

04/2023

April

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20230526-142557-0](https://doi.org/10.17176/20230526-142557-0)

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/.

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Wahlrecht Electoral Law

Yannik Breuer, Jannik Klein
Wann ist das Wahlrecht klar genug? 581

Leo Müller
Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel 585

Klima & Umwelt Climate & Environment

Joachim Wieland
Klimakrise und Schuldenbremse 588

Lennart Laude, Nicolas Harding
Notkredite immer und überall?: Wie das Grundgesetz die Kreditaufnahme der Länder bremst 590

Franziska Johanna Albrecht
Viel Grau, wenig Grün: Was die Koalitionsbeschlüsse der Ampel für den Biodiversitätsschutz in Deutschland bedeuten könnten 593

Verschiedenes Miscellaneous

Ralf Michaels
Der Gesetzgeber ist zu weit gegangen: Der Beschluss des BVerfG zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen 596

Rosa-Lena Lauterbach
Nordrhein-Westfalens menschenunwürdige Taschengeldpraxis 601

Andreas Nitschke
Verfassungsfeindliches Verhalten im öffentlichen Dienst: Einzelfälle oder institutionelles Problem des Staates? Erkenntnisse der MEGAVO-Studie 604

Ulrike Lembke, Christoph Schuch
Anti-Antisemitismus qua Verfassung 607

Robin Hofmann
Cannabis-Legalisierung light in Deutschland: Triumph der Vernunft? 611

Europa Europe

Rechtsstaatlichkeit Rule of Law

Kim Lane Scheppele, John Morijn
Frozen: How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities 615

András Jakab
Wie die EU durch das Spitzenkandidatensystem ihre illiberalen Regime in Ungarn und Polen bekämpfen könnte 618

Digitales Digital

Hannah Ruschemeier
Squaring the Circle: ChatGPT and Data Protection 620

Christoph Krönke
Attention Is All You Need: ChatGPT und die DSGVO 623

Migration & Asyl Migration & Asylum

Mirko Forti
New Digital Gates for Fortress Europe? 629

Felix Peerbohm
Flexible Responsibility or the End of Asylum Law as We Know It? 632

Frankreich France

Zerah Bremond
Corporate Duty of Vigilance and Environment: Some Lessons Drawn from the EDF and the TotalEnergies Cases 635

Tim Wihl
Die Renten- als Demokratiedebatte: Zu den Entscheidungen des französischen Conseil Constitutionnel vom 14. April 2023 638

Thomas Perroud
A Conservative Constitutional Council Watching over a Conservative Constitution 642

Verschiedenes Miscellaneous

- Christian Heinze*
Die private Durchsetzung des Unionsrechts: Zur Einordnung der Diesel-Entscheidung C-100/21 in die Judikatur des EuGH 644
- Tomasz Tadeusz Koncewicz*
In Jerusalem my Heart wanted to Scream out: "I am Polin, too"... 650
- Anastasiia Vorobiova*
Education as Indoctrination: Mnemonic Constitutionalism and History Teaching in Russia 655
- Niall Coghlan*
If the EU Picks Baby Genes 658
- Aysegül Kars Kaynar*
Turkey's Envisioned Exit from Authoritarianism: May 14 Elections and Hopes for a Civilian Transition 662
- Rohan Sinha*
Short Detention, Long Shadow: The Ponsatí Case and the Scope of Parliamentary Immunity 665
- Peter van Elsuwege*
The Ukrainian Grain Imports Saga: A Cynical Example of Realpolitik 668
- Steffen Hindelang, Julia Nassl, Argha Kumar Jena*
Achmea Goes to Washington: How a US District Court Enforces EU Law 670
- Petra Sußner*
Intersectionality in Climate Litigation: The Case of KlimaSeniorinnen v. Switzerland at the ECtHR 673
- Lorin Wagner*
Investing Immobilized Russian Assets, Monetarizing the Common Foreign and Security Policy 677

Welt world

Taiwan Taiwan

- Chien-Huei Wu, Ching-Fu Lin*
Taiwan and the Myth of UN General Assembly Resolution 2758 679
- Ming-Sung Kuo*
Context Is Open to Interpretation, Too: A Response to Taiwan and the Myth of UN General Assembly Resolution 2758 684

Amerika Americas

- Jan Boesten*
Colombia, a Besieged Democracy with (New) Oligarchic Tendencies? 686
- Jaime Olaiz-Gonzalez, Daniel Torres-Checa, Sebastián Incháustegui*
Whispers of Change (Vol. II): Mexico's Ongoing Debate on the Unconstitutionality of Constitutional Amendments Intensifies 688
- Lena Koehn, Julia Nassl*
Judicial Backlash Against the Rights of Nature in Ecuador: The Constitutional Precedent of Los Cedros Disputed 691

| | |
|--|-----|
| <i>Anmol Jain</i> Rahul Gandhi's Disqualification and the Future of Political Opposition in India | 694 |
| <i>Kai Ambos</i> Humanizing Warfare as a Project of Power Politics and Colonial Exclusion: A Review Essay | 697 |
| <i>Karen C. Sokol</i> A Glimpse into More Equitable International Governance: The General Assembly's Request for an Advisory Opinion from the ICJ on State Climate Change Obligations | 706 |
| <i>Thoko Kaime, Isabelle Zundel</i> (No) News from East Africa: How Human Rights Defenders Should Address Homophobic and Transphobic Politicking | 709 |
| <i>Katherine C. Snow</i> Environmental Intelligence and the Need to Collect it | 712 |

Yannik Breuer, Jannik Klein

Wann ist das Wahlrecht klar genug?

doi: 10.17176/20230420-084530-0



Am gestrigen Dienstag verhandelte der Zweite Senat des BVerfG über die „kleine“ Wahlrechtsreform von 2020. Die mündliche Verhandlung wirft große Schatten voraus, weil mit einer grundlegenden Aussage zur Normenklarheit im Wahlrecht zu rechnen ist: Was muss der Wähler vom Wahlrecht verstehen? Allein das Grundgerüst der Wahl oder detaillierte Kenntnisse, wie genau ein Mandat entsteht und verrechnet wird? Gleicht das Wahlrecht bald nur noch einer mathematischen Formelsammlung? Das Urteil darf mit Spannung erwartet werden.

Wegweisende Entscheidung auch für das neue Wahlrecht

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

Schon die vorab veröffentlichte [Gliederung](#) überraschte mit umfänglichen Stichworten zu einem wahlrechtlichen Gebot der Normenklarheit sowie einem bis-

her unbekanntem Grundsatz der zeitlichen Stabilität des Wahlrechts. Die sechsstündige mündliche Verhandlung bot nicht nur – wie Berichterstatter Peter Müller formulierte – „schwere Kost“, sondern erweckte zugleich Spannung wie Vorfriede auf die wahrscheinlich anstehende mündliche Verhandlung zur „großen“ Wahlrechtsreform des Jahres 2023.³ Denn auch wenn das aktuelle Verfahren auf den ersten Blick irrelevant zu sein scheint, weil die regierende Ampel-Koalition mit der „großen“ Wahlrechtsreform die Regelungen der „kleinen“ überholt hat: auf den zweiten Blick könnte Karlsruhe mit dem Urteil Maßstäbe setzen, die auch auf die vor kurzem vom Bundestag beschlossene „große“ Wahlrechtsreform Anwendung finden. Und falls diese in Karlsruhe scheitert, könnte die „kleine“ Wahlrechtsreform doch noch durch die Hintertüre – zumindest vorerst – zum Zuge kommen.

Antragsteller wechseln die Seiten

Nachdem Grüne und FDP das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle am 1. Februar 2021 gemeinsam mit der Linken initiiert hatten, haben beide mittlerweile ihre Oppositionsrolle gegen die Regierungsrolle getauscht und gemeinsam mit der SPD am 17. März 2023 die „große“ Wahlrechtsreform im Bundestag beschlossen.⁴ Aus diesem Grunde haben jedenfalls Grüne und FDP kein Interesse mehr, das Normenkontrollverfahren weiter zu verfolgen. Einen diesbezüglichen Antrag auf Anordnung des Ruhens des Verfahrens vom 13. März 2023 hat das BVerfG jedoch mit Beschluss vom 22. März 2023 [abgelehnt](#). Zu Recht hat der Zweite Senat darauf verwiesen, dass wegen des auf der Grundlage dieses Wahlrechts gewählten

¹Fünfundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 14. November 2020 (BGBl I S. 2396).

²BVerfGE 159, 40.

³Nachdem das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (BT-Drs. 20/5370, 20/6015) am 17. März 2023 vom Bundestag beschlossen wurde (BT-Plenarprotokoll 20/92, 11050), soll es wahrscheinlich am 12. Mai 2023 im Bundesrat beraten und beschlossen sowie im Anschluss voraussichtlich im Juni vom Bundespräsidenten ausgefertigt werden (s. dazu [Der Spiegel v. 04.04.2023](#)). Sowohl die [CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag](#) als auch die [Bayerische Staatsregierung](#) haben angekündigt, danach ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle beim BVerfG einzuleiten.

⁴Dazu u.a. [Michl/Mittrop, Verfassungsblog v. 13.03.2023](#); [Volkman, Verfassungsblog v. 15.03.2023](#); [Grzeszick, Verfassungsblog v. 15.03.2023](#) und NVwZ 2023, 286.

20. Deutschen Bundestages, einer möglichen Wiederholung seiner Wahl in Teilen des Landes Berlin und des bereits fortgeschrittenen Verfahrensstadiums ein öffentliches Interesse an einer Fortführung des objektiven Verfahrens der abstrakten Normenkontrolle bestehe.⁵

Gebot der Normenklarheit im Wahlrecht?

Ausführlich ging es im ersten Teil der Verhandlung um die Bestimmtheit und Klarheit der angegriffenen Regelungen. Bereits in der Eilentscheidung führte das BVerfG – nach dem allgemeinen Verweis auf das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot hinreichender Bestimmtheit – zu dem hinreichenden Grad an Bestimmtheit im Bereich wahlrechtlicher Vorschriften aus: Normativ hänge das Bestimmtheitsgebot im Wahlrecht sowohl mit dem Demokratieprinzip als auch mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl zusammen.⁶ Aus diesen Überlegungen folgt für das BVerfG die Frage, ob es ein eigenständiges Gebot der Normenklarheit im Wahlrecht gebe. Dessen Abgrenzung zum Bestimmtheitsgebot, Inhalt und Grenzen sowie der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wurden in der Folge diskutiert.

Dabei spielte vielfach die Perspektive des Normadressaten eine Rolle. Zunächst differenzierte der Senat zwischen dem Normanwender – mit Blick auf die Bestimmtheit – und dem normunterworfenen Wähler – mit Blick auf die Normenklarheit. In Bezug auf den normunterworfenen Wähler wiederum wurde der Informationsgrad als Kriterium ventiliert: der durchschnittlich politisch interessierte, der sich mit der Materie vertieft beschäftigte oder der sogar fachkundig beratene Bürger. Hinsichtlich der normanwendenden Verwaltung wurde problematisiert, ob nicht geradezu ein „Herrschaftswissen“ vorausgesetzt werde.

Auf den Fall bezogen scheint das BVerfG wohl zu keiner Verletzung des Bestimmtheitsgebots zu tendieren. Insofern dürfte sich die Auslegung der Eilentscheidung bestätigen, als bis zu drei „Quasi-Überhangmandate“ aus der ersten Verteilung im Rahmen der Sitzzahlerhöhung nicht auszugleichen sind.⁷ Die von Sophie Schönberger

(Bevollmächtigte der Antragssteller) vorgebrachten unterschiedlichen Lesarten der Formulierung „bis zu einer Zahl von drei unberücksichtigt“ (insgesamt, pro Land oder pro Partei) in § 6 V 4 BWahlG überzeugen den Zweiten Senat offenbar eher nicht davon, dass insofern ein Mangel an Bestimmtheit vorliege.

Mit Blick auf die Normenklarheit lässt sich aus der mündlichen Verhandlung eine Tendenz ablesen. Denn auffällig ist, welchen Umfang das BVerfG der Diskussion zu einem eigenständigen Gebot der Normenklarheit im Wahlrecht einräumt. Schon in der Vergangenheit wies das BVerfG den Gesetzgeber auf die „im Wahlrecht in besonderem Maße gebotene Rechtsklarheit“⁸ hin und regte an, „das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen“⁹ Sowohl den Hinweis als auch die Anregung griff der Zweite Senat in der Eilentscheidung auf.¹⁰ Er führte dazu aus, dass „der Komplexitätsgrad der Vorschrift weiter gesteigert wurde“ und insofern in der Hauptsache zu prüfen sei, ob diese „den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine normklare und verständliche Grundlage für die Berechnung der Sitzzuteilung“ genüge.¹¹

Wann ist der „Kippunkt“ erreicht?

Mehrfach fragte der Zweite Senat nach einem möglichen „Kippunkt“ zwischen der notwendigen Komplexität wahlrechtlicher Normen und deren Verständlichkeit, der zu einer Verfassungswidrigkeit führen könnte. Der Sachverständige Martin Morlok beschrieb das Spannungsverhältnis anschaulich: „Komplexität kostet Klarheit“. Keiner der Verfahrensbeteiligten sah sich in der Lage, den dogmatisch (noch) nicht austarierten „Kippunkt“ zu bestimmen. Wenn sich die Tendenz bestätigt, dass das BVerfG von besonderen Anforderungen des Gebots der Normenklarheit im Wahlrecht ausgeht, dürfte sich der Zweite Senat in seinem Urteil umfassend damit beschäftigen, wie das Gebot dogmatisch verortet wird und wann ein Kippunkt erreicht ist. Denn bei den Gren-

⁵BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 22. März 2023, Az. 2 BvF 1/21, Rn. 10–13.

⁶BVerfGE 159, 40 (69 Rn. 83).

⁷BVerfGE 159, 40 (70 Rn. 85).

⁸BVerfGE 79, 161 (168).

⁹BVerfGE 121, 266 (316); 122, 304 (311).

¹⁰BVerfGE 159, 40 (76 Rn. 99).

¹¹BVerfGE 159, 40 (77 Rn. 100).

zen stellt sich tatsächlich die Frage: Muss der einzelne Wähler wirklich das Sitzzuteilungsverfahren in allen Details verstehen oder reicht die Kenntnis über dessen Grundaussagen aus?

Zudem wird sich das BVerfG zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ebenso zu verhalten haben wie zu (k)einem der Verwaltung: Wie weit reicht die vom BVerfG betonte Wahlfreiheit des Wahlsystems? Oder beschränkt sie sich nur auf eine Wahlrechtsfreiheit? Zur Systematisierung des Wahlrechts wurde eine Aufteilung in einen „Allgemeinen Teil“ (mit z.B. Legaldefinitionen, Grundaussagen für den Wähler) und einen „Besonderen Teil“ (mit z.B. detaillierten Berechnungsregeln) erwogen. Die komplexen mathematischen Beschreibungen durch Formeln zumindest zu ergänzen, wurde letztlich von niemandem empfohlen, illustriert aber die Offenheit, mit der sich das Gericht den in der Verhandlung stehenden Fragen gewidmet hat.

Rechtfertigung des Eingriffs in die Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Parteien

Im zweiten Verhandlungsteil stand die Gleichheit der Wahl und die Chancengleichheit der Parteien im Mittelpunkt. Nicht ausgeglichene Überhangmandate greifen sowohl in die Erfolgswertgleichheit als auch in die Chancengleichheit der Parteien ein; diese unbestrittene Feststellung hat das BVerfG schon in der Eilentscheidung getroffen.¹² Fraglich ist allein, inwieweit der Eingriff durch die mit der Wahl verfolgten Ziele gerechtfertigt werden kann. Die Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl ist dazu grundsätzlich hinreichend gewichtig. Problematisch könnte indes die Erforderlichkeit sein, weil als milderes Mittel der Ausgleich aller Überhangmandate in Betracht käme. Insofern wäre als weiteres gleichwertiges Verfassungsgut die „Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages“ denkbar.¹³ Dieses Argument liegt auch der „großen“ Wahlrechtsreform zugrunde, wurde in der jetzigen mündlichen Verhandlung allerdings nicht weiter thematisiert. Vielmehr drehte sich die Diskussion um die Auslegung der Norm in Bezug auf

die ausgleichslosen Überhangmandate, die verschiedenen Bezugsgrößen sowie die Möglichkeit des negativen Stimmgewichts.

Grundsatz der zeitlichen Stabilität des Wahlrechts?

In der Eilentscheidung wurde der zeitliche Aspekt des Wahlrechts nur am Rande erwähnt, weil er angesichts der näheren Prüfung im Hauptsacheverfahren dahinstehen konnte.¹⁴ Eine nähere Prüfung in der mündlichen Verhandlung wurde unter dem Gliederungspunkt des Grundsatzes der zeitlichen Stabilität des Wahlrechts angekündigt. In der Einleitung ging Vizepräsidentin Doris König noch relativ umfassend auf diesen Aspekt ein, indem sie den Grundsatz der zeitlichen Stabilität des Wahlrechts zwar als „sibyllinisch“ bezeichnete, aber immerhin auf die Möglichkeit verwies, das völkerrechtliche Soft Law der Venedig-Kommission könnte zu einem ungeschriebenen Grundsatz der Verfassung führen.¹⁵ In der Verhandlung verlief die Diskussion jedoch relativ kurz und überraschend ohne Nachfragen des Senats. Die Bevollmächtigten verneinten im Ergebnis einen verfassungsrechtlichen Grundsatz, lediglich Heinrich Lang (Bevollmächtigter der Bundesregierung) deutete ein verfassungsstaatliches Distanzgebot an, weil das Wahlrecht nah an einer Sache in eigener Entscheidung sei.

Neben der Perspektive, dass bei der Anwendung des Wahlrechts auf die kommende Wahl zum Deutschen Bundestag ein ausreichender zeitlicher Vorlauf gewahrt sein muss, damit sich die Parteien auf die möglichen Änderungen einstellen können, lässt sich jedoch auch ein anderer Blickwinkel einnehmen, der freilich weder in der mündlichen Verhandlung noch darüber hinaus bisher thematisiert wurde. Zeitliche Stabilität könnte auch in dem Sinne verstanden werden, dass ein über Jahrzehnte gefestigtes Wahlrecht – trotz Art. 38 III GG – vom einfachen Gesetzgeber nicht ohne Weiteres, sondern nur mit tragfähigen Gründen maßgeblich geändert werden darf. Denn andernfalls könnte der einfache Gesetzgeber – auch bei Beachtung der Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 I 1 GG – das Wahlrecht zu seinem politischen Vorteil aus-

¹²BVerfGE 159, 40 (73 Rn. 93).

¹³BVerfGE 159, 40 (75 Rn. 96).

¹⁴BVerfGE 159, 40 (77 Rn. 100).

¹⁵Nach Ziffer 63 des [Verhaltenskodex für Wahlen der Venedig-Kommission des Europarats](#) ist die „Stabilität des Rechts [...] ein wichtiges Element für die Glaubwürdigkeit des Wahlprozesses und selbst von wesentlicher Bedeutung für die Konsolidierung der Demokratie“. Dazu auch [Schorkopf, Verfassungsblog v. 24.03.2023](#), zur Wahlrechtsänderung mit einfacher Mehrheit und Forderung konstitutioneller Moral [Volkman, Verfassungsblog v. 16.01.2023](#)).

richten.

„Chaotische“ Rechtsfolgen und ein Ausblick

Zum Schluss wurden noch kurz die Rechtsfolgen eines erfolgreichen Verfahrens angesprochen. Während Sophie Schönberger von der Nichtigkeit der Regelungen ausgeht, weitere Folgen aber erst in einem Wahlprüfungsverfahren erwartet, sehen Bernd Grzeszick (Bevollmächtigter des Bundestages) und ihm zustimmend Heinrich Lang erhebliche Probleme auch schon in diesem Verfahren. Denn eine Nichtigkeit würde insbesondere Auswirkungen auf das anwendbare Wahlrecht für die im Raum stehende Teil-Wiederholungswahl im Land Berlin¹⁶ haben. Insofern könnte – entsprechend dem „Chaos-Argument“ – eine Situation entstehen, die noch verfassungsferner wäre als der aktuelle Zustand, sodass nur eine Unvereinbar-

keitserklärung anzunehmen wäre.

