigenschaft, ist die Messe regelmäßig gelesen, denn die Folge ist die strenge Bindung an die Neutralitätspflicht. Das Korrektiv einer Einzelfallabwägung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ist hier nicht vorgesehen.

Das Gericht bietet für die Sphärenabgrenzung zwei maßgebliche Argumentationsmöglichkeiten an: Eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit liegt nach dem Gericht vor, wenn auf „Mittel und Möglichkeiten“ des Amtes zurückgegriffen wird, über welches die Mitbewerber nicht verfügen: Dies sei bei einer Äußerung gegeben, wenn sie „unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen“ (BVerfG aaO Rn. 78). Die Abgrenzung erfolgt dann einzelfallbezogen aus der Perspektive eines mündigen, verständigen Bürgers (BVerfG aaO Rn. 80).

Wir haben also zum einen den Aspekt der finanziellen Möglichkeiten des Amtes, welche nur neutral und nicht parteipolitisch eingesetzt werden sollen und eindeutiger zu bestimmen sind. Bei der zweiten Argumentationslinie handelt es sich um die sog. Amtsautorität, also eine Art „Anschein von Amtlichkeit“: Bereits der Rechtschein des Staatlichen macht eine Äußerung staatlich. Das soll nach den vielen Beispielen in den Urteilen des BVerfG etwa bei der ausdrücklichen Bezugnahme auf das

Amt bei Äußerungen vorliegen, bei offiziellen Publikationen, Nutzung von Staatssymbolen und Hoheitszeichen, Nutzung von offiziellen Regierungskonten usw. (BVerfG aaO Rn. 59 mwN).

Die Sprecherrolle kann nach der Rechtsprechung des BVerfG auch gewechselt werden, etwa bei Interviews soll es möglich sein, manche Aussagen amtlich, manche parteilich zu tätigen. Zur Abgrenzung könne hier angeführt werden, ob die konkrete Aussage mit der spezifischen Amtsautorität unterlegt wird oder ob klarstellend darauf hingewiesen wird, dass es sich um einen Beitrag jenseits der ministeriellen Tätigkeit handelt (vgl. BVerfG aaO Rn. 83; BVerfGE 148, 11, 35 Rn. 66).

Amtsautorität nach der Umnutzung des Twitter-Accounts?

Nun stellen sich für den Twitter-Account mehrere, zum Teil durchaus spannende Fragen: Unumstritten dürfte zunächst sein, dass der – ursprünglich private – Account natürlich zeitweise amtlich war, denn er wurde durch das Ministerium gepflegt und mit amtlichen Ressourcen betrieben. Die viel spannendere Frage ist daher, ob der Account jetzt noch amtlich ist und zulässigerweise in den Landtagswahlkampf in Hessen eingreifen kann und generell ob und wie ein Account „entstaatlicht“ werden kann.

Der im Verfassungsblog erschienene Beitrag – mag man ihm auch im Ergebnis zustimmen können – wirkt in der Begründung der Zuordnung zur amtlichen Sphäre nebulös. Zwei wesentliche Begründungsansätze tragen nicht:

Zum einen wird in dem Beitrag die Amtlichkeit bereits allein mit dem Verweis auf die Amtsträgerschaft im Rahmen der Beschreibung begründet. Das dürfte so nicht ausreichen, denn nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG darf die Amtsbezeichnung auch außerdienstlich geführt werden und soll allein kein Indiz für die Inanspruchnahme von Amtsautorität sein (BVerfGE 154, 230, 342 Rn. 61; BVerfGE 138, 102, 119 f. Rn. 59).

Zum anderen wird vom Ergebnis her argumentiert, und zwar im Sinne einer „es kann doch nicht angehen, dass“-Argumentation: „Ein anderes Verständnis würde es ihr erlauben, tausende Abonnentinnen und Abonnenten, die das Profil (...) aufgrund ihrer Funktion als Innenministerin (...) abonniert haben, (...) parteipolitischer Wahlwerbung zu unterwerfen und damit gegen ihren (...) Willen zu instrumentalisieren.“ Das klingt nicht nur nach

starkem Tobak, es ist auch schlicht kein Argument, sondern die versuchte Ableitung einer Argumentation aus einem Ergebnis.

Neben der Führung der Amtsbezeichnung sind vielmehr weitere Anhaltspunkte einzubeziehen, um die Abgrenzung vornehmen zu können. Neben der Amtsbezeichnung könnte man hier auf das Titelfoto kommen. Dort posiert die Ministerin vor Bundespolizisten und einem Bundespolizei-Hubschrauber. Dies dürfte durchaus den Eindruck nahelegen, dass es sich hier um Inhalte in Relation zum Innenministerium handelt. Bei einem SPD-Kandidatenprofil ist eine derartige Inszenierung jedenfalls unüblich. Daneben müsste man in die Betrachtung auch noch die „aktive Distanzierung“ einstellen, die auf dem Account zu lesen war und welche zunächst für einen Wechsel der Sprecherrolle spricht. Indes: Die Distanzierung rutscht als einfacher Beitrag mit der Zeit nach unten und ist auch nicht in der oben verankerten Beschreibung niedergelegt und damit für neue Profilbesucher nicht direkt wahrnehmbar. Daneben ist die Distanzierung insofern unklar, als nicht klar ausgesprochen wird, ob hinter dem Profil nun die Ministerin oder die Spitzenkandidatin der SPD Hessen stehen soll: Es klingt ein wenig, als solle beides abgedeckt werden („Künftig werde ich hier *auch* über meine Arbeit als SPD-Spitzenkandidatin (...) informieren“). Amtsautorität könnte sich auch aus den geposteten Inhalten ergeben. Das muss an dieser Stelle mangels ausreichender Empirie ausgeklammert werden: Problematisch wird es aber dann, wenn weiterhin neben „Parteiinhalten“ auch „Ministeriumsinhalte“ geteilt werden und bei den Ministeriumsinhalten eben eine konkrete Bezugnahme auf das Amt stattfindet. Dann liegt es in der Gesamtschau in der Tat nahe, auf eine Teil-„Amtlichkeit“ zu schließen.

Warum der Vorwurf einer Parteispende fernliegend ist

Der zweite Ansatz der Rechtsprechung, die Amtlichkeit über die „Mittel und Möglichkeiten“ des Ministeriums zu begründen, die den Account seit anderthalb Jahren gepflegt haben, ist ebenfalls denkbar, aber auch nicht derart offensichtlich, wie teilweise suggeriert wird. Man kann davon ausgehen, dass die Pflege durch staatliche Mittel durchaus ein Vorteil ist. Diesen zu bemessen ist aber schwierig: Muss hier die Follower-Differenz zwischen „privater“ und nun „amtlicher“ Nutzung ermittelt werden? Denn auch diesen Aspekt darf man nicht vergessen: Nancy Faeser hatte den Account bereits vor ihrer Zeit

als Innenministerin. Insoweit ist der Fall nicht vergleichbar mit einer eigens durch staatliche Öffentlichkeitsarbeit aufgebauten Präsenz, die dann ins Private „mitgenommen“ wird. Die Betreuung selbst in der Zeit als Ministerin ist kein unzulässiger Vorteil, sondern Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung.

Daneben muss man aufpassen, aus Vorsicht vor einer Bevorteilung der Amtsträger nicht zu einer undifferenzierten Abschöpfung aller Vorteile zu gelangen: Die gesteigerte Bekanntheit ist ohnehin ein Vorteil, der einem Regierungsmitglied auch ganz ohne Twitter-Follower verbleibt und der in einer parlamentarischen Demokratie hinzunehmen ist. Die Pflicht zur Stilllegung eines erst privaten, dann einmal „staatlichen“ Accounts beim Ausscheiden aus dem Amt würde eher auf eine Benachteiligung hinauslaufen, denn dann stünde der Amtsträger schlechter als vor Antritt des Amtes.

Können oder müssen Twitter-Accounts wieder „entstaatlicht“ werden?

Kern der ganzen Problematik ist die Frage, wie ein einmal als staatlich eingestuftes Mittel wie der Twitter-Account wieder „entstaatlicht“ werden kann. Hinsichtlich der Amtsautorität kann man wohl auf die bestehende Rechtsprechung des BVerfG zurückgreifen und hier neben

den sonstigen Umständen wie der Wirkung auf den mündigen Bürger auch auf etwaige ausdrückliche Distanzierungen und Klarstellungen zur konkreten Rollenzuordnung abstellen.

Soweit man auf die Mittel und Möglichkeiten des Ministeriums und einen etwaigen Wertzuwachs abstellt, dürfte wohl die Frage entscheidend sein, ob sich in der Weiternutzung noch die Mittel und Möglichkeiten des Ministeriums fortsetzen oder ob sie abschöpfbar sind. Da ein Twitter-Abonnement schnell kündbar ist, wenn man den erneuten „Wandel“ der Seite erkennt, sind hier jedenfalls Zweifel angebracht, ob ein unzulässiger Rückgriff vorliegt.

Ganz so einfach ist also nicht einzuordnen, ob die Mitnahme von Nancy Faesers Twitter-Account in den hessischen Wahlkampf rechtmäßig ist oder nicht. In der Gesamtschau spricht hier einiges dafür, dass der beabsichtigte „Wechsel“ der Sprecherrolle misslungen ist und der Twitter-Account aufgrund fortbestehender Amtsautorität noch immer staatlich ist. Ein unzulässiger Rückgriff auf Mittel des Ministeriums ist eher fernliegend, denn hierbei ist einzustellen, dass der Twitter-Account bereits vorher parteipolitisch mit nicht unerheblicher Follower-Anzahl genutzt wurde und ein konkreter Vorteil somit kaum bezifferbar ist.

Felix Reda

Die Störerhaftung ist tot, lang lebe die Störerhaftung

doi: 10.17176/20230207-113042-0



Wer im vergangenen Sommer das Urteil des Bundesgerichtshofs in den Verfahren YouTube II und Uploaded III (BGH, [Urteile vom 2. Juni 2022](#) – I ZR 140/15, I ZR 53/17 u.a.) nur oberflächlich verfolgt hat, könnte zu dem Schluss kommen, dass die Zeit der Störerhaftung in urheberrechtlichen Streitigkeiten endgültig vorbei ist. Nachdem der Gesetzgeber die heftig kritisierte Störerhaftung von WLAN-Betreibern bereits 2017 abgeschafft [hatte](#), hat nun der BGH seine Rechtsprechung zur Störerhaftung von Video-Sharing-Plattformen und Sharehostern aufgegeben. Damit geht keine Entlastung dieser Dienste einher, im Gegenteil: Sie können nunmehr grundsätzlich sogar als Täter oder Teilnehmer von Urheberrechtsverletzungen, die Nutzer über ihren Dienst begehen, auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. In der rechtswissenschaftlichen Debatte melden sich nun [erste Stimmen](#), die den Urteilen entnehmen, dass der BGH die Störerhaftung für sämtliche Vermittlungsdienste abgeschafft habe. Mit anderen Worten könnten nun etwa auch Access Provider, Domain Registrare oder DNS-Dienste als Täter von Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer haften. Die Haftung dieser Dienste war bislang im Rahmen der Störerhaftung auf Unterlassung beschränkt und durch strikte Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsanforderungen begrenzt. Diese Lesart der beiden Urteile zur Haftung von Sharing-Plattformen ist nicht nur rechtlich fernliegend, die Ausweitung der Haftung neutraler Diensteanbieter droht die Grundrechtseinschränkungen, die bereits an der Störerhaftung kritisiert wurden, zu potenzieren.

Das Landgericht Köln (Urteil vom 29.09.2022 – 14 O 29/21) hat jedoch kürzlich genau das getan und die täterschaftliche Haftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter, die der Bundesgerichtshof nun bei bestimmten Sharing-Plattformen prüft, auf andere Intermediäre, namentlich Caching- und reine Durchleitungsdienste übertragen. In dem Verfahren hatte ein Musikunternehmen gegen den Anbieter Cloudflare geklagt, der ein Content-Delivery-Network und einen unabhängigen

DNS-Resolver betreibt. Eine Auseinandersetzung mit den Unterschieden zwischen YouTube und Uploaded einerseits, die Gegenstand der BGH-Verfahren waren, und Cloudflare andererseits, bei dem es sich nicht um eine Sharing-Plattform, nicht einmal um einen Hosting-Anbieter handelt, ist beim Landgericht Köln nicht erkennbar. Eine derart drastische Ausweitung der täterschaftlichen Haftung hätte dramatische Folgen für die Grundrechte der Nutzer*innen und die IT-Wirtschaft.

Gutachten: Täterschaftliche Haftung nicht auf reine Durchleitungsdienste übertragbar

Dass es sich bei der Ausweitung der täterschaftlichen Haftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter auf reine Durchleitungsdienste um einen Holzweg handelt, zeigt [ein heute veröffentlichtes Rechtsgutachten](#), das [Prof. Dr. Ruth Janal](#) im Auftrag der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. verfasst hat. Ihre Analyse der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs zeigt, dass die neuen Kriterien, die die Gerichte heranziehen, um zu prüfen, ob eine Sharing-Plattform durch Bereitstellung urheberrechtsverletzender Uploads Dritter selbst eine öffentliche Wiedergabe vornimmt, klar auf Hosting-Anbieter zugeschnitten sind.

Selbst einige Monate nach den Urteilen YouTube II und Uploaded III prüft auch der Bundesgerichtshof im Fall von Internetzugangsanbietern nicht etwa eine täterschaftliche Haftung, sondern weiterhin lediglich eine subsidiäre Sperrverpflichtung gegen urheberrechtsverletzende Webseiten nach § 7 Abs 4 TMG. Im Urteil DNS-Sperre vom 13. Oktober 2022 ([Az. I ZR 111/21](#)) hat der Bundesgerichtshof am Beispiel eines Sperrverlangens des Wissenschaftsverlags Elsevier gegen die Deutsche Telekom bezüglich der Webseite Sci-Hub klargestellt, dass die DNS-Sperre das letzte Mittel sein muss, nachdem ein Vorgehen gegen tatnähere Beteiligte gescheitert ist oder grundsätzlich ohne jede Erfolgsaussicht ist. Davon könne nicht ausgegangen werden, wenn gegen einen Host-

Provider mit Sitz innerhalb der EU, wie in diesem Fall in Schweden, nicht ernstlich vorgegangen wurde. Ginge der Bundesgerichtshof, wie durch das Landgericht Köln angenommen, bei allen Intermediären von täterschaftlicher Haftung aus, dann hätte er seine Prüfung im Fall DNS-Sperre nicht auf eine Verpflichtung zur Sperrung von Sci-Hub auf Grundlage von § 7 Abs. 4 TMG beschränkt. Dass der Bundesgerichtshof im Übrigen mit seiner Vermutung Recht hatte, dass noch nicht alle Möglichkeiten zum Vorgehen gegen tatnähere Beteiligte ausgeschöpft waren, zeigt sich daran, dass die betroffene schwedische Domain von Sci-Hub inzwischen offline ist, wie Sci-Hub-Gründerin Alexandra Elbakyan [kürzlich auf Twitter bekanntgab](#).

Logik des EU-Urheberrechts verkannt

Die durch das Landgericht Köln vorgenommene nahezu uferlose Ausweitung der täterschaftlichen Haftung auf weit weniger tatnahe Intermediäre als Sharing-Plattformen ist auch nicht sinnvoll. Das erschließt sich aus den Überlegungen, die zur Ausweitung des europarechtlichen Konzepts der öffentlichen Wiedergabe geführt haben. Die Annahme, dass bestimmte Sharing-Plattformen selbst einen Akt der öffentlichen Wiedergabe ausführen, wenn ihre Nutzer*innen auf der Plattform Urheberrechtsverletzungen begehen, entwickelte sich parallel einerseits durch den europäischen Gesetzgeber im Rahmen von Artikel 17 der [Richtlinie über das Urheberrecht im Digitalen Binnenmarkt](#) (DSM-RL) und andererseits durch den Europäischen Gerichtshof, angefangen mit den Urteilen [The Pirate Bay](#) und [Filmspeler](#). Bei beiden stand das Geschäftsmodell der Plattformen im Vordergrund, das zu einer unfairen Konkurrenz mit umfassend lizenzierten Unterhaltungsangeboten wie Musik- und Videostreaming führe.

Befürworter*innen von Artikel 17 DSM-RL wollten den sogenannten „Value Gap“ schließen, den die Unterhaltungsindustrie gegenüber der Politik beklagte. Dieser Theorie zufolge profitierten bestimmte soziale Plattformen wirtschaftlich von User-Uploads illegaler Inhalte. Diese Plattformen verfolgten zwar mit der Möglichkeit zum Austausch von Nutzer*innen-Uploads ein legitimes Geschäftsmodell und entfernten illegale Inhalte in der Regel nach einem Hinweis darauf, aber – so der Vorwurf – sie erhöhten durch die regelmäßige Präsenz nichtlizenzierten Unterhaltungsinhalte die Attraktivität der Plattform und schmäleren die Nachfrage für ko-

stenpflichtige Streamingangebote wie Spotify oder Netflix. Das Ziel, durch eine Ausweitung des Konzepts der öffentlichen Wiedergabe genau diese Plattformen täterschaftlich für Urheberrechtsverletzungen Dritter haftbar zu machen, wenn sie sich nicht hinreichend um Lizenzen bemühen und illegale Uploads bekämpfen, ist in Erwägungsgrund 62 DSM-RL erläutert.

Auch der Europäische Gerichtshof stellte das Geschäftsmodell der Plattformen bei seiner Entwicklung der Kriterien, wann eine öffentliche Wiedergabe vorliegt, in den Vordergrund. Dabei spielten besonders die Bewerbung einer Dienstleistung als Mittel zur Urheberrechtsverletzung ([The Pirate Bay](#), [Filmspeler](#)), die Gestaltung von Nutzungsoberflächen, die Urheberrechtsverletzungen erleichtern sowie die verzögerte Sperrung klarer Rechtsverletzungen nach einem Hinweis eine Rolle. In der Entscheidung [YouTube/Cyando](#) hat der Europäische Gerichtshof diesen Kriterienkatalog ausdifferenziert, ohne jedoch abschließend zu beantworten, ob YouTube und Uploaded diese Kriterien erfüllen. Man kann darüber streiten, ob die Value-Gap-Theorie stimmt oder die täterschaftliche Haftung für das richtige Mittel ist, Plattformen in die Pflicht zu nehmen ([anderer Auffassung war der Generalanwalt](#) im EuGH-Verfahren zu [YouTube/Cyando](#)). Klar ist jedoch: Es spielt eine entscheidende Rolle, ob die Plattform auf Urheberrechtsverletzungen ausgelegt ist und ob sie auf Hinweise glaubwürdig reagiert.

Bei reinen Durchleitungsdiensten sieht es ganz anders aus. Prof. Janal zeigt in ihrem Gutachten, dass diese schon gar nicht zur unverzüglichen Sperrung von Urheberrechtsverletzungen nach einem Hinweis verpflichtet sind. Insofern kann eine verzögerte Reaktion auch keine täterschaftliche Haftung begründen. Es ist darüber hinaus abwegig, dass ein Internetzugangsanbieter oder ein DNS-Resolver sein Geschäftsmodell auf die Begünstigung von Urheberrechtsverletzungen auslegt und damit in eine direkte Konkurrenz zu Streamingdiensten tritt. Ganz im Gegenteil sind Internetprovider, Content Delivery Networks und DNS-Resolver sogar notwendig, damit legale Streamingangebote überhaupt von ihren Kund*innen empfangen werden können. Die Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen Sharing-Plattformen Urheberrechtsverletzungen begünstigen können, hat ein reiner Durchleitungsdienst gar nicht. Folgt man also den Gründen des EuGH für die täterschaftliche Haftung bestimmter Online-Plattformen für Urheberrechtsverletzungen Drit-

ter, muss man die täterschaftliche Haftung reiner Durchleitungsdienste aus denselben Gründen ablehnen.

Vorwirkung des Digital Services Act

Das Landgericht Köln unterliegt einem weiteren Irrtum, indem es DNS-Resolver nicht als reine Durchleitungsdienste behandelt, die laut § 8 TMG von der Haftung – auch von der Störerhaftung – befreit sind. Prof. Janal erklärt, dass DNS-Resolver bereits nach dem Wortlaut von Telemediengesetz und E-Commerce-Richtlinie als reine Durchleitungsdienste zu behandeln sind. Darüber hinaus weist sie darauf hin, dass auch Internetzugangsanbieter, die zweifelsfrei von § 8 TMG umfasst sind, selbst DNS-Resolver betreiben und Netzsperrungen nach § 7 Abs. 4 TMG in aller Regel nur mittels einer Sperrung der DNS-Auflösung vornehmen können. Würden unabhängige DNS-Resolver also willkürlich nach einem gänzlich anderen Haftungsmaßstab behandelt als die DNS-Resolver eines Internetzugangsanbieters, obwohl dieselbe Form der Sperrung von Webseiten begehrt wird, stelle dies einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs 1 Grundgesetz dar.

Schließlich weist Prof. Janal auf den Digital Services Act (DSA) hin, der kürzlich in Kraft getreten ist und ab Februar 2024 als europaweit einheitliches unmittelbar geltendes Recht Anwendung finden wird. Die Haftungsprivilegien aus der E-Commerce-Richtlinie wurden nahezu

unverändert in den DSA überführt. In den Erwägungsgründen wurde dabei zum Zwecke der Klarstellung eine Liste von Beispielen aufgenommen, welche Dienste unter die verschiedenen Haftungsprivilegierungen fallen. In Erwägungsgrund 29 DSA heißt es:

„Vermittlungsdienste einer „reinen Durchleitung“ umfassen beispielsweise allgemeine Kategorien von Diensten wie Internet-Austauschknoten, drahtlose Zugangspunkte, virtuelle private Netze, DNS-Dienste und DNS-Resolver[...]“

Auch wenn der DSA noch nicht anwendbar ist, geht Prof. Janal von einer Vorwirkung der Verordnung aus. Mitgliedstaaten dürfen aufgrund ihrer Loyalitätspflicht gegenüber der Union die Ziele des Rechtsakts nicht behindern. Für die Rechtsprechung zu DNS-Resolvieren bedeutet das laut Prof. Janal, dass Gerichte zumindest keine in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanordnungen gegen DNS-Resolver aussprechen dürfen, die nicht auf die Zeit vor der Anwendbarkeit des DSA im Februar 2024 begrenzt sind. Das dürfte auch für das Urteil des LG Köln gelten.

Der Autor dieses Beitrags leitet das Projekt control © der Gesellschaft für Freiheitsrechte zum Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kommunikationsfreiheiten.

Charlotte Heppner

Frei für wen?

Ein Blick auf die rechtlichen Hintergründe der „Flaniermeile Friedrichstraße“

doi: 10.17176/20230203-233219-0



Nach „68 Auto-Tagen“ ist die Friedrichstraße in Berlin nun wieder autofrei. Während man sich auf [Twitter](#) noch darüber streitet, ob das nun eine Sperrung (für die Autos) oder eine Öffnung (für den Rest) darstellt, hat das Bündnis „Rettet die Friedrichstraße“ bereits angekündigt, [gegen die Fußgängerzone rechtlich vorzugehen](#). Dass die Initiative damit Erfolg haben wird, ist jedoch unwahrscheinlich, wie ein Blick auf die rechtlichen Hintergründe der „Flaniermeile Friedrichstraße“ zeigt.

Was bisher geschah

Am 2. Juli 2020 ordnete die Berliner Senatsverwaltung erstmals einen Verkehrsversuch zur Verkehrsberuhigung der Friedrichstraße an. Dafür sperrte sie den 500 Meter langen Abschnitt zwischen der Leipziger Straße und der Französischen Straße für den motorisierten Verkehr und richtete in der Mitte einen Schutzstreifen für den Radverkehr ein. Rechtsgrundlage war die Erprobungsvorschrift des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6, 2. Alt. Straßenverkehrsordnung (StVO). Der befristete Verkehrsversuch endete am 31. Oktober 2021. Um das Projekt weiterlaufen zu lassen, den motorisierten Verkehr also nicht nur versuchsweise, sondern dauerhaft von der Nutzung der Friedrichstraße auszuschließen, sollte die Friedrichstraße teileingezogen, d.h. straßenrechtlich in eine Fußgängerzone umgewidmet werden (§ 4 Abs. 1 Satz 3 Berliner Straßengesetz – BerlStrG). Als absehbar war, dass das Teileinziehungsverfahren beim Bezirksamt Mitte nicht rechtzeitig zum Ende des Verkehrsversuchs zum Abschluss kommen würde, erließ die Senatsverwaltung zur Überbrückung eine verkehrsrechtliche Anordnung, mit der sie die weitere Sperrung der Friedrichstraße für den motorisierten Verkehr verfügte. Gegen diese „Überbrückungs-Anordnung“ wandte sich die Unternehmerin Anja Schröder, die am Gendarmenmarkt einen Weinhandel betreibt, im Eilrechtsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin und bekam recht ([Beschluss vom 24.10.2022, VG 11 L 398/22](#)).

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts

Die „Überbrückungs-Anordnung“ war gleich aus mehreren Gründen rechtswidrig: Zunächst lagen die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vor (Rn. 21-24 des Beschlusses). Nach § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO können die Straßenverkehrsbehörden die Benutzung bestimmter Straßen aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken oder verbieten. Für Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs verlangt § 45 Abs. 9 Sätze 1 und 3 StVO darüber hinaus eine qualifizierte Gefahrenlage. Diese qualifizierte Gefahrenlage hätte der Senat vor Gericht aufwendig darlegen müssen, z.B. indem er mithilfe von Statistiken einen Unfallschwerpunkt auf der Friedrichstraße nachgewiesen hätte. Doch die strengen Voraussetzungen des Gesetzes und die hohen Anforderungen an die Darlegungslast waren hier nicht das Problem (anders z.B. bei der rechtlichen Umsetzung der Pop-Up-Radwege, vgl. dazu [hier](#)). Denn auf der Friedrichstraße ging es dem Senat nie um die Sicherheit und Ordnung des Verkehrs. Ziel der Sperrung war es vielmehr von Anfang an, die Aufenthaltsqualität in der Friedrichstraße als Geschäftsstraße zu verbessern, einen attraktiveren Standort zu schaffen und zu erproben, ob eine dauerhafte Teileinziehung des Straßenabschnitts möglich sei (Rn. 23 des Beschlusses). Diese Erwägungen tragen die ordnungsrechtliche straßenverkehrsrechtliche Anordnung nicht.

Hinzu kommt, dass die straßenverkehrsrechtliche Sperrung der Friedrichstraße für den motorisierten Verkehr gegen den Vorbehalt des Straßenrechts verstieß (Rn. 27 des Beschlusses). Während das bundesrechtliche Straßenverkehrsrecht (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG) den Verkehr unter ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten regelt, legt das landesrechtliche Straßenrecht mit der Widmung fest, welche Nutzungen zum erlaubnisfreien Gemeingebrauch und welche Nutzungen zur erlaubnispflichtigen Sondernutzung gehören. Aus dieser Kompetenzaufteilung folgt, dass das Straßenverkehrsrecht nicht

zu verkehrsregelnden Maßnahmen berechtigt, die dem Inhalt der Widmung dauerhaft widersprechen. So war es aber hier: Die straßenrechtliche Widmung der Friedrichstraße erfasste auch die motorisierte Nutzung der Straße. Diese Nutzungsart wollte der Senat mit der straßenverkehrsrechtlichen Anordnung dauerhaft ausschließen.

Auf der Grundlage dieser Erwägungen hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin angeordnet und die Senatsverwaltung dazu verpflichtet, die betreffenden Verkehrszeichen zu entfernen.

Neues Spiel, neues Glück!

Nachdem die Autos also für zwei Monate wieder auf der Friedrichstraße fahren durften, hat das zuständige Bezirksamt Mitte nun die Teileinziehung der Friedrichstraße im Amtsblatt veröffentlicht ([ABl. Nr. 4 vom 27.1.2023, S. 412](#)). Dort heißt es, dass die Benutzung der teileingezogenen Flächen nur „Fußgänger/-innen und Fahrradfahrer/-innen sowie für Fahrten mit Elektrokleinstfahrzeugen [...] Rettungsfahrzeugen, Fahrzeugen der Polizei und Fahrzeugen der Ver- und Entsorgung sowie der Straßenunterhaltung und des Lieferverkehrs zugelassen“ wird. Bereits vor der Veröffentlichung hat das Bündnis „Rettet die Friedrichstraße“ angekündigt, gegen die Fußgängerzone rechtlich vorzugehen. Notfalls werde man alle Instanzen (wahlweise) [bis zum Bundesverwaltungsgericht](#) oder [bis zum Bundesverfassungsgericht](#) gehen. Dass die Initiative mit diesem Verfahren ebenso offensichtlich erfolgreich sein wird, wie sie mit dem letzten Verfahren war, ist indes unwahrscheinlich.

Die erste Hürde stellt sich bereits im Rahmen der Zulässigkeit. Die Antragsteller*innen müssen gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog geltend machen, durch die Teileinziehung in einem subjektiven Recht verletzt zu sein. Es gibt aber kein Recht auf Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 2 BerlStrG). Anders als bei der straßenverkehrsrechtlichen Anordnung kann die Verkehrsallgemeinheit also keinen Eingriff in ein subjektiv öffentliches Recht geltend machen, wenn der Gemeingebrauch auf einer Straße eingeschränkt wird. Anderes kann für Anlieger*innen gelten, wenn der verfassungsrechtlich über das Eigentumsrecht in Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Kern des Anliegerrechts betroffen ist. Der verfassungsrechtlich geschützte Anliegergebrauch umfasst jedoch nur den „notwendigen Zugang des Grundstücks zur Straße und seine Zugänglichkeit von ihr“ (vgl. nur

BVerwG, Urteil vom 8. September 1993 – 11 C 38/92, Rn. 12), nicht geschützt ist die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen oder die Aufrechterhaltung einer bestehenden günstigen Zufahrtsmöglichkeit. In engen Grenzen können schließlich Anlieger*innen benachbarter Straßen ihre Antragsbefugnis daraus ableiten, dass sie aufgrund von Verdrängungsverkehr mit mehr Lärm- und Abgasimmissionen belastet sind. Ob die festgestellte leichte Erhöhung der Lärm- und Abgasbelastung in den an die Friedrichstraße angrenzenden Straßen ([siehe Ergebnisse des Verkehrsversuchs](#)) ausreicht, um eine Antragsbefugnis zu begründen, ist offen.

Jedenfalls dürfte aber ein entsprechender Eilantrag an der mangelnden Begründetheit scheitern. Die formell rechtmäßige Teileinziehung liefert im Gegensatz zur straßenverkehrsrechtlichen Anordnung eine taugliche Rechtsgrundlage für die Sperrung der Friedrichstraße für den motorisierten Verkehr. Ermächtigungsgrundlage ist § 4 Abs. 1 Satz 3 BerlStrG. Danach kann der Bezirk den erlaubnisfreien Gemeingebrauch an einer Straße nachträglich auf bestimmte Benutzungsarten beschränken.

Einzige Tatbestandsvoraussetzung für die Teileinziehung ist das Vorliegen überwiegender Gründe öffentlichen Wohls. Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst auch die von der Verwaltung angestrebten Ziele, den Fuß- und Radverkehr zu steigern, den Einzelhandels- und Gewerbestandort Friedrichstraße zu stärken, die Luft zu verbessern und die Lärmbelastung zu vermindern und die Attraktivität der Friedrichstraße und ihres Umfelds zu steigern. Die Teileinziehung bietet also gerade auch Raum für die Berücksichtigung von Aspekten, die sich verfassungsrechtlich im Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und in der Staatszielbestimmung Umweltschutz (Art. 20a GG) verankern lassen. Anders als bei der straßenverkehrsrechtlichen Anordnung, in deren Rahmen die Behörde nur Aspekte der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs berücksichtigen darf, steht der Behörde mit der Teileinziehung ein Instrument zur Verfügung, um die Stadt nach ihren Vorstellungen zu gestalten.

Darüber hinaus ist die Teileinziehung in das Ermessen der Behörde gestellt, dessen Ausübung das Verwaltungsgericht auf Ermessensfehler überprüfen wird. Eine Ermessensüberschreitung kann dabei insbesondere dann angenommen werden, wenn die Maßnahme unverhältnismäßig ist, die Behörde die widerstreitenden Interes-

sen also nicht in einen angemessenen Ausgleich gebracht hat. Niemand kann, zumal ohne Einblick in die Feinheiten des Sachverhalts, vorhersagen, wie das Gericht die Abwägung bewerten wird. Hier spricht aber vieles dafür, dass die Verwaltung etwaige entgegenstehende Anliegerinteressen in der Abwägung zurückstellen durfte.

Wie bereits angedeutet, schützt das Anliegerrecht im Kern nur die Benutzung der Straße, soweit sie zur angemessenen Nutzung des Grundeigentums erforderlich ist. Nach der ständigen Rechtsprechung fällt unter den Gewährleistungsgehalt nur die Verbindung mit dem öffentlichen Straßennetz überhaupt, nicht dagegen die Erreichbarkeit mit eigenen Fahrzeugen oder eine besonders vorteilhafte oder bequeme Erreichbarkeit des Grundstücks. Der Anlieger teilt insofern das Schicksal „seiner“ Straße: Beschränkungen muss er hinnehmen, sofern die Straße als Kommunikationsmittel erhalten bleibt (vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 8. Oktober 1976 – VII C 24.73 –, Rn. 28). Für die notwendigen Lieferungen mit Kfz und LKW für die Gewerbebetriebe, hat die Verwaltung den Gemeingebrauch auf den Lieferverkehr erstreckt und außerdem Ladezonen in den Querstraßen eingerichtet. Das dürfte die angemessene Nutzbarkeit auch der gewerblich genutzten Grundstücke sicherstellen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist auch der Zugang potentieller Kund*innen zum Grundstück nicht vom verfassungsrechtlichen Anliegerrecht geschützt. Solange das Geschäft mit einem zumutbaren Fußweg erreichbar bleibt, ist dem Anliegerrecht genüge getan.

Ob die Gewerbebetriebe in der Friedrichstraße wegen des Verkehrsversuchs Umsatzeinbußen erlitten haben, ist aus rechtlicher Perspektive irrelevant (zur unklaren Datenlage siehe [Abschlussbericht](#), S. 35). Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs aus Art. 14 Abs. 1 GG nur den Bestand des Unternehmens, nicht aber etwaige Gewinnaussichten, Hoffnungen oder Chancen. Insbesondere nicht geschützt ist das Vertrauen eines Unternehmens darauf, dass sich die verkehrliche Lage rund um seinen Betrieb nicht ändert oder dass eine bestehen-

de Verkehrsanbindung aufrechterhalten bleibt (vgl. nur BVerfG v. 10.6.2009).

Will Berlin die Verkehrswende?

Langfristiges Ziel der Verwaltung ist eine verkehrliche und städtebauliche Neuentwicklung der gesamten alten Stadtmitte Berlins. In diesem Rahmen soll nach Angaben der Verwaltung „zeitnah“ ein detailliertes Gestaltungs- und Beteiligungsverfahren für die Friedrichstraße entwickelt werden ([Verkehrsinformationszentrale Berlin](#)). Die Ergebnisse dieses Verfahrens sollte die Verwaltung dazu nutzen, die Teileinziehung in der Praxis verhältnismäßig umzusetzen. Zum Beispiel könnte es notwendig sein, im Einzelfall Sondernutzungsgenehmigungen für eine motorisierte Nutzung der Straße zu erteilen. Zu denken wäre hier sicherlich auch an in ihrer Mobilität eingeschränkte Menschen, die im Einzelfall auf ihr Auto angewiesen sein können. Denkbar ist auch, dass die Verwaltung die Teileinziehung im laufenden Prozess noch einmal anpasst und damit auf praktische Herausforderungen reagiert. Dass die Verwaltung das verkehrliche Gesamtkonzept für die alte Stadtmitte noch nicht fertiggestellt, aber mit der autofreien Friedrichstraße bereits einen ersten Baustein umgesetzt hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Über diese Vorgehensweise mag man sich politisch uneins sein, sie macht eine Maßnahme aber nicht unverhältnismäßig.

Der Blick auf die rechtlichen Hintergründe der „Flaniermeile Friedrichstraße“ hat gezeigt, dass uns das Recht nicht vor Veränderungen schützt. Das gilt gerade auch für die Verkehrswende und die damit zwingend einhergehende Neugestaltung des Verkehrsraums. Die straßenrechtliche Teileinziehung hat hier besonderes gestalterisches Potential. Und die geringen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine Teileinziehung bestätigen das, was auch die öffentliche Diskussion um die Friedrichstraße nahelegt: Ob wir unsere Straßen im Sinne der Verkehrswende dauerhaft anders gestalten wollen, ist eine politische Frage. Sie wird an der Wahlurne entschieden und nicht vor Gericht.

Julia Wulff

Schon wieder ein Beschleunigungsgesetz

Gegen die Empfehlungen beinahe aller Sachverständigen drückt die Bundesregierung eine umfassende VwGO-Novelle durch

doi: 10.17176/20230213-233159-0



Schon lange waren sich die Sachverständigen in einer [Anhörung](#) des Rechtsausschusses nicht mehr so einig: Der von der Bundesregierung vorgelegte [Entwurf](#) für ein „Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich“ gehe an der Sache vorbei, greife in bedenklicher Weise in Rechtsschutzgarantien ein und habe im Übrigen kaum Beschleunigungspotenzial. Dennoch hat der Bundestag am vergangenen Freitag den Gesetzentwurf in kaum veränderter Fassung beschlossen.

Umfassende VwGO-Novelle beschlossen

Planungs- und Genehmigungsverfahren müssen schneller gehen, darüber sind sich inzwischen Bundesregierung, Bundestag, Vorhabenträger und sogar Umweltverbände einig. Die Energiewende braucht mehr dezentrale Erzeugungsquellen und mehr leistungsfähige Transportleitungen, um Offshore-Strom von den Küsten zu den Großverbrauchern im Süden und Westen des Landes zu transportieren. Und auch die Verkehrswende funktioniert nicht ohne eine moderne Infrastruktur, mit der man möglichst schnell ans gewünschte Ziel gelangt.

Wie sehr die Zeit drängt hat das Jahr 2022 mit der russischen Invasion in die Ukraine und der Eskalation der Klimaproteste schlaglichtartig vor Augen geführt. Die Bundesregierung sah sich in ihrem Ansinnen bestätigt, den Beschleunigungs-Aktionismus vergangener Legislaturperioden noch zu übertreffen und brachte jahreszeitlich passende Maßnahmenpakete auf den Weg („[Osterpaket](#)“, „[Sommerpaket](#)“). Mit dem „[LNG-Beschleunigungsgesetz](#)“ und dem „[Wind-Anland-Gesetz](#)“ erfolgten erstmals auch tiefgehende Eingriffe in das materielle Recht.

Gerade das LNG-Beschleunigungsgesetz hält nach Ansicht vieler Expert*innen endlich echte Beschleunigungspotenziale bereit. Das muss an innovativen Ansätzen nun aber erst einmal reichen, mag sich Ampel-Koalition gedacht haben, und startet mit kleinteiliger

Herumbasterei am verwaltungsgerichtlichen Verfahren in das Jahr 2023.

Änderungen nur für ausgewählte Großprojekte

Vorgesehen sind vor allem Neuregelungen zu Fristen, zum Verfahrensablauf und zum gerichtlichen Prüfungsmaßstab, die an verschiedenen Stellen in die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), das Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG), das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und das Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) eingefügt werden sollen.

Die neuen Vorschriften gelten nicht allgemein, sondern betreffen nur Vorhaben, die in §§ 48, 50 VwGO explizit benannt sind. Darunter finden sich etwa große Straßen-, Schienen- und Wasserwegeprojekte, außerdem die Zulassung von Energieleitungen und Windenergieanlagen an Land. Für diese Vorhaben gilt bereits heute eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte oder – für die besonders öffentlichkeitswirksamen Projekte – des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG). Die Gerichte entscheiden also in erster und (im Falle des BVerwG) letzter Instanz über Klagen gegen entsprechende Zulassungsentscheidungen, ein jahrelanger Zug durch alle Instanzen kann so vermieden und Rechtssicherheit für alle Beteiligten schneller hergestellt werden.

In die bereits bestehende Liste neu aufgenommen werden nach dem nun beschlossenen Beschleunigungsgesetz Windenergieanlagen auf See sowie LNG-Terminals. Das wirkt im Sinne der Energiewende bzw. Energiekrise zwar begrüßenswert. Eine wirkliche Evaluation, welche Projekte zentral für die Energie- und Verkehrswende sind und daher gezielt angegangen werden sollten hat – außerhalb des [Streits zwischen Verkehrsminister Volker Wissing und Umweltministerin Steffi Lemke](#) – aber nicht stattgefunden.

So profitieren von den Neuregelungen auch alle sonstigen Vorhaben, die schon vorher auf der Liste der §§ 48, 50 VwGO standen und dort auch bleiben, z.B. Kraft-

werke, Abfallbeseitigungsanlagen oder Häfen. Nur Flughäfen wurden in etwas willkürlich anmutender Weise im Zuge der zweiten und dritten Lesung noch kurzerhand gestrichen. Die **Wasserwirtschaft** hingegen, die den Umgang mit einer der wichtigsten Ressourcen unserer Zeit verantwortet, fristet weiterhin ein Schattendasein.

Doppelte Priorisierung für mehr Beschleunigung

All die Vorhaben, die es auf die Liste geschafft haben, kommen nun zunächst in den Genuss eines Vorrang- und Beschleunigungsgebots. Das Gericht soll die Verfahren „vorrangig und beschleunigt“ durchführen. Wenn den Vorhaben überdies ein „überragendes öffentliches Interesse“ attestiert ist – wie etwa Windenergieanlagen an Land nach der jüngsten Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes – sind sie nochmals „besonders zu priorisieren“.

Wie diese doppelte Priorisierung tatsächlich umgesetzt werden soll, beantwortet der Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht. Und sorgt damit in der Praxis für ebenso wenig Begeisterung wie der zusätzliche Erörterungstermin, der für die priorisierten Vorhaben spätestens zwei Monate nach Eingang der Klageerwiderung durchgeführt werden soll. In diesem Termin sollen, so die gutgemeinten Absichten des Gesetzgebers, die Möglichkeiten einer gütlichen Einigung ausgelotet und ein Verfahrensplan festgelegt werden, der das weitere Verfahren strukturiert.

„Wenig praxisgerecht“ findet das **Dr. Robert Seegmüller**, Richter am BVerwG und Vorsitzender des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen. Die Neuregelung werde *de facto* zu mehr Aufwand bei den Gerichten führen, da so statt eines Termins zwei Termine vorbereitet und durchgeführt werden müssten. Das werde eher zu Verzögerungen als zu einer Beschleunigung führen. Dass der Rechtsausschuss noch die schwammige Ergänzung „in geeigneten Fällen“ hinzugefügt hat, ändert an der zugrundeliegenden Problematik nicht viel.

Tatsächlich scheint die Bundesregierung hier der Illusion erlegen zu sein, Verfahren zu großen Infrastrukturprojekten liefen vor dem BVerwG genauso ab wie mündliche Verhandlungen am Amts- oder Landgericht nebenan, in denen der Richter mit den Parteien erst einmal erörtert, wo denn der Schuh drückt und ob man nicht eine einvernehmliche Lösung finden kann.

In der Praxis aber erhält gerade das BVerwG regelmäßig tausende Seiten starke Schriftsätze und Sachverstän-

digengutachten von Umweltverbänden, Bürgerinitiativen oder betroffenen Unternehmen, die – ob berechtigt oder unberechtigt – das Vorhaben als solches infrage stellen und eine grundsätzliche Überprüfung verlangen. Ein kooperatives Kaffeetrinken wäre zehn Jahre zuvor auf Ebene der Bedarfsplanung wünschenswert, wo politische Entscheidungen über Sein oder Nichtsein von Infrastrukturprojekten getroffen werden. Im Verwaltungsprozess, wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist, erscheint es wahrlich „wenig praxisgerecht“.

Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte

Und auch die anderen Neuregelungen kommen bei den Sachverständigen nicht gut weg. Auf Kritik stößt insbesondere, dass der Gesetzgeber – wiederum nur für die ausgewählten Infrastrukturprojekte – die gerichtlichen Kontrollmaßstäbe im Eilverfahren modifizieren will. Das Gericht kann nach der neu vorgesehenen Regelung einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes außer Acht lassen, wenn offensichtlich ist, dass dieser in absehbarer Zeit behoben sein wird.

Zum einen erscheint dieser Zugriff auf die Prüfungsdichte der Legislative im Sinne der Gewaltenteilung mindestens bedenklich. Zum anderen aber fragt man sich zwangsläufig auch hier, was der Gesetzgeber mit dieser Regelung erreichen will. Denn auch bisher entscheiden die Verwaltungsgerichte in Eilverfahren aufgrund einer Interessenabwägung. Maßgeblich sind dabei in der Regel die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren. Als Faustregel gilt: Hat die Klage im Hauptsacheverfahren voraussichtlich Erfolg, stehen auch die Chancen im Eilverfahren gut und umgekehrt.

Auch bisher konnte und musste das Gericht im Rahmen dieser Interessenabwägung zumindest überschlägig prüfen, ob die geltend gemachten Fehler tatsächlich bestehen und wie schwerwiegend sie sind. Ebenfalls berücksichtigen musste das Gericht, ob eine Behebung der Fehler – z.B. in einem ergänzenden Verfahren – möglich erscheint oder ob dem zwingende europarechtliche Vorschriften entgegenstehen. Denn das europäische Recht, insbesondere die Regelungen zu den Flora-Fauna-Habitat-Schutzgebieten und den Umweltprüfungen, stehen einer nachträglichen Fehlerheilung in der Regel sehr viel skeptischer gegenüber als das deutsche Verwaltungsrecht. Zwingende unionsrechtliche Vorgaben finden im neuen Gesetzestext allerdings keine Erwähnung – ein Schelm, wer Böses dabei denkt.

Streichung der Waffengleichheit bei den Begründungsfristen

Als letzte zentrale Neuerung war eigentlich die Einfügung einer Klageerwiderungsfrist in das UmwRG vorgesehen. Eine solche Frist gab es bisher nur für die Klägerseite – meist Umweltverbände – nicht aber für die Beklagtenseite – meist der Staat. Man könnte also mit Fug und Recht behaupten, dass endlich „Waffengleichheit“ geschaffen werden sollte zwischen Kläger und Beklagtem, die gerade im Verwaltungsprozess selbstverständlich sein sollte.

Diese Frist fiel in der 2./3. Lesung nun aber den vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Änderungen zum Opfer. Verschärft werden jetzt nur noch die Vorgaben für die Klägerseite. Dies wohl wegen des Einwands, dass **rechtmäßige Entscheidungen nun möglicherweise allein wegen des Eintritts der bisher vorgesehenen Präklusionswirkung aufgehoben werden müssten**. Überzeugen kann das nicht wirklich. Denn die umgekehrte Gefahr, dass rechtswidrige Entscheidungen nur wegen Eintritt der Präklusionswirkung zulasten der Kläger aufrechterhalten werden konnten, bestand auch bisher und störte offensichtlich niemanden.

Im Verwaltungsprozess ist nichts mehr zu holen

Wieder einmal also ein Gesetz, bei dem die angekündigte Beschleunigung wohl ein Papiertiger bleiben wird. Und

das ist auch kein Wunder, setzt die Bundesregierung doch schon wieder da an, wo es am wenigsten zu holen gibt: Im Verwaltungsprozess. Die Großverfahren, für die die neuen Regelungen geschaffen wurden, dauern bei erstinstanzlicher Zuständigkeit des BVerwG bereits jetzt kaum länger als ein Jahr. Das behördliche Planungsverfahren von der Bundesbedarfsplanung bis zur Projektzulassung hingegen kann sich gut und gerne über ein Jahrzehnt erstrecken. Ganz zu schweigen vom materiellen Umwelt- und Naturschutzrecht, in das die europäischen Anforderungen oft mehr schlecht als recht integriert sind und das Vorhabenträger und Behörden daher regelmäßig zur Verzweiflung bringt.

Bundesregierung und Gesetzgeber basteln derweil weiter an ihrem beschleunigungsrechtlichen Flickenteppich und verpassen die Chance, die Energie-Polykrise zum Anlass für wirklich mutige Neuerungen zu nehmen.

Anm. d. Red.: Da die Ergebnisse der 2./3. Lesung des Gesetzesentwurfs nicht ausreichend Berücksichtigung fanden, wurde der Beitrag an zwei Stellen nachträglich korrigiert. Die Änderungen betreffen den zusätzlichen Erörterungstermin sowie die Einfügung einer Klageerwiderungsfrist.

Moritz Weiss

Was nutzen Panzer ohne Ziele?

Über die Notwendigkeit, deutsche Waffenlieferungen zu politisieren

doi: 10.17176/20230210-233122-0



Die [Bundesrepublik](#) wird Leopard-2-Kampfpanzer an Kiew liefern, ukrainische Soldaten in Deutschland trainieren sowie Exportgenehmigungen an Partnerländer ausstellen. Während die [russische Führung](#) über die angeblich erneute Bedrohung durch deutsche Panzer fabuliert, sind deutsche Entscheidungsträger*innen in erster Linie mit sich selbst zufrieden: Der Kanzler, weil es ihm gelungen ist, die Vereinigten Staaten mit an Bord zu holen; und diejenigen aus Regierung und Opposition, die vor jeder Kamera betont hatten, dass Deutschland der Ukraine auch Kampfpanzer liefern sollte. In den damaligen Worten von [Marie-Agnes Strack-Zimmermann](#) (FDP): „Wir müssen dieser Brutalität ins Auge sehen. Deshalb kann unsere Antwort nur sein, die Ukraine so lange zu unterstützen, wie sie uns braucht.“ In Deutschland nicht diskutiert, jedoch zentral für alle politischen Entscheidungen in diesem Konflikt ist die Frage: Unterstützung wofür?

Wer A sagt, muss auch B sagen

Die Antwort erscheint zunächst klar. Am 24. Februar 2022 hat Russland die Ukraine, einen weltweit anerkannten souveränen Staat, mit militärischer Gewalt angegriffen. Entsprechend Art. 51 der UNO-Charta hat die Ukraine das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung. In diesem Sinne unterstützt Deutschland sie mit wirtschaftlichen und militärischen Mitteln und wendet mit den Sanktionen direkte Gewaltmaßnahmen gegen den Aggressor, Russland, an. Die Bundesregierung bewegt sich zweifellos auf [völkerrechtlich und moralisch sicherem Terrain](#). Was bedeutet aber nun „militärische Unterstützung“ konkret? Helme, Flugabwehr, Kampfpanzer? Warum aber eher keine Kampfflugzeuge oder U-Boote?

Im deutschen Diskurs wird „Unterstützung“ meist mit Gerechtigkeit begründet, also beinahe [gesinnungsethisch](#). Das Problem dieses Arguments ist, dass Gerechtigkeit keine Grenze hat. Sie ist keine Frage von Verhältnismäßigkeit. Wenn das Kriterium ist, „was die Ukraine

braucht“, dann lässt sich nicht rechtfertigen, Kampfpanzer zu liefern, Kampffjets aber nicht. Beide Waffensysteme sind potenziell hilfreich bei der Selbstverteidigung. Sie werden von der Ukraine gebraucht (und angefordert) und sind damit eine *gerechte* Unterstützung zur Befreiung von russischer Gewaltherrschaft.

Mit Gerechtigkeit zu argumentieren, bedeutet auch: Es gibt nur eine Richtung. Wer A sagt, muss auch B sagen – zumindest nach einer gewissen Zeit: Erst Helme, dann Defensivwaffen, dann schwere Defensivwaffen, und nun schwere Offensivwaffen – und danach? Eine Gerechtigkeitsdebatte leidet vor allem an einem Umstand: der Alternativlosigkeit. Wenn es ungerecht ist, der Ukraine militärische Unterstützung zu verwehren, dann gibt es nur einen Pfad, der schneller oder langsamer genommen werden kann. Anhalten ist schwierig, Abbiegen wäre inkonsistent und letztlich ungerecht.

Die radikale Alternative ist altbekannt, hat jedoch im vergangenen Jahr zahlreiche Unterstützer*innen in der deutschen Debatte verloren: Frieden schaffen ohne Waffen. Mit Putin verhandeln. Dieses Argument nimmt implizit an, der Aggressor und die sich verteidigende Ukraine müssten nur lange genug miteinander sprechen, um einen Weg zu Frieden zu finden. Diese Position spielte im Februar 2022 durchaus eine gewisse Rolle. Inzwischen ist die Position mangels Plausibilität marginalisiert. Die Tatsache, dass am Ende verhandelt werden muss, hat nichts mit der Frage zu tun, wann sich die Konfliktparteien an den Verhandlungstisch setzen. Putin verhandelt dann, wenn dies für ihn aussichtsreicher sein dürfte, als den Krieg fortzusetzen. Sprich, wir sind zurück bei den Waffenlieferungen.

Deren Begründung ist jedoch nicht alternativlos. Was wir brauchen, ist Politik; genauer gesagt eine *Politisierung* der [Waffenlieferungen](#) an die Ukraine. Ein solcher Schritt mag auch zu innenpolitischen Konflikten führen, was viele Menschen angesichts der ernstesten Lage nicht befürworten werden. Demgegenüber argumentiere ich jedoch, dass es primär darum gehen muss, gut begründete,

aber streitbare Alternativen aufzuzeigen.

Nationale Interessen und Ziele als Begründung

Diese – weniger radikale – Alternative ist etwas unüblich aus einer deutschen Perspektive, manche würden sagen zynisch. Sie hat etwas mit Verantwortung, vielleicht sogar **Verantwortungsethik**, zu tun. Sie betont primär deutsche Ziele und Interessen und hat einen großen Vorteil gegenüber dem gesinnungsethischen Gerechtigkeitsdogma: Sie kann Grenzen definieren, Alternativen aufzeigen und sie setzt sich weniger dem Vorwurf von Doppelmoral aus.

Ist das aber nicht *per se* moralisch ungerecht? Die Ukraine verteidigt die europäische Demokratie – und Deutschland soll sie dabei nur in dem Maße unterstützen, in dem dies im deutschen Interesse liegt? Ja, das ist moralisch nicht gerecht; aber es ist politisch klug und langfristig von Nutzen für eine europäische Nachkriegsordnung. Warum ist das so?

Interessen, Zielkonflikte und Wertentscheidungen sind integraler Teil von Politik. Die Politikwissenschaft hat deshalb zahlreiche Modelle entwickelt, die sich mit diesen Fragen auseinandersetzen. Eines davon, das sogenannte „**governor's dilemma**“, betont zunächst einmal, dass Regierungen ihre Ziele meist nur indirekt erreichen können – mit der Unterstützung von Helfer*innen. Dies gilt sowohl in der Innen- als auch in der Außen- und Sicherheitspolitik. Das Dilemma besteht nun darin, dass diese Helfer*innen *entweder* sehr **kompetent** im Sinne der Zielerreichung sind *oder* dass sie sehr einfach zu kontrollieren sind. Aus der Perspektive der Regierung jedoch wäre beides wünschenswert: kompetente Helfer*innen, die leicht kontrollierbar sind; d.h. sie sollen effiziente Helfer*innen sein, aber nicht plötzlich unabhängig von der Regierung agieren und unter Umständen eigene Ziele verfolgen. Die Kontrollschwierigkeiten gründen einerseits auf mangelnder Information: Die Regierung ist nicht vor Ort und kann schlecht beurteilen, was die Helfer*in tut. Andererseits geht es vor allem um politische Macht: Je kompetenter die Helfer*in ihren Job macht, desto mehr Macht bekommt sie über die Regierung und desto stärker verliert letztere die Kontrolle. Das Problem für die Regierung ist nun: Der einzige Weg zurück zur Kontrolle ist, die Kompetenz der Helfer*in zu unterminieren. Dies ist das Dilemma: entweder hohe Kompetenz oder effektive Kontrolle. Beides gleichzeitig geht nicht.

Aus dieser Perspektive sind deutsche Waffenlieferungen der Versuch, die Ukraine so kompetent wie möglich zu machen, um deutsche, vielleicht europäische Ziele und Interessen zu erreichen. Das klare Ziel ist, neben der Verbesserung der humanitären Situation, die Souveränität der Ukraine als eigenständigen Staat zu erhalten. Hierzu gehört zweifelsfrei die territoriale Integrität des Landes. Jedoch in welchen Grenzen? Es scheint einen klaren Konsens zu geben, dass alle von Russland seit dem 24. Februar 2022 eroberten oder annektierten Gebiete Teil einer zukünftigen Ukraine sein müssen. Was ist jedoch mit dem Donbass, der seit 2014 hart umkämpften Region im Osten der Ukraine? Hierzu werden Sie weniger konkrete Antworten von westlichen Regierungen erhalten.

Und kommen wir zur Gretchenfrage, der Krim. Völkerrechtlich und moralisch müsste es das Ziel deutscher Politik sein, dass die Krim an die Ukraine zurückgegeben wird. Was wäre jedoch die politische Folge eines solchen Szenarios? Selbst wenn wir sämtliche nukleare Erpressungsversuche vernachlässigen – und das sollten wir –, bedeutet dieses Szenario, eine gedemütigte und auf ewig revisionistische Großmacht in der direkten Nachbarschaft zu haben. Diese wird – unabhängig von der politischen Führung – das Ziel verfolgen, die Krim „zurückzuholen“. Ist eine ukrainische Krim im deutschen Interesse? Vielleicht, aber vielleicht auch nicht. Dass dies im ukrainischen Interesse ist, steht außer Frage. Wenn sich aber die deutschen und die ukrainischen Interessen nicht immer decken, dann hilft uns das „governor's dilemma“, klarer zu benennen, welche Waffenlieferungen im deutschen Interesse sind und welche nicht.

Erstens, alles, was die Ukraine kompetenter darin macht, ihre Souveränität zu verteidigen.

Zweitens, alles, was sie kompetenter darin macht, zu einer territorialen Situation vor dem 24. Februar 2022, zurückzukehren.

Drittens, alles, was deutsche (und europäische) Kontrollmöglichkeiten für den Fall erhöht, dass die Ukraine diese Ziele erreicht haben sollte und dann erwägt, militärisch nach einer Situation zu streben, wie sie vor 2014 bestand. Eine hochkompetente Ukraine ließe sich nur schwer kontrollieren und davon abhalten, die eigenen Interessen in einer solchen Situation in den Vordergrund zu stellen.

Das „governor's dilemma“ zeigt auf, dass Waffenlieferungen nicht nur die Kompetenz der Ukraine zur Selbstverteidigung erhöhen, sondern gleichzeitig auch die Kon-

trollmöglichkeiten der unterstützenden Länder verringern. So lange sich die Interessen in sehr hohem Maße decken, wie dies heute der Fall ist, erscheint das als unproblematisch. Dies kann sich im weiteren Verlauf des Krieges jedoch ändern; die gelieferten Waffen werden bleiben.

Waffenlieferungsdebatte ohne reflexartige Moralkeule

Wenn deutsche Politik (und der öffentliche Diskurs hierüber) ausschließlich moralischen Gerechtigkeitsargumenten folgt, sind Grenzen für Waffenlieferungen Heuchelei. Wenn deutsche Politik jedoch – neben einem klaren moralischen Kompass, wer Aggressor und wer Opfer ist – deutsche Interessen diskutiert, kann es politische Entscheidungen geben, die sagen: Wir liefern Kampfpan-

zer, um die Ukraine darin zu bestärken, ihr Land in den Grenzen von vor 2014 zu befreien. Man kann jedoch auch sagen: Das Risiko, dass deutsche Panzer auf die Krim rollen, ist zu groß als dass es im deutschen Interesse liegen kann und deshalb werden sie nicht geliefert.

Diese Politisierung von Waffenlieferungen ermöglicht eine Debatte – ohne reflexartige Moralkeule. Welche Entwicklungen sind im deutschen Interesse? Und welche sind es nicht? Weil die Antworten nicht klar sind, kann wieder über Alternativen diskutiert werden; und gerade so essenzielle Fragen verdienen einen ernsthaften Streit, der weniger auf medial attraktiven Reflexen beruht, sondern sich auch einmal bemüht, politische Entscheidungen vor dem Hintergrund von möglichen langfristigen Ergebnissen zu verstehen. Auch das ist Ethik, Verantwortungsethik.

Clemens Arzt

Versammlungsfreiheit durch Gesetz?

Zum Entwurf eines Versammlungs‘freiheits‘gesetzes in Hessen

doi: 10.17176/20230223-031733-0



In ihrem [Koalitionsvertrag](#) für die 20. Legislaturperiode vereinbarten CDU und Bündnis 90/Die Grünen, über 15 Jahre nach „Freigabe“ des Versammlungsrechts für die Gesetzgebung der Länder durch die Föderalismusreform II, ein entsprechendes Landesgesetz auf den Weg zu bringen: „Wir werden ein Hessisches Versammlungsfreiheitsgesetz schaffen, in welchem das Verhältnis von Versammlungsrecht und Polizeirecht klar geregelt wird. (...) Den staatlichen Auftrag, das Demonstrationsrecht zu schützen, werden wir ebenso gesetzlich verankern wie das Kooperationsgebot für alle Beteiligten bei der Durchführung von Demonstrationen. Außerdem werden wir ein Militanz- und Einschüchterungsverbot einführen, um auch in Zukunft die Friedlichkeit von Demonstrationen gewährleisten zu können. Wir orientieren uns dabei an dem schleswig-holsteinischen Versammlungsfreiheitsgesetz.“

Was dies für die Versammlungsfreiheit in Hessen *in concreto* bedeutet, soll hier vorgestellt werden. In der [Anhörung im Hessischen Landtag](#) am 6. Februar 2023 zum [Gesetzentwurf vom 4. November 2022](#) machten Sachverständige aus der Rechtswissenschaft¹ indes gleichsam vor die Klammer gezogen auf ein gravierendes Problem aufmerksam, welches das gesamte Projekt als unvollendet in die Annalen der 20. Legislaturperiode eingehen lassen könnte: die Hessische Verfassung.

Versammlungsfreiheit und Hessische Verfassung

Die Hessische Verfassung vom 1. Dezember 1946 (Hess-Verf) garantiert in Art. 14 Abs. 1 in inhaltlicher Übereinstimmung mit Art. 8 Abs. 1 GG die Versammlungsfreiheit. Spannend wird es bei Art. 8 Abs. 2 GG, der einen weit ausgreifenden [Gesetzesvorbehalt](#) umfasst, was vom Bundesverfassungsgericht angesichts dessen Weite seit der

[Brokdorf-Entscheidung](#) 1985 und mit Blick auf das [VersG Bund von 1953](#) und die exekutive Praxis immer wieder eingrenzend im Lichte des Art. 8 Abs. 1 GG ausgelegt werden musste.

Deutlicher „enger“ als im Grundgesetz heißt es in Art. 14 Abs. 2 Hessische Verfassung: „Versammlungen unter freiem Himmel können durch Gesetz anmeldepflichtig gemacht werden.“ Diese deutliche Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes² war vielen Sachverständigen nach eigenem Bekunden nicht aufgefallen. Das kann passieren. Aber auch das Erstaunen auf der Regierungsbank wie bei den Regierungsfractionen war groß. Der Gesetzentwurf geht mit keinem Wort auf das Problem ein. Das sollte nicht passieren. Nach Art. 142 GG bleiben ungeachtet des Artikels 31 GG Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit dem Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten. Dies meint nach wohl herrschender Auffassung nicht, dass damit die Landesverfassungen keinen über das Grundgesetz hinausgehenden Schutz gewährleisten könnten, sondern das Gegenteil.

Da die Versammlungsfreiheit in Hessen somit mit Ausnahme der Beschränkung in Art. 14 Abs. 2 HessVerf „vorbehaltlos gewährleistet ist, können insoweit allenfalls verfassungsimmanente Schranken (...) Einschränkungen rechtfertigen.“³ Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber mit diesem Problem umgehen wird. Eine Verfassungsänderung bedarf in Hessen einer Zustimmung durch Volksabstimmung. Vor dem Ende dieser Legislaturperiode wird das kaum zu machen sein.

Nachfolgend kann nur auf einige der inhaltlichen und verfassungsrechtlichen [Probleme des Gesetzentwurfs](#) eingegangen werden, die sich in Teilen schon im Koalitionsvertrag (s.o.) ankündigten. Bereits der Titel ei-

¹Der Verfasser war als einer der Sachverständigen zur Anhörung zum Gesetzentwurf in Hessen eingeladen.

²Gutmann in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht, 2. Aufl., Art. 14 HessVerf; zur Geschichte des Art. 14 HessVerf ausführlich: Breitbach/Deiseroth, Geschichte der Versammlungsfreiheit, Baden-Baden 2023 (im Erscheinen); s.a. Hong, <https://hessischer-landtag.de/sites/default/files/scald/files/INA-AV-20-64-T3.pdf> (S. 202 f.).

³Hong (footnote 2), S. 203.

nes Versammlungs'freiheits'gesetzes ist programmatisch nicht weiterführend, weil es für die Versammlungsfreiheit als elementarem Grundrecht eines modernen, freiheitlichen und rechtsstaatlich sich selbst begrenzenden Staates weniger gesetzlicher Rahmenbedingungen als im Gesetzentwurf bedürfte. *Realiter* geht es in diesem nicht primär um die Freiheitsgewährleistung, sondern um deren Begrenzungen im Sinne eines gefahrenabwehrrechtlichen Verständnisses. Tradierte Ansprüche der versammlungsbehördlichen und polizeilichen Praxis behalten in weiten Teilen auch des Gesetzentwurfs die Oberhand. Nicht ohne Grund wird in Folge – anders als im Koalitionsvertrag angekündigt – das VersFG SH nicht durchgehend als Folie eines primär freiheitsrechtlichen Ansatzes gewählt, sondern immer wieder hiervon zum Nachteil der Versammlungsfreiheit abgewichen.

Schutzaufgabe, Kooperation und Versammlungsleitung

In § 3 Abs. 3 GE wird die Pflicht zu einem Kooperationsangebot der zuständigen Behörde verankert. Wenn indes aus Sicht der Behörde Anhaltspunkte für Gefährdungen bestehen, die zu Beschränkungen oder einem Verbot führen können, ist Gelegenheit zu geben, „durch ergänzende Angaben oder Veränderungen der beabsichtigten Versammlung Beschränkungen oder ein Verbot entbehrlich zu machen.“ Mit Blick auf die fehlende „Machtbalance“ in einem solchen Gespräch endet dieses Angebot schon im Falle von „Anhaltspunkten für Gefährdungen“ im Zweifelsfall zu Gunsten der Behörde und nicht der Versammlungsfreiheit. Dies unterstreicht der Gesetzentwurf (S. 21), wonach das Angebot eines Kooperationsgesprächs der Versammlungsbehörde „Teil ihrer Schutzaufgabe“ sei. Dahinter steht nicht das Verständnis der Versammlung als staatsfreiem Raum, sondern eine „Umklammerung“ durch eine jederzeit und allseits bestehende „Schutzaufgabe“ in § 3 Abs. 2 Nr. 1 GE. Versammlungsfreiheit braucht Polizei, ist hier die Grundannahme, nicht die Funktion des Art. 8 GG als Freiheits- und Abwehrrecht.

Diese staatliche „Umklammerung“ qua Schutzaufgabe spiegelt sich neben den Regelungen zum polizeilichen Anwesenheitsrecht in § 11 GE (dazu sogleich) auch in den Regelungen des § 5 GE zur Versammlungsleitung wieder, auch wenn die Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen letztendlich eine Versammlung ohne Leitung nicht verhindern kann. Besser wäre indes klarzustellen, dass die polizeiliche Praxis der „Bestellung“ einer Leitung

verfassungsrechtlich nicht zulässig ist.

Gegendemonstrationen und Aufrufverbot

Gegendemonstrationen, Störungen und der Versuch der Verhinderung von Versammlungen sind gerade im Kontext rechter Versammlungen ein Dauerthema des Versammlungsrechts und polizeilicher Interventionen. § 7 Abs. 1 GE beschränkt sich zunächst auf ein Verbot des Versammlungsverbot, was grundsätzlich zu begrüßen ist. § 7 Abs. 2 GE verbietet sodann unter bestimmten Voraussetzungen den Aufruf zu Versammlungen, deren Durchführung durch ein „vollziehbares Verbot untersagt oder deren vollziehbare Auflösung angeordnet worden ist.“ Problematisch wird diese Regelung im Verbund mit der Strafvorschrift in § 25 II Nr. 2 GE, der die Strafbarkeit nicht begrenzt auf die Fälle eines rechtmäßigen Verbots oder einer rechtmäßigen Auflösung, wie vom [Bundesverfassungsgericht](#) 1992 als notwendig angesehen wurde.

Waffen, Schutzausrüstungen und Vermummung

Ein Waffenverbot für Versammlungen ist grundsätzlich unproblematisch aus den verfassungsrechtlichen Schranken abzuleiten. Der Begriff der funktionellen Waffe oder Waffe im nicht-technischen Sinne führt jedoch in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten bei der Konkretisierung und Anwendung durch die Polizei. Dies gilt auch mit Blick auf die tatbestandlich notwendige subjektive Bestimmung eines mitgeführten Gegenstandes zur Nutzung als Waffe.

Verbote sogenannter „Schutzwaffen“ oder Vermummungsgegenstände in § 17a VersG Bund werden in der Literatur mit gutem Grund als nicht mit Art. 8 GG vereinbar angesehen, weil das Mitführen dieser Gegenstände nicht als Gewalt angesehen werden kann und nicht per se gegen das Unfriedlichkeitsverbot verstößt. Schutzausrüstungen können nur dann vom Verbot erfasst sein, wenn eine subjektive Verwendungsabsicht oder tatsächliche Verwendung mit Blick auf hoheitliche Vollstreckungsmaßnahmen nachgewiesen werden kann; eine tatbestandliche Voraussetzung, die in der polizeilichen Praxis gerne „übersehen“ wird, was durch Anordnungen nach § 18 III GE (dazu sogleich) noch befördert werden kann.

Hinsichtlich des „Vermummungsverbots“ gibt es entgegen einer in der Polizei offenbar weit verbreiteten Auffassung kein dem Art. 8 GG innewohnendes Gebot, die eigene Identität bei Versammlungen jederzeit offen zu le-

gen. Dies ist schon mit der Gestaltungs- und Formenfreiheit der Versammlung nicht vereinbar und es gibt unterschiedlichste Gründe, dies nicht zu tun, etwa im Falle einer befürchteten Diskriminierung oder Verfolgung. Anders als der GE verbietet daher bspw. § 17 I Nr. 1 VersFG SH allein das Mitführen von Gegenständen, die zur „Identitätsverschleierung geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet sind, eine zu Zwecken der Verfolgung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit durchgeführte Feststellung der Identität zu verhindern“.

Zudem ist die Strafandrohung bereits für das bloße Mitführen eines an sich ungefährlichen Gegenstandes in § 25 II Nr. 5 und 6 GE unverhältnismäßig hoch. Bestimmtheitsprobleme der Norm stellen die Rechtmäßigkeit der Sanktionsnormen zudem mit Blick auf Art. 20 III, 103 II GG in Frage. Die strafrechtliche Bewehrung eines hinsichtlich der Gegenstände nicht hinreichend bestimmten Verbotes spricht mit Blick auf das Legalitätsprinzip auch dagegen, dass die Verwendungsabsicht im polizeilichen Alltag eng ausgelegt wird. Dies führt zu Maßnahmen der Strafverfolgung bis hin zu Einkesselungen, ohne eine Verwendungsabsicht, die auf die subjektive Willensrichtung des Nutzers abstellt, überhaupt zuvor überprüfen zu können. Im VersFG SH wurden daher Verstöße gegen die zudem enger gefasste Verbotsnorm zu Ordnungswidrigkeiten herabgestuft, was auch ein auf Deeskalation bedachtes einsatztaktisches Konzept der Polizei ermöglicht. Entgegen den Verheißungen im Koalitionsvertrag ist dies in Hessen offenkundig nicht das Ziel der Koalitionspartner.

Eine verwaltungsakzessorische Konkretisierung verbotener Gegenstände in § 8 Abs. 2 GE ist problematisch, weil diese die subjektive Tatbestandsvoraussetzung in § 8 Abs. 1 Nr. 2 nicht erfassen kann; ein Problem das auch beim Verbot von Schutzausrüstungen und so genannten Vermummungsgegenständen in § 18 Abs. 3 GE sowie bei Anordnungen nach § 9 Abs. 2 GE zum Uniformverbot auftaucht. Zudem würde die bisherige Praxis seitenlanger Auflagenbescheide mit der Anordnungs-kompetenz nunmehr ausdrücklich gesetzlich legitimiert. Durch solche Anordnungen können Versammlungsteilnehmer*innen allein durch das Mitführen von Gegenständen während einer Versammlung nach § 25 Abs. 2 Nr. 5 bis 7 strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, unabhängig von einer eventuellen Nutzung zu unfriedlichen Zwecken oder zur Identitätsverschleierung zum Zwecke der Begehung von Rechtsbrüchen. Dies stellt einen un-

verhältnismäßigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit dar.