Zwar schloss Vizepräsidentin Doris König die mündliche Verhandlung mit den Worten, der Senat werde „intensiv nachdenken“. Gleichwohl dürfte mit einer Entscheidung noch im Spätsommer dieses Jahres zu rechnen sein, weil Berichterstatter Peter Müller Ende September als Richter ausscheidet. Die Tendenz des Zweiten Senats, ein Gebot der Normenklarheit im Wahlrecht dogmatisch zu entwickeln, lässt Grundlegendes erwarten und dürfte sich auch auf die „große“ Wahlrechtsreform auswirken. Denn ob dem durchschnittlichen Wähler klar und verständlich ist, dass es mit der Erststimme keine direkt gewählten Abgeordneten mehr gibt, sondern nur noch – bei hinreichender Zweitstimmendeckung – vorrangig zu berücksichtigende Wahlkreisbewerber, dürfte jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich sein.

¹⁶Der Deutsche Bundestag hat die Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses (BT-Drs. 20/4000) am 10. November 2022 angenommen (BT-Plenarprotokoll 20/66, 7672) und damit beschlossen, die Bundestagswahl vom 26. September 2021 in 431 Berliner Wahllokalen zu wiederholen. Gegen diesen Beschluss hat die CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag jedoch Wahlprüfungsbeschwerde vor dem BVerfG erhoben (Az. 2 BvC 4/23).

Leo Müller

Dünnes Eis für die 5%-Sperrklausel

doi: 10.17176/20230406-190218-0



Kaum war das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes am 17. März beschlossen, wurden die ersten Stimmen laut, die sich wahlweise der Verfassungswidrigkeit oder der Verfassungskonformität des neuen Wahlrechts überaus sicher zeigten. Während an der grundlegenden Umstellung des Wahlsystems, das künftig den Verhältniswahlelementen Vorrang einräumt, kaum ernsthafte verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, wird mit guten Gründen Anstoß genommen am Wegfall der Grundmandatsklausel – Lebensversicherung der CSU und Notnagel der Partei DIE LINKE. Plötzlich tritt ein bislang kaum sichtbares Spannungsfeld zwischen Grundmandatsklausel, 5%-Hürde und der Integrationsfunktion von Wahlen in regionaler Hinsicht zutage.

Integrationsfunktion der Wahl

Das Bundesverfassungsgericht hat der Wahl in der Vergangenheit mehrfach den Charakter „eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes“ beigemessen (zuletzt BVerfGE 154, 1/19 m.w.N.). Die verschiedenen gesellschaftlichen Strömungen aufzugreifen und ihnen im Parlament eine Stimme zu geben, darin liegt das Anliegen und der Wert des Integrationscharakters einer Wahl. Sie soll „Gravitationszentrum des demokratischen Verfassungsstaates“ (Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 94) sein und die Fliehkräfte der Gesellschaft einfangen durch integrative Repräsentation im Parlament. Mit anderen Worten: Alle sollen wissen, dass auch ihre Interessen im Parlament vertreten sind. Selbst (und gerade) der aufgebrachte Mob mit Mistgabeln und Fackeln.

Bei der Überprüfung des Wahlrechts erkennt das Bundesverfassungsgericht wohl an, dass der Gesetzgeber im Zuge der Ausgestaltung des Wahlrechts einen Ausgleich verschiedener Belange zu schaffen hat. Dazu gehören neben „dem Anliegen integrativer Repräsentanz“, also dem integrativen Charakter der Wahl, die „Funktionsfähigkeit des Parlaments“ sowie „die Gebote der Wahlrechtsgleichheit“ und „der Chancengleichheit der politischen Partei-

en“ (BVerfGE 95, 408/420). Seinen Prüfungsmaßstab beschränkt das Bundesverfassungsgericht auf die Kontrollüberlegung, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wahlrechts den jeweils verfolgten Zweck verfolgen durfte, ob die Ausgestaltung in dieser Form zur Erreichung des Ziels ungeeignet ist und ob es das Maß des Erforderlichen zur Zielerreichung überschreitet (BVerfGE 95, 408/420). Lange Rede, kurzer Sinn: Es führt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne echte Angemessenheitsprüfung durch.

5%-Sperrklausel im Lichte der Verfassungswirklichkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, sich bei der Ausgestaltung des Wahlrechts an der „politischen Wirklichkeit“ zu orientieren (BVerfGE 120, 82/107; E 95, 408/418 f. m.w.N.). Damit ist nicht gemeint, dass keine Änderungen am Wahlsystem vorgenommen werden dürften, die Auswirkungen auf das Wahlergebnis haben. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber kann das Koordinatensystem des Wahlrechts auf den Kopf stellen, wenn er denn möchte. Er muss allerdings anerkennen, dass die politische Realität ist wie sie ist und darf sich nicht die Augen zuhalten, während er neue Spielregeln erfindet. Und zur gegenwärtigen politischen Realität gehören eben auch die Wahlergebnisse der letzten Bundestagswahl aus dem Jahr 2021, bei der die CSU insgesamt 5,2% der Stimmen und 45 Direktmandate erzielte, die Partei die Linke nur 4,9% der Stimmen holte, aber immerhin drei Direktmandate erringen konnte. Nehmen wir nun an, die absolute Zahl der CSU-Stimmen bliebe gleich und die Wahlbeteiligung bundesweit stiege gleichzeitig spürbar an – eine nicht völlig abwegige Vorstellung. Die CSU würde unter die 5% rutschen, noch bevor beim politischen Aschermittwoch die nächste Maß erreicht wird. In der Konsequenz würden nicht einmal diejenigen Kandidatinnen und Kandidaten von CSU und DIE LINKE mit relativen Erststimmenmehrheiten in ihren jeweiligen Wahlkreisen in den Bundestag einziehen.

Ist die mit der Sperrklausel einhergehende Beschrän-

kung der Erfolgswertgleichheit der Stimmen damit noch gerechtfertigt? Der 2. Senat hat noch im Jahr 2017 in Bezug auf die Verfassungskonformität der Sperrklausel ausgeführt, diese sei zwar noch verfassungskonform. Anders könne die Bewertung aber ausfallen, „wenn der sperrklauselbedingte Ausfall an Stimmen einen Umfang erreichte, der die Integrationsfunktion der Wahl (vgl. BVerfGE 95, 408 [419] m.w.N.) beeinträchtigen würde.“ (BVerfGE 146, 327/355). Der Gesetzgeber hat also die Funktion der Wahl als Vorgang der „Integration der politischen Kräfte des gesamten Volkes“ zu verstehen und sicherzustellen (BVerfGE 146, 327/355). Er möge versuchen zu verhindern, dass sich „gewichtige Anliegen im Volk“ nicht in der Volksvertretung wiederfinden (BVerfGE 146, 327/355).

Regionale Dimension der integrativen Funktion von Wahlen

Politische Konfliktlinien verlaufen aber nicht immer regional gleichmäßig. Was für die Bayerin ein „gewichtiges Anliegen“ ist, muss noch lange keines für den Berliner sein. So entspricht es beispielsweise auch der politischen Praxis, dass Abgeordnete jedenfalls innerhalb der größeren Bundestagsfraktionen wiederum in Landesgruppen organisiert sind. Daran wird deutlich, dass sich politische Interessen auch innerhalb einer Fraktion regional gliedern lassen. Das „Gewicht“ eines Anliegens kann sich daher auch aus dem Umstand ergeben, dass es in bestimmten Regionen der Bundesrepublik mit Nachdruck verfolgt wird (in diesem Sinne auch BVerfGE 6, 84/96). Entscheiden sich Parteien dafür, die Anliegen einer einzelnen Region zur politischen Agenda zu erheben, **ist das ihr gutes Recht aus Art. 21 Abs. 1 GG** und zugleich Ausdruck ihrer programmatischen Freiheit.

Wenn es Parteien in einzelnen Ländern gelingt, regelmäßig Zweitstimmenergebnisse von über 10% zu erzielen, liegt darin ein Indiz für das Gewicht der verfolgten Anliegen – jedenfalls in diesen Regionen. Erkennt man an, dass Anliegen im Volk auch dann von Gewicht sein können, wenn darin das Interesse einer bestimmten Region zum Ausdruck kommt, gesteht man dem integrativen Charakter von Wahlen damit letztlich über die inhaltliche Dimension hinaus auch eine regionale Dimension zu. So klingt auch in der einschlägigen Rechtsprechung des Zweiten Senats wiederholt die „effektive Integration“ des Staatsvolks durch die Grundmandatsklausel an (BVerfGE

95, 408/421; 96, 264/279).

Das zuvor beschriebene Phänomen lässt sich in der bundesrepublikanischen Realität besonders bei den zwei eingangs erwähnten Parteien – der CSU und der Partei DIE LINKE – beobachten. So gelang es der CSU auch bei der letzten Bundestagswahl, mit 31,7% der Zweitstimmen als stärkste Partei in Bayern aus der Wahl hervorzugehen. DIE LINKE konnte in Berlin und Thüringen jeweils 11,4%, in Mecklenburg-Vorpommern 11,1% der abgegebenen Zweitstimmen auf sich vereinen. CSU und DIE LINKE sind daher – nicht ausschließlich, aber eben auch – als Parteien zu begreifen, durch die spezifische Interessen einzelner Regionen Deutschlands aufgegriffen werden. Dies gilt in besonderer Weise für die CSU, da sie ausschließlich im Freistaat Bayern antritt. Aber auch DIE LINKE darf man angesichts der bundesweit schwachen, regional aber sehr starken Wahlergebnisse als Partei verstehen, durch die Interessen einiger Länder besonders deutlich artikuliert werden. Dies gilt ähnlich auch für die AfD, die gegenwärtig allerdings nicht ernsthaft durch die 5%-Sperrhürde bedroht ist.

Der Wahlrechtsgesetzgeber ist also gehalten, den gewichtigen Anliegen dieser Regionen Rechnung zu tragen, indem er den beiden Parteien – und dadurch mittelbar den betroffenen Regionen – keine Steine in den Weg legt, sondern Regelungen schafft, die ihnen entgegenkommen. Zwar können die Wahlergebnisse und auch die Anliegen der betreffenden Regionen schon bei der nächsten Wahl andere sein. Das Wahlrecht ändert der Gesetzgeber aber vor dem Hintergrund der aktuellen politischen Verhältnisse und bewirkt damit jedenfalls keine Integration der genannten Regionen; er riskiert vielmehr ihre Ausgrenzung.

Zielsetzung des Gesetzgebers

Nun gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aber zu, dass es im Grundsatz bei ihm liegt, die verschiedenen Belange des Wahlrechts in einen Ausgleich zu bringen (s.o.). Nur dann, wenn unzulässige Ziele verfolgt werden, die Ausgestaltung zur Verfolgung der Ziele ungeeignet ist oder das Maß des Erforderlichen überschritten wird, greift das Gericht ein. Aber welches Ziel hat der Gesetzgeber nun verfolgt, als er sich bei der Reform des Bundeswahlgesetzes auf den letzten Metern für die Abschaffung der Grundmandatsklausel entschied? In der Gesetzesbegründung heißt es, die Beibehaltung der Grundmandatsklausel stelle im geänderten Wahlsystem

einen „Systembruch“ dar (BT-Drs. 20/6015, S. 12). Bei der Wahl in den Wahlkreisen gehe es nunmehr um die Besetzung der durch die Parteien mit den Zweitstimmen errungenen Sitze und nicht mehr um eine Personewahl (BT-Drs. 20/6015, S. 12). Demnach sei die Beibehaltung der Grundmandatsklausel verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen (BT-Drs. 20/6015, S. 12). Selbst in der schriftlichen Stellungnahme der von den Koalitionsfraktionen benannten Sachverständigen, auf die das neue Wahlsystem dem Grunde nach zurückgeht, findet dieses Argument allerdings keine Stütze. Dort heißt es zur Beibehaltung der 5%-Sperrklausel im Wortlaut: „Verfassungsrechtlich ist dieser Schritt unbestritten möglich, aber ebenso klar nicht geboten. [...] Die Grundmandatsklausel beizubehalten, ist für die Glaubwürdigkeit des Entwurfs [...] unabdingbar.“ (Schriftliche Stellungnahme v. Achenbach/Meinel/Möllers, S. 6).

Eine minimale systemische Abweichung vom Wahlsystem hätte die Beibehaltung der Grundmandatsklausel dargestellt. Aber war die Grundmandatsklausel nicht eigentlich schon immer ein Systembruch? Womöglich handelt es sich bei der Systemkonformität gar nicht um das tragende Argument. Und womöglich wurden die „Risiken und Nebenwirkungen“ nicht nur billigend in Kauf genommen, sondern gerade beabsichtigt. Sollte etwa das Motiv, sich der konkurrierenden Partei DIE LINKE zu entledigen und bei dieser Gelegenheit auch die CSU ins Schwitzen zu bringen, eine Rolle gespielt haben, sind dies

gewiss keine Ziele, die der Gesetzgeber des Bundeswahlgesetzes legitimerweise verfolgen darf.

Fazit

Da die Grundmandatsklausel als heilsames Korrektiv der Sperrklausel wirkte, dürfte unter ihr das Eis nun dünn werden. Wie dick das Eis noch ist, ob es bricht und ob die Sperrklausel dann „baden geht“, wird der 2. Senat wohl in Kürze entscheiden. Dabei wird er sich auch zur Grundmandatsklausel verhalten müssen. Ein Fremdkörper im Bundestagswahlrecht war die Grundmandatsklausel schon immer und ihre Beibehaltung ist gewiss nicht zwingend geboten. Verzichtet man aber auf sie, muss der Gesetzgeber einen anderen Modus schaffen, um die mit der 5%-Sperrklausel einhergehende Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit zu rechtfertigen und die integrative Funktion der Wahl sicherzustellen. Der Gesetzgeber könnte etwa Listenverbindungen vorsehen und es damit CDU und CSU anheimstellen, mit einer Listenverbindung die Gefahr einer Unterschreitung der 5%-Sperrklausel durch die CSU von vornherein auszuschließen. Der Partei DIE LINKE wäre damit freilich nicht geholfen. Die vorzugswürdige Alternative liegt darin, die Sperrklausel auf 4% oder 3% abzusenken. Wäre die Funktions- und Arbeitsfähigkeit des Bundestags dadurch gefährdet? Nicht wirklich.

Joachim Wieland

Klimakrise und Schuldenbremse

doi: 10.17176/20230421-204507-0



Klimaschutz kostet Geld, viel Geld. Klimaneutralität ist ein großangelegtes Investitionsprogramm. Legt man die konservativen Abschätzungen zu Grunde, die Boston Consulting und Prognos schon vor einigen Jahren für den Bundesverband der Deutschen Industrie erstellt haben, sind in Deutschland jährliche Investitionen von mindestens 75 Milliarden Euro notwendig, wenn bis 2050 Klimaneutralität erreicht werden soll. Je länger die notwendigen Investitionen hinausgeschoben werden, desto höhere Kosten werden sie verursachen. Die öffentliche Hand muss private Investitionen anreizen und selbst öffentliche Investitionen tätigen. Die Grundrechte und Art. 20a GG verpflichten sie zu sofortigem Handeln. Das können viele Länder und Kommunen aus ihren laufenden Einnahmen nicht finanzieren. Die Aufnahme von Krediten ist ihnen zwar durch die Schuldenbremse in Art. 109 Abs. 3 GG grundsätzlich verboten. Die Klimakrise erfüllt aber die Voraussetzungen einer außergewöhnlichen Notsituation, in der zur Sicherung der Handlungsfähigkeit des Staates die Aufnahme von Krediten erlaubt ist. Von dieser Möglichkeit wird jetzt auch im [Berliner Koalitionsvertrag](#) Gebrauch gemacht.

Die Länder sind damit in einer viel schwierigeren Lage als der Bund. Er darf nach Art. 115 Abs. 2 Satz 2 GG Kredite in Höhe von 0,35 vom 100 im Verhältnis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt aufnehmen, 2022 etwa 13,5 Milliarden Euro. Wenn ihm das nicht reicht, kann er sich durch eine Änderung des Grundgesetzes Handlungsspielraum verschaffen. So hat er jüngst Art. 87a GG um einen Abs. 1a ergänzt, der es dem Bund erlaubt, ein Sondervermögen für die Bundeswehr mit eigener Kreditermächtigung in Höhe von einmalig bis zu 100 Milliarden Euro zur Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit zu errichten. Der Ausweg der Verfassungsänderung ist den Ländern versperrt, weil der Bund ihnen anders als sich selbst in Art. 109 Abs. 3 GG ein vollständiges Verbot der Kreditaufnahme auferlegt hat. Die Ungleichbehandlung der Länder im Vergleich zum Bund lässt sich dogmatisch nicht erklären. Sie beruht auf einer politischen Willens-

entscheidung des Bundes.

Verfassungspflicht zum Klimaschutz

Ob die Länder den Finanzbedarf zur Krisenbekämpfung decken, steht nicht in ihrem politischen Ermessen. Vielmehr verpflichtet Art. 20a GG nach dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 Bund und Länder zum Klimaschutz und insbesondere zur Herstellung von Klimaneutralität. Die Grundrechte schützen als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminde- rungslast in die Zukunft. Der Schutzauftrag der Verfassung schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten. Die Schonung künftiger Freiheit verlangt, den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten.

Praktische Konkordanz

Zwischen den grundrechtlichen Verpflichtungen und der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse muss praktische Konkordanz hergestellt werden. Dafür lässt die Sonderregelung der Schuldenbremse für außergewöhnliche Notsituationen hinreichend Raum. Die Klimakrise, die gegenwärtig durch den Ukraine-Krieg und die akute Energiekrise in ihrer Wirkung als bedrohliche Störung der Wirtschafts- und Versorgungslage und exogener Schock verstärkt wird, begründen eine außergewöhnliche Notsituation. In dieser Situation dürfen die Länder ihre Handlungsfähigkeit ausnahmsweise durch die Aufnahme von Krediten sichern. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch lange andauernde Kreditbedarfe, wie sie etwa durch die Wiedervereinigung Deutschlands ausgelöst worden sind, die bewusst nicht über Steuererhöhungen, sondern durch Kreditaufnahmen in gewaltiger Höhe finanziert worden

ist, als außergewöhnliche Notsituationen im Sinne von Art. 109 Abs. 3 GG qualifiziert. Die aktuelle Krise entzieht sich der Kontrolle der Länder und beeinträchtigt deren Finanzlage erheblich.