Anwesenheit der Polizei in Versammlungen

§ 11 GE soll der Polizei ein Anwesenheitsrecht „bei“ Versammlungen unter freiem Himmel gewähren, wann immer dies „zur polizeilichen Aufgabenerfüllung“ nach dem VersFG erforderlich ist. Zwar geht der Wortlaut (nur) von einer Anwesenheit „bei“ Versammlungen aus, polizeiliche Praxis ist indes schon immer die Anwesenheit auch „in“ Versammlungen, insbesondere durch nicht uniformierte oder gekennzeichnete Zivilkräfte, zum Beispiel sogenannte Tatbeobachter*innen. Die Gesetzesbegründung (S. 29 f.) geht nicht vertieft auf diese Unterscheidung ein oder weist ausdrücklich auf den Wortlaut hin, sondern erwähnt ein „Zutrittsrecht“ auch jenseits des § 11 GE im Falle der Strafverfolgung. Sollte ein Anwesenheitsrecht in der Versammlung hier nicht gewollt sein, wäre dies mit Blick auf eine seit Jahrzehnten geübte gegenteilige Praxis klarzustellen.

Der Entwurf verkennt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen solchen Eingriff in die „Staatsfreiheit“ der Versammlung. Die Tatbestandsschwellen des § 11 Satz 1 Nr. 1 GE sind weder hinreichend bestimmt noch mit Blick auf den erheblichen Grundrechtseingriff ausreichend hoch, denn die Anwesenheit von Polizei in einer Versammlung hat ein hohes Potential der Abschreckungswirkung auf potentielle Teilnehmer*innen und sendet das Signal der „Gefährlichkeit“ in die Sphäre jenseits der Versammlung, was ebenfalls die Grundrechtsausübung negativ beeinflussen kann.

§ 11 legitimiert außerdem verdecktes Handeln von Zivilkräften in der Versammlung, deren Vorhandensein allenfalls abstrakt durch die polizeiliche Einsatzleitung der Versammlungsleitung mitzuteilen ist. Für Versammlungsteilnehmer*innen ist daher zu keinem Zeitpunkt erkennbar, ob Personen in einer Versammlung Versammlungsteilnehmer*innen oder verdeckt arbeitende zivile Polizeikräfte sind. Wer also links oder rechts von Teilnehmer*innen mitläuft und mit der/dem wegen eines vermeintlich gemeinsamen Anliegens auch Meinungen ausgetauscht oder die Ausgestaltung des Protests diskutiert wird, kann sich im nächsten Augenblick als Polizist*in „entpuppen“. Dies berührt den Kern der inneren Versammlungsfreiheit und ist mit Art. 8 GG nicht vereinbar.

Zudem liegt darin die Ermächtigung zu einem erheblichen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle

Selbstbestimmung, ohne das hier oder an anderer Stelle die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich Speicherung und Übermittlung an andere Stellen und Nachrichtendienste, wie dies der polizeilichen Praxis entspricht, geregelt wäre. Dabei wird auch verkannt, dass es sich im Versammlungskontext um besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des § 41 Nr. 15 HDSIG handeln kann, wenn diese einen Bezug zu politischen Meinungen, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen oder auch die Gewerkschaftszugehörigkeit haben. Besondere Schutzvorkehrungen sind das Gesetz hierfür nicht vor.

Polizeirechtsfestigkeit der Versammlung

§ 10 GE steht in einer Linie mit einigen Landesgesetzen, die entgegen der bisherig üblichen Abgrenzung einerseits versammlungsrechtliche Regelungen in ihre Polizeigesetze aufnehmen und andererseits in ihren Versammlungsgesetzen pauschalierte Verweisungen in das Polizeirecht vornehmen. Mit der rechtsstaatlichen Idee der Polizei(rechts-)festigkeit der Versammlung ist dies nicht kompatibel. Damit wird auch für die Polizei eine klare Abgrenzung von *lex specialis* (VersFG) und *lex generalis* (Polizeirecht) erschwert. Dieses Problem setzt sich fort

in § 14 Abs. 2 HSOG zur Zulässigkeit polizeilicher Datenerhebungen bei Versammlungen; ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit, die dennoch in § 10 HSOG nicht zitiert wird. Zudem verwischen hierdurch tatbestandliche Unterschiede zum Teil identischer Begriffe in beiden Rechtsnormen.

Ausblick

Weitere Regelungen, die rechtlichen Bedenken begegnen,⁴ können hier aus Platzgründen keiner Würdigung unterzogen werden. Es soll abschließend nur kurz auf das ins Gesamtbild passende repressive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Bannmeile rund um den Hessischen Landtag verwiesen werden. Dieser Ansatz begegnet aus demokratischer wie verfassungsrechtlicher Sicht deutlichen Bedenken und zeugt zudem von „Mutlosigkeit“. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts in der Brokdorf-Entscheidung kann „[d]emonstrativer Protest [...] insbesondere notwendig werden, wenn die Repräsentativorgane mögliche Mißstände und Fehlentwicklungen nicht oder nicht rechtzeitig erkennen oder aus Rücksichtnahme auf andere Interessen hinnehmen (...)“. „Allzu laut hören möchte die Regierungskoalition dies offenbar nicht.“

⁴Vgl. die zustimmenden und kritischen Stellungnahmen unter <https://hessischer-landtag.de/termine/innenausschuss-anh%C3%B6rung-zum-versammlungsrecht-77-sitzung>.

Lorenz Bode

Neue Droge im Knast

Das Einbringen von neuen psychogenen Stoffen mittels Eingangspost in die Anstalt

doi: 10.17176/20230217-233126-0



Neue psychogene Stoffe, kurz npS, sind die Pest unserer Tage. Sie haben im [Gefängnis](#) die herkömmlichen Drogen weitgehend abgelöst und tragen vermehrt dazu bei, dass es zu gesundheitlichen Vorfällen bis hin zum Tod von Inhaftierten kommt. Die synthetisch hergestellten Substanzen gelangen meist auf dem Postweg durch getränktes Papier in die Anstalt und werden dort zu einer beliebten Schmuggelware, deren Wirkstoffgehalt erheblich variieren kann. Wenn man erfahrene Anstaltsleiterinnen und Anstaltsleiter dazu hört, finden sie nicht selten deutliche Worte.

Insofern verwundert es nicht, dass die Anstaltsleitungen im Kampf gegen npS einen strengen Kurs verfolgen. Dabei gehört es inzwischen zum typischen Vorgehen der Anstalten, dass sie Briefe generell nur noch in Kopie an die Inhaftierten herausgeben, um dem Schmuggel mit npS vorzubeugen. Dieses Vorgehen belastet die Inhaftierten, für die der unbeschränkte Briefverkehr einen wichtigen, vor allem aber sehr persönlichen Kontakt zur Außenwelt darstellt. Hinzu kommt, dass die Vollzugsgesetze der Länder (wie schon das frühere Bundes-StVollzG) den Inhaftierten grundsätzlich ein Recht auf unbeschränkten Schriftwechsel einräumen. Dass das unterschiedslose Anhalten von Post und die anschließende Weiterleitung mittels Kopie einen nicht unerheblichen Eingriff in das Briefgeheimnis aus Art. 10 GG darstellt, steht außer Frage.

OLG Celle: Überzeugend, lesenswert, notwendig

Es wundert daher auch nicht, dass sich unlängst die Gerichte mit diesem Problem befassen mussten. Dabei hat sich das OLG Celle besonders hervorgetan. Es hat als – soweit ersichtlich – erstes Obergericht und in mittlerweile zwei Entscheidungen Stellung dazu genommen, welche Gefahren von npS in Anstalten ausgehen und unter welchen Voraussetzungen eine Anordnung, die Eingangspost nur als Kopie an die Inhaftierten herauszugeben, rechtmäßig ist. Während die erste Entscheidung, Beschluss vom 6.5.2021 (NSTz-RR 2021, 261), die Situati-

on im Strafvollzug betraf, geht es im aktuellen Beschluss (BeckRS 2022, 42298) um die Beschwerde eines Sicherungsverwahrten.

Dabei hebt der OLG-Senat maßgeblich darauf ab, dass die von der Strafvollstreckungskammer getroffenen Tatsachenfeststellungen „gemessen an den sich auch aus der zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlage ergebenden Anforderungen“ (Rn. 10) unzureichend sind. Was das heißt, erfährt man in aller Ausführlichkeit in den Randnummern 16 bis 43 der Entscheidung.

Das liest sich unter anderem wie folgt:

„Es fehlt bereits an Differenzierungen dazu, ob das Einbringen mittels Postsendungen an Sicherungsverwahrte erfolgt ist oder über die ebenfalls in der JVA R. befindliche, getrennte Abteilung für den Strafvollzug. Mit Blick auf die besondere Rechtsstellung der Sicherungsverwahrten ist hier zu differenzieren.“ (Rn. 26)

An anderer Stelle (Rn. 28) heißt es:

„Dies ist auch insoweit lückenhaft, als hierzu dargelegt wird, dass es im Jahr 2021 zu 23 Funden von Stoffen, welche dem NpSG unterliegen gekommen sei, und im Jahr 2022 bereits 12 Funde dokumentiert worden seien. Ob diese Stoffe mittels Briefsendungen in die JVA eingebracht worden sind, ergibt sich daraus jedoch nicht. Eine entsprechende Differenzierung wäre jedoch erforderlich, da das Einbringen auch auf anderem Wege in Betracht kommt. So können beispielsweise npS auch in Lebensmittel (z.B. Früchte) eingespritzt werden oder in Kräuter- oder Gewürzmischungen enthalten sein. Ein Rückschluss von in der Anstalt vorhandenem npS auf das Einbringen mittels (privater) Briefsendungen ist mithin nicht ohne weiteres möglich.“

Und auch im Detail prüft der OLG-Senat kritisch. Exemplarisch dazu:

„Soweit von einer Steigerung von neue psychogenen Stoffe innerhalb der JVA ausgegangen wird, vermögen die Ausführungen sowohl hinsichtlich der oben bereits dargestellte Funden (23 im Jahr 2021, 12 im ersten Halbjahr 2022) als auch hinsichtlich der Urinkontrollen nicht zu überzeugen. Soweit mitgeteilt wird, dass in der Abteilung von der Sicherungsverwahrten im Jahr 2020 eine positive, im Jahr 2021 fünf positive und im Jahr 2022 bislang (Stand Stellungnahme vom 30. Juni 2022) drei positive Urinkontrollen festgestellt worden sein, vermag der Senat ebenso wie bei den positiven Funden selbst bei einer Hochrechnung der Zahlen für das Jahr 2022 eine solche Steigerung nicht zu erkennen, zumal in der Stellungnahme hinsichtlich der Urinkontrollen ausgeführt wird, dass die Sensibilität der Testungen gesteigert werden konnte.“ (Rn. 31)

Fazit: Die Ausführungen des OLG Celle überzeugen. Sie sind lesenswert. Und vor allem: Sie sind notwendig! Denn wie schon die Anstalt hatte es sich auch die Strafvollstreckungskammer leicht gemacht und ihre Entscheidung nur knapp begründet. Vor allem den Tatbestandsvoraussetzungen der vollzuglichen Generalklausel, die hier anzuwenden ist, hatte sie kaum Beachtung geschenkt. Verständlich also, dass das OLG Celle genau an dieser Stelle einhakt. Sein Hauptkritikpunkt ist, dass die Feststellungen – insbesondere zu den von npS für den Vollzug ausgehenden Gefahren – zu allgemein, unvollständig und teilweise ohne Bezug auf das eigentliche Problem, nämlich das Einbringen durch Briefsendungen, erfolgten.

Auf bekanntem Terrain bewegt sich das OLG Celle weiter, wenn es um die Übertragung rechtlicher Erwägungen aus dem Erstbeschluss geht. Erneut wird deutlich, welche Herausforderungen der Erlass einer Allgemeinverfügung auf Grundlage der vollzuglichen Generalklausel für die Anstalt mit sich bringt – allein aufgrund der Unbestimmtheit dieses Auffangtatbestands. Aber nicht nur das: Wenn man dem OLG Celle (Rn. 41f) folgt, dann scheint der Erlass einer allgemeinen Anordnung, die Eingangspost nur als Kopie an die Inhaftierten zu übergeben, bereits mit Blick auf die Garantien des Art. 10 GG sowie den Ultima Ratio-Gedanken auf rechtlich wackeligen Füßen zu stehen. Hinzu kommt das verfassungsrechtliche

Abstandsgebot für den Bereich der Sicherungsverwahrung. Dazu der OLG-Senat wörtlich: Die „Einschränkung der Grundrechte der Sicherungsverwahrten“ sind zudem „unter dem besonderen Lichte des aus mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 104 Abs. 1 GG folgendem Abstandsgebot (sic!) zu betrachten“ (Rn. 42). Mithin liegen, so der Senat weiter, „die Grenzen für eine solche Einschränkung“ in der Sicherungsverwahrung „höher, als im Strafvollzug“ (Rn. 42).

Wie gegen npS vorzugehen ist

Diese Erwägungen des OLG-Senats führen schließlich zu drei Gedanken:

Erstens: Bei der Bekämpfung von npS im Vollzug dürfte der Weg über die Anordnung verdachtsloser Briefkontrollen regelmäßig nicht der richtige sein. Nach den Ausführungen des OLG Celle ist die Gefahr groß, dass die strengen Voraussetzungen einer insofern anzuwendenden Generalklausel nicht eingehalten werden (können). Dies gilt umso mehr, als es sich um eine Anordnung auch gegenüber Sicherungsverwahrten handelt. Wenn es allerdings doch einmal zu solchen Kontrollen kommt, dann sollte – schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – von Anstaltsseite jedenfalls darauf geachtet werden, dass diese zeitlich und räumlich (etwa bezogen auf eine bestimmte Abteilung) begrenzt und auf einen konkreten Anlass (beispielsweise die Häufung von gesundheitlichen Vorfällen nach dem Konsum von npS) zurückzuführen sind.

Zweitens: Der Vollzug steht dem Problem nicht hilflos gegenüber. Die Landesjustizverwaltung darf die Anstalten mit diesem Problem dennoch nicht allein lassen. Neben der entsprechenden Technik, etwa geeignete, wenn auch teure **Drogenscanner** (Stichwort: „IONSCAN 600“; lesenswert *Patzak/Metternich*, Forum Strafvollzug 2019, 211), braucht es vor allem **zusätzliches Personal**, damit die Kontrollen wirksam, aber so (grund-)rechtsschonend wie möglich ablaufen können. Zudem darf man nicht aus den Augen verlieren, dass der Briefverkehr nur ein möglicher Weg ist, diese Stoffe in die Anstalt zu schmuggeln. Gut denkbar ist auch, dass npS über Mülltransporte in die Anstalt gelangen. Dennoch – auch ein geschulter Blick der Bediensteten bleibt wichtig, vor allem, weil bereits die Palette möglicher Auffälligkeiten bei den Postsendungen breit ist: Diese reicht von der Verwendung besonderer Zeichen (etwa Herzzeichen anstatt i-Punkten) bis hin zu dem Umstand, dass seitenweise unbedrucktes kariertes

Papier verschickt wird. Für die Hersteller wie auch die Konsumenten steht dabei im Vordergrund, dass die npS in konsumfertige Form gebracht, mithin die getränkten Papiere kästchen-, zumindest aber umrandungsweise in Konsumeinheiten eingeteilt sind.

Drittens: Flankierend sollte an eine Ausweitung entsprechender Präventionsprogramme für Inhaftierte gedacht werden. Es geht vor allem darum, über die Gefahren von npS zu informieren und Betroffene zu einem Ausstieg aus dem Konsum zu bewegen.

Tobias Mast, Wolfgang Schulz

Löschen für die Vielfalt

doi: 10.17176/20230220-233158-0



Das Bundesverwaltungsgericht gelangt mit einiger Anstrengung zu einer generellen Pflicht öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, Inhalte auf ihren Social Media-Präsenzen zu moderieren und Nutzendenkommentare ohne hinreichenden Sendungsbezug zu löschen. Die Chance, ein zukunftsweisendes Judikat zum Auftrag des ÖRR in der plattformisierten Öffentlichkeit zu erlassen, lässt der 6. Senat ungenutzt, dabei hatte das erstinstanzlich befassende VG Leipzig einen Weg dorthin aufgezeigt.

Der Fall

Die Entscheidung vom 30. November 2022 ([BVerwG 6 C 12.20](#)) deren Gründe seit einigen Tagen vorliegen, befasst sich mit der Praxis der Mitteldeutschen Rundfunks (MDR), eine [Präsenz auf Facebook](#) vorzuhalten, um dort auf aktuelle Sendungen hinzuweisen und Kommentare entsprechend einer selbstgesetzten [Netiquette](#) zuzulassen, soweit sich diese inhaltlich auf die entsprechenden Sendungen beziehen. Ein Nutzer kommentierte rege unter den Beiträgen des MDR. Nachdem einer seiner Kommentare durch den MDR gelöscht wurde, begann er, in den Kommentarspalten gegen die von ihm als Zensur empfundene Inhaltsmoderation anzuschreiben, wobei seine Posts wiederum mangels Sendungsbezug gelöscht wurden, sodass sich der Kreislauf aus Echauffieren und Löschung fortspann. Die betrauten Verwaltungsgerichte erkannten den Eingriffscharakter der Löschungen und begaben sich auf die Suche nach Kompetenztiteln und Rechtfertigungserwägungen.

Wer die Entscheidungen liest, wird der verfassungsrechtlichen Maßstabslosigkeit gewahr, die in diesem Bereich auch noch etwa 15 Jahre, nachdem die Phänomene relevant wurden, vorherrscht. In diesem Feld hat man es mit einem hochkomplexen Interessengeflecht zu tun, bestehend aus gleichermaßen grundrechtsverpflichteten (Art. 1 Abs. 3 GG) wie auch grundrechtsberechtigten (Art. 19 Abs. 3 GG) ÖRR-Anstalten (Rn. 34), den mit ihnen interagierenden Privatpersonen, den ihrerseits

privatrechtlich organisierten und die Kommunikationsarchitektur bereitstellenden Plattformunternehmen wie auch der potenziell in ihren Wettbewerbschancen durch die ÖRR-Aktivitäten beeinträchtigten privaten Medienunternehmen. Anstatt einen verfassungsrechtlich imprägnierten Verständnissvorschlag des Medienrechts zu unterbreiten, rettete man sich aber ins Kleinklein einer Staatsvertragsanfrage.

Vom Unionsrecht in die Anlage

Das Gericht geht von einem Eingriff in die Meinungsfreiheit des Nutzers durch den MDR aus und prüft dessen Berechtigung. Als Rechtsgrundlage für die Kommentarlöschungen zog das BVerwG § 11d Abs. 5 RStV a.F. i. V. m. Ziff. 17 Hs. 1 der Anlage 4 zum RStV a.F. (heute § 30 Abs. 5 S. 1 Nr. 4 MStV i.V.m. Anlage zu § 30 Abs. 5 Ziff. 17 Hs. 1), die *Negativliste öffentlich-rechtlicher Telemedien* heran, die den Betrieb von „Foren, Chats ohne Bezug zu Sendungen und redaktionelle Begleitung“ durch ÖRR-Anstalten *per se* untersagt. Die Liste ist Resultat des sog. Beihilfekompromisses, der 2007 zwischen der Europäischen Kommission und Deutschland geschlossen wurde, um den ursprünglich durch Gerätegebühren, seit 2013 durch Haushaltbeiträge finanzierten ÖRR nicht als Verfälschung des privatwirtschaftlichen Medienwettbewerbs an den primärrechtlichen Vorgaben des Beihilferechts zerschellen zu lassen. Nachdem die deutsche Seite der Kommission eine lange Liste an Zusagen erteilt hatte ([Ziff. 338 der Beihilfe-Entscheidung](#): Internet-Chats), die 2008 mit dem 12. RÄStV umgesetzt wurden, stellte die Kommission ihr beihilferechtliches Verfahren ein. Mit alledem sollen die Chancen privater Wettbewerber aufrechterhalten und damit mittelbar der Meinungsvielfalt gedient werden (Rn. 46).

Während die meisten in der Negativliste ausgeschlossenen Telemedien recht weit vom demokratischen Zentralanliegen öffentlicher Meinungsbildung entfernt liegen und mit Anzeigen- und Preisvergleichsportalen, Partner- und Tauschbörsen vornehmlich Telemedien be-

treffen, deren ökonomisches Primär Anliegen und das damit provozierte Konkurrenzverhältnis zu privatwirtschaftlichen Anbietern augenfällig ist, provoziert die hier interessierende Ziff. 17 Fragen, die an die eigentliche Rolle und Funktion des ÖRR unter heutigen medialen Bedingungen rühren. Der Beihilfe-Kompromiss bezog die Chat- und Forenvorgaben nicht auf Kommentarspalten auf sozialen Netzwerken. Die sich dort entwickelnden Erwartungen des Publikums an Journalismus, die mit Schlagworten wie „Audience Turn“ oder „Participatory Turn“ umschrieben werden (Überblick bei [Loosen/Reimer/Hölig 2020](#)), und auch öffentlich-rechtliche Medienanbieter zu gewissen Anpassungen drängen ([Jarren/Fischer](#), *Leviathan* Sonderband 37 (2021), 365), waren noch nicht voll auf absehbar. Es hätte deswegen nun nahegelegen, darüber nachzudenken, was uns der Auftrag des ÖRR, seine Programmfreiheit in digitalen Kommunikationsumgebungen zu sagen hat. Eine Prüfung der Verfassungskonformität des Verbotes müsste sich vertieft mit der Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auseinandersetzen. Hier zeigt sich dann das zentrale Problem der Gesamtkonstruktion des BVerwG: Würde man – zugunsten des Senders – von einer Verfassungswidrigkeit dieses Teils der Negativliste ausgehen, fehlte der Rechtsgrund für eine Löschung, da das Gericht eine Kuratierung der Inhalte anhand der „Hausregeln“ in Form der Netiquette und deren verfassungsrechtliche Verankerung nicht ernsthaft in Erwägung zieht (vgl. Rn. 58 ff., 68).

Wann kippt ein Forum?

Beginnt man mit dem BVerwG bei der Auslegung des einfachen Rundfunkrechts, stellt sich zunächst die Frage, ob die Kommentarspalte unter den MDR-Beiträgen ein Chat oder Forum im Sinne der Negativliste darstellt. Soll den Begriffen jeweils normativer Eigengehalt zukommen, liegt es nahe, den Chat als Gespräch unter gleichzeitiger Anwesenheit der Kommunizierenden, das Forum dagegen als thematisch gegliederte und weniger zeitgebundene Diskussionsplattform zu begreifen. Die Kommentarspalten bei Facebook regen dazu an, sich zu einem konkreten Post der ÖRR-Anstalt auszutauschen, sodass man insoweit von einem *Forum* sprechen kann. Ein solches ist nach Ziff. 17 der Negativliste verboten, wenn es „ohne Bezug zu Sendungen und redaktionelle Begleitung“ daherkommt.

Sendungsbezogen hat also das Forum, nicht der einzelne Kommentar zu sein (in diese Richtung auch Held

in Binder/Vesting, *RundfunkR*, 4. Aufl. 2018, § 11d Rn. 139). Ein einzelner Kommentar auf thematischen Abwegen wird einem Forum kaum den Sendungsbezug nehmen. Versteht man den Sendungsbezug und die redaktionelle Begleitung als kumulativ zu wählende Voraussetzungen, hätte es sonst jeder Nutzende in der Hand, die ÖRR-Präsenz zeitweilig durch einen neben der Sache liegenden Post zum rechtswidrigen Telemedium werden zu lassen – ein eher abwegiges Szenario. Wesentlich näher liegt es, für den erforderlichen Sendungsbezug auf das *Gesamtgepräge* der Diskussion abzustellen und einen Kippunkt zu bestimmen, bei dem der Diskussionscharakter nicht mehr als auf die Sendung bezogen begriffen werden kann. Etwas anderes gilt lediglich, wenn die ÖRR-Anstalt ein Forum bereits sendungsfern selbst eröffnet.

Löschbefugnis nur bei Löschpflicht

Das BVerwG setzte freilich stattdessen den einzelnen Kommentar mit dem Forum gleich, entnahm Ziff. 17 der Anlage folgerichtig eine absolute Löschpflicht für sendungsferne Kommentare und musste im weiteren Prüfprogramm der überbeanspruchten Ziff. 17 auch noch eine dem Vorbehalt des Gesetzes genügende Befugnis für all die mit den Löschungen einhergehenden Grundrechtseingriffe entnehmen. Andernfalls hätte man sämtliche Facebookpräsenzen der ÖRR-Anstalten mit Kommentarfunktion als rechtswidrig begreifen müssen, weil die Anstalten den Vorgaben des einfachen Rundfunkrechts nicht in verfassungsmäßiger Weise genügen könnten und überdies nach der BVerwG-Lesart das Damoklesschwert der Unionsrechtswidrigkeit über denselben schwebte. Dass aber § 11d Abs. 5 S. 4 RStV a.F. i.V.m. Ziff. 17 der Anlage, der sprachlich eindeutig auf eine Unterlassungspflicht der Rundfunkanstalten beschränkt ist, zu Eingriffen in die Meinungsäußerungsfreiheit der Facebooknutzenden berechtigt, liegt alles andere als nahe. Anders als das BVerwG ausführt (Rn. 31), enthält die Negativliste auch gerade keinen materiellen Auftrag für die Rundfunkanstalten.

Hätte man dagegen wie hier auf das Gesamtgepräge der Kommentarspalte abgestellt, hätten sich interessante und wichtige Rechtsfragen angeschlossen, deren Beantwortung nun auf unbestimmte Zeit verschoben ist. Zunächst hätte sich zu klären aufgedrängt, ob und welche *Spielräume* dem MDR bei der redaktionellen Begleitung, also der Inhaltsmoderation seiner Kommentarspalten, zukommt. Die Spielräume hätten wieder-

um normativ verankert werden müssen, etwa im *Auftrag des ÖRR auf Internetplattformen* oder als *Anhängsel einer Programmfreiheit* ebendort. Letztere sichert einen journalistischen und künstlerischen Freiraum ab, der sich jedenfalls auf die Gestaltung der publizistischen Formate erstreckt (vgl. Cornils in Stern/Sodan/Möstl, StaatsR, 2. Aufl. 2022, § 120 Rn. 76), aber durchaus auch aufs Digitale ausstrahlen könnte (so das vorbefasste VG Leipzig, 1 K 1642/18, Rn. 89). Die *Netiquetten* der ÖRR-Anstalten hätten wiederum als Ausdruck dieser Gestaltungskompetenzen interpretiert werden können. Hier wären Aussagen zu treffen gewesen, die die seit Jahren schwelenden Diskussionen ein Stück weit hätten voranbringen können.

Rechtsstreit (weitgehend) gewonnen, an Macht verloren

Nun ist eine Löschpflicht natürlich für die mit ihr betrauten Organisationen bedeutend unliebsamer, als eine Löschbefugnis. Die ÖRR-Anstalten werden durch die Lösung des BVerwG aber nicht lediglich im Verhältnis zu den Nutzenden verstärkt in Anspruch genommen, sondern auch maßgeblich im Verhältnis zu den Plattform- und Netzwerkbetreibenden geschwächt. Facebook, Insta-

gram, TikTok und Co. können nun mit einer einfachen Änderung ihrer Rechtezuweisungen die ÖRR-Anstalten dazu drängen, die Plattform zu verlassen, ohne sich mit einzelnen Sperrungen derselben die Finger schmutzig zu machen. Es genügt nun, recht unauffällig für Plattformpräsenzen eines bestimmten Zuschnitts die Befugnis zur Inhaltsmoderation unter eigenen Posts einzuschränken oder zu entziehen. Die ÖRR-Anstalten müssten dann, wollten sie das Verdikt der Rechtswidrigkeit vermeiden, den Dienst verlassen – ein Shadow Ban der etwas anderen Art. Man darf hoffen, dass sich die Journalistinnen und Journalisten in den Anstalten bei ihrer Berichterstattung über die großen Plattformunternehmen hiervon nicht beeinflussen lassen. Ein Entweder-oder – redaktionelles Angebot oder ganz offene Plattform – wird weder beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk noch bei kommerziellen Angeboten der kommunikativen Funktion von Foren und ähnlichen Angebote gerecht. Wir brauchen Meta-Normen, die Möglichkeiten, Grenzen und Verfahren für „Hausregelnunterschiedlicher Anbieter, auch für staatliche Foren, definieren. Das Gericht hat die Chance nicht genutzt, zu explorieren, was sich aus der Verfassung dazu ableiten lässt.

Lukas Daum, Jeremias Düring, Constantin Luft

Weltumspannende Vernichtungsfantasien

Warum die rechtliche Missbilligung von antisemitischen und rassistischen Kunstwerken unterscheidbar sein sollte

doi: 10.17176/20230222-151733-0



In seinem jüngst [veröffentlichten](#) Gutachten zum *documenta fifteen*-Skandal schreibt Christoph Möllers, dass er Kunstformen, „die sich antisemitischer oder rassistischer Stereotype bedienen“, nebeneinander behandeln könne, „weil die Unterschiede zwischen Rassismus und Antisemitismus jedenfalls nicht auf den Umstand ihrer verfassungsrechtlichen Missbilligung hinüberwirken, die für beide gilt und für beide an gleicher Stelle verankert ist“.¹ Das mag der Mehrheitsmeinung unter Verfassungsrechtler:innen entsprechen. Aus der Perspektive der Antisemitismusforschung verdeckt eine solche *same standards*-These² jedoch gerade das, was den [modernen Antisemitismus](#) ausmacht. Deshalb sollten wir erwägen, bei seiner rechtlichen Bekämpfung dogmatisch neue Wege zu gehen.

Die Ausgangslage, so muss man eingangs zugestehen, könnte freilich kaum verworrener sein. Rassismusvorwürfe sind mancherorts [Reflexe](#), um Antisemitismus zu tabuisieren.³ Und Antisemitismusverdächtigungen dienen auch schon einmal dazu, [rassistische](#) Verhaltensweisen zu relativieren. Dass in der aktuellen Debatte nun noch die Kunstfreiheit (mit-)verhandelt wird, hat die Situation nicht weniger dialektisch gemacht – im [Gegen-Teil](#): Öffentlicher Kritik an einer „Zensur“ bzgl. als antisemitisch klassifizierter Kunstwerke stehen die Perspektiven jüdischer oder israelischer Künstler:innen gegenüber, die ganz regelmäßig mit Boykottaufrufen konfrontiert sind (etwa aus dem BDS-Umfeld).

Diese Komplexitäten entlasten aber nicht davon,

gründlich darüber nachzudenken, welche moralisch relevanten Unterschiede zwischen rassistischer und antisemitischer Kunst bestehen könnten. Und im Anschluss stellt sich dann natürlich die Frage, ob das Recht angemessen darauf reagiert. Um zumindest ein wenig Licht auf die genannten Problemcluster zu werfen, werden wir in drei Schritten vorgehen. Erstens bedarf es eines kurzen Hinweises auf die bestehenden (verfassungs-)rechtlichen Wertungsnormen hinsichtlich antisemitischer Verhaltensweisen. Zweitens werden wir skizzieren, aus welchen Gründen Antisemitismus – sogar anders als der mörderischste Rassismus – strukturell stets „[aufs Ganze geht](#)“. Und drittens muss es sich auch bei einer „kunstspezifischen“ ([BVerfGE 119, 1 Rn. 82](#)) bzw. kunsttheoretischen Betrachtungsweise einsichtig machen lassen, dass antisemitische Kunst wirklich qua Kunstwerk Gewalt ausüben oder Hass säen kann.

Unser Beitrag ist dabei als Diskussionsanstoß zu verstehen. Wir wollen keine Gewissheiten liefern, sondern zu Reflexionsprozessen anregen: Könnte es sich lohnen, Antisemitismusbekämpfung im Recht einmal außerhalb der eingespielten antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien und ihrer Adressat:innenabhängigkeit zu denken?

I. (Verfassungs-)Recht - Wertungsreserven zur Antisemitismusbekämpfung

Rechtlich betrachtet wird antisemitisches Verhalten in erster Linie durch den Diskriminierungsschutz in Normenkorpora des Verfassungs- und Völkerrechts missbil-

¹Christoph Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung, Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien, 2022, 4–5. Im Expert:innenbericht (Deitelhoff et al., Abschlussbericht, Gremium zur fachwissenschaftlichen Begleitung der *documenta fifteen*, 2023, 111) ist i.Ü. nur noch von „ganz ähnlichen verfassungsrechtlichen Grundlage[n]“ die Rede.

²Möllers, Rechtsgutachten (Fn. 1), 5, 31 ff. betont freilich, dass das Bundesverfassungsgericht antisemitische Äußerungen zwar nicht auf der Maßstabsebene aber doch auf der Anwendungsebene tendenziell strenger ahndet. Als Indiz dient eine jüngere Kammerentscheidung (BVerfG, 7.7.2020 – 1 BvR 479/20), die eine strafrechtliche Verurteilung wegen Volksverhetzung in dem Fall gebilligt hat, dass ein Vorsteher einer jüdischen Gemeinde von einem Politiker der Partei „Die Rechte“ als „frecher Juden-Funktionär“ bezeichnet worden war.

³Dazu auch Deitelhoff et al., Abschlussbericht (Fn. 1), 73 f.

ligt, etwa durch die Art. 1 I, 3 III 1 GG, Art. 1, 21 I GRCh, Art. 14 EMRK sowie Art. 20 II, 26 IPbPR (siehe z.B. [hier](#)). Daneben stehen einfachgesetzliche Vorschriften, etwa das AGG und nicht zuletzt strafrechtliche Verhaltens- und Wertungsnormen wie die §§ 46 II 2, 130, 192a StGB.⁴

Darüber hinaus wäre überlegenswert, ob auch die grundgesetzlichen Bestimmungen, die allgemein als „Ge-genentwurf“ zur nationalsozialistischen Schreckensherr-schaft gesehen werden (neben Art. 1 I, 3 III 1 also v.a. Art. 16, 16a, 26, 79 III, 116 und 139 GG), zumindest teilweise implizite Anti-Antisemitismuswertungen ent-halten. Hinsichtlich (1) des sekundären (Schuldabwehr-)Antisemitismus dürfte zudem das postmortale Persön-lichkeitsrecht der Shoah-Opfer aus Art. 1 I GG (vgl. [BVerfGE 124, 300 Rn. 33, 40, 62](#)) und hinsichtlich (2) des israelbezogenen Antisemitismus insbesondere die „Staatsräson“-Einstellung der Bundesregierung als Teil der sachlichen demokratischen Legitimation staatlichen Handelns (Art. 20 II 1 GG)⁵ sowie § 7 AWV als [Anti-Boycottwertung](#) des einfachen Rechts einschlägig sein.

Es wäre sicher interessant, näher zu untersuchen, ob wirklich ausnahmslos alle dieser Wertungsnormen gleichzeitig auch eine parallele (mindestens implizite) rechtliche Missbilligung des Rassismus enthalten. Aber das führt im Rahmen dieses Textes deutlich zu weit. Und darum geht es uns auch gar nicht. Wichtig sind viel-mehr die strukturellen Unterschiede, die in den im wei-teren Sinne „sozialwissenschaftlichen“ Theorien des mo-dernen Antisemitismus schon lange klar benannt worden sind.

II. Antisemitismustheorie - Wie Antisemitismus sich von Rassismus abhebt

Vorausgeschickt sei, dass die näher zu erläuternden Un-terschiede keinesfalls dazu dienen, Antisemitismus und Rassismus in eine [künstliche Hierarchie](#) zu bringen. Nichts von beidem muss z.B. *mehr* bekämpft werden als das andere. Aber beide sollten in ihren Funktionsmecha-nismen kognitiv voneinander getrennt werden, um sie je-weils *besser* verstehen und bekämpfen zu können (sie-

he [hier](#)). Sie gleichen sich zunächst freilich darin, dass in beiden Fällen menschenfeindliche Projektionen, Gerüch-te und Vorurteile im Spiel sind. Während der Rassismus die „Minderwertigkeit“ gewisser Menschen aus – oftmals biologistischen – Pseudoerklärungen über ihre „Natur“, „Kultur“, „Identität“ o.Ä. zusammenfabuliert, liegt dem Phänomen des modernen Antisemitismus eine gänzlich anders geartete und fatale Abstraktionsleistung zugrun-de: Die Chiffren „Jude“, „Jüdin“, „jüdisch“ und derglei-chen stehen erst gar nicht mehr für konkrete Individu-en oder Personengruppen, sondern direkt für den gebün-delten Hass auf die Symbole der Moderne (Kapital, Herr-schaft, Singularisierung usw.).⁶ Jüdische Menschen gel-ten überhaupt nicht als bedrohliche „Fremde“, sondern als „Andere“; in den Augen der Antisemit:innen sind sie weder Ingroup noch Outgroup. Sie markieren statt-dessen eine diffuse „Figur des Dritten“ und werden ge-rade deshalb als besonders unfassbar sowie existentiell bedrohlich imaginiert.⁷ Rassifizierten Menschen dichtet man ihre Unterlegenheit an. „Jude(n)“ ist hingegen zu ei-nem universalen *cultural code* (Shulamit Volkov) gewor-den, der gleich für eine umfassende Weltverschwörung und eine ultimative, unentrinnbare, wenn auch nicht-identifizierbare Macht steht.⁸

Diese Differenzen wurden gerade rhetorisch beson-ders eindrücklich in der frühen Kritischen Theorie, ge-nauer im Rahmen der *Dialektik der Aufklärung* herausge-arbeitet. In den *Elementen des Antisemitismus* liest man, dass jüdische Menschen nicht einfach nur als (moralisch, ökonomisch, intellektuell etc.) minderwertig angesehen, sondern zum „negativen Prinzip als solches“ erklärt und als das „absolut Böse“ gebrandmarkt werden.⁹ Zur Struk-tur des Antisemitismus gehört ein zutiefst manichäisches Weltbild, welches in Verbindung mit der empfundenen Ohnmacht der Antisemit:innen konsequent auf Vernich-tungsobsessionen ausgerichtet ist. Dies wird besonders in einem Zitat von Horkheimer und Adorno deutlich, das seinerseits ganz erhebliche epistemische Gewalt beinhal-tet, weil es von ihnen bewusst aus der Perspektive der Fa-schist:innen formuliert ist:

⁴Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz, NJOZ 2020, 897 f.

⁵So Möllers, Rechtsgutachten (Fn. 1), 30.

⁶Etwa Salzborn, Antisemitismus als negative Leitidee der Moderne, 2010.

⁷Holz, Die Figur des Dritten in der nationalen Ordnung der Welt, Soziale Systeme 6 (2) 2000, 270.

⁸Rensmann, Kritische Theorie über den Antisemitismus, 1999 und Salzborn, Leitidee (Fn. 4), 322 f.

⁹Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 2002 [1969], 177.

„[D]ie [N-Wort] will man dort halten, wo sie hingehören, von den Juden aber soll die Erde gereinigt werden, und im Herzen aller prospektiven Faschisten aller Länder findet der Ruf, sie wie Ungeziefer zu vertilgen, Wiederhall.“¹⁰

Die sog. „Logik“ des Antisemitismus, das hat etwa Moishe Postone gezeigt, geht als weltumspannende Vernichtungsfantasie aufs Ganze:¹¹ Rassistische und xenophobe Einstellungen unterscheiden sich von antisemitischen anhand der den anderen zugeschriebenen Macht und der Abstraktheit dieser Zuschreibung – das „Jüdische“ wird mit einer „mysteriöse[n] Unfassbarkeit, Abstraktheit, Allgemeinheit“ identifiziert, die als nicht mehr greifbar, wurzellos, ungeheuer groß und vor allem unkontrollierbar angesehen wird.¹² Deshalb zielt der Antisemitismus in letzter Konsequenz nicht auf Dominanz, sondern auf Vernichtung.

Wie schon eingangs angedeutet, geht es bei alldem nicht darum, verschiedene Formen der Menschenfeindlichkeit gegeneinander auszuspielen oder gar in eine Rangordnung zu bringen. Niemand bestreitet die Existenz von eliminatorischem Rassismus. Den gibt es natürlich. Er ist brandgefährlich und hat u.a. zu kolonialen Genoziden geführt, über die wir bis heute zu wenig reden und zu wenig wissen.

Dennoch unterscheidet sich auch der mörderischste Rassismus vom Antisemitismus. Das lässt sich mit einem Bild von Achille Mbembe verdeutlichen.¹³ Laut Mbembe liegt dem Rassismus die Idee eines gigantischen Zoos der Kulturen zugrunde. Einer „Logik des Einzäunens“ folgend sollen die einzelnen „Rassen“, „Kulturen“ oder „Identitäten“ feinsäuberlich getrennt und eine „Vermischung“ tunlichst vermieden werden (jede:r bleibt in seinen/ihren Käfig gesperrt).¹⁴ Manchmal sollen die Insass:innen einzelner Käfige auch vernichtet werden. Doch nicht einmal dieser „Logik“ gehorcht der Antisemitismus. Ihm geht es nicht ums Einzäunen (ein weiterer Käfig für die Juden), sondern er wittert eine diffuse Macht im Hintergrund, von deren Eliminierung das Glück der Welt abhängt. Antisemit:innen sprengen mit ihren Ob-

sessionen das Käfigdenken. Sie werden stets Fragen wie diese in den Raum werfen: „Was soll eigentlich mit der Zoodirektion geschehen – den grauen Eminenzen, die im Hinterzimmer die Fäden ziehen und damit für alle Übel auf der Erde verantwortlich zu machen sind?“ Die Antwort lautet freilich, dass diese Bedrohung dringend eliminiert werden müsse, da sie sich in keinen Käfig sperren lässt.

Gerade weil der Antisemitismus in einer umfassenden manichäischen Weltanschauung kulminiert, handelt es sich nicht um eine weltumspannende Fantasie des Einzäunens, sondern um eine weltumspannende Fantasie des Vernichtens. Antisemitismusbekämpfung, so hart das klingen mag, ist immer im buchstäblichen Sinne eine *extinction rebellion*.

III. Kunsttheorie - Inwiefern Kunstwerke verwerflich sein könn(t)en

Kunstwerke sind nun aber schon phänomenologisch keine plumpen antisemitischen Parolen. Die Frage nach ihrer normativen Kritisierbarkeit ist deshalb nicht ganz leicht zu beantworten. Einschlägig sind hier die Debatten der analytisch geprägten Kunstphilosophie, die sich intensiv mit dem Problem beschäftigt haben, ob – und wenn ja, inwiefern – sich einzelne Kunstwerke moralisch bewerten lassen (siehe [hier](#) und [hier](#)): Was bedeutet es eigentlich genau, z.B. von einem „antisemitischen Kunstwerk“ zu sprechen?

Man kann erstens mit einem hohen theoretischen Aufwand versuchen, einen *perspektivistischen Ansatz* zu plausibilisieren, der geltend macht, dass Kunstwerke unmoralische Haltungen oder Perspektiven einnehmen können. Kritiker:innen wenden dagegen ein, dass nur bewusstseins- und handlungsfähige Subjekte moralische Haltungen haben können. Will man nicht letztlich die Haltung des:der Künstler:in kritisieren, sondern diejenige des Werks, stellt sich die Frage, wem die Haltung, die sich im Werk manifestiert, zuzuschreiben ist. Die klassische Antwort lautet, dass die moralische Haltung nicht (zwingend) diejenige des:der realen Künstler:in, sondern

¹⁰Horkheimer/Adorno (Fn. 7), Dialektik, 177 (Einfügung durch Verfasser).

¹¹Postone, Die Logik des Antisemitismus, Merkur 36 (403) 1982, 13–25.

¹²Postone (Fn. 9), Logik, 14 f. und Salzborn, Antisemitismustheorien, 2022, 22.

¹³Siehe zum Folgenden Düring/Luft, Justitias Blinder Fleck: Antisemitismus, Adorno und das AGG, in: Neuhaun/Wirsing, Kritische Theorien des Rechts, Beihefte des ARSP, 2023 (i.E.).

¹⁴Mbembe, Kritik der schwarzen Vernunft, 2014, 77 ff.

die des:der „implizierten“ oder „sich im Werk manifestierenden“ Künstler:in ist ([hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Diesem Vorschlag kann wiederum entgegengehalten werden, dass es sich bei diesen Konstruktionen um Fiktionen handelt, die ebenfalls keine realen moralischen Haltungen haben können.

Da Kunstwerke keine handlungsfähigen Subjekte sind, ist die Rede davon, dass sie „Gewalt ausüben“, irreführend. Doch es ließe sich zweitens auch behaupten, dass manche Kunstwerke, insofern ihnen eine hinreichende kommunikative Funktion zukommt, selbst eine Form der Gewalt an einer Gruppe von Personen sind. So ist im Kontext der anglo-amerikanischen Diskussionen um Pornographie das später auf die Kunst im Allgemeinen ausgeweitete Argument vertieft worden, wonach gewisse Werke die Unterwerfung und Degradierung der Frau befürworten und damit – unabhängig von ihren Folgen – als Werk verwerflich sind ([hier](#)). Im Hintergrund steht die Sprechakttheorie ([hier](#) und [hier](#)). Sie fragt, wie allein durch sprachliche Äußerungen Handlungen vollzogen werden können. Die Bedeutung des Satzes „Das Messer ist scharf!“ erschöpft sich etwa nicht in der Auskunft über die Beschaffenheit des Messers, dem sogenannten *lokutionären Akt*; denn wer ihn äußert, kann damit unterschiedliche Sprechhandlungen vollziehen. So ließe sich etwa eine Warnung oder aber eine Empfehlung aussprechen. Diese Art von Sprechakten wird *illokutionärer Akt* genannt. Die illokutionäre Rolle einer Äußerung kann auch in der Abwertung einer Gruppe von Personen i.S.d. Legitimierung einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung bestehen. Damit illokutionäre Akte erfolgreich sind, müssen sie allerdings bestimmte Bedingungen erfüllen. So vermag nicht jede Person mit dem Satz „Ich erkläre Sie zu Ehepartner:innen!“ zwei Personen zu trauen. Sie muss dazu die erforderliche Autorität innehaben. Können Kunstwerke solche Bedingung erfüllen? Wenn z.B. bestimmte Formen der Pornographie die illokutionäre Rolle haben, festzulegen, welche Handlungen in sexuellen Akten als normal zu betrachten sind, spricht viel für eine positive Antwort. Werden nämlich unmoralische Kunstwerke in Ausstellungen präsentiert und dadurch geädelt, mag man dies ebenfalls als illokutionären Akt der Normalisierung verstehen.

In den letzten Jahren befürworten viele Theoretiker:innen drittens einen *produktionsorientierten Ansatz*,

der besagt, dass ein Kunstwerk unmoralisch ist, wenn es seine Existenz unmoralischer Handlungen verdankt ([hier](#)).

Und viertens erfreut sich auch ein *kognitivistischer Ansatz* wachsender Beliebtheit ([hier](#)): Demnach ist ein Kunstwerk anhand seines Potenzials zu evaluieren, moralrelevante Einstellungs- und Verhaltensänderungen zu bewirken. Anzunehmen, dass Kunstwerke einen kausalen Einfluss auf derartige Veränderungen nehmen können, ist dabei grundsätzlich plausibel. Studien, die Kausalzusammenhänge zwischen gewalthaltigen Medien und aggressiven Verhaltensweisen untersucht haben, geben einige automatisch und unbewusst ablaufende psychologische Mechanismen als Erklärung an. Doch wird man schwerlich behaupten können, dass die Rezeption eines einzelnen Werks, das gewalthaltige Darstellungen oder antisemitische oder rassistische Stereotype enthält, bei jeder einzelnen betrachtenden Person zu gewalttätigem Verhalten führt, rassistische Vorurteile verstärkt oder gar erst verursacht. Vielmehr ist die These, dass Kunst Hass sät, wie die Aussage aufzufassen, dass Rauchen Lungenkrebs verursacht. Eine einzelne Zigarette mag eine geringe kausale Kraft aufweisen; eine Schädigung ist nach wiederholter, längerfristiger Exposition mit Zigarettenrauch jedoch um ein Vielfaches wahrscheinlicher – auch wenn nicht alle Raucher:innen zwangsläufig an Lungenkrebs erkranken. In Bezug auf das schädigende Potential von Kunstwerken ([hier](#)) ist diese These allerdings empirisch schlecht erforscht. Können Kunstwerke also Hass säen? Es gibt gute Gründe für diese Annahme, auch wenn die „Keimrate“ unbekannt ist, nicht jeder Samen keimt und nicht jeder auf fruchtbaren Boden fällt.

Unbestreitbar ist allerdings, dass auch bei Zugrundelegung einer kunstspezifischen Betrachtung diverse theoretische Möglichkeiten zur Verfügung stehen, ein Kunstwerk sinnvollerweise als „antisemitisch“ zu brandmarken.

IV. Ausblick - Wie könnte das Recht reagieren?

Mit dem Bewusstsein dafür im Hinterkopf, dass es zu kurz greift, antisemitische Verhaltensweisen (nur) als irgendeine weitere Art der rassistischen Diskriminierung zu beschreiben,¹⁵ stellt sich mit Nachdruck die Frage, wie das Recht mit Praxen des Kalibers „weltumspannender Vernichtungsfantasien“ umgehen sollte.

¹⁵Vgl. Liebscher et al, NJOZ (Fn. 2), 898.

Bislang wird in Deutschland allzu oft ein deutlich zu einfaches Argumentationsmuster verwendet: Auch antisemitische Kommunikationsakte fallen in den Schutzbereich von Art 5 I 1 Var. 1 bzw. Art. 5 III Var. 1 GG. Also sind sie erst dann rechtlich angreifbar, wenn sie die „Friedlichkeitsgrenze überschreiten“, d.h., sofern sie die rein geistige Sphäre verlassen und aggressiv sowie unmittelbar die subjektiven Rechte konkreter Individuen gefährden (siehe [hier](#)).

Vielleicht müssen wir ganz anders denken. Weltumspannende Vernichtungsfantasien könnten das traditionelle subjektiv-rechtliche Verständnis nämlich schlicht sprengen. Sie richten sich zunächst gar nicht gegen konkrete Jüdinnen und Juden, sondern gegen abstrakte „Juden“. Wer zu letzteren zählt, entscheiden die Antisemit:innen kurioserweise selbst. Nun fallen die ominösen „Juden“ aber gleichzeitig durch das dogmatische Raster, weil sie als abstrakte Entität(en) überhaupt keine subjektiven Rechte haben können. Und wenn sich der Vernichtungswahn erst einmal individualisiert hat, indem „das Jüdische“ auf ein konkretes Rechtssubjekt projiziert wird, ist es zu spät. Das ist das Dilemma des subjektiv-rechtlichen Denkens in dieser Konstellation. Warum sind antisemitische Verhaltensweisen also eigentlich kein Musterbeispiel, um die *objektiv-rechtliche Dimension* der Menschenwürde zu aktivieren? Die Merkmale (1) maximaler Abstraktion bei (2) gleichzeitig ultimativem Vernichtungswillen lassen sich doch auf den ersten Blick wesentlich besser einfangen, wenn man dogmatisch ausnahmsweise eine adressat:innenunabhängige Verletzung annimmt, die sich eben aus dem objektiven Gehalt von Art. 1 I GG speist.¹⁶ Durch die radikale Entpersonalisierung in Verbindung mit der skizzierten (Eliminations-)„Logik“ des Antisemitismus wird Jüdinnen und Juden

letztlich pauschal ihr fundamentaler Wert- und Achtungsanspruch abgesprochen, indem sie nicht mehr als Menschen, sondern als (bloß abstrakte) Objekte eingeordnet werden, denen man ohne Weiteres den Garaus machen darf bzw. muss – dabei handelt es sich geradezu um die klassischen Kriterien für eine Verletzung der objektiv-rechtlichen Dimension der Menschenwürdegarantie.¹⁷ Freilich gibt es auch rassistische Darstellungen, die keine konkreten Individuen zum Gegenstand haben.¹⁸ Man denke etwa an die Südstaatenflagge. Solche Rassismen können als Kommunikationsakte im Einzelfall selbstverständlich ebenfalls den objektiven Gehalt von Art. 1 I GG aktivieren. Allerdings bieten die im Rahmen der Antisemitismusforschung herausgearbeiteten Unterschiede (Stichwort „weltumspannende Vernichtungsfantasien“) Rechtfertigungspotential dafür, dies bei antisemitischen Handlungen *stets* anzunehmen, während rassistische Handlungen die objektive Menschenwürdegarantie verletzen *können*, aber nicht *müssen*.

Natürlich mag man auch argumentieren, dass es nicht genug ist, einfach eine Brücke von sozialwissenschaftlichen Forschungsergebnissen zu rechtsdogmatischen Innovationen zu schlagen, um eine solche Ausnahme zu begründen.¹⁹ Dann bliebe uns wohl nichts weiteres übrig als bei antisemitischen Kunstwerken, die wegen fehlender subjektiv-rechtlicher Betroffenheit juristisch immun sind, auf den „freiheitliche[n] Skandal“ des Grundgesetzes zu verweisen.²⁰ Diese liberale Zumutung wird nicht jede:n überzeugen.

Wir danken Christoph Möllers, Marcus Schnetter und Bent Stohlmann für Anmerkungen und Hinweise zu früheren Versionen des Textes

¹⁶Vgl. Völzmann, AöR 2018, 251, 258–260 und den Verweis bei Möllers, Rechtsgutachten (Fn. 2), 32.

¹⁷S. dazu im Kontext krasser sexistischer Objektifizierungen Völzmann, AöR 2018, 251, 260.

¹⁸Vgl. etwa Scherschel, Rassismus als flexible symbolische Ressource, 2006, 227 ff.

¹⁹Hierzu Lagodinsky, Kontexte des Antisemitismus, 2013, 91 ff.

²⁰Möllers, Rechtsgutachten (Fn. 2), 49.

Thomas Feltes

Opferrechte in der Sackgasse

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Fall Oury Jalloh

doi: 10.17176/20230228-185256-0



Am 07. Januar 2005 verbrannte [Oury Jalloh](#) in einer Gewahrsamszelle des Polizeireviers in Dessau. Die Todesumstände gelten nach wie vor als nicht aufgeklärt. Die „*äußerst lückenhafte Aufklärung von Fällen wie den Fall des in einer Zelle verbrannten Oury Jalloh*“ wurde und wird immer wieder kritisiert. Das Bundesverfassungsgericht hat nun die Verfassungsbeschwerde, mit der weitere Ermittlungen zum Tod von Oury Jalloh begehrt wurden, nicht zur Entscheidung angenommen. Der Beschluss erleichtert die Ablehnung von Klageerzwingungsanträgen und schwächt die Rechte von Opfern und Hinterbliebenen von Polizeigewalt.

I. Ausgangslage: Der „Fall“ Oury Jalloh

Vorausgegangen waren über fast zwei Jahrzehnte hinweg polizeiliche, staatsanwaltschaftliche, vor allem aber externe, private Ermittlungen und Gutachten. Im Dezember 2008 waren der wegen Körperverletzung mit Todesfolge im Amt angeklagte Dienstgruppenleiter und ein weiterer, wegen fahrlässiger Tötung angeklagter Polizeibeamter freigesprochen worden. In der gegen den Freispruch des Dienstgruppenleiters gerichteten Revision hob der BGH im Januar 2010 das Urteil auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück, das den Angeklagten im Dezember 2012 wegen fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe in Höhe von 10.800 Euro verurteilte. Die hiergegen eingelegten Revisionen verwarf der Bundesgerichtshof im September 2014. Infolge eines erneuten Brandgutachtens, das ausschloss, dass Oury Jalloh sich und seine Matratze selbst angezündet habe, leitete die Staatsanwaltschaft Dessau-Roßlau im April 2014 erneut ein Ermittlungsverfahren ein. Als man dort den Einsatz von Brandbeschleuniger und die Beteiligung Dritter für wahrscheinlich hielt, wurde der Staatsanwaltschaft das Verfahren entzogen und an die Staatsanwaltschaft Halle übergeben, die das Verfahren im Oktober 2017 „*mangels Tatverdacht*“ [einstellte](#).

Wenn (wie hier) ein Leitender Oberstaatsanwalt den [Verdacht](#) äußert, dass etwas vertuscht, Ermittlungen ver-

hindert und Akten vernichtet wurden, dann müssten eigentlich alle rechtsstaatlichen Alarmglocken klingeln. Ein [forensisches Gutachten](#), das im Oktober 2019 zu dem Ergebnis kam, dass Oury Jalloh vor seinem Tod schwer misshandelt wurde, blieb unberücksichtigt, ebenso wie die Feststellung der vom Landtag von Sachsen-Anhalt beauftragten Sonderermittler im August 2020, dass das Handeln der Polizei fehlerhaft und rechtswidrig war. Damals hatten die Sonderermittler die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft im Oktober 2017 „*nachvollziehbar und angesichts der Beweislage sachlich und rechtlich richtig*“ bezeichnet. Es gebe keine offenen Ansätze, um wegen Mordes oder Mordversuchs zu ermitteln. Einerseits war also das polizeiliche Handeln „*fehlerhaft und rechtswidrig*“, andererseits soll die Einstellung richtig gewesen sein; dass solche juristischen Spitzfindigkeiten der Öffentlichkeit schwer zu vermitteln sind, liegt auf der Hand.

II. Ansatzpunkt: Das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO

Ausgangs- und Kernpunkt des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ist § 172 StPO, der die Voraussetzungen regelt, unter denen Betroffene sowie Hinterbliebene gegen Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft vorgehen können. Verfahrenseinstellungen sind bei Polizeigewalt die Regel, wie [empirische Studien](#) gezeigt haben. Gleichzeitig aber ist [Polizeigewalt weitaus verbreiteter](#) als angenommen, wie das Bochumer Forschungsprojekt [KVIAPOL](#) zeigte.

Die Regelungen in der StPO führen dazu, dass sich Betroffene in der Praxis nur schwer gegen Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft wehren können. Eine entscheidende Rolle spielt dabei der sog. [Klageerzwingungsantrag](#), der beim zuständigen Oberlandesgericht eingelegt werden muss, wenn der Beschwerde gegen eine Verfahrenseinstellung durch die Generalstaatsanwaltschaft nicht abgeholfen wurde. Dieser Antrag muss „*die Tatsachen, welche die Erhebung der öffentlichen Kla-*

ge begründen sollen, und die Beweismittel angeben“ (§ 172 Abs. 3 S. 1). Was (nur) auf den ersten Blick vernünftig aussieht, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als Sackgasse, und diese Sackgasse hat die vorliegende Entscheidung des Verfassungsgerichts leider weiter verfestigt.

Dabei geht es neben anderen eher randseitigen Problemen wie dem nach richtiger Auffassung¹ unzulässigen **Erfordernis der Rechtsanwaltschaft** bei dem/der Antragsteller*in vor allem darum, wie und wie ausführlich der Klageerzwingungsantrag zu begründen ist. Tatsächlich scheitern, wie im vorliegenden Fall auch, mehr als 90 % der Anträge auf gerichtliche Entscheidung daran, dass die strengen Anforderungen an Form und Inhalt, die die Rechtsprechung aus § 172 Abs. 3 StPO ableitet, nicht erfüllt werden. Nach der herrschenden Rechtsprechungsmeinung ist bereits für die Zulässigkeit erforderlich, dass eine aus sich heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts erfolgt, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage in materieller und formeller Hinsicht rechtfertigen würde.²

Das Oberlandesgericht soll dadurch in die Lage versetzt werden, ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten eine Schlüssigkeitsprüfung vorzunehmen. Spitzzünftig formuliert: Der Antragsteller soll dem Oberlandesgericht die Arbeit und die Ablehnung des Antrags erleichtern. Diese Auslegung von § 172 Abs. 3 StPO verstößt nach der bisherigen Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen Art. 19 Abs. 4 GG.

III. Neue und noch größere Hürden für den Antrag beim Oberlandesgericht

War somit das Klageerzwingungsverfahren bislang schon (auch finanziell) aufwändig und in der Regel erfolglos, so baut das Bundesverfassungsgericht nun weitere, neue Hürden auf, und zwar solche, die in der Praxis kaum erfüllbar sind.

Bereits bisher musste der Antragsteller einen kompletten Ermittlungsbericht vorlegen, aus dem sich der hinreichende Tatverdacht ableiten muss. Während diese Arbeit für Polizei und Staatsanwaltschaft zum täglichen Geschäft gehört, ist die Zusammenstellung eines solchen Berichts für Strafverteidiger*innen meist Neuland. Je nach Umfang der bisherigen Ermittlungen müssen hunderte bis tausende Seiten Ermittlungsakten ge-

prüft und analysiert werden, um Stellen zu finden, an denen entweder nicht oder nicht umfangreich genug ermittelt oder Ermittlungsfehler gemacht wurden. Ob und inwieweit man dabei selbst Ermittlungen anstellen darf oder sogar muss, bleibt offen. In jedem Fall stehen dem Opfer oder Nebenkläger nicht die Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung, die Staatsanwaltschaft und Polizei haben. Damit ist die Waffengleichheit auch in dieser Phase des Verfahrens deutlich verletzt.

Glaubt man, solche Mängel oder Fehler gefunden zu haben, muss man zudem nachweisen, dass die Staatsanwaltschaft zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn sie diese Fehler berücksichtigt hätte. Die Grundfrage des „was wäre wenn“ durchzieht den gesamten Antrag. Notwendigerweise müssen die Ausführungen mangels eigener Ermittlungsmöglichkeiten oftmals im Vagen bleiben, was es dann wiederum dem Oberlandesgericht erleichtert, den Antrag abzulehnen. Denn dem Oberlandesgericht soll nicht zugemutet werden, sich selbst die Akten anzusehen.

IV. „Überlastung“ als Argument, um Opferrechte zu beschränken

Die jetzige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt diese Linie, und sie weitet sie noch aus. Es begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO entsprechend auszulegen. „Denn diese Darlegungsanforderungen sollen die Oberlandesgerichte vor einer Überlastung durch unsachgemäße und unsubstantiierte Anträge bewahren und in die Lage versetzen, ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten eine Schlüssigkeitsprüfung vorzunehmen“ (Rd. 81).

Das Argument der „Überlastung“ mag, wie bei offensichtlich unbegründeten Verfassungsbeschwerden, durchaus seine Berechtigung haben. Allerdings sind Anträge im Klageerzwingungsverfahren meist gut und umfangreich begründet, weil die Antragsteller wissen, dass sie sonst keine Chancen haben.

Zwar sagt das Gericht, dass die Darlegungsanforderungen nicht überspannt werden dürfen, sondern „durch den Gesetzeszweck“ geboten sein müssen. So müsse der Antragsteller sich nicht durch Akteneinsicht Kenntnis von der vollständigen Einlassung des Beschuldigten verschaffen und diese sodann auch vollständig mitzuteilen;

¹Sobota, StV 2022, 139, 140

²Zu weiteren Anforderungen vgl. Feltes, StraFo 2022, S. 178 - 181.

etwas Anderes gelte aber, „wenn der Beschwerdeführer seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung maßgeblich auch mit Inhalten aus den Ermittlungsakten begründet. In diesem Fall ist der Beschwerdeführer gehalten, soll die vom Gesetzgeber implizit vorgesehene und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Schlüssigkeitsprüfung allein auf der Grundlage des gestellten Antrags (...) nicht unterlaufen werden, zumindest den wesentlichen Inhalt der Beweismittel mitzuteilen, aus denen er auszugsweise vorträgt oder gar zitiert“ (Rdnr. 82).

Hier beißt sich die juristische Schlange selbst ins Hinterteil: Einerseits soll umfassend dargelegt werden, welche Ermittlungsfehler gemacht wurden, andererseits muss man dann, wenn man Inhalte aus den Ermittlungsakten verwendet, deren wesentlichen Inhalt mitteilen; unterlässt man dies, wie im vorliegenden Fall, ist die Klage unzulässig. Wie aber anders als durch Verwendung der Ermittlungsakten sollen Ermittlungsfehler dargelegt werden?

V. Unzulässigkeit der Klage wegen Unvollständigkeit des Antrages

Der Beschwerdeführer sei deshalb, so das Bundesverfassungsgericht, gehalten, den wesentlichen Inhalt der Beweismittel mitzuteilen, „um eine nur selektive und dadurch gegebenenfalls sinnenstellende Darstellung der Ermittlungsergebnisse zu verhindern“ (Rdnr. 84). Als Beispiel für dieses zur Unzulässigkeit des Antrags führenden Unterlassen nennt das Gericht, dass der Beschwerdeführer zwar das Gutachten des Sachverständigen benennt, dieses aber, ebenso wie die Ausführungen des Sachverständigen, erkennbar nur verkürzt wiedergebe. Warum, so fragt man sich, darf dann nicht gleich das Gutachten beigelegt werden, damit das Gericht es selbst bewerten kann? Sind das zu viele Seiten, die ein OLG-Richter zu lesen hat? Wer konkret diese Anforderungen im jeweiligen Fall sind, erfährt der Antragsteller in der Regel erst mit der (dann rechtskräftigen) Entscheidung des Oberlandesgerichts.

VI. Kein Verstoß gegen rechtliches Gehör, da Gerichte immer alles zur Kenntnis nehmen

Einen Verstoß gegen rechtliches Gehör sieht das Bundesverfassungsgericht im Übrigen nicht. Dieser Grundsatz verpflichte zwar das Gericht, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG sei allerdings nur verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. In der Regel gehe man davon aus, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Vorbringen auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. „Deshalb müssen, wenn ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG festgestellt werden soll, im Einzelfall besondere Umstände deutlich ergeben, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist“ (Rdnr. 87). Somit liegt die Beweislast eindeutig auf der Opfer- und Hinterbliebenenseite, und die Annahme, dass Gerichte auch dann etwas zur Kenntnis genommen haben, wenn sie nicht darauf eingehen, ähnelt in frappierender Weise dem in der juristischen Ausbildung (zumindest zu meiner Zeit) gerne kolportierten BGH-Urteil, wonach der Beisitzer seine Aufmerksamkeit „mit in den Schlaf“ nimmt und daher kein Revisionsgrund vorliege.³

Es geht nicht darum, dass, wie das Bundesverfassungsgericht meint, das Gericht „der Rechtsansicht des Beschwerdeführers“ folgen muss (Rdnr. 88). Es muss aber möglich sein, Kritik an der rechtlichen Würdigung eines Sachverhaltes anzubringen und das Oberlandesgericht muss sich damit beschäftigen. Legt man die aktuelle Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, dann kann selbst eine eindeutig fehlerhafte rechtliche Würdigung eines Sachverhaltes durch die Staatsanwaltschaft nicht angegriffen werden, selbst wenn es beispielsweise andere, gerichtliche Entscheidungen gibt, die die Staatsanwaltschaft offensichtlich nicht zur Kenntnis genommen hat. Im Ergebnis ein Freibrief für jedwede subjektive Rechtsauslegung durch die Staatsanwaltschaft.

³Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind „Anzeichen großer Ermüdung und ein Kämpfen mit dem Schlaf“ noch keine sicheren Beweise dafür, dass der Richter die Vorgänge in der mündlichen Verhandlung nicht mehr wahrnehmen kann. Auch wenn ein Richter mehrerer Minuten die Augen schließt und den Kopf auf die Brust senkt, sei dies noch kein Beweis für den Schlaf. Denn „diese Haltung kann auch zur geistigen Entspannung oder zu besonderer Konzentration eingenommen werden.“ Nur „Schnarchen sowie ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung“ sei entscheidend, wobei ein Hochschrecken allein kein sicheres Anzeichen sei, sondern auf einen Sekundenschlaf hindeuten könne, der die geistige Aufnahmefähigkeit nicht wesentlich beeinträchtigt, vgl. „Der Schlaf der Gerechten“.

VII. Ausblick: Der Gesetzgeber ist gefordert, Opfer- und Hinterbliebenenrechte zu stärken

Die Karlsruher Entscheidung ist für die Initiative „Gedenken an Oury Jalloh“, die mit dem Bruder des Toten hinter der Verfassungsbeschwerde stand, ein notwendiger Zwischenschritt auf dem Weg zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dort wollte man von Anfang an hin, was aber erst möglich ist, wenn der nationale Instanzenweg ausgeschöpft wurde. Mehr als drei Jahre hat das Bundesverfassungsgericht gebraucht, um in diesem Fall zu entscheiden – deutlich länger als in vergleichbaren Fällen, und das Ergebnis ist insgesamt negativer zu bewerten, als dass „nur“ die Beschwerde nicht angenommen wurde. Das Verfassungsgericht hat noch einmal die Hürden für Klageerzwingungsverfahren erhöht – und damit Opfern und Hinterbliebenen den ihnen oftmals verbleibenden Spalt in der letzten rechtsstaatlichen Tür weiter verkleinert.

Insgesamt sind seit dem Tod von Oury Jalloh fast 20 Jahre vergangen – und noch immer ist kein „Rechtsfrieden“ eingetreten. Dabei wäre dies für die Hinterbliebenen ebenso wie für die den Fall kritisch beachtende Öffentlichkeit wichtig. Schon das Loveparade- und das NSU-Verfahren haben, ebenso wie die Ermittlungen nach dem Anschlag in Hanau gezeigt, dass die deutsche Justiz und das deutsche Strafverfahrensrecht für solche Ereignisse ungeeignet sind. Das Interesse der Opfer und Hinterbliebenen an anklageübergreifender Sachaufklärung bleibt außen vor.

Dabei hatte der Gesetzgeber mit dem Opferschutzgesetz 1986 die Nebenklage neu geordnet. Der durch eine schwerwiegende Straftat verletzte Person wurde eine mit eigenen prozessualen Befugnissen ausgestattete Rechtsposition zugewiesen. Die Verletzten und Hinterbliebenen wurden aus der passiven Rolle herausgeholt und in eine prozessgestaltende Position versetzt. Maßgeblichen Einfluss hatte dann auch das zweite Opfer-

rechtsreformgesetz aus dem Jahr 2009, in dem die Nebenklage erweitert wurde.

Dass die Karlsruher Richter die Einstellung der Ermittlungen bestätigten, verwundert einerseits nicht, ist andererseits aber ein deutliches Beispiel dafür, dass die Ausweitung der strafprozessualen Rechte der Nebenkläger im Prozess nicht dafür gesorgt haben, dass sie im Ermittlungsverfahren ähnlich gleichgestellt werden. Die wesentlichen Weichen dafür, ob und wie ein gerichtliches Verfahren stattfindet, werden aber dort gestellt. Und dort wurde in dem Verfahren fast alles unterlassen, was nötig gewesen wäre, um dem Verdacht eines anderen Tathergangs nachzugehen als einem Suizid Jallohs. *„Beweismittel, Asservaten, Einsatzprotokolle verschwanden, Videoaufnahmen wurden gelöscht, offene Widersprüche Sachverständiger nicht aufgeklärt, offensichtliche Lügen von Beamten vor Gericht auf sich beruhen gelassen“* (Jakob in der taz). Im Laufe der extern angestrebten Nachforschungen wurde die Liste der Versäumnisse immer länger, gleichzeitig aber wurde und wird deutlich, dass es heute in den Akten an hinreichenden Grundlagen für einen Tatverdacht gegen einen konkreten Beschuldigten mangelt, so das Bundesverfassungsgericht. Der Gang nach Straßburg *„ist die logische Konsequenz aus einem Versagen der deutschen Justiz, das 18 Jahre zurück reicht“* (Jakob aaO.).

Insgesamt zeigt die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, dass der Gesetzgeber gefordert ist, die deutlichen Lücken in den Vorschriften zum Klageerzwingungsverfahren zu schließen. Ansonsten laufen Opfer- und Hinterbliebenenschutz weiterhin nicht nur im Ermittlungsverfahren, sondern auch im Klageerzwingungsverfahren ins Leere. Dies kann und darf niemand wollen. Über schwere Tatvorwürfe sollten nur Strafgerichte als Tatgerichte und nicht Oberlandesgerichte im Rahmen von schriftlichen und damit anonymen Klageerzwingungsverfahren entscheiden.

Stella Dörenbach

Endlich gleicher Lohn für alle?

Das Equal-Pay-Urteil des Bundesarbeitsgerichts

doi: 10.17176/20230228-185246-0



Am 16.02.2023 [urteilte das BAG](#) über die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Der 8. Senat entschied, dass Männer und Frauen einen Anspruch auf gleichen Lohn bei gleicher Arbeit und gleicher Qualifikation haben. Zahlt der Arbeitgeber einem Mann aufgrund der Gehaltsverhandlungen ein besseres Gehalt, muss er dieses auch den gleichqualifizierten Frauen zahlen. Ein besseres Verhandlungsgeschick rechtfertigt somit kein höheres Gehalt mehr. Damit passt das BAG die deutsche Rechtslage dem Unionsrecht an: Der Anspruch auf gleichen Lohn für Männer und Frauen ergibt sich aus Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG. Auch wenn das Urteil ein [Meilenstein](#) für Gleichberechtigung am Arbeitsplatz darstellt, ist der Kampf noch nicht vorbei.

Besseres Verhandlungsgeschick ist kein zulässiges Unterscheidungskriterium

Geklagt hatte Susanne Dumas. Von 2017 bis 2021 arbeitete sie bei der Photon Meissener Technologies GmbH, welche die höhere Bezahlung eines männlichen Kollegen mit besserem Verhandlungsgeschick begründete. Ein männlicher Mitarbeiter war lediglich 2 Monate länger im Betrieb als sie, erhielt aber 1.000 Euro brutto mehr Lohn – was Susanne Dumas per Zufall erfuhr. Während ihr Einstiegsgehalt bei 3.500 Euro lag, lehnte besagter Kollege dieses Angebot ab und handelte mit dem Arbeitgeber ein Gehalt von 4.500 Euro aus.

Sowohl das Arbeitsgericht Dresden (Urteil des Arbeitsgerichts Dresden vom 4. Oktober 2019 – 5 Ca 638/19), als auch das Landesarbeitsgericht Sachsen (Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. September 2021 – 1 Sa 358/19) waren dieser Argumentation gefolgt und sahen in der besseren Gehaltsverhandlung einen objektiven arbeitsbezogenen Grund für eine bessere Bezahlung.

Das sah das BAG im Februar dieses Jahres anders: Ein besseres Verhandlungsgeschick sei eben kein zulässiges Unterscheidungskriterium. Dass im vorliegenden Fall der Kollege ein höheres Grundgehalt als Susanne Dumas er-

halten hat, begründet die Vermutung nach § 22 AGG, dass diese Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts erfolgt ist. Die Klägerin Susanne Dumas erhält jetzt eine Nachzahlung von 14.500 Euro, sowie nach § 15 Abs. 2 AGG wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts eine Entschädigung in Höhe von 2.000 Euro.

Rechtliche Einordnung - Europarechtliche Equal-Pay-Vorgabe?

Besseres Verhandlungsgeschick wurde bis dahin als arbeitsbezogener objektiver Grund angesehen, der eine ungleiche Bezahlung legitimierte. Dabei ist die Fähigkeit zur besseren Verhandlung und die Wahrnehmung des Arbeitgebers keinesfalls objektiv oder neutral. Solche Mechanismen sind eingebettet in ein System, das stereotype männliche Verhaltensweisen honoriert. Dass das Verhandlungsgeschick nun nicht mehr als arbeitsbezogener objektiver Grund gesehen wird, ist erfreulich. Denn die europarechtliche Equal-Pay-Vorgabe findet sich in Artikel 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und beinhaltet einen der zentralsten Grundsätze, nämlich: „gleiches Entgelt für gleiche Arbeit“.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) untermauert diesen Gedanken. Dabei regelt § 22 AGG die Beweislast: Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür aufzuzeigen, dass die Ungleichbehandlung aus anderen Gründen als dem Geschlecht erfolgte, sollten Indizien auf eine Diskriminierung hindeuten. Sollten Männer und Frauen somit bei gleicher Arbeit und Qualifikation unterschiedlich bezahlt werden, so wird vermutet, dass es sich um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt. Und hier kommt das Urteil des BAG ins Spiel: Dass jemand einfach besser verhandelt hat, ist ab jetzt kein Grund mehr diese Vermutung zu widerlegen. Aber damit § 22 AGG greift, müssen in einem ersten Schritt Arbeitnehmer:innen zunächst von einer ungleichen Bezahlung Kenntnis erlangen, was zu weiteren Problemen führt.

„Wie viel verdient mein Kollege?“ – Auskunftsanspruch aus dem Entgelttransparenzgesetz

Das EU-Recht setzt die Vorschriften im [Entgelttransparenzgesetz](#) (EntgTranspG) um, in welchem ein „Entgeltgleichheitsgebot“ normiert ist. §§ 10 ff. EntgTranspG gibt Arbeitnehmer:innen in einem Betrieb ab 200 Beschäftigten seit Januar 2018 einen Auskunftsanspruch, wie hoch das Gehalt der Kolleg:innen ist. Dass dies transparent gemacht wird, ist von enormer Bedeutung, um strukturelle und institutionelle Diskriminierung im ersten Schritt erkennen zu können. Ohne diese Einsicht, ist es Frauen in der Regel gar nicht möglich, sich selbst und ihre Leistung adäquat einzuschätzen und eventuell ein höheres Gehalt zu fordern.

Doch auch für die Geltendmachung dieses Auskunftsanspruchs muss mitbedacht werden, dass das Verhältnis von Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen von Machtstrukturen geprägt ist. Die Angst vor Stigmatisierung stellt für Betroffene eine zusätzliche Hürde dar, so dass sie ihre Rechte oftmals nicht wahrnehmen. Das macht auch der zurückhaltende Gebrauch des Auskunftsanspruchs in der Vergangenheit deutlich: In nur [13 – 23 Prozent](#) der Betriebe wurde der individuelle Auskunftsanspruch geltend gemacht. Hier könnte eine verpflichtende Offenlegung statt einer Offenlegung auf individueller Nachfrage sinnvoll sein, da eine solche gesetzgeberische Reform das strukturelle Problem der Entgeltdiskriminierung nicht individuell der benachteiligten Gruppe aufbürden würde. Wenn Entgeltstrukturen systematisch überprüft werden, würde es Beschäftigten leichter gemacht, Einsicht in die betriebliche Bezahlpraxis zu erlangen.

Die [Kritik, dass das EntgTranspG wirkungslos sei](#), scheint mit dem neuen Urteil des BAG mittlerweile zumindest teilweise überholt zu sein. Denn kommt heraus, dass eine ungleiche Bezahlung bei gleicher Arbeit und Qualifikation vorliegt, wird sich durch das jetzt ergangene Urteil des BAG etwas bewegen. Dem EntgTranspG gelingt es aktuell aber noch nicht, eine umfassende Gleichbehandlung zu gewährleisten, können momentan davon lediglich Frauen in größeren Betrieben profitieren. Hier greift das EntgTranspG zu kurz. Auskunftsansprüche können Arbeitnehmer:innen nur geltend machen, wenn sie in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten arbeiten. Für alle anderen hängt es – wie im Falle von Susanne Dumas – vom Zufall ab, ob herauskommt, wie hoch das Ge-

halt des männlichen Kollegen tatsächlich ist. Hier besteht gesetzgeberischer Nachholbedarf, vor allem weil es meistens Frauen sind, die in [kleinen Betrieben](#) arbeiten.

Klagen, Klagen, Klagen - oder lieber ein Verbandsklagerecht?

Ist eine Diskrepanz bei gleicher Arbeit und Qualifikation nun offengelegt, geht es im zweiten Schritt an die rechtliche Umsetzung des gleichen Gehalts. Da viele Arbeitnehmer:innen individuelle Nachteile befürchten, wird von dem Rechtsweg meist abgesehen. Hier könnte ein Verbandsklagerecht eine Möglichkeit bieten, die Durchsetzung der Rechte mit Kollektivklagen zu erreichen. Mit dem Mittel der Verbandsklage könnten dann Vereine oder Verbände kollektiv die Rechte von Arbeitnehmer:innen geltend machen, indem sie die Klagebefugnis zugesprochen bekommen und damit den Individualrechtsschutz effektiv ergänzen. Das könnte das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen überwinden.

Sowohl bei der Durchsetzung des Auskunftsanspruchs nach §§ 10 ff. EntgTranspG, als auch bei der rechtlichen Durchsetzung des gleichen Gehalts sollten die mit der Entgeltgleichheitsklage verbundenen Belastungen nicht den Arbeitnehmer:innen alleine aufgebürdet werden. Der in Deutschland bestehende Gender Pay Gap sollte als gesamtgesellschaftliches Problem verstanden werden, dessen effektive Bekämpfung (inklusive des Prozesskostenrisikos) nicht auf das benachteiligte Individuum abgeschoben werden darf, da es im öffentlichen Interesse liegt, die auf den Geschlechtern beruhende Diskriminierung zu bekämpfen.

(Rechts-)Kritik am Status quo

Problematisch an der bisherigen Rechtslage war vor allem, dass sie Gehaltsverhandlungen als private Angelegenheit individualisiert hat und dadurch die Ungleichbehandlung von Frauen naturalisierte. Damit hat sich im rechtlichen *Status quo* die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen versteckt niedergeschlagen und perpetuiert: Denn dass Männer besser verhandelten, wurde als ein „natürliches Ergebnis von unterschiedlicher Verhandlungsfähigkeit“ angesehen. Die Gründe dafür, warum Männer in der Regel überhaupt, öfter und besser verhandeln als Frauen und damit erfolgreicher sind, sind aber [vielschichtiger und komplexer](#). Dabei spielen

anerzogene Rollenstereotype und geschlechtsspezifische Zuschreibungen besonders bei der Leistungsfeststellung und **Arbeitsbewertung** noch immer nach und können zu **mittelbarer Diskriminierung** führen. Auch subtile Formen der Diskriminierung und internalisierter Sexismus spielen hier eine Rolle. Eine **Studie** zeigt, dass sowohl Frauen als auch Männer höhere Löhne für Männer als gerecht empfinden, selbst wenn Tätigkeit, Alter und die Arbeitsleistung gleich sind. Dabei schätzen auch Frauen ihre persönliche Lohnentwicklung deutlich pessimistischer ein als Männer, was die tatsächliche Lohnentwicklung womöglich beeinflusst und den Gender Pay Gap verstärkt. Gerade junge Frauen mit Hochschulabschluss unterschätzen häufig ihren künftigen Lohn.

Gleichwertige Arbeit wird je nach Geschlecht unterschiedlich bewertet und auch entlohnt. Das macht auch ein Blick in die Zahlen deutlich: Deutschland hat einen der **höchsten Gender Pay Gaps in Europa** und befindet sich damit in Bezug auf die Gleichberechtigung von Männern und Frauen auf Platz 31 von 34. Selbst bereinigt liegt diese Pay Gap momentan bei 6 Prozent. Das heißt: Aktuell verdienen Frauen bei gleicher Qualifikation und Arbeit immer noch 6 Prozent weniger als Männer. Deutschland enthielt sich sogar kürzlich bei der Abstimmung über eine neue EU-Richtlinie zu Equal Pay. Wird bedacht, wie Deutschland sich im weltweiten Vergleich positioniert, war die Entscheidung des BAG mehr als überfällig.

The Times They Are a-Changin'

Ab jetzt haben Frauen die Möglichkeit, gleiches Gehalt bei gleicher Position zu fordern und rechtlich durchzuset-

zen, was bis dahin nicht in dieser Form möglich war. Alles in allem mehr als erfreulich. Gleiche Bezahlung kann nun eben nicht mehr wegverhandelt werden, so **Sarah Lincoln**, Prozessbevollmächtigte und Verfahrenskoordinatorin der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. (GFF).

Allerdings ist der Kampf um Gleichheit der Geschlechter noch nicht vorbei: Es bedarf Verbesserungen bezüglich des EntgTranspG, so dass die Mechanismen des Auskunftsanspruchs auch für kleinere Betriebe unter 200 Mitarbeiter:innen gelten, eine verpflichtende Offenlegung ohne individuellen Antrag, sowie ein Verbandsklagerecht zur kollektiven Durchsetzung von Rechtsansprüchen.

Dabei darf der Kampf gegen Diskriminierung nicht bei der Benachteiligung von Frauen vs. Männern stehen bleiben, sondern das Antidiskriminierungsrecht muss intersektional gedacht und erweitert werden. Der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ sollte auch für andere Diskriminierungsdimensionen, welche etwa behinderte Menschen, BPoC oder **Personen aus der Arbeiterklasse** (sog. Class Pay Gap) erfahren, gelten und im Gesetz verankert werden. Denn die Mechanismen der Verhandlungsmacht wirken hier ebenso.

Für alle Frauen in größeren Betrieben heißt es jetzt aber erst einmal: Aktiv werden und Auskunftsansprüche geltend machen. Sollte der männliche Kollege bei gleicher Qualifikation und Arbeit mehr verdienen, sollten nach dem Grundsatzurteil des BAG nun auch rechtliche Schritte geltend gemacht werden. Denn gleiche Arbeit sollte gleich entlohnt werden. Die Abwertung weiblicher Erwerbsarbeit muss enden.

Francesca Palmiotto, Derya Ozkul

“Like Handing My Whole Life Over”

The German Federal Administrative Court’s Landmark Ruling on Mobile Phone Data Extraction in Asylum Procedures

doi: 10.17176/20230228-185227-0



On 16 February 2023, the German Federal Administrative Court (BVerwG) ruled that the practice of regularly analysing data carriers, including mobile phones, by the Federal Office for Migration and Refugees (BAMF) when registering asylum applicants is illegal (BVerwG 1 C 19.21). The judgement arrives after the [Gesellschaft für Freiheitsrechte’s \(GFF\)](#) efforts to reveal this practice’s details and take legal action against its use in the asylum procedure. In this post, we briefly overview this practice and analyse this judgement and its implications. We argue that although this judgement represents an important victory for asylum seekers’ and refugees’ data protection and privacy, some controversial aspects of this practice still require clarification.

Mobile phone data analysis in the asylum procedure: a controversial practice in European countries

Nowadays, we use mobile phones to connect to our families, friends and communities and express our opinions and emotions. In these small devices, we collect a huge amount of everyday memories, photos and information about us and others. Our smartphone is undoubtedly one of the most intimate and private “digital spaces”. Unsurprisingly then, when Mohammad, recognised as a refugee in Germany in 2015, was asked by the BAMF during a review of his asylum application in 2019 to give out his phone and unlock it, he felt as if he were handing his “[whole life over the table](#)”.

The BAMF in Germany has used mobile phone data analysis during the asylum procedure since 2017. Several other European states have been using this practice for a while. According to an [EMN study](#) published in 2017 (p. 32), confiscating mobile phones and other data devices to identify a third-country national was standard practice in the Netherlands and Estonia and optional in Croatia, Germany, Lithuania and Norway. Our research shows that this practice was also implemented by the

police in the Netherlands, Norway, Denmark and the UK ([AFAR Report 2023](#), p. 50-55). Legislative changes have been made in Belgium, Austria and Switzerland too, but we have yet to find any evidence for its use in these countries. In countries where this practice is possible, smartphones can be seized, extracted and analysed to determine the identity of asylum seekers in asylum and removal decision-making.

This practice was largely unknown until civil society organisations started investigations and took legal action against it. In the UK, a lawsuit filed by Privacy International resulted in a judgement by the High Court of Justice which declared the Government’s blanket policy of search and seizure of mobile phones of migrants illegal under domestic law and the ECHR (see [R\(HM and MA and KH\) v Home Dep](#), March 2022). In Germany, complaints were filed about the practice in Administrative Courts in Berlin, Hanover, and Stuttgart, as well as with the Federal Data Protection Commissioner by GFF. In June 2021, the Berlin Administrative Court (VG Berlin) upheld the complaint by GFF ([VG Berlin, Urteil vom 01.06.2021 - 9 K 135/20 A](#)). The BAMF then appealed to the BVerwG through a so-called “jump appeal”. On 16 February 2023, the Court confirmed that extracting data from asylum seekers’ mobile phones, without considering less intrusive means, is illegal (BVerwG 1 C 19.21 [press release](#)). In this post, we analyse the *law* and the *practice* behind this case and illustrate the implications of this judgement.¹ We argue that although the judgement represents a significant victory for the rights of asylum seekers and refugees, some aspects of this practice still require further clarification.

Mobile phone data analysis in Germany: the gaps between law and practice

In Germany, this practice is regulated by law. Legislative changes to the Asylum Act ([AsylG](#)) and the introduction of the [Law on Better Enforcement](#) of the Obligation to

¹At the time of writing in late February, the full judgement is not published.

Leave the Country in 2017 allowed the BAMF to share data with other authorities and to oblige asylum applicants to hand in their data carrier if they are not able to provide a passport. According to German law (in particular §15a AsylG and §48a AufenthG), analysing mobile phone data is permissible for two purposes: 1) establishing the identity and nationality of the foreigner in asylum procedures (§15a (1) AsylG) or 2) enforcing removal to another country when the foreigner does not possess a valid passport or identity document (§48 (3a) AufenthG).

In such cases, asylum seekers must provide access data to unlock their phones (§48 (3a) AufenthG). Alternatively, the telecommunication provider can be required to provide the data used to protect access to devices (§ 48a (1) AufenthG). Once the phone is unlocked to enable the so-called “read-out” (Auslesen), the device is linked to a computer, which analyses the data and produces a results report (Auswerten). The results report contains information on the country codes of contacts stored on the phone, country codes related to incoming and outgoing calls and messages; languages used in incoming and outgoing messages; country endings of the browsing history; login names and addresses used in applications such as Facebook, and finally, geodata obtained from saved photos and applications (AFAR Report, p. 51).

In light of the intrusive nature of this practice, German law sets some safeguards and conditions for analysing mobile phone data. First and foremost, the principle of necessity, which allows the analysis of data only when their identity or nationality cannot be established by “milder means” (§15a (1) AsylG and §48(3a) AufenthG). Where there is reason to believe that analysing data carriers would provide only insights into the core area of private life, the measure is not permissible (§48(3a) AufenthG). Moreover, the data can be analysed only by employees qualified for holding judicial office (§48(3a) AufenthG).

However, these conditions and safeguards were not respected in the practice of BAMF. First, the measure’s necessity was not assessed *ex ante* when analysing the data but only *ex post* before using the report in the asylum procedure. In the case at stake, the applicant, an Afghan national, applied for asylum in Germany without presenting a valid passport or passport substitute. On the 15th of May 2019, she filed a formal asylum application. As proof of identity, she submitted a marriage certificate and a so-called *tazkira*, a national ID document issued by the

Afghan authorities. At this stage, the officers had not considered whether her identification was possible with milder means but asked her to hand over her mobile phone and unlock it. The data in her mobile phone were analysed by a computer, which generated a report. Later, on May 28th, the Federal Officers responsible for deciding on asylum applications requested access to the report. In response to the request, the appointed Federal Officer released it, stating that the data analysis was necessary and proportionate.

Second, under the law, only after the data analysis is assessed as necessary can asylum seekers be obliged to unlock their phones (§48(3a) AufenthG). In practice, however, before data extraction, asylum seekers are obliged to sign a form as requested by the BAMF. On this form, they can tick the refusal box that states, “*I am aware that this refusal will regularly lead to the asylum procedure being discontinued, as I am thereby violating my obligation to cooperate in the asylum procedure*” (see the form [here](#)). Therefore, the form must be signed by the applicant or else his/her application will most likely not be processed. Consequently, the applicant becomes obliged to comply with this process and enter the relevant passwords to unlock their device, even if the measure’s necessity has not been assessed yet.

In this case, after the mobile phone data report was released, the applicant’s asylum claim was rejected. With the aid of GFF, in May 2020, the rejected applicant filed an application to the Administrative Court in Berlin, objecting to the reading and evaluation of her mobile phone data. The gap between law and practice was at the core of the judgements.

The decision of the Federal Administrative Court

On the 1st of June 2021, VG Berlin declared the order to unlock the phone was disproportionate and, therefore, unlawful. The prerequisites of necessity required by §15a AsylG were absent, as the identification of nationality could have been achieved by milder means.

The key issue in judgement was *when* the BAMF must assess the measure’s necessity. In the Court’s view, the word “analysis” (Auswertung) includes intermediate steps of data collection, storage and generation of the report. In this case, however, while data analysis took place on May 15 during the asylum claim registration, the measure’s necessity was assessed only on May 28, when the Federal Officers in charge of the asylum procedure reque-

sted access to the report. Worryingly, collecting, storing and analysing mobile phone data before assessing the necessity of data collection was not an isolated case but a widely implemented practice within BAMF as part of the asylum procedure. As the Court highlights, in the second quarter of 2019, among all the cases where “precautionary” data were analysed, in only 40% of the cases, the officials requested to release the report. The VG Berlin concludes its decision by referring the “fundamental question” of whether the practice of “regularly” analysing data at the time of registration of asylum applications complies with German law directly to the Federal Administrative Court (“jump appeal”).

On the 16th of February 2023, the BVerwG confirmed the judgement in the first instance. The Court ruled that the BAMF’s regular evaluation of mobile phone data during the registration of asylum seekers who lack passports or passport substitute documents, without giving sufficient consideration to other available information and documents, is not lawful. In the plaintiff’s case, more lenient means were available, including the verification of *tazkira*, marriage certificate, register comparisons, and the possibility of making inquiries to the interpreter about possible linguistic abnormalities. The Court also confirmed that the request to share access data required a proportionality assessment of the measure, which in this case, was absent. Therefore, the BVerwG concluded that the request (as explained above, in practice, a non-refusable request) to unlock a mobile phone during the registration of an asylum seeker and the subsequent data analysis were disproportionate and illegal.

The BAMF’s illegal practice must stop

This judgement of the BVerwG is a clear victory for asylum seekers’ data protection and privacy rights. The BAMF’s illegal practice, which prioritised data accumulation over the right to privacy, must stop. As it emerges from the first judgement, data were collected “by default” since the registration phase. In fact, the statistics from 2019 show that officials requested the data analysis report only in less than half of the cases. More [recent statistics](#) show that out of 16,032 analysed data carriers, only 3,128 reports were requested. Following the request, the necessity of the measure was confirmed in 2,066 cases. In other words, in most cases, data analysis was unnecessary. The repercussions of this judgment, beyond the individual case, are stark. The BAMF will not be allowed to

force asylum seekers and refugees to unlock their devices and collect their data by default; they will be able to do so only after an individual assessment of necessity.

The decision of the BVerwG is also an important reminder of the crucial role of the proportionality principle in the world of AI, machine learning, and Big Data. The use of new technologies must be 1) necessary and 2) suitable for the purpose it aims to achieve. The case at stake focused, in particular, on the first aspect. The necessity test demands considering first the least intrusive means to achieve the goal, such as, in this case, “the evaluation of submitted documents, the implementation of register comparisons, queries from other authorities or inquiries to the language mediator about language problems” (VG Berlin, VG 9 K 135/20 A). Adhering to this principle will have important consequences in practice. The fact that the BAMF will have to assess *ex ante* whether data analysis is necessary will sensibly reduce cases of mobile phone data collection, as there will be milder means to confirm an asylum seeker’s identity in most cases.

Also, the second aspect of the proportionality principle should be considered: the suitability test. Suitability is “a rational connection between the measure and the purpose: the measure [that is] assessed must be fit for the achievement of the goals it sets” (Lorenzo Dalla Corte 2022, OUP). This principle, therefore, calls into question whether mobile phone analysis can be a suitable method to identify a person. If not, this measure should not be permissible at all, even when necessary. For example, GFF finds that mobile phone data can be unreliable due to either insufficient data or conflicting data resulting from the use of the device by multiple individuals (see GFF 2020 Report, p. 29). According to the [statistics](#) from 2022, the data analysis report provided unusable findings in 67.6% of cases. This is not surprising, as existing research shows that asylum seekers and refugees often share their mobile phones throughout their displacement and migration journey (Gillespie, et al. 2018). The suitability of this method is, therefore, controversial. In the first instance, the VG Berlin found that mobile phone data analysis was a suitable and sufficient method to verify an applicant’s identity and nationality against the claimant’s argument. The Presiding Judge of the BVerwG, though, expressed his concerns in an [interview](#), by acknowledging that a mobile phone does not identify someone’s nationality. In order to analyse the Court’s opinion on this point, we will have to wait for the publication of the full judgement.

Unclarified aspects of the practice

While the BVerwG has clarified that the practice by the BAMF violates the Asylum Act (AsylG), what remains to be seen is whether it complies with EU data protection law. Under the GDPR, data processing should be ‘adequate, relevant and limited to what is necessary’ ([Article 5 GDPR](#)). In this case, however, the indiscriminate processing of data stored in mobile phones calls into question the principle of data minimisation. Moreover, under the GDPR, lawful data processing requires a clear legal basis, such as consent or legitimate interest ([Article 6 GDPR](#)). Clearly, the form provided by the BAMF does not rely on applicants’ informed consent. As mentioned above, applicants were forced to unlock their devices and have their data processed in light of their duty to cooperate. As reported by GFF, the form that applicants are obliged to sign does not explain what data will be collected, how it will be processed, whether they can object to such processing or which authorities they can lodge a complaint. According to the descriptions given by both the persons concerned and their lawyers, there is also no verbal explanation of what happens with the data ([GFF Report](#)).

The lack of information and transparency clearly contrasts with [Article 15](#) of GDPR and affects asylum seekers’ procedural rights. BAMF claims that asylum seekers can explain any contradictions or ambiguities during their interview process. However, asylum seekers are not informed about what data exactly is collected from their phones. Without understanding how the report is generated,

asylum seekers cannot answer decision-makers’ related questions, thereby hindering their right to be heard and to challenge the decision. One should also bear in mind that asylum seekers are in a particularly unequal position vis-a-vis the authorities while their claim is being assessed and become obliged to accept authorities’ requests during the application and assessment period. If their claim is rejected, they must leave the country, which leaves them little option to challenge the practice they were subjected to legally. It is, therefore, even more, important for this practice to be transparent and overseen.

To conclude, can the BAMF continue using mobile phone data extraction in asylum decision-making? The answer from the BVerwG is yes, but only where no other milder measures are available. The legal challenge against the BAMF, however, is still ongoing. A decision by the Federal Data Protection Commissioner is still pending and will hopefully take a closer look at the compatibility of German law with the GDPR.

Acknowledgements: *This post has been written as part of our work for the [Algorithmic Fairness for Asylum Seekers and Refugees \(AFAR\)](#) project, funded by the Volkswagen Foundation. The AFAR project is a consortium between Hertie School, the University of Copenhagen, the University of Zagreb, the European University Institute and the University of Oxford. We thank our team members, the editors of [Verfassungsblog](#) and [Lea Beckmann](#) from the [Gesellschaft für Freiheitsrechte \(GFF\)](#), for sharing their insights.*

Jannes Dresler

Der Brüsseler Testballon

Kommission betritt mit Klageschrift gegen Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz Neuland

doi: 10.17176/20230221-113045-0



Über das Amtsblatt der Europäischen Union vom 13. Februar 2023 eröffnete die Kommission der Öffentlichkeit den Blick auf eine gegen Ungarn am 19. Dezember 2022 beim EuGH eingereichte [Klageschrift](#). Im Vertragsverletzungsverfahren begehrt sie die Feststellung eines Unionsrechtsverstosses durch das vom ungarischen Parlament in 2021 verabschiedete Gesetz über ein strengeres Vorgehen gegen pädophile Straftäter und die Änderung bestimmter Gesetze zum Schutz von Kindern. Dessen Bestimmungen bewirken die Beschränkung des Zugangs von Kindern und Jugendlichen zu Medien, die Sexualität darstellen, die von heterosexuellen Erscheinungen abweicht, sowie Restriktionen bei der Darstellung von Geschlechtsumwandlungen und Transsexualität.

Die publizierte Klageschrift ist durch die Kommission zunächst klassisch abgefasst. Der Unionsrechtsverstoß wird im ersten Punkt auf die Verletzung sekundärrechtlicher Vorschriften, einer Grundfreiheit, sowie anwendbaren Grundrechten der EU-Grundrechtecharta gestützt. Einen neuen Weg schlägt die Kommission jedoch dadurch ein, dass sie den vorgebrachten Verstoß in einem zweiten Punkt auf Art. 2 EUV als solchen, das heißt auf die isolierte Bestimmung, stützt. Schließt sich der EuGH diesem Vorgehen an, könnte die Möglichkeit einer isolierten Rüge eines Verstoßes gegen die Grundwerte dem Vertragsverletzungsverfahren neue Durchsetzungskraft im Umgang mit Mitgliedstaaten verleihen, die vom gemeinsamen Wertefundament abgedriftet sind. Schließlich reichen die Grundwerte über den Anwendungsbereich des Unionsrechts hinaus. Sie scheinen daher grundsätzlich geeignet, durch Kommission und EuGH – aber auch andere Mitgliedstaaten (Art. 259 AEUV) – durchsetzbare normative Vorgaben auch für mitgliedstaatliche Kompetenzräume zu errichten, für die das Unionsrecht in seinem Anwendungsbereich solche weder enthält, noch im Kompetenzbereich ermöglicht. Welches diese normativen Vorgaben sind, bleibt mit Blick auf die inhaltliche Unbestimmtheit der Grundwerte zudem schwer vorhersehbar.

Aus der Rechtssache [C-769/22](#) könnte damit mehr als eine Antwort über die Unionsrechtskonformität des ungarischen Anti-LGBTQ-Gesetzes folgen. Der EuGH steht vor grundlegenden Fragen der supranationalen (Durchsetzungs-)Reichweite des Unionsrechts und damit des föderalen Verhältnisses zwischen Union und Mitgliedstaaten.

Klage der Kommission gegen das Anti-LGBTQ-Gesetz Ungarns

Konkret stützt die Kommission ihre Rechtseinschätzung im ersten Punkt auf eine Verletzung von Vorschriften aus der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste und auch der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV, sowie der Grundrechte aus Art. 1, 7, 11 und 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh). Die Grundfreiheiten – genauer: die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV – hatte sie gegen Ungarn etwa bereits im Zusammenhang mit dem 2017 erlassenen NGO-Transparenzgesetz erfolgreich in Stellung gebracht, welches für aus dem Ausland unterstützte NGOs ab einem bestimmten Schwellenwerte Registrierungs-, Melde- und Offenlegungspflichten entstehen ließ. [Der EuGH stellte Mitte 2020 die Unionsrechtswidrigkeit dieser Regelungen fest](#). Die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte (Art. 7, 8 und 12 GRCh) nach Art. 51 Abs. 1 GRCh begründete der EuGH über die Berufung Ungarns auf geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Grundfreiheitenprüfung.

Mit ihrer Klageschrift scheint die Kommission also bekanntes Terrain zu beschreiten, indem sie ihre Rechtseinschätzung auf die Verletzung sekundärrechtlicher Fachrechts, sowie auf die Verletzung von Grundfreiheiten und über Art. 51 Abs. 1 GRCh für die Mitgliedstaaten anwendbare Grundrechte stützt. In diesem ersten Punkt der Klageschrift wird daher angesichts des Vorwurfs auch noch nicht erkennbar, dass es sich nicht um eine gewöhnli-

che Auseinandersetzung im Verhältnis der Kommission zu einem dem europäischen Integrationsprozess als solchem offen gegenüber stehenden Mitgliedstaat handelt, die nun gerichtlich durch den EuGH abschließend geklärt werden soll, sondern sich für Ungarn und dessen Entwicklungspfad ein größeres Bild ergibt, in dem die vorliegende Rechtssache nur ein bloßes Teilstück bildet.

So legte das Europäische Parlament 2018 dem Rat einen **Vorschlag** nach Art. 7 Abs. 1 EUV vor, der auf Grundlage einer umfassenden Betrachtung der in Ungarn zu beobachtenden (verfassungs-)rechtlichen und politischen Entwicklungen, auf die Feststellung einer eindeutigen und schwerwiegenden Gefährdung der Werte auf die sich die Union gründet, gerichtet war. Das Europäische Parlament ergänzte seine Erwägungen jüngst durch eine **neue Entschließung** vom 15. September 2022 und sprach Ungarn durch die Einordnung als ein „hybride[s] System der Wahlautokratie“ den Zustand einer Demokratie ab.

Bisherige Aktivierung von Art. 2 EUV am Beispiel der Rechtsprechung zu Polens Justizreform

Dass die Grundwerte des Art. 2 EUV in der Rechtsprechung des EuGH in den letzten Jahren zunehmend Bedeutung erhielten, zeigt sich gerade im Umgang mit Polen und den hier insbesondere die richterliche Unabhängigkeit polnischer Richter unterminierenden Justizreformen. In seiner wegweisenden **Entscheidung** vom 27. Februar 2018 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*) verknüpfte der EuGH den Wert der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 EUV mit der auf das unionale Rechtssystem bezogenen Norm des Art. 19 EUV und beurteilte Maßnahmen zur Einsparung öffentlicher Gelder an diesem zusammengesetzten Maßstab. Der EuGH sah Art. 19 EUV, der die gerichtliche Kontrolle innerhalb der Unionsrechtsordnung auf die Schultern des EuGH, aber auch der mitgliedstaatlichen Gerichte verteilt, als eine Konkretisierung von Art. 2 EUV und hier des Wertes der Rechtsstaatlichkeit an. Er machte diesen auf diesem Wege für das Vertragsverletzungsverfahren handhabbar und zum tauglichen Ausgangspunkt für die Feststellung, dass die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes durch die mitgliedstaatlichen Gerichte, die in ihrer institutionellen Eingliederung in das europäische Rechtsschutz-

system funktional als Unionsgerichte fungieren, die Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit voraussetzt. Die bei den Mitgliedstaaten verbliebene Kompetenz für die institutionelle Ausgestaltung der Justiz unterliegt folglich Verpflichtungen aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, die von ihnen zu erfüllen sind. Der vom EuGH gezogene Bogen zu Art. 2 EUV verdeutlicht die Verknüpfung zwischen einer rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Justiz und der Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Zugleich ermöglicht es dem EuGH, die Werte inhaltlich aufzuladen und fortzuentwickeln. Bereits diese Entscheidung ist von herausragender Relevanz und wegweisend.

Auf dieser dogmatischen Grundlage war es der Kommission und dem EuGH möglich, Teile der polnischen Justizreformen wie etwa die Herabsetzung des Ruhestandsalters der Richter am Obersten Gericht (**C-619/18**) und den ordentlichen Gerichten (**C-192/18**),¹ sowie die Errichtung einer Disziplinarkammer am Obersten Gericht (**C-791/19**) im Vertragsverletzungsverfahren anzugreifen und am Maßstab der sich innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts ergebenden Verpflichtungen zur Gewährleistung institutioneller Mindestvoraussetzungen in der Justizstruktur zu messen. Es erscheint möglich, dass der EuGH diesen Ansatz auch im jüngst **angekündigten** Verfahren in Bezug auf den polnischen Verfassungsgerichtshof wieder aufgreift. Die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache **Xero-Floor**, in der dieser ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine verfassungsgerichtliche Entscheidung unter Mitwirkung eines verfassungswidrig ernannten Richters feststellen konnte, könnte die Verletzung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV i.V.m. Art. 2 EUV hier untermauern.

Der Testballon

Der Testballon, den die Kommission mit ihrer Klage gegen das Anti-LGBTQ-Gesetz nun hat steigen lassen, liegt allerdings gerade in der isolierten Rüge eines Art. 2 EUV-Verstoßes.² Bisher hat die Verknüpfung von Art. 2 EUV mit einer weiteren Norm aus den Verträgen einerseits für konkretere Maßstäbe gesorgt und andererseits gerade auch einen Bezug zum Anwendungsbereich des Unionsrechts hergestellt. Der Bezug zum Anwendungsbe-

¹Die Klage griff hier auch hinsichtlich eines Verstoßes gegen Art. 157 AEUV, sowie Art. 5 lit. a und Art. 9 Abs. 1 Lit. f der Richtlinie 2006/54/EG durch, siehe *EuGH (Große Kammer), Urt. v. 5.11.2019, C-192/18, Kommission ./ Poln, Rn. 58 ff., 84.*

²*Kommission, Klage v. 19.12.2022, C-769/22, Kommission ./ Ungarn, (2):* „indem Ungarn die unter (1) genannten Vorschriften erlassen hat, hat Ungarn gegen Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union verstoßen“.

reich bewirkt die Anknüpfung an bestimmte Verpflichtungen, denen sich die Mitgliedstaaten durch den Vertragsschluss freiwillig unterworfen haben – wie etwa die Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes – und zwar auch dort, wo Rechtssetzungskompetenzen nicht übertragen oder nicht ausgeübt wurden. Art. 2 EUV wirkt hingegen wie zuvor festgestellt über den Anwendungsbereich hinaus³ und ist daher prima facie in der Lage, auf der gesamten Bandbreite mitgliedstaatlicher Rechtsgestaltung Maßstäbe zu setzen. Da dem Gedanken eines Anwendungsbereichs die beschränkte Reichweite normativer Vorgaben inhärent ist, kann von einem „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ möglicherweise nicht mehr gesprochen werden.

Für die Kommission wäre eine solche Erweiterung des Vertragsverletzungsverfahrens über diesen universellen Maßstab ein erheblicher Zugewinn im Umgang mit rechtsautoritär abdriftenden Staaten, damit dem Schutz des gemeinsamen Wertefundaments und folglich dem Bestand und der Funktionsfähigkeit der Europäischen Union selbst. Mit Blick auf mitgliedstaatliche Souveränitätsansprüche scheint dieses Vorgehen hingegen heikel, da es potentiell dem Narrativ einer übergreifigen Europäischen Union und damit Desintegrationsprozessen in nationalistisch regierten Mitgliedstaaten wie Polen und Ungarn Vorschub leisten könnte. Auch könnten Verfassungsgerichte der übrigen, wenn auch grundsätzlich integrationsfreundlichen und wertkonformen, Mitgliedstaaten auf den Plan gerufen werden. Parallelen zur extensiven Auslegung des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechtecharta in der Rechtssache [Åkerberg Fransson](#)⁴ könnten entstehen. Es kann daher mit Spannung erwartet werden, ob der EuGH sich der Kommission anschließt und diesen Ansatz aufgreift oder seinen souve-

ränitätsschonenderen Weg durch Verknüpfung der Werte mit weiteren und hinsichtlich ihrer Maßstäbe konkreteren Normen des Primärrechts weiterverfolgt. Im letzten Fall würde die weitere Ausgestaltung der Verträge die Durchsetzung der Werte durch die Kommission mittels Vertragsverletzungsverfahren begrenzen. Das Potential, die Werte mit weiteren Vertragsnormen in Verbindung zu bringen, erscheint jedoch noch [keineswegs ausgereizt](#). Selbst wenn sich der EuGH der Kommission in ihrem Vorgehen nicht anschließt, verspricht C-769/22 also Neues (etwa: Konkretisierung der Menschen- einschließlich Minderheitenrechte durch EMRK und/oder GRCh? Wie verhält sich dies zu Art. 51 I GRCh?).

Fazit

Die isolierte Durchsetzung der Grundwerte des Art. 2 EUV mit dem Mittel des Vertragsverletzungsverfahrens hat jedenfalls das Potential, das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten neu zu strukturieren, aber auch – sehr wünschenswert – zur Sicherung des gemeinsamen Wertefundaments bedeutend beizutragen. Die Rechtssache C-769/22 zu Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz kann daher für die immer wieder beschworene Wertegemeinschaft der nächste Entwicklungsschritt sein, bei dem der EuGH, ähnlich wie in den für die Unionsrechtsordnung wesensprägenden Entscheidungen *Van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*, diese auf eine nächste Stufe hebt. Ihr Sachverhalt erscheint jedenfalls wie dafür gemacht. Der Erfolg der Klage hängt davon jedenfalls nicht zwingend ab, kann er sich doch – insoweit klassisch – auch aus einem Verstoß gegen besagte Normen des sekundärrechtlichen Fachrechts, der Grundfreiheiten und anwendbaren Unionsgrundrechte ergeben. Das Risiko für die Kommission ist gering.

³Siehe etwa: *Möllers/Schneider*, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, S. 107, die insoweit vom „eigentlichen Regelungskreis des Unionsrechts“ sprechen; zur nicht auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränkten Reichweite des an Art. 2 EUV anknüpfenden Art. 7 EUV-Verfahrens, gerade auch in Gegenüberstellung zum Vertragsverletzungsverfahren im Bereich des Grundrechtsschutzes: [Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zu Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union. Wahrung und Förderung der Grundwerte der Europäischen Union, KOM\(2003\) 606 endgültig, S. 5 f.](#)

⁴Zur Reaktion des BVerfG: [BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013 - 1 BvR 1215/07 -, Rn. 91.](#)

Eszter Polgári, Tamás Dombos

Ignorance and Evil

The Hungarian Constitutional Court on Legal Gender Recognition for Trans People

doi: 10.17176/20230221-233144-0



On 2 February 2023, the Hungarian Constitutional Court (CC) published its long-awaited [decision](#) on legal gender recognition. Upon a petition submitted by a judge in a case pending before her, the CC for the first time reviewed the provisions introduced into the Act on Registry Procedure (RPA) in late May 2020 requiring the registration of the sex at birth (instead of sex) and banning any modification to that registry entry. The CC held that since the concept of sex at birth is contained in the Fundamental Law, its mandatory and unalterable registration does not constitute a violation of human dignity and the right to respect for private life. With this decision, the CC chose to remain concordant with the perceived political expectations, blatantly served the interest of the government majority, and echoed their fixation of biologically determined sex.

Legal gender recognition for trans and intersex people in Hungary

Legal gender recognition for trans and intersex people in Hungary has never been properly regulated. Despite this, between the early 2000s and 2018, trans and intersex people could change the gender marker and their name in official documents. Since 2014, certain procedural details were regulated in the ministerial decree on civil status registries, but the legislation did not provide answers to such basic questions as who and under what conditions could apply for legal gender recognition, what medical expert opinions are needed, and who decides on their acceptability.

To settle the dispute among public bodies involved in the procedure, and as the first step of [a series of anti-LGBTQI legislative measures](#), the government submitted an omnibus bill to Parliament on 31 March 2020. Section 33 of the bill banned legal gender recognition: it amended the RPA, and mandated recording of “sex at birth” instead of “sex” in the birth registry. Sex at birth is defined as “the biological sex based on primary sex characteristics and chromosomes”. Additionally, a paragraph was

included explicitly declaring that once recorded, “sex at birth” cannot be amended, and that given names have to correspond to “sex at birth”. Hungarian given names are gendered and ought to be chosen from authorized lists for male and female names.

In March 2021, the CC declared that the new rules cannot be applied retroactively, however, it tackled the overall constitutionality of Section 33 only in the case discussed below. While the CC had a constitutional deadline of 90 days to decide the case, it took the Court 585 days to deliver its decision.

The petition - as it should look

The [petition](#) submitted by a judge in an individual case concerning the rejection of legal gender recognition based on Section 33 presented a rights-based argumentation: while the legislature declared that the biologically determined sex at birth is a relevant personal identifier, the petitioner reminded the CC that both its own case-law and that of the [European Court of Human Rights](#) acknowledged the right of transgender persons to be recognized by the state based on their gender identity and not their biological sex. Prior to Section 33, the CC has not directly addressed the issue of legal gender recognition as such, but it did mention the right of transgender people to change their name as fundamental in a broader [decision on spousal names](#), and it found that [trans people legally residing in Hungary](#) should also be able to change their names. The petitioner judge based the constitutional challenge on two pillars: Article II and Article VI (1) of the [Fundamental Law](#) (human dignity and right to respect for private life, respectively). The plaintiff in the underlying case - a client of [Háttér Society](#) - does not identify with his sex registered at birth, his request for legal gender recognition was supported by the opinion of a psychologist and a psychiatrist. However, as a result of Section 33, he was unable to change his gender marker in the birth registry (and consequently his name) to his social reality.

The petition recalled that the CC [had already](#) reco-

gnized the right of transgender people to change their name and gender marker as a fundamental right; the CC understood it as an aspect of human dignity. The petition further claimed that both Article VI (1) of the Fundamental Law and Article 8 of the European Convention on Human Rights are relevant when examining the plaintiff's right to have his gender marker changed. The petition importantly underlined: the European Court of Human Rights (ECtHR) had consistently held that states have a positive obligation to create and maintain an effective and accessible procedure with clearly identified criteria that allow for the legal gender recognition of trans people. As the question affects the most intimate aspect for private life, states enjoy a limited margin of appreciation and cannot - for instance - condition legal gender recognition on having undergone gender affirming medical interventions.

The decision - how to avoid a rights-based approach?

Despite being served the arguments on a silver platter, the CC chose a strikingly different line of reasoning. First, it limited the admissibility of the case to the issues raised with respect to recording sex at birth in the registry (not addressing the question of name change, since the judge did not specifically invoke those provisions of RPA). Second, the CC reviewed "the legal environment" of the challenged provisions. It endorsed without any critical reflection the explanatory memorandum attached to Section 33: that sex at birth recorded in the registry only declares a fact established by a medical doctor. The decision creates a weak, unsubstantiated, and self-contradicting rationale for the need to introduce a new identifier into the system: "The registry proves the registered facts, rights until the opposite is proven, thus it does not create rights. However, based on the sex declared in the registry, rights and duties may emerge, thus it is necessary to define sex at birth." (24) The CC recognizes that there are people whose gender identity is different from their sex at birth (even though the CC seems to conflate gender identity with having undergone gender affirming medical interventions (e.g., 50)), and that the registration at birth might limit their right to self-determination. However, it arrives at the conclusion that while there are compelling reasons to record sex at birth, there is no similar compelling reason to record one's gender identity. This - it claims - means that "the state does not take sides when it comes to its citizens' gender identity" (24).

The CC considers the compatibility of the impugned provisions - in line with the petition - with human dignity, the right to self-determination and the right to private life. While the CC addresses these provisions one-by-one, the arguments put forward follow a similar logic, and are excruciatingly repetitive. The CC claims that since sex at birth is a factual datum based on medical expert opinion, its registration cannot contradict human dignity. As to why that is the case - the CC provides no explanation. Following this argumentation, the state registration of any factual data that can be established by a medical professional (genetic data, hereditary diseases etc.) cannot be challenged with reference to human dignity.

The CC then proposes to answer two questions: (1) what data the state can register, and (2) whether the right to self-determination encompasses the right to have gender identity registered by the state, and if so under what conditions (33, repeated in 46). Regarding the first, the decision recalls the [Ninth Amendment to the Fundamental Law](#) and the amended text of Article XVI (1) which explicitly mentions children's right to self-identity in line with their sex at birth. The CC argues that since the concept of the sex at birth is contained in the Fundamental Law, its registration directly relates to the Fundamental Law, thus its registration cannot be in violation of the Fundamental Law. The CC appears to argue that the mere fact that the Fundamental Law mentions sex at birth, justifies the state to record it. It adds that medical, penological, sport or labor law considerations also make its registration necessary and proportionate, although the proportionality is merely stated rather than demonstrated.

The decision acknowledges that the state cannot record any data in the birth registry: among other things, such data "need to relate to registry events", "be capable of identifying a given individual", and "be unique and if possible, unamendable" (35). While recording the parent or the date of birth is in fact related to the registry event, i.e. the birth, the CC does not clarify how and why a person's sex at birth is of relevance to the birth event. Furthermore, sex at birth is not a unique identifier, since around half of the population belongs to the same group. At the same time, race or skin color, for example, meet these criteria to the same extent as sex at birth does, and are also included in the text of the Fundamental Law. We can only hope that the CC has not given a green light to record such data in the birth registry.

Regarding question (2) the CC simply states that "in

the current procedure it only assessed whether the registration of sex at birth as an unamendable datum is in compliance with the Fundamental Law” (47). The CC summarizes its finding by stating that “(t)he fact that the state registers the individual’s sex at birth instead of or in addition to the individual’s self-identified gender corresponding to their identity (...) can be justified for several reasons” (50).

Despite the fact that the petition contained an overview of the ECtHR case law and the CC could have benefited from the thorough amicus briefs submitted by the National Authority for Data Protection and Freedom of Information on data protection considerations, and the Hungarian Psychological Association on the negative mental health consequences of the lack of legal gender recognition, it failed to include even a summary of the ECtHR case law or these submissions, let alone address their arguments.

The questions put forward by the CC indicate that they had in fact understood the human rights questions implied by the petition, however, they either avoided answering those questions, provided formalistic, technical and circular responses, or claimed that answering the question would be beyond the scope of the case. The CC opted for only a cursory assessment of the justifications and failed to advance reasons why the balance tilts in favor of those - unsubstantiated - state interests (e.g., labor law or penological grounds) over human dignity. A more comprehensive inquiry would have allowed the CC to recognize that even if registering sex at birth is acceptable under the Fundamental Law (a contrary reasoning could

have been advanced without much effort), this finding does not exclude legal gender recognition for trans people. The CC, for example, could have argued that a gender marker separate from sex at birth should be added to the birth registry and other public registers, and legal gender recognition could entail amending this marker in the registry and official documents. The CC did not foreclose such a solution (they emphasize that the registration of sex at birth is justified “instead of *or in addition*” to gender identity). This would have offered a practical solution for trans people (even if not a fully satisfactory one). The CC of course cannot legislate the introduction of such a new gender marker, but they could have found that the lack thereof constitutes a legislative omission in violation of the Fundamental Law. The lack of such finding is particularly alarming, since no one has standing to initiate a proceeding for declaring a legislative omission, the CC needs to act *ex officio*.

Conclusion

The CC made a cowardly decision: it chose to remain concordant with the perceived political expectations, blatantly served the interest of the government majority, and echoed their fixation of biologically determined sex. To reach this shortsighted conclusion, it not only defied its own jurisprudence but ignored the ECHR jurisprudence, too. Although the CC claims that “the state does not take sides when it comes to its citizens’ gender identity”, it unequivocally does: it only acknowledges identities it deems worthy of protection, i.e. the ones matching the sex at birth.

Anurag Deb

Allister and Peeples

The UK Supreme Court looks at BREXIT (again)

doi: 10.17176/20230214-113046-0



Anyone who is from Ireland, or who has witnessed a *real* (as opposed to an idiomatic) Irish goodbye, will know that it typically takes around 20-30 minutes from announcing one's intention to leave, to the act of leaving, with much earnest conversation in between. It may be jarring to those unaccustomed to its endearing eccentricities. So it is the case with *Allister and Peeples' applications for judicial review*, a judgment handed down on 8 February 2023, which serves as a potent reminder that the UK has yet to fully say goodbye to Brexit. In this judgment, the matter being scrutinised was the Northern Ireland Protocol and questions surrounding its constitutionality within the famously uncodified UK constitution. Critically, the UK Supreme Court appears to have poured cold water on the idea that certain Acts of the UK Parliament have a constitutional character (the constitutional statutes doctrine). It is my suggestion, however, that the doctrine has not entirely been consigned to history. In what follows, I explore the doctrine, the Supreme Court judgment and the implications of this judgment on the future of the doctrine.

Constitutional statutes

Allister and Peeples was a controversial case. At its heart was a frontal attack on the [Northern Ireland Protocol](#), the part of the [UK-EU Withdrawal Agreement](#) which mandated the continued application of EU law on goods and customs arrangements to Northern Ireland. This was ostensibly done to protect the [Good Friday Agreement](#) – which ended a little over 3 decades of sectarian violence and bloodshed and ushered in a new (and fraught) era of peace.

Opponents of the Protocol, however, point to its most important consequence: the creation of a customs and regulatory border between Northern Ireland and Great Britain, as antithetical to the idea of the *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Specifically, opponents say that the Protocol violates the Acts of Union 1800, which were separate statutes enacted by the (then) Par-

liaments of Ireland and Great Britain, uniting these islands into one political entity. Of course, a large part of this entity attained independence in the first half of the 20th century – Ireland, born the [Irish Free State in 1922](#), changed to a [republic in 1948](#). But Northern Ireland has remained fully a part of the UK – that is, according to some, until the advent of the Protocol.

The Acts of Union declare that subjects of both Ireland and Great Britain shall be '[on the same footing](#)' as [respects economic opportunities](#), which conflict with the divergent customs and regulatory regimes on either side of the Irish Sea following the entry into force of the Protocol. The applicants in *Allister and Peeples* argued that this conflict had to be resolved in favour of the Acts of Union, as these were constitutional statutes. Of course, the UK Parliament does not explicitly label any of its statutes 'constitutional' – Parliament's constitutive and ordinary legislative capacities overlap exactly, so that there is no statute subject to manner-and-form amendment conditions unlike, for example, the Knesset and some of the Basic Laws of Israel.

However, in the *Thoburn* case, the England and Wales High Court developed the idea that certain statutes (for example the now-repealed [European Communities Act 1972](#) or the [Human Rights Act 1998](#)) had a 'constitutional' character, so that they could not be repealed except either through express repealing words or by words so specific as to make repeal 'irresistible' (*Thoburn*, [63]).

The Supreme Court judgment

The *Allister and Peeples* applicants said that the Acts of Union were constitutional in character, and so the [EU Withdrawal Agreement Act 2020](#), which incorporated the Protocol into domestic law, could not repeal the 'same footing' requirement impliedly. Instead, the Protocol had to be given effect subject to this 'same footing' requirement in the Acts of Union, since there was nothing in the 2020 Act which expressly or specifically repealed this requirement (*Allister*, [58]).

The Supreme Court pointed to section 5 of the 2020 Act, which inserted a new [section 7A](#) into the EU Withdrawal Act 2018. This new section did three important things. First, it directly incorporated the entire UK-EU Withdrawal Agreement, including the Protocol, into UK law. Second, it allows any rights, powers, liabilities, obligations and restrictions which may *progressively* arise under the Withdrawal Agreement to be directly available in UK law. Third, and perhaps most crucially, it subjects every enactment to these rights, powers, liabilities, obligations and restrictions. Section 7A thus clearly subjects the Acts of Union to the provisions of the Withdrawal Agreement. In conclusion, the Supreme Court said:

The debate as to whether article VI [the ‘same footing’ requirement] created fundamental rights in relation to trade, whether the Acts of Union are statutes of a constitutional character, whether the 2018 and 2020 Acts are also statutes of a constitutional character, and as to the correct interpretative approach when considering such statutes or any fundamental rights, is academic ([66]).

The implications for constitutional statutes

The Supreme Court’s language has been interpreted by some commentators to mean that the constitutional statutes doctrine has effectively been consigned to history. Colin Murray considers this [a roll-back from *Thoburn*](#). David Allen Green goes further and suggests that the doctrine ‘[seems to have been put back in its judicial box](#)’.

I suggest that the doctrine is still as healthy as it had been in *Thoburn* for essentially three reasons. First, *Allister and Peeples* is arguably consistent with *Thoburn*. Section 7A expressly subjects the Acts of Union to the Withdrawal Agreement – words which may lead to the irresistible conclusion that the ‘same footing’ requirement had been repealed (although the Supreme Court held that no repeal had occurred, see [67]).

Second, the doctrine as set out in *Thoburn* has already been endorsed in a number of Supreme Court judgments – including *HS2* and *Miller 1*, the latter relied upon by the Supreme Court in *Allister and Peeples*. It is important to remember that *Allister and Peeples* was handed down by a panel of 5 Justices, whereas the endorsement of *Thoburn* in *HS2* had the support of 7 Justices and in *Miller 1*, 8

Justices. The *Allister and Peeples* panel could not by itself categorically reject the doctrine even if it had wanted to.

Third, and perhaps most importantly, *Thoburn* may have marked the birth of the doctrine but it drew on a much older and much deeper tradition. In *Thoburn*, Lord Justice Laws grounded his idea of constitutional statutes on the recognition, at common law, of certain rights deemed constitutional or fundamental, and the need to protect statutes which embody these rights (*Thoburn*, [62]). This has parallels with the principle of legality, in cases such as *ex parte Pierson* and *ex parte Simms*, which states that Parliament must squarely (and politically) confront the consequences for legislating in breach of fundamental rights, by enacting *express* words which breach such rights. These points fall within conceptions of the rule of law. According to A V Dicey, who wrote the most famous account of the UK constitution, the rule of law and the sovereignty of the Crown in Parliament are the twin pillars of this constitution.

What next?

The Supreme Court’s judgment was never going to have an impact on the ongoing political impasse and non-existent government in Northern Ireland – as [candidly acknowledged](#) by the Democratic Unionist Party which leads the opposition to the Protocol. The deadline to form a government at Stormont will now be [extended to January 2024](#), even as the UK and the EU are apparently [moving forward](#) in their attempts to come to an agreement over the Protocol.

Meanwhile, it is unlikely that *Allister and Peeples* marks the last gasp for the doctrine of constitutional statutes in a judicial setting. The reasoning of the Court is remarkably short when compared to the voluminous judgments of the High Court and more so the Court of Appeal. This may speak more to the *general* merit in the appeal rather than specifically the Supreme Court’s attitude to constitutional statutes.

In any event, even though those who signal the end of the doctrine of constitutional statutes do so persuasively, I look forward to many more earnest discussions, both judicial and academic, about the scope and application of the doctrine in the UK constitution. After all, *Allister and Peeples* originated in Northern Ireland – and we take our time with our goodbyes.

Stephen Tierney

A New Battlefield for Scottish Nationalists in the United Kingdom

The Gender Recognition Reform (Scotland) Bill

doi: 10.17176/20230213-233146-0



The [Gender Recognition Reform \(Scotland\) Bill](#) is a bill passed by the Scottish Parliament on 22 December 2022. The Bill seeks to make it easier for people to change their legal gender. To this end it purports to amend the Gender Recognition Act 2004, a statute passed by the Parliament of the United Kingdom. The Scottish Parliament has the authority to amend UK statutes as they apply in Scotland in respect of devolved matters, but on 17 January 2023, the United Kingdom Government invoked section 35 of the Scotland Act 1998 to block the Bill from receiving royal assent, the first time section 35 has been used. This provision allows a UK minister to make an order prohibiting the Presiding Officer of the Scottish Parliament – equivalent to the Speaker in Parliament – from submitting a Bill for Royal Assent if the Bill contains provisions “which make modifications of the law as it applies to reserved matters and which the Secretary of State has reasonable grounds to believe would have an adverse effect on the operation of the law as it applies to reserved matters.”

The UK Government has stated that the Bill will have an adverse effect upon “equal opportunities” which is a reserved matter, particularly insofar as the Scottish Bill purports to modify the law relating to equal opportunities by changing the operation of the UK-wide Equality Act 2010.

What does the Bill purport to do?

The Gender Recognition Act 2004 is an Act of Parliament that applies across the UK and which addresses both reserved and devolved matters. It provides that to change one’s legal sex one must first be diagnosed with gender dysphoria and undergo a two-year period of medically supervised social transition. The Scottish Gender Recognition Reform Bill would, for those born or resident in Scotland, remove the requirement to be diagnosed with gender dysphoria to change legal sex for the purposes of the

Equality Act, reduce the statutory waiting time from two years to three months, and lower the minimum age for a legal sex change to sixteen from eighteen. It would also, arguably, change the meaning of the protected characteristics of “sex” and “gender reassignment” within the Equality Act 2010, which applies across the UK and is a protected enactment which cannot be changed by the Scottish Parliament.

In a recent case – [For Women Scotland v The Scottish Ministers \(FWS2\)](#) – heard in the Scottish high court, the Court of Session, the court decided that a Gender Recognition Certificate, issued under the 2004 Act, does alter one’s sex for the purposes of the Equality Act. This strengthens the argument that the Scottish Bill, in the changes it makes in Scotland to the nature and effect of such certificates, does modify the law as it applies to reserved matters. One [commentator](#) argues that under the Scottish Gender Recognition Reform Bill:

“a Gender Recognition Certificate changes sex for all purposes, those possessing Scottish Gender Recognition Certificates who travel to England, Wales or Northern Ireland will have to be legally recognised in their acquired sex, including 16-18-year-olds. This will be open to all those born in Scotland, wherever they live in the UK, and anyone who is ordinarily resident in Scotland, including students. Ordinary residence need not be permanent and so it is possible that people may cross the border into Scotland from elsewhere in the UK, temporarily reside there until they become ordinarily resident, and then return to elsewhere in the UK once they have obtained a Gender Recognition Certificate.”

The Bill also carries further potential implications for the operation of single-sex services, making it potentially more difficult for women-only spaces to exclude biological males; and by lowering the minimum age for a legal sex change to sixteen from eighteen, anyone who holds a Gender Recognition Certificate could not be excluded from a relevant single-sex school. It would arguably al-

so impact on the Public Sector Equality Duty under the Equality Act by bringing in different categories of individual who would be covered by the protected characteristics of sex and gender reassignment.

In this post I do not address further the substantive changes to the law which the Bill purports to make, nor do I assess further any potential impact it might have on the Equality Act. It is open to the Scottish Government to challenge before the courts the use of s.35 by the UK Government on the basis that the UK Secretary of State has not acted reasonably. The Scottish Government could also amend the Bill and re-introduce it to the Scottish Parliament.

Constitutional issues

Instead I refer to three points of constitutional interest:

1. what the first use of the s.35 procedure tells us about the current state of UK-Scottish Government relations;
2. how this issue should be set in the context of recent court decisions concerning the competence of the Scottish Parliament; and
3. the very open-textured nature of UK devolution which arguably leaves the central government in a weaker position than other federal governments through the lack of a doctrine of supremacy, paramountcy or pre-emption.

1. The Scotland Act 1998 contains a procedure whereby the competence of bills can be challenged before the courts. Under s.33 of the 1998 Act the Law Officers, including the UK Law Officers - the Advocate General or the Attorney General - may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament to the Supreme Court of the United Kingdom for decision within four weeks of the passing of a Bill. Notably the UK Government has not chosen to wait for the Bill to pass but has cut it off before it is introduced to the Scottish Parliament. The approach taken can on one view be seen as confrontational – blocking a bill and putting the onus for the testing of its legality upon the Scottish Government. Alternatively, it might be argued that the Equality Act is of such foundational, and cross-UK, significance, that the UK Government is correct to step in and protect the integrity of a coherent and consistent state-wide approach to fundamental human rights.

2. Regardless of one's views of the merits of using the s.35 process, doing so has provoked a furious reaction from the Scottish Government which is led by the separatist Scottish National Party. The Bill is the latest example of high profile draft legislation which has produced intense political debate; two other draft bills being recently the subject of important Supreme Court judgments.

In the first case (*'Att. Gen. and Adv. Gen. Reference'*) the Supreme Court was asked to determine whether two Bills were within the competence of the Scottish Parliament. The first Bill purported to incorporate the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) into Scots law, and the second proposed to do the same for the European Charter of Local Self-Government (ECLSG). The general competence of the Scottish Parliament to incorporate these treaties was not in question. Issues arose as to the means by which this was being done. The Court took the view that the Bill, in giving instructions to the courts in how to interpret UK legislation, went so far as to purport to modify the Scotland Act itself, which the Scottish Parliament is not empowered to do.

The Supreme Court was, unusually, very critical of what it saw as a deliberate attempt by the Scottish Government to go beyond the competence of the devolved institutions:

“what is striking in the present case is that there has been no attempt to draft section 6 of the Bill [concerning the compatibility of acts of public authorities] in such a way as to provide a clear and accessible statement of the law. On the contrary, there has been a decision to draft and enact a provision whose plain meaning does not accurately represent the law, and to rely on the courts... subsequently to impose a variety of qualifications upon the provision, on a case by case basis, so as to give it a different effect which is lawful... that cannot be how Parliament intended [the relevant provision of the Scotland Act] to be interpreted and applied.” [para 74]

In the second case, *Lord Advocate's Reference 2022*, the Scottish Government in fact referred the legality of its own proposed legislation - the Scottish Independence Referendum Bill – to the Supreme Court. Once again the Court found the Bill to be beyond competence. Such a Bill would relate to the reserved matters of the Union and of

Parliament and so was unlawful.

To most commentators this decision was inevitable. A question therefore arises as to whether draft legislation, and/or the courts themselves, are being instrumentalised for political purposes. Is the Scottish Government pushing the boundaries of its own competence with the intention, or at least with little regard for the risk, of provoking a legal dispute with the UK Government? Such strategies are of course far from unusual in federal systems, but one characteristic of devolution since 1998 is that the UK courts have not in general been the site of many competence disputes between the different governments. It seems that this is now changing and that the courts are becoming a forum for the playing out of political battles.

3. The United Kingdom system of devolution is unusual for various reasons. One is that it is very **lop-sided**, offering very extensive autonomy to the Scottish Parliament and Scottish Government, and the two other devolved territories, without any dedicated restructuring of the government of the central state through **associational rule**. Also, the Scotland Act 1998 allows powers to be shared without, in general, giving the UK institutions an expressly superior role in any particular area of competence. There is, for example, no provision in the Scotland Act similar to a supremacy clause (such as the supremacy of federal law over *Länder* law in Germany – Basic Law, Article 31), a paramountcy clause (such as the Constitution of India, Art. 254), or a judicially recognised principle of pre-emption – recognising the authority of the central authorities to supersede or pre-empt sub-state action, as in the U.S.A., where state laws which conflict with federal law are “**without effect**”. There a crucial test is the purpose of Congress. The power of Congress to supercede the States even applies “in a field which the States have traditionally occupied”, provided that supercession is “**the clear and manifest purpose of Congress**”. It is also the case that the U.S. Supreme Court, through the 14th amendment, effectively ‘nationalised’ the Bill of Rights, applying it to the States in a way that supersedes rival claims to legislate in the area of civil rights, and imposing uniformity in the application of fundamental civil rights.

The idea of federal supremacy or paramountcy works in a similar way to pre-emption. As **International IDEA**

observes:

“If supremacy rests with the national or federal level (e.g. as in Germany and India), then the area of concurrent legislative authority is essentially that which the federal legislature chooses, by non-intervention, to leave to the states; at any time, the federal level can intervene to impose its will over concurrent matters.”

Such an area would include fundamental rights and concepts such as equality. Also relevant to this debate are the conditions imposed in Germany upon the *Länder* to comply with the constitution’s fundamental principles, including republicanism and democracy (Art 28(1)). This ‘homogeneity clause’ imposes a set of conditions upon *Länder* powers that “**significantly limits subnational constitutional autonomy**.” (Palermo and Kössler, 135)

In light of these comparative examples it is not at all unusual that the Equality Act in the UK should have protected status, nor that it should be read to supersede and hence pre-empt any attempt to modify its application in part of the UK. The fact that jurisprudence surrounding the Scotland Act 1998 has not so far generated such an approach is perhaps surprising. Arguably s.35 goes some way to filling this gap, but it is less satisfactory than a specific legislative provision or a clear statement by the courts.

Conclusions

To conclude, the UK Government is showing that it is now ready to police the boundaries of devolved competence more robustly, especially when it believes legislation is being used deliberately to veer into reserved matters. It is perhaps also now asserting a more homogeneous approach to fundamental human rights values, an assertion which is the hallmark of other federal systems. The current debate also exposes that the radical devolution of so many powers to sub-state institutions over the past two decades without serious thought being given for the potential impact of this process upon the maintenance of coherent state policy was perhaps ill-advised and requires correction.

Burak Haylamaz

Shutting Down the Internet to Shut Down Criticism

The Turkish Government's "Legal" Censorship in the Earthquakes' Aftermath

doi: 10.17176/20230217-233207-0



Two massive earthquakes, measured 7.8 and 7.5 in magnitude, hit the southwestern part of Turkey, destroying ten cities and affecting more than 13 million people with thousands of deaths and injuries. Both earthquakes produced a humanitarian emergency which cannot be put into words. Against this incomprehensible backdrop, it is all the more disturbing that the authorities shut Turkey off from the internet and global connectivity.

In the aftermath of earthquakes, internet connectivity had enabled civil society to provide additional on- and off-site assistance through several means, such as coordinating rescue missions, identifying locations of victims and directing emergency responders, organizing heavy equipment and their operators to aid search and rescue operations, as well as launching fundraising campaigns. However, the use of social media is not seen as innocent by Turkish authorities, starting from the Gezi Park [protests](#) and [corruption scandal](#) in 2013. Immediately after the earthquakes, authorities started to use legal instruments to silence the use of social media platforms even at the expense of utilizing its benefits during catastrophic times.

This article analyses the legal bases of the restrictions imposed by the Turkish government in aftermath of earthquakes to suppress criticisms against its poor response to the disaster. The measures are legally structured as means of opening the door to arbitrary restrictions on freedom of expression.

Throttling and Limiting Access to Twitter

It is well [known](#) that the majority of Turkey's conventional media is now controlled by conglomerates close to the government. As a result, online journalism through social media has become one of the most reliable resources to many, although it is not free from misinformation and disinformation. It has also become one of the few forums where criticism against the Turkish government can ac-

tually take place. The government is antagonized by these criticisms, especially now during the eve of the general election in May 2023. As a result, on February 8th 2023, the Turkish government irresponsibly [restricted](#) Twitter through filtering on major internet providers TTNNet and Turkcell. According to Netblocks's [network data](#), the restriction took place approximately between 4:37 PM to 3:44 AM (local time), 11 hours and 7 minutes. This restriction was issued without explanation and disproportionately impacted the public's (especially earthquake victims') right to freely access and impart credible information about their loved ones and aid delivery efforts. During the restriction period, Twitter was only accessible through VPNs, enabling the circumvention of the government's internet censorship measures. Also during this period, Erdogan [visited](#) the disaster-hit region for the first time. The restriction enabled him to stifle some anger continuing to mount over his government's aid effort.

There are three legal ways for the Turkish government to issue throttling and limiting access to service providers – all open to arbitrary determination and manipulation. First, under Article 60 (10) of [Law No. 5809](#) on Electronic Communications Act ("ECA"), the President can determine the precautions to be taken. He, then, notifies the Information and Communication Technologies Authority ("ICTA") for their implementation, in cases of exigent circumstances. This specific provision was added during the state of emergency after the coup attempt in 2016 by [Decree Law No KHK/671 Article 25](#). The law does not limit the scope nor content of the precautions, paving the way for arbitrary decision-making by the President. Most recently, this law was [used](#) by the President, and implemented by the ICTA across the entire country, to throttle internet services for social media platforms after the explosion in Taksim in November 2022. Thus, this provision empowers the government with a wider range of power to regulate the behaviours of service operators, hosting pro-

viders (including those related to dissident contents and accounts) or data centres regarding the measures that the President deems necessary.

Secondly, another amendment to the Article 60 of the ECA was introduced on October 18, 2022 (through [Law No. 7418](#) on Amendment of Press Law). Accordingly, under Article 60(16) and 60(17) ECA, if service providers fail to comply with the authorization requirement or other obligations imposed by the ICTA, they may be **subject** to administrative fines amounting from 1 to 30 million Turkish Liras. In case the obligations are not satisfied within six months, the service provider will experience reduced internet traffic bandwidth of up to 95%, or blocked access to the relevant application or website. Again, what qualifies as “obligations” are determined by the ICTA or the President. There is a residual risk of arbitrary decision-making by authorities, e.g., obliging service operators to take down certain content by identifying it as disinformation.

Thirdly, another legal instrument to throttle internet access was introduced by amending [Law No 5651](#) (widely known as the “Internet Law”) through the introduction of [Law No. 7418](#) on Amendment of Press Law. Particularly, under Additional Provision No 4(5)(b) of the Internet Law, public prosecutors or magistrate courts can limit access to the internet traffic of service providers by up to 90%, if service providers do not comply with government access requests to the identity of individuals who are found committing the offence of “publicly disseminating information to mislead the general public”. Again, the law references various concepts, such as publicly disseminating and mislead, that are very broad and vague, and open to different interpretations. Hence, it is likely to have a chilling effect on the media and public in general.

Keeping Under “Legal” Cover

Returning to the Turkish government’s response to the devastating earthquakes, it has become clear that the government restricted Twitter access to silence any criticism of their poor responses to the crisis. By now, it has been [reported](#) that the government chose the second legal basis under Article 60(17) of the ECA. Apparently, the government throttled Twitter’s internet traffic bandwidth as a result of its non-compliance with court decisions ordering the closure of several accounts from dissident journalists to opposing parties. Nevertheless, Omer

Fatih Sayan, Turkey’s deputy minister of transport and infrastructure, later [announced](#) (paradoxically on Twitter) the government’s demands from Twitter. Demands included collaboration to combat disinformation and fake accounts, utmost care in the moderation of sensitive content, and compliance with the Law No 5651 (the third legal basis), to deal with “publicly disseminat(ed) information to mislead the general public”. Hiding behind vague, broad and open concepts, such as “publicly disseminated” or “mislead” the government obviously wants to maintain order in the wake of disaster and control communication, including those that are critical for the emergency response. It is possible to identify the same reasoning behind the government’s decision to [decline](#) Elon Musk’s proposal to send a satellite broadband service, Starlink Network, just after the earthquakes.

Disinformation Bulletin

The government is also committed to using its recently passed disinformation law to silence any voice raised by the public in the wake of the major earthquakes. In particular, through the introduction of [Law No. 7418](#) on the Amendment of Press Law, the government enacted a new provision in the Turkish Criminal Code ([Law No 5237](#)) to combat disinformation. Accordingly, Article 217/A of the Turkish Criminal Code states that (see page 4 of the Venice Commission [Opinion](#) to the Penal Code Regarding the Provision on “False or misleading information”):

“(1) Any person who publicly disseminates false information about the country’s domestic and foreign security, public order and general health, with the sole aim of creating anxiety, fear or panic among the public and in a manner that is liable to disturb public peace, shall be punished by one to three years of imprisonment.

(2) If the offense is committed by concealing the true identity of the perpetrator or within the framework of an organisation’s activities, the punishment mentioned-above is increased by one half.”

The justifications of this new provision are not aligned with legitimate global concerns against misleading information. Steps against disinformation can easily lead to censorship and constraints on legitimate content to

quash dissidents. As the provision prescribes a direct criminalization, it also creates a risk of chilling effects. Particularly, it is concerning that general prohibitions on the dissemination of information based on vague and ambiguous terms are likely to result in suppressing speech especially, if it is used by political will in the absence of sufficient safeguards. Also, it is unclear whether a “like” or “retweet/repost” will be considered as “publicly disseminating”, which would provoke criminal investigations against a quite wide range of individuals that interact with certain content that is understood as false or misleading information by the government. The same vagueness problem is valid for the concepts of anxiety, fear or panic prescribed in the provision – both are open to the government’s interpretation.

In the aftermath of the earthquakes, on February 6, 2023, the Directorate of Communications **launched** an app, *Dezenformasyon Bildirim Servisi* (“DBS”), enabling individuals to report disinformation. What constitutes “disinformation” is also defined by the government itself through its periodically published **disinformation bulletin**. For instance, while many victims were scrambling to find loved ones, supporting emergency rescue efforts and organizing delivery-aid, the government announced the following statement as false information: “*no search and rescue teams are working in (the) affected areas*” (see pages 3-4 of the Disinformation Bulletin dated on February 6, 2023).