Veranlassungszusammenhang

Durch Kredite finanziert werden dürfen Maßnahmen wie Klimaschutzinvestitionen, die zur Krisenbekämpfung geeignet und bestimmt sind (Veranlassungszusammenhang). Die Notwendigkeit und Angemessenheit der Kreditaufnahme zur Krisenbekämpfung, die zum Teil zusätzlich gefordert wären, sind auch gegeben. Zeitnahe Maßnahmen der Länder zur Bekämpfung der Klimakrise sind nach der Verfassungsrechtsprechung geboten und können nur durch Kredite finanziert werden. Die Kreditaufnahme ist auch angemessen, weil die finanziellen Lasten des Klimaschutzes zumindest auch von der gegenwärtigen Generation getragen werden müssen, die von den klimaschädlichen Handlungen profitiert hat und noch profitiert. Es gibt keinen Vorrang der Schuldenbremse vor dem verfassungsrechtlichen Gebot, die Klimakrise zeitnah zu bekämpfen. Ein solcher Vorrang lässt sich auch nicht mit der Verschonung künftiger Generationen von der Verpflichtung zur Rückzahlung jetzt aufgenommenen Kredite rechtfertigen. Die Belastung künftiger Generationen mit den Lasten, die sich aus einer Verzögerung der Bekämpfung der Klimakrise ergeben, würde in Zukunft zu einer verfassungswidrigen Einschränkung der grundrechtlichen Freiheit führen und widerspricht deshalb den Grundrechten. Der Grundrechtsschutz wird nicht nach Maßgabe der Finanzverfassung beschränkt. Vielmehr ist die Finanzverfassung Folgeverfassung. Sie muss grundrechtsorientiert interpretiert werden. Das ist gerade bei der Schuldenbremse ohne weiteres möglich, weil die

Handlungsfähigkeit der Länder durch die Ausnahme vom Verbot der Kreditaufnahme in außergewöhnlichen Notsituationen gewährleistet ist. Schulden des Staates lassen sich in überschaubarer Zeit zurückführen, wie die Reduzierung der Schuldenquote Deutschlands von über 80 Prozent 2013 auf weniger als 60 Prozent des Bruttoinlandsprodukts 2020 gezeigt hat.

Kippunkte

Wenn in der Klimakrise Kippunkte wie das Schmelzen des Eises im Südwesten Grönlands überschritten werden, wird der Meeresspiegel nach neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen stark steigen. Diese Entwicklung kann nie wieder rückgängig gemacht werden. Zur Verdeutlichung kann man Kippunkte in der Klimaentwicklung mit der Verfestigung des flüssigen Eiweißes beim Kochen eines Hühnereis vergleichen: So wie festes Hühnereis nie wieder flüssig werden kann, kann auch das Schmelzen der Gletscher Grönlands nie wieder rückgängig gemacht werden. Der Anstieg des Meeresspiegels wird auch in Deutschland über 3 Millionen Menschen in den Küstenländern wegen der unausweichlichen Überschwemmungen in Not bringen. Um das zu verhindern, müssen die Länder die Möglichkeiten zur Kreditaufnahme für die Finanzierung von Maßnahmen zur Bekämpfung der Klimakrise nutzen, die der Schutz der Grundrechte schon jetzt gebietet. Das ist mit der Schuldenbremse vereinbar. Die Länder dürfen und müssen von dem Spielraum Gebrauch machen, den die Verfassung für die Kreditaufnahme in einer außergewöhnlichen Notsituation eröffnet.

Transparenzhinweis: Der Autor hat die Bremische Bürgerschaft und den Finanzsenator der Freien Hansestadt Bremen in dieser Sache beraten.

Lennart Laude, Nicolas Harding

Notkredite immer und überall?

Wie das Grundgesetz die Kreditaufnahme der Länder bremst

doi: 10.17176/20230425-204455-0



Spätestens seit der Corona-Krise und den damit verbundenen Haushaltspaketen von Bazooka bis [Booster](#) scheinen großangelegte Investitionsprogramme zum (haushalts-)politischen Alltag zu gehören. Zur Bewältigung kostspieliger Aufgaben entdeckten zunächst der Bund und nunmehr die Länder neue Instrumente für sich, um sich trotz der bestehenden Schuldenbremse Zugang zu Krediten zu verschaffen. In zunehmender Häufigkeit geschieht dies durch die Feststellung von vermeintlichen Notsituationen. Einige Länder rechtfertigten die Neuaufnahme von Krediten mit dem Ukraine-Krieg, was jüngst vom Wissenschaftlichen Dienst des schleswig-holsteinischen Landtags [begutachtet](#) wurde. In den Koalitionsverhandlungen in Berlin kündigten CDU und SPD ihrerseits ein Sondervermögen „Klimaschutz, Resilienz und Transformation“ an, was ebenfalls aus [Notkrediten](#) finanziert werden soll. Während dem Bund von Verfassungen wegen – nicht zuletzt aufgrund der Möglichkeit, den Verfassungstext zu ändern – ein gewisser Spielraum bei der Aufnahme entsprechender Kredite zukommt, untersagt das Grundgesetz den Ländern ein solches Verhalten.

Etwas anderes gilt nur für den Fall außergewöhnlicher Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen. Letzte Woche ist auf diesem Blog ein [Beitrag von Joachim Wieland](#) erschienen, der die Ansicht vertritt, die Klimakrise sei eine derartige Ausnahmesituation. Auch wenn diese Auffassung vom Ergebnis her wünschenswert erscheint, ist die finanzverfassungsrechtliche Legitimität entsprechender Notkredite auf Landesebene zumindest zweifelhaft. Diese Zweifel sollen im Folgenden begründet werden.

Enges Korsett für Kreditaufnahmen der Länder

In Art. 109 Abs. 3 GG heißt es, dass die „Haushalte von Bund und Ländern [...] grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen“ sind. Art. 115 Abs. 2 S. 2 GG relativiert diesen Grundsatz für den Bund, indem er ihm eine Kreditaufnahme i.H.v. 0,35 vom Hundert im Verhält-

nis zum nominalen Bruttoinlandsprodukt gestattet. Eine Parallelvorschrift für die Bundesländer existiert nicht. Vielmehr bestimmt Art. 109 Abs. 3 Satz 5 GG verschärfend, dass der Schuldenbremse nur entsprochen wird, „wenn keine Einnahmen aus Krediten zugelassen werden“.

Außerdem hat der Bund – wie jüngst in Art. 87a Abs. 1a GG geschehen – die für sich genommen durchaus [fragwürdige](#) Möglichkeit, Sondervermögen in das Grundgesetz aufzunehmen und die strengen Voraussetzungen für die Aufnahme von Notkrediten zu umgehen. Für die Länder bleibt es indes bei der strengen Schuldenbremse, die ihnen zusätzliche Kreditaufnahmen grundsätzlich untersagt. Die Etablierung landesverfassungsrechtlicher Sondervermögen nach dem Vorbild des Bundeswehr-Sondervermögens scheitert an den Vorgaben des Art. 109 Abs. 3 GG, über die sich die Landesverfassungsgesetzgeber – anders als der Bund – nicht hinwegsetzen können.

Diese finanzverfassungsrechtliche Ungleichbehandlung erscheint auf den ersten Blick problematisch und ist nach Wieland dogmatisch nicht zu erklären. Soweit er betont, dass das auf einem politischen Willensentschluss des Bundes beruhe, ist dies nicht von der Hand zu weisen. Ein Verstoß gegen den über Art. 79 Abs. 3 GG im Bundesstaatsprinzip garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Bund und Ländern ist gleichwohl nicht auszumachen. Den Ländern bleibt die Möglichkeit, durch konjunkturbedingte Neuverschuldungen und Notkredite zu reagieren. Ein Anspruch auf Kostenerstattung bleibt erhalten und die Gestaltungsspielräume bei der Ausgabenentscheidung werden nicht in Frage gestellt. Autonomie ist stets Selbstbestimmung in den Grenzen des (Verfassungs-)Rechts. Dieses zieht den Ländern engere Grenzen – und verdeutlicht für sie damit auch das Ziel des Schutzes nachfolgender Generationen.

Die Annahme einer Notsituation als Ausweg

Wie gezeigt ist die Annahme einer Notsituation i.S.d. Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG damit der einzige Weg für die Länder,

die Schuldenbremse des Grundgesetzes zu durchbrechen. Prozedural fordern die Landesverfassungen – im Einklang mit dem Grundgesetz und regelmäßig flankiert von landesrechtlichen Vorschriften – einen Beschluss über die Annahme der haushaltsrechtlichen Notsituation sowie einen entsprechenden Tilgungsplan, der die Rückführung der oberhalb der Regelgrenzen liegenden Kreditaufnahme verbindlich regelt. Der Hessische Staatsgerichtshof hat in seiner Entscheidung zu den Corona-Sondervermögen des Landes Hessen dabei entschieden, dass die notsituativen Kreditermächtigungen auch die Errichtung landesrechtlicher Sondervermögen erfassen. Ist eine Notsituation in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht gegeben und wahren die Länder die prozeduralen Vorgaben von Grundgesetz und Landesverfassung, ist es ihnen mithin möglich, vom grundsätzlichen Verbot der Einnahmeerzielung aus Krediten abzuweichen. Diese Grenze greift auch bei der Errichtung kreditfinanzierter Sondervermögen.

Dabei stellt Art. 109 Abs. 2 S. 2 GG eine absolute, das heißt durch eine Summe im oder einen Anteil am Landeshaushalt konkretisierte Begrenzung für eine durch einen Notfall induzierte, ausnahmsweise Erzielung von Einnahmen aus Krediten auf. Ausnahmeregelungen werden im Falle von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Notsituationen zugelassen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen. Von dieser Ausnahmemöglichkeit wurde in Art. 115 GG für den Bund und korrespondierend in den Landesverfassungen Gebrauch gemacht.

Schon die verfassungsrechtliche Verankerung als Ausnahmeregelung zeigt, dass Notkredite keinesfalls als Instrument zur Bewältigung staatlicher Daueraufgaben genutzt werden können. Als außergewöhnliche Notsituationen wurden bisher u.a. schwere Unglücksfälle (vgl. Art. 35 Abs. 2 und 3 GG), plötzliche Beeinträchtigungen der Wirtschaftsabläufe durch exogene Schocks und schließlich auch Ereignisse von positiver historischer Tragweite wie die deutsche Wiedervereinigung verstanden. Wie diese Beispiele zeigen, muss das Ereignis außerhalb der unmittelbaren Kontrolle von Bund und Ländern liegen.

Klimaschutz als Daueraufgabe

Bereits an dieser Stelle erscheint es kaum zu rechtfertigen, Klimaschutz ausgaben als durch eine Notsituation bedingt einzuordnen. Angesichts des nunmehr seit Jahrzehnten bekannten Problems und der wissenschaft-

lich fundierten Untersuchungen handelt es sich um eine schleichende Krise und nicht um ein plötzliches Ereignis. Auch geht es bei den in Rede stehenden Krediten gerade darum, den bestehenden staatlichen Einfluss zur Bekämpfung des menschengemachten Klimawandels zu nutzen. Eine Einordnung dieses auch durch staatliche Untätigkeit verursachten Zustands als plötzliche Notsituation käme einer partiellen Negierung dieser staatlichen Rolle gleich.

Die notwendig restriktive Interpretation von Notsituationen wird aber durch den Vergleich zu der Konjunkturkomponente in Art. 115 Abs. 2 Satz 3 GG nochmals verdeutlicht: Demnach sind konjunkturelle Entwicklungen regelmäßig durch Ausgleich zwischen Phasen von Auf- und Abschwung nach dem Symmetriegebot zu bewältigen. Länger anhaltende, negative konjunkturelle Entwicklungen – auch wenn möglicherweise initial durch eine Notlage angestoßen – sind auf der Grundlage der Konjunkturklausel zu bewältigen und können nicht die Aufnahme von Notkrediten rechtfertigen. Dem Verfassungsrecht lässt sich hier eine temporäre Differenzierung in eher kurzfristige Notsituationen mit akutem Finanzbedarf und regulär zu bewältigenden Daueraufgaben entnehmen.

Auch Joachim Wieland weist in seinem Beitrag darauf hin, dass bis zum Jahr 2050 jährlich milliardenschwere Investitionen in den Klimaschutz nötig seien. Deutlich ist, dass es sich dabei um eine langfristige Aufgabe handelt, die große Anstrengungen auch in der Bereitstellung adäquater Haushaltsmittel erfordern wird. Die Kontinuität dieser Aufgabe bildet damit ein wesentliches Argument gegen die Einordnung als außergewöhnliche Notsituation im Sinne des Grundgesetzes. In Konsequenz wäre Bund und Ländern anderenfalls für die nächsten Jahrzehnte der Weg für ein dauerhaftes Wirtschaften in der vermeintlich außergewöhnlichen Notsituation möglich. Nachdem bereits für die Corona-Krise und sodann für den Ukraine-Krieg haushälterische Notlagen angenommen wurden, würde mit einer derart extensiven Interpretation der Notzustand perpetuiert. In Zeiten multipler Krisen sind große (finanzielle) Herausforderungen für den Staat zum Normalzustand geworden. Dieser Zustand muss auch bei der Interpretation des verfassungsrechtlichen Rahmens beachtet werden.

Länder auf Abwegen

Die Pläne der Länder Berlin und Schleswig-Holstein sind demnach als Überinterpretation des verfassungsrechtlich gewährleisteten Ausnahmetatbestands zu qualifizieren. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer **Eilentscheidung** zur Umwidmung von Kreditermächtigungen im Bundeshaushalt angedeutet, dass die Befugnis zur Notlagenverschuldung vom Vorliegen eines unmittelbaren Veranlassungszusammenhangs abhängen dürfte. Entnimmt man diesem Zusammenhang sowohl eine zeitliche als auch eine sachliche Komponente, erscheint es nach dem zuvor Gesagten schwer vertretbar, hinsichtlich der Langzeitaufgabe Klimaschutz einen solchen Konnex zu bejahen, der das Abweichen vom Grundsatz der verbotenen Nettoneuverschuldung rechtfertigt. Gleiches gilt mit Blick auf die vom Kieler Landtag beschlossene Erhöhung des Ukraine-Notkredits, was auch vom Wissenschaftlichen Dienst des Landtags in Schleswig-Holstein moniert wurde. Dass sich die Länder dabei entschlossen haben, auf die verfassungsrechtlich umstrittene Rechtsfigur von Sondervermögen zurückzugreifen, ändert daran nichts. Im Einklang mit dem Hessischen Staatsgerichtshof hat das BVerfG unter Verweis auf die Hauptsacheentscheidung und mit Blick auf den Wortlaut des Art. 109 Abs. 3 GG sowie eine drohende Umgehungsgefahr angedeutet, dass auch unselbstständige Nebenhaushalte dem engen Korsett der Schuldenbremse zu unterwerfen sein dürften.

Ein Weg zurück in die haushälterische Normalität

Eine Entscheidung zur Auflockerung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für Kreditaufnahmen und kreditfinanzierte Sondervermögen in den Ländern ist durchaus möglich. Sie ist aber durch den verfassungsändernden Gesetzgeber zu treffen. Anderenfalls dürfen auch hehre politische Ziele nicht dazu genutzt werden, bestehende verfassungsrechtliche Vorgaben auszuhebeln. Dies kann nicht nur zu – potenziell ebenfalls irreversiblen – Belastungen des Haushalts für zukünftig Generationen führen. Zugleich würde ein Abschleifen der Anforderungen an Notkredite Bund und Länder ein dauerhaftes Operieren in einer finanzverfassungsrechtlichen Notlage als neue Normalität ermöglichen. Die Schuldenbremse würde zum zahnlosen Tiger.

Bund und Länder müssen Wege finden, zeitnah in den Klimaschutz zu investieren. Ein zögerliches Abwarten würde irreversible Schäden nach sich ziehen und den langfristigen Finanzbedarf weiter erhöhen. Die Lösung sollte aber nicht in der kreativen Entwicklung vermeintlicher Notsituationen und kurzfristigen Schaffung neuer Sondervermögen gesucht werden. Vielmehr ist durch die Bereitstellung dauerhafter Haushaltspositionen eine planbare Erfüllung von Daueraufgaben sicherzustellen. Der Plan, dafür auf verfassungswidrige Notkredite und Sondervermögen zurückzugreifen, kann nur als Hilfeschrei der Länder interpretiert werden.

Franziska Johanna Albrecht

Viel Grau, wenig Grün

Was die Koalitionsbeschlüsse der Ampel für den Biodiversitätsschutz in Deutschland bedeuten könnten

doi: 10.17176/20230406-190259-0



Wer Glück hat, kann im Frühling in Berliner Hinterhöfen oder Parks eine Nachtigall singen hören. Die zierlichen Vögel sind nur 16 cm lang, schaffen es aber mit ihrer Stimmgewalt mitunter, sogar den Großstadtlärm zu übertönen. Nach den schier endlosen Verhandlungen der Koalitionsparteien war am Dienstagabend vergangener Woche ebenfalls viel Lärm zu hören – und vielleicht, bei genauem Hinhören, auch ein bisschen Nachtigall.

Unüberhörbar der klimapolitische Lärm: Die „Weiterentwicklung“ des Klimaschutzgesetzes (KSG), wie sie das [Ergebnispapier des Koalitionsausschusses](#) beschreibt, entpuppt sich als empfindliche Schwächung des zentralen Mechanismus der deutschen Klimaschutzarchitektur (dazu [hier](#)). Auch die Festschreibung eines „überragenden öffentlichen Interesses“ zur Beschleunigung zahlreicher Autobahnprojekte wird von den Umweltverbänden scharf kritisiert – ein paar PV-Anlagen am Straßenrand und eFuels-Förderung werden diese nicht klimaneutral machen. Beschleunigt werden soll aber auch im Bereich des Naturschutzes. Allerdings ist fragwürdig, ob mit den vorgeschlagenen Maßnahmen nur das Tempo bei der Umsetzung verschiedener Infrastrukturvorhaben auf Kosten der Natur erhöht wird, oder ob damit – wie auf dem Papier angestrebt – auch eine echte Effektivierung des Naturschutzes einhergehen kann. Bislang setzen die Reformvorschläge der Koalition auf möglichst wenig Konfrontation mit konkurrierenden Flächenansprüchen – damit wird sich ein effektiver Schutz der Biodiversität nicht erreichen lassen.

Natürlicher Klimaschutz und biologische Vielfalt

Insgesamt enthalten die geplanten Änderungen des Klimaschutzgesetzes wenig gute Nachrichten für den Naturschutz. Wir erinnern uns an den Text des [Koalitionsvertrages](#): „Wir wollen die Biologische Vielfalt schützen und verbessern, ihre nachhaltige Nutzung sichern und die Potenziale natürlichen Klimaschutzes nutzen“ (S. 36 f.). In den Reformvorschlägen werden unter Punkt 4 immerhin

die [natürlichen Treibhausgasenken](#) beiläufig erwähnt, in einem Atemzug mit technischen Senken wie Bioenergie mit CO₂-Abscheidung und -Speicherung (BECCS) oder direkte CO₂-Abscheidung aus der Luft und anschließende Speicherung (DACCS). Besonders BECCS steht aber in einem Spannungsfeld mit der Idee, Klima- und Biodiversitätsschutz zu verknüpfen. Das Rohmaterial für die Bioenergie mit CO₂-Abscheidung und -Speicherung muss allerdings irgendwo herkommen. Bislang stammt es allzu oft aus dem intensiven Anbau von Energiepflanzen. Dieser Anbau verschärft eher [bestehende Flächenkonkurrenzen](#) und erfordert in vielen Fällen den Einsatz von Pestiziden und Kunstdünger.

Die Förderung natürlicher Senken, wie im [Ergebnispapier](#) beabsichtigt, ist hingegen zu befürworten, weil hier das Potenzial für vielfältige Synergieeffekte besteht. Der Schutz und die Wiederherstellung von Ökosystemen mit hohem Potenzial zur Kohlenstoffspeicherung wie Mooren, Wäldern, Grünland oder Seegraswiesen wirkt sich nicht nur positiv auf die Treibhausbilanz und damit die Erreichung der Ziele aus § 3a KSG aus, sondern kommt auch der Biodiversität zugute. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Ökosysteme bereits schweren Beeinträchtigungen ausgesetzt sind.

Der Zustand der Wälder in Deutschland ist [besorgniserregend](#). Der überwiegende Teil der ursprünglich vorhandenen [Moorflächen](#) ist degradiert und steht unter landwirtschaftlicher oder anderweitiger Nutzung. Selbst wenn es gelänge, großflächig und zeitnah Beeinträchtigungen durch Übernutzung, [Zerschneidung](#), [Drainage](#), [Nährstoff-](#) und [Pestizideintrag](#) in und um diese wertvollen natürlichen Senken einzudämmen, blieben die eskalierenden Folgen des voranschreitenden Klimawandels: Die [seit 2018 herrschende Dürre](#), Extremwetterereignisse, Veränderungen von Temperatur- und Niederschlagsmustern sowie bereits erkennbare und erwartbare Veränderungen der Artenzusammensetzung und ökosystemarer Beziehungen. Das Phänomen des Biodiversitätsver-

lustes zeichnet sich gerade nicht durch einen monokausalen Ursachen-Wirkungszusammenhang aus, sondern wird durch den kumulativen Effekt einer Vielzahl an Faktoren verursacht.

Umgekehrt bedeutet das aber: Effektiver Klimaschutz ist auch zwingende Voraussetzung für effektiven Biodiversitätsschutz. Die nun vorgelegten Ergebnisse des Koalitionsausschusses tragen dem Erkenntnisstand nicht Rechnung. Das am 29. März durch das Kabinett verabschiedete [Aktionsprogramm Natürlicher Klimaschutz \(ANK\)](#) ist ein erster Schritt, muss aber nun auch rasch und verbindlich umgesetzt werden. Dafür müssen insbesondere auch die rechtlichen Weichen für effektive Renaturierung gestellt werden.

Effektivierung des Naturschutzes durch Stärkung der grünen Infrastruktur?

Bis hierhin warten die Beschlüsse des Koalitionsausschusses also überwiegend mit Lärm auf. Wo bleibt die Nachtigall? Die Beschlüsse sehen unter Punkt III eine „Beschleunigung und Effektivierung des Naturschutzes“ vor. Wir lauschen: Robert Habeck [spricht bei Markus Lanz](#) von „Umweltpfützen“, denen er große „Naturnetze“ gegenüberstellt. Umwelt- und Naturschutzvorhaben sollen in Zukunft insbesondere mit Blick auf Ausgleichsflächen vernetzt gedacht werden. Wenn das geschickt umgesetzt wird, könnten damit tatsächlich der Nutzungskonflikt zwischen Naturschutz und dem Ausbau der für die Klimatransformation nötigen Infrastruktur entschärft und großräumig arrondierte Gebiete geschaffen werden. „Grüne Infrastruktur“ als Pendant zur grauen. Die Idee großräumig vernetzten flächenbezogenen Naturschutzes ist nicht neu, sie liegt unter anderem der Schaffung des Netzwerkes „Natura 2000“ durch die [FFH-RL](#) und dem [Bundskonzept Grüne Infrastruktur](#) zugrunde und bedeutet, den Naturschutz neu und ganzheitlich zu denken. Bislang hapert es allerdings an der Umsetzung. Ein Blick auf die [Karte](#) zeigt, wie kleinräumig zerstückelt und wenig kohärent das Netzwerk Natura 2000 in weiten Teilen Deutschlands ist. Hinzu kommt, dass Schutzgebiete [häufig unzureichend erhalten und bewirtschaftet](#), und in der Sache übernutzt werden. Das liegt sowohl an mangelnder rechtlicher Sicherung und zahlreichen Ausnahmemöglichkeiten als auch an fehlenden finanziellen und personellen Mitteln der Naturschutzverwaltung. Für die Biodiversität in Deutschland hat das negative Folgen. Nach-

tigallen mögen sich auch in der Großstadt wohlfühlen; aber viele Arten benötigen große, zusammenhängende und möglichst unbeeinträchtigte Rückzugsgebiete und – erst recht unter den Bedingungen der Klimakrise – auch die Möglichkeit zu wandern.

Insofern ist es sehr zu begrüßen, dass die Koalition sich dieses Problems nun annehmen will. Wir hoffen, dass sie dabei nicht nur die Beschleunigung der grauen Infrastruktur im Blick hat, sondern vor allem die Grünen Netze für die Biodiversität und die Umsetzung der völkerrechtlichen Übereinkommen. Sinnvoll ist, dass durch ein Flächenbedarfsgesetz die Möglichkeit geschaffen werden soll, einen zusammenhängenden, länderübergreifenden Biotopverbund als Vorrangfläche zu definieren. Aber an der Umsetzung darf wieder gezweifelt werden: So soll nur „geprüft werden“, wie das bestehende naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht ([§ 66 BNatSchG](#)) ausgeweitet werden kann – unter Wahrung der bestehenden Nutzungsinteressen. Möglicherweise kann eine sinnvoll ausgearbeitete Ausweitung einige Verbesserungen bringen; echte Durchsetzungskraft bekäme das Naturschutzrecht allerdings erst durch eine effektive Einschränkung der Nutzungen und klare Enteignungs- bzw. Entschädigungsmöglichkeiten.

Nachbesserungsbedarf bei Realkompensation und Flächensicherung

Statt neuer Instrumente droht dem Naturschutzrecht nach dem Koalitionsgipfel aber sogar der Verlust wichtiger Hebel, denn im allgemeinen Beschleunigungsfieber möchte die Regierungskoalition an der zentralen Schraube des Flächenausgleichs drehen. Das Papier stellt korrekt fest, dass das aktuell vorherrschende Prinzip der Realkompensation (Beeinträchtigungen von Funktionen des Naturhaushaltes werden so weit wie möglich [gleichartig ausgeglichen oder gleichwertig ersetzt](#), vgl. [§ 13 S. 2 BNatSchG](#)) bislang nicht zu den gewünschten Ergebnissen geführt hat. *„Der reale Ausgleich findet derzeit oftmals in kleinteiligen und unzusammenhängenden Flächen mit wenig Wert für den Erhalt der Biodiversität statt. Bei Ersatzgeldzahlungen werden die Mittel häufig spät und unsystematisch verausgabt.“* Zudem, so Robert Habeck im Gespräch mit Markus Lanz, sei es für Vorhabenträger aufwendig, geeignete Flächen suchen zu müssen. Deshalb wird vermehrt auf finanzielle Kompensation und zentral gesteuerte Flächensicherung durch eine neue Organisa-

tionseinheit im Geschäftsbereich des BMUV gesetzt. Dies soll auch besseres Monitoring und eine zielgerichtete Verwendung der Finanzmittel ermöglichen. Die Idee hat zwar Potenzial und ist im Übrigen auch nicht ganz neu. Der Teufel steckt aber auch hier im Detail. Aufgrund der überwiegenden Länderzuständigkeit und weil hier viele Interessen unter einen Hut gebracht werden müssen, wird die praktische Ausgestaltung nicht einfach werden.

Wenn viele Interessen zusammengebracht werden müssen, braucht man normalerweise viel Zeit. Zwar sieht der Vorschlag vor, dass in einem ersten Schritt Qualität und Quantität der bestehenden, benötigten und möglichen Kompensationsflächen erfasst werden sollen. Daraus ergibt sich aber unmittelbar die Frage: Durch wen? Zunächst wäre eine neue Bundesinstitution zu schaffen. Bis sie effektiv ihre Arbeit aufnimmt, würde viel Zeit vergehen. Die Erfassung wäre grundsätzlich auch in Länderzuständigkeit möglich und auch sinnvoll, allerdings erschweren unzureichendes Monitoring und eine daraus resultierende schlechte Datengrundlage für viele Arten und Lebensräume den Naturschutz nicht erst seit gestern. Diese Defizite aufzuholen würde eine konzertierte Anstrengung, Zeit, Geld, zusätzliches Personal (woher nehmen?) und möglicherweise zusätzliche Gesetzesänderungen erfordern. Zugleich aber will sich die Bundesregierung auf EU-Ebene für eine Verlängerung der **NotfallVO** einsetzen, die für einen begrenzten Zeitraum erhebliche Erleichterungen bei der UVP und artenschutzrechtlichen Prüfung für **bestimmte Infrastrukturvorhaben** vorsieht. Es droht also folgendes Szenario: Dem Naturschutzrecht wird der Zahn der Realkompensation, die nach Auffassung vieler Naturschutzexpert*innen die am besten geeignete Ausgleichsoption darstellt, durch die vermehrte Ermöglichung finanzieller Kompensationen gezogen, ohne dass bereits eine effektive Flächensicherung gewährleistet ist. Und das Ganze käme nicht nur dem – auch unter dem Aspekt des Biodiversitätsschutzes eminent wichtigen – Klimaschutz, sondern auch dem Ausbau von Autobahnen zugute. Denn das Papier unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen Beschleunigung

durch finanzielle Kompensation zugunsten des Ausbaus erneuerbarer Energien und zugunsten des Ausbaus sonstiger – auch klimaschädlicher – Infrastruktur. Der Ausbau der grauen Infrastruktur ginge in diesem Fall noch stärker als bisher auf Kosten der grünen.

Auch Biodiversitätsschutz ist Freiheitsschutz

Es ist daher Vorsicht geboten, dass der Koalitionsbeschluss neben dem klimapolitischen nicht auch noch einen naturschutzrechtlichen Rückschritt bewirkt. Dass Biodiversitätsschutz und Klimaschutz **gemeinsam gedacht werden müssen**, wurde in letzter Zeit immer wieder betont, auch seitens der Politik. Biodiversität in allen drei Dimensionen der Biodiversitätskonvention – Artenvielfalt, genetische Vielfalt und Vielfalt der Ökosysteme – ist existentielle Voraussetzung für menschliches Überleben. Es gilt jetzt, diese Erkenntnis endlich auch rechtlich angemessen umzusetzen, damit der Schutz der Biodiversität nicht weiterhin im Getöse des Streits über Klimaschutz und Beschleunigung untergeht wie der Gesang der Nachtigall im Großstadtlärm. Die im Beschluss skizzierte Neufassung des Naturschutzrechtes kann bei beherzter Umsetzung erste Schritte zu einem effektiven Biodiversitätsschutz markieren. Darüber hinaus braucht es weitere Instrumente.

Vielleicht gibt es Menschen, die der Meinung sind, dass man auf bedrohte Arten wie die **Bekassine**, den **Luchs**, die **Wasserfalle** verzichten kann, solange die Energieversorgung und die freie Fahrt auf deutschen Autobahnen gesichert sind. Das mag am Stammtisch funktionieren, aber läuft grundlegenden Wertungen des Grundgesetzes zuwider. In der Logik des **Klimabeschlusses** des BVerfG formuliert: Rauben wir den kommenden Generationen nicht auch elementare Freiheit, wenn wir die Vielfalt der Natur weiter zerstören und ihnen damit die Möglichkeit verwehren, in vollem Umfang von den überlebenswichtigen Leistungen intakter Ökosysteme zu profitieren?

Ralf Michaels

Der Gesetzgeber ist zu weit gegangen

Der Beschluss des BVerfG zum Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen

doi: 10.17176/20230403-152715-0



Am 29. März 2023, veröffentlichte das Bundesverfassungsgericht seine lang erwartete (und auch lange) **Entscheidung** zum **Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen**. Nach diesem Gesetz, das 2017 inmitten der sogenannten Flüchtlingskrise verabschiedet wurde, sind nach ausländischem Recht geschlossene Ehen aufhebbar, wenn einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung unter 18 Jahre alt war (**Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB**), und unwirksam, wenn einer von ihnen unter 16 Jahre alt war (**Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB**) – selbst wenn die Ehe nach dem normalerweise anwendbaren ausländischen Recht wirksam ist. Im Jahr 2018 hatte der Bundesgerichtshof sich in einem ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall **geweigert**, das Gesetz anzuwenden und das Bundesverfassungsgericht um eine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift **gebeten**.

Seitdem ist einige Zeit vergangen. Die Ehefrau im Ausgangsfall war vierzehn Jahre alt, als das Verfahren in der ersten Instanz begann; inzwischen ist sie 22, und ihre Ehe jetzt sicherlich keine Kinderehe mehr. (Ohnehin ist der Begriff der Kinderehe für Heranwachsende zweifelhaft; Minderjährigenehe oder Frühehe wären als neutralere Begriffe **vorzuziehen**.) Auch die Entscheidung des Verfassungsgerichts selbst ist schon zwei Monate alt; sie erging am 1. Februar. Dies und die Tatsache, dass in der Entscheidung, mit Ausnahme von Neuauflagen von Kommentaren, fast keine Quellen zitiert werden, die nach 2019 veröffentlicht wurden, deutet darauf hin, dass sie möglicherweise schon viel länger als Entwurf vorlag. Ein Grund für die Verzögerung könnte interner Natur gewesen sein: Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Stephan Harbarth, war einer der maßgeblichen Verfasser des Gesetzes. Das Gericht **entschied** 2019, dass er nicht von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen sei, unter anderem mit der **etwas fragwürdigen** Begründung, dass seine Unterstützung für das Gesetz auf politischen und nicht auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhte (ungeachtet der Tatsache, dass Bundestagsabgeordnete auch im Gesetzgebungsverfahren der Ver-

fassung verpflichtet sind und dass von einem Richter am Verfassungsgericht vernünftigerweise eine gewisse Zurückhaltung erwartet werden kann, wenn er über die Verfassungswidrigkeit seiner eigenen Gesetzgebung urteilen soll).

Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Ehe

Letztlich entschied das Gericht, dass das Gesetz tatsächlich verfassungswidrig ist: Es greift in das Grundrecht der Ehefreiheit ein und dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Die Entscheidung ist lang (mehr als sechzig Seiten), aber eine Zusammenfassung ist möglich.

Nach Auffassung des Gerichts umfasst der besondere Schutz der Ehe (**Art. 6 Abs. 1 GG**) nicht nur das Institut der Ehe, sondern auch einzelne, bereits bestehende Ehen und nicht nur den Status selbst, sondern eine ganze Reihe rechtlicher Vorteile, die sich aus der Ehe ergeben und sie ausgestalten. Das Gericht liefert eine Definition der grundgesetzlich geschützten Ehe: Sie ist eine im Grundsatz auf Dauer angelegte, auf freiem Entschluss beruhende, gleichberechtigte und autonom ausgestaltete Lebensgemeinschaft; die Ehe wird durch die Eheschließung als formalisierten, nach außen erkennbaren Akt begründet.“ (In ersten Anmerkungen wurde **darauf hingewiesen**, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner nicht mehr als Voraussetzung genannt wird; aber es scheint fernliegend, dies als eine verdeckte Einbeziehung der gleichgeschlechtlichen Ehe in die Verfassung zu betrachten.) Die genannte Definition schließt Ehen ein, die im Ausland nach ausländischem Recht geschlossen wurden. Darüber hinaus deckt sie auch Ehen ab, die in sehr jungem Alter geschlossen wurden, solange sie aus freiem Entschluss eingegangen wurden.

Ein Eingriff in dieses Recht durch den Gesetzgeber kann zwar gerechtfertigt sein. Der Gesetzgeber hat jedoch einen vergleichsweise geringen Gestaltungsspielraum, wenn eine Regelung, wie im vorliegenden Fall, tatsächlich auf ein faktisches Ehehindernis hinausläuft. Ob eine Einschränkung tatsächlich gerechtfertigt ist, ist eine

Frage der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung: Das Gesetz muss einen legitimen Zweck verfolgen; es muss zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sein; es muss zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sein; und es muss zur Erreichung des Zwecks angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein, d. h. der beabsichtigte Zweck darf nicht außer Verhältnis zur Schwere der Rechtsbeschränkung stehen.

Hier sind die Zwecke des Gesetzes selbst – der Schutz von Minderjährigen, die öffentliche Ächtung der Kinder-ehe und die Rechtssicherheit – legitim. Der weltweite Kampf gegen die Kinder-ehe ist ein erstrebenswertes Ziel. Ebenso wie der Wunsch nach Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte Ehe wirksam ist oder nicht.

Das Gesetz ist auch geeignet, diese Zwecken zu erreichen: Der Minderjährige wird vor den rechtlichen und tatsächlichen Belastungen durch die Eheschließung geschützt; das Gesetz kann Paare im Ausland davon abhalten zu heiraten (so darf der Gesetzgeber jedenfalls legitimerweise vermuten; empirische Daten, die dies belegen, liegen nicht vor). Eine klare Altersgrenze vermeidet die Unsicherheit einer Einzelfallprüfung, wie sie das Gesetz bis 2017 vorsah.

Die Maßnahmen sind nach Auffassung des Gerichts auch deshalb erforderlich, weil alternative Mittel nicht in gleicher Weise erfolgversprechend wären. Die automatische Unwirksamkeit der betroffenen Ehen ist effektiver und potenziell weniger einschneidend als die Feststellung der Unwirksamkeit in einem einzelfallbezogenen Statusverfahren. Sie ist auch wirksamer als Einzelfallentscheidungen im Rahmen einer *ordre-public*-Prüfung. Und sie schützt Minderjährige besser, als wenn man sie zwingen, ein Verfahren zu durchlaufen, um die Ehe aufheben zu lassen.

Dennoch sieht das Verfassungsgericht in dem Gesetz einen Verstoß gegen die Verfassung: Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Ehefreiheit. Der Eingriff ist schwerwiegend: Das Gesetz erklärt eine Ehe für unwirksam, die die Ehegatten möglicherweise als wirksam angesehen und vollzogen und auf die sie ihre Leben aufgebaut haben. Unter Umständen ist es ihnen verwehrt, zusammenzuleben, obwohl sie sich als verheiratet betrachten.

Das Verfassungsgericht räumt ein, dass der Schutz von Minderjährigen angesichts der Risiken, die Kinder-ehen für sie darstellen, ein wichtiges Gegenargument ist.

Dies gilt auch für die Rechtssicherheit in Bezug auf die Frage, ob eine Ehe wirksam ist oder nicht.

Das Gesetz ist jedoch aus zwei Gründen unangemessen und damit nicht im engeren Sinne verhältnismäßig. Erstens regelt das Gesetz nicht, welche Rechtsfolgen die angeordnete Unwirksamkeit der Ehe hat. So verliert der minderjährige Ehepartner nicht nur den rechtlichen Schutz der Ehe, einschließlich des Rechts auf eheliches Zusammenleben, sondern auch die Rechte, die sich aus einer ordnungsgemäßen Auflösung der Ehe durch Scheidung ergeben, einschließlich vermögensrechtlicher Ansprüche gegenüber dem älteren und häufig wohlhabenderen Ehepartner. Diese Auswirkungen widersprechen dem Zweck des Minderjährigenschutzes. Zweitens ermöglicht es das Gesetz den Ehegatten nicht, ihre Ehe nach Erreichen der Volljährigkeit rechtmäßig fortzusetzen, es sei denn, sie heiraten erneut, was sich als kompliziert herausstellen kann. Dies steht im Widerspruch zum Anliegen, den selbstbestimmten Entschluss der Ehegatten zu schützen.

Das Gericht hätte das Gesetz einfach für nichtig erklären und damit zur Situation vor 2017 zurückkehren können. Normalerweise bestimmt sich die materielle Wirksamkeit einer Ehe nach dem Recht der jeweiligen Staatsangehörigkeit der Ehegatten (Art. 13 Abs. 1 EGBGB). Ob dieses Recht tatsächlich angewendet wird, war früher im Einzelfall auf Grundlage des *ordre-public*-Vorbehalts (Art. 6 EGBGB) zu entscheiden. Diese Lösung bevorzugten auch die meisten Kollisionsrechtler (*ich selbst eingeschlossen*). Das Gericht lehnte diese simple Lösung mit der Spekulation ab, dass (hypothetische) Ehegatten in der Annahme, dass ihre Ehe unwirksam sei, eine anderweitige Ehe eingegangen sind und jetzt in Bigamie leben würden. (Ob es solche Fälle tatsächlich gibt, ist nicht klar.) Daher hat das Gericht die Weitergeltung des Gesetzes angeordnet und dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2024 gesetzt, um eine Neuregelung zu erlassen. Schon in der Übergangszeit haben die vermeintlichen Ehegatten unwirksamer Ehen Unterhaltsansprüche analog zu den Vorschriften über die Ehescheidung.