While search and rescue teams have made great efforts to help victims from day one, there have also been several **complaints** and criticisms about disorganization, slow and even a lack of response to the disaster by au-

thorities. Indeed, Erdogan himself **acknowledged** that the government had encountered problems. Thus, while those criticisms are very understandable expressions of the need for emergency assistance, or complaints against the poor response to the disaster, the fact that they are put under the bucket of false information pursuant to Article 217/A of the Turkish Criminal Code will likely result in a disproportionate number of criminal investigations against many innocent citizens. This was already **signaled** by President Erdogan when he said that “we are keeping the records of all the lies and distortions and will open his notebook when the time comes”.

Conclusion

Authoritarian governments around the world have increasingly cracked down on social media networks. The Erdogan government has a long history of restricting internet use during national emergencies, terrorist attacks or political incidents, by arguing that the government is safeguarding national security or preventing the spread of disinformation. Unfortunately, Turkey witnessed the government using legal instruments as a pretext to restrict speech again, more devastatingly, since platforms were helping people share information on arriving aid and the location of those still trapped in the rubble. It is not only the ineffectiveness of the emergency response but also the irresponsible decision on restricting the internet that has hurt society deeply and resulted in irreversible consequences.

Opinions expressed are solely the author’s and do not reflect or express the views or opinions of his employer or affiliates.

Kubilay Yalçın

Elections Held in Response to Demand

Why Turkey's Upcoming Presidential and Parliamentary Elections Cannot and Probably Will not be Postponed as a Result of the Earthquake Disaster

doi: 10.17176/20230228-185307-0



On 6 February, various Turkish provinces in southern and southeastern Anatolia were struck by two disastrous earthquakes measuring magnitudes of 7.8 and 7.5 on the Richter scale, the strongest on present-day Turkey's territory since 1668. With more than 43,000 people officially declared dead until now and hundreds of thousands of injured, it quickly became clear that the damage and casualties would far exceed those caused by the Marmara earthquake in 1999. Turkey, already in the midst of a long-lasting economic and political crisis, slithered into an unprecedented and traumatic humanitarian disaster.

Especially in the first seven days of national mourning, when the government as well as opposition politicians and mayors were busy coordinating search-and-rescue operations, the presidential and parliamentary elections scheduled for 18 June (or earlier if snap elections are called) – a crucial milestone for the soon to be hundred-year-old Turkish republic and Tayyip Erdoğan's ruling Justice and Development Party (AKP) – were treated like the elephant in the room. This changed abruptly when the President's longtime companion and former Speaker of the Parliament, Bülent Arınç [published](#) a three-page-long letter on Twitter proposing to postpone the polls one year until 2024 or at least November 2023. "In these days as we face probably the most painful catastrophe in our history, the country has to get rid of the election stress as soon as possible", Arınç wrote.

Although being evidently unconstitutional, given the government's influence, the Supreme Board of Election could enforce a postponement of the elections. However, relatively free elections are what remain of Turkish democracy and what are keeping it alive. If they were not respected anymore, Turkey would witness a new, critical level of authoritarianism.

The Constitution is clear

As long as the Constitution is not amended – which is highly improbable since the Erdoğan-backing AKP and

MHP parliamentary groups and the BBP do not hold a necessary three-fifths majority – postponing the elections beyond the last possible date would be unconstitutional. As the [Constitution's Article 77 \(English translation\)](#) states, parliamentary and presidential elections shall be held every five years and on the same day. But there is indeed one circumstance, the Turkish Constitution sees as sufficient to legitimate postponing elections. Article 78 para. 1 and 2 (congruent provisions can be found in Article 5 of Presidential Election [Law Nr. 6271](#) and Article 6 para. 3 and 4 of Parliamentary Election [Law Nr. 2839](#)):

"If holding new elections is deemed impossible because of war, the Grand National Assembly of Turkey may decide to defer elections for a year. If the grounds do not disappear, the deferment may be repeated in compliance with the procedure for deferment."

Knowing that Turkey's government is infamous for its creatively broad interpretation of legal and constitutional provisions, colloquially and politically, the Turkish word for "war" ("savaş") can of course be used in the sense of "struggle" ("mücadele"), thus for situations in which major efforts are needed to tackle urgent problems. Nevertheless, "war" as a legal term clearly refers to the state of war which can solely be declared by the Parliament itself (Article 92 para. 1, see also Article 87) and is amongst many different causes for the declaration of State of Emergency (*olağanüstü hal*, shortly *OHAL*): Enumerating these, Article 119 distinguishes "war" from inter alia "situations necessitating war", "mobilizations", "uprisings" and, applicable in the case of earthquakes, the "occurrence of natural disasters". Article 78 only mentioning war as a reason for postponing election dates is neither coincidence nor an editorial error, but rather an expression of the enormous importance of punctual elections for Turkish democracy. This position is underlined by the fact that the constitutional reform of 2017, although be-

ing fundamental and even amending Article 78's title (see Article 16 lit. B of [Law Nr. 6771](#)), did not touch the strict requirements for the breach of election cycles.

At this point, a Constitutional Court ruling from 2012 ([E. 2012/30, K. 2012/96](#); abstract [constitutionality review](#) of some articles of above-mentioned Presidential Election Law Nr. 6271, inter alia its Article 5) might lead to confusion when it finds that it is not unconstitutional to “regulate [by law] the postponement of elections in cases where it is not possible to hold elections due to a reason of force majeure (*mücbir sebep*) such as war” (page 5). Also, Judge Osman Alifeyyaz Paksüt presented a dissenting opinion in which he names “a very strong earthquake that hit our major provinces” as one example for reasons of force majeure (page 25). One might see the Constitutional Court taking the view of a broader interpretation of the Parliament's competencies. However, this finding would not only still blatantly violate the wording of the Constitution. The Court's decision can moreover hardly be applied on the here discussed issue since it did not deal with the question of deliberate postponements of election dates, but if such provisions of the Presidential Election Law are constitutional when they are congruent to those of the Law regarding Parliamentary Elections whereas not similarly included into the Constitution – a problem not relevant anymore.

Also, Turkey's military engagement in Northern Syria does not constitute a state of war: Neither are the militias fought by Turkish military seen as subjects of international law nor has there been a declaration of war. An authorization of military action abroad, which is regulated in Article 92 para. 1, too, is not such a declaration. Even if it was, Article 78 would necessitate an actual situation in which holding elections on Turkish territory is “deemed impossible”. That would evidently not be the case.

Lastly, Article 79 para. 2 cl. 1 of the Constitution does not, as [stated](#) by Arınç, give the Supreme Board of Election (*Yüksek Seçim Kurulu*, shortly *YSK*; part of the judicial branch) the right to determine if conducting an election is practically impossible and to therefore delay it:

“The Supreme Board of Election shall execute all the functions to ensure the fair and orderly conduct of elections from the beginning to the end, [...]”

The *YSK* has full competence and responsibility from the beginning to the end of the electoral process (“*seçim-*

lerin başlamasından bitimine kadar”). This is not to say that the Board of Election does determine if and when an electoral process starts. The provisions of Articles 77 and 78 are final and *leges speciales* and Article 6 para. 2 of the Law Nr. 2839 specifies that the electoral process begins 60 days before election day.

Elections are what remained from Turkish democracy

What makes the discussion on postponing the polls so critical, is the fact that what solely remained from Turkish democracy through years of an illiberal and right-wing populist government are still relatively effective elections and vibrant electoral campaigns. It is obvious that there is more to a full democracy than heading to ballot boxes every few years. From year to year, freedoms such as of expression, press, information, demonstration, association, strike have been continuously undermined: Thousands of Turks are prosecuted for “insulting” the President who at the same time happens to be chairman of the country's biggest political party and head of government (Article 299 of the Turkish Penal Code, [Law Nr. 5237](#); a clearly unconstitutional provision under the presidential regime à la Turca, *Türk tipi Başkanlık sistemi*). The President regularly and excessively issues decrees postponing, virtually banning strikes (latest example in [Presidential Decree Nr. 6724](#) regarding a strike at Schneider in the province of Kocaeli). Twitter was temporarily [banned](#), presumably because of users' loud criticism of the government's disaster response.

But beneath these countless blows to democratic rights, if there is one thing that makes people still having faith in Turkish democracy's future, it is the expectation that the government, as well as [city mayors](#) and majorities in municipality councils, can peacefully be replaced through somewhat democratic elections. Thus, the voter turnout at the most recent [2019 local elections](#) was as high as 84 percent.

Why the elections will probably not be postponed - and why not

The public as well as the government know that delaying the elections would be a serious breach of taboo with unpredictable political consequences. Although being unconstitutional, it is not impossible. Arınç's influence on the Supreme Board of Election's (*YSK*) judges from the Court of Cassation (*Yargıtay*) and Council of State

(*Danıştay*) is **well known**. The judges of the *YSK* could very well – in breach of the Constitution and **Law Nr. 7062** on the Board's organization and duties – officially state that they do not see a possibility of organizing an electoral process in several earthquake-struck provinces and were therefore forced to act pragmatically (just as they justified their **Decision Nr. 560** to consider not officially stamped voting ballots in the 2017 referendum as valid, which was clearly a violation of Article 98 para. 4 cl. 1 of Electoral **Law Nr. 298** as it was drafted at the time). Since there is **no possibility of appeal** against decisions of the *YSK* (see Article 79 para. 2 cl. 2), its ruling would be final – unless the Constitutional Court surprisingly accepts to intervene by pointing out that the *YSK* did not issue a decision within and on the electoral process, thereby breached its constitutional competences and is obliged to start the electoral process.

At the end of the day, it will not be the ruling AKP's respect and awe for the Constitution which will probably stop it from provoking a postponement of the polls. It will rather be a self-serving decision. Tayyip Erdoğan's political appeal is built on his various electoral successes since 2002. It was always him conjuring the "national will" ("*milli irade*") as sole source of legitimacy of the state and his reign (primarily meaning the will of his own supporters). Once he abandoned his half-hearted enthusiasm for the will of the electorate after Ekrem İmamoğlu's victory

in İstanbul, and after the *YSK* decided to unlawfully annul the 2019 local elections in the country's biggest city, Erdoğan experienced his **biggest political defeat** so far. It **seems like** at the end he will recognize that running away from elections would make everything even more difficult for him. The longer he waits, the more difficult it will become to hide the social and economic consequences of the earthquake disaster and, for example, preserve the value of the already weak Turkish lira. The public anger over his government, which now **shows itself in stadiums**, too, would increase even more.

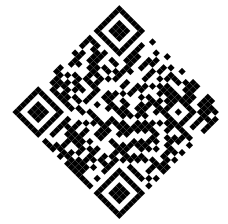
Bülent Arınç's tweet, despite not being proactively promoted by AKP officials, attracted great attention and was viewed nearly 20 million times. However, it received just little over 1,000 likes. More than 12,000 users quoted the Tweet mainly to express their anger at the proposal. There is a widely spread joke on the internet and especially among young people: Turkey's form of government is not a democracy but "*gelen tepkiler üzerine*" ("in response to demand" or "in response to public reactions"), meaning that the AKP government cannot be prompted to act in a way by convincing it through rational political discourses but by big waves of outrage particularly on social media platforms. Seemingly, Turkey has now reached a point where even elections are held *gelen tepkiler üzerine*, in response to demand.

Jessica Schroers

A Unique Identification Number for Every European Citizen

The Proposal for a European Digital Identity Regulation and What it Entails

doi: 10.17176/20230224-185228-0



On 3 June 2021, the [European Commission](#) issued a proposal for a [European Digital Identity Regulation](#) in the context of the review of the [eIDAS Regulation](#). The European Digital Identity proposal seems to not have raised much discussion among legal scholars, even though the digital identity of persons can be an essential aspect of their (digital) lives, and raises several fundamental rights implications.

Despite many other interesting aspects in the proposal, this comment will focus on electronic identification, including the introduction of European Digital Identity Wallets and the issue of unique identification. I argue that the introduction of a unique and persistent identifier could be understandable from a practical point of view, but cannot be accepted due to its risks and the fact that it potentially infringes the German prohibition on general unique identifiers.

What are eIDAS and eIDAS2.0?

The [eIDAS Regulation](#) was adopted in 2014 and has been applicable since 2016, replacing the previous [e-Signature Directive](#). The Regulation has two points of focus: electronic identification and trust services. After an [evaluation](#) of the eIDAS Regulation in 2021, it was concluded that, even though the trust service part was considered as relatively successful, the electronic identity part could be further improved. The [Commission Work Programme](#) for 2021 included proposing a new European digital identity, resulting in the proposal for a European Digital Identity Regulation. The proposal is not meant to replace the eIDAS Regulation, but to amend it (eIDAS2.0).

Interoperability across Member State borders

The eIDAS Regulation aimed to create a cross border solution, so that citizens from one Member State could use their national electronic identification means (e.g. the German nPA) to access the online public services of an-

other Member State. This was done with a voluntary approach: Member States could notify their national electronic identification schemes. If the scheme was accepted, then other Member States were obliged to allow these notified electronic identification means for accessing their online public services. To be able to do this, an eIDAS interoperability framework was necessary. Part of the eIDAS interoperability framework is the exchange of a minimum set of person identification data.

The European Digital Identity Regulation seeks to introduce the concept of European Digital Identity Wallets into the eIDAS Regulation. The basic idea is that, similar to how people have physical wallets which contain their physical ID cards, membership cards, etc., they should also have a digital wallet with their digital identity information. And like it is possible, for example, to prove your name or age with an ID card, driver's license or membership card, with a digital wallet this should be possible online. The objective is that the wallet enables the user to securely request, select, store, combine, delete and present person identification data and electronic attestations of attributes to relying parties (Art. 6a (3) (a) eIDAS2.0).

Person identification data is a set of data which allows to establish the identity of a natural or legal person, or a natural person representing a legal person. Issuing and validating attestations of attributes is a new trust service introduced by the European Digital Identity Regulation. An attribute is a feature, characteristic or quality of a person. This can be something like a person's hair colour, nationality or diploma. The trust service is to provide attestations in electronic forms that allow the authentication of these kind of attributes. For example, a university could attest that somebody has a specific diploma. An aspect that remains unclear is that qualified trust service providers who issue qualified attestations of attributes should be able to verify attributes' authenticity by electronic me-

ans, against the relevant authentic sources at national level, such as a national citizen registry (Art. 45d eIDAS2.0). How exactly that would be done is not clear yet, and raises data protection and security questions.

Finally, under the European Digital Identity Regulation, each Member States is required to issue a European Digital Identity Wallet. Such Wallets must be issued under a notified electronic identification scheme and, accordingly, the previously voluntary notification of national electronic identity schemes will become mandatory for Member States. The timelines vary - in the Commission proposal it's within 12 month after entry into force of the Regulation, in the Council version within 24 months after entry into force of an implementation act. In any case, at some point of time in the future, each Member State is required to notify at least one electronic identification scheme.

Unique and persistent identifier

As mentioned before, a set of minimum person identification data, which is available from electronic identification schemes, is already required by the eIDAS Regulation (Art. 12 (4) (d) eIDAS). Its **mandatory data** include the current family name(s), current first name(s), date of birth and “a unique identifier [...] which is as persistent as possible in time”. However, this seems to not have been enough. The **impact assessment** of the European Digital Identity Regulation proposal states that over 70% of Member States reported that this minimum dataset is not sufficient to match identity records.

Therefore, the European Digital Identity Regulation proposal introduces that the interoperability framework for electronic identification must include a reference to a minimum set of person identification data to uniquely and persistently represent a natural or legal person (Art. 12 (4) (d) eIDAS2.0). As the minimum data would have to be persistent, the possibility to change the unique identifier, which existed under the old eIDAS Regulation, would be lost. Individuals would have one unique identifier for a whole lifetime. The European Digital Identity Wallet must ensure that that this minimum set of person identification data uniquely and persistently represents the person who is associated with the wallet. Further, with Art. 11a eIDAS2.0, a provision on unique identification is included, requiring that, when notified electronic identification means and the European Digital Identity Wallets are used for authentication, Member States shall ensure

unique identification. Member States are obliged to include the unique and persistent identifier in conformity with Union law in the minimum data set, for legally required identification of the user, for example, in health or finance.

Which reasons are given to include it in the proposal?

The **evaluation** states that Member States saw organizational interoperability as the main problem of cross-border interoperability of eIDs. It is supposedly difficult to match the identity to a record using automated means, in particular, when a person owns different notified eIDs. If the receiving Member State is unable to exclude duplication, it may lead to a denial of access. Another reason for denial of service is that some service providers require a national registration number, but not all Member States issue such a number, and obtaining a national registry number often requires physical presence. As the **impact assessment** states, the problem is predominantly linked to the cross border use of eIDs, since at national level citizens' national identifiers and unique national datasets can be used to identify citizens.

Another aspect is the involvement of the private sector. At the moment, the electronic identification provisions of the eIDAS Regulation only apply to digital public sector services, and private sectors can only use the system if the Member State allows it. And while the notified electronic identification schemes can in principle also be issued by private parties, the Member State must endorse and notify them. Notification of an electronic identification scheme entails also that the Member State can, in cross-border situations, be held liable for the attribution of the person identification data to the person and the availability of the possibility for relying persons to confirm the person identification data. The impact assessment states accordingly that Member States will be reluctant to open services and agree to an extension of the system to the private sector, without full assurance on identity matching.

General: Advantages and risks of a unique and persistent identifier

A unique persistent identifier creates the possibility to link different information about a person together. This can be useful or harmful: useful for example, if citizens don't need to provide the same information over and over

again or request it from one public service to provide it to another public service. The services can exchange the necessary information. It is still possible to identify a person and connect them to the information in the database if they, for example, changed their name or address.

For exactly the same reasons it can be harmful: all information about a person can be connected and a full profile can be made, without the knowledge of the person, which can be used to their disadvantage. And a unique persistent identifier means that all the information about a person can be connected throughout one's whole life, even if, for example, somebody changed their name or moved to another country for good reasons and does not want to be linked to the old information anymore. Finally, a unique identifier consistently used across different contexts and sectors can facilitate unlawful data exchange, aggregation and profiling.

Prohibitions to use general unique identifiers

[Art. 87 of the General Data Protection Regulation](#) provides that Member States may further determine the specific conditions for the processing of a national identification number or any other identifier of general applications. However, the GDPR emphasizes the requirement of appropriate safeguards for the rights and freedoms of the data subject.

In Germany, the use of a general unique identification number is considered to be prohibited, based on judgements of the German Federal Constitutional Court; in particular, the [population census decision](#) of 15 December 1983. Regarding the discussion around a general unique identification number in Germany, see the [analysis](#) of the scientific service of the German Bundestag regarding the so-called 'Registernmodernisierungsgesetz'. To fulfil the eIDAS requirement for a unique identifier to be as persistent as possible, in Germany, the pseudonym created by the eID card was assigned as a unique identifier, which

can change when the card changes (see [eIDAS evaluation](#) and the [German notification](#)). It is mentioned in the eIDAS evaluation that the legal implications of the German decision to use a unique (though not persistent) identifier has not yet been challenged in court.

Current status

On 6.12.2022, the Council of the European Union provided its [general position](#), which forms the basis for the preparations for the negotiations with the European Parliament. On 7 February 2023, the [ITRE committee](#) adopted its [position](#), which still needs to receive formal approval from the Members of the European Parliament during the next plenary session. In general, the Council and the Parliament changes of Art. 6a (4) (e) eIDAS2.0, Art. 11a eIDAS2.0 and Art. 12 (4) (d) eIDAS2.0 seem to go into the right direction, whereby the ITRE draft goes further and completely deletes the 'persistent' requirement.

Conclusion

The obligation for Member States to notify electronic identification schemes, together with the obligation to provide a minimum data set with a unique and persistent identifier, de facto means that every European Union citizen would be assigned a unique and persistent identifier - a number. This means that information about them could be linked together across borders and from different contexts. While this may be convenient, it also creates significant risks. The draft version of the Parliament gives hope that the European Digital Identity Regulation can get rid of the requirement of a persistent identifier. Even for a unique identifier, the risks of using it across different contexts and profiling persons should be addressed. In particular, it requires more than good intentions, but the inclusion of a clear requirement in the Regulation to create technical unlinkability, when linking the information is not a legal obligation.

Maximilian Gahntz, Claire Pershan

Action Recommended

How the Digital Services Act Addresses Platform Recommender Systems

doi: 10.17176/20230227-185115-0



After a long drum roll, things are about to get serious for online platforms in the EU. The bloc’s flagship platform regulation, the [Digital Services Act \(DSA\)](#), took effect last fall. A few days ago, on February 17, platforms had to declare how many monthly active users they have in the EU — and whether they cross the threshold for qualifying as a “very large online platform” (VLOP — or a very large online search engine, VLOSE), which would make them subject to the DSA’s most stringent set of rules.

Crucially, the DSA will have a say in what measures companies like Instagram, Twitter, YouTube, or TikTok will have to implement with regard to the recommendation engines they deploy to curate people’s feeds and timelines.

Platforms have long had an outsized effect on our information ecosystem, with widespread societal consequences. They contribute to the spread of hate and violence. They can serve as vectors of disinformation. And they can help malicious actors [challenge the integrity of civic and democratic processes](#) — in the past year alone, social media was used to undermine elections in the [Philippines](#), [Kenya](#), the [United States](#), and most recently [Brazil](#). But in discussions of these issues, the algorithmic systems that determine what content spreads across platforms and what doesn’t have been treated as an afterthought. Instead, discussions have often focused on a narrow view of content moderation; that is, the question of what gets taken down on a platform and what gets to stay up.

The DSA is a departure from that narrow logic, paying closer attention to risks stemming from amplification of harmful content and the underlying design choices. This becomes clear in Recital 70, which refers explicitly to the social implications of recommending. Therefore, while it does still focus on content moderation, it also provides

the most consequential attempt to date to rein in harms caused by platforms’ recommender systems.¹

Still, we argue that it is too early to celebrate: EU regulators have plenty of work left to operationalize and implement the DSA and to ensure that platforms are held to a high standard that marks a true departure from the status quo. Below, we outline what such a standard should entail — and what is necessary to enable vigilant oversight from civil society and independent experts.

Taking stock: the DSA’s treatment of recommender systems

The DSA includes a number of provisions that explicitly address the role of recommender systems. First, the novel approach of the DSA requires VLOPs/VLOSEs to assess and mitigate their “systemic risks” (Articles 34 and 35), also accounting for “the design of their recommender systems and any other relevant algorithmic system” (Article 34 (2)). Article 27 (which applies to all online platforms) is even more direct, providing for a baseline of user-facing transparency around recommender systems. On top of this, Article 38 mandates that VLOPs/VLOSEs must offer at least one version of their recommender system that does not rely on “profiling” under the [General Data Protection Regulation \(GDPR\)](#).

Several other articles also have significant implications in the context of recommender systems, including those related to independent auditing (Article 37), researcher access to data (Article 40), and provisions on platforms’ terms and conditions (Article 14) and statements of reason (Article 17), which also [capture so-called demotion interventions](#).

But how well-suited are these measures for making sure that platforms and their recommendation engines are kept in check? How much remains to be spelled out in

¹The DSA defines a recommender systems broadly as the following: “‘recommender system’ means a fully or partially automated system used by an online platform to suggest in its online interface specific information to recipients of the service or prioritise that information, including as a result of a search initiated by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of information displayed[.]” (Art. 3(s))

secondary legislation and guidance from regulators? And, critically, how much wiggle room is left to platforms?

In a [recent paper](#) for Mozilla, we have outlined a concert of actions that could together chart the path toward a more responsible recommending ecosystem. Furthermore, they can serve as a useful benchmark against which we can assess where the DSA hits the mark, where it falls short, and where strides can be made during implementation.

The interventions we propose in our paper center on transparency toward end-users, the public, and experts; third-party audits of recommender systems; extensive researcher access to data, documentation, and tools; as well as meaningful control for end-users over their experience on platforms and the data collected from them. While none of these interventions alone will be able to contain all negative effects caused by platforms and their recommendation engines, together they could mark significant progress by ensuring more public scrutiny and enabling more (and deeply necessary) research on recommender systems.

So how does the DSA stack up against these recommendations? Will it empower researchers to work towards a better understanding of recommender systems? Will it bring about sufficient transparency to enable genuine scrutiny of these systems? And will it provide end-users with genuine agency?

Third-party-facing interventions

Article 34 compels VLOPs/VLOSEs to conduct regular assessments of a wide range of systemic risks (for example, risks to the exercise of fundamental rights or democratic processes). In doing so, and in devising mitigation measures for the identified risks in line with Article 35, companies also need to take into account the design of their recommender systems. Recommender systems are explicitly listed as risk factors and their adjustment as a risk mitigation measure. While also focusing on a number of other factors, it is clear that these provisions understand recommender systems as a key lever in preventing harm and mitigating risks — and force platforms to consider this in their due diligence and product development.

The independent audits VLOPs/VLOSEs need to undergo with respect to their due diligence obligations further underline the role of recommending. While [these audits](#) (the details of which are still being defined) are going to be broader in scope than just considering re-

commender systems, they should examine whether platforms' self-assessment and risk mitigation measures adequately address the role of these systems.

Further, platforms have proven time and again that they can be bottlenecks for or actively deter scrutiny of their inner workings. Twitter's [recent move to restrict access](#) to its third-party application programming interface (API) is a case in point. So are, for example, Meta's moves to [shut down independent research projects](#) studying its platforms. This is why the researcher access provisions in Article 40 are critical to enable researchers to access data without having to rely too heavily on platforms' goodwill. This will not only create a more robust evidence base around platforms' operations and their impact on society. It also adds a layer of scrutiny on top of risk assessments and audits, and a resource that auditors can draw on. Researcher access will help us better understand potential risks of recommending and the effectiveness of countermeasures.

End-user-facing interventions

Creating transparency

While platforms have made significant strides when it comes to transparency around content moderation, details about how their recommendations work are still scarce. Article 27 of the DSA marks some progress in this regard, mandating all online platforms (not just VLOPs/VLOSEs) to disclose, in “plain and intelligible language,” the main parameters of their recommender systems (including their relative importance) as well as any options for end-users to change them. However, whether this will actually serve the goal of creating meaningful transparency will depend on how this provision is interpreted and implemented.

First, even if the information provided by platforms is actually useful, it may be insufficient if it's hidden away in platforms' terms of service. As [user research from the Center for Democracy and Technology](#) demonstrates, *where* and *how* the information is presented matters. For instance, the research found that users preferred information about recommender systems to be presented in a way that is visual, interactive, personalized, and that would allow them to directly exert control over the system. Little if any of this can reasonably be accomplished in platforms' terms of service. It would therefore be preferable if this information became part of a designated information page or transparency report.

Second, it is not a given that the information provided by platforms is sufficient. Given the ambiguity of the language used in Article 27 — for example, what are the main parameters or *most significant* criteria? — it is important that platforms are held to a high standard, instead of being allowed to set the stage for “transparency theater”.² Further, Article 27 focuses on information that is provided to users. However, as we note in [our paper](#), platforms should also disclose information that may be more relevant to an expert audience. This could include, for example, information about the design of the system, the key metrics their recommender systems optimize for, or the data they use. In other words, it is important to also consider the different recipients of transparency.

It has become a truism that platforms optimize for engagement, but the devil is in the details: How do platforms operationalize engagement? As platforms might argue, this is not necessarily a straightforward task — but it is possible. For example, the German public broadcaster ZDF has recently [released detailed information](#) on recommender systems used in its online streaming services, as well as formal definitions of the underlying key metrics.

Enabling user control

For VLOPs/VLOSEs, Article 38 comprises the obligation to offer recommendations that do not rely on profiling within the meaning of Article 4(4) of the GDPR. This equips users with more control over their experience on the service and the data it can use. Still, this sets as a baseline only a binary choice between recommendations that either do or don’t use profiling. Ideally, users should have at their disposal more fine-grained controls to determine what data can inform their recommendations, and from which sources this data can be gathered.

Furthermore, experience has shown that such options can be well-hidden by platforms, which have every commercial incentive to do so. Regulators should be wary of [deceptive design practices](#) that try to dissuade users from exercising the choice afforded to them by Article 38. Article 25 on online interface design should be read as requiring platforms to present these choices fairly.

Shining a light on content demotion

Finally, it not only matters what platforms’ algorithms recommend, but also what they don’t recommend. In addition to removing content or suspending accounts, platforms also intervene to [reduce the visibility of content](#) (often also referred to as demotion, de-amplification, or “shadowbanning”). Whereas most major platforms inform users if their posts or accounts are removed or blocked, demotion tends to take place quietly. However, demoted content is neither illegal nor in violation of platforms terms of service — otherwise it would be removed. Instead, platforms take action against it because they deem it acceptable but also undesirable. Paradoxically, this leads to a situation in which interventions against the least harmful content come with the least transparency and due process for users. The DSA is likely to shed some much-needed light on this practice. By including demotion within the scope of its definition of content moderation, the practice becomes subject to some of the due diligence provisions in Chapter III of the DSA. This means, for example, that platforms need to disclose demotion policies and practices in their terms and conditions (in line with Art. 14) and that, as a general rule, users should be notified if their content is demoted.

There’s homework left for everyone

It is now up to platforms to make sure they take the steps necessary to comply with the DSA — and for regulators to ensure that service providers live up to the spirit of the law. Much in the DSA shows promise but remains to be detailed. Upcoming secondary legislation and guidance can make the difference between rubber-stamping compliance and meaningful change in the platform and content recommending ecosystem.

The way that these new obligations on recommendation get translated into user experience can make all the difference. Platforms should assume their new obligations in good faith, and civil society, the research community, and end-users should hold them to that.

²For instance, simply saying that content is being shown because the end-user liked similar content does not offer meaningful insight into a recommender systems parameters.

Max van Drunen, Natali Helberger, Ronan Fahy

The Platform-Media Relationship in the European Media Freedom Act

doi: 10.17176/20230213-113133-0



The [European Media Freedom Act](#) (EMFA) proposal takes aim at very large online platforms' (platforms) gatekeeping power over access to media content. It focuses on two issues with platforms' gatekeeping power in particular. One, it argues platforms limit users' access to trustworthy content when they apply their terms and conditions to media organisations that exercise editorial responsibility and produce news in line with journalistic standards. And two, it argues that quality media may serve as an "antidote" to the disinformation and other polarising content that platforms amplify. To address these issues, the EMFA aims to reshape the relationship between media and platforms. Media organisations will be afforded special transparency and contestation rights on platforms (Article 17 EMFA), and engage in a structured dialogue with platforms on issues such as access to disinformation versus quality content (Article 18 EMFA).

By providing media organisations a special position on platforms, the EMFA risks changing the media's role and relationships with other actors in ways that run counter to its overall objective to secure media freedom. This danger is most apparent in three dimensions, which we explore in turn: the media's dependence on public authorities; the media's role in addressing disinformation; and platforms' role in fundamental rights governance, which we explore in turn. First, however, we will briefly explain how the EMFA regulates relationship between platforms and media organisations.

Regulation of the platform/media relationship in the EMFA

A key question, explored [in more detail](#) by Joan Barata, is which media organisations will qualify for the privileges afforded by the EMFA. The EMFA defines media services as those where the principal purpose of the service or a dissociable section thereof consists in providing programmes or press publications to the general public, in order to inform, entertain or educate, under the editorial

responsibility of a media service provider. Article 17 EMFA furthermore only applies to media organisations that have declared to a platform that they are independent and subject to (self-)regulation. As Barata argues, the media definition under EMFA is an overly "limited" definition, which is not "aligned" with international and European human rights standards, and "discriminatory", as it excludes "certain forms of media and journalistic activity".

Transparency

Article 17 EMFA requires platforms to annually publish information on the grounds for and number of times they suspended or restricted access to the content of media organisations in its scope. It also requires platforms that suspend content of such media organisations to take "all possible measures" to inform the organisation of the facts and grounds that led to the suspension before it takes effect. An early draft of the EMFA [leaked by Contexte](#) also required platforms to "include meaningful information on the impact of that decision on freedom of expression, including from the perspective of media pluralism". This language was removed from the final text.

The added value of these transparency provisions is [limited](#) compared to the rights the Digital Services Act (DSA) affords all platform users. The DSA requires an extensive statement of reasons is provided when platforms restrict access to content (including information on the facts and grounds of the decision as well as information on the use of algorithms to detect violative content). These statements must continuously be added to a database of moderation decisions operated by the Commission. The EMFA's added value from a transparency perspective, then, is that media organizations must (if possible) be given limited information before their content is removed, and platforms' decisions to remove or restrict access to media content must annually be aggregated in one transparency report.

Dialogue

Under article 17 EMFA platforms must also ensure complaints submitted by media organizations regarding, among others, moderation decisions and technical issues, are processed with priority and without undue delay. Media providers that believe a large platform frequently takes restriction or suspension decisions without sufficient grounds can require the platform to “engage in a meaningful and effective dialogue with the media service provider, upon its request, in good faith with a view to finding an amicable solution for terminating unjustified restrictions or suspensions and avoiding them in the future”. The media provider may notify the European Board for Media Services (the Board) of the outcome. The Board consists of the different EU media authorities and, among other things, has the task of supporting the Commission to ensure the correct and consistent application of the EMFA.

Article 18 EMFA requires the Board to organize a dialogue between platforms, media service providers, and civil society. Note that Article 18 EMFA applies to media service providers, not only those that fall under Article 17. The dialogue should cover experiences with and best practices for applying Article 17, fostering access to diverse offers of independent media, and adherence to self-regulation covering harmful content such as disinformation. The outcome of the dialogues must be reported to the Commission. Article 18, in short, goes beyond regulating platforms’ moderation of media content. It covers the availability of objectionable and diverse content on platforms more broadly, by addressing the way platforms expose users to disinformation and diverse content.

The media’s dependence on regulatory authorities

At first glance, the EMFA’s efforts to reset the platform-media relationship may seem to not amount to much. The EMFA forces platforms into various dialogues with media, but a lack of dialogue was not the issue in this relationship – the imbalance of power was. Articles 17 and 18 EMFA themselves do not impose substantive obligations on platforms that change this power dynamic. Instead, they rely on soft regulatory power by having the outcomes of formal dialogues reported to the Board (Article 17) and the Commission (Article 18). The scrutiny of these institutions, and in particular the threat of future more stringent regulation or enforcement guidelines, is

what strengthens the media’s position in these dialogues.

The DSA adds weight to the threat of more stringent enforcement, as it empowers the Commission to impose substantive obligations (backed up by the threat of heavy fines) regarding the way platforms moderate content. Most notably, the systemic risk provisions require platforms to take measures (such as adapting their moderation and recommender systems) to safeguard against systemic risks, including risks to media freedom and civic discourse. Article 14 DSA, furthermore, requires platforms to have “due regard” for the “freedom and pluralism of the media” (among other rights and interests) **when enforcing their terms and conditions**. As Quintais, Appelman, and Ó Fathaigh have argued, this provision can be used to require platforms to take the fundamental rights, including media freedom, into account when applying their terms of service.

The EMFA itself says very little about the ways in which the Commission and the Board should use their regulatory power in the context of the envisioned dialogues. For example, there does not seem to be an accountability mechanism for decisions by the Board about which media qualify for the Article 18 structured dialogue. There is also no explicit procedure or process set out in the EMFA for what the Board must do if a media organisation reports a conflict under Article 17. This limits accountability and oversight over the ways in which regulatory authorities intervene in the relationship between media and platforms. It also makes media’s privileges on platforms fully dependent on the way in which regulatory authorities decide to exercise their discretion. The freedom of choice this affords regulatory authorities, in particular by determining which media’s position on platforms is strengthened in practice, poses serious risks regarding their involvement in the way expression is governed on platforms.

“Structured dialogue” and the media’s role in disinformation governance

The EMFA may also affect the relationship between the media and various regulatory authorities by involving media in the governance of specific issues, most notably disinformation. Article 18 requires the Board to organise a “structured dialogue” between invited media and platforms, to “monitor adherence” to self-regulatory initiatives aimed at “protecting society from harmful content,

including disinformation and foreign information manipulation and interference”. There is potential for this provision to be quite problematic, if the EMFA and regulatory authorities have grounds to view disinformation as not just a platform problem, but also a distinct media problem. This is especially the case, given that media in the EU are already being targeted under member state disinformation laws. Even the Commission’s 2022 Rule of Law report contains “serious concerns” on Greece’s criminal law on “false news”, designed to prevent the spread of disinformation and the risks it poses for journalists. It is quite significant, then, that for the first time in EU legislation, media will be explicitly associated with disinformation and foreign interference, and it is especially disappointing in a piece of legislation supposedly on “media freedom”. The media have never been part of the EU Code of Practice on Disinformation. Similarly, none of the obligations the Digital Services Act imposes on platforms explicitly mention disinformation or foreign interference. Indeed, the EMFA will be the first piece of EU legislation containing a specific provision on these two concerns.

Recital 36 EMFA explicitly envisages the Article 18 mechanism to build upon the Board’s role in “monitoring compliance” with the Code of Practice on Disinformation. As such, it needs to be carefully ensured that the Article 18 mechanism does not morph into something akin to the Code, with binding obligations and oversight for not only platforms, but also the media. As documented by both international and European human rights bodies, disinformation and fake news laws are being used to target media outlets in Europe. Three Dutch media outlets were famously forced to initiate legal proceedings to be taken off a list labelling them as “disinformation outlets”. As such, it is essential that the Article 18 dialogue, which will involve representatives of regulatory authorities from all EU member states, never veers towards viewing disinformation as a media problem, and maintains the view, recommended under human rights standards, that promoting freedom of the media is a “key means” to address disinformation.

The privatisation of fundamental rights governance

More generally, both the EMFA and DSA signal quite an astounding shift in the operationalisation and governance of fundamental rights. A key concern around (automated) content moderation are the possible implications this can have for the democratic role of the media,

the functioning of the public sphere, and the fundamental rights to freedom of expression for platforms, media and citizens. Maybe what Articles 17 and 18 *really* are is a glimpse into a future, where monitoring potential interference with fundamental rights is no longer a matter for courts and regulatory authorities in the first place, but rather for platforms. This is a trend that has started with the systemic risk provisions in the DSA, according to which it is platforms’ task to identify and mitigate “any actual or foreseeable negative effects for the exercise of fundamental rights” (Art. 34 (1) DSA). In so doing, the DSA gives platforms considerable discretion (subject to external audits) in determining when exactly conflicts with fundamental rights are at stake, and whether to revisit the design of the service, the terms of use, advertising practices or internal monitoring procedures in response (Art. 35 DSA).

The EMFA, arguably, takes this discretion further. Safeguarding the interest of media freedom and other fundamental rights is essentially turned into a matter of VIP customer management. On the one hand, Article 17 does acknowledge the pivotal role of the media in democratic societies (on the questionable and potentially discriminatory definition of the media, see this [blog](#) by Barata). On the other hand, the proposed solution boils down to transparency, a “meaningful and effective dialogue” and “finding an amicable solution”. The rule of law and procedural rights are replaced by a “meaningful and effective dialogue”. In case an interference with fundamental rights is found, an authoritative declaration of its impermissibility is turned into “finding an amicable solution.” What is missing are any more concrete requirements regarding measures to be taken (like in Art. 35 of the DSA) and a critical discussion to what extent fundamental rights and public interests should at all be subject to negotiation. Needless to add that the amicability of any solution will very much depend on how equal the negotiation power at the table is, and how deep the structural dependencies are.

Conclusion

The EMFA’s focus on transparency and dialogue should not draw attention away from its serious implications for the media’s dependence on supervisory authorities, the media’s role in disinformation governance, and platforms’ role in fundamental rights governance. These issues are particularly important given that in the context

of the other main piece of EU media law, the Audiovisual Media Service Directive, light-touch regulatory approaches have regularly been strengthened in later revisions.

Under the current approach, the way the EMFA reshapes the platform-media relationship runs counter to its stated goal of securing media freedom.

Amelie Röhling, Johannes Weil

“Marg bar Khamenei”

Art. 14(4) DSA in Light of Iranian Online Protest

doi: 10.17176/20230204-113045-0



A Protest Slogan reviewed by Meta and its Oversight Board

Despite the Iranian regime’s extensive efforts to control the online sphere, social media are still **important platforms for dissent** in Iran and beyond. The limits of criticizing the Iranian government – or, more specifically, a slogan popular with the current protest movement and its supporters – also played a role in a **mid-January decision** by Meta’s Oversight Board (OB), the appellate body for content moderation decisions, whose rulings Meta considers binding.

The case involved a Facebook post from July 2022 in a group dedicated to supporting freedom in Iran. It featured a cartoon of Iran’s Supreme Leader, Ayatollah Ali Khamenei, holding a chained, blindfolded woman with hijab in his fist-shaped beard. Below the image, a caption written in Farsi reads “marg bar” the “anti-women Islamic government” and “marg bar” the “filthy leader Khamenei”. “Marg bar” is literally translated as “death to”, but in the political context of Iran it is often **used to mean “down with”**.

After another user reported the post, Meta removed it for violating its **community standards** against violence and incitement. The user account also received a warning and two functional restrictions: The user was unable to create new content on Facebook for one week. For 30 days, he was prevented from posting or commenting in groups, inviting new members to groups, or creating new groups.

An appeal against Meta’s decision was precluded by an automated prioritization system. After the user appealed to the OB, it overturned the platform’s decision on the grounds that the slogan was worthy of protection and should be understood in the political context of Iran.

Integrating Fundamental Rights into Content Moderation

In making its decisions, the OB explicitly **considers** international human rights standards.

At EU level, the recently adopted **Digital Services Act** (DSA) even brings the fundamental rights dimension of content moderation into secondary law. Art. 14(4) DSA provides for an unprecedented obligation, which requires social media platforms to act in a proportionate manner in applying and enforcing their terms and conditions, with due regard to the rights and legitimate interests of all parties involved, including the fundamental rights of their users as enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights.

But how can this rather **vague** provision be operationalized? How can it be applied to a concrete case like the one outlined above?

Identifying the Relevant Rights and Interests

The first step is to determine which fundamental rights need to be considered. Art. 14(4) DSA explicitly addresses the rights of the recipients of the service such as freedom of expression and freedom of the media. This points to the fact that enforcing the rules of communication leads to a restriction of users’ expressive possibilities protected by Art. 11(1) CFR.

Since service providers hold fundamental rights as private entities too, their interests must be considered as well. This is not contradicted by the fact that Art. 14(4) DSA appears at first glance to unilaterally oblige the platforms to the users’ fundamental rights. The open wording (“with due regard”) and the requirement of proportionality leave room for a balancing process that also takes the interests of the intermediaries into account.

As the rules of communication are part of the user contracts, their establishment and enforcement fall under the freedom to conduct a business protected by Art. 16 CFR, which includes **freedom of contract**. Furthermo-

re, content moderation aims to keep the network attractive to users and advertisers, thereby serving economic interests of the providers, equally covered by Art. 16 CFR. Whether the service providers can rely on freedom of expression is less straightforward to answer (see generally Schiedermaier/Weil, DÖV 2022, 305). The ECJ has not explicitly addressed this issue yet. However, content moderation falls under the scope of Art. 11(1) CFR since by moderating certain forms of content, providers are **expressing** in an evaluative way which contents and actions they disapprove of on their platforms. It also seems plausible that the service providers may invoke **freedom of the media**, as they provide a mass communication forum and control it in a substantial way by implementing rules and enforcing them.

The multi-layered constellation on social networks involving numerous stakeholders requires that third parties are taken into account (Denga, EuR 2021, 569 [593]), which is why Art. 14(4) DSA explicitly addresses the rights and legitimate interests of all parties involved. Indeed, content moderation not only serves the interests of the providers, but also those of third parties. The community standards on violence and incitement, cited by Meta in this case, serve to protect the right to life and physical integrity. In addition, the protection of Khamenei's reputation, which the ECHR also **grants** to non-European heads of state, might be considered here. Similarly, third parties can be negatively affected. Other recipients are denied (potential) access to the user's information by removing the post and limiting the user's ability to express themselves (cf. *Google Spain*, para. 68 f. & 81).

Special Obligation for Service Providers

How are the rights involved to be balanced in the context of Art. 14(4) DSA? Although the provision conceptualizes a unilateral obligation of the provider, it is clear that it does not envisage a strict proportionality test as applied to state measures, since the providers themselves have fundamental rights. Still, Art. 14(4) clearly places the emphasis on the platforms' obligation to fundamental rights, which may be understood as a regulatory response to the asymmetrical relationship between providers and their users. This places a stronger obligation on the platforms to their recipients than is usually the case in the relation of private actors, who are, in principle, equally situated as non-state entities. However, to recognize the platforms' interests and set them apart from the sta-

te, they must be granted a wider margin of discretion for classifying statements under their communication rules and the proportionality of the chosen measure (Denga, EuR 2021, 569 [594]). In line with the tiered approach of the DSA, this margin should vary depending on the platform's reach, market power, and importance to the public debate (cf. Recital 47, 57 & 75 f. DSA).

Reviewing the Statement in light of European Case Law

Apart from that, the usual principles for the legal relationship between private parties apply. As required by the ECJ, a **fair balance** must be struck between the conflicting fundamental rights of all parties involved. For this purpose, it is useful to take a look at the speech-specific criteria developed by the ECJ and, especially, the ECHR to assess the statement's worthiness of protection.

A key aspect is the democratic significance of the expression: While there is little room for restrictions on issues of **public interest**, artistic, or scientific expressions, purely **commercial** or entertaining statements are less worthy of protection. The post, including the cartoon, clearly falls under the special protection of political speech as it is intended to criticize the Iranian regime and the Supreme Leader, in particular the oppressive policies towards women and the mandatory hijab law.

Call for Violence or Legitimate Protest?

Meta's classification of the post as call to violence refers to a special class of cases. When reviewing statements that allegedly stir up or justify violence, the ECHR considers **various factors**. If the statement is made against a tense political or social background, this may suggest that some kind of restriction is permissible. The post was published in July 2022 – so before the mass protests and related clashes between demonstrators and Iranian state forces started in September. But that should not matter here anyway: It would be contrary to the nature of freedom of expression if speech against the government could be suppressed by referring to a tense situation largely caused by the state itself. After all, it is Iranian security forces that have used **excessive and lethal force** against even peaceful protests.

Probably the most important factor is whether the statement, fairly interpreted and considering its context, can truly be understood as a call to violence. As Meta's Oversight Board pointed out, the disputed slogan "marg

bar ... Khamenei” literally means “Death to Khamenei”, but “marg bar” has been used in the context of protests in Iran mostly in the sense of “down with”. The latter meaning seems more plausible here too, since the slogan is equally directed at the Iranian government as an institution, and because of the political nature of the post as a whole. So, the Oversight Board is correct in stating that this is “a rhetorical, political slogan, not a credible threat”.

Finally, the nature and form of the expression as well as possible consequential damages must be considered. In addition to the threatening potential of an expression, the prospect and extent of dissemination may also be relevant. With regard to online communication, the ECHR [emphasized](#) that it poses a potential danger because content can be disseminated worldwide in a matter of seconds and sometimes remains permanently available online. On the other hand, as the Court stated, the ability of users to create their own online content represents an unprecedented form for the exercise of freedom of expression. Both Meta and the Oversight Board concluded that the posting was not likely to cause actual harm. Rather, in the absence of real alternatives beyond the control of the Iranian regime, the importance of social media as a platform for Iranian dissidents and their supporters, both in Iran and in Europe, to freely exchange views must be considered.

In light of European case law, balancing under Art. 14(4) DSA leads to the conclusion that Meta did not sufficiently take into account the author’s freedom of expression when applying its violence and incitement policy. What is at issue here is political speech, outweighing the predominantly commercial interests of the provider and limiting its discretion, which is already narrowed by Facebook’s [market-leading position](#). As for Khamenei, the protection of his reputation can still be invoked. However, the limits of permissible criticism for politicians in their official capacity, in which the Supreme Leader is addressed by the post, are much [broader](#) and – in this case – outbalanced by the public interest of the topic.

Proportionality of Moderation Tools

The next question is whether the concrete measures taken by the platform are proportionate within the meaning of Art. 14(4) DSA. Central to this are the nature and severity of the [moderation act](#). In addition, the statement’s

worthiness of protection is decisive, which is why in the present case, due to its political significance, higher requirements must be met.

Both measures taken were serious. Removing a post is the most severe content-related action as the statement is completely suppressed. And even though the account’s functional restrictions were only temporary, they were particularly severe because they extend to the Iranian government’s proclaimed “Hijab and Chastity Day”, which is often [used by critics](#) of compulsory hijab to protest. The author was denied this opportunity in that he could not express himself via Facebook. As the OB rightly points out, account restrictions “can shut people out of social movements and political discourse in critical moments, potentially undermining calls for action gaining momentum through Meta’s products.”

Such grave measures should be reserved for content that infringes the rights of others significantly or constitutes a serious violation of the terms of service.

The Issue of Automation

A special constellation of problems arises when AI systems are used for automatically detecting and classifying content: AI systems have shown [deficits](#) in accurately understanding the context of an expression, which is essential to correctly interpreting speech, as evidenced by the phrase “marg bar”.

These inadequacies in classification may lead to *over-blocking* of content. Even if the error rate is low, given the large scale of social media content, this can result in huge impairments of the fundamental rights of users and content providers. On the other hand, the advantages for the service providers and potentially affected third parties are obvious. The automated systems allow a comprehensive review of online content that is significantly faster and less expensive than purely human moderation (see Finck, [Artificial Intelligence and Online Hate Speech](#), 2019, 6 f.).

In the present case, the rejection of the complaint submitted to Meta by the author was automated. As described by the OB, a complaint was automatically closed by Meta if a certain threshold was not reached. This was influenced by, among other things, the type and virality of the content, the severity of the violation, and the amount of time that had passed since the content was published. Such a prioritization system seems inherently inappropriate, if it filters out highly political posts, which is why

the OB recommends that Meta revise the indicators. In the context of the DSA, such a practice is not even permissible. Art. 20(4) DSA requires a diligent substantive examination of each complaint. And Art. 20(6) DSA stipulates that the decision on the complaint against a moderation act must not be made solely by automated means.

As long as the error rate seems tolerable, Art. 20(6) DSA provides an appropriate solution to the conflicting interests concerning automated moderation, which remains possible at least in the first decision. If the error rate is too high, very large online platforms, as defined in Art. 33 DSA, are required under Art. 34(1) DSA to assess systemic risks posed by their algorithmic systems at least yearly. This includes negative effects on freedom of expression, originating from a moderation system with a significant error rate.

Furthermore, Art. 35(1) DSA requires platforms to take measures mitigating the identified risk, including adjustments to the moderation process (lit. c) and algorithmic systems (lit. d). In the case of automated moderation, this not only includes reducing the error rate, but also implementing other safeguards. For example, a human decision maker could be involved at the time of the initial decision to review the automated result rather than leaving it entirely up to the AI system.

However, since these obligations usually apply only annually and the threshold for classifying a platform as “very large” is – considering the average of 45 million active users per month (Art. 33(1) DSA) – set very high, protection gaps will likely arise in this regard. With regard to upload filters for copyright infringing content, the ECJ has recently **emphasized** that these are only compatible with Art. 11(1) CFR if sufficient safeguards ensure that the systems can adequately distinguish between permissible and impermissible content (see generally Reda, *VerfBlog*, 2022/5/02). If the system is not sufficiently accurate and Art. 34 f. DSA do not apply for the aforementioned reasons, from a fundamental rights perspective, a corrective

may be called for, which can be based on Art. 14(4) DSA and could consist of, for example, involvement of a human decision-maker in the initial decision-making stage.

Conclusion

With the help of European case law on freedom of expression, some substance can be attributed to Art. 14(4) DSA. Within the territorial scope of the DSA (Art. 2(1) DSA), the democratic-functional conception of the European approach to freedom of expression guarantees robust protection for political speech, which resonates with the current Iranian protest movement and its supporters. Against this background, the decision of the OB seems very convincing in its reasoning and result, which are based on a profound human rights approach. But in terms of automation, the OB only sticks to recommendations, while the DSA provides some actual procedural safeguards.

Nevertheless, due to the European courts’ multifaceted approach, a certain degree of uncertainty remains with respect to Art. 14(4) DSA. This is ultimately unavoidable, as the area of freedom of expression is best decided on a case-by-case basis, making concrete regulation difficult.

This article contains extracts from Röhling/Weil, Die Grenzen privater Normsetzung durch soziale Netzwerke, in: Schrör/Keiner/Müller/Schumacher (eds.), Entscheidungsträger im Internet, 2022, 151, <https://doi.org/10.5771/9783748934981-151>, licensed under CC BY-SA 4.0.

The authors acknowledge the financial support by the Federal Ministry of Education and Research of Germany and by Sächsische Staatsministerium für Wissenschaft, Kultur und Tourismus in the programme Center of Excellence for AI-research “Center for Scalable Data Analytics and Artificial Intelligence Dresden/Leipzig”, project identification number: ScaDS.AI.

Rosa-Lena Lauterbach

Im asylrechtlichen Niemandsland zwischen Europa und Italien

doi: 10.17176/20230216-233122-0



Im Februar 2020 hatte Italien schon einmal [alle Überstellungen unter Bezugnahme auf die Last der Covid-19-Pandemie ausgesetzt](#). Jetzt lässt der Staat erneut keine Geflüchteten mehr an sich überstellen. Seit kurz vor Jahreswechsel befinden sich Geflüchtete, deren Asylanträge nach der so genannten [Dublin-III-Verordnung](#) in Italien bearbeitet werden müssten, deshalb in der Schwebe. Sie werden nicht nach Italien überstellt, doch auch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) hält sich nach §29 Abs. 1, Nr. 1, lit. a) AsylG für nicht zuständig für ihren Antrag auf internationalen Schutz. Das bedeutet für die Betroffenen eine Status-Hängepartie, ihr Asylgesuch wird vorerst nicht bearbeitet.

Herbeigeführt hat diesen Zustand die neue Regierung unter Giorgia Meloni, deren Innenministerium in einem Schreiben von Dezember 2022 allen Mitgliedsstaaten der Dublin-III-VO mitteilen ließ, dass Überstellungen in die Italienische Republik derzeit [vorübergehend suspendiert](#) seien. Wie diese kurze Mitteilung zu bewerten ist, ist eine Herausforderung – nicht nur in politischer, sondern auch in rechtlicher Hinsicht.

Einige Staaten sind öfter zuständig als andere

Um das Problem zu erfassen, lohnt es sich, zunächst einen Blick in die vielschichtigen Zuständigkeitsregelungen des dritten Kapitels der Dublin-III-VO zu werfen. In absteigender Berücksichtigungsreihenfolge gelten für bestimmte Schutzsuchende besondere personenbezogene Zuteilungsgründe. Liegen solche nicht vor, richtet sich die Zuständigkeit für einen Asylantrag nach der Einreise, für deren Beurteilung das Verursacherprinzip maßgeblich ist. Derjenige Mitgliedsstaat, der die Einreise erlaubt oder den illegalen Grenzübertritt zugelassen hat, ist zuständig. Nur, wenn keine dieser personen- oder verursacherbezogenen Regelungen vorrangig Anwendung findet, ist der erste Mitgliedsstaat zuständig, in dem der Geflüchtete einen Antrag auf internationalen Schutz stellt. Diejenigen Mitgliedsstaaten der Dublin-III-VO, die Geflüchte-

te auf dem Land- oder Seeweg als erste erreichen, sind demzufolge öfter für internationale Schutzgesuche zuständig als solche, die umgeben sind von einer oder mehreren Landgrenzen mit anderen Mitgliedsstaaten.

Stellt ein Mitgliedsstaat seine Unzuständigkeit fest, kann er die geflüchtete Person an den seiner Ansicht nach zuständigen Staat überstellen. Für Deutschland strebt das BAMF in solchen Fällen ein Aufnahmeverfahren nach Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO an, welches grundsätzlich nach drei Monaten beantwortet werden muss.

Verweigerung der (Wieder-)Aufnahme von Geflüchteten

Gegen die Schieflage in der Verteilung der Zuständigkeit zur Bearbeitung internationaler Schutzgesuche versuchen sich die Mitgliedsstaaten immerfort zu wehren. Die einen Mitgliedsstaaten kommen den Aufnahmeverfahren [gar nicht erst nach](#), während die anderen versuchen, das Aufleben ihrer nachrangigen Zuständigkeit um jeden Preis zu verhindern. Als Italien 2020 unter [Verweis auf die Covid-19 Pandemie alle \(Wieder-\)Aufnahmeverfahren von Geflüchteten abbrach](#), reagierte das BAMF, indem es die Betroffenen darauf hinwies, dass die Frist zur Beantwortung ihres Überstellungsge- suchs ausgesetzt sei (nach §80 Abs. 4 VwGO i.V.m. Art 27 Abs. 4 Dublin-III-VO). Die Zuständigkeit der Bundesrepublik sollte dem BAMF zufolge also nicht nach Ablauf einer sechsmonatigen Frist eintreten, wie eigentlich in Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehen. Stattdessen sollte abgewartet werden, bis die zuständigen italienischen Behörden wieder in der Lage wären, Überstellungen zu bearbeiten.

Betroffene waren infolgedessen mit Ungewissheit konfrontiert. Ihr Asylgesuch, so die Entscheidung des BAMF, würde nicht bearbeitet, bis Italien das Überstellungshindernis beseitigt hätte.

Dieses Vorgehen verstieß indessen nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gegen das Recht der Geflüchteten auf zügige Durchführung ihres Asylverfah-

rens.¹ Über ein Asylgesuch müsse zügig entschieden werden, um den Verfahrensgarantien der Dublin-III-VO zu entsprechen. Die Frist auszusetzen, so das Gericht, sei unzulässig, da schon ihrer Verlängerung nach Art. 29 Abs. 2, S. 2 Dublin-III-VO Ausnahmecharakter zukomme.²

Weist die aktuelle ungewisse Lage auf systemische Schwachstellen hin?

Die aktuelle Situation ähnelt dem Sachverhalt der Entscheidung des EuGH. Erneut werden die Zuständigkeitsnormen der Dublin-III-VO auf die Probe gestellt. Das BAMF kann auch jetzt weder nach Italien überstellen oder abschieben, noch sieht es sich selbst als zuständig für die Asylanträge an. Es lehnt sie ab, womit Geflüchtete abzuwarten gezwungen sind, ob und bis Italien die Suspendierung aufhebt.

Gegen diese unsichere Überstellungslage haben nun einige Geflüchtete vor den Verwaltungsgerichten Klage erhoben. Dort argumentierten ihre Prozessbevollmächtigten vordergründig, dass in Italien schwerwiegende Schwachstellen in der Bearbeitung von Asylanträgen herrschten, die einer Überstellung nach Art. 3 Abs. 2, S. 2 Dublin-III-VO entgegenstünden. Die italienische Suspendierung weise auf dauerhafte systemische Mängel des Asylsystems und der Aufnahmebedingungen hin.

Wird den Betroffenen von den Verwaltungsgerichten zugestimmt, lebt die Zuständigkeit der Bundesrepublik für die Bearbeitung ihrer Asylanträge auf (Art. 3 Abs. 2, S. 3 Dublin-III-VO).

Dazu müsste jedoch festgestellt werden, dass es in Italien wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in diesem Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4

der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen, vgl. Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO.

Es kommt also auf die Auslegung der systemischen Schwachstelle im Lichte von Art. 4 der EU-Grundrechtecharta (GrCh) an. Der EuGH entschied einst zur wortgleichen Dublin-II-VO, es dürfe nicht an einen zuständigen Mitgliedstaat überstellt werden, wenn nicht unbekannt sein könne, dass die systemischen Mängel des dortigen Asylverfahrens eine Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung befürchten ließen.³ Dabei ist nach neuerer Rechtsprechung von einer besonders hohen Schwelle der Erheblichkeit auszugehen.⁴ Die Mitgliedsstaaten begegneten einander grundsätzlich mit gegenseitigem Vertrauen, womit die Schwelle nur erreicht sei, wenn die Bedingungen innerhalb des Mitgliedstaats von öffentlicher Unterstützung abhängige Personen in extreme materielle Not fallen ließen.⁵ Erforderlich sei ein mit der Menschenwürde unvereinbarer, physisch oder psychisch gesundheitsgefährdender Zustand. Diese Schwelle müsste hinsichtlich der Italienischen Republik erwiesenermaßen erreicht sein.

Ist die besonders hohe Schwelle der Erheblichkeit in Italien erreicht?

Zur Begründung des Aufnahmestopps zog das italienische Innenministerium plötzlich auftretende technische Gründe und die Nichtverfügbarkeit von Aufnahmekapazitäten heran.⁶

Wie diese vorübergehende Suspendierung zu bewerten ist, wird unterschiedlich gesehen. Das Verwaltungsgericht Göttingen folgte dem Vorbringen des BAMF, wonach schon der Wortlaut des Schreibens („suspend“) nicht für eine grundsätzlich fehlende (Wieder-)Aufnahmebereitschaft der Italienischen Republik spreche.⁷ Die Erklärungen des Innenministeriums

¹ EuGH Urt. v. 22.9.2022 – C-245/21, C-248/21, BeckRS 2022, 24503, Rn. 56-60.

² EuGH Urt. v. 22.9.2022 – C-245/21, C-248/21, BeckRS 2022, 24503, Rn. 68.

³ EuGH Urt. v. 21.12.2011 – C-411/10, BeckRS 2011, 81939, Zweiter Leitsatz.

⁴ Nusser, J. in Bergmann/Dienelt/Bergmann, *EU-Grundrechte-Charta*, 14. Aufl. 2022, Art. 4 Rn. 3.

⁵ EuGH Urt. v. 19.3.2019 – C-163/17 Rn. 92.

⁶ In dem Schreiben des italienischen Innenministeriums vom 7. Dezember 2022 heißt es:

„Dear Colleagues, I write following the previous communication on 5th December, concerning the suspension of transfers, with the exception of cases of family reunification of minors, due to the unavailability of reception facilities.

At this regard, considering the high number of arrivals both at sea and land borders, this is to inform you about the need for a re-scheduling of the reception activities for third countries nationals, also taking into account the lack of available reception places.

We thank you very much for your understanding.“

⁷ VG Göttingen, Beschluss v. 6. Januar 2023, Az. 1 B 170/22.

enthielten zudem eine ausdrücklich formulierte Notwendigkeit der erneuten Terminierung von Überstellungen. Zudem erleide der Antragsteller durch eine entsprechende Verzögerung seiner Überstellung keinen Nachteil, er könne gar profitieren, da seine Rechtsposition durch den Zuständigkeitsübergang bei Fristablauf gem. Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO geschützt sei.

Anders entschied kürzlich das Verwaltungsgericht Arnsberg: Die vorübergehende Natur der Suspendierung sei alles andere als eindeutig. Vielmehr spreche für das Bestehen systemischer Schwachstellen in Italien, dass der Staat offenkundig zum jetzigen Zeitpunkt gar keine Kapazitäten zur Aufnahme Geflüchteter habe.⁸ Im Urteil vom 24. Januar 2023 heißt es weiter: „Es handelt sich bei realitätsnaher Bewertung schlichtweg um eine diplomatisch verklausulierte Weigerung der Aufnahme von Dublin Rückkehrern auf ‚unbestimmte Zeit‘.“⁹ Dies zeige sich auch daran, dass die ‚Verweigerungshaltung‘ Italiens im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung seit über 7 Wochen andauere und nicht absehbar sei, ob und wenn ja, ab wann Italien seinen Verpflichtungen aus der Dublin III-VO (wieder) nachkommen werde.

Diese Argumentationslinie, nach der die Suspendierung für systemische Schwachstellen spricht, erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des EuGH überzeugend. Wenn erstens schon die Verlängerung einer Frist zur Durchführung eines Überstellungsgesuchs Ausnahmecharakter hat (s.o.), kann die zeitlich nicht klar begrenzte und nicht näher begründete Suspendierung aller Aufnahmen erst recht kei-

ne rechtmäßige Maßnahme sein. Zweitens hat das italienische Innenministerium mit seinen Schreiben selbst bestätigt, dass die eigenen Möglichkeiten zur Bearbeitung von Asylverfahren momentan erschöpft sind. Darüber vermag auch Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO nicht hinweg zu helfen.

Im Übrigen zeigen sich die schwerwiegenden Probleme Italiens in der Versorgung Geflüchteter auch darin, dass der Staat [Seenotrettungsschiffe zum Umweg nach Norditalien zwingt](#). Die Unzulänglichkeiten enden nicht, wenn die Geflüchteten untergebracht werden, da die ihnen zur Verfügung gestellten Sozialleistungen zumindest in der Vergangenheit unsicher waren und zu gering zur Befriedigung elementarer Bedürfnisse ausfielen. 2018 noch erhielten Geflüchtete in Italien lediglich [75 Euro im Monat](#) – und auch das nur, sofern sie in einer Unterkunft lebten. Bereits im Jahr 2021 entschied das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, dass nicht nach Italien überstellt werden könne, da Personen, die ihre dortige Unterkunft ohne Ankündigung verließen, bei Rückkehr keinen Anspruch mehr auf Unterbringung und Sozialleistungen hatten, womit sie von [Obdachlosigkeit](#) bedroht waren.

Insoweit scheinen die Indizien extrem widriger Bedingungen für Geflüchtete in Italien hierzulande insgesamt nicht unbekannt zu sein. Es wäre mithin zumindest von den italienischen Behörden zu verlangen, dass sie die Umstände, aus denen Aufnahmen gerade nicht möglich sein sollen, näher beschreiben. Ansonsten muss Deutschland in die Zuständigkeit für ihre Asylanträge eintreten.

⁸VG Arnsberg Urt. v. 24.1.2023 – 2 K 2991/22.A, BeckRS 2023, 542, Rn. 35-37.

⁹VG Arnsberg Urt. v. 24.1.2023 – 2 K 2991/22.A, BeckRS 2023, 542, Rn. 33.

Anna Højberg Høgenhaug

Departing from Hostile Refugee Landscapes

Women and Girls from Afghanistan to be Granted Asylum in Denmark and Sweden

doi: 10.17176/20230223-185216-0



In December 2022, the Swedish Migration Agency [estimated](#) that the Taliban's conquest of Afghanistan has made the lives of Afghan women and girls so difficult that it counts as persecution based on gender. Against this background, the Migration Agency announced that all women and girls from Afghanistan are eligible to refugee status and a three-year residence permit in Sweden. On 30 January 2023, the Danish Refugee Appeals Board issued a similar [announcement](#), in which the Board stated that women and girls from Afghanistan, as a starting point, must be granted refugee status solely based on their gender. The Refugee Appeals Board's decision follows the European Union Asylum Agency's (EUAA) [conclusion](#), which was published on 25 January 2023.

The newly adopted policies were quickly internationally recognized and praised. They have even been highlighted as “[a model for other refugee-receiving countries to follow suit](#)”. However, the policies are also noteworthy for other reasons. Firstly, they represent a major departure from the wide range of restrictive amendments that Denmark and Sweden, over the past decades, have introduced to their asylum laws with the aim of becoming less attractive target countries for asylum seekers. Secondly, while the Refugee Appeals Board announced that asylum cases involving Afghan women and girls still must be dealt with on an individual basis, albeit with a relaxed evidence assessment, the Migration Agency [publicized](#) that “Afghan women should be assessed as refugees and granted a residence permit, regardless of other circumstances”. In contrast to the Refugee Appeals Board, the Migration Agency has thereby decided to circumvent the requirement for an individual assessment in asylum cases involving Afghan women and girls.

From liberal frontrunners to champions of restrictive policies

Traditionally, Denmark and Sweden were seen as liberal and humanitarian frontrunners in regard to refugee rights and free movement law. The countries drew international attention as they were among the first to sign and ratify the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention). At the national level, the Danish and Swedish alien laws have played a significant role in framing the wider discipline of international refugee law. For example, the Danish and Swedish judiciaries have been progressive by offering forms of complementary or humanitarian protection before these statuses had surfaced the international stage. Similarly, the 1952 Nordic Passport Union pioneered rules on free movement and residence for persons, as a corresponding internal market first emerged under the auspices of EU in 1992.

However, the last decades have also seen examples of Denmark and Sweden pursuing a manifestly different approach to international refugee law. A common denominator for the countries is that they have created more hostile and antagonistic refugee landscapes by launching a wide range of restrictive amendments to their asylum laws, such as temporary protection, cessation and revocation clauses, third country partnerships, restrictions on family reunification, such as economic thresholds, and border closures. Recent events, such as the 2015 refugee crisis and the Covid-19 pandemic, have further greatly impacted rules on free movement.

However, the changing trajectories of the Danish and Swedish asylum practices and hence relationships to international refugee law have not gone unremarked. There has been an extensive number of human rights complaints brought by rejected refugee claimants and migrants against the individual countries. In fact, Denmark and Sweden are among the countries that have had most [non-refoulement claims](#) decided by international

human rights treaty bodies. Denmark and Sweden have also found themselves in various media headlines, with several of their introduced restrictive initiatives being [criticized](#) for reflecting a key ambition to align national rules with a minimalist understanding of their international obligations.

Among other things, [Denmark](#) and [Sweden](#) have previously received a wide range of criticism for having implemented strict policy measures that particularly affected Afghan nationals. In 2010, for example, the Danish government increased its emphasis on temporary protection of unaccompanied minors in [response](#) to an enlarged number of arrivals of Afghan minors. In the Swedish context, there has been a long-standing tradition of granting unaccompanied Afghan minors permanent residence permits. When the refugee crisis flared up in 2015, however, Sweden introduced the 2016 Temporary Law, which completely transitioned the Swedish asylum system from a system where permanent residence permits were the main rule for refugees to a system based on temporary permits. After the Temporary Law entered into force, the rejection rates for unaccompanied minors from Afghanistan nearly [tripled](#). Although the principle of ‘the child’s best interest’ traditionally has had a high cognitive and normative value in the Danish and Swedish judiciaries, it thus ended up being overshadowed by restrictive refugee-regulatory considerations.

The newly introduced policies concerning Afghan women and girls are remarkable in that they represent a significant departure from the restrictive trajectories that have prevailed in Denmark and Sweden in recent decades. In light of Denmark’s rather intricate relationship with EU law, it is particularly noteworthy that the Refugee Appeals Board rapidly decided to follow the EUAA conclusion. Denmark’s relationship to EU law encompasses an opt-out on justice and home affairs, which includes asylum and refugees, parallel agreements and a protocol that similarly enable participation in the Dublin and Schengen Systems, as well as decades of deliberate attempts to test the boundaries of international and European human rights and refugee instruments. As EU law does not legally oblige States to implement soft law instruments, Denmark’s decision to follow the EUAA conclusion thus also represents a significant departure from several years of distance to EU law. In contrast to Denmark, Sweden has generally been more positive towards EU law. Sweden has taken an active part in developing the Common Euro-

pean Asylum System (CEAS), and it has actively campaigned for national implementation of the directives and regulations that compose CEAS. Yet, in its newly introduced policy concerning Afghan women and girls, Sweden has decided to circumvent the requirement for an individual assessment, which is a key concept in EU law. Can this be reconciled with EU law?

Generalized assessments in refugee decision-making

In their newly published announcements, the Danish Refugee Appeals Board and the Swedish Migration Agency similarly refer to the situation of chaos and discrimination prevailing in Afghanistan as a result of Taliban’s implementation and enforcement of Sharia. Both countries further emphasize the restrictions that have been imposed on Afghan women and girls in terms of access to seek protection from violence, healthcare and work, freedom of movement and expression, as well as right to education. Based on the arbitrariness and uncertainty with which Taliban’s de facto exercise of authority takes places, the Refugee Appeals Board decided to lower the evidentiary threshold for when Afghan women and girls must be considered to have established a probable risk of persecution. On the contrary, the Migration Agency concluded that the requirement for an individual assessment should be abolished in all asylum cases involving Afghan women and girls.

The Migration Agency’s decision to circumvent the requirement for an individual assessment is supported by a national [country of origin report](#) that depicts the unequivocally harsh living conditions for Afghan women and girls. Simultaneously, the report estimates that the Taliban movement has such decisive influence on Afghanistan’s development that the situation will not change anytime soon. While the Migration Agency has assessed that these circumstances legitimize the abolition of the requirement for an individual assessment in all asylum cases involving Afghan women and girls, the European Court on Human Rights (ECtHR) has previously bemoaned that Member States have refrained from engaging themselves in concrete assessments. For example, in [M.A. v. Denmark](#) the ECtHR ruled that Denmark had neglected its responsibility under the European Convention on Human Rights (ECHR) by relying on a general rule and failing to conduct an individualized assessment. In [Hoti v. Croatia](#), the ECtHR similarly found that the Croatian authorities had violated the ECHR by refusing to extend

the complainant's residence permit without first assessing his private life situation and the circumstances of his situation in Croatia.

Thus, *M.A. v. Denmark* and *Hoti v. Croatia* may be seen as solicitations to Member States to leave room for individual assessments and refrain from adopting inelastic rules. The common denominator of these judgments is, however, that they concerned cases where the individual complainants were deprived of certain rights and freedoms under the ECHR. In contrast, the Swedish Migration Agency's decision to abolish the requirement for an individual assessment in asylum cases involving Afghan women and girls serves the opposite purpose, namely the *granting* of human rights and freedoms. It is hard to imagine that ECtHR will complain about this.

However, it should also be noted that Sweden's right-wing conservative government coalition, a few weeks after the policy concerning Afghan women and girls was introduced, [announced](#) that it is working on an awareness campaign to discourage migrants and asylum seekers from coming to Sweden. Against this background, it may seem likely that the decision to abolish the requirement for an individual assessment in asylum cases invol-

ving Afghan women and girls has come at the expense of other refugee claimants. It is difficult to imagine that ECtHR will accept that a Member State prioritizes one group of refugee claimants over another, solely on the grounds of gender and nationality.

Back to being liberal and humanitarian frontrunners?

Although the newly introduced policies concerning Afghan women and girls have been recognized and praised on the international scene, it is questionable whether they are a turning point for the restrictiveness that, over the past years, has characterized the asylum policies in Denmark and Sweden, respectively.

Considering the extensive number of human rights complaints brought by rejected refugee claimants and migrants, as well as the numerous critical media headlines, however, it is clear that Denmark and Sweden has a lot of work ahead if they aim to detach themselves from their restrictive reputations and regain their titles as liberal and humanitarian frontrunners. For now, the Danish and Swedish asylum authorities must start by reopening a number of already rejected cases involving Afghan women and girls.

Marie-Christine Fuchs

Rights of Nature Reach Europe

The Mar Menor Case in Spain in the Light of Latin American Precedents

doi: 10.17176/20230224-185211-0



On September 30, 2022, the Spanish Senate approved the “Mar Menor Act” ([Law 19/2022](#)) which granted legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin. Being the first legal text in Europe to recognize a natural entity as a subject of rights, it is one more piece in the mosaic of a global movement towards [ecological justice](#), which tries to find strong legal answers in times of global ecological crisis.

However, the Act is not met with approval everywhere. It is a thorn in the side of Spanish right-wing populists. A few days ago, on the 7th of February 2023, the Spanish Constitutional Court [allowed a constitutional challenge](#) against the Act brought forward by members of the Vox parliamentary group. In addition to alleged violations of the right to private property and freedom of occupation, among others, Vox challenges the Act’s legal basis because of disproportionate restrictions on agricultural activities in the region. They consider the concept of rights of nature as constitutionally unclear. Any decision or sanction carried out on the basis of the Act would be legally uncertain and therefore void.

This text does not pretend to evaluate the legal arguments of the plaintiffs and compliance of the Act with the Spanish Constitution. Rather, the author’s aim is to analyse the foundation of the Mar Menor Act in light of other decisions that have granted legal subjectivity to natural entities. In fact, the Spanish landmark decision follows the precedents of countries such as [Colombia](#), [Ecuador](#), [New Zealand](#), [India](#) and the [United States](#). In this context, it is worth asking whether the legal and socio-cultural bases of the concept of the rights of nature, as developed in the aforementioned cases, especially in those stemming from Latin America, are also sustainable in Europe and for the Mar Menor case.

Legal personality for the Mar Menor

For several years, the Mar Menor lagoon, one of the most unique ecosystems in Spain, has been suffering from a [serious process of environmental degradation](#) due to the

imbalance caused in its biodiversity. As [described before](#) in this blog, the largest saltwater lagoon in Europe, once teeming with life, has been subjected to unrestrained agricultural and tourist exploitation, which has caused the death of tons of fish and algae.

After many unsuccessful legal attempts to achieve a better protection of the lagoon, recurring to conventional instruments of Spanish environmental law, in October 2022 a so called Popular Legislative Initiative (ILP) succeeded in triggering the legislative process by collecting 600,000 signatures. Thus, the Law 19/2022 recognizes the lagoon’s own right “to exist as an ecosystem and to evolve naturally” as well as its right to protection, conservation, maintenance and restoration. As natural entities cannot speak up for themselves, it provides for the creation of three new bodies: a Committee of Representatives, a Monitoring Commission and a Scientific Committee, who share the “Guardianship” for the Mar Menor.

In many aspects, the provisions of the Act are similar to cases in Latin America, most of which have been decided by courts that have recognized rights of nature to the natural entity at stake. For example, the Colombian Constitutional Court ([Ruling T-622/16](#)) granted the Atrato River, a highly polluted ecosystem located in one of the poorest regions in Colombia, its own right of regeneration, care, conservation and protection. In such scope, it designated the Colombian Ministry of Environment as the legal representative of the river, after which Colombia created the Commission of [Guardians of the Atrato River](#).

Constitutional basis of the Mar Menor decision

The Mar Menor Act, being a law issued by a parliament, undoubtedly has a more direct democratic legitimacy than the aforementioned Latin American rulings. However, in two aspects, in my opinion essential, it has a more fragile argumentative basis:

One aspect refers to the legal anchoring of the Act in the Spanish Constitution. Unlike, for example, the Ecuadorian Constitution, which in its [articles 10 and 71](#) ex-

explicitly recognizes the rights inherent to “Pacha Mama” (mother nature) and also specifies who can represent nature, the Spanish Constitution – as no other European Constitution – so far does not recognize the legal subjectivity of nature. Its [article 45](#), maintaining an anthropocentric vision of environmental law, provides that “everyone has the right to enjoy an environment suitable for personal development, as well as the duty to preserve it”. It places the human being at the center of environmental protection and not nature itself. Therefore, while the rulings of the Constitutional Court of Ecuador, which in recent years have recognized rights to certain endangered natural entities, such as the “[Los Cedros](#)” rainforest or [mangroves](#) judgment, have a clear constitutional basis, the constitutional entrenchment of the Mar Menor Act is at least not so evident.

Now, one could argue that in Colombia the 1991 Constitution, until today considered as progressive, does not recognize the concept of legal subjectivity of natural entities either, at least not directly. It only provides for peoples’ rights to life, health, water, food, territory, culture and a healthy environment. However, the Constitutional Court of Colombia already in 1992 developed the concept of an “ecological constitution” (Sentence [T-411/92](#)), elaborating further on the fundamental right to a healthy environment. For its part, in 2017, in the Atrato River ruling, the Court goes one step further and explains thoroughly why the legal concept of “biocultural rights”, which it creates in this judgment, derives directly from the Constitution and why it entails [subjectivity of rights of non-human natural entities](#).

On the contrary, although the Preamble of Law 19/2022 mentions article 45 of the Spanish Constitution, the argumentation in favor of an ecocentric interpretation of the Spanish legal system is anything but in-depth. The legislator quotes a 1990 Spanish Supreme Court ruling ([3851/1990](#)): “The differentiation between evils affecting the health of the people [...] and the environment is largely due to the fact that human beings do not see themselves as part of nature but as an external force designed to dominate it [...]. It should be remembered that nature does not allow unlimited use [...]”. The legislator allows this quotation and the reference to the opinion of some legal scholars – without citing them – to suffice in order to extend “the category of legal subjects to nature”. It is not clear on which arguments the extension of the category of legal subjects is based, especially since the

wording of article 45 of the Spanish Constitution provides for an anthropocentric interpretation of the Spanish legal system. Thus, the derivation of nature’s own rights from an ecocentric interpretation of the Spanish Constitution – unlike in the Colombian case – is not readily convincing here.

Close relationship of rights of nature with ethnic cosmivisions

This brings us to the second aspect in which the Spanish case and most Latin American cases – as well as the Whanganui River case in New Zealand and some U.S. and Canadian cases – differ: The affected territories in the mentioned non-Spanish cases are inhabited by ancestral or indigenous communities that traditionally live in close connection with nature. Therefore, one of the argumentative pillars of the respective decisions to recognize their own rights to natural entities is the intrinsic link between the cosmivision and rights of these ethnic communities – in many of these countries constitutionally protected and recognized – and nature.

In the Colombian Atrato River case, for example, in order to give effective application to the newly created “biocultural rights”, the Colombian Constitutional Court considered that the river should be legally categorized as the Afro-Colombian and indigenous communities inhabiting the Atrato basin conceive it: as a subject of rights and not as an object at the service of human beings. This second aspect, together with the fact that the legal bases of decisions such as that of the Atrato River, the Cedros rainforest or the Whanganui River are inserted in a cultural environment and in the constitutionally recognized cosmivisions of the indigenous or Afro-descendant peoples, who have lived since time immemorial in harmony with nature, is missing in the case of the Mar Menor.

Now, I do not mean to say that the concept of nature as a subject of rights can only be applied to regions where ancestral or indigenous communities live. This would mean a certain “romanticization” of the ethnic worldview and would basically exclude the recognition of subjective rights to any natural entity in Europe. However, despite the fact that this argumentative approach theoretically also had potential for the Mar Menor case, the Spanish legislator fell short in developing the intrinsic relationship between the rights and culture of the people of Murcia, and those of the Mar Menor itself as an “entity” to which

legal title was recognized.

In line with the Latin American judgments, the Spanish legislator emphasizes in the Preamble of the Act that “the great challenge facing environmental law today is to achieve the effective protection of nature and of the cultures and forms of human life that are closely associated with it, as is the case of the municipalities bordering the Mar Menor lagoon”. Thus, the text refers to the intrinsic connection between nature and the culture of the people who live in the Mar Menor region. However, the legislator does not explain why this culture or the legal customs and beliefs of these people necessarily suggest the legal personality of the Mar itself. Here, too, the Spanish case falls one argumentative step short of the Latin American rulings cited.

Effectiveness and “ecopopulism”

There is no doubt that the Mar Menor ecosystem must be protected in a more effective and sustainable way, without further hesitation. From this point of view, the citizens’ initiative in the case at hand, which has drawn worldwide media attention to the “fate” of the lagoon, is in any case to be applauded.

However, the question remains as to whether the creation of new legal fictions in favor of some natural entities really increases their degree of environmental protection or – on the contrary – is more a case of [legal utopia or fetishism](#). This doubt arises in each case of recognition of the rights of nature. The granting of legal personality to the Spanish lagoon and its hydrographic basin does not contain, by itself, any guarantee of the effectiveness of environmental law.

Basically, as for now, apart from the symbolic significance of the Act in the sense of a further ecological “wake up call”, it only means a transfer of competences from tra-

ditional administrative authorities to the bodies defined in Law 19/2022, whose exact tasks are, by the way, not so obvious. Therefore, only the future will prove whether the granting of legal personality to the Mar Menor really equates to more effective environmental protection.

In any case, to counter reproaches of “ecopopulism”, as already pointed out in this blog, the Spanish Parliament would have done well to look more closely into the [constitutional basis of the Law](#). It is not surprising that the weak constitutional anchorage has already attracted the attention of the Spanish ultra-right, which is now putting its finger on the sore spot with the above mentioned [appeal of unconstitutionality](#). It will be of no use to anyone – and much less to the lagoon – if Spanish Constitutional Court would cement the constitutional doubts regarding this legal text, in a verdict of unconstitutionality.

Conclusion

Without any doubt, the increasingly urgent calls for more environmental and climate protection require new legal avenues. Well-argued legal precedents can provide creative and progressive solutions to a complex problem. However, in order not to give wings to populist movements, for whom every argumentative weakness is easy prey, hasty decisions must be avoided. Each new concept of “ecological justice”, even if it has the best intentions, must be constitutionally sound, fit into the specific legal traditions and cultures of each country or region, and must not ignore its effect.

This text has already been published [here](#) in Spanish in a shorter and slightly different form. The author did not write this text in her capacity as a desk officer of the German Federal Ministry of Justice.

Jasper Mührel

Towards European Rights of Nature

How the Mar Menor Case Lays the Basis for a New Legal Approach in Europe

doi: 10.17176/20230228-185321-0



On 24 February, Marie-Christine Fuchs [on this blog](#) discussed the 2022 Spanish [Mar Menor Act](#) – the first rights of nature case in Europe – in light of Latin American precedents and the criticism the Act is facing from right-wing populists in Spain. Whether the Act remains the first law in Europe granting rights to a non-human natural entity will now be decided by the Spanish Constitutional Court. In her analysis of the socio-legal foundations of the Mar Menor Act, Fuchs argues that it had a “more fragile argumentative basis” than precedents in Latin America. The Spanish legislator should have put the Act on a more solid basis so that it could withstand objections. In contrast, this article argues that the Spanish legislator, based on the popular legislative initiative, succeeded in placing the Mar Menor Act on its own argumentative footing, thus opening the door for a genuinely Western liberal conception and implementation of rights of nature in Europe.

The Current State of Environmental Constitutionalism

Fuchs’s first point of criticism is that the Mar Menor Act with its new non-anthropocentric approach was not backed by the anthropocentric Spanish Constitution. It is true that European constitutions have not yet detached from an anthropocentric stance with regard to environmental protection. This does not only apply to Article 45 of the Spanish Constitution but also to Article 23 no. 4 of the Belgian Constitution, to the French Charter of the Environment, which was added to the French Constitution in 2005, to Article 74 no. 1 of the Polish Constitution and to Article 2 of Chapter 1 of Sweden’s Instrument of Government, to name but a few. All these provisions rather place the “human being at the center of environmental protection and not nature itself”, to put it in Fuchs’s words.

Yet, it does not follow from the traditional anthropocentrism of European constitutions that the entire legal system is permeated with anthropocentrism. Anthropocentric constitutional provisions have not prevented legislators from enacting non-anthropocentric laws.

On the contrary, non-anthropocentrism has become an established part of many Western-liberal legal systems. For example, § 1 of the German Federal Nature Conservation Act protects nature and landscape not only for being the basis of life of current and future generations, but also “[b]y virtue of their intrinsic value”. § 3 of Norway’s Animal Welfare Act states that “Animals have an intrinsic value which is irrespective of the usable value they may have for man”. Article 120 para. 2 of the Swiss Constitution speaks of the “dignity of living beings as well as the safety of human beings, animals and the environment”. With respect to Spain, since a comprehensive legal reform by Law 17/2021, of December 15, on the legal regime of animals, which amended the Civil Code, the Mortgage Law and the Civil Procedure Law, Spanish law recognizes animals as living beings endowed with sentience and animal welfare as an independent interest.

As these examples show, the anthropocentric approach of European constitutions does not appear to be an obstacle to legislatures to enact non-anthropocentric laws. In light of this, the Mar Menor case does not seem to be as revolutionary as it may look at first sight. It is merely the extension of an existing non-anthropocentric legal approach mainly on the sub-constitutional level, which has so far not been considered unconstitutional either. This being said, constitutional amendments incorporating legal non-anthropocentrism are still desirable to provide clear and solid socio-legal foundations for rights of nature and the further ecological transformation. As for the German constitution, Jens Kersten has recently made numerous concrete and convincing proposals for an “[Ecological Grundgesetz](#)”.

Diverse Rights of Nature Approaches Around the Globe

Another point of Fuchs’s criticism is that the Mar Menor Act did not create a sufficient connection to the Mar Menor’s socio-cultural context and therefore lacked an argumentative basis for the recognition of the lagoon as a legal subject. In contrast to the Mar Menor case, non-

Spanish rights of nature cases had a “close relationship (...) with ethnic cosmovisions”. As compared to cases, e.g., in New Zealand or Colombia, this “argumentative pillar” was “missing in the case of the Mar Menor”.

It is true that in many cases indigenous cosmovisions have played a certain, sometimes major, role for recognizing rights of nature. However, this observation should not distract from the fact that rights of nature have been recognized in different places in a wide variety of ways and against diverse political, cultural, and legal backgrounds. For example, while Hinduism played a decisive role for the judicial recognition of rights of nature in India, no reference to indigenous cosmovisions can be found in the context of the Ugandan National Environment Act of 2019 that recognizes rights of nature in its Article 4. And even in the Latin American cases, where political ambitions of newly elected leftist governments created the space for legal reforms in the first place, indigenous cosmovisions were only one aspect among many leading to the recognition of rights of nature. Especially where rights of nature have not been implemented locally but, as in Ecuador, Bolivia or Uganda, at the constitutional or legislative level and therefore apply to the whole state and not only in territories of ethnic or indigenous minorities, rights of nature cannot be limited to certain ethnic or indigenous backgrounds.

If there is a common thread that connects all rights of nature cases worldwide, it is the ambition to use them as an instrument to make environmental protection more effective and to transform the human-nature relationship sustainably towards a healthy coexistence. This argument can be found in every rights of nature case worldwide, perhaps with the exception of New Zealand. It is precisely this thread that the Mar Menor case ties into. And it is precisely the aspect of environmental protection that creates a link between existing rights of nature in the Global South and their future implementation in the Global North, thus enabling a fruitful global discourse on the rights of nature.

The Mar Menor Act as a Model Case?

Fuchs acknowledges that in principle the concept of nature as a subject of rights can also be applied to regions where no ancestral or indigenous communities live. However, in her view, the “Spanish legislator fell short in developing the intrinsic relationship between the rights and culture of the people of Murcia, and those of the Mar

Menor itself”. In my view, this criticism is based on a comparison that is difficult to draw. Without being an expert on the Murcia region, I think the Act is well embedded in the regional context.

To begin with, “regional context” in the Mar Menor case has a different meaning and relevance than “regional context” in rights of nature cases in Latin America. Due to the different social structure in Spain (and Europe), the role and status of the inhabitants of the Murcia region in the relatively homogenous Spanish society is hardly comparable to that of ethnic or indigenous minorities in Latin America living on a specific territory. The question therefore already arises whether it makes sense to speak of “the rights and culture of the people of Murcia”, as one does, e.g., in the case of the “rights and culture” of a certain indigenous community in the Amazon region or at the Atrato or Whanganui rivers. Thus, when the Spanish legislator speaks of the “effective protection of nature and of the cultures and forms of human life that are closely associated with it, as is the case of the municipalities bordering the Mar Menor lagoon”, this does not aim at establishing, as Fuchs calls it, a special “intrinsic connection between nature and the culture of the people who live in the Mar Menor region”, which would have to be particularly justified. Rather, the Mar Menor case is also conceivable in any other region of Spain (and Europe). This is also shown by the last half-sentence, “as is the case of the municipalities bordering the Mar Menor lagoon”, which highlights the Mar Menor only as an example case.

At several points, the Act succeeds in laying its very own foundations for a rather Western liberal conception of rights of nature, in which the main rationale is the effectiveness of environmental protection. According to the Act’s preamble, the reasons why it was adopted were the “serious socio-environmental, ecological and humanitarian crisis” occurring at the Mar Menor as well as the “inadequacy of the current legal system of protection, despite the important regulatory figures and instruments that have been introduced over the last twenty-five years”. Against this background, it states that “the time has come to make a qualitative leap and adopt a new legal-political model, in line with the international legal vanguard and the global movement for the recognition of the rights of nature”.

What Fuchs does not mention is that the preamble speaks of the crisis that both “the Mar Menor and the in-

habitants of its coastal municipalities are experiencing” and stresses the Mar Menor’s role as an “element of cultural identification of the Region of Murcia” that “awakens in all Murcians a strong emotional attachment”, thus putting it explicitly into the regional context. It also states that granting rights to the Mar Menor “strengthens and expands the rights of the people living in the lagoon area threatened by ecological degradation”. Moreover, representatives of the local population are part of the bodies representing the Mar Menor. Not least, the very fact that the Act was born from a citizens’ legislative initiative proves the obvious link between the Mar Menor as a legal subject and the regional population.

The Act therefore explicitly deals and tries to come to terms with the failure of Western liberal law to address the environmental crises of the Anthropocene with their adverse effects for human and nature over the past decades. In doing so, the Act chooses an explicitly Western liberal approach when it bases the extension of legal personhood to nature “on the evidence provided by the sciences of life and the earth system”, thus opting for a science-based biocentric and ecocentric approach instead of referring to holism or other mainly religious-ideological approaches. This pragmatic basis argues against classifying the Act as “ecopopulism” or “legal utopia or fetishism”. The fact that the Act does not simply copy from existing rights of nature cases in the sense of a legal transplant shows how adaptable the concept already is in light of the ecological crises, even in classical European legal thought. The Mar Menor case can therefore serve as a model for further implementations of rights of nature in the Global North.

The Dawn of a European Approach to Rights of Nature

The central question of Fuchs’s article is “whether the legal and socio-cultural bases of the concept of the rights of nature, as developed in the aforementioned cases, especially in those stemming from Latin America, are also sustainable in Europe and for the Mar Menor case”. This que-

stion does not get to the heart of the idea of introducing rights of nature in Europe. Due to the socio-cultural and legal differences, the Mar Menor Act cannot be a simple legal transplant but can and must form its own foundations. In other words, Fuchs’s criticism is built on a comparison with precedents from other legal cultures, which at the same time makes it difficult to acknowledge the unique and new approach of the Mar Menor Act. Because it manages to establish its own argumentative basis, different from previous cases, the Act is a conceptual success. It creates the beginning of a Western liberal conception of rights of nature, as, in Fuchs’s words, “one more piece in the mosaic of a global movement towards ecological justice”.

After all, Fuchs is right when she stresses that “each new concept of ‘ecological justice’ (...) must be constitutionally sound, fit into the specific legal traditions and cultures of each country or region, and must not ignore its effect”. It is the value of the Mar Menor case that it directly or indirectly raises and addresses these issues. By daring an experiment, it initiates new social and legal negotiation processes, to which the pending ruling by the Spanish Constitutional Court may also contribute. It goes without saying that the ideas of the Act need to be further shaped and negotiated. It is true that the Act contains uncertainties, especially regarding the future enforcement of the rights of the Mar Menor by the newly created representative bodies. Thus, as Fuchs rightly observes, “only the future will prove whether the granting of legal personality to the Mar Menor really equates to more effective environmental protection”. This is less surprising, however, when one considers that this is the very first European rights of nature case which did not have a role model in European legal practice. In this sense, the Act is a pioneer. Inspired by rights of nature cases in the Global South, the Mar Menor case is not the end but the beginning of a new legal development. It sets a precedent for a potential ecological transformation of Western liberal legal systems through rights of nature in Europe.

Anna Katharina Mangold, Anna Kompatscher

Das Ende von Schengen?

Dänemarks Grenzkontrollen an der dänisch-deutschen Grenze verletzen EU-Recht

doi: 10.17176/20230223-185238-0



Anfang Januar gab es ein Jubiläum an der deutsch-dänischen Grenze: zum siebten Mal jährte sich die Wiedereinführung der Grenzkontrollen durch Dänemarks. [25-mal notifizierte](#) die dänische Regierung die europäische Kommission seit Anfang 2016, dass an der Binnengrenze zu Deutschland weiterhin kontrolliert werde. In einem [Gutachten](#) im Auftrag von MEP Rasmus Andresen und der grünen Fraktion im EU-Parlament, das Anfang dieser Woche vorgestellt wurde, haben wir die Notifikationsschreiben Dänemarks am Maßstab des europäischen Rechts daraufhin untersucht, ob sie die Wiedereinführung und Aufrechterhaltung von Grenzkontrollen zu rechtfertigen vermögen. Immerhin ist die Freizügigkeit von Unionsbürger*innen (Art. 21 AEUV) eine zentrale Errungenschaft der EU. Wenige Ereignisse verkörpern die europäische Einigung so symbolträchtig wie der Abbau von Schlagbäumen an den Binnengrenzen zwischen Mitgliedstaaten.

Nicht nur Dänemark kontrolliert seit 2016 wieder an den Grenzen, auch Österreich, Frankreich, Deutschland, Norwegen und Schweden führten Grenzkontrollen wieder ein. Deutschland etwa kontrolliert bereits seit September 2015 die bayerische Grenze zu Österreich und verlängerte diese Kontrollen zuletzt bis zum 11. Mai 2023. Im Detail beschäftigt sich dieser Beitrag mit den Grenzkontrollen Dänemarks. Es ist jedoch anzunehmen, dass eine Analyse der Notifikationsschreiben der anderen Länder zu ähnlichen Ergebnissen führt. Diese Staaten legen die Axt an die Freizügigkeit im EU-Binnenraum.

Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder bloße Risiken?

Dänemark rechtfertigt die Wiedereinführung von Grenzkontrollen mit einem im Laufe der sieben Jahre immer länger werdenden Katalog an Gründen: 2016 begann es mit den Migrationsbewegungen infolge des syrischen Bürgerkrieges. Die damalige Regierung führte „militanten Islamismus“ als angebliche Bedrohung an. Später verwies sie auf organisierte Kriminalität. Mit dem Welten-

lauf traten sodann die Covid-19 Pandemie sowie Fluchtbewegungen aus der Ukraine und Russland hinzu, und auch die Situation an der Außengrenze zu Weißrussland blieb nicht unerwähnt.

Der EuGH urteilte unlängst über die Wiedereinführung von Grenzkontrollen in einem österreichischen Fall ([Rechtssachen C-368/20 und C-369/20, Landespolizeidirektion Steiermark](#)). In seinem Urteil vom April 2022 forderte der EuGH, dass Mitgliedstaaten die angeführten Gefahren „nachweisen“ müssen. Die Beweislast liegt also bei den Mitgliedstaaten. In den dänischen Notifikationsschreiben sucht man vergeblich nach konkreten Nachweisen für die behaupteten Gefahren. Regelmäßig geht es vielmehr um Risiken, die sich noch nicht zu Gefahren verdichtet haben.

Selbst wenn man aber unterstellt, dass solche Gefahren existierten, müsste Dänemark doch belegen, wie gerade Grenzkontrollen helfen, die behaupteten Gefahren zu verhindern. Daran äußerte die Reichspolizei bereits 2016 Zweifel. Wie just diese Woche bekannt wurde ([Bericht der dänischen Tageszeitung Information](#)), handelte es sich seinerzeit vor allem um einen symbolischen Akt, die der dänischen Bevölkerung signalisieren sollte, dass die dänische Regierung nicht untätig auf die syrischen Flüchtlinge wartet.

Der Schengen-Raum

Im Schengen-Raum, dem Dänemark 2001 beitrug, sind Grenzkontrollen abgeschafft. Das EU-Primär- und Sekundärrecht sieht wenige Ausnahmen vor, in denen Grenzkontrollen zeitlich begrenzt wieder eingeführt werden können.

Die Freizügigkeit ist einer der Grundpfeiler der europäischen Integration. Das EU-Primärrecht hält die Freizügigkeit im europäischen Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts „ohne Binnengrenzen“ prominent in [Art. 3 Abs. 2 EUV](#) fest. [Art. 77 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 Buchst. e AEUV](#) ermächtigt die EU, eine Politik zu entwickeln, mit der sichergestellt wird, „dass Personen an

den Binnengrenzen für alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit *nicht kontrolliert* werden“. Dennoch gibt es in [Art. 72 AEUV](#) einen sogenannten *ordre public*-Vorbehalt, wonach die primärrechtlichen Normen über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ nicht berühren. Dieser Vorbehalt hat Ausnahmecharakter, und dennoch erfolgende Beschränkungen der Freizügigkeit müssen verhältnismäßig sein.

Der Schengener Grenzkodex (SGK - VO 2016/399) regelt die Bedingungen des Überschreitens der Grenzen innerhalb der Mitgliedsstaaten des Schengen-Raums im Detail. Dabei sind Personenkontrollen an den Binnengrenzen grundsätzlich abgeschafft, so sieht es [Art. 22 SGK](#) vor. Die angesprochenen Ausnahmen sind in [Art. 25 ff. SGK](#) vorgesehen. Erstens regelt Art. 25 *vorhersehbare* Gefahren, die zu „außergewöhnlichen Umständen“ führen und „vorübergehende“ Wiedereinführungen von Binnengrenzkontrollen als „letztes Mittel“ erlauben, wenn „die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht“ ist. Zweitens erlaubt Art. 28 SGK bei *unvorhersehbares* Gefahren die Wiedereinführung von Grenzkontrollen, wenn „sofortiges Handeln erforderlich ist.“ Drittens regelt Art. 29 SGK „so außergewöhnliche Umstände“, dass das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährdet ist und deshalb Kontrollen an den Binnengrenzen nötig sind; in diesem Fall kann der Rat der EU auf Vorschlag der Kommission empfehlen, dass Mitgliedsstaaten wieder Kontrollen an den Binnengrenzen einführen. [Dies geschah 2016](#), als Reaktion auf die erhöhten Migrationsbewegungen in die EU als Folge des Bürgerkriegs in Syrien.

Festzuhalten ist, dass die Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen immer zeitlich begrenzt ist: Die Fristen sind in Art. 25 SGK, Art. 28 und Art. 29 SGK klar geregelt. Kontrollen an Binnengrenzen können also immer nur für klar definierte und begrenzte Zeiträume wiedereingeführt werden. Zudem dürfen Grenzkontrollen immer nur als „letztes Mittel“ wiedereingeführt werden und müssen stets dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen, d.h. „in Umfang und Dauer nicht über das Maß hinausgehen, das zur Bewältigung der ernsthaften Bedrohung unbedingt erforderlich ist.“ (Art. 25 Abs. 1 S. 2 SGK). Ein Mitgliedsstaat, der Grenzkontrollen wiedereinführen möchte, muss gemäß Art. 26 SGK deswegen

die Bedrohung einerseits und die Wiedereinführung von Grenzkontrollen andererseits abwägen.

Art. 27 SGK schließlich regelt das Verfahren der Notifikation an die europäische Kommission, das Mitgliedsstaaten befolgen müssen, wenn Grenzkontrollen wiedereingeführt werden sollen. Die Kommission wird so in Kenntnis gesetzt über die Grenzkontrollen und kann auf sie reagieren. Wir haben uns die Notifikationsschreiben der dänischen Regierung in den letzten sieben Jahren angesehen.

Vage Gefahren und unverhältnismäßige Kontrollen

Die dänische Regierung wechselte beständig die angegebenen Rechtfertigungsgründe und gab eine immer länger werdende Liste an „Gefahren“ an. Ähnlich argumentierte [der französische Conseil d'État](#), als er zur Rechtmäßigkeit der wiedereingeführten Kontrollen von Frankreich an den Grenzen zu Belgien, Luxemburg, Deutschland, der Schweiz, Italien und Spanien zwischen dem 1. Mai 2022 und dem 31. Oktober 2022 urteilte. Der Conseil d'État befand, dass selbst wenn der von Frankreich angeführte Rechtfertigungsgrund der Sekundärmigration keine neue Bedrohung darstellen sollte, doch die anderen Gründe ausreichten, um eine erneute Verlängerung der Grenzkontrollen zu rechtfertigen. Damit ließ der Conseil d'État das Gießkannenprinzip zu. Dänemark agiert ähnlich und scheint zu hoffen, dass die europäische Kommission und die anderen Mitgliedstaaten einen oder mehrere der vielen genannten Gründe akzeptieren werden.

Wie gesehen, erlaubt das Unionsrecht bei Bedrohung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit die Wiedereinführung von Grenzkontrollen. Ein bloßes Risiko reicht demgegenüber nicht aus. Besonders in den letzten beiden Notifikationen vom 11. Mai 2022 und dem 14. Oktober 2022 blieb die dänische Regierung sehr vage, was die konkreten Gefahren betrifft. So schrieb sie, dass der größere Strom von Migrant*innen und Vertriebenen kurzfristig dazu führen könnte, dass Personen, die eine Bedrohung für Dänemark darstellen könnten, in den Schengen-Raum einreisen *könnten*, oder *nicht ausgeschlossen werden* könne, dass russische Bürger*innen, die sich der Mobilmachung entziehen wollen, womöglich eine Gefahr für die innere Sicherheit darstellen. Diese Spekulationen sind nirgendwo nachgewiesen. Wenn solche Formulierungen Grenzkontrollen rechtfertigen könnten, dann könnten wir den Schengen-Raum ohne Grenzkontrollen gleich abschaffen. Es ist schlicht unmöglich, stets alle Ri-

siken angeblicher Bedrohungen auszuschließen. Anders gewendet: Wenn größtmögliche Sicherheit der Fluchtpunkt ist, dann sollte am besten niemand mehr Grenzen überqueren.

Wie oben beschrieben, muss die Wiedereinführung von Grenzkontrollen immer zeitlich begrenzt und verhältnismäßig sein. Bei Grenzkontrollen, die seit sieben Jahren kontinuierlich andauern, sind die im Schengen-Kodex vorgesehenen Fristen samt und sonders längst überschritten. Der [Europäische Rat](#), die [EU-Kommission](#) und der [Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments](#) haben jeweils schon dazu aufgerufen, die Kontrollen an den Binnengrenzen endlich wieder aufzuheben und den Schengen-Raum wiederherzustellen.

Doch die Notifikationen der dänischen Regierung halten auch unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit nicht stand. Der legitime Zweck der Grenzkontrollen ist aufgrund der beschriebenen Vermischung von tatsächlichen Gefahren und bloßen Risiken höchst fragwürdig. Die Geeignetheit der Grenzkontrollen, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gerade zu wahren, hat Dänemark in den Notifikationen nicht hinreichend belegt. Die Frage nach der Erforderlichkeit der Kontrollen, ob es also mildere, aber gleich effektive Mittel gibt, beantwortete Dänemark zuletzt pauschal damit, dass polizeiliche Kontrollen an den Grenzen nicht ausreichen, ohne auszuführen wieso nicht. Die systematische Einschränkung der Freizügigkeit von Unionsbürger*innen, um vor bloß behaupteten Gefahren zu schützen, steht in keinem angemessenen Ver-

hältnis. Dies gilt besonders in einer hoch integrierten Region wie Nordschleswig und Süddänemark, wo seit dem Versailler Vertrag dänische und deutsche Minderheiten auf beiden Seiten der Grenze leben.

Warum die EU-Kommission untätig bleibt und was ihre Pläne sind

Die Praxis der fünf Mitgliedsstaaten, die Grenzkontrollen immer wieder zu verlängern, obwohl keine konkrete und neue Gefahr nachgewiesen wird, ist nicht mit dem Schengener Grenzkodex vereinbar. Dennoch ist die EU-Kommission bisher untätig geblieben und hat kein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

Aktuell wird der [Reformvorschlag zu einem neuen Schengener Grenzkodex](#) im Europäischen Parlament diskutiert. Die Reform soll den Mitgliedsstaaten noch mehr Möglichkeiten geben, Grenzkontrollen wieder einzuführen und zu verlängern sowie die von den Mitgliedsstaaten seit 2016 angegebenen Gründe explizit als Bedrohungen in den Schengener Grenzkodex aufnehmen. Damit versucht die Kommission anscheinend, [Konflikte mit den Mitgliedsstaaten zu vermeiden](#), indem sie die momentan rechtswidrigen Praktiken legalisiert, anstatt ihrer Aufgabe als Hüterin der Verträge gerecht zu werden.

Personenfreizügigkeit ist eine der wichtigsten Errungenschaften der EU. Die Untätigkeit der Kommission gegenüber eindeutigen Rechtsverletzungen einiger Mitgliedsstaaten wie Dänemark droht, diese ernsthaft und langfristig zu beschädigen.

Lisa-Marie Lührs

Kompetenzausschuss statt Kompetenzgericht

Wie eine politische Lösung die Reformdebatte um EU-Kompetenzstreitigkeiten voranbringen könnte

doi: 10.17176/20230210-233153-0



Der Konflikt um die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten sowie der Entscheidungsmacht darüber hat bereits diverse Reformvorschläge aus Wissenschaft, Politik und Rechtsprechung hervorgebracht. Diese reichen von einem separaten Europäischen Kompetenzgericht über eine gemischte Kammer am EuGH mit Beteiligung nationaler Richterinnen und Richtern hin zu einem umgekehrten Vorlageverfahren. Während bislang vor allem gerichtliche Lösungen diskutiert wurden, eruiert dieser Beitrag das Potenzial einer Lösung im politischen Prozess durch einen neu zu schaffenden, parlamentarisch besetzten Kompetenzvermittlungsausschuss. Dieser umschiffet Problemlagen der gerichtlichen Lösungsvorschläge, indem z.B. auch außerrechtliche Aspekte in die Bewertung einbezogen werden können. Er wirft aber gleichzeitig neue Fragen auf, insbesondere zur Anwendbarkeit auf legislatives Unionshandeln, der Besetzung des Gremiums sowie zum Verhältnis zu möglichen parallelen Verfahren vor dem EuGH.

Kompetenzen und Konflikte

Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ist normativ klar geregelt: Gemäß Art. 4 I EUV verbleiben alle der EU nicht übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten. Dies wiederholt Art. 5 I 1, II EUV und ergänzt, dass die EU nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden darf, die die Mitgliedstaaten ihr übertragen haben (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung).

Trotzdem lässt sich seit Jahrzehnten ein „competence creep“ (siehe dazu z.B. [hier](#) und [hier](#)) in Richtung EU beobachten: Die EU-Organe verstehen die ihnen von den europäischen Verträgen eingeräumten Kompetenzen weit und dehnen sie zunehmend aus. Beispiele sind die Maßnahmen der EU-Kommission gegen Ungarn, Polen

und Rumänien zur Änderung der nationalen Justizorganisation oder die Beschlüsse der Europäischen Zentralbank (EZB) zum Wertpapierkaufprogramm PSPPP, die vom BVerfG – anders als vom EuGH – als *ultra vires* beanstandet wurden.

Reformvorschläge für eine neue Kompetenzentscheidungsinstanz

Ausgehend von der Annahme, dass die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten zum EuGH bei Kompetenzkonflikten nicht ausreichen bzw. zusätzliches Konfliktpotenzial für das Verhältnis zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten bieten, existieren unterschiedliche Reformvorschläge für eine neue Kompetenzentscheidungsinstanz. Der vielstimmige Reformchor aus Wissenschaft, Politik und Rechtsprechung vereint viele prominente Stimmen. So machte sich Joseph H.H. Weiler (siehe [hier](#), S. 322) schon in den 1990er-Jahren für ein europäisches Höchstgericht stark, das ausschließlich für Kompetenzkonflikte zuständig sein und aus mitgliedstaatlichen Verfassungsrichterinnen und Verfassungsrichtern bestehen sollte. Fahrt aufgenommen hat die Debatte insbesondere 2020 nach dem PSPPP-Urteil des BVerfG: Europaparlamentarier Manfred Weber forderte einen „Kompetenzgerichtshof“ aus mitgliedstaatlichen und europäischen Verfassungsrichterinnen und -richtern (FAZ v. 29.5.2020), ähnliche Konzepte befürworteten Rechtswissenschaftler [Armin Hatje](#) mit einem „Gemeinsamen Rat der obersten Gerichtshöfe der EU“ (siehe dazu auch [hier](#)) oder Verfassungsrichter [Peter Müller](#) mit einem „Europäischen Subsidiaritätsgericht“. Sein Kollege Peter M. Huber brachte ein Vermittlungsverfahren zwischen EuGH und nationalen Gerichten ins Spiel, z.B. ein gemeinsames Gremium oder ein umgekehrtes Vorlageverfahren, wonach der EuGH bei den nationalen Gerichten anfragen müsste, ob deren Verfassungsidentität be-

rührt sei (SZ v. 13.5.2020). Aus der Wissenschaft kam schließlich der Vorschlag von [Daniel Sarmiento und Joseph H.H. Weiler](#) einer „Mixed Grand Chamber“ am EuGH unter Beteiligung mitgliedstaatlicher Richterinnen und Richter, die ausschließlich über Kompetenzstreitigkeiten befinden sollte. Eine neue Runde in der Reformdebatte läutete kürzlich [Rupert Scholz](#) ein, der für eine politische anstatt einer gerichtlichen Lösung plädiert. Er schlägt einen Vermittlungsausschuss aus europäischen und nationalen Abgeordneten vor, der konkrete Konflikte zwischen nationalen und EU-Kompetenzen klären soll und von der EU-Kommission oder den Mitgliedstaaten angeufen werden kann.

Dieser Vorschlag hat den Charme, dass Kompetenzkonflikte im politischen Prozess selbst und nicht in einem (zeitlich nachgelagerten) Gerichtsverfahren entschieden werden. Der neue Vermittlungsausschuss wäre – anders als der EuGH – nicht zwingend an die ausschließliche Betrachtung des Unionsrecht gebunden, sondern könnte auch darüberhinausgehende Aspekte einbeziehen, etwa nationales Recht oder – im Gegensatz zu anderen gerichtsförmigen Lösungen – sogar außerrechtliche, das heißt politische oder wirtschaftliche Erwägungen. Vorteilhaft an diesem Vorgehen ist, dass ähnliche Differenzen wie zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten – wie dem EuGH und dem BVerfG im PSPP-Fall – nicht drohen aufzutreten. Denn diese Konflikte entstehen vor allem dadurch, dass die Gerichte aus der Perspektive verschiedener rechtlicher Maßstäbe entscheiden: Ersterer nach Unionsrecht, letztere nach Maßgabe nationalen Verfassungsrechts. Dies könnte durch ein politisches Gremium überwunden werden, das vor allem dem Recht vorgelagerte politische Maßstäbe anlegt. Ein solches Verfahren ist dem Unionsrecht nicht unbekannt, legt Protokoll Nr. 2 doch die Kontrolle über die Einhaltung der Subsidiarität in Form der Subsidiaritätsrüge (Art. 6, 7 Protokoll Nr. 2) in die Hände politischer Akteure, namentlich der nationalen Parlamente.

Insofern lohnt es sich, diese politische Lösung weiterzudenken und mögliche Problemfelder aufzudecken.

Anwendung auf exekutives und judikatives Handeln

Kompetenzüberschreitungen sind grundsätzlich durch alle EU-Organe denkbar, sodass sämtliches Unionshandeln prinzipiell der Kontrolle des neuen Kompetenzvermittlungsausschusses unterfallen könnte. Trotzdem ist

das vorgeschlagene Verfahren nicht für sämtliche Situationen passend.

Die oben genannten Beispiele für Kompetenzüberschreitungen beziehen sich vor allem auf exekutives Handeln der EU-Kommission und der EZB. Denkbar ist aber auch, dass der EuGH, also die Judikative, nach Lesart mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte über seine Kompetenz zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts hinausgeht. Dies war beispielsweise nach Ansicht des BVerfG mit der EuGH-Entscheidung der Fall, die die Rechtmäßigkeit des PSPP-Beschlusses bestätigte. Nach aktueller unionsrechtlicher Lage ist es der EuGH selbst, der darüber befindet, ob er seine Kompetenzen überschritten hat. Dies würde der Reformvorschlag ändern.

Kompetenzüberschreitungen sind zudem auch beim Organhandeln auf legislativer Ebene möglich, wenn das Europäische Parlament oder der Rat unionale Kompetenzen für bestimmte Rechtsetzungsakte im Gesetzgebungsverfahren ausdehnen und damit in Bereiche eindringen, die den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten zustünden. Das vorgeschlagene Vermittlungsverfahren ist auf legislatives Organhandeln jedoch nicht sinnvoll anwendbar. Mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 I 1, III, IV EUV) bestehen in diesem Bereich Kompetenzausübungsregeln, die im Falle einer Verletzung *ex ante* mit einer Subsidiaritätsrüge (Art. 6, 7 Protokoll Nr. 2) oder *ex post* mit einer Subsidiaritätsklage (Art. 8 Protokoll Nr. 2) angegriffen werden können. Nach einem extensiven Verständnis umfasst dies auch die Kontrolle, ob die EU überhaupt über eine Kompetenzgrundlage verfügt. Daneben ist kein weiteres, konkurrierendes Verfahren sinnvoll, das ebenfalls unter Beteiligung nationaler Parlamente erfolgt. Fraglich wäre einerseits, an welcher Stelle des EU-Gesetzgebungsverfahrens ein solcher Kompetenzvermittlungsausschuss angerufen werden könnte. Zudem wäre das Verhältnis zum in der dritten Lesung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens vorgesehenen Vermittlungsausschusses aus Mitgliedern des Europäischen Parlaments und des Rates (vgl. Art. 294 X-XIII AEUV) zu klären. Hier besteht Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Vermittlungsausschüssen, weshalb in diesem Beitrag der neu vorgeschlagene als Kompetenzvermittlungsausschuss betitelt wird. Scholz' Vergleich zum Vermittlungsausschuss des Art. 77 II GG aus Bundestags- und Bundesratsmitgliedern hinkt insofern, da es nicht um einen Vermittlungsausschuss im legislativen Verfahren

geht und ein solcher auf EU-Ebene zudem bereits existiert. Darüber hinaus sind Kompetenzüberschreitungen im EU-Gesetzgebungsverfahren eher unwahrscheinlich, weil die Interessen der Mitgliedstaaten und damit zusammenhängende nationale Kompetenzvorbehalte vom Co-Gesetzgeber Rat bereits berücksichtigt werden.

Das vorgeschlagene Vermittlungsverfahren ist also allein auf exekutives und judikatives Handeln von EU-Organen sinnvoll anwendbar. Alternativ müssten Subsidiaritätsrüge und -klage abgeschafft und durch das neue Verfahren ersetzt werden, was im Sinne einer einheitlichen Lösung für sämtliches EU-Organhandeln zuträglich wäre.

Besetzung des Kompetenzvermittlungsausschusses

Scholz schlägt vor, dass der Kompetenzvermittlungsausschuss paritätisch aus Mitgliedern des Europaparlaments (MEPs) und Abgeordneten des jeweils betroffenen nationalen Parlaments besetzt wird. Das Rekurren auf Parlamentsabgeordnete ergibt insofern Sinn, als direkt demokratisch legitimierte Akteure über die Einhaltung (ihrer) nationalen Kompetenzen wachen. Nicht einleuchtend ist jedoch, warum im Ausschuss allein Abgeordnete eines betroffenen nationalen Parlaments eingebunden sein sollen. Wenn es nicht gerade um einen Beschluss geht, der nur einen einzelnen Mitgliedstaat betrifft – wie die Beschlüsse der EU-Kommission in Sachen Rechtsstaatlichkeit gegenüber Polen, Ungarn und Rumänien – werden in der Regel mehrere oder sogar alle Mitgliedstaaten von einem Handeln der EU-Organen betroffen sein, siehe den PSPP-Beschluss der EZB. Bereits die Gleichheit der Mitgliedstaaten (Art. 4 II EUV) gebietet es, hier alle Mitgliedstaaten einzubeziehen.

Zu klären ist außerdem, über wie viele Mitglieder der Kompetenzvermittlungsausschuss verfügen soll und wie dieser genau zu besetzen ist. Hier tun sich mehrere schwierige Folgefragen auf: Von Seiten der Union könnte einerseits darauf geachtet werden, dass MEPs aus allen Mitgliedstaaten im Ausschuss vertreten sind, andererseits könnte auch proportional nach Größe der Fraktionen im Europäischen Parlament besetzt werden. Auch die Auswahl der konkreten MEPs ist zu klären, so könnte beispielsweise eine fachliche Nähe aufgrund von Mitgliedschaft im jeweiligen Parlamentsausschuss vorteilhaft sein. Geht man anders als Scholz nicht von einem ad hoc zu bildenden mono-mitgliedstaatlichen Ausschuss aus, stellen sich auch bei der Auswahl der Besetzung von

Seiten der Mitgliedstaaten diverse Probleme. Zu eruieren ist unter anderem, welche Parteizugehörigkeit die in den Ausschuss entsandten Abgeordneten haben, ob diese allein den Regierungsparteien angehören und ob in Parallele zur Regelung des Subsidiaritätsrügeverfahrens jedes nationale Parlament über zwei Stimmen (vgl. Art. 7 I UAbs. 2 Protokoll Nr. 2) bzw. eine gerade Anzahl von Mitgliedern verfügen soll, um Mitgliedstaaten mit parlamentarischen Zweikammersystemen gerecht zu werden. Über diese Fragen hinaus ist nicht aus den Augen zu verlieren, dass der Kompetenzvermittlungsausschuss personell nicht zu groß werden darf, um effektiv zu einer Entscheidung kommen zu können.

Da das betroffene exekutiv oder judikativ handelnde EU-Organ selbst nicht im Vermittlungsprozess involviert ist, müssten diesem – ähnlich zu einem gerichtlichen Verfahren – Stellungnahmemöglichkeiten und Anhörungsrechte eingeräumt werden.

Verhältnis zu gerichtlichen Überprüfungen durch den EuGH

Da das Kompetenzvermittlungsverfahren allein auf exekutive und judikative Entscheidungen sinnvoll anwendbar ist, die in der Regel nicht in einem mehrstufigen legislativen Prozess, sondern innerhalb des jeweiligen EU-Organs getroffen werden, wird regelmäßig erst eine nachträgliche Kompetenzkontrolle möglich sein. Ausnahmen bestehen dann, wenn die Entscheidung vom EU-Organ vorab angekündigt wird, sodass schon im Entscheidungsprozess der Kompetenzvermittlungsausschuss angerufen werden könnte.

Dadurch, dass in der Regel eine nachträgliche Kontrolle des Organhandels erfolgt, könnte es gleichzeitig zu einer Überprüfung im Rahmen einer Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) vor dem EuGH kommen. Insofern stellt sich die Folgefrage, in welchem Verhältnis eine politische Lösung des Kompetenzvermittlungsausschusses zu einer möglichen parallelen gerichtlichen Überprüfung durch den EuGH steht. Dies betrifft einerseits die zeitliche Abfolge von politischer und gerichtlicher Überprüfung und andererseits inhaltlich den Prüfungsmaßstab. Um zeitlich parallele Entscheidungen auszuschließen, könnte eine Stufung ähnlich der bestehenden Subsidiaritätsrüge und nachgelagerten Subsidiaritätsklage eingeführt werden. Blieben die Zuständigkeiten des EuGH bestehen, bürge dies die Gefahr abweichender Entscheidungen, die

allein schon aufgrund des unterschiedlichen Prüfungsprogramms eintreten können. Hier müsste gegebenenfalls – ähnlich wie bei einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, bei der der EuGH seine Kontrolle auf die Einhaltung der Begründungspflicht (Art. 296 II AEUV) beschränkt hat (s. [Rechtssache C-547/14, Philipp Morris, Rn. 218](#)) – eine inhaltlich eingeschränkte Kontrolle durch den EuGH erfolgen. Beide Aspekte müssten im Rahmen eines Vertragsänderungsverfahrens jeweils zusätzlich vertraglich verankert werden.

Fazit

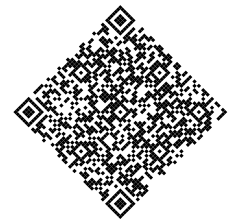
Die Einführung eines paritätisch besetzten Kompetenzvermittlungsausschusses aus Abgeordneten des Europäischen sowie der mitgliedstaatlichen Parlamente könnte dabei helfen, im Rahmen eines politischen Verfahrens die oft politisch brisanten Kompetenzkonflikte zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten zu entschärfen. Insbesondere würde es Konflikte zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten hinsichtlich der Letztentscheidungsbefugnis über Kompetenzstreitigkeiten entschärfen. Als politisches Gremium könnte ein solcher Ausschuss seinen Prüfungsmaßstab

weiten und auch außerrechtliche Aspekte in seine Bewertung einbeziehen. Sinnvoll anwendbar wäre ein solches Verfahren jedoch nur auf exekutives und judikatives EU-Handeln. Eine einheitliche Anwendung auch auf legislatives Handeln wäre erst nach Abschaffung von Subsidiaritätsrüge und -klage zweckmäßig. Schwierigkeiten ergeben sich bei der Frage der Besetzung des Gremiums sowie hinsichtlich des Verhältnisses zu möglichen parallelen gerichtlichen Überprüfungsverfahren durch den EuGH. Beide Fragen ließen sich aber bei einem entsprechenden Willen der Mitgliedstaaten im politischen Aushandlungsprozess lösen.

Die Realisierung des Kompetenzvermittlungsausschusses bedürfte als unionsrechtliches Novum einer Vertragsänderung nach Art. 48 EUV durch die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“. Doch diese Hürde müssten alle, auch die alternativen gerichtlichen Reformvorschläge nehmen. Durch Einrichtung einer politischen Kompetenzentscheidungsinstanz hätten die Mitgliedstaaten die Zügel in souveränitätssensiblen Kompetenzfragen stärker in der Hand als bei einer Delegation an ein neues gerichtliches Gremium. Insofern könnte sich für diese Lösung schneller eine Mehrheit unter den Mitgliedstaaten finden.

Friederike Grischek

Why Declaring the Iranian Revolutionary Guards a Terrorist Group is a Trickier Business Than One May Think



doi: 10.17176/20230203-113242-0

The EU did not follow the European Parliament's call to designate Iran's Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC) as a terrorist group on the EU's recent sanctions list. The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Josep Borrell, justified this decision with the lack of a court decision finding that the IRGC is indeed a terrorist group. Is an EU court decision a pre-condition for sanctioning terrorist groups? Not necessarily. Nevertheless, Borrell does have a point.

The case of Iran

In response to the brutal repression of the ongoing protests in Iran that followed the death of 22-year-old Mahsa Amini after moral police custody, the European Union has put in place numerous sanctions against Iran.

In light of the repression of the protests and following the execution of anti-regime protestors, the European Parliament passed a [resolution](#) demanding the condemnation of Iran's Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC) as a terrorist group. The [IRGC](#) is an Iranian army unit outside of the regular force charged with the task of protecting the Islamic system and one of the most powerful paramilitary organisations in the Middle East.

The Parliament's resolution was not followed, and the new sanctions did not condemn the IRGC as a terrorist group. This was met with a certain surprise as not only the European Parliament but also the President of the European Commission and a few government officials of different member states have urged the EU [to condemn the IRGC as a whole](#). Instead, the sanctions targeted several high-ranking members of the IRGC. The recent sanctions, on top of the imposed [sanctions against Iran last December](#), consisted of travel bans and asset freezes.

The EU stated that it decided against listing the IRGC because of the lack of a court decision to that effect. The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy Josep Borrell claimed that a court decision

was a procedural condition for such a listing: "You cannot say I consider you a terrorist because I don't like you." Does he have a point?

Borrell's comment is right in the regard that sanctions – even though being a forceful political mechanism in the toolbox of diplomacy – have to comply with the principle of the rule of law. He is also right in his assessment that the legal conditions for such a listing are currently not met as a decision of a "competent authority" within the meaning of the relevant legal basis does not exist. However, the term "competent authority" is broad and not restricted to member state courts.

The EU sanctions regime

Sanctions are the most important policy tool of the Common Foreign and Security Policy (CFSP) of the European Union. EU "restrictive measures" – as sanctions are technically called within the CFSP – are adopted in a two-step procedure. First, a unanimous CFSP decision by the Council is required (Art. 29 TEU). This decision then allows for an implementing regulation (Art. 215 TFEU) of the sanctions, adopted by the Council by a qualified majority. With this mechanism, the political decision of the member states in their role as Council is translated into the substantive policy measure. In practice, the specific sanctions are already largely defined in the first step. Therefore, the two legal acts often have almost the same content and are adopted on the same day for practical reasons. This was [also the case](#) for the [recent sanctions](#) on Iran.

The main legal basis for EU counter-terrorism sanctions is Common Position [2001/931/CFSP](#) which lays down the conditions for specific measures to combat terrorism, thus raising the threshold for evidence of terrorist activities. The Common Position "aims to protect the persons concerned by ensuring that they are included on the list at issue only on a sufficiently solid factual basis"

and therefore „seeks to attain that objective by requiring a decision taken by a national authority” (Joined Cases C-539/10 P and C-550/10 P, para 68).

The Court of Justice has made it clear on several occasions that sanctions are reviewed in regard to their conformity with fundamental rights despite their political function (the seminal decisions *Kadi I* and *II* being the most prominent examples). Still, the Court often limits its review of sanctions to procedural rules as opposed to a substantive assessment, thereby maintaining the Council’s political discretion (e.g. shown for the sanctions against Russia by *Challet*, 2021).

The EU’s definition of terrorism

The Common Position 2001/931/CFSP defines terrorist groups (Article 1). Building on that definition, the provision further clarifies that “the list (...) shall be drawn up on the basis of precise information (...) which indicates that a decision has been taken by a competent authority”. It therefore sets up a composite procedure consisting of a decision by a national authority and the decision by the European Council. The Common Position further develops what such “competent authority” means: “a judicial authority, or, where judicial authorities have no competence in the area covered by this paragraph, an equivalent competent authority in that area”. The question arises if this definition equals the condition of a member state’s court decision that Borrell referred to.

In the past, such decisions have indeed been taken by member state courts and then used by the Council for listings. This meets the threshold set up by the High Representative. But the wording ‘judicial authority’ (French: “*autorité judiciaire*”; German: “*Justizbehörde*”) is not restricted to courts. The Common Position itself names the Security Council of the United Nations as another source for listing a person or entity (which evidently is not a member state court). AG Sharpston once clarified that the definition of a “judicial authority” as a “court” would be “unduly narrow” (AG, Case C-27/09 P, para 133). She further elaborates that a decision of a “judicial authority” must be interpreted to mean not only “a finding of guilt by a court” but also “include the investigating and prosecuting authorities of the Member State(s)”. Concerning the threshold that must be met in order to fulfil the named criteria, she states that “(t)he legal systems of the Member States are simply too different for it to be possible to lay down a single, precise, point in proceedings

where the test of ‘serious and credible evidence or clues’ will be met” (para 135).

The Courts have accepted decisions of Home Secretaries (e.g. Joined Cases T-208/11 and T-508/11, para 106) and Ministries for Foreign Affairs (Joined Cases C-539/10 P and C-550/10 P, para 66 sqq), and also made clear that the required “decision” “does not (necessarily) form part of a procedure seeking to impose criminal sanctions” (Joined Cases C-539/10 P and C-550/10, para 70). An administrative decision, therefore, can be sufficient (T-289/15 (*Hamas*), para 74).

That leaves the second part of the conditions named by the High Representative, allegedly speaking of an “EU” court. Article 1(4) of Common Position 2001/931 is not restricting the decision’s origin to authorities of the member states. Indeed, the Council has already relied on decisions by third states such as the US and India. This was challenged by listed groups on the ground that the principle of loyal cooperation poses such restriction (e.g. Joined Cases T-208/11 and T-508/11, para 89) but was ultimately discarded by the Court of Justice which confirmed that decisions of third states count as a possible basis. The Court made clear that ‘ ‘competent authority’ (...) is not being limited to the authorities of Member States but as being capable, in principle, of also including the authorities of third States’ (Case C-599/14 P (*LTTE*), para 22).

However, the reliance on third-state decisions can be problematic as those authorities are not acting within the same fundamental rights framework than the member states (see e.g. AG Kokott pointing to this problem in C-599/14 P (*LTTE*), para 65). The Court of Justice clarified “that the Council must, before acting on the basis of a decision of an authority of a third State, verify whether that decision was adopted in accordance with the rights of the defence and the right to effective judicial protection” (paras 24, 26).

Decision of a competent authority in the case of the IRGC

The question remains if such a decision of a competent authority concerning listing the IRGC as a terrorist group exists already. So far, the United States as well as Israel, Bahrain and Saudi Arabia have listed the IRGC as a terrorist group. The designation by the US American Secretary of State dates back to 2019. The Court has held on different occasions that a decision of the US to label groups as ‘Foreign Terrorist Organisation’ cannot be considered a decision of a competent authority within the meaning of

Article 1(4) of Common Position 2001/931, as it is lacking the required legal safeguards. It is on the Council to carry out this verification of compliance with the principle of the rights of defence. In proceedings of the PKK and the Hamas challenging their listing on the basis of a US decision, the Court ruled that the lack of an obligation of the US authorities to give a statement of reasons or to even publish the decision, and the lack of the Council's necessary verification are violating the rights of defence (Case T-289/15 (*Hamas*), paras 56 sqq; Case T-182/21 (*PKK*) paras 82 sqq). Therefore, the existence of an US decision is not sufficient for a listing within the EU sanctions system.

Currently, the UK debates the labelling of the IRGC as a terrorist group. In January, the [House of Commons](#) debated a motion calling for the government to declare the IRGC a terrorist group. It is thus likely that the UK will list the IRGC soon. Decisions of the UK's Home Secretary based on the [UK Terrorism Act](#) (which was already in force before Brexit) were confirmed as being decisions of a competent authority in the sense of the requirements

by the relevant Common Position multiple times by European Courts (see e.g. recent T-182/21, para 55; briefly on the implications of the post-Brexit [UK Sanctions and Anti-Money Laundering Act](#) see [Challet/Grumaz](#), p.18). A classification by the UK could therefore allow the Council to designate the IRGC as a terrorist group and impose sanctions on the whole army.

Conclusion

The decision of a "competent authority" needed for sanctioning is not restricted to judgements of member state courts. A condemnation by the UK's Home Secretary could possibly be used as a basis for future sanctions. Whether such sanctions are helping the situation in Iran and the negotiations of the JCPOA is up to the discretion of the Council. That such sanctions have a relevant effect is shown by the [reaction of Iran](#).

In any case, such a listing would mark a novelty as it would be the first time ever the EU lists the army of a country as a terrorist group.

Jean-Philippe Foegle

New Wine in Old Bottles

Luxleaks, Whistleblowers and the ECtHR

doi: 10.17176/20230223-185227-0



On February 14, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights released its [judgment on the Raphael Halet case](#). In a context of both increasing attacks against financial transparency, and failure of states to properly implement the EU directive on the protection of whistleblowers, the judgment by the Grand Chamber was a much awaited one. This case gave the Strasbourg Court an opportunity to reaffirm the importance of whistleblower protection as a human right, and amend the threshold for protection. The last Grand Chamber judgment on that issue from 2008 fails to accommodate whistleblower's unique needs, as was stressed in [a previous blog post](#).

Yet, the Strasbourg Court still falls short from providing whistleblowers a safe way of expressing concerns publicly. Strongly advocating leaked financial transparency and making public disclosures slightly easier, it nevertheless gives member states a green light to introduce subjective and unpredictable conditions for whistleblower protection, in blatant contradiction with the current European Union framework.

A 1,000 Euro fine for 10,000 leaked pages follows a reference to the Grand Chamber

As a reminder, Raphael Halet, one of the two "Luxleaks" whistleblowers along with Antoine Deltour, was sentenced to a 1,000 euros fine by the Luxembourg Court of Cassation for copying and disclosing 10,000 pages of documents about [tax avoidance schemes in Luxembourg](#) to a journalist, Edouard Perrin. In a sharp contrast with its view on Antoine Deltour's case – who was acquitted and fully recognized as a whistleblower – the Luxembourg Court denied that Mr Halet's actions could qualify as "whistleblowing" under Article 10 of the Convention. It did so stressing that the applicant, who disclosed informations about a tax evasion scheme that had already been partially brought to light by Antoine Deltour, "*did not however provide any cardinal information, hitherto unknown, that was capable of relaunching or contributing to the de-*

bate on tax evasion".

In a [much contested judgment](#), the third chamber of the European Court of Human Rights then refused to vindicate the whistleblower's free speech rights. While it acknowledged that the disclosure was in the public interest, it nevertheless affirmed the reasoning of the Luxembourg courts, stressing that the documents handed over by the applicant to the journalist did not contribute to the public debate on the Luxembourg practice of tax receipts, or trigger debate on tax evasion or provide essential, new and previously unknown information. Raphael Halet subsequently referred the case to the Grand Chamber of the Court.

Of great concern was also the requirement, set up by the third chamber, that whistleblowers should in principle disclose information that is "*essential, new and previously unknown*." As dissenting judges Lemmens and Pavli rightly stressed, this requirement reflects a view of a public debate instantaneous or frozen in time, that is at odd with the very nature of public whistleblowing, where decades of argument and counter-argument may be needed before any meaningful change is achieved.

Reaffirming and refining the protection for whistleblowers

Stressing on the developments which have occurred since the *Guja* judgment was adopted in 2008, the grand chamber rejected the requirement that an information should be "*essential, new and previously unknown*" and decided to reaffirm and refine the criterias for protection. In doing so, though, it delivered a mixed bag to whistleblowers and their advocates.

In a sharp contrast with the [European Court of Justice Sovim judgment](#) which, on November 2022, struck down the requirement that beneficial owner's registries should be accessible to the general public, the Court strongly advocates financial transparency. First of all, it reaffirms the wide scope of the public interest, stressing – in contrast to the European court of Justice's judgement – that the con-

duct of private parties, such as companies, who also inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their acts should be subjected to public scrutiny. Second, it emphasizes that the public interest in information cannot be assessed only on a national scale, some types of information being of public interest at a supra-national level, or for other states and their citizens.

In connection to this, the Court reaffirms that a public debate may be of an ongoing nature and draw on additional information, as “citizens’ attitudes to issues of general interest evolve over time. Accordingly, in the Court’s view, the sole fact that a public debate on tax practices in Luxembourg was already underway when the applicant disclosed the impugned information cannot in itself rule out the possibility that this information might also be of public interest. In this respect, the Court states that the purpose of whistleblowing is not only to uncover and draw attention to information of public interest, but also to bring about change in the situation. This means, in the court’s eyes, that it is sometimes necessary for the alarm to be raised several times on the same subject before complaints are effectively dealt with by the public authorities, or in order to mobilize society as a whole and enable it to exercise increased vigilance.

As regards the channels for disclosure, the court points out that the criterion relating to the reporting channel must be assessed in the light of the circumstances of each case. Thus, it eases the requirement that whistleblowers should in principle report internally in the first place, stressing that the right to impart information of public interest implies that direct use of an external reporting channel, including, where necessary, the media, can be acceptable. Pointing out the chilling effect of sanctions on the freedom of expression of the applicant or any other whistleblower, the court also notes that, despite that the disclosure was carried out through the theft of data and a breach of the professional secrecy, public interest in the disclosure of that information outweighs all of the detrimental effects. In that case, this is because of the utter importance, at both national and European level, of the public debate on the tax practices of multinational companies.

By facilitating the use of external reporting to the media and adopting a broad, evolutive view of the public interest, the court certainly sends a positive signal to insiders with relevant information, who may have been chilled by the demanding threshold that was set up in 2008. In

that respect, it offers public whistleblowers a good alternative to the system of the [European Directive on the protection of reporting persons](#) passed on November 2019, whose Article 15 only allows public disclosures in very restricted cases. Yet unfortunately, it does not depart from a view on whistleblowing that scrutinizes the messenger’s motives and behaviour, rather than focusing on the message and making sure authorities are properly dealing with it.

The “broken promise” of whistleblowing

Disappointingly indeed, the Court reiterates that the motive behind the actions of the reporting employee is a determinant factor in deciding whether a particular disclosure should be protected or not. In assessing an applicant’s good faith, the Court verifies, in each case brought before it, whether he or she was motivated by a desire for personal advantage, held any personal grievance against his or her employer, or whether there was any other ulterior motive for the relevant actions.

Yet this notion of good faith – which was transplanted from the case-law of the court on journalists’ freedom of expression – might certainly fit the needs of journalists with years of experience in dealing with information, but definitely fails to accommodate the needs of vulnerable insiders who [may face great pressure inside their organizations](#) when the lid blows, and might thus be led to disruptive behaviors, especially when nothing is done to effect the situation that they denounce. It is also disturbingly at odd with the EU Directive on the protection of whistleblowers, which only requires whistleblowers to give reasonable grounds to believe that the matters reported by them are true, no matter their motives.

Not less dazzling is the court’s reiteration of the [Gawlik’s case requirement](#) for a whistleblower to “carefully verify” that the information is “accurate and reliable”, so as to mitigate the risk of harm to the organization. *Alas*, however well-intentioned an employee may be, he or she may not be equipped with sufficient time and knowledge to understand and foresee the potential impact of the disclosure, which may cause far more damage than the person making the disclosure was able to anticipate. This outdated requirements are not only at odd with the [profile of whistleblowers in the networked society](#), where individuals can have access to vast amounts of information that they alone would not be able to analyze and sort out. It is also, again contradictory with the requirements

of the European Directive on the protection of whistleblowers, which does not make the protection of whistleblowers conditional on any considerations related to the harm caused to the employer, as long as the general conditions for protection are met.

Claiming to take into account the new developments that occurred since 2008, the Strasbourg Court still falls

short from providing whistleblowers a safe way of expressing concerns publicly. It thus reflects what Professor Wim Vandekerckhove called the “[broken promise](#)” of [whistleblowing](#): a paradox of whistleblower protection is that free speech drove it but was irrelevant in bringing it home.

Alberto Alemanno

Qatargate: A Missed Opportunity to Reform the Union

doi: 10.17176/20230203-113253-0



When the news broke about the arrest of EU Parliament's Vice-President Eva Kaili in flagrant offence for corruption and money laundering, many observers – including [myself](#) – instantly qualified Qatargate as the largest and the most damaging scandal affecting the European integration process since its inception. Since then, this prediction proves truer day by day, revelation after revelation. Yet, despite unprecedented media coverage and a shocked public, this scandal has not yet generated within the EU and national political class a good enough response to mitigate its damaging effects. Let's examine the EU institutional and political response to Qatargate in an attempt to gauge its impact on the state of EU democracy one year before the kick-off of the next EU Parliament election campaign.

The many shades of Qatargate

The scandal opened multiple Pandora's boxes all at once. It first revealed the flawed EU ethics system for MEPs, which tolerates them having side jobs without being subject to a corresponding obligation to declare their meetings with third parties in the name of the [freedom of their electoral mandate](#) (e.g. Kaili, [Tarabella](#), [Cozzolino](#)). Second, it unveiled the absence of post mandate rules for MEPs (i.e. [Panzeri](#)), who are thus allowed at the end of their parliamentary mandate to monetize their privileged access, both physical and immaterial, to the EU Parliament. Third, it showed the absence of a dedicated regime governing [third-country lobbying](#), whose players remain exempted from registration, despite their growing numbers and resources. Fourth, it exposed the weaknesses of the EU Commission's ethics system applicable to former Commissioners, such as [Avramopoulos](#), who was authorized to provide services - during their cooling off period - to an NGO that failed to register in the Transparency Registry (i.e. Panzeri's [Fight For Impunity](#)). Last but not least, the scandal also revealed all the [major structural limitations](#) of the current EU ethics and integrity framework, ranging from its high fragmentation within

and across EU institutions – with each EU institution having its own dedicated framework, limited in its independence, and lacking adequate investigatory authority –, and weak enforcement of its underlying standards to its limited awareness within the specialized and wide public.

How did the EU react to Qatargate?

Despite the unprecedented nature of the scandal and damage caused to the Union's image in the eyes of EU citizens and beyond, the EU institutional response has thus far been modest, essentially short-termist and aimed at deflecting attention away from its most damaging effects. On the one hand, the President of the EU Parliament framed the Qatargate as a [major attack on democracy](#). Rather than humbly acknowledging the significant shortcomings of the EU political and ethical system, notably of that applicable to the assembly she presides, Roberta Metsola preferred to divert blame to third-countries. On the other hand, the EU Commission President appeared relieved that the scandal did not affect her own institution. Since the average EU citizen fails to distinguish between the EU Parliament and the Commission, they will likely perceive Qatargate as a major system failure of the entire EU project. As for the Council, it skillfully avoided to formally discuss the issue with EU leaders, gathering in December's EU Council, also dismissed the events as a Parliament's problem. Even as each member of the EU Council is also a political leader belonging to the very same political party system invested in the scandal.

What the different institutional responses to Qatargate have in common is that they downplay the role politics has in ensuring probity by giving up all responsibility to the very same institutions. Yet ethics and integrity rules do not exist in a vacuum, and their enforcement cannot be policed by the institutions alone. Ensuring integrity and ethical conduct in politics is a matter of shared responsibility. In the incomplete EU electoral and political system, it is first and foremost up to the na-

tional and European political parties to identify, select, and vet candidates fit for the job (*quid non*). Second, it should be then up to the European political groups to monitor, oversee and sanction MEPs' conducts once elected (*quid non*). Third, it is exclusively when national and European political parties should fail to prevent ethical misconducts that institutional mechanisms must come into play to safeguard the political system's integrity. Finally, during the entire ethical accountability cycle, civil society and the press monitor and watchdog the integrity guardians. Yet today, when ethical breaches come to light, this is usually not the case due to systematic checks by political parties, be they national or European, by the EU institutions or internal reporting, but rather through journalistic investigations. Moreover, an additional layer of complexity in enforcing of ethics standards has to do with often overlapping considerations of political nature that blur the evaluation of the ethical conduct.

Against this backdrop the [reform package](#) put forward by Parliament's President Metsola, being merely reactive to the scandal, appears to fall short of the challenges raised by the scandal. While badly needed and long-awaited, none of the 14 proposals appear able to structurally address the EU ethics rules' original sin, that of having their enforcement entrusted to the political – as opposed to legal – authority of the institution's President. This affair has indeed exposed the inherent inadequacy of an EU ethics system whose enforcement relies on self-policing, with politicians judging politicians (in the case of the EU Parliament) and the President of the EU Commission judging their own colleagues, and that far from public scrutiny. That is what puts their neutrality – and the credibility of the whole system – into question.

Towards an EU Ethics Body?

Acknowledging the inadequacy of the system, as previously exemplified by multiple cases of revolving doors both within the Commission and Parliament, incoming President-elect Ursula von der Leyen promised, in her 2019 [political priorities](#), the establishment of an ethics body, common to the three main EU institutions. If successfully established, this would render the enforcement of ethics and integrity rules move from the sole political responsibility of each individual institution to the legal authority of an independent body.