Logik, die eine Einzelfallprüfung für nicht erforderlich hält

Das Bundesverfassungsgericht hat schon früher gelegentlich über die Verfassungsmäßigkeit von Kollisionsnormen entschieden. Seine erste wichtige Entscheidung

– der [Spanier-Beschluss](#) aus dem Jahr 1971 – befasste sich mit der Frage, ob die Verfassung überhaupt Aussagen zum IPR trifft, da das Kollisionsrecht damals weit- hin als rein technisch und ohne verfassungsrechtlich relevanten Inhalt angesehen wurde. Diese Entscheidung, in der es um ein spanisches Verbot der Wiederverheiratung nach einer Scheidung ging, betraf bereits das Recht auf Eheschließung. In [einer anderen, jüngeren Entscheidung](#) entschied das Bundesverfassungsgericht, dass eine nach deutschem Recht unwirksame, aber nach ausländischem Recht wirksame (also hinkende) Ehe im Sozialversicherungsrecht dennoch als Ehe zu behandeln ist. Beide Entscheidungen tauchen im aktuellen Beschluss wieder auf und bilden den Rahmen für einen verfassungsrechtlichen Aspekt, der nun wieder zum Vorschein kommt: Das Gericht interessiert sich weniger für den Status der Ehe selbst als vielmehr für den tatsächlichen Schutz, der sich aus einer Ehe ergibt.

Die Rechtsfolgen einer Eheschließung sind natürlich vielfältig, und die ausdrückliche Festlegung des Gesetzgebers, dass die Kinderehe keinerlei Rechtsfolgen nach sich ziehen soll, ist daher weitreichend. (Der [Vorschlag](#) von Konrad Duden, das Gesetz so auszulegen, dass sich dies auf die für den Minderjährigen negativen Folgen beschränkt, wird leider nicht diskutiert.) Interessanterweise widmet das Gericht nicht weniger als ein Fünftel seiner Entscheidung, dreizehn Seiten, einer lehrbuchmäßigen Darstellung der Bedeutung der Ehe im Internationalen Privatrecht. Die Folgen der Eheschließung waren einer der Hauptgründe für die nahezu einhellige Ablehnung der Gesetzesreform in der deutschen Kollisionsrechtswissenschaft. Ein weiteres Fünftel der Entscheidung befasst sich mit den Positionen einer Vielzahl von Stakeholdern und Experten – jene der Bundesregierung und mehrerer Landesregierungen, [des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht](#), verschiedener Frauen-, Kinder- und Menschenrechtsverbände sowie psychologischer Gesellschaften. Fast alle davon forderten das Gericht auf, das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären.

Diese Kritiker werden sich durch die Entscheidung bestätigt sehen, wenn auch nicht vollständig. Denn während das Gericht die Rechtsfolgen kritisiert, bestätigt es im Wesentlichen die Statusentscheidung des Gesetzgebers, Kinderehen, die vor dem sechzehnten Lebensjahr geschlossen wurden, für unwirksam zu erklären. Dies ist nicht nur deshalb bedauerlich, weil der Status der Ehe

selbst für die Eheleute oft sehr bedeutsam ist, wie wir aus dem langen Kampf um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe anstelle einer bloßen Lebenspartnerschaft wissen. Außerdem entstehen hinkende Ehen, die wiederum so behandelt werden, als seien sie wirksam. Das mag verfassungsrechtlich geboten sein. Aus der Perspektive des internationalen Privatrechts erscheint es etwas inkohärent, einerseits die Nichtigkeit einer Ehe zu bestätigen und andererseits die wichtigsten Rechtsfolgen aufrechtzuerhalten, und dabei beides mit dem Schutz von Minderjährigen zu rechtfertigen. In dieser Logik, die eine Einzelfallprüfung für nicht erforderlich hält, stellt das Gericht nicht in Frage, dass die Nichtigkeit der Ehe generell für alle betroffenen Minderjährigen von Vorteil ist. Im Übrigen ist dieser Schutz in vielen anderen Kulturen ausschließlich der Ehe vorbehalten. Es muss verwirrend sein, jemandem aus dieser Kultur zu erklären, dass die Ehe, die er für wirksam hielt, nichtig ist, dass sie aber zum Schutz dennoch so behandelt wird, als sei sie wirksam.

Der Wert der Rechtsvergleichung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Ein interessantes Element in der Entscheidung ist, wie das Gericht sich der Rechtsvergleichung bedient. Die deutsche Gesetzesreform war kein Einzelfall: Sie reihte sich ein in eine ganze Flut von Reformen in Europa, die in einer [Studie](#) des Hamburger Max-Planck-Instituts recht umfassend zusammengestellt und analysiert wurden ([frei zugänglich](#)). In den letzten Jahren haben viele Staaten strengere Gesetze gegen Kinderehen erlassen, die nach ausländischem Recht geschlossen wurden: Frankreich (2006), die Schweiz (2012), Spanien (2015), die Niederlande (2015), Dänemark (2017), Norwegen (2007/2018), Schweden (2004/2019) und Finnland (2019). Diese Reformen waren erfolgreiche *virtue-signaling devices* im Kontext zunehmender Fremdenfeindlichkeit (es überrascht nicht, dass Rechte in Deutschland das Bundesverfassungsgericht bereits wieder kritisiert haben). Inhaltlich behandeln diese Gesetze ausländische Kinderehen unterschiedlich streng – das deutsche Gesetz ist besonders hart. Die Rechtsvergleichung beleuchtet jedoch nicht nur dogmatische Fragen. Mehrere empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass auch die ausländischen Gesetze die Zahl der Kinderehen nicht erfolgreicher verringert haben als das deutsche Gesetz. Die Zahl der Kinderehen ist eher auf wirtschaftliche und soziale Faktoren in anderen

Ländern zurückzuführen als auf die europäischen Gesetzgebungen. Schlimmer noch, die Gesetze hatten manchmal schädliche Folgen, nicht nur für Paare, die gegen ihren Willen getrennt wurden, sondern sogar für Politiker: In Dänemark wurde ein ehemaliger Einwanderungsminister des Amtes [enthoben](#), nachdem das Dänische Rote Kreuz von einem Selbstmordversuch, Depressionen und anderen negativen psychosozialen Auswirkungen des Gesetzes auf verheiratete Minderjährige berichtet hatte. Zudem haben Erhebungen gezeigt, dass die Durchsetzung der Gesetze in Deutschland und anderswo lückenhaft ist.

Das Bundesverfassungsgericht musste diesen empirischen Berichten nicht viel Aufmerksamkeit schenken. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Unwirksamkeit ausländischer Ehen angemessen ist, hat sich das Gericht jedoch an der rechtsvergleichenden Max-Planck-Studie orientiert und darauf hingewiesen (Rn. 182, 189), dass die große Vielfalt alternativer Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen die Angemessenheit der deutschen Lösung – keine Bestätigungsmöglichkeit der Ehe mit Volljährigkeit – unplausibel macht. Dies ist ein gutes Beispiel für den Nutzen, den die Rechtsvergleichung – genauer gesagt die IPR-Rechtsvergleichung – bringen kann, auch für das innerstaatliche Verfassungsrecht. Wenn die Prüfung der Angemessenheit eines Eingriffs fordert darzulegen, dass es an Alternativen fehlt, dann kann die Rechtsvergleichung sowohl die Alternativen als auch die empirische Evidenz für ihre Wirksamkeit erbringen. Dass die Rechtsvergleichung so für die Praxis nutzbar gemacht werden kann, ist eine gute Nachricht.

An den Bedürfnissen der Minderjährigen orientieren

Der deutsche Gesetzgeber muss nun das Recht reformieren. Was sollte er tun? Das Gericht hat eine Minimallösung angedeutet: Diese Ehen sollen ausnahmslos als unwirksam betrachtet werden, aber die Unterhaltsregeln für die Scheidung sollen auf sie ausgedehnt werden. Zudem sollen die Eheleute die Möglichkeit haben, ihre Ehe ausdrücklich oder implizit zu bestätigen, sobald sie volljährig sind. Um eine entsprechende Regelung zu formulieren, wäre eine rechtsvergleichende Analyse der verschiedenen Reformen anderer Länder sicherlich sehr hilfreich.

Der Gesetzgeber kann die Mahnung des Verfassungsgerichts aber auch als Anstoß für einen größeren Reformschritt nehmen. Nicht alles, was verfassungsrechtlich zulässig ist, ist auch politisch und rechtlich sinnvoll. Die deutsche Reform wurde 2017 in der allgemeinen Unruhe

der sogenannten Flüchtlingskrise im Eiltempo durchgesetzt. Das Gleiche gilt, mit einigen Modifikationen, für die Reformen anderer Länder. Was der deutsche Gesetzgeber von ihnen lernen kann, sind nicht nur alternative Regulierungsformen, sondern auch, dass der begrenzte Erfolg dieser Reformen nicht auf Deutschland beschränkt ist. Diese Einsicht könnte den Anstoß für ein Gesetz geben, das sich stärker an der tatsächlichen Situation und den Bedürfnissen der Minderjährigen orientiert als an dem Wunsch, die Ächtung der Kinderehen auf ihrem Rücken auszutragen.

Ein solches Gesetz könnte durchaus eine Einzelfallprüfung wieder einführen, vor der man im IPR bekanntlich nicht zurückschreckt. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Vorschrift kein Massenproblem betrifft, sondern eher eine relativ kleine Zahl von Fällen, die die Behörden und die Justiz nicht übermäßig belasten dürften. Wenn der Gesetzgeber schon nicht zur *ordre-public*-Prüfung zurückgehen will, kann er vielleicht die Regelung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 für nach dem 16. Lebensjahr eingegangene Ehen auf früher eingegangene erweitern. Damit würde die Ehe lediglich aufhebbar; in Härtefällen könnte die Sanktion entfallen. Der Gesetzgeber könnte weitergehend den Ort der Eheschließung an die Stelle der Staatsangehörigkeit der Ehegatten als maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die materiellen Ehevoraussetzungen setzen, wie es der [Deutsche Rat für Internationales Privatrecht](#) als Beratungsorgan des Gesetzgebers bereits vorgeschlagen hat ([Coester-Waltjen, IPRax 2021, 29](#)). Damit könnten zwei sehr unterschiedliche Situationen klarer unterschieden werden: Paare, die in Deutschland heiraten wollen (wo die Altersbeschränkung klar sinnvoll ist), und Paare, die bereits in ihren Heimatländern wirksam geheiratet haben und deren tatsächlich bestehende Ehe in Frage gestellt wird. In der Tat könnte dies eine gute Gelegenheit sein, von einem System, das das anwendbare Recht festlegt, zu einem System überzugehen, welches ausländische Rechtsakte anerkennt, wie es in einigen anderen Rechtsordnungen bereits der Fall ist.

In jedem Fall bietet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Deutschland die Möglichkeit, den Kampf gegen die Kinderehe wieder dorthin zu tragen, wo er hingehört und wo er bessere Erfolgsaussichten hat – weg vom internationalen Privatrecht und hin zu wirtschaftlichen und anderen Formen der Unterstützung für Länder, in denen Kinderehe weniger verbreitet wäre,

wenn sie weniger von Krieg und Armut betroffen wären.

Erstveröffentlichung (auf englisch):

[https://conflictoflaws.net/2023/foreign-child-marriages
-and-constitutional-law/](https://conflictoflaws.net/2023/foreign-child-marriages-and-constitutional-law/)

Übersetzung ins Deutsche: Michael Cremer

Rosa-Lena Lauterbach

Nordrhein-Westfalens menschenunwürdige Taschengeldpraxis



doi: 10.17176/20230412-190200-0

Dreißig Jahre gibt es das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) nun. Zu diesem Anlass werden vom 20. bis 26. Mai 2023 einige Nichtregierungsorganisationen in der *Aktionswoche gegen das AsylbLG* darauf aufmerksam machen, dass das Gesetz dringend reformbedürftig ist. Dafür gibt es **einige gute Gründe**. Einer davon besteht in dem Ermessenspielraum, der der Exekutive zuteilwird, Geflüchteten den Zugang zu einem menschenwürdigen Existenzminimum zu versperren.

Das **Ministerium für Kinder, Jugend, Familie, Gleichstellung, Flucht und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen** (MKJFGFI) verletzt seine Fürsorgepflicht für Geflüchtete mittels eines *Runderlasses zur Auszahlung des Bargeldbedarfs zur Deckung des notwendigen persönlichen Bedarfs nach dem Asylbewerberleistungsgesetz*¹ (im Folgenden: Runderlass). Teile dieses Runderlasses sind nach der hier vertretenen Auffassung rechtswidrig. Sie halten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das menschenwürdige Existenzminimum Geflüchteter

Grundrechte sind nach traditioneller Lesart als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe zu verstehen, die keinen Leistungsanspruch beinhalten. Das Bundesverfassungsgericht nähert sich mittlerweile dennoch der Gewährung einiger menschenwürdiger Mindestgarantien an.² Nimmt die Bundesrepublik das Sozialstaatsprinzip ernst, so das Argument, muss sie einige Mindestleistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz überneh-

men. Deshalb sichert ein entsprechendes verfassungsrechtliches Leistungsrecht „jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.“³

Geflüchtete sind für die Dauer der Bearbeitung ihres Asylantrags nach §§ 47 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 1 S. 1 AsylG vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen. Sie können ihren Unterhalt nicht selbstständig bestreiten.⁴ Deshalb sind sie – wie andere Hilfebedürftige – darauf angewiesen, dass ihr Überleben durch staatliche Leistungen gesichert wird. Infolgedessen gibt es auch für Geflüchtete nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums.⁵

Das AsylbLG regelt die konkreten staatlichen Fürsorgepflichten während des Asylverfahrens. Geflüchteten kommt hieraus einerseits eine Leistungsgarantie zu, was die Befriedigung von überlebensnotwendigen Grundbedürfnissen an „Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“ betrifft.⁶ Dieser Bedarf wird durch Sachleistungen gedeckt.

Andererseits gehört zu dem Existenzminimum auch „die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben [...], denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen.“⁷

¹Der bis heute unter dem Aktenzeichen 534-39.18.03-16-057 gültige Erlass vom 6. September 2019 ist online nicht abrufbar. Sein nahezu wortgleicher Vorgänger vom 15. Mai 2018 (vgl. dort Ziffer 5.) wird jedoch auf der Webseite des [Flüchtlingsrats NRW](#) zur Verfügung gestellt.

²Hierzu insbesondere das Urteil des BVerfG vom 09.02.2010 zu „Hartz IV“, BVerfGE 125, 175.

³BVerfGE 125, 175 Leitsatz 1.

⁴Asylsuchenden ist eine Beschäftigung frühestens nach 9 Monaten zu erlauben, wenn das Asylverfahren nicht unanfechtbar abgeschlossen ist, oder wenn andere Ausnahmen zutreffen (vgl. § 61 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-4 AsylG).

⁵BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Leitsatz 2.

⁶Grube/Wahrendorf/Flint/Leopold, 7. Aufl. 2020, AsylbLG § 3 Rn. 6.

⁷BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 Rn. 64.

Dieser Teil des Leistungsanspruchs ist in §§ 3 Abs. 1 S. 2, 3a AsylbLG konkretisiert und sichert den notwendigen *soziokulturellen Bedarf*.⁸

In der Praxis verwandelt sich dieser Anspruch in einen Barbetrag, der persönlich nach den in § 3a AsylbLG festgelegten Regelsätzen ausgehändigt werden *soll* (vgl. § 3 Abs. 5 S. 1 AsylbLG). Zur konkreten Organisation der Auszahlung des sogenannten Taschengelds äußert sich das Gesetz nicht weiter. § 3 Abs. 5 S. 1 AsylbLG beinhaltet insoweit eine gebundene Ermessensentscheidung:⁹ Der Absatz eröffnet einen Entscheidungsrahmen zum *Wie*, nicht aber zum *Ob* der Auszahlung des notwendigen persönlichen Bedarfs.

Der Runderlass als Gegenstand fehlerhafter Ermessensausübung

Das damalige Ministerium für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen¹⁰ hat diesen Ermessensspielraum seinerzeit in dem Runderlass vom 6. September 2019 genutzt. Der Barbetrag wird nur bei persönlicher, rechtzeitiger Abholung ausbezahlt. Der Anspruch auf Auszahlung des wöchentlichen Taschengeldes entfällt dagegen laut Ziffer III des Runderlasses vollständig, wenn die leistungsberechtigte Person aufgrund eigenen Verschuldens unentschuldigt vom Auszahlungstermin fernbleibt.

Dieser Teil des Runderlasses ist aus mehreren Gesichtspunkten rechtswidrig. Zum einen wird darin nach dem Wortlaut eine Regelung über die Auszahlung des Leistungsanspruchs *selbst* getroffen (also: über das *Ob* der Zahlung).¹¹ So stellt Ziffer III des Runderlasses eine behördliche Ermessensüberschreitung dar.

Zum anderen sind die Gründe, aus denen Leistungen gekürzt werden können, durch den Gesetzgeber in den §§1a, 9 Abs. 3 AsylbLG und §§60-67 des Ersten Sozialge-

setzbuches geregelt. Der Runderlass bezieht sich in Ziffer III mit dem unentschuldigtem Fernbleiben nicht auf einen der darin benannten, wohl rechtmäßigen Kürzungsgründe.¹²

Unverhältnismäßigkeit von Ziffer III des Runderlasses

Ziffer III des Runderlasses steht ferner nicht im Einklang mit der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der die Sorge für ein menschenwürdiges Existenzminimum eine staatliche Leistungspflicht beinhaltet. Da die Auszahlung des notwendigen Bargeldbedarfs eine menschenwürdige Garantie darstellt, droht Ziffer III des Runderlasses die Versagung einer staatlichen Leistungspflicht in verfassungswidriger Weise an.

Das könnte höchstens gerechtfertigt sein, wenn Ziffer III des Runderlasses den Anspruch verkürzen würde, um die Vernachlässigung verfassungskonformer Mitwirkungspflichten zu ahnden. Rekuriert man auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Sanktionen bei Hartz IV, können solche Einschnitte durchaus zulässig sein.¹³

Ziffer III des Runderlasses müsste demnach insbesondere verhältnismäßig sein. Dazu bedarf es eines legitimen Zwecks. In einer [Stellungnahme](#) zum Thema „Sachleistungen statt Geldleistungen für Asylbewerber und Ausreisepflichtige in Landeseinrichtungen“¹⁴ nennt das für Flüchtlingsangelegenheiten zuständige Dezernat 20 der Bezirksregierung Detmold in diesem Zusammenhang die Verhinderung des Missbrauchs von Leistungen.

Lässt man diesen legitimen Zweck gelten, kann angenommen werden, dass der Wegfall nachträglicher Auszahlungen aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten zu dessen Förderung geeignet ist. Holt ein*e Geflüchtete*r den Geldbetrag nicht rechtzeitig ab, erlischt der Anspruch für diese Woche – womit auch der Raum für nachträgliche

⁸Ebd., Rn. 88.

⁹Grube/Wahrendorf/Flint/Leopold, 7. Aufl. 2020, AsylbLG § 3 Rn. 43.

¹⁰Nach dem Regierungswechsel infolge der Landtagswahl im Mai 2022 sind die Kompetenzen übergegangen in das heutige [MKJFGFI](#).

¹¹Vgl. Fn. 1, [Vorgängererlass vom 15. Mai 2018](#), Ziffer 5: „Bleibt eine anspruchsberechtigte Person dennoch aufgrund des eigenen Verschuldens der Auszahlung des wöchentlichen Taschengeldes fern, *entfällt* die Auszahlung des Taschengeldes für diese Woche.“

¹²Eine Verfassungsbeschwerde gegen § 1a AsylbLG wurde nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. BVerfG (3. Kammer, 1. Senat), Nichtannahmebeschl. v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17.

¹³[Buchholtz, Gabriele](#): Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die staatliche Grundsicherung JuS 2021, 503; 506.

¹⁴Stellungnahme des [Leiters](#) des Dezernates 20 (Flüchtlingsangelegenheiten) der Bezirksregierung Detmold.

oder mehrfache Geltendmachung in betrügerischer Absicht versperrt wird.

Eine Erforderlichkeit dieses Mittels ist dagegen kaum noch begründbar. Zunächst fragt sich, ob nicht schon Vorgaben wie [die der Bezirksregierung Arnsberg zur Taschengeldausgabe](#) ausreichen, um den Zweck in gleichem Maße zu fördern. Nach der dortigen Ziffer 2.8 muss die Taschengeldausgabe sorgfältig durchgeführt und dokumentiert werden. Mit landesübergreifenden Regelungen dieser Art würde im Übrigen auch die Verantwortung für die Richtigkeit der Auszahlungen bei der Behörde angesiedelt und nicht auf die Anspruchsberechtigten abgewälzt. Außerdem sind andere Mittel vorstellbar, die Missbrauch verhindern und zeitgleich keinen derart gravierenden Einschnitt in den Anspruch Geflüchteter darstellen würden, etwa die Nutzung personenbezogener Chipkarten, ihrer Funktion nach vergleichbar mit der elektronischen Gesundheitskarte, oder die Vergabe fester Ersatztermine.

Leistungen als Mittel zur Verhinderung ihres Missbrauchs gänzlich entfallen zu lassen ist schließlich nicht angemessen. Das menschenwürdige Existenzminimum Geflüchteter ist nach dem Bundesverfassungsgericht von

überragend wichtiger Bedeutung. Wörtlich heißt es im Urteil vom 18. Juli 2012: „Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG. Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht.“¹⁵

Dieses Menschenrecht derart scharf zu beschneiden, während es andere Lösungen gäbe, Missbrauch einzudämmen, lässt sich nicht begründen. Nach der Wesentlichkeitstheorie dürfte es im Übrigen allein Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers sein, einen solchen Einschnitt vorzunehmen.

Das MKJFGFI muss Ziffer III des Runderlasses also umgehend aufheben. Der Gesetzgeber täte auch gut daran, den Ermessensspielraum der zuständigen Behörden im AsylbLG zu konkretisieren. Es kann keinen Raum dafür geben, verfassungsrechtliche Garantien dergestalt zu verkürzen. Auch, wenn die verniedlichende Bezeichnung des Taschengeldes irreführend sein mag, handelt es sich um ein unveräußerliches Recht. Es ist höchste Zeit, dass es auch als solches wahrgenommen wird.

¹⁵BVerfG, Urt. v. 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 Rn. 62.

Andreas Nitschke

Verfassungsfeindliches Verhalten im öffentlichen Dienst



Einzelfälle oder institutionelles Problem des Staates? Erkenntnisse der MEGAVO-Studie

doi: 10.17176/20230413-190223-0

In den letzten Wochen und Monaten rückten verfassungsfeindliche Verhaltensweisen von Staatsdiener:innen wieder in verstärktem Maße in das Blickfeld der öffentlichen Wahrnehmung. Die [Groß-Razzia in der Reichsbürgerszene](#) am 7.12.2022 sowie die nachfolgende [Razzia](#) am 22.3.2023 dürften wohl am intensivsten in Erinnerung geblieben sein. In beiden Fällen sollen sich auch [Beschäftigte des öffentlichen Dienstes](#) unter den Reichsbürgern befunden haben.

Parallel dazu und in der Zeit danach ergingen diverse Gerichtsentscheidungen zu Themenfeldern, die wohl zu den dienstrechtlichen „Dauerbrennern“ im Bereich der verfassungsfeindlichen Aktivitäten von Staatsdiener:innen gezählt werden dürfen: das Stechen von [Tätowierungen](#) mit verfassungsfeindlichen Inhalten (dazu beispielsweise [VG Bayreuth](#)), [Mitgliedschaften von Beamt:innen in verfassungsfeindlichen Parteien](#) (dazu beispielsweise [OVG Magdeburg](#)) oder der [Austausch von rassistischen oder rechtsextremen Inhalten über Messenger-Dienste durch Beamt:innen](#) (dazu beispielsweise [VG Magdeburg](#) oder [VG Bremen](#)).

Nicht zuletzt im Lichte dieser Ereignisse wurde zuletzt immer häufiger die Frage aufgeworfen, ob es sich hierbei um Einzelfälle oder um ein institutionelles Problem des Staates handelt.¹ Momentan laufen mit der MEGAVO-Studie der Deutschen Hochschule der Polizei sowie der InRa-Studie „Rassismus als Gefährdung des gesellschaftlichen Zusammenhalts im Kontext ausgewählter gesellschaftlich-institutioneller Bereiche“ zwei von der Bundesregierung geförderte Studien, deren Ergebnisse auch in diesem Zusammenhang relevant werden könnten. Die MEGAVO-Studie hat am 4.4.2023 ihren [Zwischenbericht](#) vorgelegt. Danach finde sich im Bereich der Polizei „allenfalls eine kleine Anzahl von Personen, die ein konsistent menschen- und demokratiefeindliches

Weltbild aufweist“. Allerdings seien „durchaus mehr als nur Einzelfälle“ gegeben, „bei denen die individuelle Einstellung kaum mit den Leitbildern der Polizei in Einklang zu bringen ist“.

Die MEGAVO-Studie wurde als Reaktion auf sich häufende Verdachtsfälle in Sicherheitsbehörden gefordert. Der damalige Innenminister Horst Seehofer lehnte eine reine Untersuchung von Rassismus und Rechtsextremismus in der Polizei ab, stimmte nach öffentlichem Druck aber einer Studie zu, die sich in erster Linie mit dem Berufsalltag von Polizist:innen beschäftigt. Auch wenn die Studie hervorhebt, dass die große Mehrheit der Polizist:innen sich sowohl zu ihrer Tätigkeit als auch zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennt, wird gerade die Tatsache, dass es „mehr als nur Einzelfälle“ gibt, bei denen dies nicht zutrifft, in der [Presse](#) nachvollziehbarerweise als bedenklich eingestuft. Jedenfalls vor dem Hintergrund des aktuellen Sachstands in der Forschung kann allerdings dieser Befund gegenwärtig kaum weiterführende Erkenntnisse auf institutionellen Rassismus oder gar Rechtsextremismus in deutschen Behörden liefern.

Institutioneller Rassismus als unreflektierte Übernahme von Routinen und Traditionen

Die Frage nach dem Bestehen von institutionellen Problemen im Staatsdienst wird gegenwärtig im Rahmen der medialen und wissenschaftlichen Diskussion unterschiedlich beantwortet, wobei sich die Debatte nicht zuletzt aufgrund der stellenweise [polarisierenden Berichterstattung in den Medien](#) gerade über subtil wirkende Rassismen vereinzelt „in [ideologischen Gräben festgefahren](#)“ zu haben scheint.

In der Wissenschaft wird aktuell, soweit ersichtlich, [mehrheitlich die Auffassung](#) vertreten, dass es in-

¹Vgl. dazu statt vieler [Singelstein](#), FS-Feltes, 2021, S. 379 ff. m.w.N.; [Voßkuhle](#), NVwZ 2022, S. 1841 ff. m.w.N.; [Kluth](#), NVwZ 2022, S. 1847 ff. m.w.N.

stitutionelle Herausforderungen in deutschen Behörden gibt. Rassistische oder rechtsextremistische Verhaltensweisen würden allerdings nicht in erster Linie von außen in die Behörden hineingetragen und auf diese Weise das Personal beeinflussen, sie seien vielmehr bereits in den Behörden vorhanden. Ausgehend von den in der Gesellschaft vorherrschenden und über Jahrhunderte nicht hinterfragten (vor allem rassistischen) Stereotypen wären unter anderem die eingangs dargestellten Verhaltensmuster in ihren Ansätzen bereits in die Strukturen der staatlichen Institutionen gewissermaßen eingewoben und würden entweder durch unreflektiert übernommene Routinen („das haben wir schon immer so gemacht“) oder Traditionen, Verklärungen und Legendenbildungen kombiniert mit eigenen selektiven Erfahrungen im Sinne einer selbsterfüllenden Prophezeiung weitergetragen und verfestigt.² Vor dem Hintergrund, dass gerade staatliche Behörden die Werte des Grundgesetzes schützen und nach ihnen handeln sollen, wirkt diese Erkenntnis fast verstörend.

Das hieße, grob vereinfacht und überspitzt formuliert, dass es Verfassungsfeindlichkeit ohne Verfassungsfeinde, Rassismus ohne Rassisten in deutschen Behörden gibt, weil die Arbeitsroutinen entsprechende Verhaltensweisen von dem Personal gewissermaßen fordern würden, ohne dass dieses Personal selbst eine verfassungsfeindliche (insbesondere rassistische) Einstellung haben muss oder entsprechende Handlungen überhaupt als fragwürdig wahrnimmt.

Um diese Erkenntnisse zu untermauern, werden diverse Studien ins Feld geführt, die sich unter anderem mit [Diskriminierungserfahrungen im Kontext polizeilicher Gewaltausübung](#) ebenso beschäftigen wie mit [rassistischen Wissensbeständen in Polizei, Gesundheitsversorgung und Arbeitsverwaltung](#) oder dem [Verhalten von Lehrer:innen gegenüber Schüler:innen](#).

Dieser Ansatz ist selbstverständlich nicht ohne Einwände geblieben. So wird beispielsweise angemerkt, dass

die Ergebnisse diverser Studien über mögliche rassistische Verhaltensweisen oder übermäßige Gewaltanwendung im Bereich der Polizei häufig ausschließlich auf den Aussagen der befragten Opfer beruhen würden, die nicht selten ungeprüft blieben, aber in den Studien gleichwohl den Grund für die Einstufung des jeweiligen Verhaltens als rechtswidrig darstellten („Opferdarstellungen als Faktum“).³

Rassismus und Rechtsextremismus in einer sich wandelnden Gesellschaft

Aber auch ein neues Problem- und Selbstbewusstsein der sich wandelnden Gesellschaft könnte die Wahrnehmung prägen. Einerseits verändere sich die Gesellschaft dahingehend, dass sie sensibler für neue Problem- und Konfliktlagen werde und diese auch selbstbewusst öffentlichkeitswirksam zur Diskussion stelle.⁴ [Matthias Herdegen spricht in seinem vor Kurzem erschienenen Buch „Heile Welt in der Zeitenwende“](#) vor einem etwas anderen Hintergrund, der aber auch in den vorliegenden Kontext passt, von einer „Hochstufung bestimmter Werte“ zu neuen Leitbildern, von einem neuen Idealismus.⁵ Andererseits bestehe ein gesellschaftliches Sicherheitsbegehren, ein „Bedürfnis nach maximaler Behütetheit“⁶, das immer größer werde und die Gesellschaft empfindlicher für Gefahren und Bedrohungen, aber auch für Eingriffe des Staates machen würde.⁷ Beide Entwicklungen würden sich gegenseitig beeinflussen und nicht zuletzt vor dem Hintergrund der polarisierenden Berichterstattung von Teilen der Presse sowie der Gesprächskultur in den sozialen Medien zu einer „neuen Kultur der Empörung“ sowie zu der Gefahr eines „reflexhaften schnellen Denkens“ führen.⁸ Die Folge könne eine in Einzelfällen möglicherweise überzogene Wahrnehmung und ggf. vorschnelle Bejahung institutioneller Prägungen unter Verwendung der vereinzelt so bezeichneten „Rassismuskeule“⁹ sein.

In diesem Zusammenhang führt etwa der Philosoph

² Ausführlich dazu [Nitschke, PersV 2023](#), S. 124 ff. m.w.N.

³ Ausführlich dazu [Bernhardt, Die POLIZEI 2023](#), S. 96 ff.

⁴ Vgl. [Derin/Singelstien, Die Polizei – Helfer, Gegner, Staatsgewalt, 2022](#), S. 249 ff. und S. 292 ff.

⁵ [Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, 2023](#), S. 29 ff.

⁶ [Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, 2023](#), S. 53 ff.

⁷ Dazu [Derin/Singelstien, Die Polizei – Helfer, Gegner, Staatsgewalt, 2022](#), S. 249 ff. und S. 292 ff.; [Feldes/Plank, Rassismus und Rechtsextremismus in der Polizei?](#), S. 17, https://www.thomasfeldes.de/images/2021_0917_Feldes_Plank_finale_Version.pdf.

⁸ Dazu [Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, 2023](#), S. 47 und S. 63.

⁹ So von [Münch, Meinungsfreiheit gegen Political Correctness, 2017](#), S. 78.

Philipp Hübl aus, dass die Diskussion über Rassismus immer größer werde, obwohl Rassismus angesichts zunehmender gesellschaftlicher Weltoffenheit und Sensibilität tatsächlich immer seltener vorhanden sei. Wo Rassismus wirklich vorhanden sei, müsse ihm fraglos begegnet werden, gerade im Staatsdienst. Die vorschnelle Unterstellung sei allerdings kontraproduktiv.

Sachliche Diskussion mit klaren Begriffsbestimmungen ist notwendig

Diese eben nur angedeuteten und keinesfalls erschöpfend aufgeführten Standpunkte sollen und dürfen die Diskussion über das Bestehen von institutionellen Herausforderungen insbesondere bezogen auf Rassismus und Rechtsextremismus in deutschen Behörden nicht relativieren oder gar verniedlichen. Sie mögen aber andeuten, welche Herausforderungen diese Debatte gerade in den Details birgt. Diese beginnen aufgrund des [Zusammenwirkens von juristischen, sozialwissenschaftlichen, philosophischen sowie gesellschaftspolitischen Faktoren](#) bereits bei der Ermittlung des genauen Bedeutungsgehalts der Begriffe „institutionell“ oder „Rassismus“. ¹⁰ Gerade die [Erweiterungen und Wandlungen, die alleine der Rassismusbegriff](#) in der jüngeren Vergangenheit erfahren hat, erschweren dessen Greifbarkeit. ¹¹

Anstelle entweder einer vorschnellen Unterstellungshaltung in Bezug auf institutionelle rassistische beziehungsweise rechtsextremistische Probleme in deutschen Behörden einerseits oder einer pauschalen und undifferenzierten Abwehrhaltung diesbezüglich andererseits erscheint daher eine offene und sachliche gesellschaftliche Diskussion geboten, in deren Rahmen zunächst auch eine verlässliche Klärung der grundlegenden Begriffe im Lichte der gegenwärtigen Entwicklungen notwendig ist.

Warum die MEGAVO-Studie in Bezug auf institutionellen Rassismus nicht weiterhilft

Verhaltensweisen wie Reichsbürgeraktivitäten, Stechen von Tattoos mit verfassungsfeindlichen Motiven, Mitgliedschaften in verfassungsfeindlichen Parteien und

„Nazi-Chats“ müssten somit gemäß der aktuell in der Wissenschaft herrschenden Auffassung, jedenfalls in der Regel, als sich häufende Einzelfälle angesehen werden. Denn in all diesen Fallgestaltungen stehen Beamt:innen in Rede, die sich ihres Verhaltens bewusst sind und als Individuen den Werten des Rechtsstaats zuwider agieren. Auf dieses Verhalten kann mit den Mitteln des Disziplinarrechts und gegebenenfalls des Strafrechts reagiert werden.

Die Einordnung institutioneller Verhaltensweisen gestaltet sich deutlich schwieriger. Die „sich häufenden Einzelfälle“ mögen durch institutionelle Mechanismen im Sinne der aktuell vorherrschenden Ansicht zwar begünstigt werden, dürften aber jedenfalls grundsätzlich nicht durch sie hervorgerufen worden sein. Anders wäre dies nur in den Fällen, in denen sich das zunächst unbewusste Moment zu einer bewussten Einstellung der jeweils handelnden Beamt:innen gewissermaßen „weiterentwickelt“ hätte. Ob und wann genau dies der Fall ist, erfordert eine genaue Analyse der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles.

Jedenfalls in Bezug auf das Verständnis eines subtilen institutionellen Wirkmechanismus von Rassismus und Rechtsextremismus in deutschen Behörden vermögen die Zwischenergebnisse der MEGAVO-Studie daher gegenwärtig kaum weiterführende Erkenntnisse zu liefern. Insbesondere wird man die Formulierung „mehr als nur Einzelfälle“ nicht ohne Weiteres als wissenschaftliche Bestätigung dieses Phänomens begreifen können. Denn die MEGAVO-Studie untersucht die bewussten individuellen Einstellungen der befragten Personen, während die institutionellen Wirkmechanismen nach aktuell vorherrschender Auffassung gerade unbewusst greifen und Beamt:innen zu rassistischen Verhaltensweisen bringen, ohne dass ein entsprechendes Bewusstsein bei ihnen vorhanden ist. In Bezug auf diesen Ansatz erscheint eine weitergehende Forschung vielversprechend und nicht nur als Beitrag zur weiteren Versachlichung der öffentlichen Diskussion auch wünschenswert.

¹⁰Dazu Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck-Onlinekommentar zum Grundgesetz, 54. Edition, Stand: 15.02.2023, Art. 3, Rn. 218e ff. m.w.N.; Nitschke, PersV 2023, S. 124 ff. m.w.N.

¹¹Dazu Nitschke, PersV 2023, S. 124 ff. m.w.N.

Ulrike Lembke, Christoph Schuch

Anti-Antisemitismus qua Verfassung

doi: 10.17176/20230420-204518-0



Mehrere Bundesländer haben kürzlich sog. Antisemitismus-Klauseln in ihre Verfassungen aufgenommen, so jüngst die Hansestadt Hamburg (kritisch [hier](#); allgemein [hier](#)). In der Rechtswissenschaft und auch in der breiteren öffentlichen Diskussion wurden entsprechende Verfassungsänderungen im Gegensatz zu den Vorgängen auf der [documenta fifteen](#) oder dem [BGH-Urteil zum Wittenberger Sandsteinrelief](#) nur begrenzt rezipiert. Dem folgenden Beitrag liegt die Annahme zugrunde, dass das Anliegen effektiver (rechts-)staatlicher Antisemitismusbekämpfung den geltenden deutschen Verfassungen immanent ist. Seine durchaus begrüßenswerte explizite Verankerung in Landesverfassungen wirft aber einige rechtliche Fragen auf, die nicht ohne Weiteres als geklärt gelten können.

Die Formulierungen der Anti-Antisemitismus-Klauseln

Auf Grundlage eines interfraktionellen Antrags hat die Hansestadt Hamburg nach längerer Diskussion und einer umfassenden [Anhörung](#) im Verfassungsausschuss im März 2023 eine sog. Antisemitismus-Klausel in die Präambel ihrer Verfassung eingefügt:

Vielfalt und Weltoffenheit sind identitätsstiftend für die hanseatische Stadtgesellschaft. In diesem Sinne und mit festem Willen schützt die Freie und Hansestadt Hamburg die Würde und Freiheit aller Menschen. Sie setzt sich gegen Rassismus und Antisemitismus sowie jede andere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit ein. Sie stellt sich der Erneuerung und Verbreitung totalitärer Ideologien sowie der Verherrlichung und Verklärung des Nationalsozialismus entgegen.

Bereits zuvor hatten Sachsen-Anhalt (2020), Brandenburg (2022) und Bremen (2023) ihre Verfassungen mit ähnlichen Klauseln ergänzt (dazu schon [hier](#) und [hier](#)):

Art. 37a LSAVerf: Nichtverbreitung nationalsozialistischen, rassistischen und antisemitischen Gedankenguts

Die Wiederbelebung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts, die Ver-

herrlichung des nationalsozialistischen Herrschaftssystems sowie rassistische und antisemitische Aktivitäten nicht zuzulassen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Verantwortung jedes Einzelnen.

Art. 7a BbgVerf: Schutz des friedlichen Zusammenlebens

(1) Das Land schützt das friedliche Zusammenleben der Menschen und tritt Antisemitismus, Antiziganismus sowie der Verbreitung rassistischen und fremdenfeindlichen Gedankenguts entgegen.

(2) Das Land fördert das jüdische Leben und die jüdische Kultur.