Yet when the Qatargate broke – on December 9 2022 – 3 years and a half had passed, and no proposal had come

from Commissioner Jourová, who had been in charge of the file according to her 2019 [mission letter](#). In the meantime, the European Parliament (the very same player that today appears as the villain of EU ethics) repeatedly called for such as EU ethics body's proposal to be put forward by the Commission. It adopted a [resolution](#), on 21 September 2021, calling for the establishment of such an independent ethics body. That proposal originates in [the model for an EU Ethics Body](#) that I had the opportunity to craft between late 2019 and mid-2020 and [presented](#) to the European Parliament on several occasions. Under the proposed model, the EU Ethics Body would pool the existing enforcement mechanisms in each main EU institution into one independent body. That would be competent to apply the current ethical frameworks to members and staff of the participating institutions. As such, it would have had a broad competence for the examination of conflicts of interest before, during and after public office and be granted the power to initiate investigations on its own initiative and the power to adopt public recommendations to the respective institutions regarding their members and staff, including recommendations for sanctions.

Why the Commission resisted calls for an EU Ethics Body

Far from endorsing the EU Parliament's model for an independent EU ethics body, the EU Commission put forward a series of arguments aimed at questioning both its underlying rationale and legality. We strived to address the Commission's arguments in a [study](#) presented before the EU Parliament two days before the Qatargate news story broke and co-authored with American and Australian colleagues. Awkwardly, not only was the Parliament's hearing scarcely populated but also, no representative from the Commission was in attendance. In its response to the Parliament's resolution, the EU Commission questioned the need to set up such a new institution in the first place. It rejected the conclusions reached by the EU Court of Auditors, and widely shared by the relevant academic literature, that while the EU ethics system imposes a great, detailed set of rules of conduct to prevent ethical misconducts, its enforcement fails to guarantee their application, and dissuasive effect. Once it contested the need to set up such a new body, the Commission expressed a series of legal concerns aimed at questioning the legality of the proposed model put forward by the EU Parliament. First, it highlighted the risk of "inter-

ference between the body and the work of the European Anti-Fraud Office (OLAF), the European Public Prosecutor's Office (EPPO), the European Ombudsman, the European Court of Auditors or the CJEU", without however substantiating such a concern.

Under the proposed model, the body's scope of action would not overlap with any of the existing institutions, whose mandate is ancillary to the current ethics body and therefore withstand its establishment (e.g. OLAF is only involved in case of "serious misconducts"). The narrow scope of action of these specialized institutions leaves open an entire category of misconducts by members of the EU institutions that by failing to qualify as 'serious' they may escape OLAF's investigatory powers, as well as the initiative by the Commission and Parliament (and their Presidents) vis-à-vis its own members. Second, the Commission contested the possibility of entrusting the proposed body with decision-making powers, in addition to its advisory authority, by invoking the Meroni delegation doctrine. However, this statement seemed to lack a full grasp of the proposal put forward by the Parliament, which merely entails the transfer of competences enjoyed by the existing ethics bodies scattered across the EU institutions to one, independent body. Third, the Commission contested the proposed legal basis to set up the body, by arguing that it would exclude all "other institutions, agencies and bodies from joining at a later stage and concern issues, which affect Members of all EU institutions in the same way". This, however, does not reflect current legal practice where bodies have been established on this basis, such as the EU Publications Office, the European Administrative School, and the Computer Emergency Response Team (CERT), and remain open to subsequent accession.

It light of the above legal arguments, EU Commissioner Věra Jourová [announced](#) in early December 2022, just a few days before the scandal erupted, that the proposal would likely be a "thin layer," consisting of an "advisory board" without the ability to investigate or enforce rules across EU institutions.

The largest and most damaging political scandal struck less than two weeks after Jourová's announcement. As this captured and shocked the entire EU political and institutional system, one might have reasonably expected a major change of gears. Yet, at the time of writing, it appears unlikely that von der Leyen's original promise to structurally improve the existing EU ethics system

through establishing an independent Ethics Body will be kept. Should it ever see the light of the day, this new institution might be a mere advisory body at best or a [toothless institution](#) at worst. Ultimately, the Qatargate's legacy may boil down, in line with the historical evolution of the EU ethics regime, into adopting a few incremental, marginal reforms. In other words, not even the unprecedented and crude nature of such a scandal generated enough political will within the EU political class to lead to serious reform. Political leaders seem to stick to the long-held belief that as long as the damaging effect of the scandal fades away, they will be able to get away with it.

Qatargate as a missed reform opportunity for the Union?

This complacent reaction by the EU political leadership does not only appear a risky bet, a few months ahead of the next EU Parliament's election in May 2024, but also a missed opportunity for the Union's democratic life. According to the [literature](#) on the impact and legacy of political scandals, events such as the Qatargate have a potentially positive effect on institutional accountability and voter attentiveness. Notably, scandals may increase the quality of discourse in the media about issues by clarifying the public understanding of obscure phenomena, be it lobbying (conceptually different than corruption) or the very same operation of the European Union. When one considers that the European public is notoriously illiterate regarding EU governance – often even being unable to answer basic questions about its players, procedures, or the overall system –, Qatargate might still offer both an unmissable pedagogical opportunity and political momentum for reform. While individuals, rather than the system, have been in the eye of scandal, Qatargate's overall coverage has brought the European Parliament to the attention of the many. More citizens than ever realized that if third countries – like Qatar or Morocco – are willing to spend unlimited sums to influence EU decision-making that suggests that the EU Parliament has power, and that therefore they had better pay attention next time they are called upon to vote for their representatives.

Amid the [disappointing procedure](#) that led to the [choice of Ursula von der Leyen](#) as Commission President – in manifest breach of the [Spitzenkandidaten process](#) –, EU leaders can hardly afford to miss this unique opportunity to prepare a convincing answer to the question many citizens will soon be asking: Why vote in the next EU Parliament's election in 2024?

Sarah Ganty, Dimitry Kochenov

Ignoring Human Life in Belgium

The Questionable Activism of the Belgian Constitutional Court

doi: 10.17176/20230215-233123-0



Two kilometers from *Manneken-Pis* in beautiful Brussels is the seat of the Belgian Constitutional Court, which has recently condoned the torture of an innocent citizen putting the very right to life on the line in a blunt attack against the overwhelming [political consensus](#), as well as [popular](#) and [academic](#) support to save Olivier Vandecasteele's life. Today, all eyes are on the court, as it will get a chance to correct the injustice of its own making.

For a few weeks now, street corners, trams, banks, supermarkets, and homes in Belgium are covered with the slogan [#Freeoliviervandecasteele](#) and a picture of the 42-years-old Belgian humanitarian worker held hostage under gruesome conditions in Iran. Since his kidnapping from a Tehran apartment more than a year ago Olivier Vandecasteele was tortured by the Iranian security apparatus. Uninterruptedly kept in a cold solitary cell with no charges, he lost 25kg and the nails on his toes, suffers from numerous infections and a nervous breakdown. Olivier was in the wrong place at the wrong time, as Iran is using him as a bargaining chip to exchange for Asadollah Assadi, an Islamic Republic's diplomat in Vienna [convicted in Belgium on terror charges in 2020](#).

The public outrage is not only so much against Iran, however – there is nothing new in its behavior – but also against the Belgian Constitutional Court. In its [judgment of 8 December 2022](#), the court suspended the [law](#) ratifying the Treaty on the transfer of sentenced persons, which Iran and Belgium [concluded last March](#) enabling the exchange of Assadi, the diplomat-turned-terrorist, for the Belgian aid worker kept hostage in Iran. In that case, the Belgian Constitutional Court, whose political composition [raises eyebrows](#) (6 out of the 12 judges are former MPs and legal training is not at all an appointment requirement for them), took into account *solely* the procedural right to life of the applicants, who are victims of a failed attack against an Iranian opposition rally in France planned by Assadi – not Vandecasteele. The court's blunt refusal to take the drastic situation of the innocent hostage into account was met with outright [disbelief](#).

A few days after the suspension ruling by the Belgian Constitutional Court, the Islamic Republic being the Islamic Republic, Olivier was convicted by a phony court behind closed doors of spying and [sentenced to 40 years in jail and 74 lashes of a whip](#), as if to remind the Belgian Constitutional Court, what the right to life and what torture was *really* about. Awaiting the final decision of this court on the constitutionality of the suspended law, we demonstrate the dangers of:

1. Shortsighted and unbalanced reading of the right to life;
2. Ignoring the limits of own powers by the Belgian court.

1. Shortsighted and unbalanced reading of the right to life

The Belgian Constitutional Court adjudged that the law approving of the convicted prisoner exchanges between Iran and Belgium 'seemed' to violate the right to life of the applicants who attended the congress of Iranian opposition in France, which was the target of Mr Assadi acting for the Iranian national security services. The Belgian court relied on the European Court of Human Rights' (ECtHR) ruling in *Kitanovska Stanojkovic* according to which the execution of a sentence that is imposed in the context of the right to life must be considered an integral part of the State's procedural obligation under Article 2 of the ECHR (para. 32). In the words of the court, 'Belgium knows or should know that if, pursuant to the treaty of March 11, 2022, Iran and Belgium agree on the transfer to the territory of Iran of a person of Iranian nationality who has been convicted by Belgian courts and tribunals of committing, with the support of Iran, a terrorist offence with the aim of endangering the lives of others, Iran will not effectively carry out this sentence, pursuant to Article 13 of that treaty' (para. B.16.3, own translation).

Astonishingly, beyond the questionable consequentialist and concrete approach, the court decided to focus

exclusively on the interests of the Iranian opposition – who, luckily, were not harmed as a result of a failed attack by the Iranian diplomat – without even mentioning once that there is an innocent Belgian dying in cold solitary confinement in some secret Iranian prison: Olivier Vandecasteele. The astonishing presumption entertained by the court – that only unharmed Iranian activists, but not an innocent Belgian aid worker, who *is* being tortured, should enjoy the right to life is so outright obscurantist that commenting on it in all seriousness is difficult. No attempt was made by the court to balance the interests and rights of the unharmed activists and someone who is being tortured and whose life is in direct danger. Ironically, precisely due to the fact that the right to life, which stems from [public order](#), is absolute and should not be subject to balancing, the Belgian court has moved close denying the right to life outright, through giving priority to procedure over substance, what the Convention does not authorize under Article 2 ECHR.

It is beyond any doubt that Belgium did take responsibility *vis-à-vis* Assadi's victims under Article 2 ECHR. Assadi's immunity under Article 40 of the Vienna Convention was not recognized by [the Belgian Supreme Court](#), resulting in twenty years behind bars, of which Assadi has by now served five, but will most likely not serve all twenty under the Belgian enforcement of sentences law. Yet, as this whole story illustrates, keeping prisoners like Assadi in Belgium constitutes a danger for the national interests of the country and those of Belgian citizens. Back in 2016, the Belgian government, well-aware of such a threat, started negotiations of the prisoner exchange Treaty with Iran following the [recommendation of national security services](#). By failing to recognize the margin of appreciation of the executive and legislative powers to appraise such risk, the court opted for an obscurantist *ultra vires* intervention amounting to an assault on Olivier's right to life and prolonging his torture.

2. Ignoring the limits of judicial powers

Belgium has *a priori* jurisdiction under Article 1 ECHR, Belgian authorities having explicitly and unconditionally awarded Olivier diplomatic protection (as opposed to [ECtHR's H.F. case](#)). The key priority of the Belgian government in this context has been clear from the moment of his kidnapping: saving his life and ceasing torture and the degrading treatment he is suffering from as soon as possible. Following negotiations since 2016, the Belgo-Iranian

bilateral Treaty on the Transfer of Sentenced Persons was finally signed on March 11, 2022. On July 30, 2022, a law ratifying this international instrument was adopted by the Belgian federal legislator. In October 2022 the National Council of Resistance of Iran (NCRI), which opposes the current government in Iran and had been the target of the attempted attack by the Iranian government through Assadi, launched a request for the suspension and annulment of this law before the Belgian Constitutional Court a few days after their request to forbid Assadi's transfer was rejected by the Tribunal of first instance.

On December 8, 2022 the Belgian Constitutional Court decided to suspend Article 5 of the law ratifying the Treaty in question, adjudging that it infringed the NCRI members' procedural right to life under Article 2 ECHR and sacrificing Vandecasteele's life on the altar of procedural purity. As a consequence, the court's intervention has paralyzed the on-going efforts to ensure that the goals outlined by the Belgian government from the very beginning be reached. The government and the legislator thereby ended up prevented from pursuing the most efficient and reasonable approach to help a Belgian citizen who is being tortured and whose life is in direct danger. Diplomacy and international relations precisely have a regal character: governments usually have all the necessary knowledge to deal with it, implying, *a fortiori*, a wide margin of appreciation. The court, moreover, simply ignored [its own words](#) according to which it does not have the same power of assessment and decision as the democratically elected legislative assemblies and it is not for the venue to review political choices. The short-sighted and self-assured *ultra vires* action by the court left the hands of the other branches tied and *de facto* extended at least by two months the torture of an innocent Belgian citizen in the face of overwhelming political mobilization and cross-party consensus behind helping the victim as soon as possible. This is a textbook example of *ultra vires* intervention in politics at the expense of the most fundamental human rights – a situation that no wise constitutional court would normally permit itself, should it have longer term respect *vis-à-vis* the judiciary in mind.

In any case, the transfer Treaty does not, in itself, plan the transfer of Assadi: it is drafted in general terms. In fact, [other jurisdictions in Belgium are competent](#) to control concrete transfers – such as the one of Assadi – once they are decided. In reviewing the case in light of Assadi's transfer, the Court thus also overstepped its own compe-

tences.

The Belgian Constitutional Court deployed an obscurantist misinterpretation of the ECHR and use of its powers preventing the Belgian legislator and the government to comply with their duty under Article 2 ECHR to make sure that an innocent citizen is not subjected to torture and not be deprived of life. The position of the court makes saving Olivier Vandecasteele much more difficult, if not impossible. Given that any court's power is confined

to its ability to convince, the Belgian Constitutional Court puts its own standing on the line: so far, this is the court that ensured two months more of torture of an innocent victim whom it did not even recognize was in its hands. One does not convince many by such a dereliction of duties. Thankfully, hope is not yet irreparably lost: the procedures surrounding the action for annulment of the suspended ratification law offer an opportunity for the court to come back to its senses.

Charlie J P Bennett

A Dormant Struggle Reaches Critical Mass

Why Europe Can And Must Lead The Way In Preserving The Constitution Of International Space Law

doi: 10.17176/20230216-233133-0



“A single market moment for space” proclaimed EU Commissioner Thierry Breton in the [European Space conference last month](#). He warned against regulatory fragmentation in this sector, professing that unified ‘EU space law’ with common rules on ‘safety, security and sustainability’ is needed. These comments followed the creation of the EU’s new [EUSPA \(EU Agency for the Space Programme\)](#), and partnerships with the European Space Agency (ESA) to strengthen European space capabilities and regulations. While the ‘single market for space’ in Europe certainly will go some way, as the original single market did, to establishing the groundwork for a vibrant legal regime, harmonisation for space law is not a new idea. In fact, even more fundamental provisions of a world ‘Space Constitution’ have [long existed](#), but remain unutilised.

Developments in Europe and beyond mark a changing landscape of (constitutional) space law – an unsustainable upsurge in the numbers of satellites and resulting [light](#) and [debris](#) pollution, the entry into the market of new actors with conflicting interests, and the fragmentation of domestic systems’ approach to space law mean that the current quasi-constitutional system is under the immense risk of being entirely disregarded. Without any party building upon the foundations laid out by the Outer Space Treaty, its principles, though noble in their spirit, will remain too broad and undefined to lead to any meaningful utilisation – illustrated clearly by the predictable issue of space debris. Therefore, the dramatic expansion of the legal scope of European space law could not have come at a more critical time.

For the sake of the future, there are good reasons to keep a constitutional basis to space endeavours. We have to discuss ways of doing so now. Europe appears willing, and I would argue should, lead the way.

The Space Constitution

The 1967 [Outer Space Treaty](#), along with [several other treaties](#), together established a quasi-constitutional trea-

ty system that laid down the unique and founding [principles](#), further augmented by subsequent [explanatory General Assembly resolutions](#), that were *meant* to govern future space exploration and exploitation. They include the declaration of space as province of all mankind, that outer-space and celestial bodies are not subject to national appropriation, and designation of astronauts as envoys for humanity. Though [controversial in their exact interpretation](#), they fundamentally espouse space as being an area for *all mankind* to benefit from, and attributes responsibility to state actors to preserve this. They form an obvious basis from which future and more specific regulatory measures can be derived - and indeed, [all even medium-capacity space-faring nations have ratified at least the Outer Space Treaty](#). But due to lack of space activities for which regulation was needed, development of space constitutionalism has never really occurred beyond the provisions of the Outer Space Treaty – leaving the system [wholly under-developed](#).

Until recently, then, there was admittedly little reason to care about space constitutionalism; there was no real need for it. But given the enormous expansion of actors and activities ([especially satellites](#)), space is no longer the concern of only the most powerful states. Due to their design around only few states and few activities, these treaties and their principles are [unquestionably outdated](#) – and as a result, their influence upon developing norms has waned substantially. It is now that norms are developing, and two sides have emerged in this active struggle: between [many varied proponents](#) of the (deepening of) constitutionalisation of space law and regulation, on the one side, and those [arguing for](#) fragmentation on the other; where no cohesive international system applies and domestic rules are entirely unharmonized. Private undertakings, and some up-and-coming states, particularly resist this constitutionalism, as it imposes heavy restrictions on their (economically driven) activities, and the theoretical economic benefits their absence brings.

The Turning Point - Why Care Now?

Unlike when the Space Constitution was formed, private companies, and not states, will be the primary force of industry expansion in the coming decades. Private enterprise is **increasingly prominent**, and now accounts for around 76% of investment in what is now an approximately **469 billion USD per annum industry** in 2022, with projected growth **into the trillions of dollars by 2040**. Notable part of this is driven through the **interests of high net-worth individuals**.

Private undertakings are squarely on the ‘anti-constitutional’ side for the obvious reason that greater regulation restricts their activities. To take the biggest individual space-faring player, the terms of use of Elon Musk’s Starlink services, for example, essentially reject the Outer Space Treaty and thus the principles of space constitutionalism entirely, by **refusing to recognise any kind of earth-based regulatory authority (point 12)** – suggesting a system not for mankind, but for feudal-style private ownership of the entire extra-terrestrial realm. Certainly, there are some strong **economic arguments** against the imposition of fundamental principles that are too strict or burdensome. Indeed, the lack of certainty regarding what is and is not permitted to be appropriated in space (and thus, the potential profitability of such endeavours) **arguably stifled private investment into space for many years**.

Though no longer space-hegemony, nation-states are far from irrelevant. The (partially) unified **African Space Agency was crystallised only in the past few days**, and many other countries have either very recently created their own national space laws, or now have these on their legislative agenda. At least 90 countries **now operate in space in some capacity**. While some of them indicate at least some acceptance of an internationally governed space sector, **not all of them do**, or have indicated they will. China’s space policy is notable both in its **ambition** and ambiguity: sometimes **seemingly advocating space principles**, but **often not**. Russia’s policy appears **even more obstructive**. The US implemented a **law that is explicitly designed to ensure all US-based actors comply with the letter of the Outer Space Treaty** – a good first step, though its **quasi-militarisation** could certainly be considered awkward. Greater participation of all types of actors is certain, given the continuously lowering **economic barriers of entry into the industry**, and its increased im-

portance for the modern world. Costs of launching one kilogram to space is **now a fraction of what it was**, and this **will continue to fall**.

Thus, while the industry is still in its infancy, the legal architecture of space governance – whether bound by the aforementioned fundamental principles, or entirely fragmented – will be decided not in the far future, but in the coming few years. The stage is thus now being set for a showdown on whether the quasi-constitutional system of space law survives and expands to preserve the long term, or is side-lined in favour of the short-term interests of individual actors. Whichever system is established may see us far into the future. It is therefore now that the necessary international regulation, norms and customs can (start to) be assembled.

Europe: A Potential Champion of Space Constitutionalism?

Only last year, the EU created **EUSPA (EU Agency for the Space Programme)** with **Regulation 2021/696**, along with a **Financial Framework Partnership Agreement** between the ESA, EUSPA and the European Commission. The strengthening of the EU-ESA cooperation into a more homogeneous European space sector is **a very high priority for both parties**. Further, though emphasis was **not entirely unanticipated**, the Ukraine war has highlighted the urgent need for regional security and defence enhancement. The Commission, along with EU Common Foreign Security Policy High Commissioner **Josep Borrel**, have identified space-based capabilities, such as satellite surveillance and communications, **as integral to this**. Accordingly, a consolidated **EU space strategy for security and defence** will follow later in 2023. This is likely to dramatically expand the scope of the EU’s space strategy as a cornerstone of its own regional autonomy by facilitating critical **digital and military capabilities**. Dramatic developments in the reach and involvement of the Union in this area may therefore be imminent. Indeed, almost all EU member states are already party to the Outer Space Treaty; meaning there is great potential for broader, harmonised constitutional development within both the international and EU legal frameworks.

The stance of the Union regarding the constitution of space law is promising, but currently ambiguous. Article 4(1) of **Regulation 2021/696**, which lays out general principles, states that the Union should “[support] global

initiatives including with regard to sustainable development and raising awareness of space as a *common heritage of humankind*.” There is not, currently at least, any specific initiative to put this into practice – but it is clear that this is an option. Paragraph 14 of the regulation preamble states “[the Commission should promote] responsible behaviour [...] including reducing space debris proliferation [and] explore the possibility of the Union’s acceptance of the rights and obligations provided for in the relevant UN Treaties and Conventions and *make, if necessary, appropriate proposals*.” The option of adhering to the constitutional principles of space law thus remains unimplemented, but possible. Indeed, unlike some of the actors mentioned in the previous section, Europe has not undertaken any activities which flagrantly contravene the spirit of the space constitution.

The EU, under the provisions of [Regulation 2021/696](#), has the opportunity to make a bold first step in adding substance upon the bony constitutional frame of space law. The form does not necessarily matter; whether it be through bilateral standards agreement, explicit interpretation of the Outer Space Treaty, expression of international custom, or the setting of norms of responsibility via the EU’s considerable regulatory reach and [partnership with emerging space actors](#), it is clear that some form of international regulation is needed. This is not to say that Europe should in any way suffocate its own space industry with regulation, but rather actively foster international consensus to meaningfully implement the fundamental space constitutional principles.

Another tragedy of the commons? Space debris

We do not have to ponder hard to think of examples where greater adherence to such constitutional principles would aid Europe and humanity. Removal of space debris is something that only seems feasible with a system at least partially centralised for the purpose of attributing responsibility.

Elon Musk’s Starlink system alone [plans to have over 40,000 satellites within its constellation once completed](#). In the next ten years, it is projected [almost 200,000 additional satellites](#) will be launched. It seems overwhelmingly unlikely that a fragmented space law without guiding fundamental principles will not simply replicate [a tragedy of the commons](#) as so many instances on Earth as regards the environment have. Though, as mentioned, unnecessary regulation of space may lead to stifling of

progress, including in Europe, [far more stifling would be rendering parts of earth’s orbit inhospitable to satellites, and any other vehicle – whether European or otherwise](#).

While there is no explicit requirement for any launching state (and via strict liability, [undertakings that launch from its territory](#)) to ‘clean up’ their own orbital debris, [such a notion can \(and should\)](#) be read into Article IX Outer Space Treaty which states that actors must ‘[avoid contamination](#)’ and ‘[harmful activities](#)’. Without more useful interpretation of (and adherence to) space constitutionalism and the Outer Space Treaty, there is essentially zero existing incentive for any individual actor to mitigate this damage without further regulation. It is far from self-evident that a fragmented and entirely uncentralised system will preserve any of these principles, and yield the results required; especially if humanity’s [record of action on the environment is anything to go by](#).

Concluding remarks

As the first chapter of [ESA Director General Josef Aschbacher’s agenda 2025](#) makes absolutely clear, “the time for Europe to act is now”. But this goes beyond relevance merely for Europe. Strengthening of the EU-ESA partnership should be unreservedly embraced; but it should not stop there – the issues of space relevant to the whole world are something Europe can significantly influence for the better. With its emerging abilities in production, its regulatory reach, and with a rule of law record better than anywhere else, Europe is in a unique position to make a stand in retaining the fundamental principles laid down in the Space Constitution. Unlike other actors mentioned, Europe has (so far) not acted with the same ambivalence as regards space constitutionalism - but it does appear hesitant. If there is to be a champion of space constitutionalism, there is simply no other actor the world can turn to with any confidence. Far from acting in exclusively its own interest, utilising its competences to their fullest extent would help ensure that the benefits of space are not inclusively for industrialised, rich nations - but for all; as the Outer Space Treaty originally intended.

In any case, the conclusion for keeping some notion of space constitutionalism is obvious even from only an orbital-environmental standpoint. No doubt, similar instances shall certainly arise [in future](#), and to counter this, Europe can take several steps;

1. *The EU-ESA partnership strengthening should be welcomed, but not stop there – agreements on fundamental principles with emerging space-faring nations must also be made.*
2. *The Commission must utilise the provisions of the treaties and Regulation 2021/696 to build adherence to the constitution and general principles enshrined in the Outer Space Treaty.*
3. *The European space institutions should consolidate all their connections to establish a more cohesive regime for international space law's fundamental principles.*

Space endeavours have an unparalleled ability to capture the best of the spirit of humanity, and **preserve**

cooperation even **in the gravest of circumstances**. The constitutional revolution of the European single market brought not only direct benefits, but indirectly gave rise to the some of the greatest advancements feasible by a legal system. To secure its own strategic autonomy, and the future of humanity by **bucking the trend of dangerous fragmentation**, Europe must again seize this 'single market' moment in the application of space - to secure fairness and sustainability for all mankind.

*The author would like to thank Dr. **Belavusau** and Dr. **Castellanos-Jankiewicz** of the T.M.C Asser Institute, and colleagues at the Space Court Foundation for their helpful remarks on structure and content respectively.*

Kimmo Nuotio

Watchdog Watching Too Closely

Journalists Reporting on Military Intelligence Were Held Guilty of a Crime in Finland

doi: 10.17176/20230216-233112-0



In December 2017, readers of the largest and maybe also the most esteemed Finnish newspaper, Helsingin Sanomat, were surprised to find an article which, among others, showed excerpts of classified, red-labelled documents. The long article described the operations of a special center, part of the military intelligence, called *Viestikoekeskus*, which was specialized in military signal intelligence. Very little was publicly known about the workings of that center situated in a faraway resort.

More than five years later, on January 27th, 2023, the Helsinki District Court found both of the journalists guilty of criminal disclosure charges. It took, however, the special circumstances of the case into account. The key journalist was sentenced to a 50 day-fine units only, even though the Penal Code provided an imprisonment sentence of not less than four months. The assistant journalist went unpunished. The superior person was considered not guilty. Both parties have appealed so that the decision is not final yet.

A high-profile case in a changing security environment

The real issue was – and still is – whether the reporting of the classified material can be deemed as a legitimate use of the freedom of speech by an investigative journalist, or whether this was a criminal violation of national security interests. Put simply, the court's decision is that the watch-dog media may report abuses of power. However, an interest to attract readers only is not enough to justify the disclosure.

In 2017, there was a great interest to report on activities of the civil and military intelligence due to new laws that were being drafted and debated. At the time of publication, the Finnish Parliament was discussing the proposal for a new [Act on Military Intelligence](#) which would regulate these activities and create an accountability mechanism. In fact, the Act entered into force in 2019. The journalists defended their decision to make use of classified material in reporting along these events.

After having published the first two articles, one of

them online, Helsingin Sanomat decided not to continue, even though a set of five more articles were in the pipeline. It is not quite clear how the classified material ended up in the hands of the investigative journalist who had a reputation of digging deep. It seems likely that the material as such had been handed over to the journalist or someone close to him, perhaps accidentally. There were some speculations, but nothing has been confirmed. The military knew that the articles were about to be published, and it had warned about its consequences.

It could be seen from the very beginning that this would be a high profile case. Immediately, the military reported the case to the police which started to investigate. Even the President of Finland, who is the chief command of the Finnish Army, voiced his criticism concerning the disclosure. The suspected offence was the disclosure of a national secret according to the provision of [Chapter 12 Sect. 7 of the Finnish Criminal Code](#). Chapter 12 comprises the provisions on Treasonable Offences, a Chapter seldom practiced before a court.

Its wording is clear: the disclosure and publishing of classified information is penalized without any further clauses and discretion. The legislator's idea was to simply to see if the case concerned a national secret, and whether its disclosure could be justified. In the past, on most occasions no justifications could be presented. Instead, the military and other relevant official have some discretion when classifying who can lawfully possess such information.

Balancing national security interests and free speech

In the limited case law of this type in Finland, the disclosure had been usually committed by a person in office, for example when the Finnish Supreme Court decided on a case in which a civil servant of the Finnish foreign ministry had leaked some classified EU-documents to a foreign country national. The civil servant was charged on the account of espionage, but the [Supreme Court sentenced](#) the accused only for the offense of disclosure of a na-

tional secret.

As the offense definition itself was an old and traditional one, seldomly applied and without much scholarly attention, the defense in this case brought forward justifications based on journalistic interests ultimately backed up by freedom of speech and the freedom of press. Without doubt, informing the public about an activity of general interest, which also might risk the protection of rights of the individuals and which at that time was closely linked to the debate around the proposed Military Intelligence Act, means exercising fundamental political freedoms. Freedom of speech finds its normative grounding both in the Finnish Constitution and in the European Convention of Human rights as well as other international treaty law.

In our case, the Helsinki District Court deserves merit for its detailed scrutiny of the relevance of freedom of speech in this rather unusual setting. In working through its argument, the court used rich source material. It analyzed not only the case law of the European Court of Human Rights, but also referred to scholarly articles on the issues. It especially noted that reporting about military intelligence by the press would have been allowed, if the press had been exercising its watch-dog function and disclosing abuses in the operations of the military. However, it found that this was not the case.

It was regarded crucial whether the disclosure of the facts in the article was serving the general interest of the public to know. The reasoning ended up stating that the motivation of the disclosure was not solely such interest, but the style of presenting. Especially the use of red-labelled photos showed that the article also simply sought to draw attention. The court took it that interpretations concerning the limits of the right to free speech have to be constructed contextually, by carefully interpreting the circumstances of the case. Here, the article was regarded to serve a diffuse interest, and as it did not contain any detail of reporting an abuse or similar, the freedom could not outweigh the interests of secrecy. We can see a kind of optimization here, along the lines of the doctrine introduced famously by Robert Alexy.

The defense put forward the argument that the red-labelled documents were rather old and only contained information that could have been collected from public sources. Even though the key journalist refused to disclose his sources, he made the effort to prove that this indeed was the case by referring to a pile of public sources. He

also indicated that the fancy pictures of the documents with red labels were there mainly for reasons of decoration, arguing that they were not relevant for the contents of the article.

This the court did not buy. The article had contained information about the functions, activities, organization, capabilities and procurement of the military intelligence unit. Indeed, some of those details no longer merited secrecy after 10 years, when they were published, but due to the long-term development and nature of the activities of military intelligence, the secrecy still covered part of the disclosed facts. On this ground, it was argued that the article described a world not fully outdated. The court also did not accept the argument that the article was linked to the law proposal on the same topic, since it could not establish such link.

The court avoided running fully over the rights and interests of the press, yet it did not give those rights full protection under the circumstances. The actions were regarded as intentional, since the journalists must have known about the strict case law in this field, and they had even been warned beforehand. As a mitigating factor, the court referred to the case law of the ECtHR stating that journalists should never face an imprisonment sentence when doing their work. Additionally, the case's excessive public media attention and the long duration of the proceedings were factored in. Charges on the account of criminal attempt were dropped as these to-be-articles only existed as drafts on the desks of the journalists.

The judgement was issued by a panel of three professional judges, and it was unanimous. After appeals followed from both sides, the Appellate Court of Helsinki will see the case next.

Conclusion

The court's recent judgment, however, falls into a period of drastically changed security contexts. Since the beginning of the Russian aggression in Ukraine, the matters concerning military intelligence and national security have gained a renewed significance in Europe, particularly in Finland. Of course, this should not color the way we see the domain of freedom of speech. Nonetheless, the judgement might have at least a slight chilling effect on journalistic work in this sensitive field. Following the court's reasoning, a watchdog media may of course report abuses of power – but an interest to only attract readers, however, is not enough to justify disclosures. Bet-

ween these two principles, there is a grey zone in which journalists should take a moment to reflect before going out to the public.

It will be interesting to follow the appeal procedure and see how the reasoning develops. For an international reader, it may be relevant to note that the chapter on fundamental rights and freedoms of the Finnish Constitution was reformed in 1995, as Finland had joined the Council of Europe only a few years earlier. The case law of the European Court of Human Rights quickly gained relevance

in the criminal law proceedings that involved freedom of speech aspects. However, the provisions concerning the disclosure of classified information due to national security interests did not figure in these debates. In my personal opinion, the decision of the first instance court already shows a careful and extensive weighing of the relevant principles. The decision of the appeals court can most likely be expected next year. It is possible that the case could end up on the tables of the judges in Strasbourg.

Merijn Chamon

The Rise of Article 122 TFEU

On Crisis Measures and the Paradigm Change

doi: 10.17176/20230203-113329-0



The last decade, and especially the past year, saw a marked increase in the EU's reliance on Article 122 TFEU. This legal basis was used to adopt a series of measures aimed to address the health and energy crises following the COVID pandemic and Russia's invasion of Ukraine.

At least two of those measures are now subject to direct challenges before the General Court and the Court of Justice. From a constitutional perspective, however, it is unfortunate that these two cases will probably not invite the Courts to address the more fundamental constitutional questions raised by the Council's recent recourse to Article 122 TFEU. The latter ultimately raises the question whether, despite the EU's mere coordinating competence in the area of economic policy pursuant to Article 5 TFEU, a paradigm shift, whereby a (limited) EU economic policy is developed, can be pursued based on Article 122 TFEU. Before this more fundamental question is highlighted, the cases before the GC and CJEU cases will first be briefly presented.

Exxonmobil v. Council & Poland v. Council

Exxonmobil is challenging the windfall tax (temporary solidarity contribution) imposed by the October 2022 **Council Regulation** on an emergency intervention to address high energy prices before the General Court. The argument of Exxonmobil appears to be that the EU lacks the competence to impose temporary solidarity contributions since these amount to a tax for which the Member States remain competent. Given that Exxonmobil recorded its highest ever profit in 2022, at **56 billion USD**, its action appears morally abject but it does raise a very relevant legal question for the above noted paradigm shift. The General Court will most probably not address that question however, and will most likely dismiss the case as inadmissible. Although the regulation is a regulatory act (given that it is a non-legislative act of general application) and might be of direct concern to Exxonmobil, implementing measures by the Member States are required to introduce the solidarity contribution. Assum-

ing that Exxonmobil is directly concerned by the regulation, it is in any event not individually concerned since the solidarity contribution requirement will apply to any companies with activities in the crude petroleum, natural gas, coal and refinery sectors, producing legal effects with respect to categories of persons viewed generally and in the abstract (see [paras 47-48](#)).

The case brought by Poland against the August 2022 Council **Regulation** on coordinated demand-reduction measures for gas will be admissible. However, from the [reference](#) in the OJ it does not seem that Poland is raising the fundamental question of the limits to Article 122 TFEU in light of the EU's mere coordinating competence in economic policy. Instead, Poland's main plea is that Article 192(2)(c) TFEU ought to have been used as a legal basis (implying that it believes the EU enjoys competence). This would be so since the regulation significantly affects a Member State's choice between different energy sources. This is an argument that Poland has already tried in relation to other EU (climate) measures before the Court and on which the latter has ruled that "Article 192(2) TFEU can form the legal basis of an EU measure only if it follows from the aim and content of that measure that the primary outcome sought by that measure is significantly to affect a Member State's choice between different energy sources and the general structure of the energy supply of that Member State." ([para. 46](#)) The CJEU will therefore have to apply its well-known choice of legal basis test, but in a way that it will first and foremost test whether Article 192(2)(c) TFEU is the correct legal basis, which is not quite the same as testing whether Article 122 TFEU is the right legal basis.

The increased reliance on Article 122 TFEU

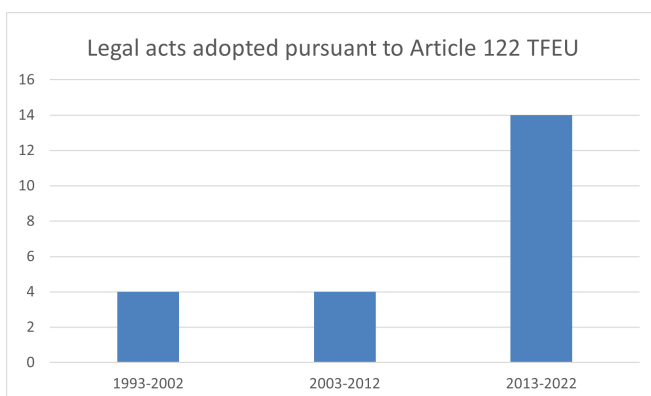
To recall, Article 122 TFEU reads as follows:

1. *Without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidar-*

ity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy.

2. Where a Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, the Council, on a proposal from the Commission, may grant, under certain conditions, Union financial assistance to the Member State concerned. The President of the Council shall inform the European Parliament of the decision taken.

Article 122 TFEU thus foresees two legal bases that both allow measures to be adopted to address emergencies or crises. Its first paragraph would allow general measures, while the second specifically envisages financial aid. On the second paragraph, the Court noted in *Pringle* that it could not be relied on to establish the ESM since the ESM is a *permanent* mechanism to the benefit of the stability of the Eurozone *as a whole*, not a *temporary* mechanism to the benefit of (a) *specific Member State(s)* (para. 65). While Article 122(2) TFEU was relied on during the euro crisis to establish the EFSM, it has really started to do the heavy lifting of the EU's crises response instruments since the pandemic. The chart below shows the number of legal acts adopted based on Article 122 TFEU (and precursors) since the entry into force of the Maastricht Treaty. With this, a paradigm shift has been triggered.



A paradigm shift

The recent legal acts adopted pursuant to Article 122 TFEU arguably constitute a paradigm shift because

through these crisis measures, the EU is indirectly pursuing an economic policy. Of course, this policy is not a fully-fledged one as that would be clearly incompatible with the competence division reflected in Article 5 TFEU. Instead, economic policy is pursued in a secondary fashion whereby the main objective of the Article 122 TFEU measures (nominally) remains crisis response, as also evidenced by most of these measures' temporary nature. The very real consequences for the economic policies of the Member States should nonetheless be clear. The regulation on the recovery instrument mentions as one of its objectives the support for "reforms and investments to reinvigorate the potential for sustainable growth and employment in order to strengthen cohesion among Member States and increase their resilience". The [Council Regulation](#) on an emergency intervention to address high energy prices, introduces price controls by putting a cap on the revenues of electricity producers and requires Member States to redistribute the resulting surplus revenues among final electricity customers. Fossil fuel companies are for their part subject to an excessive profit tax. Although the [recovery and resilience facility regulation](#) is not based on Article 122 TFEU, it implements the recovery instrument (which is based on Article 122 TFEU), and rests on six pillars of which only one is strictly linked to crisis response (see Article 3(e) of the regulation). Approval of the recovery and resilience plans and the disbursements of recovery and resilience money depends on Member States following up on recommendations issued under the European Semester or the Stability and Growth Pact, giving further teeth to those recommendations. While perhaps not constituting a *super* competence as [Leino-Sandberg and Ruffert](#) would have it (see below), these further policy implications clearly go beyond what a strict reading of Article 122 TFEU would allow. In relation to the recovery instrument, this question was already put to the German Constitutional Court but under that Court's *Ultra Vires* doctrine, the question is whether the EU exceeded its competences manifestly and in a structurally significant way. The Constitutional Court clearly noted that it was not convinced that the recovery instrument was merely addressing the effects of the pandemic but equally held that the EU still did not manifestly exceed its competences (para. 173 et seq.) (discussed earlier on [Verfassungsblog here](#) and [here](#)).

A debate that boils down to the legal basis test

The extensive reliance on Article 122 TFEU has not gone unnoticed and has already been the subject of academic debate (see also the doctrine cited in [para. 154](#)). In his discussion of the post-pandemic [recovery instrument](#), [De Witte](#) noted that some might view the reliance on Article 122 TFEU as problematic since the instrument's objective of supporting an economic transition goes beyond the realm of crisis management. According to De Witte himself however, Article 122 TFEU could still be relied on: providing assistance following a crisis (permissible under Article 122 TFEU) "should not prevent the use of that assistance to also strengthen the mid-term and long-term economic resilience of those States." [Leino-Sandberg and Ruffert](#) disagreed, finding that the EU institutions amalgamated the two different legal bases in Article 122 TFEU, exploiting the resulting legal ambiguity. For them the EU's response is built on a fragile legal foundation, and they warn that "Article 122 TFEU will gradually develop into a new super competence, to be used without effective democratic scrutiny". The latter would be so because Article 122 TFEU prescribe recourse to non-legislative procedures whereby paragraph 1 foresees no role at all for the European Parliament and paragraph 2 only prescribes that the President of the Council should inform the Parliament of the decision taken. In addition, national parliaments have only been marginally involved in the adoption of both the recovery instrument and the recovery plans (see [Dias Pinheiro & Dias](#)).

The settlement of this debate ultimately depends on the legal basis test: is Article 122 TFEU the right legal basis for these measures, given their aim and content? Here, two points should be flagged. The first is the possibility to combine the legal bases of Article 122 TFEU. Under the Court's established case law, when one single measure pursues several objectives none of which is incidental to the others, multiple legal bases should be relied on, but only if the decision-making procedures are compatible (see [paras 56-57](#)). The latter is the case here. However, combining both legal bases might also be seen as a circumvention of the limits set by the separate legal bases. Concretely: in [Pringle](#), the Court suggested that Article 122(1) TFEU was inappropriate to provide financial aid ([para. 116](#)); while Article 122(2) TFEU was appropriate to provide such aid but only temporary and in a targeted manner ([para. 65](#)). If the Court simply follows

its standard approach of combining legal bases however, both Article 122(1) and (2) TFEU can be combined, allowing for the creative legal engineering that supports an EU economic policy through the back door.

The second point relates to the actual choice of legal basis test and the question of how strict/tenuous the link should/may be between the aim of addressing the severe difficulties or emergency and the incidental economic policy prescriptions. Under the Court's case law, incidental measures are absorbed by the main legal basis as long as they are ancillary (see [para. 31](#)). The Court's test is rather imprecise here and has mainly been developed in the area of external relations. Still there appear to be three different types of ancillary provisions, two of which are relevant in an internal EU setting. Firstly, there are provisions that are a necessary adjunct to ensure the effectiveness of the main provisions ([para. 70](#)); secondly there are substantive provisions that are only limited in scope ([paras 75-76](#)). It is doubtful that the economic policy prescriptions imposed through some of the Article 122 TFEU measures are only limited in scope. This is the main argument to argue that the Council acted *ultra vires*. By contrast, those measures could be argued to constitute a necessary adjunct, not to the main provisions as such but to ensure that any assistance provided does not undermine the measures adopted by the Union in particular in the area of the coordination of Member States' economic policies (see by analogy [para. 143 of Pringle](#)). Article 122 TFEU would also remain an exceptional legal basis, even if relied on to create a permanent framework, since concretely triggering the application of the mechanism and the adoption of temporary crisis measures within that framework would still depend on 'severe difficulties' presenting themselves.

While such a reading might not be a traditional reading of Article 122 TFEU, the (only) pertinent question is whether it is a permissible reasoning. That the (previously) dominant reading of Article 122 TFEU may have been more restrictive in no way precludes a more flexible interpretation in the present and future. After all, the TEU and TFEU constitute a constitutional charter intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs. The significant checks and balances in the EU's constitutional charter, even those in Article 122 TFEU which exclude a role for the European Parliament, buttress this flexibility.

I would like to thank Prof. Bruno De Witte for comments on an earlier draft. All errors or omissions remain my own.

Peter Meißner

Separatisten vor dem EuGH

Der Kampf um die Auslieferung der führenden katalanischen Autonomiepolitiker geht weiter

doi: 10.17176/20230203-233208-0



Seitdem die führenden Politiker:innen der katalanischen Autonomiebewegung aufgrund drohender spanischer Strafverfolgung ins Ausland geflohen sind, versucht die spanische Justiz, ihre Auslieferung nach Spanien zu erreichen. Ursprünglich ging es in den Verfahren unter anderem um den Tatbestand der Rebellion, [der zwar kürzlich abgeschafft wurde](#), gleichwohl wird die Strafverfolgung wegen des Vorwurfs der Veruntreuung fortgesetzt. Um die Auslieferung der katalanischen Politiker:innen zu erreichen, stellte die spanische Justiz bereits mehrfach Europäische Haftbefehle aus (etwa an das OLG Schleswig, vgl. dazu [hier](#)). Nach einigem „hin und her“ (Puigdemont, Comín und Posantí sind MdEP geworden, die zwischenzeitlich entzogene Abgeordnetenimmunität besteht während eines [anderen] [aktuell laufenden EuGH-Verfahrens](#) fort) wurde schließlich die belgische Justiz mit der Vollstreckung der Europäischen Haftbefehle befasst.

Nachdem die belgische Justiz die Vollstreckung abgelehnt hatte, ging [durch das vorliegende EuGH-Verfahren](#) der Streit um die Auslieferung in eine neue Runde: Begründet haben die belgischen Gerichte die Verweigerung der Auslieferung vor allem damit, dass das *Tribunal Supremo* (Oberster Gerichtshof Spaniens), vor dem das Strafverfahren gegen Puigdemont et. al. in Spanien stattfindet und welches gleichzeitig auch die Europäischen Haftbefehle ausgestellt hat, hierfür nach spanischem Recht nicht zuständig sei. Zur Begründung stützt sich die belgische Justiz unter anderem auf einen Bericht der „UN-Arbeitsgruppe gegen willkürliche Inhaftierungen“, die 2019 in einem [Bericht](#) bemängelt hatte, dass das *Tribunal Supremo* in Fällen der Strafverfolgung im Zusammenhang mit der katalanischen Autonomiebewegung die gerichtliche Zuständigkeit an sich gezogen habe, obwohl hierfür vielmehr katalanische Gerichte zuständig gewesen wären (vgl. ebd., Rn. 134 f.) – mit Blick auf die [drakonischen Strafen gegen die Autonomiebewegung](#) durch das *Tribunal Supremo* und die [aktuelle Krise der spanischen Justiz](#) schlagen bei einem solchen Vorgehen

jedenfalls die rechtsstaatlichen Warnsignale an.

Um sich gegen die belgische Weigerungshaltung zur Wehr zu setzen, hat sich das *Tribunal Supremo* mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gewandt, über das der EuGH vorliegend entschieden hat. Der EuGH nutzt die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Reichweite von Art. 47 Abs. 2 GRC im Rahmen des „Aranyosi-Tests“ fortzuentwickeln und Vorgaben aufzuzeichnen, unter welchen Umständen die Unzuständigkeit des späteren *Strafgerichts* die Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls rechtfertigen kann.

Verfahrensgang und Vorlagefragen des Tribunal Supremo

2019 hatte das *Tribunal Supremo* mehrere Europäische Haftbefehle an die belgischen Behörden übermittelt. Infolgedessen leiteten die belgischen Behörden gegen drei der Politiker (Puigdemont, Comín und Puig) die Vollstreckung der Europäischen Haftbefehle ein – nach der Wahl von Puigdemont und Comín zu Mitgliedern des Europäischen Parlaments wurde die Vollstreckung dieser beiden Haftbefehle ausgesetzt – bezüglich Puig (der bis zu seiner Flucht Kulturminister von Katalonien war) jedoch fortgesetzt. 2020 weigerte sich zunächst das „belgische Gericht erster Instanz“, anschließend auch der „Brüsseler Appellationshof“, den Europäischen Haftbefehl gegen Puig zu vollstrecken – begründet wurde dies unter anderem mit der bereits angesprochenen Unzuständigkeit des *Tribunal Supremo* nach spanischem Recht – weder sei das *Tribunal* für die Strafverfolgung im konkreten Fall zuständig noch sei es die „zuständige Justizbehörde“ zur Ausstellung des Europäischen Haftbefehls (vgl. Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl [RbEuHb]). Somit müsse die Auslieferung mit Blick auf den Grundrechtsschutz abgelehnt werden.

Neben den materiellen Fragen springt dabei zunächst

ins Auge, dass die beiden belgischen Gerichte diese Rechtsauffassungen vertraten, ohne den EuGH im Wege der Vorabentscheidung einzubinden, was mit Blick auf eine eventuell sogar bestehende *Vorlagepflicht* (Art. 267 Abs. 3 AEUV) jedenfalls nahegelegen hätte (nehmen die belgischen Gerichte hier doch eine neue, ungeschriebene Ausnahme von der grundsätzlichen Kooperationspflicht nach Art. 1 Abs. 2 RbEuHb an).

Keine Berufung auf innerstaatliche Ablehnungsgründe

Zunächst befasst sich der EuGH mit der Frage, ob sich die Vollstreckungsbehörde auf einen Grundrechtsvorbehalt in ihrem innerstaatlichen Recht berufen kann, soweit der Ablehnungsgrund über die im RbEuHb Enthaltenen (vgl. Art. 3, 4, 4a RbEuHb) hinausgeht (Rn. 66-79). Dies lehnt der EuGH (erwartbar) mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Europäischen Haftbefehls ab: Wenn sich jeder Mitgliedstaat auf Vorgaben des nationalen Rechts berufen könnte, würde die durch den RbEuHb anvisierte Erleichterung und Beschleunigung des Auslieferungsverkehrs gefährdet (Rn. 75 f.), weshalb Ablehnungsgründen im nationalen Recht lediglich eine deklaratorische Funktion zukomme (Rn. 78 f.) – insoweit bewegt sich der EuGH in bekannten Fahrwassern (vgl. EuGH, Rs. [Melloni](#), Rn. 55 [insb. Rn. 63], st. Rspr.).

„Justizbehörde“ bedeutet nicht zuständige „Justizbehörde“

Anschließend (Rn. 81-89) setzte sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob die Vollstreckungsbehörde dazu ermächtigt ist nachzuprüfen, ob die nach dem innerstaatlichen Recht des Anordnungsstaates zuständige „Justizbehörde“ den Europäischen Haftbefehl ausgestellt hat. Im Rahmen dessen zitiert der EuGH zunächst seine Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der „Justizbehörde“ in Art. 6 Abs. 1 RbEuHb (in der bekanntermaßen die Weisungsgebundenheit der deutschen Staatsanwaltschaften auf [Kritik](#) gestoßen ist) und weist darauf hin, dass die Vollstreckungsbehörde prüfen müsse, ob eine „Justizbehörde“ in diesem Sinne gehandelt hat (Rn. 85). Aber besteht auch die Befugnis zur Prüfung, ob eine *zuständige* Justizbehörde gehandelt hat? Der EuGH verneint dies mit Verweis darauf, dass die Festlegung der gerichtlichen Zuständigkeit Sache der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sei, was mit Blick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nicht durch die Voll-

streckungsbehörden nachgeprüft werden könne (Rn. 88).

Festigung der Rechtsprechung zum „Aranyosi-Test“

Zwar ist es der Vollstreckungsbehörde nach dem grade Gesagten untersagt, die Vollstreckung mit Verweis auf eine Unzuständigkeit der *Anordnungsbehörde* zu verweigern, in den weiteren Vorlagefragen stellte sich jedoch die Frage, ob sich aus Art. 47 Abs. 2 GRC („fair trial“) ein Ablehnungsgrund ergeben kann, wenn dem Betroffenen im Ausstellungsstaat ein Strafverfahren vor einem *unzuständigen Strafgericht* droht (Rn. 90 ff.).

Zunächst betont der EuGH in bekannter Art und Weise, dass die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung (auf denen der RbEuHb beruht) im Unionsrecht „fundamentale Bedeutung“ haben (Rn. 93). Gleichwohl hat der EuGH in seinem „berühmt-berichtigten“ [Gutachten 2/13](#) zum Beitritt der Europäischen Union zur EMRK (dazu etwa [Wendel](#)) die Tür für Ausnahmen vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens für den Fall „außergewöhnlicher Umstände“ geöffnet. In der nachfolgenden Rechtsprechung hat der EuGH den sogenannten „Aranyosi-Test“ (zum Begriff etwa [Wendel](#), [EuConst](#) 15 [2019], S. 17 [23]) eingeführt, um zu bestimmen, ob zugunsten des (freilich europäischen!) Grundrechtsschutzes die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ausnahmsweise abgelehnt werden kann. Dieser Test, den der EuGH in der Rechtsache [Aranyosi u. Căldăraru](#) für die Zustände in ungarischen beziehungsweise rumänischen Gefängnissen wegen einer dort drohenden „unmenschlichen Behandlung“ (Art. 4 GRC, Art. 3 EMRK) entwickelt hat, wurden durch den EuGH 2018 in der [vielbeachteten](#) Entscheidung [LM](#) schließlich auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRC „übertragen“, worauf sich der EuGH vorliegend mehrfach bezieht.

Nach diesem Test ist es erforderlich, dass „systemische oder allgemeine Mängel in Bezug auf das Funktionieren des Justizsystems“ (Rn. 97) oder „Mängel, die eine objektiv identifizierbare Personengruppe betreffen und der die betreffende Person angehört“ (Rn. 102), bestehen. Daneben müssen (kumulativ, wie der EuGH bekanntlich betont [Rn. 110]) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei einer Überstellung eine „echte Gefahr“ für eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 47 Abs. 2 GRC) besteht (Rn. 96 f.). Dieser Maßstab wurde in [LM](#) entwickelt und in den nachfolgenden Entscheidungen (der EuGH beruft sich ausdrücklich auf die

Rs. [Openbaar Ministerie](#)) beibehalten, worin sich die vorliegende Entscheidung grundsätzlich einreicht (beachtlich ist jedoch, dass der EuGH die Prüfung vorher ausdrücklich auf den „Wesensgehalt“ von Art. 47 Abs. 2 GRC beschränkt hat – eine solche Einschränkung findet sich nun nicht mehr; ob daraus für die Zukunft jedoch tatsächlich eine Maßstabserweiterung folgt, bleibt abzuwarten).

Unzuständigkeit des Strafgerichts nach erfolgter Überstellung als Verletzung von Art 47 Abs. 2 GRC?

Entscheidende Frage des Verfahrens war schließlich, ob durch Verstöße bei der Zuständigkeitsbestimmung des nach einer Überstellung urteilenden Strafgerichts die Voraussetzungen des „Aranyosi-Tests“ in Bezug auf Art. 47 Abs. 2 GRC erfüllt sein können.

In Rückgriff auf die EGMR-Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 6 EMRK (Rn. 99) führt der EuGH aus, dass ein „auf Gesetz beruhendes Gericht“ entscheiden müsse, womit die Zuständigkeit des später entscheidenden Strafgerichts in engem Zusammenhang stehe (Rn. 99). Ein Verstoß hiergegen sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn „ein nationaler Oberster Gerichtshof, der in erster und letzter Instanz in einem Strafverfahren entscheidet, ohne über eine ausdrückliche Rechtsgrundlage zu verfügen, die ihm die Zuständigkeit verleiht, über sämtliche Angeklagte zu urteilen“ (Rn. 100).

Darüber hinaus kann eine Ablehnung durch die Erfüllung beider Stufen des „Aranyosi-Tests“ begründet werden (Rn. 102 ff.):

Auf der ersten Stufe sei „eine Gesamtwürdigung des Justizsystems des Ausstellungsmitgliedstaates im Hinblick auf das Erfordernis eines durch Gesetz errichteten Gerichts“ vorzunehmen (Rn. 102). Aus dieser Gesamtwürdigung müsse sich ergeben, dass im Ausstellungsstaat im Allgemeinen oder jedenfalls für eine bestimmte Personengruppe im Besonderen (denkbar: katalanische Autonomiepolitiker:innen), der der Betroffene angehört, ein unzuständiges Gericht entscheidet (Rn. 103), da „eine solche fehlende Zuständigkeit geeignet wäre, legitime Bedenken insbesondere hinsichtlich der Unparteilichkeit des betreffenden Gerichts zu wecken“ (Rn. 108). Die Gefahr eines „systemischen Mangels“ sei insbesondere dann anzunehmen, wenn nach dem innerstaatlichen Recht keine Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, mit deren Hilfe die innerstaatliche Zuständigkeit des Gerichts überprüft werden kann (Rn. 103). Hierbei sei es jedoch

bereits ausreichend, dass ein Rechtsbehelf bei dem Strafgericht *selbst* eingereicht werden kann (Rn. 103, 112). Um dies zu bestimmen, wird es in der vorliegenden Konstellation maßgeblich auf die Stichhaltigkeit der Argumente, die gegen die Unzuständigkeit des *Tribunal Supremo* für Straftaten im Zusammenhang mit der Autonomiebewegung sprechen, ankommen – ein Lichtblick für die Autonomiepolitiker:innen ist hierbei, dass der EuGH später (Rn. 126) erläutert, dass ein Bericht einer UN-Arbeitsgruppe (wie er hier vorliegt, siehe oben) „zusammen mit anderen Gesichtspunkten“ potenziell eine Begründungsgrundlage darstellen kann.

Bei der anschließenden „zweiten Stufe“ muss die Vollstreckungsbehörde schließlich prüfen, inwieweit diese „systemischen“ Bedenken zu einer „echten Gefahr“ für die konkret betroffene Person führen (Rn. 106). Dafür ist es erforderlich, dass das in dem Ausgangsverfahren tätig werdende Gericht des Ausstellungsstaates nach dem innerstaatlichen Recht *offensichtlich* nicht zuständig ist (Rn. 107), was wiederum eine Frage der Umstände des Einzelfalls sein wird. Anschließend wiederholt der EuGH, dass eine Ablehnung der Vollstreckung nur in Betracht komme, soweit beide Stufen des „Aranyosi-Tests“ erfüllt sind (Rn. 110 ff.).

Darüber hinaus erklärt der EuGH, dass die Ausstellung aufeinanderfolgender Europäischer Haftbefehle zulässig ist (Rn. 137 ff.), was er (insoweit überraschend) auch nach einer unionsrechtswidrigen Ablehnung der Vollstreckung für erforderlich hält (Rn. 141). Dass die spanischen Behörden hiervon Gebrauch machen werden, kann als ausgemacht gelten.

Einordnung und Folgen des Urteils

Juristisch ist zunächst festzustellen, dass der EuGH die Prüfkompetenz der Vollstreckungsbehörde bezüglich der Zuständigkeit der *Ausstellungsbehörde* zu Recht beschneidet. Gleichwohl reiht sich das vorliegende Urteil in aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen, im Rahmen derer sich die „Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“ einem steigenden unionsrechtlichen Einfluss ausgesetzt sieht ein (vgl. etwa die EuGH-Urteile betreffend die [Weisungsgebundenheit der deutschen Staatsanwaltschaft](#), die [Associação Sindical dos Juizes Portugueses](#) sowie das Verfahren [Kommission/Polen](#)).

Darüber hinaus festigt der EuGH seinen zweistufigen Prüfungsaufbau zur Begründung von Ausnahmen des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens mit Blick auf

ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRC, den man wohl sehr bald als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnen kann.

Mit Blick auf die weitere Entwicklung der Auslieferung der Autonomiepolitiker:innen kann festgestellt werden, dass die Ablehnung der Vollstreckung durch die belgische Justiz jedenfalls mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten werden kann; auf den ersten Blick kann insofern das Urteil als **Etappensieg** für die spanische Justiz bezeichnet werden. Ob Carles Puigdemont, Antoni Comín (nachdem über ihre Immunität entschieden wurde) sowie Lluís Puig (der kein MdEP ist) tatsächlich nach Spanien ausgeliefert werden, ist durch das Urteil jedoch

keinesfalls ausgemacht (insoweit hilft der zweite Blick): Dies wird maßgeblich davon abhängen, ob die vorliegende Strafverfolgung durch das *Tribunal Supremo* dem „Aranyosi-Test“ standhält – der EuGH hat sich hierfür die vorliegende Konstellation betreffend jedenfalls offen gezeigt und die Anforderungen an die zweistufige Prüfung näher konkretisiert.

Inwieweit die grundrechtlichen Bedenken gegen die Auslieferung letztlich durchschlagen, muss nun durch die belgische Justiz entschieden werden, wo die Fortsetzung der Auseinandersetzung mit Spannung erwartet werden kann.

Elisabeth Greif, Linda Greuter

Es war einmal in Straßburg

Die Prinzessin, die Tochter des Schusters und die Meinungsfreiheit

doi: 10.17176/20230204-233045-0



Ein Märchenbuch für Kinder, in dem gleichgeschlechtliche Beziehungen dargestellt werden, (vorübergehend) aus dem Verkehr zu ziehen und es anschließend als „schädlich für Kinder unter 14 Jahre“ zu kennzeichnen, verstößt gegen das in [Art. 10 EMRK](#) gewährleistete Recht auf freie Meinungsäußerung. Dies hat die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in ihrer richtungsweisenden Entscheidung [Macatė v. Lithuania](#) festgestellt. Der Gerichtshof betonte außerdem, dass die gleiche und gegenseitige Anerkennung von Personen unterschiedlicher sexueller Orientierungen der gesamten Konvention inhärent ist: Den Zugang von Kindern zu Darstellungen gleichgeschlechtlicher Beziehungen einzuschränken ist mit den Grundsätzen der Gleichheit, des Pluralismus und der Toleranz in einer demokratischen Gesellschaft jedenfalls dann nicht vereinbar, wenn die Einschränkung ausschließlich darauf beruht, dass verschiedengeschlechtliche Beziehungen als sozial akzeptabler eingestuft werden.

Gleichgeschlechtliche Liebe als Bruch zivilrechtlicher Exklusivität

Ende 2013 veröffentlichte die litauische Dichterin und Illustratorin *Neringa Dangvyde Macatė* das Märchenbuch *Gintarinė širdis* ([Amber Heart](#)). Sie interpretierte darin klassische Märchen in zeitgemäßer Form neu, um Kindern im Alter von 9-10 Jahren gesellschaftliche Themen wie etwa die Ausgrenzung von marginalisierten Gruppen nahe zu bringen. So führen Märchenfiguren in zwei der sechs Erzählungen eine gleichgeschlechtliche Beziehung: In *The Three Princes' Search for Wisdom* heiratet der jüngste Königssohn einen Schneider; die Prinzessin in *The Princess, the Shoemaker's Daughter and the Twelve Brothers* verwandelt sämtliche männlichen Brautwerber in Vögel und wählt stattdessen die Tochter des Schuhmachers zur Frau. Bereits kurz nach der Veröffentlichung kam es zu einer Beschwerde an das Kultusministerium, da das Buch angeblich zu „Perversionen“ anrege. Die vom zuständigen Ministerium um ihre Einschätzung gebetene

Aufsichtsbehörde für ethischen Journalismus stellte fest, dass die Darstellung gleichgeschlechtlicher Beziehungen in *Gintarinė širdis* einen negativen und schädlichen Einfluss auf Kinder habe. Insbesondere verstoße die Darstellung gegen Abschnitt 4 § 2 (16) des litauischen Jugendschutzgesetzes, da sie von jenem Konzept der Ehe und Familie abweiche, das der litauischen Verfassung und dem litauischen Zivilgesetzbuch zugrunde liegt. Obwohl das Buch ein *peer review* durch Pädagog:innen durchlaufen hatte und die Veröffentlichung von der litauischen Universität für Pädagogik gefördert worden war, wurde der Verkauf des Buches nur wenige Monate nach seinem Erscheinen gestoppt. Seit der Vertrieb von *Gintarinė širdis* ein Jahr später wieder aufgenommen wurde, ist das Buch in Litauen mit einem Warnhinweis „schädlich für Kinder unter 14 Jahre“ versehen.

Schädliche Märchen?

The Princess, the Shoemaker's Daughter and the Twelve Brothers ist eine Neuinterpretation des Märchens *Die zwölf Brüder*, das sich auch in der Sammlung der Kinder- und Hausmärchen der Brüder Grimm findet. In der [Version der Gebrüder Grimm](#) befiehlt der König, seine zwölf Söhne zu töten, falls seine Frau als dreizehntes Kind ein Mädchen zur Welt bringt: „Er ließ auch zwölf Säрге machen, die waren schon mit Hobelspänen gefüllt, und in jedem lag das Totenkißchen“. Dass in *Macatės* Neuerzählung vorkommende Sätze wie „I will love you for a lifetime – said the princess with a revealed heart“ und „the happy princess fell asleep with the shoemaker's daughter in her arms“ eher geeignet sein sollen, die „ethisch-moralische Entwicklung“ von Kindern zu beeinträchtigen, als der dutzendfach und penibel geplante Infantizid in der Originalversion, scheint schwer vorstellbar. In dem wegen der zitierten Passagen verhängten Verkaufsstopp beziehungsweise dem – späteren Ausgaben beigegebenen – Warnhinweis „schädlich für Kinder unter 14 Jahre“ sah die Autorin der Märchen einen Verstoß gegen ihr Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK

und erhob Beschwerde an den EGMR. Zusätzlich brachte die Autorin eine Verletzung des Diskriminierungsverbots im Sinne des [Art. 14 EMRK](#) vor.

Die Entscheidung *Macatè v. Lithuania*

Die Beschwerde wurde zunächst einer Kammer der zweiten Sektion zugewiesen. Diese gab die Rechtssache gemäß [Art. 30 EMRK](#) an die Große Kammer ab, da der Fall schwerwiegende Fragen der Auslegung der Konvention aufwerfe. Zum ersten Mal setzte sich die Große Kammer des EGMR damit auseinander, ob die Beschränkung der Verbreitung eines Buches, das gleichgeschlechtliche Beziehungen in einer an Kinder gerichteten und für sie verständlichen Sprache schildert, eine Verletzung von Art. 10 EMRK darstellt.

ILGA-Europe, ARTICLE 19 u.a. [unterstützen](#) die Beschwerde. Sie machten geltend, dass der Fall *Macatè* schwerwiegende Fragen hinsichtlich der Meinungsfreiheit und des Zugangs von Kindern zu Informationen aufwerfe: Art. 10 Abs. 2 EMRK und [Art. 19 Abs. 3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte](#) erlauben Eingriffe in die Meinungsfreiheit nur in sehr engen Grenzen. Sie müssen gesetzlich vorgesehen und zum Schutz eines berechtigten Interesses notwendig und verhältnismäßig sein. Darüber hinaus dürfen sie auch nicht gegen die menschenrechtlichen Prinzipien der Gleichheit und Nicht-Diskriminierung verstoßen. Ein „Warnhinweis“ in Bezug auf Inhalte, die eine nach internationalem Recht vor Diskriminierung geschützte Gruppe betreffen, sei daher von vornherein verdächtig. Er drücke eine diskriminierende „Sorge“ aus, die auf Stereotypen und überkommenen Vorstellungen der „traditionellen Familie“ beruhe.

Auch die Große Kammer sah in der Beschränkung des Verkaufs von *Gintarinė širdis* und dem Warnhinweis einen Eingriff in die Meinungsfreiheit der Antragstellerin. Die Verfügbarkeit des Buches sei durch den kurzzeitigen Rückruf reduziert und dadurch die Reputation der Autorin beschädigt worden. Warnhinweise würden typischerweise dafür verwendet, um die Gefährlichkeit von Waren zu veranschaulichen. Der Hinweis auf dem Buch („schädlich für Kinder unter 14 Jahre“) erweckte den Anschein einer solchen Warnung. Er hielt die Autorin davon ab, ihre Ideen der beabsichtigten Zielgruppe der 9-10-jährigen Kinder zugänglich zu machen. Die Maßnahmen gegen das Buch zielten nach Ansicht des Gerichtshofs ausschließlich darauf ab, Kinder am Zugang zu In-

formationen zu hindern, die gleichgeschlechtliche Beziehungen als gleichwertig mit verschiedengeschlechtlichen Beziehungen darstellen. Durch eine solche Haltung würde eine Präferenz für bestimmte Beziehungsformen zum Ausdruck gebracht und verschiedengeschlechtliche Beziehungen als akzeptabler und wertvoller als gleichgeschlechtliche Beziehungen eingestuft. Gleichgeschlechtliche Beziehungen würden dadurch stigmatisiert. Die in Frage stehenden Maßnahmen sind daher mit den demokratischen Gesellschaften inhärenten Vorstellungen von Gleichheit, Pluralismus und Toleranz nicht vereinbar. Sie verfolgen kein rechtmäßiges Ziel im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK und verletzen daher das Recht auf freie Meinungsäußerung.

Das ungenutzte Potential des Art. 14 EMRK

Obwohl die Große Kammer in ihrer Entscheidung feststellte, dass LGBTIQ+-Personen in Litauen nach wie vor in hohem Maße stereotypen Vorurteilen, Feindseligkeiten und Diskriminierung ausgesetzt sind, lehnte sie die Prüfung einer Verletzung von Art. 14 EMRK mit zwölf zu fünf Stimmen ab. In ihrer Joint Dissenting Opinion kritisierten die abweichenden Richter:innen, dass der Gerichtshof es verabsäumt habe zu klären, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen diskriminierende Maßnahmen sich gegen bestimmte Inhalte und nicht gegen – antidiskriminierungsrechtlich geschützte – Merkmale der jeweiligen Urheber:innen richten. Richtungsweisend sei in diesem Zusammenhang die Entscheidung [Berkman v. Russia](#): Hier hatte der Gerichtshof festgestellt, dass die Beschwerdeführerin wegen ihrer Unterstützung für LGBTI-Personen aufgrund der (nicht zwangsläufig ihrer eigenen!) sexuellen Orientierung diskriminiert worden war. Diesen Ansatz hätte die Große Kammer auch in *Macatè* anwenden sollen: Die Beschränkungen, denen das Märchenbuch unterworfen wurde, beruhten nämlich auf dem Beziehungs- und Familienbild, welches von der Autorin transportiert wurde und nicht auf ihrer sexuellen Orientierung. Damit hätte der EGMR klarstellen können, dass es für das Vorliegen einer Diskriminierung keine Rolle spielt, ob es sich bei dem antidiskriminierungsrechtlich geschützten Merkmal um ein *persönliches* Merkmal des:der jeweiligen Beschwerdeführerin handelt. Ein solches erweitertes Verständnis von Diskriminierung stünde auch im Einklang mit dem Geist der EMRK, insbesondere mit den Werten Pluralismus, Toleranz und Respekt für die Vielfalt von Beziehungen und Familienformen.

Diskriminierungsschutz im europäischen Kontext

Mit einer Erweiterung des Diskriminierungsschutzes in der von den abweichenden Richter:innen geforderten Weise hätte der EGMR wesentlichen Entwicklungen des (europäischen) Antidiskriminierungsrechts Rechnung getragen: Erstens dem u.a. von *Susanne Baer*, *Ulrike Lembke* und *Doris Liebscher* vertretenen Ansatz eines [postkategorialen Antidiskriminierungsrechts](#), das Diskriminierung nicht als personales oder gruppenspezifisches Problem, sondern vielmehr als Ergebnis gesellschaftlicher Zusammenhänge und Strukturen begreift. Zweitens der vom EuGH zuerst in der *Rs. Coleman* vertretenen und in der *Rs. CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* weiterentwickelten, in der Literatur meist als „Diskriminierung durch Assoziierung“ bezeichneten Rechtsfigur: Sie geht von einem Diskriminierungsverständnis aus, das Diskri-

minierungen *wegen eines geschützten Merkmals* als verboten begreift, unabhängig davon ob die betroffene Person selbst Träger:in dieses Merkmals (bzw. einer bestimmten Merkmalsausprägung) ist.

Homophobe Vorbehalte richten sich zunehmend (auch) gegen die Inhalte von Veröffentlichungen oder die Ziele von Veranstaltungen. Diese sind von der sexuellen Orientierung ihrer Urheber:innen (weitgehend) unabhängig. Das ändert jedoch nichts daran, dass allfällige Beschränkungen ihren Grund in der Annahme der Überlegenheit bestimmter sexueller Orientierungen haben und andere sexuelle Orientierungen damit diskriminieren. Ein modernes Verständnis des Diskriminierungsschutzes muss dem Rechnung tragen. Art. 14 EMRK bietet dafür eine taugliche Grundlage. Es liegt nun am EGMR, die nächste Chance nicht ungenutzt verstreichen zu lassen.

Leigh Hancher

Solidarity on Solidarity Levies and a Choice of Energy Mix

A Sound Legal Basis for Emergency Action in the EU's Energy Markets

doi: 10.17176/20230208-113152-0



The Council of the European Union has adopted a series of increasingly controversial measures to deal with the energy crisis, including an EU Regulation on [filling in gas storage levels](#); a Council Regulation voluntarily [curbing gas consumption over the winter period](#); and a Council Regulation containing a series of [emergency measures](#) (demand reduction, market intervention and windfall levies) to address the problem of very high energy prices across the EU in 2022 and 2023 (see [EPRS briefing](#)).

These measures – based on the little used Art 122(1) TFEU – are in part linked to the Commission's [REPower EU plan](#) (18 May 2022), which aims to end Europe's reliance on energy imports from Russia and accelerate Europe's clean energy transition away from fossil fuels towards renewable energy. With each successive measure the powers of the Commission have expanded to intervene on the supply as well as the demand side of Europe's electricity and gas markets. As with most crisis measures, urgency of action invariably displaces democratic scrutiny and control, and narrows the window for intensive lobbying of lawmakers. Judicial review may be the only option left open, especially when the measures in question introduce windfall taxes and impose 'solidarity levies' on powerful players or leave disgruntled Member States having to accept the will of the majority. But are there are other more noble reasons to explain why the number of challenges to these emergency measures are piling up at the General Court?

When it comes to responding to crises, it has been remarked that it is sometimes painful to observe how the EU [pushes aside even the most important constitutional principles](#) when it seems politically opportune to do so. Will the challenges to the EU emergency measures curb this apparent tendency to opportunism? The short answer is probably not, given that most of these temporary measures will have expired before the wheels of justice are in motion. Will these challenges, if eventually suc-

cessful, act as some sort of deterrent for the future use of emergency powers? The short answer is probably not, given that political opportunism is unlikely to fade as long as consumer energy prices remain high, and those consumers are of course voters.

This post will first look at the rationale for the adoption of crises measures, and briefly explore the scope of the competences to be exercised. It will then turn to the challenges lodged by energy companies and Member States and will hazard a not quite fully informed guess at their chances for success. Given that these challenges have only been lodged recently, little available information on the pleas advanced is available in the public domain.

From Fast-track to Emergency Measures

Three emergency measures based on Art 122(1) TFEU have been adopted in 2022. That article had been used to adopt emergency powers to deal with the oil crises of the late 1970s. Its text was amended by the TFEU so that it now provides:

Without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy.

What do these measures set out to achieve?

It is probably easier to understand what these measures do not intend to achieve in order to appraise their scope and likely effect. First, and despite intense political pressure from the European Council, the Commission backed by a number of Member states resisted imposing a wholesale gas price cap on the grounds that this would mean

diversion of diminishing gas supplies away from the EU to higher priced global markets. High price signals would reduce demand for gas and renewable substitutes would prosper.

Second, and again despite national pressures, the Commission resisted calls to ‘de-couple’ the EU’s gas and electricity markets. High gas prices meant high electricity prices. Member States were free to impose retail price caps and to subsidize retail consumers but the Commission persisted in its claim that the wholesale energy market was functioning as planned. It was not until late December that a weak form of wholesale gas price was introduced by Council Regulation 2022/2576, again based on Art 122(1) TFEU. Hence the total package of emergency measures provides for various forms of state intervention on the supply and demand side of the market but whether these measures are effective and efficient responses to the crisis is a matter of lively debate. So far, the only clear result is a massive increase in state subsidies for fossil fuels.

Third, and as explained below, the measures are short on solidarity.

The first response to the gas price crisis was to maintain gas supply levels at all costs – and was accomplished through an amendment adopted on 29 June 2022 to an existing EU Regulation on security of gas supply, to mandate a collective target of 85 percent of the capacity of the underground gas storage facilities in the Union which was adopted for 2022. Given extensive diversity in regulatory regimes already in place in many Member States, no specific instrument to meet the filling trajectories or the filling target was imposed. Numerous derogations were included no doubt because few countries actually had available underground storage. There is little by way of binding storage solidarity requirements between neighbours. Notably, this measure was fast-tracked through the EP and no consultation procedures or impact assessments preceded its adoption.

The next wave of legislation could not piggyback on existing measures so a fast-track amendment procedure was probably not an option. By early summer 2022 the impact of high gas prices had spilled over into the EU’s electricity market prompting the adoption of a series of emergency measures adopted late 2022. The Council Regulation (EU) 2022/1369 on coordinated demand-reduction measures for gas was adopted with the aim to increase security of energy supply, by reducing gas demand volunta-

rily by 15 percent between August 2022 and March 2023. In the case of a severe gas supply disruption, the regulation foresees the possibility for the Council to make the gas demand reduction compulsory by declaring a “Union alert” on the security of supply. Poland has lodged an action for the annulment of this Regulation on 2 November 2022 (Case C-675/22). It submits that the main objective of the contested regulation is to have a significant effect on the conditions for exploiting energy resources, the choice between different energy sources and the general structure of a Member State’s energy supply. Since that regulation significantly affects the freedom to shape the energy mix, it should have been adopted on the basis of Art 192(2)(c) TFEU under which the Council acts unanimously.

A second more detailed Council Regulation (EU) 2022/1854 on an emergency intervention to address high electricity prices was adopted in September. Under the marginal pricing model which underpins the EU’s internal electricity market, expensive gas fired generation sets electricity prices across the EU and into the EEA.

As a result, due to the gas shortage, high gas prices also result in very high electricity prices and thus very high margins for operators of lower-cost generation technologies, such as wind or solar, the so-called ‘inframarginal producers’. To deal with this, an ‘inframarginal’ cap is imposed to limit the impact of the natural gas prices on the revenues of all inframarginal generators (new and existing) and to generate revenues allowing MS to mitigate the impact of high electricity prices on consumers. Revenues exceeding the cap will be redirected to finance measures in support of final electricity customers, such as households and small and medium-sized enterprises exposed to high electricity prices. The precise measures to redistribute such revenues will be taken at a national level. The Commission, however, anticipates that up to 117 billion Euros can be collected.

Given the differences between energy mixes, costs and prices in the EU-27 national electricity markets, this cap will allow some Member States to obtain far more revenues than others. The Council Regulation encourages – but does not mandate – solidarity agreements between Member States, to share the proceeds of the revenue cap. The primary aim of these solidarity agreements is to help countries that are highly dependent on electricity imports from their neighbours but there is no experience of how these solidarity agreements will work in practice.

Another controversial issue is that the cap applies to revenues (rather than profits), which could cause financial difficulties for some energy companies. Indeed, the efficacy of this cap has been [questioned by the International Energy Agency](#).

Regulation 2022/1854 also introduced a windfall tax but termed it a ‘solidarity contribution’ from companies in the fossil fuel sector amounting to 33 percent of the tax base. The solidarity contribution is justified as an appropriate means to tackle surplus profits in the event of unforeseen circumstances. Obviously, many companies active in the fossil fuel sector have experienced a significant increase in revenues and record profits due to the energy crisis.

The idea of the solidarity contribution is to assess the taxable profits, as determined under national tax rules, in the four fiscal years starting on or after 1 January 2018 and to compare them to the taxable profits of 2022/2023. If this comparison shows that the profits have increased more than 20 percent, the solidarity contribution has to be paid. Only profits made in 2022 and/or 2023 are caught. The solidarity contribution must be used for the objectives specified in the Regulation, to fund financial support measures to final energy customers, and in particular vulnerable households, or to mitigate the effects of high energy prices on energy intensive industries. Member States that have already introduced an equivalent to this solidarity contribution, with a comparable or higher level of revenues, remain free to maintain their national scheme.

One problem with the ‘solidarity’ contribution is that some Member States will earn far higher revenues than others, simply because they [may have more profitable fossil fuel companies](#) resident in their territory. The Regulation does not directly address this issue, however, and shies firmly away from cross border funding requirements. Several Member States objected to the choice of legal basis for this measure during negotiations in the Council, but none filed an action for annulment. Instead, one of the largest oil and gas multinationals, Exxon, has stepped up to the plate. A challenge by an energy trading platform – Enmaac – has also been lodged but no further details are publicly available.

Challenging the Emergency Measures - Chances of Success?

As non-privileged applicants, unlike a Member State, private parties face an almost unsurmountable obstacles to establish standing to challenge EU legislation. One can imagine that the CJEU is unlikely to soften its ‘tough love’ approach given the political controversy surrounding the EU’s response to the energy crisis. Although the Court has recently confirmed in [NS 2 v Commission](#) that a private party could challenge a general legislative measure if it can establish direct and individual effect, the ruling is a cautious one. It certainly cannot be seen as opening up the proverbial floodgates for future litigation. The condition of direct concern is likely to be met on rare occasions and the requirement of individual concern is all the more exceptional. While a private party subject to a windfall tax may well be able to meet the first limb of the test, the question of establishing that it is individually impacted by a general measure will not just depend on the scale of its profits. Substantive arguments – if admitted – are likely to focus on potential breaches of the principles of legal certainty, retroactivity and proportionality. It will be for the applicants to establish that the objectives of the measure fail to correspond to those of Article 122(1) TFEU, namely, to address in a spirit of solidarity, an exceptional situation.

Undoubtedly arguments will be made that these solidarity contributions are just a form of tax by any other name. This raises – and just as the Polish government has contended in respect of Council Regulation 2022/ 1369 – the key issue of whether Article 122(1) TFEU is the correct legal basis for the disputed measures. Fiscal measures should be adopted on the basis of unanimity. Measures impacting the national energy mix should at least in ‘normal times’ also be adopted on that basis.

The CJEU will likely continue to recognize – as it did in its earlier case law on Article 103 EEC ([C-5/73 Balkan Oil Imports](#)) - that the Council has a wide margin of discretion when acting on the basis of Article 122(1) TFEU. That degree of discretion is not unlimited. Recourse to Article 122(1) TFEU presupposes the existence of a situation of urgency or of exceptionality leading to severe difficulties in the economic situation of the Member States which cannot be addressed by means of the ordinary Union measures. The “*appropriate*” measures to which Article 122(1) TFEU refers must be commensurate to the gra-

vity of the situation. The question of their actual efficacy in dealing with that situation is another matter - and it is highly unlikely that the Court will be tempted to evaluate such a tricky subject.

Case law confirms that the measures must be temporary. But can this justify setting other Treaty articles – albeit briefly – aside? The [Council Legal Service](#) (CLS) takes the view that the introductory words “*without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties*” underscore the exceptional and temporary nature of measures under Article 122(1) TFEU. The measures should not undermine or circumvent the use of other legal bases laid down in the Treaties once “normal times” are re-established. Interestingly, and in the context of the [Covid ‘Recovery Instrument’](#) the CLS has also opined that ‘in principle, Article 122(1) TFEU provides for “reactive” actions in the sense that it allows to respond to existing difficulties but does not support preventive action to avoid future hypothetical crisis, for which other legal bases (and ordinary form of financing) are available.’

Solidarity - that’s the spirit?

Finally, are any of the contested measures adopted ‘in the spirit of solidarity’, whatever that term might mean? It is perhaps ironic that it was the Polish government who not only succeeded in having reference to this principle in-

cluded in the TFEU but was also the initiator of an action that promoted the CJEU to rule that this was a binding legal principle. Poland now seeks to rely on its ‘right to go it alone’ and decide on its own energy mix. With the benefit of hindsight, we know that one large Member State’s decision to choose its own energy mix and source large imports of gas has been at the root of the exceptional difficulties the rest of the EU is now facing. Solidarity is nice to have but not so nice to have deliver on. One can rest assured that the CJEU will keep its head well below the parapets.

In the meantime, the Swedish Presidency of the Council has expressed its intention to avoid emergency measures: ‘[temporary crisis measures cannot become the new normal](#)’. If the previous Czech Presidency was able to steer Council discussions on emergency legislation, it was unable to secure agreement on the compulsory nature of energy consumption reduction measures. A lack of ambition in the revision of important directives ‘for normal times’ on both Renewable Energy and Energy Efficiency were sadly, missed opportunities for real and urgent progress on the clean energy transition and independence from fossil fuel imports.

Irrespective of the outcome of the challenges now before the CJEU it is sincerely hoped that the present crisis driven approach does not become ‘the new normal’.

Joseph H.H. Weiler

Israel: Cry, the Beloved Country

doi: 10.17176/20230203-113340-0



Israel, like many other democracies today, is a deeply polarized society. The operating principle of public discourse is typically: “Art thou for us or for our adversaries” (Joshua 5:13). Whether it is the never-ending Arab-Israeli Conflict and the 55-year Occupation of the Territories (even how to call them both is a divisive issue), or questions of church and state resulting from Israel’s self-definition as Jewish and democratic, one could predict with unerring certainty whom one would find on either side of the verbal, political and at times physical barricades. In recent times, the figure of Mr Netanyahu and the legal woes he is facing have deepened the polarization.

It is thus telling that, in the recent eruption in response to Netanyahu’s new government plan to reform the judicial system, not only have the protestors’ numbers risen to an unprecedented scale, but one finds both in Israel and in the Jewish communities around the world, prominent figures and many individuals – card-carrying Zionists of a center/right conviction – whom one would never expect to see on the anti-government side of the current barricade. Even the former President of the State, a lifelong Likud member alongside many others of the Menachem Begin old guard, have publicly expressed deep concerns. In the international arena, too, longtime friendly and supportive states are shifting sides.

It should not come as a surprise. For there is a widespread (and not entirely unfounded) perception that the [government plan](#), outlined by the newly minted Minister of Justice, is the Israeli January 6th. The widespread revulsion in the US and elsewhere at the January 6th insurrection was not fueled by the unruliness or even violence of the events. It was fueled by what was perceived as an assault on the core values and institutions of American democracy. And that same feeling, shared even by staunch “Israel for better or worse” defenders of the State, is present in the objections to the proposed reform: An assault on the core values and institutions of Israeli democracy. (One would be remiss in thinking and writing about democracy in Israel not to face the serious and

vexed issues, predating these reforms, resulting from the long term Occupation by Israel of Palestinian territories. But that will have to wait for another day.)

As a measure of the state of alarm, in an unusual step for a sitting Chief Justice, the current incumbent [recently gave a speech](#) in a professional forum but broadcast live on Israeli media. She expressed the views of many, including some of the most trenchant and sober critics of the Court: What is masquerading as a “Reform” plan, is, both in intention and effect, a plan to shatter some of the most fundamental foundations of the separation of powers and the rule of law, without which no State can legitimately claim to be democratic.

For lay persons, the four principal suggested reforms (and there are more to come, it has been announced) may seem innocent enough: Making all judicial appointments a privilege of the government in power (well, isn’t that the case in the US and elsewhere?); requiring a supermajority of judges to strike down parliamentary legislation (not, on its face, an unreasonable proposal), but then also allowing the Parliament to override – even by a majority of one – constitutional decisions of the Court (do [Canada](#) or Finland not have similar override provisions?); and, finally, prohibiting the judiciary from using the criterion of ‘unreasonableness’ or even extreme unreasonableness when scrutinizing actions of ministers and public servants (isn’t that a mere technical issue, grist to the mills of law professors?).

So what about this “whataboutism” argument that there are parallels to the proposed measures in well-respected democracies? The Princeton Scholar, Kim Scheppele, discussing Hungary, called this argument the [Frankenstein syndrome](#). You take a leg from this country, a hand from another, and a nose from yet another, and you end up with a creature which exists nowhere else and would be acceptable in no country which claims democratic credentials.

The cumulative effect of the planned reform is to dismantle fundamental features of the separation of powers

and of checks and balances. By removing various judicial and legal checks designed to prevent a legislature, even if democratically elected, the reform would establish a “tyranny of the majority” and allow the executive branch to take measures, employing the police, the taxman and all other administrators, which are subject to fatally weakened judicial scrutiny. Particularly at risk are protections of individuals and minority rights.

Rules alone do not define a democracy: Political culture and democratic normative habits play an important role too. The proposed deep politicization of all judicial appointments, compromising directly or indirectly judicial independence, is all the more alarming in the eyes of the critics for the implications in the governing coalition. This particular government is dependent on partners, holding key sensitive ministries, whose (overtly racist and supremacist) agenda and declared policies are way beyond the political consensus. Indeed, these partners’ policies were anathema to all Israeli governments, both left and right, as recently as two or three years ago. They will now have a free, or freer hand to pursue their agenda, in some instances perhaps irreversibly. The direct attacks from the highest echelons of the government on senior civil servants, such as the Attorney General, are already evidence of this license.

The deep roots driving the judicial reforms is the sen-

se that the Center-Left, having lost power in the democratic arena, is imposing its values through the legal system with judges acculturated within that liberal worldview and dominated by the non-Sephardi elites. And make no mistake, the Israeli legal and judicial system, like many others, is far from perfect. Its critics from the Left and Right have been in no shortage, both in academia and the legal establishment itself. To give but a few examples, the very basis of judicial review of legislation in a State which has no formal constitution is problematic. And, for example, the range of issues which the Israeli Supreme Court considers as justiciable is wider than anywhere else, involving it in deciding issues better left to the political arena. The composition of the Court in identitarian and ideological terms does not adequately reflect Israeli multicultural society. And the list does not end here. All these criticisms and others are not without merit. There is, thus, much to fix. A judicious and balanced reform of the judicial system would have broad support.

But the scorched earth approach reflected in the current proposals is no less, and perhaps even more, perilous than a mob storming a parliament. The fact that enemies of Israel (and there are many) will jump on the bandwagon should not prevent lovers and supporters of the State from raising their voice.

Roda Mushkat

The Economic Fallout from Curtailing Judicial Independence

Why Tampering With Judicial Independence is an Economically Costly Strategy, in Israel and Elsewhere

doi: 10.17176/20230213-233211-0



A new Israeli right-of-center government, with an ideological make-up unprecedented in the country's history, came to power in late 2022 determined [to radically reshape policies across a broad political spectrum](#). One of its principal targets is Israel's Supreme Court, whose wings it seeks to clip [by overhauling the current judicial selection procedures and the power the court supposedly exercises to roll back the government's diverse and multilevel initiatives](#).

The attempt to emasculate the Supreme Court has drawn widespread criticism and protest, both at home and abroad. An intriguing aspect of the situation has been the opposition expressed by business interests and economic experts, who are often and perhaps wrongly believed to attach an overwhelmingly high value to efficiency, commonly achieved in an institutional environment characterized by the absence of competing centers of political power. Perhaps the most visible manifestation of the concerns and fears emanating from this source has been the open letter to Prime Minister Benjamin Netanyahu signed by fifty-six prominent international economists, including eleven Nobel laureates, stating that judicial reform along the lines contemplated would set Israel on [a course akin to that of Hungary and Poland](#).

As to be expected, the Prime Minister, once a champion of the idea of economic liberalization and revitalization, has poured scorn on such misgivings and warnings. According to him, ["the truth is exactly the opposite. Our moves are to strengthen democracy in Israel \[and\] to strengthen Israel's economy. They will return Israel to the legal status of most countries in the world, to the state it was before."](#)

The merits and demerits of this sweeping generalization cannot be determined through battles in the political trenches and punches and counterpunches delivered over media-based platforms. There is considerable scientific evidence shedding light on the relationship between

judicial independence and economic performance. At the most basic level, it may be noted that the five countries boasting the highest degree of judicial independence and rule of law (Denmark, Norway, Finland, Sweden, and the Netherlands) are all affluent democracies whose citizens enjoy [a very comfortable standard of living and commendable economic stability](#).

From a more rigorous methodological perspective, a number of think tanks provide judicial independence rankings and scores for a large number of countries and these may serve as a foundation for examining more precisely the relationship between this variable and economic performance. Interestingly, the World Economic Forum [WEF], in its Global Competitiveness Report, [ranks Israel 18th in terms of judicial independence and assigns it a score of 76.8, in terms of this criterion, which falls below Finland's 94.0, for example](#).

While Scandinavian countries outperform Israel by a comfortable margin, its rank and score are respectable, given that the WEF sample encompasses most of the world's states. The [United Kingdom and the United States, for instance, rank 26th and 25th, with scores of 69.5 and 70.4, respectively](#). Still, Israel is not the extreme outlier on the high side that the proponents of far-reaching judicial reform claim it to be. This is because of their failure, whether an error of omission or commission, to draw a clear distinction between *de jure* and *de facto* judicial independence. The point is that Israel's judiciary obviously wields greater *de jure* than *de facto* powers, and it is the latter that matter more in practice.

There is ample empirical support for [this assertion](#). When it comes to economic growth and economic performance in general, the impact of judicial *de facto* powers substantially exceeds that of the *de jure* variant. Notably, relying on a cross-section of fifty-seven countries, Lars Feld and Stefan Voigt, have demonstrated that there is [a statistically significant relationship](#) between *de facto* ju-

dicial independence and economic growth. Since the ultimate goal of the new Israeli government is to confine the country's judiciary to a straitjacket significantly reducing its actual rather than merely the nominal room for maneuver, this has ominous implications for Israel's future prosperity.

It should be emphasized that the relevant empirical findings extend beyond the overall macro-level economic impact of the powers exercised by the courts. [Kenneth Dam](#) has illustrated that the positive effects may be observed at the micro-level in domains such as the functioning of the credit markets, dynamism displayed by both large and small firms, competitive nature of the space within which they operate, and their propensity to invest and take risks in pursuing productive opportunities.

Similar, and more extensively supported, conclusions have been drawn by [World Bank researchers](#). Importantly, they have highlighted the [various negative economic implications of shackling the judiciary](#). Again, this may be seen in the micro realm inhabited by firms operating across a wide range of markets, as well their customers.

Judicial independence or lack thereof makes a difference even in an authoritarian, rule-by-law (as distinct from rule-of-law) political setting such as that of China. Empirical research conducted by Ernest Liu and his collaborators [brings this phenomenon into sharp focus](#). They have convincingly showed that loosening controls

over the judiciary at grassroots level leads to a decline in local protectionist practices and greater cross-regional economic integration. A more equitable, level-playing economic field emerges, allowing resourceful and versatile small firms to flourish and compete head-on with their larger and often more cumbersome and less nimble counterparts. This is conducive to economic growth, employment creation, innovation, and social well-being.

The economic fallout from curtailing judicial independence is not confronted by Israel alone. Between 2017 and 2021, there has been a substantial deterioration in the autonomy enjoyed by the judiciary in as many as forty-five countries and the [trend appears to be well-entrenched](#). This inevitably bodes ill for a global economy struggling to shake-off the severe strains induced by rapidly escalating international friction, multiplying reversals on the globalization front, and the lingering symptoms of Covid malaise.

Prime Minister Netanyahu's opportunistic and self-serving dismissal of a weighty body of knowledge affirming the close positive relationship between judicial independence and national economic performance thus flies in the face of scientific truth and does disservice to his country and its people. To make matters worse, he indirectly but recklessly belittles a thorny issue that should loom large on the international policy agenda but is not accorded the careful attention that it merits.

Lorraine E. Weinrib, Ernest Weinrib

Statement by Canadian Law Professors and Jurists on the Proposed Legal Reforms in Israel



doi: 10.17176/20230210-233142-0

The undersigned are Canadian law professors and jurists. We write out of concern that recent proposals to transform Israel's legal system will weaken democratic governance, undermine the rule of law, jeopardize the independence of the judiciary, impair the protection of human rights, and diminish the international respect currently accorded to Israeli legal institutions.

In the aftermath of the Holocaust and the other atrocities of the Second World War, the great project of legal reform throughout the world has been the establishment of systems of rights that protect human dignity. These systems exemplify the definitive legal repudiation of those (and similar) horrific events. Canadian and Israeli jurists have been partners in this project at the judicial, professional, and academic levels for decades. The transformation sponsored by the Israeli government would constitute a retrograde step that endangers the legal structure for protecting human dignity in Israel.

The lesson of the twentieth century in Europe and elsewhere is that democracy is more than electoral choice at periodic intervals. Democracy also presupposes a set of enduring legal norms and institutional arrangements that enshrine the rule of law, protect fundamental rights, and safeguard the freedom and dignity of all who are subject to official power. Strong and independent courts are integral to the democratic functioning of modern diverse societies.

The new proposed changes undermine these norms and their institutional frameworks. They undercut the independence of the judiciary by (i) giving the executive effective control over the process of appointing judges, (ii) severely restricting the power of the Supreme Court to determine the constitutionality of statutes, and (iii) empowering the governing coalition to override the invalidation of laws that infringe rights. They also weaken the rule of law by putting the hitherto independent legal advisor of each ministry under the control of its mi-

nister and by authorizing ministers to disregard their advisors' legal advice. Moreover, they abridge the protection against arbitrary administrative action by limiting the norm against unreasonable decision-making by public authorities.

Particularly at risk is the functioning of the Basic Law: Human Dignity and Liberty, the crown jewel of Israeli law. This Basic Law protects rights to dignity, property, privacy, life and bodily integrity, personal liberty, and freedom of movement to and from Israel. It also forms the jurisprudential basis for the right to equality, to self-expression, to marriage and parenthood, to freedom of conscience, to freedom regarding religion, to education, to healthcare, and to a dignified human existence. The government's proposals portend a future for Israel in which these rights lack effective judicial protection.

Given the exceptional concentration of political power in the Israeli system, any one of the government's proposals would be disturbing. Taken together they render government decisions effectively unassailable, regardless of their content.

Anyone subject to or affected by Israeli law would be exposed to the danger of abusive exercises of power by a government no longer accountable for violations of the most basic legal rights and principles. Israeli society would be deprived of the benefits of a reasoned and transparent judicial process that adjudicates in specific circumstances and upon established facts. Israel's international standing would be diminished by the perception that its Supreme Court had become the creature and extension of partisan politics.

Proponents of these changes point to Canada and other democracies to argue that the proposed changes are commonplace. This argument is disingenuous.

Israel's system of government differs from that of other democracies, like Canada's, in its exceptional concentration of political power. Other democracies have a

suite of mechanisms that distribute or moderate the exercise of political power. Examples of these mechanisms are: (1) a formalized constitution that the regular legislative process cannot change; (2) a comprehensive bill of rights that protects the dignity, liberty and equality of all by judicially enforcing a wide range of political, legal, social, and human rights; (3) the possibility of recourse to a transnational court of human rights to review government action; (4) an electoral process based on geographic constituencies, thereby inducing political parties to appeal to citizens generally rather than merely to the identity or beliefs of their core supporters; (5) bicameral legislatures that allow an upper house to deliberate upon the legislative proposals emanating from the elected representatives of the lower house; (6) a federal structure that divides power between local and national levels of government. These mechanisms disperse or limit political power and provide safeguards against its intemperate exercise.

In contrast, in Israel the prime minister and his coalition partners in the cabinet wield concentrated political power through their control of the legislature. The only constraint on the exercise of political power is the Supreme Court's role in upholding the rule of law, interpreting the Basic Laws, and applying the fundamental concepts of legal ordering. In adjudicating the extraordinarily difficult controversies that have come before it, the Supreme Court of Israel has established itself as one of the world's most respected judicial institutions.

Any legal system, including Israel's, can be improved. But if reform is to be legitimate, it cannot take the form of the partisan and hurried enactment of massive institutional changes that endanger human rights, undermine judicial independence, and compromise the rule of law.

To add your signature, [click here](#).

Authors of the statement

Lorraine E Weinrib, Professor Emerita, Faculty of Law, University of Toronto & **Ernest J Weinrib**, University Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Toronto

Signatories as of February 8, 2023

Honourable Beverley McLachlin, Retired Chief Justice of Supreme Court of Canada

Honourable Frank Iacobucci, Retired Justice of Supreme Court of Canada

Honourable Louis Lebel, Retired Justice of Supreme

Court of Canada

Honourable Marie Deschamps, Retired Justice of Supreme Court of Canada

Honourable Morris J. Fish, Retired Justice of Supreme Court of Canada

Honourable Rosalie Silberman Abella, Retired Justice of Supreme Court of Canada

Honourable Marshall Rothstein, Retired Justice of Supreme Court of Canada

Honourable George Strathy, Retired Chief Justice of Ontario

Honourable J. Michael MacDonald, Retired Chief Justice of Nova Scotia

Honourable Robert Sharpe, Retired Justice of Court of Appeal for Ontario

Honourable Eleanore Cronk, Retired Justice of Court of Appeal for Ontario

Honourable Dennis O'Connor, Retired Justice of Court of Appeal for Ontario

Harry Arthurs, President Emeritus and former Dean of Law, York University

Andrew Petter, President Emeritus of Simon Fraser University, former Dean of Law at the University of Victoria, former Attorney-General of British Columbia

J. Robert S. Prichard, President Emeritus and former Dean of Law, University of Toronto

Jutta Brunnée, University Professor and Dean of Law, University of Toronto

Martin Friedland, University Professor Emeritus and former Dean of Law, University of Toronto

Arthur Ripstein, University Professor of Law and Philosophy, University of Toronto

Michael J. Trebilcock, University Professor Emeritus of Law, University of Toronto

Lisa Austin, Professor of Law, University of Toronto

Andrew Botterell, Professor of Law, Western University

Alan Brudner, Professor Emeritus of Law, University of Toronto

Bruce Chapman, Professor Emeritus of Law, University of Toronto

François Crépeau, Professor of Law and former Director, Centre for Human Rights and Legal Pluralism, McGill University

Bernard Dickens, Professor Emeritus of Law, University of Toronto

Adam Dodek, Professor and former Dean of Law, University of Ottawa

Abraham Drassinower, Professor of Law, University of Toronto

Bruce Elman, Professor Emeritus and former Dean of Law, University of Windsor

Christopher Essert, Associate Professor of Law, University of Toronto

Mohammad Fadel, Professor of Law, University of Toronto

Evan Fox-Decent, Professor of Law, McGill University

Michael Geist, Professor of Law, University of Ottawa

Fabien Gélinas, Professor of Law, McGill University

Benjamin Geva, Professor of Law, York University

Richard Gold, Professor of Law, McGill University

Gillian Hadfield, Professor of Law, University of Toronto

Allan C. Hutchinson, Professor of Law, York University

Edward Iacobucci, Professor and Former Dean of Law, University of Toronto

Richard Janda, Associate Professor of Law, McGill University

Ariel Katz, Associate Professor of Law, University of Toronto

Larissa Katz, Professor of Law, University of Toronto

Rande Kostal, Professor of Law, Western University

Brian Langille, Professor of Law, University of Toronto

Ron Levi, Distinguished Professor of Global Justice, University of Toronto

Avner Levin, Professor of Law, Toronto Metropolitan University

Jeffrey G. MacIntosh, Professor of Law, University of Toronto

John D. McCamus, Professor and former Dean of Law, York University

Audrey Macklin, Professor of Law, University of Toronto

Joseph E. Magnet, Professor of Law, University of Ottawa

Kathleen E. Mahoney, Professor of Law, University of Calgary

Maureen Maloney, Professor of Public Policy at Simon Fraser University, former Dean of Law at University

of British Columbia, and former Deputy Attorney-General of British Columbia

Richard Moon, Professor of Law, University of Windsor

Mayo Moran, Professor and former Dean of Law, University of Toronto

Joshua Nicholls, Assistant Professor of Law, McGill University

Johanne Poirier, Professor of Law, McGill University

Darren Rosenblum, Professor of Law, McGill University

Zoe Sinel, Associate Professor of Law, Western University

Anna Su, Associate Professor of Law, University of Toronto

Malcolm Thorburn, Professor of Law, University of Toronto

Mark Walters, Professor and Dean of Law, Queen's University

Jeremy Webber, Professor and former Dean of Law, University of Victoria

Arnold S. Weinrib, Associate Professor Emeritus of Law, University of Toronto

Jacob Weinrib, Associate Professor of Law, Queen's University

Signatures received after February 8, 2023

Alexandra Flynn, Associate Professor, UBC

Erez Aloni, Associate Professor of Law, University of British Columbia

René Provost, Professor of Law, McGill University

Ayelet Shachar, Professor of Law, University of Toronto

Jean-François Gaudreault-DesBiens, Professor of Law, Université de Montréal

Eran S. Kaplinsky, Professor of Law, University of Alberta

Colleen Sheppard, Professor/professeure, Faculty of Law, McGill University

Hamish Stewart, Professor of Law, University of Toronto

Jesse Isaac Gutman, Lawyer, Law Union of Ontario

Philip Siller, Barrister & Solicitor (retired), BroadRiver Asset Management LP

Ronald J. Daniels, President, John Hopkins University and former Dean of the Faculty of Law, University of Toronto

David Lepofsky, Visiting Professor, Osgoode Hall Law School, York University

Dr. Miriam Zucker, Visiting research fellow and ad-

junct professor, Osgoode Hall Law School

Alana Klein, Associate Professor, Faculty of Law, McGill University

Anja Bossow, Stav Zeitouni

Israel's New Citizenship Deprivation-Deportation Pipeline

doi: 10.17176/20230221-233123-0



Buried in the news on the Israeli Knesset's judicial reform plans are two bills that substantially increase the government's power to deprive citizenship and subsequently deport Palestinian citizens convicted of terrorism offences and their family members. One already passed into law last Wednesday, while the one targeting their family members is still making its way through committees. In this blog post we survey and evaluate the rationales used to justify these newly assumed powers and set out why their current design is so insidious. We do not dwell on questions of compatibility with international or general constitutional law, as others have already done this elsewhere.

Some Background

Just last year, the Israeli Supreme Court upheld the constitutionality of citizenship revocation in response to a "breach of loyalty," which includes acts of terror, treason and "serious espionage." Importantly, the Court did not consider the law's use of a rebuttable presumption that residence abroad can be read as access to citizenship elsewhere. This meant that an Israeli citizen residing in Europe, for instance, could have their citizenship revoked, even though this would render them *de facto* stateless. By contrast, it did insist that individuals who would be rendered stateless *de jure* had to be granted permanent residency in Israel.

The recent amendments expand the old provision, most notably by widening the scope of the rebuttable presumption and rendering deportation mandatory following revocation. As regards the former, the presumption now applies not just against single citizenship holders residing abroad but also individuals who have (or on whose behalf and with their knowledge) "received from the Palestinian Authority, directly or indirectly, payment or compensation for the breach of loyalty to the state of Israel."

While the presumption is rebuttable in theory, the

Amendments' legislative history and explanatory text imply that residency abroad or payments from the Palestinian Authority (PA) will in fact be treated as sufficient evidence that a person can gain adequate status in a different jurisdiction. This would effectively serve to circumvent the general prohibition against statelessness that has so far set the outer limit to the deprivation power. Perhaps even more troublingly, the addition of the compensation requirement also clearly works to single out Palestinian citizens and residents of Israel for this newly minted deprivation-deportation pipeline. Statements made during the Knesset's Committee deliberations substantiate the deliberately discriminatory effect of the law, with MK Hanoch Milwidsky stating that he "prefers Jewish murderers over Arab murderers, and more generally, in the Jewish state, [he] prefer[s] Jews over Arabs who are disloyal."

Once citizenship is revoked, the new amendments require automatic and immediate deportation to the West Bank or Gaza following sentence completion. Moreover, a similar amendment was made to the Entry to Israel Law, to also license the revocation of residency with subsequent and mandatory deportation for those receiving payments from the PA. This effectively nullifies the important safeguard the Supreme Court had insisted upon in its ruling on the legality of the deprivation power, rendering deprivation and deportation certain, even in cases where a person was born, grew up, and has always lived as a citizen in Israel, or as a resident in East Jerusalem.

Aside from these substantive changes to the revocation power, the new law also does away with several formal and procedural requirements that were previously necessary to properly effectuate citizenship revocation. Presumably in order to expedite the process and minimize judicial oversight, the new law replaces the need for the Attorney General's approval with the Minister of Justice's, significantly shortens the timelines for courts to rule on revocation (30 days), minimizes judicial discretion in ma-

king that decision, and renders deportation mandatory, as opposed to a matter of discretion.

The Deprivation-Deportation Pipeline: Its Uses and Abuses

For the most part, the discussion surrounding the use of citizenship deprivation has focused on the adverse impact it possesses for the individual, or the practice's potential incompatibility with international law. By contrast, less critical attention has been paid to the general supposition that the practice serves important and legitimate goals, even though this was central to the Supreme Court's finding of constitutionality. While the Knesset invoked several of the rationales the Supreme Court had sanctioned, these cannot sustain the more expansive deprivation-deportation powers it adopted.

(I) Legitimate Aims

Citizenship deprivation's central aim, the Supreme Court reasoned in *Zayoud*, is expressive in kind, by declaring the dissolution of the bond of citizenship following an individual's breach of their duty of loyalty to the state. In presenting the new amendments for vote, MK Ofir Katz also stressed citizenship deprivation's expressive benefits, noting that it declares Israel's "complete disavowal of those despicable terrorists, who have not only committed a crime against the state and its residents, but also dare to receive monetary (and other compensation), thereby adding insult to injury." Notably, this deviates somewhat from the Supreme Court's approach, which framed deprivation as merely reflecting the individual's own self-expatriation, as opposed to declaring the community's disavowal of the individual.

Either way, it is undeniable that citizenship deprivation serves expressive aims; indeed, the practice's largely symbolic nature is why some consider it to be "all show, no bite." Recent commentary too has argued that citizenship deprivation seeks to "denounce an individual for failing to live up to the required citizenship standards." We can agree that the expression of community standards is a legitimate aim for governments to pursue. What is less clear is whether this should occur through citizenship deprivation, let alone deprivation in conjunction with deportation. After all, the affected individuals have already been punished, and an important part of what punishment does is to communicate a community's values and

standards.

Nonetheless, many might and do believe that there are certain acts – e.g. terrorism or treason – that require something more than "ordinary" punishment to fulfill that purpose. And it might be that citizenship deprivation fulfills that function. Yet, it is not clear whether the pursuit of this aim can also sustain the deprivation to deportation pipeline the Knesset has now approved. The expressive aim of disavowal will already be achieved by degrading the former citizen to an alien or even stateless individual, without necessitating the further act of deporting them to a place they have never lived and that is under Israeli military control, thereby effectively cutting them off from their family and community.

The Knesset also posited that the new law serves the goal of deterrence, suggesting that "those who might otherwise consider committing heinous crimes may be dissuaded by the threat of" deprivation in conjunction with deportation. While this is a popular assumption across several jurisdictions, citizenship deprivation's deterrent benefits are more assumed than proven. Indeed, those who commit terrorist crimes are already risking life in prison or even death. It seems unlikely they'd be deterred by what appears to be a much less violent and severe sanction. The at best inconsistent evidence on the actual deterrent effects might be the reason the Knesset is now also considering a bill that targets family members of convicted terrorists for deportation. While this clearly raises the stakes for those contemplating acts of terror, even the Israeli Attorney General has stated that she is "unaware of a position from the Israeli security authorities according to which deterrence [...] requires such an extreme power."

A final, explicit aim the law arguably serves is the one of prevention, thereby framing deprivation -deportation as an effective measure to keep the public safe. Specifically, by severing the terrorist citizen's connection to a state with which they are at war, the government can remove their territorial access, which "allows for enhanced perceptions of general security with minimal violence." While the connection between deportation and enhanced security has intuitive appeal, there are certain problems with it. It is not clear, for instance, how the (collective) deportation of a multitude of Palestinians, unified in their proven willingness to commit acts of ideologically motivated violence towards Israelis, will actually enhance security, as opposed to merely lending the appearance thereof. For this to be the case, deportation would

have to permanently, or at least meaningfully, incapacitate them from committing further attacks against Israeli citizens. This might be possible if deported to Gaza, given its homogenous Palestinian population and Israel's military control thereof. At the same time, however, we might also wish to question whether deporting and confining already radicalized individuals to the same territory, with a population or government already hostile to Israel's national security interests, would actually enhance security. Past experience, such as Israel's deportation of Hamas militants to Lebanon in 1992, may indicate otherwise. Deprivation-deportation's utility for enhancing security appears even more dubious in case of the West Bank, which is also populated by Israeli settlers. As such, deportation of Palestinian extremists thereto would do little to protect Israeli citizens from further attacks. All of this is to say that if the goal is to actually enhance security, there are more direct and straightforward ways of safeguarding the citizenry, not least continued detention of those deemed a collective threat.

In *Zayoud*, the appellant unsuccessfully argued that hidden underneath the law's stated aims lay another retributive-punitive one. In rejecting this contention, the Court cited multiple statements made in the Knesset denouncing the idea that citizenship deprivation served punitive aims. Indeed, it warned specifically against framing deprivation as punishment, noting that this could lead to a "slippery slope" by legitimizing the practice for additional anti-social behaviors that fall outside the narrow category of breach of loyalty. This stance is somewhat surprising, as there is somewhat of consensus that if citizenship deprivation can be justified at all, it is only for punitive purposes. After all, punishment remains the central rationale for the legitimate deprivation of a number of important rights, not least the right to liberty and life. It is not immediately apparent why punitive aims should then not also be capable of justifying citizenship deprivation. Moreover, the Court's slippery slope argument appears to be equally applicable to any of the other rationales. However, none of this is to say that citizenship deprivation can be justified as punishment: there are arguably serious problems to this reasoning, not least the assumption that the reasons in favour of rendering citizenship a conditional status outweigh those we have for treating it as a secure, non-conditional status.

(II) The Compensation Requirement

Aside from the aforementioned difficulties, there is a further, more fundamental problem with the current design of the law. One of the central changes is the addition of the "compensation clause," which renders only those citizen-terrorists who have received (in)direct payments from the Palestinian Authority subject to this new procedure. In other words, instead of being a sanction for anybody committing a breach of loyalty, the law specifically singles out Palestinians convicted of such crimes. One can only presume that the reason the Knesset denied any punitive aims of the law is related to the fact that the compensation clause clearly renders the use of deprivation-deportation a violation of the equality principle, designed to ensure that equal crimes receive equal punishment. However, even outside the context of punishment, liberal democracy's commitment to equality proscribes differential treatment for the same act on the basis of a protected, arbitrary characteristic such as race or ethnicity.

Yet, the discriminatory singling out of Palestinians convicted of terrorist crimes for deprivation-deportation is not the only problem with the compensation clause. As outlined above, it also serves to ground a rebuttable presumption that the individual receiving the payment would not be rendered stateless, or rather "without status," upon being deprived of their citizenship. This is an insidious, yet effective way of circumventing the general prohibition on statelessness within international law (though this is, despite assumptions to the contrary, not absolute.) In the context of Israel/Palestine, it also makes cynical use of the connection binding Palestinians in Israel, Gaza and the West Bank, allowing the Israeli government to subdue expressions of national sentiment such as raising the Palestinian flag, while at the same time weaponizing said connection to justify citizenship revocation.

We should be deeply concerned about this clear willingness to water down the protection against statelessness, especially where this occurs only with regards to a particular ethnic or religious group. As Hannah Arendt so astutely observed some 60 years ago, just because the totalitarian regimes of the 20th century collapsed, we should not assume that some of their "solutions" to the problems of political organization might not persist "in the form of strong temptations which will come up whenever it seems impossible to alleviate political, social, or economic misery in a manner worthy of man."

Rodrigo Kaufmann

The Chilean Constituent Process: Take 2

doi: 10.17176/20230203-113218-0



After months of difficult negotiations, political parties in Chile agreed on the conditions for a new constituent process. This second attempt at drafting a new constitution for Chile looks radically different than the first process. While in the first process an elected Convention had the task to draft the new constitutional text, the draft that results from this second process will be produced by the interaction of three different organs: Council, Commission and Committee. Members of two of them, Commission and Committee, are not elected and have a rather “technical” character. Has legal expertise thus replaced political will in the second process?

While the design of the process and the organs involved in it differ greatly from the conditions of the first process, I claim that it would be a mistake to consider technical legal expertise as apolitical. Experts, appointed by political parties, will much rather present political arguments in the form and language of constitutional expertise. And that, precisely, might be something this process needs after the failed first attempt.

Back to Square One: Congress instead of the streets

After the rejection of the first constitutional draft on the 4 September referendum, the process to produce a new Chilean constitution has experienced a rebirth. At first glance, there are enormous differences between the first and the second processes: The first one was triggered by the *estallido social*, the social uprising that shook the country by the end of 2019. It was institutionally enabled by Congress, which amended the current constitution and introduced a legally regulated process for replacing it. One of the particularities of the process was that the Presidency, Congress and other institutional actors had very limited influence over the process after its foundations had been set. The Constitutional Convention saw itself largely as an instance of social self-constitution, along the lines of what has been [described by Martin Loughlin](#); arguably, it didn't have many other options, considering it completed its function in the context of a deep legitimacy crisis of

the political realm, encompassing both state institutions and political parties.

The [new process](#), in contrast, has been channeled through Congress through yet another amendment to the constitution. Only this time, Congress has kept the power of defining, to a large extent, the conditions under which the process will take place. This is certainly due to the fact that it has been the main locus of political negotiations that enabled this second process, but its influence reaches even beyond that.

Constituent Organs and Constitutional Expertise

The second attempt to draft a new constitution that will take place in 2023 will be carried out through the interaction of three different organs: *Consejo Constitucional* (Constitutional Council), *Comisión Experta* (Expert Commission), and *Comité Técnico de Admisibilidad* (Technical Admissibility Committee). As set forth in the new Art. 145, members of the Commission of Experts were appointed in the last week of January. It comprises 24 members, 12 men and women: half of them were appointed by the Chamber of Deputies and the other half by the Senate. Its core task will be to generate a preliminary constitutional draft, which will then be discussed by the Constitutional Council. The Council will have 50 members elected by popular vote. As the Commission of Experts, it will have an equal number of men and women and its main function will be to discuss and amend the preliminary draft produced by the Commission and deliver a final draft. Finally, the Committee, formed by 14 members in total and with an equal number of men and women, will be called upon to decide whether rules contained in the draft, proposed either by the Commission or the Council, violate the boundaries set forth in the new Art. 154 – they include, among others: democratic principle and popular sovereignty, human rights as limits to sovereignty, unitary territorial organization, and separation of state powers into three branches with a bicameral legislature.

It should be noted that the Commission of Experts and

the Technical Admissibility Committee have been consciously designed as instances in which legal expertise will play a relevant part: Members of the Commission of Experts are required to hold a university degree or academic title with a required duration of at least 8 semesters and proven academic or professional experience of at least 10 years. Requirements are even stricter for the members of the Technical Admissibility Committee: Only lawyers with at least 12 years of experience and an outstanding career can be appointed as members. Still, even if requirements for the Commission of Experts didn't explicitly require a degree in Law, from the [24 experts appointed](#), only 3 of them are not lawyers (1 sociologist, 1 journalist, and 1 economist).

Legal Technique instead of Politics?

This dimension of legal expertise is one of the most salient features of the new constituent process that has just begun. Whatever the outcome of this new process, it will be the result of conscious use of legal expertise in drafting a new constitution; maybe even: of legal technical knowledge limiting the volitional dimension of the constituent will. This logic, one might think, stands in a particularly strong contrast to the previous process, in which the process was designed and expected to let the popular will shape the new constitutional framework with as little interference as only possible.

It might be that the contrast is less dramatic than it appears. The first process did not foresee many technical elements: Some members of the Constitutional Convention were, of course, renowned legal scholars, and technical instances of expert advice were made available for members or groups within it. But all those "technical" elements are probably better understood as subsidiary to the political substance that the Convention was producing or expressing. The fact that scholars were scholars might have been relevant for some but, in general terms, the election of members of the Constitutional Convention was mainly conceived in political terms: the distribution of votes occurred, at least to a large extent, based on ideological grounds. Representatives were not elected because they were scholars of constitutional law or lawyers but because they had expressed political positions, fundamentally, in support of a new constitution. Technical knowledge was an accessory element, not the essential one.

The situation, so it would seem, is completely different for the second process. But is it?

A potentially virtuous interplay between expertise and politics

As has been discussed above, legal technical knowledge plays an autonomous, relevant role in this new version of the process. But looking at the entire process and its dynamic, it would be naïve to believe that both the Commission of Experts and the Admissibility Committee are going to function as technical organs in the sense that a certain expert consensus will dominate the drafting of the new constitutional text. In the first place, there is a wide range of technical knowledge in the realm of constitutional law that reflects, expresses, or further develops politically contrasting positions. And there is, in principle, no reason to consider that any of those diverse theoretical options is any less "technical knowledge" than the rest of them. Technique can be used to express different political positions. In addition, that diversity will be very much at the heart of the "technical" organs in the context of the Chilean process, as has become evident after looking at the experts appointed last week. Unsurprisingly, each one of the parties in charge of the appointments – political parties represented in the Chilean Congress – selected experts close to their ideological lines. Technical expertise, then, is merely a qualifying element for political positions which, one might expect, will play the central role in this second constituent process – just like in the first one.

So, what difference does the "expertise" even make in the second process? I think it can be beneficial for the new process in three different ways. First, one of the elements that made the first Constitutional Convention unpopular were the scandals that it produced on a regular basis: Whether it was one of its [members dressing up as Pikachu](#) or another one [insulting the Convention and its members](#) on an open mic, the Convention was, at least at times, unable to transmit seriousness and rigor while performing its task. The forms and language of legal expertise, with its solemnity and occasional Latin expressions, might be able to convey just that. Second, and closely related to the first dimension: Internally, those very forms and language might be instrumental to less polarized discourses and negotiations within the technical organs. The schedule for the process won't allow unnecessary delays any-

way: The Commission of Experts has three months to produce its preliminary draft; the Council has four months to discuss it and generate a final draft. The Commission of Experts still has the chance to propose amendments to the final draft after they are delivered by the Council. Thirdly, the direct involvement by political parties in the process and presumably significant influence on the final draft might make the campaign for a new constitution ea-

sier. While the first draft, product of a process detached from ordinary national politics, had to rely on an act of recognition of its inherent fairness and hope for approval, as [Somek has put it](#), “by virtue of reason alone”, the second draft might have a significant political apparatus at its disposal. Will that be enough? Only time will tell. But the new process seems designed to address some of the main issues identified during the first process.

Bianca Tavolari, Jonas Medeiros

The Patriots' Repossession

On the Narratives of the Bolsonaro Supporters' Attack on Democracy in Brazil

doi: 10.17176/20230213-233125-0



Alongside thousands of people dressed in green and yellow who came close to the Esplanade of the Ministries on Sunday, January 8th, Genival Fagundes was one of the self-proclaimed Brazilian “patriots” who livestreamed the event. An unsuccessful candidate for Brazil’s Congress, Fagundes is a member of the Liberal Party (PL), which in 2022 also had former president Jair Bolsonaro among its ranks. His livestream displayed the culmination of months of camping in front of the Army’s General Headquarters in Brasília. He explained to his followers that ‘people have knocked down the barriers in order to carry out the repossession, they are entering the Congress to remove the omissive members of Congress’. And he reasoned: ‘What the people want is to occupy the House of the People, they are impeaching all senators’, adding: ‘Is it vandalism to occupy your own house? No, it is repossession.’

Fagundes used specific legal terminology to characterize what amounted to invasion, destruction of public property, and violence against journalists and public security officers who were in their way: ‘repossession’. Technically, repossessions are judicial proceedings filed by those who hold an asset’s tenure and who consider it to be under threat or taken away. These submissions are then sent to the judiciary – a step for the legitimate holder to recover what is rightfully theirs. Technically speaking, we are talking about replevin. Tenure and property ownership are at the heart of the matter.

‘People have knocked down the barriers in order to carry out the repossession’: here, Fagundes assumes that patriots are the proprietors of the Congress, the Supreme Court and the Presidential Offices’ buildings. Since they are the legitimate and rightful holders of this right, they can take concrete measures to get back the tenure that was unfairly taken away from them through the alleged electoral fraud. For Fagundes, this logic justifies knocking down barriers put in place to protect public property: they are merely taking back what is theirs. In his view, the barriers – not the protestors – are out of place.

Fagundes is a vocal spokesperson for a wider narrative. On Twitter, hundreds of accounts with Brazilian flags in their usernames posted different versions of the same message: “It is not invasion, it is repossession! The House (Congress) belongs to the people!”. Francisco Mesquita took a step further: ‘Differently from MST [*acronym for the Landless Rural Workers Movement in Portuguese*] which invade other people’s property and take ownership of what was conquered through others’ effort and work, we can consider this [*event*] a repossession, it is the sovereign people taking for themselves what is rightfully theirs’.

An anthropological gaze

There are fundamental demarcations of meaning in this narrative. Firstly, there is an attempt to differentiate their own acts from what they consider to be vandalism: vandals and criminals take ownership of other people’s properties, unlike those who take what is rightfully theirs.

Secondly, they understand their property claim is supported by popular sovereignty, hence the constant references to “the People” – in their perspective, this would also distinguish the patriots’ from other illicit acts. Likewise, it explains why so many people took photos and recorded videos from inside the invaded buildings, an action that seems irrational when regarded objectively since they would potentially be “providing evidence against themselves”, as many local analysts have pointed out, in a mixture of shock and disdain. If we do not foster an anthropological gaze, we will never be able to understand the events of January 8th, 2023.

Finally, tenure had to go back to the legitimate owners. In this view, the Executive, the Legislative and the Judiciary branches exert their power illegally and illegitimately, thus requiring their forceful removal. One of its best representations was the phrase ‘you lost, schmuck’ [*perdeu, mané*] tagged by a rioter on a statue of Lady Justice and on parts of the buildings’ glass façade: it is a way to re-signify the original remark made by Supreme Court

Justice Luís Barroso when accosted by a Bolsonaro supporter in New York after the elections.

Some displacements of meaning are necessary to understand how the patriotic justification for legitimizing the January 8th antidemocratic acts works. Their claim that the House belongs to the people does not hold a public sense of 'us'. On the contrary: 'us' here is restricted to the patriots themselves, whose motherland is conceived as a 'land promised by God' to a religiously homogeneous, Christian people – not to the Brazilian society in all its heterogeneity.

Property is outlined as *private* property. Such is the case that the supposed repossession is no longer a matter of judicial proceeding and thus bypasses any institutional mediation. The patriotic repossession is carried out by their own hands. After 70 days of passively waiting in front of military headquarters, the Armed Forces had still not met the patriots' requests for military intervention. Thus, the direct action of repossession was the solution, similarly to the private owner who can use their own force as means to avoid the threat to or the actual loss of their tenure. It is not only a matter of seeing a public asset as private: the 'privatization' is done in the name of the people after all the other frustrated antidemocratic attempts by these patriots.

Yet, if they actually believe in the property narrative, what would explain the damage to the buildings' structure, furniture, artwork, equipment and documents? If the House belongs to the people, shouldn't its patrimony be preserved?

In a video recorded during the Congress' invasion, a woman tries to alert her invading partners: 'No breaking! Do not break *[anything]*! This is ours now! No breaking! The house is ours! It is our country! Come on, Brazil!'. Here, the public justification encounters important limits, as demonstrated by adopting a parallel narrative claiming the damage would have been done by 'infiltrated lefties.'

These were not only material and impalpable damages, condemned as unjustifiable by national and international authorities. They were acts of *profanation*. Here, the 'property' line of argument can help devise some hypotheses, among which is the idea that property is seen as omnipotence. If property is sacred – and there is a connection between, on the one hand, the patriots' sense of divine mission and, on the other, the centuries of associating property to an absolute right, which can no longer be sustained in any democratic legal system – then its ow-

ners can dispose of it as they wish to.

And, if the representatives from the three branches of government are illegitimately using the buildings, then looting, theft and damages are not only authorized but understood to be a *moral and legal duty*. If it is yours, then it is not damage – this would only be characterized if done to someone else's property. It is not by chance that the woman's appeals for 'No breaking!' are disregarded and that she readily gives up her stance once noticing she is the misplaced one in a sea of unrestrained depredation.

A sense of omnipotence

The references to private property and the feeling of omnipotence are not just found among those seeking to justify a coup. The fact is that patriots have not encountered a defense of public assets' property on the other side of the political contention. The camps in front of military headquarters were set in public property, the roadblocks happened in public highways and roads – owned by federal and state governments, whose concession had been either granted to private companies or not.

Only on January 8th, 2023, did the Attorney General's Office announce it would file legal actions for repossession of public buildings and injunctions to prevent new invasions from happening. In addition to not being contained nor suppressed by the police force, the self-proclaimed patriots were not indicted in repossession lawsuits that could have been filed by the State in order to recover the invaded public assets.

There was an exception in Belo Horizonte, capital of the state of Minas Gerais, but the patriots were the ones seeking the Judiciary on behalf of their right to demonstrate after the Municipal government and its guard tried to remove them. [Initially a lower court judge granted them the permission to stay, which was then revoked by Supreme Court Justice Alexandre de Moraes](#). These so-called patriots then claimed for themselves the role of property upholders, displacing themselves from invaders to property owners and defenders.

The dearth of repression

The lack of enforcement by police and security forces has not only bolstered the invasions' legitimacy but also indicated it was a different type of 'protest', deserving a different kind of treatment. High schoolers that occupied public schools against the closedown of schools in São Paulo

in 2015 and in several states in 2016 to protest against reforming the upper secondary education were not as lucky. These students encountered state officials that upheld public property and were willing to remove teenagers at any costs, including violence and police force.

At that time, the São Paulo State Court of Justice issued favorable rulings to the students, understanding the occupation of schools as part of the right to demonstrate. Alexandre de Moraes, then São Paulo's Secretary of Security, [requested that repossessions involving public tenure would not be taken to the judiciary, allowing them to be conducted directly through the public administration.](#) Moraes's argument sought to equate the state with a private owner: if a private individual can use their own efforts – either with their own hands or armed – to avoid invasions, why couldn't the State?

In the students' case, public authorities from the State Executive worked to supply the State with institutional ways to directly wield force in defense of its patrimony, without any institutional intermediation. No such thing was employed to deal with acts and invasions that have open and outrightly proclaimed their goal: a coup. In a curious and surprising reversal of roles, it was a ruling by Alexandre de Moraes, now a Supreme Court Justice – thus *with* intermediation from the Judicial sphere –, that cracked the laxness, complacency and/or sympathy through which security forces regarded the patriots' collective actions. Only then has the removal of camps from headquarters in all Brazilian cities and towns begun.

The fact that repossession proceedings were not systematically employed to deal with roadblocks that have started right after the elections' 2nd round or even to recover the areas in front of military headquarters is symptomatic. The patriots' acts indicate a turning point: until then, democratic protests had been quelled or cracked down through actions for protecting tenure and property, either with legal recourse or even with bypass attempts.

What happened to students in 2015 and 2016 happened to truck drivers striking, unions occupying companies' headquarters, social movements occupying public offices, ministries and legislative chambers in several types of pacific protests. Even during the Covid-19 pandemic families that had occupied public land because they had

nowhere else to live faced brutal repossessions. This tells us quite a bit about politically motivated property damage and especially the highly selective fashion the police use to protect property: when push comes to shove, it all depends on who is occupying them.

After Justice Moraes's ruling, local media outlets have reported curious cases. On the morning on January 9th, [the state of Tocantins's Military Police Force had issued a statement](#) affirming the camp in front of the Palmas Battalion was 'peaceful' and in the Army's jurisdiction; [a second statement, later that day, announced a different position](#) and the Police's commitment to 'comply with all judicial decisions against which no arguments or challenges are possible.' In the state of Mato Grosso, [the state's Public Prosecutor's Office had to warn the governor it would hold him accountable](#) if the Military Police was not sent to demobilize a camp. Finally, in the state of Amazonas, [a federal judge had to rule for the removal of a camp by use of police force.](#) That is, intermediaries had to reinforce Moraes's ruling in face of local authorities and security forces' stance to not comply with it.

If we are to rebuild and strengthen Brazilian democracy, the 'de-Bolsonarization' of Brasília's bureaucratic establishment – until recently militarized and ideologized in extreme authoritarianism – and of security forces throughout the country is an essential step. This might seem like a distant utopia, yet it remains very much needed. After all, dismantling the 'patriotic' camps does not mean dismantling their coordination, their shared beliefs and values – a worldview in which they are not only good citizens doing good deeds, but owners with the right to recoup their rightfully owned property through force, omnipotents in their destruction.

Translated by Marília Ramos

A slightly different version was originally published by *Quatro Cinco Um* with the title *A reintegração de posse dos patriotas*, on January 11, 2023: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/colunas/as-cidades-e-as-coisas/a-reintegracao-de-posse-dos-patriotas>. We would like to thank William Scheuerman for encouraging the publication of the translated version and for reading and commenting on the piece.

Julio Riós-Figueiroa

Democratic Backsliding and the Supreme Court in Mexico

doi: 10.17176/20230223-031713-0



Democratic backsliding is the state-led debilitation or elimination of the political institutions sustaining an existing democracy. The antinomies coined to understand this phenomenon – **autocratic legalism** as in Hungary under Victor Órban, **abusive constitutionalism** in Hugo Chávez’s Venezuela, or **illiberal constitutionalism** in Jair Bolsonaro’s Brazil – reflect the disturbing fact that a legitimately elected government may gradually dismantle the institutions and norms that allowed its access to power. Mexico under current President López Obrador is in this club, especially now that his government has launched a decisive blow to the institution in charge of organizing elections and counting the votes. Whether or not he will succeed is now under review at the Supreme Court.

The protracted transition to democracy in Mexico involved a **series of electoral reforms** since 1977 that gradually expanded access to the elected branches of government and empowered an autonomous institution to organize elections and to count the votes. In the year 2000, the long governing Revolutionary Institutional Party (PRI) **lost the presidential election** for the first time in more than seven decades. For close to twenty years, electoral competition produced alternation of political parties in the executive branch, at both federal and state levels, and no single-party majorities in congress. Electoral competition activated checks and balances delineated in the Mexican Constitution, notably the **Supreme Court** and federalism.

Democratic backsliding begins at the ballot box, as **Levitsky and Way** put it, and the turning point in Mexico was the **election of 2018**, which the charismatic leader Andrés Manuel López Obrador and his party MoReNa (Movement of National Regeneration), won by a landslide. Legitimate demands for inclusion, social and economic, and a generalized discontent with political corruption are behind López Obrador’s electoral victory. The **distribution of votes in favor of MoReNa** cut across traditional cleavages of economic class, geography, and ideology. López Obrador

captured well the social demand for more and better government and ran an effective campaign that brought on board many new supporters beyond his traditional base of left leaning and less affluent voters in the southern states of the country.

However, soon after the election López Obrador launched an ambiguous project of “transformation,” embracing a polarizing rhetoric that distinguishes “the People,” who support his project from the “corrupt elites” who oppose it. Every single weekday for the past four years, for an average of two hours during his “**morning conferences**,” President López Obrador has lashed out at the “oligarchy” that includes not only traditional political parties and politicians but also autonomous institutions, civil society organizations, universities, mass media, and even the middle-class that he has dubbed “aspirational and vulgar money-seekers.” Crucially, López Obrador considers the Armed Forces as “the People in uniform” and has **lavishly empowered them** to support his political project.

Consistent with the practices of abusive constitutionalism, the government has pushed its prerogatives to the limit and beyond in many of its main policies and infrastructure projects. This activity has prompted several legal challenges before the Supreme Court, which predictably became the focus of threats and encroachments by López Obrador. Fortified by a supportive legislature, López Obrador’s government **forced the resignation** of one Justice and rushed the appointment of two Justices whose **partisan affiliation and personal connections** to one of the administration’s main contractors were highly questionable. In addition, several legislative initiatives threaten judicial independence by **increasing the number of justices and packing the court**. All this, plus the daily doses of the President’s hostility towards judges and the judiciary, send a chilling message.

The Supreme Court has weathered the storm with more shame than glory. The Court has a longstanding legiti-

macy deficit, as reflected in the rather low average of 26% of the people who declared having ‘much’ or ‘some’ confidence in the judiciary between 1994 and 2018 (and in no year has this percentage exceeded 40%) according to [Latinobarometer](#). This crisis of legitimacy of the judiciary was compounded in 2018 by scandals of [nepotism and corruption](#) and has provided fertile grounds for López Obrador’s hostility and encroachments upon the judiciary.

In this precarious situation, the Supreme Court has opted for a two-pronged strategy. On the one hand, in the bulk of ordinary cases the Supreme Court and the federal judiciary have continued the slow but clear movement towards a more progressive jurisprudence that started in 2010. On the other hand, in most politically sensitive cases the Court has maximized deference to the government. The former Chief Justice not only made public his ideological proximity to López Obrador by breaking protocol and norms, he also shrewdly [maneuvered the Court’s docket and voting dynamics](#) to avoid outcomes unfavorable to the government. This is clear in [cases that are directly related to the main policies and infrastructure projects](#) of the government, including the role of the armed forces in internal security and in an increasing list of formerly civilian tasks, the role of constitutional autonomous organs, and state energy policy.

The Supreme Court’s two-pronged strategy is no longer viable, as the time of reckoning has arrived. López Obrador’s government has pushed through a comprehensive electoral reform, one that in contrast with all the previous reforms since 1977 neither improves representation nor strengthens the electoral institute. On the contrary, the reform favors the incumbents by lowering restrictions on the use of public funds for campaigning. More importantly, [it severely undermines the capacity of the electoral institute](#) to organize the election and count the votes. Disguised under a rhetoric of austerity and corruption control, the reform would lead to the dismissal of more than 80% of the civil servants in the electoral insti-

tute and would eliminate several offices in charge of the complex process of organizing and overseeing the elections across the country, among other crippling measures. This electoral reform will negatively affect the right to vote and the legitimacy of the general election of 2024.

The Supreme Court will have to decide whether the reform stands or not. The recent appointment of the [first female Chief Justice](#) in the history of the Court has led to a noticeable change in the Court’s relationship with the executive branch. The Chief Justice in Mexico is elected by her peers for a period of four years, and on January 2, 2023 the majority in the Court voted for a career judge with a good reputation as a jurist and respected within the judiciary. The new Chief Justice has come out strongly in [defense of judicial independence and the integrity of judges](#), stressing the supremacy of the Constitution.

Very problematic cases for the Court, and for democracy in Mexico, are looming on the horizon. It is unusual for the gradual erosion of democracy to reach the Rubicon, the proverbial limit beyond which everything changes. The regressive electoral reform promoted by the government of López Obrador is that limit. Once the lawsuits reach the Court, it will have [until June 1, 2023 to make a decision](#) (after that date the legal framework to run the 2024 general election cannot be altered).

The Supreme Court will have the rare opportunity to draw a bright line to maintain the institution that has made electoral democracy possible in Mexico, a line that could then serve as a coordinating mechanism for the organized civil society and citizens in general to rally around. If it does not, or if citizens do not hold the line, the consequences in terms of further democratic erosion are likely to be deep and accelerating.

This article has first been published on <https://constitutionalconversations.substack.com> and is reposted here with kind permission.

Juan David Gutierrez

ChatGPT in Colombian Courts

Why We Need to Have a Conversation About the Digital Literacy of the Judiciary

doi: 10.17176/20230223-185205-0



On January 31st 2023, judge Juan Manuel Padilla issued a [7-page ruling](#) on a case in which the fundamental right to health of a child, diagnosed as being on the autism spectrum, was at stake. It was a relatively simple second instance case decided by a judge in Cartagena, Colombia, in which the key legal question was whether a health insurance company's request for co-payments or a fee for authorizing a medical procedure infringed on the child's fundamental rights to health and dignified life. Judge Padilla upheld the first instance ruling that favored the child.

The ruling would have been one of thousands of health-related judicial decisions adopted in Colombia every year, but for the fact that the judge decided to transcribe his interactions with [ChatGPT](#), which he had used to motivate his verdict. In a matter of hours, the ruling made its way into the Colombian [national media](#) and has now been registered by media outlets [all over the world](#).

Only 10 days later, magistrate María Victoria Quiñones from the Administrative Tribunal of the Magdalena, also in Colombia, similarly issued a [court order](#) in which ChatGPT prompts were also transcribed. The interactions of magistrate Quiñones with the chatbot aimed at answering technical questions that helped her to decide on how to carry out a judicial hearing in the metaverse. The judicial process concerns a direct remedy claim (*reparación directa*) requested by a contractor of Colombia's National Police. On February 15th, the hearing was held through Meta's [Horizon Workrooms](#) and was livestreamed through [YouTube](#).

This blogpost examines the challenges of Large Language Models (LLMs) tools, such as a ChatGPT, to draft judicial rulings and, more generally, the dangers of using emerging technologies in judicial activities, in Colombia and beyond. My main argument is that current LLMs are not trustworthy sources of information and should only be used – with the utmost care – when other more effective and safe options are not available. Moreover, I contend that the judiciary should promote digital literacy and an [informed, transparent, ethical, and responsible use of AI](#)

[tools](#), in order to reap its potential benefits and prevent risks.

The judges did not use ChatGPT in an informed or responsible manner

To be clear, the texts of the ruling and court order issued by the Colombian judges were not a simple copy / paste of the queries introduced to ChatGPT and the chatbot's answers. On the one hand, the decision of judge Padilla succinctly explained the facts of the case, described the logic of the first instance decision, stated the main constitutional issues at stake, listed the relevant articles of the Colombian Constitution and cited a ruling of the Constitutional Court that addressed a very similar case (for a more thorough description of the facts and of the *tutela* constitutional action, see [professor Lorena Florez's post](#)). On the other hand, the court order of magistrate Quiñones explained that the parties agreed to carry out the initial hearing of the administrative procedure in the metaverse, cited legal provisions and case law that justified the use of information technologies in judicial procedures, and explained what the metaverse is and how the hearing would be conducted. If the chatbot's answers were only one part of the judicial decisions' statements of reason, why should we care or even be concerned about how the Colombian judges used ChatGPT?

The short answer is that they used ChatGPT as if it was an oracle: a trustworthy source of knowledge that did not require any sort of verification. While the judges were transparent about the fact that they used the tool and included quotation marks to distinguish the content produced by ChatGPT, their use was not informed nor responsible.

There are three main reasons why the way ChatGPT was used by the judiciary in these cases is very concerning for Colombians and beyond.

First, the stakes in judicial rulings are too high – especially when human rights are involved – to justify the use of unreliable and insufficiently tested technologies.

Due to the way that LLMs like ChatGPT are developed and operate, these tools tend to produce [incorrect and imprecise answers and confuse reality with fiction](#). Even the [CEO of OpenAI acknowledged in December 2022](#), that “ChatGPT is incredibly limited (...) it’s a mistake to be relying on it for anything important right now”. Furthermore, due to structural reasons, it is [unlikely that these problems of LLMs](#) will be solved soon.

In the two Colombian cases, the answers of ChatGPT were not incidental but determinant for the decisions adopted by the courts. In judge Padilla’s ruling, two of the seven pages consisted of a transcription of four ChatGPT’s answers to prompts. This means that about 29% of the ruling consists of text generated by ChatGPT. Hence, although the answers of ChatGPT were not the sole legal basis of the ruling, they are a key component of the decision. Moreover, the four questions posed by the judge to ChatGPT dealt with key legal issues required to decide the case:

1. *Is an autistic child exempt from co-payments for therapy?*
2. *Should tutela [constitutional] actions in these cases be granted?*
3. *Is requiring a co-payment in these cases a barrier to access to health services?*
4. *Has the jurisprudence of the constitutional court made favourable decisions in similar cases?*

Hence, judge Padilla prompted ChatGPT to address core legal questions that are very specific to the Colombian legal system.

In the case of magistrate Quiñones’ court order, the questions dealt with issues that were not substantial for the cause of action. The three questions aimed at supporting procedural decisions required to carry out the hearing in the metaverse:

1. *What is an avatar?*
2. *What is the most effective method to verify the authenticity of those connecting to a meeting and/or virtual hearing.*
3. *Method for verifying the authenticity of the avatar in the metaverse?*

Although these questions appear to be merely technical, they deal with how the magistrate makes sure that the people who participate in the hearing legitimately represent the parties, a matter that is essential for ensuring

access to justice and due process. The statements included in the court order illustrate the point: “Thus, for a better understanding of some concepts about the metaverse and *the administration of the hearing in this environment*, this judicial agency will rely on AI, using ChatGPT.” For the sake of brevity, I won’t address in this post the legal and equity implications of using the metaverse for a court hearing, but I recommend [professor Lorena Florez’s recent post](#) where she discusses the need to assess the necessity of the tool and to implement user-centered approaches (design thinking) to decide how to conduct judicial activities.

In sum, the first argument is not that judges – and in general, public officials – should not innovate or use new technologies. Rather, experimental tools should not be deployed in certain state-related activities and if judges currently have access to more effective and safe tools, the latter should be preferred over the untested ones.

Secondly, ChatGPT’s answers should not have been accepted and taken at face value, but rather contrasted with other more reliable sources. For example, in the case of judge Padilla’s ruling, the answers provided by ChatGPT lacked nuance. Moreover, the answers were poorly justified. Once, the chatbot cited a specific law that is only tangentially pertinent to the case, and in another reply, ChatGPT alluded to the jurisprudence of the Constitutional Court but without citing specific cases.

The judgement states that the information offered by ChatGPT would be “corroborated”. However, there is no explicit trace in the text that allows us to conclude that judge Padilla or his clerk effectively checked whether ChatGPT’s responses were accurate. In fact, [I replicated the four queries](#) posed by judge Padilla and the chatbot answered slightly differently, a result that is not surprising given how the tool works. Furthermore, when [I prompted ChatGPT to provide examples of case law from the Constitutional Court](#) that justified its answers, the chatbot invented the facts and *ratio decidendi* of one ruling, and cited a judgement that did not exist (inventing the facts and the verdict).

Hence, the argument is not that ChatGPT or other LLMs should not be used for supporting judicial work. The point is that any content produced by these systems that is to be used directly or indirectly to draft rulings must be subjected to a rigorous and thorough examination.

This last point introduces the third reason why the two Colombian cases are worrisome. Both the ruling and

the court order explicitly claim that emerging technologies can help to streamline judicial processes. For example, judge's Padilla's ruling stated: "The purpose of including these AI texts is not in any way to replace the Judge's decision. What we are really looking for is to optimize the time spent in writing sentences". Further, in a [radio interview](#), judge Padilla claimed that: "my only concern is to improve the justice system's timings [...]. (T)hat string of text that artificial intelligence provided me with could also have been provided to me by a clerk".

It is true that the [law 2213 of 2022](#) and the General Procedure Code ([article 103](#), [law 1564 of 2012](#)), among others, admit the use of information and communication technologies to manage and conduct judicial activity. However, it is also true that the laws indicate that such technologies should only be used when they are "suitable" for the task. If ChatGPT and other LLMs currently available are evidently unreliable, since their outputs tend to include incorrect and false information, then judges would require significant time to check the validity of the AI-generated content, thereby undoing any significant "time savings". As it happens with AI in other areas, under the narrative of supposed "efficiencies", fundamental rights can be put at risk.