Art. 65 Ia BremVerf

Demokratiefeindlichen Bestrebungen, insbesondere der Wiederbelebung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, sowie rassistischen, antisemitischen und sonstigen menschenverachtenden Aktivitäten entschieden entgegenzutreten, ist Verpflichtung aller staatlichen Organisation und Verantwortung jeder und jedes Einzelnen. Die Freie Hansestadt Bremen fördert die Entwicklung einer offenen, vielfältigen und toleranten Gesellschaft sowie eines respektvollen und friedlichen Miteinanders.

Zudem werden in Thüringen und Bayern Diskussionen hinsichtlich der Einführung einer solchen Klausel geführt. Ob weitere Länder sich anschließen, bleibt abzuwarten.

Die Vielfalt der Formulierungen, die auch Ausdruck der Verfassungsautonomie der Länder ist, lässt divergierende Verständnisse von Antisemitismus ebenso vermu-

ten wie nicht unerhebliche Herausforderungen bei seiner rechtlichen Erfassung und Bekämpfung. Dies äußert sich in der jeweiligen systematischen Einbettung, den unterschiedlichen rechtlichen Wirkungen, der Bezugnahme auf Menschenfeindlichkeit oder Nationalsozialismus sowie den offenen Fragen der konkreten Rechtsanwendung – schließlich sollen Verfassungsnormen auch handlungsleitend für den Umgang von Behörden und Justiz mit den Phänomenen von Antisemitismus sein (dazu [hier](#)).

Antisemitismus als interdisziplinäre Herausforderung

In den einzelnen Diskussionen und Anhörungen in den Landtagen sind unterschiedliche Erscheinungsformen, Funktionen und Milieus von Antisemitismus zur Sprache gekommen. Angesichts der Tendenzen in öffentlichen Diskursen, Antisemitismus auf ein Problem „der Anderen“ (insbesondere Muslime und ostdeutsche Neonazis) und damit auf wenige Erscheinungsformen zu verengen, ist die Frage nach dem Antisemitismus-Verständnis in den neuen verfassungsrechtlichen Regelungen nicht trivial.

Antisemitismus kann verstanden werden als eine Form [gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit](#), indem durch Zuschreibungen eine abgewertete Fremdgruppe geschaffen wird, welche die Eigengruppe aufwertet und von persönlichen Defiziten entlastet. Antisemitismus kann aber auch eine umfassende Welterklärung gegen die Zumutungen der Moderne mit aktiv antidemokratischer Stoßrichtung sein (exemplarisch [Salzborn](#)). Christlich-antijudaistischen, rassenideologischen und antidemokratischen Antisemitismus gab es in Deutschland schon lange vor der Machtübertragung an die Nationalsozialisten und der Shoah ([Longerich](#), [Krah](#)). Nach 1945 haben sich bestehende Formen teils gewandelt, teils sind neue Dimensionen wie der sekundäre Antisemitismus mit seiner Täter-Opfer-Umkehr hinzugetreten (zu Wandel und Kontinuität siehe [Benz](#), [Jahr](#); zu neueren Formen [Schwarz-Friesel](#)).

In den Verfassungstexten wird Antisemitismus von Rassismus unterschieden, aber beide gleichermaßen als Phänomen von Menschenfeindlichkeit oder Menschenverachtung angesehen und teils in einen engen Konnex mit dem Nationalsozialismus gebracht. Unklar bleibt dabei, ob tatsächlich alle (potentiell) rechtlich relevanten Dimensionen von Antisemitismus (kompakt [Brumlik](#), [Salzborn](#)) wie christlicher Antijudaismus, völkisch-

rassistischer Antisemitismus, antidemokratische Verschwörungsideologien, sekundär-schuldabwehrender Antisemitismus, antisemitische Codes und Bilder sowie der aktuell verstärkt auftretende und diskutierte israelbezogene Antisemitismus (grundlegend [Bernstein](#), [Holz/Haury](#), [Mendel](#), [Salzborn](#); einschränkend dazu [hier](#) und [hier](#)) nun von den Landesverfassungen erfasst sind.

Die verfassungsrechtsdogmatische Literatur hierzu ist leider spärlich. Reichhaltig sind dagegen die zu rezipierenden Erklärungsmodelle, Theorien und empirischen Befunde u.a. der sozial- und kulturwissenschaftlichen Antisemitismusforschung (statt vieler [Salzborn](#), [Marusczyk](#)). Diese befähigen auch zum Umgang mit antisemitischen Projektionen wie dem „Gerücht über die Juden“, Codes und latentem Antisemitismus, wenn die interdisziplinären Herausforderungen (dazu [hier](#)) ernst genommen und aktiv an einem gelingenden Wissenstransfer gearbeitet wird.

Präambel, Staatsziel, Widerstandsrecht?!

In der breiteren Systematik der Landesverfassungen und angesichts des föderalen Verfassungsppluralismus stellt sich die Frage nach der Verortung der Antisemitismus-Klauseln sowie deren rechtlicher Qualifizierung. Die Formulierungen finden sich in der Präambel (Hamburg), unter den Staatszielen (Sachsen-Anhalt und Bremen) und im Abschnitt zu „Freiheit, Gleichheit, Würde“ (Brandenburg). Vorgeschlagen wurde auch ein Zusatz im Widerstandsrecht (Vorschlag Bremen). Zu beachten ist, dass die Hamburger Landesverfassung als reine Staatsorganisationsverfassung ohne Grundrechtsteil auskommt, in Brandenburg schon seit 2013 eine Anti-Rassismus-Klausel bestand (Art. 7a BbgVerf a.F.) und in Bremen bereits die Präambel auf den Nationalsozialismus und die Shoah verweist.

Grundsätzlich sind die Anti-Antisemitismus-Klauseln als Staatsziele formuliert. Dies gilt trotz der Verortung in der Präambel auch für die Hamburger Verfassung, denn auf Grund der Eigenart als rein staatsorganisationsrechtliche Verfassung kann den Verpflichtungen in der Präambel ein verbindlicherer Charakter ähnlich einem Staatsziel zugeschrieben werden (so schon 2020 dem Klimaschutz). In Brandenburg ist, wenngleich in den [Beratungen](#) nur Absatz 2 explizit als Leistungsanspruch konzipiert wurde, die Verortung im Grundrechtsabschnitt zwischen Würde und Freiheit zu vermerken. Andere Verfassungen sehen eine eher irritierende „Ver-

antwortung“ von Individuen vor. Rechtlich nicht mehr nachvollziehbar ist eine in Bremen ursprünglich vorgeschlagene Verortung im Widerstandsrecht, welche auf einem fundamentalen Missverständnis von dessen Funktion und Inhalt beruhen dürfte.

Staatsziel Antisemitismusbekämpfung

Als Staatsziel nehmen die Antisemitismusklauseln zunächst die Landesgesetzgeber in die Pflicht. Zu denken ist hier etwa an Bildungs- und Präventionsprogramme, um Antisemitismus auch als umfassende Weltanschauung wirksam zu bekämpfen. Zugleich fordert Antisemitismusbekämpfung als nun explizite Staatsaufgabe von Verfassungsrang (im Grundgesetz implizit enthalten) alle staatlichen Akteur*innen zum Handeln auf. Dabei geht es nicht nur um Aufklärung, Prävention und repressive Maßnahmen, sondern auch um die pro-aktive Förderung jüdischen Lebens und jüdischer Kultur, welche in der Verfassung von Brandenburg explizit benannt ist.

Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in Bezug auf Staatsziele ist insgesamt sehr zurückhaltend. Soweit ersichtlich, gibt es bislang noch keine verfassungsgerichtliche Entscheidung zu einer der Anti-Antisemitismus-Klauseln. Ob eine Form des Untermaßverbots entwickelt würde, welche ggf. auch eine individuelle Rechtsmobilisierung ermöglichen könnte, bleibt daher abzuwarten. Das heißt aber nicht, dass die Politik allein gefordert wäre, die neuen Regelungen nicht im Bereich des rein Symbolischen zu belassen. So sind beispielsweise alle Gerichte und Behörden verpflichtet, das Staatsziel der Antisemitismusbekämpfung als Rechtsgut von Verfassungsrang in die grundrechtliche Abwägung einzubeziehen, was aktuell vor allem mit Blick auf israelbezogenen Antisemitismus und die Meinungs-, Versammlungs-, Kunst- sowie Wissenschaftsfreiheit von nicht unerheblicher Bedeutung sein dürfte.

Pflichten des*der Einzelnen und Rechtsmobilisierung

Allerdings entsteht der Eindruck, als solle diese Verantwortung weitergegeben werden. Die Verpflichtung der*des Einzelnen in Art. 37a LSAVerf sowie in Art. 65 Ia BremVerf ist mit der zwingenden Unterscheidung zwischen Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung kaum in Einklang zu bringen. Zwar ist der Hinweis auf die gesamtgesellschaftliche Verantwortung wichtig. Als unverbindliche Postulate innerhalb verbind-

licher Verfassungsrechtsnormen irritieren solche Formulierungen jedoch eher und können so die Wirksamkeit der Gesamtregelung abschwächen.

Die individuelle Mobilisierung eines Staatsziels ist schwierig und in der Regel nur im Zusammenhang mit einem Grundrecht möglich. Für die Antisemitismusbekämpfung kann (außer unter der Hamburger Landesverfassung) auf den Schutz vor rassistischer Diskriminierung, welcher unstreitig auch Antisemitismus umfasst, zurückgegriffen werden, auch wenn die neuen Klauseln [sinnvollerweise Antisemitismus und Rassismus nebeneinander](#) benennen.

„Vergangenheitsbewältigung“ als Hindernis für Recht gegen Antisemitismus

In gesellschaftlichen Diskursen so wie in Rechtswissenschaft und Justiz scheinen nur begrenzte Kenntnis zu den vielfältigen Dimensionen von Antisemitismus zu bestehen. Häufig wird dieser auf einen völkisch-rassistischen Antisemitismus reduziert und eng mit dem Nationalsozialismus verknüpft, während andere rechtlich relevante Erscheinungsformen ausgeblendet werden. Selbst ein Gericht, welches zunächst verschiedene Definitionen von Antisemitismus zutreffend dargestellt hat, behauptet dann plötzlich, als Antisemit könne aber nur bezeichnet werden, wer „die Überzeugungen teilt, die zu der Ermordung von 6 Millionen Juden unter der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft geführt haben, und die Menschen alleine aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft angreifen und für die Übel der Welt verantwortlich machen“ ([LG München I, Urteil vom 10.12.2014 - 25 O 14197/14](#)). Das [Bundesverfassungsgericht](#) hat diese Deutung als fernliegend verworfen. Zwar betonen Politik, Justiz und Rechtswissenschaft zu Recht die historisch begründete besondere Verpflichtung aller deutschen Staatsgewalt zur Bekämpfung von Antisemitismus. In der Praxis scheint sich aber gerade diese Betonung als wesentliches Durchsetzungshindernis zu erweisen.

Von aktuellen verfassungsändernden Rechtsetzungsprozessen ist zu erwarten, dass sie den spezifischen Kontext eines post-nationalsozialistischen deutschen Staates anerkennen und zugleich aktuelle Erscheinungsformen von Antisemitismus zutreffend erfassen und effektiv bekämpfen. In Art. 7a BbgVerf wird der Nationalsozialismus nicht erwähnt. Dagegen benennt Art. 37a LSAVerf

das „nationalsozialistische Gedankengut“, „die Verherrlichung des nationalsozialistischen Herrschaftssystems“ und trennt diese nur durch ein „sowie“ von den zu unterbindenden „rassistischen und antisemitischen Aktivitäten“. Sehr ähnlich ist die Formulierung von Art. 65 Ia BremVerf. In der Präambel der Hamburger Landesverfassung wird erst Antisemitismusbekämpfung als Aufgabe benannt und anschließend in einem neuen Satz auf den historischen Hintergrund des Nationalsozialismus verwiesen.

Die neue Hamburger Formulierung hat den Vorteil, dass sie Erinnerungskultur und effektive Antisemitismusbekämpfung in einer Norm zusammenbringt und zugleich unterscheidet. In der brandenburgischen Regelung fehlt der historische Hintergrund, dafür wird in die Zukunft gerichtet die Förderung jüdischen Lebens und jüdischer Kultur garantiert. Aus diesen verschiedenen Ansätzen lässt sich für laufende verfassungspolitische Debatten um Anti-Antisemitismus-Klauseln lernen. Bereits bestehende Regelungen müssen im Interesse größtmöglicher Effektivität ausgelegt und angewendet werden.

(Verfassungs)Recht gegen Antisemitismus

Verfassungsänderungen können Schauplätze von Symbolpolitik sein, aber auch der Selbstvergewisserung dienen oder grundlegende Fragen des Zusammenlebens regeln. Die Zahl [antisemitischer Vorfälle](#) ist in den letzten Jahren weiter angestiegen. Die rechtsstaatlichen Reaktionen hierauf sind allerdings noch verbesserungsfähig. So ist es vielleicht der richtige Zeitpunkt, um Antisemitismusbekämpfung als rechtlich verbindliche Staatsaufgabe zu formulieren. Wenn eine Verengung des Antisemitismusverständnisses auf vorgeblich zwingende Bezüge zum Nationalsozialismus vermieden und zugleich die Breite rechtlicher Möglichkeiten genutzt wird, kann die Verpflichtung aller staatlichen Akteur*innen (also nicht nur der Strafverfolgungsorgane, sondern auch der Zivilgerichte, der Behörden, der Schulen und Universitäten usw.) zur effektiven Bekämpfung von Antisemitismus in all seinen Erscheinungsformen einen wichtigen Baustein für das Zusammenleben in Deutschland bilden.

Robin Hofmann

Cannabis-Legalisierung light in Deutschland

Triumph der Vernunft?

doi: 10.17176/20230426-204709-0



Kurz nach Ostern 2023 hat der Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach die [Pläne zur Cannabis-Legalisierung](#) der Regierungskoalition vorgestellt. Von der im Koalitionsvertrag vereinbarten Total-Legalisierung ist nicht viel übriggeblieben. Stattdessen optiert Lauterbach für eine ‚Legalisierung light‘, die aus zwei Säulen besteht. Zunächst soll ein Gesetzentwurf Cannabis umfassend entkriminalisieren: Erstens wird der Besitz von bis zu 25 Gramm Cannabis straffrei gestellt. Zweitens werden Cannabis Clubs erlaubt, Züchtervereine mit bis zu 500 Mitgliedern, in die jedes Mitglied bis zu drei weibliche Cannabispflanzen einbringen darf. Die zweite Säule dann sieht regionale Modellvorhaben mit kommerziellen Lieferketten vor, wie wir sie aus ähnlichen Projekten in den [Niederlanden](#) und der [Schweiz](#) bereits kennen.

Waren die Legalisierungsdebatte und die entsprechenden Konzepte bis dahin durch eine bemerkenswerte Ignoranz gegenüber der EU und ihren Vorgaben geprägt, wurden die neuen Pläne einem europarechtlichen Realitätscheck unterzogen. Das ist gut so. Trotzdem ist Lauterbachs Konzept weiterhin extrem ambitioniert und unionsrechtlich auf Kante genäht. Soll heißen: Trotz vieler guter und vor allem unkonventioneller Ideen bewegt man sich stark an der Grenze zu dem, was rechtlich zulässig sein dürfte. Das gilt vor allen dann, wenn es um die praktische Umsetzung geht. Im Folgenden sollen einige der neuralgischen Punkte des Legalisierungskonzepts untersucht werden.

25 Gramm Cannabis straffrei

Im Rahmen der ersten Säule von Lauterbachs Legalisierung light ist ein zentraler Aspekt der straffreie Besitz von 25 Gramm Cannabis für den Eigenkonsum. Der öffentliche Konsum nahe Schulen, Kitas o.ä. sowie in Fußgängerzonen bis 20 Uhr bleibt verboten. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der öffentliche Konsum von Cannabis erlaubt

wird. Europarechtlich ergeben sich gegen diese Regelung keine Bedenken. Der [Rahmenbeschluss 2004/757/JI](#) bestimmt etwa, dass der Besitz zum Eigenkonsum von den nationalen Rechtsordnungen straffrei gestellt werden kann (Art. 2). Auch das [Schengener Durchführungsübereinkommen \(SDÜ\)](#) verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht dazu, den Besitz zu bestrafen oder zu verfolgen. Lediglich der Besitz zum Zwecke der Abgabe oder Ausfuhr ist dort erwähnt (Art. 71).

Probleme könnte allerdings die erstaunlich hohe Menge von 25 Gramm Cannabis bereiten. Zum Vergleich: Bislang hielt das Bundesverfassungsgericht 6 Gramm für eine geringe Menge, bei der von einer Strafverfolgung abgesehen werden kann. In den Niederlanden werden 5 Gramm toleriert. Und in [Portugal](#), dem europäischen Paradebeispiel für Drogenentkriminalisierung, sind 2,5 Gramm Cannabis straffrei (eine Zehn-Tages-Ration). Gerade mit Blick auf Portugal zeigt sich dabei ein grundsätzliches Problem, das Lauterbachs Pläne nicht thematisiert: Wie weit darf eine Entkriminalisierung überhaupt gehen, bis es sich um eine Legalisierung handelt?

Die [UN definiert eine Entkriminalisierung](#) als ein Prozess, bei dem durch Gesetz eine Straftat von strafbar zu nicht-strafbar herabgestuft wird. Während das Verhalten weiterhin verboten bleibt, können diese Verbote mit anderen Mitteln als dem Strafrecht durchgesetzt werden. Mit anderen Worten: Wenn im Rahmen des internationalen Drogenkontrollregimes von Entkriminalisierung gesprochen wird, dann ist eine Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit gemeint. In Portugal ist es zwar straffrei, aber nicht etwa erlaubt, bis zu 2,5 Gramm Cannabis zu besitzen. Wird man damit erwischt, muss man vor einer Kommission zur Vermeidung des Drogenmissbrauchs erscheinen, die verschiedene Sanktionen verhängen kann, darunter gemeinnützige Arbeit, Geldbußen, vorübergehend Berufsausübungsverbote und Platzverweise. Die Erlaubnis des Besitzes von 25 Gramm Cannabis ohne Einschränkung kommt einer faktischen Legalisierung damit schon

sehr nah.

Sozialpolitik vs. Kriminalpolitik

Warum will die Regierungskoalition überhaupt die beträchtliche Menge von 25 Gramm legalisieren? In der Praxis dürfte dies nämlich für einige Probleme sorgen: Wie soll etwa die Polizei noch Kleindealer von Konsumenten unterscheiden? 25 Gramm ist eine Menge, mit der ein Dealer ein Geschäft machen kann und solange er sich nicht mit mehr Cannabis, oder bei der Übergabe an den Kunden, erwischen lässt, hat er nichts zu befürchten. Möglicherweise spielen hier sozialpolitische Erwägungen eine Rolle. Offenbar sollen auch Kleindealer in den Genuss der Straffreiheit kommen, da diese oft vulnerablen Bevölkerungsgruppen entstammen. Warum sollten nicht auch sie von der Entkriminalisierung profitieren, zumal das Gras, das dann straffrei konsumiert werden kann, ja auch irgendwo herkommen muss. Doch mit dieser faktischen Straffreistellung des Kleinhandels begibt man sich kriminalpolitisch auf dünnes Eis. Wer strafrechtlich kaum noch etwas zu befürchten hat, könnte dies als Anreiz verstehen, in das lukrative Geschäft mit der Droge einzusteigen. Mehr Dealer würden den Schwarzmarkt befeuern: wachsendes Angebot, sinkende Preise.

Hier ließe sich überlegen, ob nicht eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit für bestimmte Vergehen der bessere Weg wäre. Das Ordnungswidrigkeitenrecht hat nämlich den großen Vorteil, dass hier das Opportunitätsprinzip gilt, die Obrigkeit also mehr Flexibilität bei Strafverfolgung und Sanktionierung hat. Bundesweit einheitliche Richtlinien könnten etwa gestaffelte Bußgelder festlegen, wenn Anhaltspunkte für Abgabe und Handel bestehen.

Club-Cannabis als Lösung des Entkriminalisierungsdilemmas

Der interessanteste Aspekt der Legalisierung light sind die geplanten Cannabis Clubs. Der unkonventionelle Ansatz soll den grundsätzlichen Widerspruch der Cannabis-Entkriminalisierung auflösen: Was nützt der straffreie Besitz, wenn es kaum Möglichkeiten gibt, legal an das Cannabis zu kommen? Dabei sind Entkriminalisierungsmodelle wie in Luxemburg, die ausschließlich auf den Eigenanbau im heimischen Wohnzimmer setzen, nur wenig praktikable Lösungen. Denn Cannabispflanzen sind komplexe Gewächse. Anders als der Gummibaum im Bü-

ro gibt sich die Pflanze nicht mit einmal wöchentlich Wässern zufrieden. Die weiblichen Pflanzen bedürfen bis zum Erreichen des erntereifen Alters beträchtliche Aufmerksamkeit, Fachkenntnisse und Ressourcen wie Dünger, Wasser und künstliches Licht.

Genau hier kommen die Cannabis Social Clubs ins Spiel. Die gibt es in Europa schon seit den 90er Jahren und sind Zusammenschlüsse von Gleichgesinnten, die sich im Clubhaus gemeinsam der Cannabisaufzucht widmen, technisches Gerät und Expertise teilen und das Ernteprodukt gemeinsam in den privaten Clubräumlichkeiten konsumieren. Eine Weitergabe an Dritte oder eine Gewinnerzielung der Clubs ist nicht vorgesehen. Soziale Aspekte stehen im Vordergrund. Aus diesem Grund ist etwa die Mitgliederzahl meist auf einige Dutzend begrenzt.

Eben diese soziale Komponente will Lauterbach den deutschen Konsumenten nun aber gerade nicht zugestehen. Er spricht schlicht von Cannabis Clubs, also ohne ‚social‘, in denen der gemeinsame Konsum verboten bleibt. Warum tritt Lauterbach hier als Spaßverderber auf? Dahinter steht der Wille, ein europarechtkonformes Clubmodell zu etablieren. Denn obwohl die Cannabis Social Clubs erstaunlich weit verbreitet sind – in Spanien soll es laut [Wikipedia](#) bis zu 500 geben –, sind sie [nirgends in Europa legal](#).

Die Pointe der Cannabis Social Clubs findet sich im Erlaubnisvorbehalt für den Anbau zum persönlichen Konsum in Art 2 (2) des Rahmenbeschluss 2004/757/JI. Die simple Idee dahinter: Wenn der Anbau von Cannabis zum Eigenkonsum erlaubt ist, dann kann auch nichts dagegensprechen, die Pflanzen in einem privaten Vereinsheim unterzubringen. Entscheidend ist allein, dass keine Abgabe des Cannabis stattfindet, sondern die Mitglieder ihre eigenen Pflanzen aufziehen, die eigene Ernte einfahren und am Ende das eigene Cannabis konsumieren.

Cannabis Clubs in der europarechtlichen Grauzone

Was einleuchtend klingt, ist unionsrechtlich – wie könnte es anders ein – durchaus problematisch. Zum Ersten bestehen rechtliche Zweifel daran, ob die Aufzucht der eigenen Cannabispflanze in einem CSC überhaupt noch als ‚Anbau zum persönlichen Konsum‘ qualifiziert werden kann und damit unter die Straffreiheitsklausel des Rahmenbeschlusses fällt. Der Anbau in den eigenen vier Wänden ist nämlich nur deshalb privilegiert, da so der Zugriff von und die Abgabe an Dritte zumindest theoretisch weitgehend ausgeschlossen werden kann. Dies wäre in ei-

nem Cannabis Social Club gerade nicht der Fall. Dort haben sämtliche Mitglieder Zugriff auf die Pflanzen. Auch Dritte könnten Zugang bekommen, ohne dass der Pflanzenbesitzer dies kontrollieren könnte.

Zum Zweiten werden aber auch praktische Gründe gegen eine Privilegierung von CSCs angeführt. Zwar mag der soziale Gedanke im Vordergrund stehen. In der Realität aber operieren die Clubs oftmals so, dass von den Mitgliedsbeiträgen professionelle Cannabiszüchter bezahlt werden, die sich um die Aufzucht der Pflanzen kümmern. So hat eine [aktuelle Studie](#) zu den Clubs in Europa gezeigt, dass über die Hälfte der Clubs sich auf bezahlte Mitarbeiter beim Anbau des Cannabis verlassen. Gerade das will Lauterbachs Konzept verhindern, indem eine Kommerzialisierung ausgeschlossen werden soll und Dritte nicht mit der Aufzucht beauftragt werden dürfen. Zudem ist eine Begrenzung auf 500 Mitglieder vorgesehen, von denen jedes bis zu 3 weibliche Pflanzen einbringen darf. Das ergibt eine Plantage von beträchtlichem Umfang und es könnte schonmal eng werden, wenn Samstagvormittags 500 Cannabiskleingärtner nach ihren Sprösslingen schauen. Da macht es eigentlich Sinn, die Verantwortung auf diejenigen Mitglieder zu übertragen, die einen grünen Daumen haben.

Zu guter Letzt haben kriminalpolitische Gesichtspunkte der Akzeptanz der CSCs zugesetzt. Für die Strafverfolgungsbehörden sind die Clubs nämlich nur schwer von illegalen Cannabisplantagen zu unterscheiden. Es lässt sich kaum kontrollieren, ob die einzelnen Pflanzen einzelnen, echten Personen zugeordnet werden können, die dann die Ernte auch höchstselbst konsumieren – oder ob das Gras letztendlich doch auf dem Schwarzmarkt landet. Auch die Clubs selbst stehen im Verdacht, dass Cannabis zum Konsum teilweise gar nicht aufwendig selbst anzubauen, sondern direkt vom Schwarzmarkt zu beziehen wie oben genannte [Studie](#) bestätigt. Schon jetzt ist klar, dass der Kontrollaufwand erheblich werden dürfte.

Wie will Lauterbach diese Probleme lösen? Das Konzept ist deutlich darauf ausgelegt, die Abgabe von Cannabis an Dritte, sprich Nicht-Clubmitgliedern, zu verhindern. Zur Erinnerung: Die Abgabe ist im SDÜ (Art 71 (2)) strikt verboten. Das gemeinsame Konsumverbot soll dies erreichen. Dahinter steht die Befürchtung, dass die Cannabis Clubs Konsumräume einrichten könnten, zu denen auch Dritte Zugang hätten – ähnlich den niederländischen Coffeeshops.

Das Problem dürfte damit aber nicht gelöst sein: Den

Mitgliedern eines Clubs steht es nämlich grundsätzlich frei, dritte Personen in den Verein mitzubringen, es sei denn das ist per Satzung ausgeschlossen. Vereinsrechtlich unterscheidet sich ein Cannabis Club da nicht von einem Kegelclub oder Tennisverein. Zwar darf an Dritte kein Cannabis abgegeben werden. Was aber, wenn die sich Cannabis selbst pflücken, für den persönlichen Konsum? Das wäre keine Weitergabe im technischen Sinn. Man könnte diesen Gedanken noch weiterspinnen und an Cannabisverkostungen denken mit selbstgeerntetem Cannabis für Besuchergruppen. Selbst wenn man den Zugang zu den Vereinsheimen nur auf Mitglieder beschränken würde, wäre das noch lange keine Garantie, Missbrauch und auch Drogentourismus zu verhindern: Es sei nur an die Raucherclubs erinnert, die im Nachgang des Nichtraucherschutzgesetzes aus dem Boden schossen. Jeder Gast musste lediglich ein Antrag am Eingang ausfüllen und schon war man Club-Mitglied.

Auf ins drogenpolitische Neuland

Trotz all dieser noch offenen Fragen: Die Regierungskoalition betritt drogenpolitisches Neuland. Die Strategie steht europarechtlich zwar auf etwas wackeligen Füßen. Doch immerhin hat sie Füße, was man von den Plänen zur Totallegalisierung nicht behaupten konnte. Trotzdem sollte man die Erwartungen nicht zu hochstecken. Was etwa den Dreiklang Jugendschutz, Gesundheitsschutz und Eindämmung des Schwarzmarktes angeht, wird die Entkriminalisierung kaum wirkungsvoll sein. Der Schwarzmarkt wird nicht schrumpfen und damit bleiben auch Gesundheitsrisiken, etwa durch verunreinigtes Cannabis bestehen. Der Jugendschutz bleibt weiterhin der blinde Fleck der Pläne: Entkriminalisierung und die Mitgliedschaft in Cannabis Clubs gelten erst ab Volljährigkeit. Minderjährige, die mit Cannabis erwischt werden, müssen verbindlich an Frühinterventions- und Präventionsprogrammen teilnehmen. Die Kids werden es Lauterbach danken.

Die Pläne werden die Justiz entlasten und auch die Konsumenten dürfen sich freuen. Diejenigen, die sich ein großes Geschäft mit der Droge versprochen haben, die vielen Investoren und Startups, die über den Medical-Cannabis Hebel groß ins Genussgeschäft einsteigen wollten, gehen vorerst leer aus. Dass von dieser Seite viel und vor allem laute Kritik kommt, ist nachvollziehbar, zeigt aber auch was schiefgelaufen ist in der deutschen Legalisierungsdebatte. Statt Gesundheits- und Jugendschutz

haben wirtschaftliche Interessen den Diskurs dominiert. Die Regierung hat dies mutwillig befeuert und rechtliche Gesichtspunkte außen vor gelassen. Die Rechnung: Die Totallegalisierung ist vom Tisch. Zumindest vorerst.

Mit Blick in die Zukunft ist ein vernünftiges Erwartungsmanagement notwendig. Das gilt vor allem hinsichtlich der in der 2. Säule geplanten regionalen Pilotprojekte, die langfristig eine umfassende Legalisierung ermöglichen sollen. Auch hier sollte man sich keine Illusionen machen. Die Planung, Durchführung und wissenschaftliche Evaluation solcher Pilotprojekte kostet viel Zeit. Die Niederländer haben 2017 mit der Projektplanung begonnen und bis heute ist noch kein Gramm

staatlich lizenziertes Cannabis über den Ladentisch gegangen. Die Schweizer sind nur unwesentlich schneller. Und selbst wenn am Ende positive und wissenschaftlich belastbare Ergebnisse stehen, dann beginnt die Überzeugungsarbeit erst richtig. Neben der Kommission müssen auch skeptische Mitgliedsstaaten an Bord geholt werden. Unmöglich ist das nicht. Aber es kostet Zeit und Nerven. Was aber, wenn zwischenzeitlich ein Regierungswechsel stattfindet? Würde sich eine CDU-geführte Regierung auf europäischer Ebene für eine Cannabis Legalisierung stark machen? Wunder sollen bekanntlich geschehen. Darauf bauen sollte man nicht.

Kim Lane Scheppele, John Morijn

Frozen

How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities

doi: 10.17176/20230404-152138-0



After years of inaction, the European Commission and Council jointly acted to freeze EU funds totaling more than €28.7 billion for Hungary and more than €110 billion for Poland at the end of 2022, citing rule-of-law violations. Surprisingly, the decisions were taken not just (or even primarily) using the new Conditionality Regulation designed for that purpose. Instead, they used a variety of other legal tools to which rule-of-law conditionality was attached. It remains somewhat mysterious, however, precisely which funds and what proportion of those funds have been suspended, and how those suspensions have been legally justified. This post, a shorter version of a [SIEPS paper that will be published soon](#), describes what we know about the complex set of funding suspensions intended to make EU Member States pay for their rule-of-law violations.

The Obvious History of Conditionality

The idea of suspending EU funds in response to rule of law violations first arose [in a letter written on 6 March 2013](#) by four EU Member State foreign ministers. At first, it was unclear how this might be done. While the primary mechanism for dealing with challenges to fundamental values seemed to be Article 7 TEU, its high hurdles for activation render it functionally a dead letter. Existing Regulations that authorized funding suspensions, [the Common Provisions Regulation \(CPR\)](#) and [the Financial Regulation](#) (both since superseded), had been interpreted to preclude sweeping *ex ante* suspensions. Instead, the Commission used them on a project-by-project, receipt-by-receipt basis, flagging specific projects and line items for euphemistically called ‘corrections.’ Invoices submitted by the Member States for work done on those projects would then not be paid or money paid out in error would be clawed back. The CPR did contain broad language in Art. 142(1)(a) [that might allow for pre-emptive suspension of a broader swath of funds](#) where rule-of-law violations threatened their proper spending. But the Com-

mission declined to interpret its existing legal mandates broadly at that time, opting instead for an explicit legal ground for suspending funds to rule-of-law-threatening Member States.

The flagship Conditionality Regulation was tabled by the Juncker Commission near the end of its term in 2018, when the rule-of-law portfolio was still wielded actively by Frans Timmermans, who had penned the letter to the Barroso Commission. Throughout the legislative process, the Conditionality Regulation was narrowed and weakened. What began as an attempt to sanction rule-of-law violations by withholding EU funds became a law designed to protect the EU budget by withholding potentially corruptible funds until rule-of-law deficiencies could be corrected. The [Regulation](#) passed at the end of 2020 in a contentious process [that included a highly irregular intervention by the European Council](#), followed by an unsuccessful legal challenge by [Hungary](#) and [Poland](#) before the ECJ. Because the Council had promised the Regulation would not be used until the ECJ affirmed its legality, the first and so far only action against a Member State was only initiated [more than four years after the Regulation was first proposed and more than a year after it came into effect](#).

The Commission eventually triggered the Conditionality Regulation against Hungary in April 2022. It [proposed that money be suspended for only three programmes under the Cohesion Funds, and only 65% of the funding allocated thereunder. This amounted to only roughly €7.5 billion](#). Despite Hungary’s many rule-of-law violations, the Commission focused narrowly on corruption, requiring the adoption of a system to detect and prosecute it. The Hungarian government scrambled to enact a series of anti-corruption laws in fall 2022 in response, but the Commission – [correctly in our view](#) – deemed these insufficient. Upon reviewing the Commission’s recommendations in December 2022, [the Council agreed by a qualified majority vote to back the Commission](#). However, it reduced the amount of suspended funds to only 55% of

these three programs, to recognize Hungary's reform efforts.

In the end, the considerable effort to enact, defend and deploy the Conditionality Regulation led to the suspension of only €6.3 billion of funding and only to Hungary, despite the huge effect that rule-of-law deficiencies are having across the European Union. Even though this lagged far behind what advocates had hoped for, the key effect was that the Commission seemed emboldened by the Council's choice to back the unprecedented step linking the issuance of funds to rule-of-law reforms. This led to far greater effects elsewhere.

The Conditionality Regulation was Only the Beginning

As the Conditionality Regulation was making its way through the legislative process, other conditionality mechanisms had been quietly embedded throughout EU law. The Commission has used these mechanisms to freeze more than €20 billion in additional EU funds allocated to Hungary, and at least €110 billion allocated to Poland, without ever invoking the Conditionality Regulation.

The [Regulation on the Recovery and Resilience Fund](#) (the centrepiece of the Next Generation EU Package) has been a central piece of the puzzle. It embodies a logic of economic conditionality, in which issuance of recovery monies is linked to fulfilment of country-specific recommendations under the European Semester, long issued by the Council. While most of the recommendations are about macroeconomic conditions, these recommendations have contained in recent years strong rule-of-law language for some Member States. By implicitly linking economic conditionality to rule-of-law conditionality, the Recovery Regulation created a new path for withholding funds.

Each Member State must submit a Recovery Plan to be approved by the Commission, who may refuse the plan or the distribution of funds its implementation requires if country-specific recommendations are not addressed. When the Commission assessed Poland's and Hungary's proposed plans, it recommended approval of both, but with rule-of-law strings attached deriving from their respective country-specific recommendations. Consequently, none of the Recovery Funds would be distributed to either country until they met 'milestones' that restored judicial independence (for both Member States) and that fought corruption more effectively (Hungary).

The Polish milestones, [published in June 2022](#), were

widely criticized – [including by five Commissioners](#) – because they did not require Poland's compliance with all of the ECJ's judicial independence decisions. [Four European umbrella organisations of judges have even taken EU institutions to the ECJ over this decision](#). Chastened, the Commission seemingly tightened conditions, rejecting various reform attempts by Poland to unlock the money that were [widely thought to be inadequate](#). So far, Poland remains unable to access the €35.4 billion authorized under the Recovery Fund. Meanwhile, Hungary's Recovery Plan was finally approved in December 2022. But before funds could flow, Hungary was required to meet more exacting and detailed conditions aimed at restoring judicial independence, mirroring [its country-specific recommendations](#). Until these 'super-milestones' are met in full first, Hungary cannot access its entire €5.8 billion in Recovery Funds.

But the biggest budgetary hit came from an even more surprising source. At the start of each EU budget cycle, the Commission negotiates Partnership Agreements with each Member State that specify how EU funds should be spent. The [new Common Provisions Regulation, enacted in 2021](#), includes in Articles 9(1), 15 and Annex III a methodology for applying as a 'horizontal principle' (or 'enabling clause') the requirement to comply with the Charter of Fundamental Rights (CFR) in the implementation of the wide array of funds it covers. In both the Hungarian and Polish Partnership Agreements, the Commission, using the Council's qualified majority around the Conditionality Regulation as political cover, weaponized this additional conditionality tool to freeze *all* CPR-covered funds until both states restore, principally, an independent judiciary as required by Article 47 CFR.

The [EU-Hungarian Partnership Agreement](#) covers €22 billion and includes 11 national programs. This plausibly includes the €6.3 billion in funding for the three Cohesion Fund programs that are withheld under the Conditionality Regulation procedure. However, because the Partnership Agreement seems to authorize withholding *all* the funds covered by it, Hungary is facing the suspension of at least an additional €16.2 until it reinstates judicial independence. This is more than the total withholdings under the Conditionality Regulation and Recovery Regulation combined. Additionally, the Commission has withheld monies under some of these funding streams pending a) a repeal of the 'child protection law' that infringes LGBT+ equality rights, b) the restoration of academic freedom by

changing the politicized boards of trustees of the newly privatized universities and c) compliance with the right to asylum which Hungary keeps violating according to the ECJ. The relevant Charter articles are mentioned in each of the implementing decisions as explicit conditions to remedy.

Taken together, Hungary faces the suspension of at least €28.7 billion. Once the implementing decisions are published for other programs, we may find that even more funds are being withheld. For example, we know that [Hungary has been cut off from both the Horizon Europe and Erasmus+ programs](#), following the Council's Implementing Decision on the Conditionality Regulation that additionally bars any EU funds from flowing to the newly and controversially privatized universities. We cannot attribute a Euro value to this particular decision, as the funding amount results from competitive proposals not yet assessed.

In Poland's case, the suspensions, including their amounts and rationales, are even murkier. [Poland signed a Partnership Agreement with the EU in June 2022](#), in which the CFR conditionalities were limited to concerns about gender equality and the rights of persons with disabilities, with no mention of judicial independence. [Reports in October](#), however, suggested the Commission was withholding [what seems to be about €75 billion in Cohesion Funds](#) after Poland's failure to undertake promised judicial reforms. While the Commission has not publicized the legal basis for its decision, it has likely followed its approach taken in Hungary's case and invoked Article 47 CFR as a horizontal condition on the funds covered by Poland's Partnership agreement. There may be even more funds withheld under other funding streams not yet visible because none of the implementing decisions for Poland have been published.

Finally, Poland has taken an additional hit to its EU funds because the Commission has been [deducting €1.5 million per day in fines for Poland's continuing violation of decisions of the Court of Justice](#). The amount owed is now approaching €500 million. Between the Recovery Fund and Partnership Agreement suspensions, plus the docked fines