Finally, there is a risk that the judges and its clerks over-rely on the AI's recommendations, incurring what is known as "automation bias". As [explained by professor Florez](#), "[d]ue to an overconfidence in the impartiality or certainty of the AI system, such as ChatGPT, judges may be hindered in their ability to make exact judgments and understand their surroundings. This could lead to an over-reliance on the outputs of automated systems."

Challenges for judicial systems in the age of generative AI

It is worrisome that two Colombian judges transcribed ChatGPT's prompts to motivate their decisions without thoroughly examining whether the information was correct. There is a high risk that judges and their clerks all over Colombia start transcribing ChatGPT's outputs as if they were a reliable source. In fact, judge Padilla stated in a [radio interview](#) that judges from all over the coun-

try would be "very happy" because the system could save "many hours transcribing things that are already on the Internet". Judge Padilla also claimed that "what ChatGPT does is to help us choose the best of these texts from the Internet and compile them in a very logical and very short way to what we need." This lack of understanding of how LLMs work illustrates why ensuring digital literacy of the judiciary is critical in times of generative AI.

There is a tendency towards greater access to generative AI tools, freely offered by different companies through web and app-based platforms. Hence, the type of uninformed use of AI that we saw in Colombia may expand beyond the country. Moreover, plaintiffs and defendants may also use LLMs – such as ChatGPT – as an oracle, to the detriment of their clients' interests. AI tools should only be used in judicial matters whenever such tools are sufficiently tested and when other more effective, less costly, and more accessible tools are not available.

Furthermore, the bodies that manage the judiciary wherever the use of these tools is feasible should design guidelines and policies on how and when certain AI tools, including LLMs like ChatGPT, can be introduced to judicial processes. The guidelines could establish certain standards and best practices for judges, clerks, and attorneys who wish to use AI tools.

For example, an informed, transparent, ethical, and responsible use of AI tools by judges, clerks, and attorneys should comply with the following standards: (i) the user must understand how the technology works, acknowledges its limitations and risks, and makes sure that the tool is adequate for the required task (*informed use*); (ii) the user is transparent about the use of the technology in proceedings (*transparent use*); (iii) the user distinguishes clearly which sections of the judicial decision or legal document are AI-generated text (*ethical use*); and, (iv) the user rigorously checks information retrieved from the AI system against reliable sources and explicitly informs about such examination (*responsible use*).

The Colombian cases could contribute to a global discussion on the importance of digital literacy of judges, their aides, and attorneys, as well as the need of having clear guidelines of when and how to use AI systems in the judicial system.

Kai Ambos

Ausbürgerung als verschärfte Form politischer Verfolgung

doi: 10.17176/20230222-151759-0



In einem beispiellosen Schritt in der modernen Geschichte des Völkerrechts hat Nicaragua in den letzten zwei Wochen mehr als 300 Dissidenten ihre Staatsbürgerschaft aberkannt. 222 dieser Bürger wurden am 9. Februar in die Vereinigten Staaten [abgeschoben](#), wobei das Berufungsgericht von Managua (*Tribunal de Apelaciones*) ihnen erst am Tag danach, also rückwirkend, die Staatsangehörigkeit [entzog](#); weitere 94 Bürger, von denen die meisten bereits exiliert sind, waren Gegenstand einer ähnlichen Justizfarce, die in einer Entscheidung desselben Gerichts am 15. Februar gipfelte.¹ Als Ausdruck spontaner Solidarität hat Spanien, nun von zwei lateinamerikanischen Staaten (Argentinien, Chile) gefolgt, den Dissidenten die [Staatsbürgerschaft angeboten](#).

Politische Verfolgung durch eine familiär geführte Diktatur

Die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) reagierte mit einer scharf formulierten Erklärung auf die Abschiebung, die im relevanten Teil die aktuelle Situation in Nicaragua treffend zusammenfasst:

What happened today is not ... a "liberation." These people were unjustly imprisoned -some for years- for thinking, expressing, or writing opinions contrary to the prevailing regime in Nicaragua. Many of them were tortured and cut off from all contact with the outside world.

This group of people has now been sentenced in trials without any guarantees for alleged treason against the homeland and incitement to violence, terrorism and economic destabilization," among other alleged crimes. They were stripped of their Nicaraguan nationality and all their citizenship rights in perpetuity. They arrive in the United States supposedly "deported" from their own country.

The crimes committed against these people must not go unpunished, and their rights must be restored as soon as possible. In Nicaragua there are still people imprisoned and tortured for thinking differently, there are still people who live daily in fear of being arrested, tried and sentenced without any legal or procedural guarantees. The Nicaraguan regime continues to be oblivious to the principles of democracy and respect for human rights, and we must continue denouncing its abuses.

... there is still a long way to go until all Nicaraguans, without exception, can once again enjoy freedom in their own country.

Bezüglich der anderen 94 Dissidenten enthält die Gerichtsentscheidung, die im Wesentlichen mit der Anklageschrift (*acusación*) identisch ist, keine konkreten Tatvorwürfe, sondern verweist u.a. auf eine Verschwörung gegen die „nationale Integrität“ („*conspiración para cometer menoscabo a la integridad nacional*“) sowie auf höchst nebulöse Straftaten „gegen den Frieden, die Souveränität, Unabhängigkeit und Selbstbestimmung des nicaraguanischen Volkes, die zur Destabilisierung des Landes aufstacheln“ („*en perjuicio de la paz, soberanía, independencia y la autodeterminación del pueblo nicaraguense, incitando a la desestabilización del país*“) und auf einen „Handel mit der Ehre des Landes“ („*traficando con la honra de la patria*“), die die Angeklagte „begingen und weiterhin begehen“ („*ejecutaron y continúan ejecutando*“). Was hier mit dem Entzug der Staatsbürgerschaft und anderen Sanktionen (u. a. Vermögensbeschlagnahme) bestraft wird, ist nichts anderes als die anhaltende Kritik dieser Bürger an der Ortega/Murillo-Diktatur, [darunter](#) bekannte Schriftsteller wie Sergio Ramirez und Gioconda Belli sowie Politiker, Diplomaten, Richter und Kirchenvertreter, von denen viele einst Teil der sandini-

¹Für den surrealen Auftritt des Vorsitzenden Richters Ernesto Rodríguez Mejía siehe ein 7-minütiges Video [hier](#); zur offiziellen Website der Justiz siehe [hier](#).

stischen Revolution und Bewegung waren. Kurz gesagt, dies ist ein klarer Fall politischer Verfolgung durch eine Familiendiktatur, in der alle Macht beim Präsidenten (Ex-Revolutionär Daniel Ortega) und der Vizepräsidentin (seiner Ehefrau Rosario Murillo) zusammenläuft und die Rechtsstaatlichkeit systematisch – bei völliger Kontrolle und Instrumentalisierung der Justiz – ausgehöhlt worden ist.²

Die gerichtlichen Entscheidungen fügen sich in eine Reihe gesetzlicher Änderungen ein. Die von der Regierung kontrollierte Nationalversammlung (*Asamblea Nacional*) änderte am 9. Februar Artikel 21 der *Verfassung* und fügte einen Satz hinzu, durch den „Vaterlandsverrätern“ (*traidores a la patria*) die Staatsangehörigkeit entzogen werden kann („*Los traidores a la patria pierden la calidad de nacional nicaragüense*“), wodurch die in Artikel 20 der Verfassung enthaltene Garantie der Staatsangehörigkeit ausgehebelt wird. Diese Verfassungsreform wurde durch zwei ordentliche Gesetze (*Ley 1055* und *Ley 1145*) ergänzt, von denen ersteres bereits am 22. Dezember 2020 verabschiedet wurde und den Verlust der Staatsangehörigkeit – als Ausführungsgesetz zu Artikel 21 der Verfassung – regelt. Das neuere Gesetz 1145 vom 10. Februar 2023 (ein Tag nach der Abschiebung der 222 Dissidenten in die USA!) ermöglicht durch Artikel 2 den Verlust der Staatsangehörigkeit von Personen, die nach Gesetz 1055, u.a. wegen Hochverrats (*traición*) verurteilt wurde. Interessanterweise wartete die Regierung nicht einmal auf das Inkrafttreten der Verfassungsänderung (die eine zweite gesetzgeberische Entscheidung erfordert, siehe [hier](#)) und wandte Gesetz 1145 rückwirkend an, zumindest in Bezug auf die 222 deportierten Bürger. Damit hat Nicaragua eigene Staatsangehörige ausgewiesen!

Missachtung des Völkerrechts

Der Entzug der Staatsangehörigkeit verstößt zunächst gegen das Übereinkommen von 1961 zur Verringerung der Staatenlosigkeit (*Convention on the Reduction of Statelessness*), dem Nicaragua mit Wirkung – unter Präsident Ortega – vom 29. Juli 2013 beigetreten ist. Dieses Übereinkommen erlaubt den Verlust der Staatsangehörigkeit (durch Verzicht, Wegweisung usw.) nur, wenn die betreffende Person dadurch nicht staatenlos wird (Artikel 5, 6,

7(1)(a) und (6), 8(1)). Darüber hinaus ist der Entzug der Staatsangehörigkeit nur unter begrenzten und besonderen Umständen zulässig (Artikel 8(2)(a) i.V.m. mit Artikel 7(4) und (5); Artikel 8 (2)(b): Erlangung durch Täuschung oder Betrug). Andernfalls muss ein Staat sich das Recht der Entziehung der Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsbeitritts ausdrücklich vorbehalten und nur aus bestimmten Gründen (Artikel 8(3)), nämlich

(a) *that, inconsistently with his duty of loyalty to the Contracting State, the person*

(i) *has, in disregard of an express prohibition by the Contracting State rendered or continued to render services to, or received or continued to receive emoluments from, another State, or*
(ii) *has conducted himself in a manner seriously prejudicial to the vital interests of the State;*

(b) *that the person has taken an oath, or made a formal declaration, of allegiance to another State, or given definite evidence of his determination to repudiate his allegiance to the Contracting State.”*

Nicaragua hat keine solche Erklärung abgegeben.³ Ohnehin darf gemäß Artikel 9 ein Vertragsstaat „*not deprive any person or group of persons of their nationality on racial, ethnic, religious or political grounds.*“ Damit ist die hier in Rede stehende Entziehung der Staatsangehörigkeit, nämlich im Rahmen einer politischen Verfolgung, ausdrücklich verboten.

Abgesehen davon verstößt die Maßnahme gegen das Menschenrecht auf eine Staatsangehörigkeit nach Art. 20 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK), insbesondere deren Abs. 3: „*No one shall be arbitrarily deprived of his nationality.*“ Bisher ist diese Bestimmung nur einmal relevant geworden, nämlich im Fall des israelisch-peruanischen Geschäftsmanns Baruch Ivcher. In einem anderen prominenten lateinamerikanischen Fall der Aberkennung der Staatsangehörigkeit, dem des chilenischen Diplomaten Orlando Letelier der Regierung Allende,⁴ gab es keinen Rechtsbehelf, nicht zuletzt weil Letelier am 21.9.1976 in Washington D.C. von der chilenischen Geheimpolizei DINA ermordet wurde.

²Siehe [hier](#), [hier](#) und [Res. 49/3](#) des UN-Menschenrechtsrats vom 31. März 2022 zur Einsetzung einer Expertengruppe, [Group of Human Rights Experts on Nicaragua](#).

³Siehe [hier](#) und das betreffende Decreto de Aprobación [hier](#).

⁴Siehe [Decreto 588 vom 2.9.1976](#) der Pinochet-Diktatur.

Ivcher hat 1984 die peruanische Staatsangehörigkeit bei gleichzeitiger Aufgabe der israelischen Staatsangehörigkeit erlangt, dann diese aber aufgrund einer Verwaltungsanordnung (*Resolución Directoral*) vom 11. Juli 1997 während der Fujimori-Regierung verloren. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) stellte insoweit eine Verletzung von Artikel 20 AMRK fest (s. [hier](#) para. 86 ff.), wobei er die Bedeutung der Staatsangehörigkeit als Menschenrecht mit Garantie eines Mindestschutzes betonte (para. 86, 87) und argumentierte, dass der Entzug vorliegend schon deshalb willkürlich sei, weil die entziehende Verwaltungsbehörde derjenigen hierarchisch untergeordnet sei, die die Staatsangehörigkeit ursprünglich zuerkannt habe (para. 93-96).

Damit verglichen ist der hier in Rede stehende Entzug der Staatsangehörigkeit von mehr als 300 Bürgern nicht nur quantitativ viel schwerwiegender, sondern auch der politische Charakter der Maßnahme viel eindeutiger: Diese Maßnahme ist nur ein weiterer Akt der Ortega/Murillo-Diktatur im Rahmen ihrer weitverbreiteten („*widespread*“) und systematischen („*systematic*“) Verfolgung politischer Dissidenten, die als Verbrechen gegen die Menschlichkeit i.S.v. Artikel 7(1)(h), (2)(g) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) zu bewerten ist. Das Kontextelement von Artikel 7 des Römischen Statuts ergibt sich dabei ohne Weiteres aus der oben zitierten OAS-Erklärung, dem [OAS-Bericht 2021](#), der [Res. 49/3](#) des UN-Menschenrechtsrats zur Einrichtung der bereits erwähnten Expertengruppe und dem [Human Rights Watch 2022 World Report](#). All diese Dokumente belegen die weitverbreiteten und systematischen Menschenrechtsverletzungen in Nicaragua, ohne ihnen den völkerstrafrechtlichen Namen zu geben, den

sie verdienen: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, insbesondere durch „Verfolgung“ („*persecution*“), also den „völkerrechtswidrigen, vorsätzlichen und schwer wiegenden Entzug von Grundrechten wegen der Identität einer Gruppe oder Gemeinschaft“ (Artikel 7(2)(g) IStGH-Statut), hier der nicaraguanischen Bürger, denen die Staatsangehörigkeit entzogen wurde, die deportiert, exiliert und darüber hinaus in ihren Rechten verletzt wurden und teilweise noch werden.

Es bleibt nun abzuwarten, was die Expertengruppe in ihrem [Bericht zur kommenden 52. Sitzung des Menschenrechtsrats](#) (27.2.-31.3.2023) aus all dem macht. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass Nicaragua kein Vertragsstaat des Römischen Statuts ist und sich eines russischen Vetos bezüglich einer möglichen Überweisung der „Nicaragua-Situation“ an den IStGH durch den UN-Sicherheitsrats versichert hat, indem sich die Regierung beharrlich geweigert hat, den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine bei den entsprechenden Abstimmungen der UN-Generalversammlung zu verurteilen.⁵ Gleichwohl sollte man die Hoffnung nicht aufgeben, dass die nicaraguanischen Völkerrechtsverletzungen auch völkerstrafrechtliche Konsequenzen haben werden und sei es nur im Wege dezentraler Strafverfolgung. Deutschland könnte hier mit seiner gerade gestärkten [Völkerstrafrechtsabteilung beim Generalbundesanwalt](#) vorangehen und damit der Welt zeigen, dass es auch jenseits der Ukraine schwere völkerrechtliche Verbrechen gibt.

Eine englische Fassung dieses Beitrags wird auf [EJIL:Talk!](#) veröffentlicht.

⁵ Bezüglich der Verurteilung der russischen „Annexionen“ in der Ostukraine durch [Resolution ES-11/4](#) vom 12. Oktober 2022 hat Nicaragua sogar dagegen gestimmt, siehe [hier](#).

Christian Tietje

Enteignen für den Wiederaufbau?

Zu den rechtlichen Grenzen, den Wiederaufbau der Ukraine durch Enteignungen zu finanzieren

doi: 10.17176/20230203-113159-0



Jeden Tag bringt der Krieg in der Ukraine unerträgliches und unvorstellbares menschliches Leid mit sich. Vielen fällt es schwer, täglich mit den schrecklichen Nachrichten aus der Ukraine konfrontiert zu sein. Das politische Kalkül des russischen Präsidenten Wladimir Putin, genau dies in den Staaten zu erreichen, die die Ukraine in ihrem Kampf der Selbstverteidigung unterstützen, wird dabei schnell übersehen. Vor diesem Hintergrund fällt es schwer, schon heute einen nüchternen Blick auf die Zeit nach Beendigung der Kampfhandlungen in der Ukraine und einer Zurückdrängung des russischen Aggressors zu werfen. Das allerdings scheint notwendig, um moralisierender Politik notwendige rechtsstaatliche Rationalität entgegenzusetzen. Konkret geht es dabei um die Frage, ob es möglich ist, staatliches und/oder privates russisches Vermögen entschädigungslos zu enteignen, um so den Wiederaufbau der Ukraine zu finanzieren. Diese Überlegung liegt insbesondere der Erkenntnis zugrunde, dass schon jetzt die durch die russische Aggression verursachten [Schäden in der Ukraine auf über eine Billion US-Dollar geschätzt werden](#).

Auch wenn es bereits einige Stellungnahmen zur rechtlichen Problematik entschädigungsloser Enteignungen zu Reparationszwecken gibt (siehe insbes. Kott, UKuR 2022, 438 ff. und 509 ff.), sind zusammenhängende Darstellungen zu den diesbezüglich maßgeblichen völkerrechtlichen Gesichtspunkten kaum vorhanden. Dieser kurze Beitrag soll die wesentlichen Aspekte, die den Rechtsrahmen der Diskussion bestimmen, zusammenfassen. Es wird dabei deutlich werden, dass es erhebliche rechtsstaatliche Grenzen dafür gibt, den Wiederaufbau der Ukraine durch Enteignungen zu finanzieren.

Völkerrechtliche Reparationspflichten im modernen Völkerrecht

Für die Völkerrechtsgelehrten des 16. und 17. Jahrhunderts war die Rechtslage noch klar. Samuel Pufendorf führte zum Beispiel aus, dass derjenige, der anstelle von

friedlicher Streitbeilegung in den Krieg zieht, ein Risiko eingehe. Das Risiko bestehe darin, bei einem verlorenen Krieg u.a. Reparationspflichten, so wie sie der Kriegsgewinner einseitig auferlegt, akzeptieren zu müssen. De Vattel, Gentili und andere Gelehrte der damaligen Zeit haben ähnlich argumentiert ([Sullo/Wyatt, War Reparations, MPEPI](#)). Der Rechtsrahmen, in dem Reparationspflichten zu diskutieren sind, hat sich seither allerdings radikal gewandelt. Anders noch als in den Tagen von Pufendorf und anderen gibt es heute bekanntlich kein freies Kriegsführungsrecht mehr. Schon der Begriff „Krieg“ existiert im völkerrechtlichen Sinne nicht mehr. Unmittelbar aus Art. 2 (4) Charta der Vereinten Nationen folgt das absolute Gewaltverbot und damit einhergehend die juristische Klassifizierung militärischer Gewaltanwendung in den zwischenstaatlichen Beziehungen als internationaler bewaffneter Konflikt und eben nicht mehr als „Krieg“. Das wiederum hat unmittelbare Auswirkungen auf die Reparationsfrage. Reparationspflichten können nicht einseitig durch den Kriegsgewinner auferlegt werden. Vielmehr sind Reparationen eingebunden in das Völkerrechtsregime der Staatenverantwortlichkeit. Die [ILC Articles on State Responsibility](#), die Völkergelehrten wiederzugeben, statuieren in Art. 31 klar und eindeutig: „The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.“ Damit steht zugleich fest, dass die Pflicht zu Reparationsleistungen für Schäden in Folge einer Völkerrechtsverletzung eingebettet ist in die rechtsnormativen Vorgaben der Völkerrechtsordnung insgesamt.

Target Zentralbankvermögen

Angesichts von weltweit beschlagnahmten russischen Devisenreserven [im Wert von wohl über 300 Milliarden US-Dollar](#), die bei Zentralbanken unter anderem in den USA und Europa liegen, liegt es auf der Hand, über eine Konfiskation, also eine entschädigungslose Enteig-

nung dieses russischen Staatsvermögens, nachzudenken. In der Diskussion hierzu wird allerdings regelmäßig darauf verwiesen, dass es sich hier um Staatsvermögen zu hoheitlichen Zwecken handele und insofern völkerrechtlicher Immunitätsschutz gegeben sei. Als vorübergehende Maßnahme lässt sich zwar die Beschlagnahme dieses Staatsvermögens als völkerrechtlich zulässige *countermeasure* rechtfertigen. Eine endgültige Vermögensentziehung ohne Entschädigung, so der Einwand, wäre von den einschlägigen Regeln des Rechts der Staatenverantwortlichkeit allerdings nicht mehr gedeckt.

Immunitätsschutz für Zentralbankvermögen?

Wenn das so ist, stellt sich zunächst zentral die Frage, ob tatsächlich Immunitätsschutz für das im Ausland belegene Zentralbankvermögens Russlands besteht. Zumindest mit Blick auf die allgemeinen Immunitätsgrundsätze des Völkerrechts kann hieran gezweifelt werden. Das einschlägige [Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004](#) ist zwar nicht in Kraft getreten, stellt aber weitgehend Völkergewohnheitsrecht dar. Schaut man in [die Kommentierung](#), wird schnell klar – wie auch schon ihr Titel zum Ausdruck bringt –, dass sich der durch sie gewährte Immunitätsschutz für staatliches Vermögen nur auf Gerichtsverfahren bezieht. Was im Einzelnen unter Gerichtsverfahren zu verstehen ist, wird in der Konvention nicht abschließend geregelt. Allerdings hat die ILC deutlich gemacht, dass ein durchaus weites Verständnis anzulegen ist (ausführlich zur Problematik [Ruys, Immunity, Inviolability and Countermeasures - A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions](#)). Insofern bleibt allerdings fraglich, ob eine Legislativenteignung russischen Staatsvermögens durch zum Beispiel einen EU-Rechtsakt oder ein nationales deutsches Gesetz schon deshalb dem Immunitätsschutz unterfallen würde, weil die konkrete Enteignung wohl immer durch einen entsprechenden Administrativakt umgesetzt werden müsste und obendrein entsprechender gerichtlicher Rechtsschutz im Nachhinein gewährleistet wäre. Das lässt sich mit Blick auf die Ratio der Konvention zum Immunitätsschutz bezweifeln. Ihr liegt die klassische Idee des *par in parem non habet imperium* zugrunde. Um ein „zu-Gericht-sitzen“ geht es bei einer Legislativenteignung aber gerade nicht. Die einzelnen Argumente zur Reichweite des gerichtlichen Immunitätsschutzes wurden intensiv zwischen Timor-Leste

und Australien im Verfahren [Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data](#) vor dem internationalen Gerichtshof ausgetauscht. Das Verfahren wurde allerdings ohne ein einschlägiges Urteil eingestellt (auch hierzu [Ruys, Immunity, Inviolability and Countermeasures - A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions](#)). Wenig hilfreich ist an dieser Stelle auch der naheliegende Verweis darauf, dass unabhängig von der Reichweite des Immunitätsschutzes Russland sich angesichts zwischenzeitlich gut dokumentierter Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht auf Immunität berufen könne. Der internationale Gerichtshof hat im Verfahren Deutschland gegen Italien explizit in Randnummer 100 seines [Urteils vom 3. Februar 2012](#) festgestellt, dass „[w]hether a state is entitled to immunity before the courts of another state is a question entirely separate from whether the international responsibility of that state is engaged and whether it has an obligation to make reparation“.

Damit bleibt die Frage, ob es einen übergeordneten, allgemeinen Immunitätsschutz für ausländisches Staatsvermögen gibt, der auch unabhängig von einem Gerichtsverfahren im Sinne der UN-Konvention greift. Das ließe sich unter dem allgemeinen Verweis auf Art 2 (1) UN-Charta und der dort niedergelegten souveränen Gleichheit der Staaten begründen. Allerdings fällt es schwer zu argumentieren, dass es einen speziellen Immunitätsschutz im Gerichtsverfahren völkerrechtlich geben muss, wenn denn doch schon ein ganz allgemeiner Immunitätsschutz unmittelbar aus Art. 2 (1) UN-Charta folgt. Vor diesem Hintergrund ist es überzeugender, nicht auf Immunität, sondern auf die Unverletzlichkeit von Staatsvermögen (*inviolability*) abzustellen. Hierfür spricht bereits, dass die Unverletzlichkeit des Vermögens regelmäßig in den Statuten bzw. Übereinkommen zu internationalen Organisationen festgelegt wird. Einschlägige Regelungen finden sich z.B. in Art. 1 Protokoll Nr. 7 AEUV zum Schutz des Eigentums der Europäischen Union, Art. 39 Protokoll Nr. 4 AEUV zum Statut des europäischen Zentralbanksystems und der EZB, Art. 26 (2) Protokoll Nr. 5 AEUV des Statuts der europäischen Investitionsbank oder Art. II, Section 3, Konvention über die Privilegien und Immunitäten der Vereinten Nationen. Insofern wird man gut argumentieren können, dass der völkergewohnheitsrechtliche Schutz des Eigentums vor entschädigungsloser Enteignung auch für Staatsvermögen gilt. In diesem Sinne heben z.B. Jennings/ Watts in ihrem „Op-

penheim's International Law" (9. Auflage, Vol. 1, Part 1, S. 364) hervor, dass der allgemeine völkerrechtliche Eigentumsschutz auch für Staatsvermögen gilt und insofern bei einer Enteignung unter anderem Entschädigung zu leisten ist.

Entschädigungslose Enteignung als countermeasure?

Wenn die Enteignung von Staatsvermögen aus Immunitätsgründen unzulässig ist oder zumindest nur im Einklang mit zu zahlender Entschädigung erfolgen kann, stellt sich die Frage, ob eine entschädigungslose Enteignung als Gegenmaßnahme (*countermeasure*) völkerrechtlich zulässig ist. Das früher als Repressalie bezeichnete Rechtsinstitut des *countermeasure* ist in Art. 49 der ILC Articles on State Responsibility niedergelegt. Nach dem dortigen Abs. 2 sind Gegenmaßnahmen zeitlich befristet nur möglich, solange die Nichtbeachtung des Völkerrechts durch den jeweils anderen Staat andauert („Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the state taking the measures towards the responsible state“). Das entspricht der in Art. 49 ILC Articles on State Responsibility insgesamt zum Ausdruck gebrachten Idee, dass *countermeasures* ausschließlich dazu dienen, den das Völkerrecht verletzenden Staat dazu zu zwingen, seine Völkerrechtsverletzung abzustellen. Die temporäre Beschlagnahme von Zentralbankvermögen kann hiernach gerechtfertigt werden. Die dauerhafte entschädigungslose Enteignung allerdings nicht. Eine entschädigungslose Enteignung von Staatsvermögen mit dem Ziel, dieses für den Wiederaufbau der Ukraine zu verwenden, wäre gerade durch ihre Endgültigkeit gekennzeichnet. Es ginge hier nicht mehr um einen temporären Zwang gegenüber Russland, seine Reparationspflichten gegenüber der Ukraine zu erfüllen. Überdies stellt sich ohnehin die im Einzelnen strittige Frage, ob Drittstaaten wie vorliegend die Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder die EU selbst Gegenmaßnahmen ergreifen dürfen, sofern ein anderer Staat – hier die Ukraine – von einer Völkerrechtsverletzung betroffen ist.

Keine entschädigungslose Enteignung staatlichen Vermögens zu Reparationszwecken

Auf russisches Staatsvermögen bezogen gibt es damit keine Möglichkeit, dieses einseitig entschädigungslos einzuziehen, um so den Wiederaufbau der Ukraine zu fi-

nanzieren. Es bestehen zwar keine Zweifel an der Verpflichtung Russlands zu Reparationsleistungen auf die Kriegsschäden in der Ukraine bezogen. Diese müssen allerdings im Einzelnen in einem geordneten Verfahren festgelegt werden. Dafür gibt es historische Vorbilder. Unmittelbar einschlägig wäre insofern ein Mechanismus, der durch die *Algiers Declaration vom 19. Januar 1981* auf die USA und den Iran bezogen vereinbart wurde. Im Kern einigten sich die beteiligten Staaten damals darauf, temporär beschlagnahmtes Staatsvermögen zur Verfügung zu stellen, um auf der Grundlage internationaler Schiedsgerichtsverfahren festgestellte Vermögensschäden im Konflikt zwischen den USA und Iran als Reparationsleistung zu kompensieren. Der Aufbau eines internationalen Schadensregisters, wie von der EU und der UN-Generalversammlung in einer *Resolution vom 15. November 2022* beschlossen, ist hier ein erster Schritt in die richtige Richtung.

Enteignung russisches Privatvermögen zu Reparationszwecken?

Es bleibt damit noch die Frage, ob sogenannte russische Oligarchen, deren Privatvermögen gegenwärtig bereits durch einschlägiges EU-Sanktionsrecht beschlagnahmt wurde, entschädigungslos enteignet werden können, um dieses Vermögen zum Wiederaufbau der Ukraine zu nutzen. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende Konfiskation immer eine direkte Enteignung wäre. Die Diskussion im internationalen Investitionsschutzrecht, ob und ggf. inwiefern auf der Grundlage des „Sole Effects“- bzw. „Proportionality“-Tests oder der „Police Powers“-Ausnahme (hierzu Reinisch/Schreuer, *International Protection of Investments, The Substantive Standards*, Rn. 389 ff., Rn. 470 ff., Rn. 705 ff.) eine entschädigungslose Vermögensbeeinträchtigung zulässig ist, greift daher nicht. Hier geht es ausschließlich um die Frage, ob eine indirekte Enteignung vorliegt oder nicht. Für die Konfiskation als immer direkte Enteignung ist diese Diskussion nicht einschlägig. Anders ist dies im Bereich des allgemeinen Menschenrechtsschutzes. Sofern eine mögliche Konfiskation durch einen EU-Rechtsakt oder durch entsprechende Umsetzungsmaßnahmen durch die EU-Mitgliedstaaten erfolgt, wäre die EU-Grundrechte-Charta einschlägig. Art. 17 (1) Grundrechte-Charta ist klar und eindeutig dahingehend formuliert, dass eine Enteignung nur möglich ist, wenn

unter anderem eine angemessene Entschädigung geleistet wird. Nicht ganz so eindeutig ist die europäische Menschenrechtskonvention. Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls der EMRK enthält keine explizite Entschädigungspflicht im Enteignungsfall. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat unter anderem in den Verfahren [Lithgow](#) (Rn. 116) und [Holy Monasteries](#) (Rn. 71) klargestellt, dass eine entschädigungslose Enteignung nur unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht kommt. Ob solche außergewöhnlichen Umstände im Falle russischen Privatvermögens, das in einem Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Mitgliedstaat des Europarates gelegen ist, vorliegen, ist zweifelhaft. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Pflicht zur Leistung von Reparationszahlungen als völkerrechtliche Pflicht den russischen Staat, nicht jedoch Individuen trifft. Reparationsleistungen zum Wiederaufbau der Ukraine haben eine völkerrechtliche Rechtsgrundlage im zwischenstaatlichen Verhältnis zur russischen Föderation. Wenn überhaupt, kann Privatvermögen russischer Staatsangehöriger damit nur herangezogen werden, wenn eine ganz enge Beziehung der entsprechenden Privatperson zum russischen Staat nachweisbar ist. Es muss insofern eine funktionale Gleichsetzung dahingehend möglich sein, dass auch die Privatperson für die staatliche russische Völkerrechtsverletzung in Form der Aggression gegenüber der Ukraine verantwortlich gemacht werden kann. Ein entsprechender Nachweis wird im Einzelfall kaum möglich sein. Davon unabhängig und hier nicht weiter

beleuchtet ist der Einzug von Privatvermögen im Zusammenhang mit Straftaten (hierzu Kokott, aaO, und Rath/Ruff, EuZW 2022, 692 ff.).

Ausblick

Bewaffnete Konflikte führen zu unsäglichem menschlichem Leid und immer auch zu ethisch-moralischen Ausnahmesituationen. Das gilt für die Zeit des andauernden Konfliktes und, mit Blick auf ethisch-moralische Dilemmata, auch für die Diskussion über die Zeit danach. Bei dem verständlichen Wunsch, den Aggressor zu bestrafen und zur Verantwortung zu ziehen, werden herkömmliche Bewertungsmaßstäbe schnell zurückgedrängt. Rechtsstaatliche Grundsätze habe es im Falle eines bewaffneten Konfliktes immer schwer. Das zeigt sich auch bei der politischen Forderung nach einer entschädigungslosen Enteignung russischer Vermögenswerte mit dem Ziel, diese für den Wiederaufbau der Ukraine zu nutzen. So einleuchtend diese Forderung auch erscheinen mag, bei nüchterner Betrachtung zeigen sich klare rechtsstaatliche Grenzen aus dem Völkerrecht und Europarecht, wenn es um die politische Forderung nach einer entschädigungslosen Enteignung im Zusammenhang mit Reparationsleistungen und dem Wiederaufbau der Ukraine geht. Man sollte die etablierten rechtsstaatlichen Standards, die hier zu beachten sind, nicht vorschnell über Bord werfen – erst recht nicht, wenn es gerade das Ziel des Aggressors ist, eben jene zu zerrütten.

Hannah Birkenkötter

On the Side of International Law

The General Assembly's Emergency Special Session on Ukraine

doi: 10.17176/20230224-185240-0



This Wednesday, the United Nations General Assembly resumed its [Emergency Special Session on Ukraine](#), amidst a turbulent week that witnessed [US President Biden's surprise trip to Kyiv](#), [Russian withdrawal from the New START Treaty](#), and [Chinese top diplomat Wang Yi's visit to Moscow](#), amongst other things. On Thursday, the [Assembly adopted resolution ES-11/6 \(draft here\)](#) with 141 votes in favor, seven against, 32 abstentions and 13 countries not voting. If the Russian aggression last year was a watershed moment for the United Nations, then the organ to watch these days is the General Assembly, and not the Security Council, as the Council is deadlocked, and any substantive action will be blocked by the Russian veto (there was [a session this week in the Council on the North Stream 2 explosions](#), with rather [questionable expertise](#), and another session will be held this Friday, but no outcome is expected). The General Assembly is thus the most important political body within the United Nations that can take action regarding the conflict in Ukraine and while it might not be able to prescribe coercive measures, its resolutions should not be considered less valuable for the assertion and evolution of international law – and member states should not be shy to emphasize this.

The Emergency Special Session was not legally required, but politically important

The Emergency Special Session of the General Assembly on Ukraine was first convened last year, following a deadlocked Security Council and [a veto by the Russian Federation on a Council draft resolution condemning Russia's aggression](#) in Ukraine. The Security Council, citing the “lack of unanimity of its permanent members [that] prevented it from exercising its primary responsibility for the maintenance of international peace and security”, [decided to convene this session, for the first time since 1982](#), when it [had requested an Emergency Special Session on the Golan Heights](#). It could do so because voting on the Security Council resolution referring the matter to the

General Assembly is considered a procedural vote, precluding the use of the veto.

Over the almost 80 years of the UN's existence, there have only been 11 Emergency Special Sessions, including the current one. Their legal basis is the famous “[Uniting for Peace](#)” resolution. Primary responsibility for international peace and security lies with the Security Council [according to the UN Charter](#), but the Uniting for Peace resolution provides that the General Assembly can step in “if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security”. Emergency Special Sessions were originally a means to convene the General Assembly when it was not in session. There was no procedural need to convene an Emergency Special Session on Ukraine – the General Assembly [could have addressed the matter by adding an agenda item to its then-ongoing 76th session](#) (the General Assembly is nowadays in session almost year-round). Neither is it necessary that the Security Council convene an emergency special session – such sessions can also be convened at the request of a UN member if a majority of member states support the request. But the fact that the Security Council explicitly acknowledged its failure to achieve agreement is politically significant, and so is convening an emergency special session: it highlights that this is an unusual matter for the General Assembly, not a routine item.

What the General Assembly can (and cannot) do

Since the Emergency Special Session was first convened on February 28, 2022, the General Assembly has adopted six resolutions (including yesterday's resolution). Some of these resolutions have had clear legal consequences, perhaps most notably the [resolution suspending Russia's membership rights in the Human Rights Council](#). Other resolutions have denounced Russia's aggression and recalled obligations under the UN Charter to refrain from the use of force, seek the peaceful settlement of disputes,

respect the territorial integrity and sovereignty of states, and respect international humanitarian law and international human rights law. All resolutions contain important statements on the illegality of Russian action: the General Assembly has [clearly stated that the referendums in Donetsk, Kherson, Luhansk, and Zaporizhzhia were illegal](#) and that the Russian Federation [must be held to account for any violations of international law in or against Ukraine, including through reparations](#). But what is the legal value of such resolutions?

It is well-known that the General Assembly “[may make recommendations to the Members of the United Nations](#)” whereas [decisions by the Security Council](#) are legally binding upon UN member states. It thus seems clear: while statements by the General Assembly are nice to have, they are not legally binding – unlike resolutions by the Security Council, which would have legally binding effect, but are not available due to the veto. This distinction seems both clear and immensely significant. But a closer look leaves a much blurrier picture. For one, the Security Council also adopts recommendations, and whether a resolution of the Security Council is a decision with legally binding force upon its members [needs to be determined in each individual case](#). Secondly, while the General Assembly is not able to *prescribe* coercive measures, it can *recommend* them – as Rebecca Barber has convincingly shown last year, this theoretically [includes recommending unilateral coercive measures, including sanctions, and arguably even the use of force](#). Lastly, even if the Council unequivocally takes a decision, it is not clear that such a decision would usher in significantly different consequences.

Let’s take the case at hand. The [very first resolution adopted by the General Assembly in its Emergency Special Session](#) took up almost by the letter the text of the draft resolution that had failed in the Security Council. The General Assembly did add several clauses, especially in the preambulatory part, and updated others, but incorporated the whole draft from the Security Council – with one important difference: whilst the [Security Council draft resolution](#) had aimed for the Council to *decide* that “the Russian Federation shall immediately cease its use of force against Ukraine and shall refrain from any further unlawful threat or use of force”, “that the Russian Federation shall immediately, completely, and unconditionally withdraw all of its military forces from the territory of Ukraine within its internationally recognized bor-

ders”, and that it “shall immediately and unconditionally reverse the decision related to the status of certain areas of Donetsk and Luhansk”, the General Assembly, lacking the competence to make binding decisions, *demand*ed these steps. Otherwise, the wording is identical. In fact, it is an affirmation of an already existing obligation of Russia to refrain from the use of force – an obligation that finds its source both in the UN Charter and in customary international law. Seen from that point of view, even if the Security Council had adopted the resolution instead of the General Assembly, it would not have created new obligations under international law, but rather have concretized already existing obligations. If that is so, then the only reason why we give a resolution of the Security Council more weight is some form of perceived greater authority of the Council. But it is at least questionable whether the primary responsibility to maintain international peace and security is sufficient to accord the Council such greater authority, especially in a case where it has failed to assume this responsibility and the residual responsibility in matters of peace and security of the world organization’s only plenary organ kicks in.

Of voting and politics at the General Assembly

While the legal value of a General Assembly resolution and a Security Council decision might thus be formally different, in practice, the difference between resolutions emanating from both organs is not so big. What matters, then, is *acceptance* of the resolutions coming out of the Emergency Special Session, and one important indicator here has been how member states have voted on the resolutions. There have been considerable differences: the first resolution deploring Russia’s aggression and demanding the withdrawal of Russian troops from Ukraine’s internationally recognized territory [received 141 affirmative votes, with only five votes against](#), and the [resolution declaring the so-called referendums in Donetsk, Luhansk, Kherson, and Zaporizhzhia illegal](#) even received [143 affirmative votes](#). In turn, only [93 member states voted in favor of suspending Russia’s membership rights in the Human Rights Council](#) and [94 member states approved](#) of the idea to [establish reparation mechanisms](#) – less than half of the UN’s membership. This has led commentators at the UN to assert that while “[the bulk of U.N. members have demonstrated sympathy for Ukraine, many want to avoid imposing concrete penalties on Russia through the General Assembly](#)”. If this is true, the General Assembly

is far from recommending coercive measures, even if this might be legally permissible.

Yesterday's resolution, titled "Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine" marks "one year into the full-scale invasion of Ukraine" (language that Belarus [had sought to remove from the draft](#), but failed). It reaffirms the General Assembly's commitment to the sovereignty, independence, and territorial integrity of Ukraine within its internationally recognized borders, and largely reiterates prior demands: that Russia withdraw its military forces from Ukrainian territory, full adherence to international humanitarian law and international human rights law, an immediate cessation of attacks on critical infrastructure, and the need for accountability and independent investigations. Nothing new then, one might think – and yet, the regular reiteration of core demands and statements affirming legal opinions not only of states but also of organs of international organizations is no small feat. Rather, it helps consolidate a legal stance – if supported by a broad coalition. This is precisely what Ukraine was seeking, [according to Foreign Minister of Ukraine Kuleba](#): a clear commitment to fundamental principles of the UN Charter, to "take the side of international law". Did Ukraine succeed?

A close look at the voting record and the debate paints a mixed picture. The resolution [was introduced by Ukraine and sponsored by a large coalition of various regional groups](#), with one important absence: only one country from the African group, comprising no less than 54 member states, appeared on the official sponsor's list of the resolution (Niger). The African Group was also largely absent from the Speaker's list during the debate: as far as this author is aware, only Tunisia delivered a formal statement, in which it emphasized the importance of dialogue. Several African states, including Nigeria, Angola, and South Africa, delivered statements explaining their votes, in which they voiced discontent with the negotiation process. Nigeria put on the record that, even if it was going to vote in favor of the resolution, it opposed specifically the clause on accountability, a matter it felt precluded constructive peace talks. South Africa, India, and China abstained, citing as the main reason that the resolution does not propose specific steps that would lead toward an end of the war.

Let's not forget about other parts of the UN system!

Despite the abovementioned reluctance of some parts of the General Assembly to fully endorse this week's resolution, the Emergency Special Session sends an important signal that large parts of the international community are supporting Ukraine and that very few states side with Russia in this war. It also serves as a reminder that the UN is more than just the Security Council. In fact, it is also more than the General Assembly. This blog post has focused on the General Assembly, but many other parts of the UN system are active in Ukraine. Many UN programmes and funds are active on the ground, providing humanitarian assistance, and the [Black Sea Grain Initiative](#) has secured food exports out of several Ukrainian ports, at least partly averting a global food crisis. The Human Rights Council established an [Independent International Commission of Inquiry on Ukraine](#), complementing the [Human Rights Monitoring Mission in Ukraine](#) which had been established in 2014. These mechanisms are crucial in securing evidence of human rights violations committed in the war. Only this week, the [Head of the Human Rights Monitoring Mission in Ukraine released data](#) according to which at least 8,000 non-combatants had been killed in the war (emphasizing that this is a rather conservative estimate and real numbers are likely much higher). The International Court of Justice, the UN's principal judicial organ, is seized in two cases, one case initially filed in 2017 on the [Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination](#), the other one filed immediately after Russia's aggression, on [Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide](#), in which [the Court ordered Russia](#) to "immediately suspend the military operations that it commenced on 24 February 2022 in the territory of Ukraine". And there remains the open question of [whether the General Assembly will endorse the establishment of a Special Tribunal](#) – this is one possible outcome of a further resumption of the Emergency Special Session. None of these steps have had, or are likely to have, an immediate effect on Russia's war in Ukraine. But they are all steps in reaffirming the current international legal order as one that holds the prohibition of the use of force in the highest regard. In the decentralized legal order that is international law, it matters less what formal value a

document has – what matters is the repeated assertion of legal principles in all venues and fora that are available.

Andreas Schüller

What Can('t) International Criminal Justice Deliver for Ukraine?

doi: 10.17176/20230224-185251-0



One year ago, Russia began its full-scale invasion of Ukraine, committing an act of aggression in violation of the UN Charter. Many more incidents of international crimes followed, adding to an already large number of unaddressed crimes going back to 2014 (see [here](#) for the Ukrainian Prosecutor General's Office statistics).

The reaction by European and North American states focused heavily on international criminal law to address and sanction violations of international humanitarian law and human rights law. In addition, and most visibly, there is an ongoing discussion about how to prosecute the crime of aggression, though one hears less frequently about the progress being made with regard to investigations into the other three core crimes under international law: war crimes, crimes against humanity and genocide.

While investigations are underway, the failures to pursue accountability for international crimes committed by Russia in the past still need to be addressed in this context. The international criminal justice sector, along with many governments, bear responsibility for their failures and selectivity in bringing high-level Russian superiors to justice prior to February 2022. In light of all this, conclusions must also be reached in the debate about an international special tribunal for the crime of aggression, which would perpetuate double standards in the implementation of international justice and thus undermine its legitimacy. Other pathways to prosecute the crime of aggression do exist.

The status of international investigations one year into the conflict

The initial weeks after the invasion were filled with almost daily announcements that another prosecutor's office had opened investigations into international crimes under the principle of universal jurisdiction (as one would wish for other conflict situations as well). This came in addition to states' referrals to the International Criminal

Court ("ICC"), which enabled the [Office of the Prosecutor](#) to start its investigation early on.

However, since then, authorities have been working in silence. It is less well known how the massive resources provided are being spent, what the targets of investigations are, and how states coordinate. This is no surprise, given the necessarily confidential nature of investigative work, especially at the outset of an investigation. Another open question concerns the relation of international investigations to domestic procedures in Ukraine, which have been [criticized](#) for failing international standards of prosecutions.

The basic approach of war crimes units acting under the principle of universal jurisdiction is to secure evidence that is directly accessible to them. So, we can assume that in countries like Germany, Sweden, Poland and many others, a significant number of witness statements have been formally secured through interviews by the competent investigating authorities. In addition, war crimes units will likely have received additional evidence from witnesses, such as pictures, videos and documents which they brought with them. Furthermore, open-source evidence is also available to war crimes units – as it is to everyone else – which they, along with NGOs, will have likely captured.

The next step, which has most likely not yet been taken by every war crimes unit, is to further select and investigate individual or systematic incidents, along with chains of command. This is where things start to get interesting, as these selections contain the strategic elements that indicate which kinds of cases and what level of perpetrator we could one day see in court – or at least served with an arrest warrant.

This strategic selection process needs coordination, for example by [Eurojust's EU Genocide Network](#), or through the joint investigation team composed of several states and the ICC, along with domestic Ukrainian authorities, victims' lawyers and NGOs. For war crimes units, it is important to know who else is investigating a par-

ticular individual case, a pattern of crimes, a specific location, such as Bucha, Kherson or Izyum, or certain suspects in key positions within the chain of command. Similarly, it would be important for NGOs to know these things as well, as they have their own strategic case selection process, and focus their efforts on analyzing patterns of crime and command chains, as well as on identifying where evidence is located for further investigations (see [here](#) for ECCHR's web dossier). The EU Genocide Network has begun to function as bridge in this regard, facilitating some direct exchange between NGOs and war crimes units.

A year after the full-scale invasion, we know that a lot of resources have been spent to secure evidence and to build cases at many levels. However, it is too early to know which cases will be prioritized by the war crimes units and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. The risk exists that, for legal or evidential reasons, crimes such as those against the environment, airstrikes or conflict-related sexual violence, continue to remain unaccounted for. Even if progress is being made, it is a balancing act to communicate this without revealing too much about the targets, as arrest warrants might be sealed for good reason.

The responsibility of the criminal justice sector

When looking at the status quo, one should not forget that international crimes have been committed in Ukraine since 2014. Moreover, Russian troops have been responsible for perpetrating international crimes over a much longer period of time and in many more places than just Ukraine, from Chechnya to Georgia to Syria. Similar observations can be made about the activities of Wagner group members and Chechen security forces. Some perpetrators might reappear in current Ukraine investigations, providing the chance to prosecute them for crimes committed in other conflicts as well.

Especially with regard to Chechnya, many opportunities were missed, as perpetrators traveled rather freely to the EU. Members of Chechen leader Kadyrov's inner circle even spent time at mixed martial arts fight events in Europe, for example, and posted pictures of their trips online (which had been reported to war crimes units at the time). Others came to carry out abductions of dissidents and return them to Chechnya, while in certain cases, some even perpetrated killings in the middle of European capitals, such as [Vienna](#) or [Berlin](#). The perpetrators of the

latter cases were prosecuted, but it remains unlikely that significant steps have been taken against those who ordered the assassinations. Over the years, it appeared as though Europe had not only become dependent on Russian energy, but also had a policy of avoiding the investigation of Russian or Chechen perpetrators, except for the henchmen who were caught after fatal incidents. The same policy seemed to be in place when it came to Russian crimes in Syria or even in Ukraine prior to 2022.

Regarding the latter situation, the focus was on the ICC, as it had jurisdiction after two ad hoc declarations had been made by Ukraine in 2014 and 2015. After years of preliminary examinations, the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court [decided](#) in 2020 to open investigations, while highlighting that more resources would be needed to do so.

Something new is needed? The debate on prosecuting aggression

The crime of aggression is a core crime under the Rome Statute, which criminalizes violations of one of the pillars of the UN Charter, the prohibition of the use of force. Since 2018, the ICC has the power to prosecute it. However, there is an exception with regard to this crime that does not pertain to the three other core crimes, as Article 15 bis (5) of the Rome Statute requires that the aggressor state also needs to be a party to the Rome Statute (or a UN Security Council referral, which is not a viable option in this situation) for the ICC to exercise its jurisdiction. Realistically, only after a regime change would an aggressor state potentially ratify the Rome Statute. On the other hand, technically, it would be quite easy to change the Statute within a matter of months, to delete this provision, and for the Office of the Prosecutor to apply it [retroactively](#). As a procedural change, this would be possible, as the crime of aggression has been defined in international law long before 2022, is under the ICC's jurisdiction since 2018 (as required by Art. 22 (1) of the Rome Statute) and Russian leadership was in a position to know that they were committing a crime under international law. It all depends on the political will of the 123 ICC state parties.

There's been much discussion about creating a special tribunal under international law through a majority vote of the UN General Assembly (or other models), with the possibility of in absentia trials. Without going into the details of what this could look like – there is no shortage

of [blogs](#) and [articles](#) which do so – the legitimacy of any new court created under international law would likely be fragile at best, if not non-existent, even if the UN General Assembly were to endorse it. Such a court would go down in history as a special court created for one specific situation, and not as one applicable to others, especially if it were to include in absentia trials at a time when a permanent international criminal court exists. The only way around the legitimacy question, particularly for states which themselves became victims of acts of aggression by more powerful states in the past – and this list is rather long – would be to find a majority in the ICC Assembly of States Parties to change the Rome Statute. Instead of a one-time-only special court, this would also equip the ICC with the jurisdiction to address similar future situations of crimes of aggression. Only such a step would stabilize the global legal order, instead of further fragmenting it by following the will of the more powerful states.

Certainly, Ukraine also has the right to prosecute the crime of aggression. However, even though Ukrainian law includes the crime of aggression, it falls short of the Rome Statute definition, especially of being a leadership crime. In addition, it would nevertheless be understand-

able if, considering the current circumstances of ongoing aggression against its territory, Ukraine itself is not in a position to prosecute the crime before its domestic courts in an independent and impartial manner. Thus, to support the country internationally, a hybrid Ukrainian-internationalized institution would be another option that bears legitimacy while avoiding double standards. This would be even more so the case, if all international core crimes would be included in such an institution, composed of international and Ukrainian staff. The fact that Russian leadership would enjoy immunity before a national court, demonstrates, on the other hand, the urgency to reform the Rome Statute.

Conclusion

We've come a long way, with many missed opportunities before 2022. There is a chance now to set a precedent for strengthening international criminal justice, domestic justice and international cooperation without delegitimizing it through the creation of special courts. There are many more conflicts that would benefit tremendously if international criminal justice progresses in an equal manner that is applicable to all situations.

Ahmed Ellaboudy

Anti-Terror Legislation and Property Rights in Egypt

How Counter-Terrorism Regimes Impinge on Property Rights and the Rule of Law

doi: 10.17176/20230203-113304-0



In January 2023, the Egyptian cabinet introduced a [new bill](#) for parliamentary discussion proposing the establishment of a new body to manage seized funds and assets confiscated by the state, including the seized assets of individuals and organizations legally designated as terrorists. In the midst of a severe [economic crisis](#), the bill allows the transfer of confiscated funds and assets from the public treasury to a new entity that would have the mandate to take any form of disposition regarding these assets. Although the scope of the new bill is not limited to funds and assets that are seized based on counter-terrorism regulations, the government's recent proposition presents the latest episode of Egypt's legal attempts to strip 'suspected' terrorists from their properties and exploit them profitably without providing the minimum threshold of procedural protection. The Egyptian case shows that counter-terrorism legislation could impose substantive restrictions on property rights hand-to-hand with extremely fragile procedural protections. Also, it sheds the light on the problematic "preventive" nature of counter-terrorism regulations, which vanishes criminal law safeguards and rule of law standards.

Countering terrorism in Egypt

Political conflicts that followed the 2011 Egyptian Revolution had overwhelmingly shaped the state's legal practice toward countering terrorism and its related preventive measures. In June 2013, President Morsi and his affiliated group, the Muslim Brotherhood (MB), were overthrown. Since then, the MB has been considered the main enemy of the newly established regime in Egypt, especially after several terrorist attacks had been linked to the Brotherhood. Consequently, significant developments within the arena of countering terrorism legislation have emerged. New legal definitions of terrorism of-

fenses have been approved that could be arguably characterized by vagueness, breadth, and overrepresentation of uncertain and less serious harms. Furthermore, the forfeiture of property and funds of suspected terrorists has been allowed based on an identity-based approach. Remarkably, accusations of terrorism are not only limited to MB members and supporters; rather, hundreds of political activists and civil society organizations were also accused of several terrorist acts. As a result, the state's interference in private property rights – in form of freezing funds and confiscating assets – has been expanded to unprecedented levels: New legal techniques were implemented and civil forfeiture procedures have been introduced for the first time within the Egyptian legal system.

The terrorist's lists and the lack of procedural protections

Terrorist Entities Law N.8 of 2015 and Anti-Terrorism Law N.94 of 2015 are the principal frameworks regulating legal counter-terrorism measures in Egypt. Both laws were enacted by presidential decrees in the absence of a sitting parliament. Interestingly, both statutes do not provide an explicit definition for the meaning of "terror" as a distinctive crime, but rather as a method of committing criminal acts. Still, new legal definitions have been introduced; such as "terrorist entities", "terrorists", and "terrorist crimes". The common characteristic between these new definitions was the adoption of ambiguous terminologies, including "disrupting public order" and "endangering the security of society", which can be interpreted subjectively.¹ Indeed, the adoption of rich language and "catch-all" terms allows preventive legal measures to be applied against those for whom the law was not intended.

Further, Law N.8 of 2015 created two lists – a list of Terrorist Entities and a list of Terrorists – that are to be

¹See: Fatemeh Alzubairi Colonialism, Neo-Colonialism, and Anti-Terrorism Law in the Arab World, Cambridge University Press, (2019), P.145-147.

prepared by the public prosecution. In keeping with the law, enlisting applications shall be presented by the Attorney General to the concerned court district backed by *the documents, investigations, or information* supporting the request. Such mere dependency on information and documents is relatively similar to the adopted approach within the UN counter-terrorist sanctions regime. According to the UN Security Council [Resolution 1735](#) (2006), when proposing names to the Sanctions Committee for inclusion on its list, states must provide specific information supporting their claims regarding that individual or entity, in addition to documents that support this information. Similarities also could be found in the fact that both systems do not provide any chance for concerned individuals or entities to be heard by the court (or the sanctions committee) *before* being included in terrorist lists.

One of the most significant implications of inclusion in any of the terrorist lists is the imposition of severe limitations on the private property rights of concerned individuals or entities. An immediate effect of the enlistment verdict is “freezing money or other assets owned by the terrorist, whether in full or in the form of a share in common property, the proceeds generated thereof, or directly or otherwise controlled by him/her, and the funds or other assets of the persons and entities which operates through him/her”. It must be noted that this massive expansion in the scope of property subject to restriction was not the initial approach when the law was enacted. The 2015 version of the Terrorist Entities Law limited the scope of funds that could be frozen as a result of enlistment verdict to only that “used in the exercise of his terrorist activities”, however, several amendments were brought to the law in 2020. Moreover, the law permits the Attorney General to issue a seizure order concerning funds or assets of individuals or entities who are not even included in the terrorist lists, if any *information or serious indicators* show a link between these funds and any terrorist activities.

Accordingly, it could be recognized that the Egyptian counter-terrorism regime does not require a substantial connection between frozen funds and terrorist activities. Instead, the fact that certain funds and assets merely belong to the *suspected* terrorist is a sufficient justification for imposing substantial restrictions on the privilege to use these properties and the power to transfer them. The

origins of this approach could be traced to the [US Patriot Act of 2001](#). In the USA, as Hamed Tofangsaz [describes](#), “what makes an asset forfeitable is not its use for the commission of a crime or its illegal origin, but its attachment to the terrorist-labelled identity”. Bearing in mind political conditions shaped the current counter-terrorism regulations in Egypt, it is not surprising that Egypt has favoured the adoption of such an approach which could be considered one of the most arbitrary forfeiture regimes in modern legal systems.

Preventive measures and the rule of law

The assumed preventive purpose behind current limitations on property rights included in Egypt’s Terrorist Entities Law reveals the problematic nature of legal preventive measures, which is deeply lacking conventional criminal law protections and rule of law standards. The law’s explanatory memorandum included that the main objective of the law is the establishment of a “*preventive mechanism*” (terrorist lists) in order to maintain the security and stability of the country, “*without allowing criminals to exploit existing loopholes in criminal laws*”. Unlike emergency regimes that allow the suspension or the limitation of several fundamental rights for temporary periods, counter-terrorism regimes have emerged as permanent legal tools within most contemporary legal systems. Therefore, counter-terrorism measures, *preventive or not*, must adhere to basic principles of constitutionalism and be subject to rule of law standards-based assessment. One simple meaning of constitutionalism “is the restriction of state power in the preservation of public peace”.² To do so, a set of concepts and principles, including the rule of law, must be integrated into the operative legal arrangements in order to prevent any despotic ambition. Andrew Ashworth and Lucia Zedner suggest that a starting point to curtail the abuse of preventive counter-terrorism provisions is the reassertion of the presumption of innocence. Further, the following restraining principles shall be considered: (a) the necessity principle; (b) the principle of sufficient substantiating evidence; (c) the right to a fair trial.³ These principles seem to be absent in the Egyptian counter-terrorism regime.

Starting with the aforementioned vague definitions of terrorist offenses (including those enacted on a preventi-

² Andrés Sajó, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press (1999), P.9.

³ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, Oxford University Press (2015), P195.

ve rationale), it's clear that no compliance with principles such as "maximum certainty of definition and fair labeling".⁴ As a result of such a practice, courts are no longer able to adjudicate suspected terrorists on particular wrongdoing, but rather on some broader conduct. Looking into the enlistment provisions and their related procedures, which argued to be seen as a preventive mechanism, shows the same conclusion. The necessity element has never been justified for imposing significant restrictions on all assets and funds belonging to a *suspected* terrorist, instead of limiting such restrictions on funds connected to terrorist activities. Moreover, the mere dependency on investigations and security information clearly infringes the principle of sufficient substantiating evidence. Also, the right to a fair trial, which includes elements such as the right to know on what grounds the measure is needed, is completely neglected. Terrorist Entities Law only provides the right to appeal enlistment verdicts before the Court of Cassation within 60 days of the date of its publication. In fact, providing such a judicial review process could be considered the only procedural protection mechanism within the entire enlistment system.

Remarkably, between 2015 and 2018, the Court of Cassation abolished several enlistment verdicts. Generally, the lack of objective evidence that makes enlistment verdicts permissible and legitimate was the main reason for these court decisions. The Court had asserted that the mere reliance on general and vague statements cannot allow the court to approve such decisions, rather, an enlistment verdict should include a detailed statement regarding the exact terrorist offenses that have been committed.⁵

The terrorist funds law and civil forfeiture model

As a predictable consequence, the Terrorist Funds Law N.22 was enacted in 2018, which introduced civil forfeiture procedures for the first time within the Egyptian legal system in order to regulate the legal procedures for the seizure of funds and assets of terrorists and terrorist organizations. According to this law, criminal courts have no jurisdiction in regard to reviewing requests for the seizure of funds, instead, the Civil Court for Urgent

Matters (CCUM) was designated as the competent court. In fact, this is the first time within the Egyptian legal system that seizure and forfeiture orders related to criminal activities are to be placed under the jurisdiction of civil courts. The law also established a judicial committee, appointed by the President of the Republic, which is responsible for undertaking the management and use of terrorist funds. In addition, the Committee is competent to take all relevant proceedings concerning the enforcement of judicial decisions which consider a person or entity to be a terrorist. Such judicial decisions are different from the enlistment verdicts issued under the Terrorist Entities Law N.8 of 2015 since they are not limited to individuals and/or entities whose being listed on terrorist lists. Instead, they extend to any individual or entity that the committee (established by this law) considered being a member of one of the terrorist organizations designated by a judicial decision.

To illustrate this point, in 2014, the CCUM has recognized the Muslim Brotherhood (MB) as a terrorist organization. Consequently, the judicial committee, established by the 2018 Terrorist Funds Law, has the competence to request the seizure of funds and assets of any of the MB members. Meanwhile, the committee has wide discretion regarding the materials which can rely on supporting its seizure requests. Documents, information, and security investigations could constitute a sufficient basis for considering an individual as a member of the MB, thus, allowing the forfeiture of his/her properties.

As stated in the law, the judicial committee shall submit a request to a judge *pro tempore* asking for the seizure of assets. Although the Supreme Constitutional Court (SCC) confirmed that "seizure procedures cannot be imposed based on an order, in the absence of the opponents, rather, through normal public judicial procedures, with all other legal guarantees"⁶, judges issue temporary injunctions approving the seizure request always *in absentia*. More importantly, once a ruling becomes final, the committee can ask the court for permission to transfer the confiscated assets to the public treasury. From a formalist point of view, these arrangements might be seen as compatible with the constitutional provision (Art.40) which states that "private confiscation is prohibited except ba-

⁴Ibid. P.114.

⁵Case N.3 of 2016 (terrorist entities), Court of Cassation, April 9, 2017.

⁶Case No.26 of the judicial year 12. On 5/10/1996.

sed on a court judgment”, while substantively, the application of the 2018 law presents grave risks in regard to fair trial procedures and allows an arbitrary deprivation of property rights.

Conclusion

Counter-terrorism regulations in Egypt have evolved and been applied to allow the deprivation or limitation of property rights in an identity-based approach rather than a wrongdoing-based assessment. The expansion of the scope of properties subject to limitations, the tendency to avoid procedural protection provided by criminal proce-

edings, and the absence of required substantive evidence for imposing restrictions are common features of legislative amendments and newly enacted laws. Furthermore, elements of a fair trial were clearly neglected, and the role of courts was deliberately reduced in favour of a judicial committee appointed by the executive power. Indeed, Egypt is a very informative case study to show several structural problems which could be identified within contemporary counter-terrorism regimes and its correlation with what has been claimed to be the rise of “the preventive state” or “the preventive turn” of criminal law, which needs to be discussed in more detail.

Rehan Abeyratne

Incremental but Significant

Hong Kong's Recent Transgender Rights Judgment

doi: 10.17176/20230217-233156-0



On 6 February 2023, the Court of Final Appeal (CFA) – Hong Kong's highest court – ruled in favor of two transgender applicants seeking to change the gender marker on their identification cards. The CFA held that the Hong Kong government's policy, which required applicants to undergo full sexual reassignment surgery (SRS) to change their gender markers, unconstitutionally infringed upon their right to privacy.

While obviously consequential – especially for the Region's transgender community – the judgment is not a surprise or a departure from previous judicial decisions in this area. Rather, it is doctrinally and strategically consistent with the CFA's LGBTQ jurisprudence, which proceeds incrementally and is highly attuned to the (ever-shrinking) political space in which Hong Kong courts operate.

Background and Ruling

A decade ago, the CFA issued a landmark judgment in *W v Registrar of Marriages*. It held that laws preventing a post-SRS transgender person from marrying her opposite gender partner violated her constitutional right to marry. Eschewing the normal proportionality analysis, the CFA held that this restriction violated “the very essence of the right”. In other words, it was such a serious rights violation that the government was not permitted to provide a justification. But the Court dampened the impact of this judgment through a creative remedy. It delayed the declaration of invalidity by 12 months to give the government a chance to amend the relevant laws to comply with the ruling. When the government failed to do so by the one-year deadline, the applicant (and those similarly situated) was permitted to marry opposite sex spouses.

The CFA further recommended a review of the existing legal framework on gender recognition. The government in response created [The Inter-departmental Working Group \(IWG\) on Gender Recognition](#) “to consider legislation and incidental administrative measures that may be required to protect the rights of transsexual

persons in Hong Kong in all legal contexts and to make such recommendations for reform as may be appropriate.” Despite setting out a [consultation paper](#) in 2017, the IWG has still not published a final report and the government has not legislated to protect the rights of transgender persons.

It is within this context that the CFA issued its recent ruling in *Q v Commissioner of Registration*. The applicants, Henry Tse and Q, are female to male transgender persons. Both suffered from gender dysphoria for which they received physical and psychological medical treatment. Their medical treatment included, among other things, long-term hormone therapy and irreversible mastectomies. Neither was willing to undergo a complete SRS, which would have required more invasive surgery.

The applicants officially changed their gender markers and names in the United Kingdom (UK). As UK citizens, they received new British passports reflecting their male identities and chosen male forenames. Both applicants then formally changed their names on their Hong Kong Identity Cards (HKIDs). But when they sought to change the gender markers on their HKIDs, the Commissioner of Registration rejected their applications. The Commissioner's decisions were based on the government's policy guidelines, which required a full SRS – removal of the uterus and ovaries and construction of a penis – to effectuate a “sex change from female to male.”

Tse and Q challenged this policy on the grounds that it violated their right to privacy under Article 14 of Hong Kong's Bill of Rights Ordinance. Specifically, they argued it was disproportionate for the government to require such invasive surgical procedures to change their gender markers. They provided medical evidence showing that these procedures were not necessary for many transgender persons (including the applicants), whose gender dysphoria had been effectively treated and who were already living in their chosen gender.

The CFA accepted the applicants' claim that the policy encroached upon their right to privacy. But unlike the

W judgment, where the CFA categorically ruled in favor of the applicant, the Court here followed its usual practice. It went through the proportionality analysis, which requires the government to justify its encroachment on fundamental rights in four steps. The first two steps require the government to establish legitimate aims and show a rational connection between those aims and the impugned policy. The applicants did not challenge the lower court's ruling that the government in this case had a legitimate aim ("to establish a fair, clear, certain, and objective administrative guideline") and that the policy was rationally connected thereto.

The judgment turned on the third step of the proportionality analysis: whether the restriction on applicants' right to privacy was "no more than necessary" to achieve the legitimate aim. Here, the Commissioner of Registration advanced three justifications: first, a full SRS was the only workable, bright-line rule; second, administrative problems would arise due to the "incongruence between the external physical appearance" of the applicant and gender marker if a different rule was adopted; and third, hormonal and psychiatric treatments were not "absolutely irreversible" such that if applicants were to stop the treatment, they might become pregnant and give birth.

The CFA rejected all three justifications, relying heavily on comparative analysis. On the question of line-drawing, the Court cited the European Court of Human Rights judgment in *AP, Garçon and Nicot v France* to conclude that medical treatment "should not be prescribed merely to promote administrative convenience or clarity." Rather, it should only be administered in the best interests of the patient. The CFA noted that many transgender persons in Hong Kong feel pressured to undergo intensive surgery to have their gender officially changed on the HKID. Such pressure, said the Court, is "objectionable in principle" and the adoption of the Commissioner's bright-line rule therefore "weighs significantly against the Policy".

The CFA proceeded to reject the Commissioner's argument that it would be unfeasible to adopt a different rule. The Court referred to the IWG on Gender Recognition [consultation paper](#), which listed more than twenty jurisdictions around the world that permit individuals to change the gender marker on identification documents upon the submission of medical evidence and documentation, but do not require complete SRS. The Court high-

lighted the UK's Gender Recognition Act 2004 that requires applicants to prove that they had gender dysphoria, lived with the acquired gender for at least two years, intend to continue living in the acquired gender until death, and to meet certain evidentiary requirements. It further stressed that the applicants were not asking for a minimal regime of self-certification to change gender markers. Rather, their claim, with which the Court agreed, was that less intrusive lines could be drawn and administered effectively.

On "external incongruence", the CFA determined that the government's policy exacerbated this problem. As the Court noted, transgender persons regularly experience the "violation of their dignity and invasion of their privacy" when they are asked to produce identity cards on which the stated gender does not match their outward appearance. Thus, the Commissioner's claim has it backwards: adopting a less stringent rule for changing gender markers would lessen, not worsen, the intrusion on the applicants' right to privacy.

Finally, as to the claim that the applicants had not irreversibly changed their gender, the CFA relied on medical experts to find that post-transition pregnancy is exceptionally rare. Hence, it would be "wholly disproportionate" to require the applicants to undergo a full SRS simply to avoid this contingency.

For these reasons, the CFA ruled against the government on step 3 of the proportionality test. It was not, therefore, necessary to rule on step 4, which asks whether a fair balance has been struck between the policy's societal benefits and the intrusion on individual rights. Nonetheless, the Court noted in obiter dicta that it would have ruled for the applicants here. It said, "[T]he societal benefits of the Policy are [...] at best relatively slim", while imposing an "unacceptably harsh burden on the individuals concerned."

The CFA, therefore, ruled in favor of the applicants, holding that the current policy violates their right to privacy under Article 14 of the Bill of Rights Ordinance. The Court added that while it is "not for the Court to re-write the Commissioner's policy", there are "various models and approaches" that the government might consider in reformulating the policy to bring into compliance with Article 14. Given its failure to respond to similar prodding in the W judgment, the government is unlikely to make any far-reaching changes to the existing framework on gender recognition.

The CFA's Progressive Recognition of LGBTQ Rights

The judgment in *Q v Commissioner of Registration* is a significant victory for Hong Kong's transgender community and an important step towards greater legal recognition of LGBTQ rights in the Region. As in *W*, the CFA's judgment was limited to the issues raised in the case. It did not, for instance, infer a broad right to gender recognition from constitutional rights to privacy and equality.

Such an incremental approach is in-keeping with the CFA's past judgments in this area. Consider two judgments related to the recognition of same-sex marriage. In *QT v Director of Immigration* (2018), the CFA ruled that a same-sex spouse of a Hong Kong resident was eligible for a dependent visa as the couple were married in the UK. It was irrational, the Court held, to treat lawfully married same-sex couples differently from heterosexual married couples. A year later, in *Leung Chun Kwong v Secretary of the Civil Service* (2019), the Court extended medical and tax benefits to the same-sex partner of a civil servant. Again, the couple had been married abroad (in New Zealand) and the Court ruled that the government must treat married couples equally. However, it stopped short of declaring that same-sex couples have the right to marry in Hong Kong. Lower courts have, in fact, [rejected](#) judicial review applications seeking recognition of same-sex marriage under Hong Kong's constitutional framework.

Still, the *Q* judgment may have broader implications. While *W* ruled that post-SRS transgender persons have the right to marry their opposite gender partners, it was silent as to the rights of individuals like *Q* and Tse, who received treatment for gender dysphoria but not a complete SRS. The *Q* judgment may broaden the right to mar-

ry to encompass them too. Meanwhile, a [lower court case](#) from 2018 involved a male-to-female transgender prisoner, who similarly had not undergone a full SRS. She alleged that male guards violated her right to equality by subjecting her to strip searches and other demeaning treatment. The lower court ruled against her, but the CFA in *Q* cited the facts of this case sympathetically to illustrate the challenges faced by transgender persons regardless of the gender listed on their identity cards. It is possible that, post-*Q*, courts may be more favorably disposed to such judicial review applications.

A Strategic Judgment in Turbulent Times

The CFA over the past decade or so has consistently, if narrowly, ruled to expand the constitutional rights of LGBTQ persons. This latest judgment fits within that trend and follows the *W* case in urging (but not requiring) the government to adopt comprehensive new laws or policies to remedy the remaining gaps. This suggests the Court has adopted a strategic approach. Hong Kong has a hybrid political system, which has become more authoritarian in recent years, especially since the passage of the [National Security Law](#) (NSL) in 2020. In this constrained environment, the CFA must tread carefully, especially when it rules on [national security](#) or other [politically sensitive matters](#).

LGBTQ rights had proved to be safe terrain for the CFA to develop a progressive constitutional jurisprudence. But was this still true after the passage of the NSL? The Court's judgment in *Q v Commissioner of Registration* – and the lack of political backlash so far – suggests that there is still room for it to proceed cautiously towards the fuller realization of these rights.

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 logo for Verfassungsblog, featuring the text 'Verfassungsblog' in white on a dark grey square background with a blue border.

Verfassungsblog

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.

The logo for Verfassungsblog debate, featuring the text 'Verfassungsblog debate' in white on a dark grey square background with a red border.

Verfassungsblog
debate

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.

The logo for Verfassungsblog pod, featuring the text 'Verfassungsblog pod' in white on a dark grey square background with a yellow border.

Verfassungsblog
pod

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.

The logo for Verfassungsblog editorial, featuring the text 'Verfassungsblog editorial' in white on a dark grey square background with a teal border.

Verfassungsblog
editorial

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](https://www.verfassungsblog.de/blatt).

We also have open access books available. Check them out at [Verfassungsblog.de/books](https://www.verfassungsblog.de/books).

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL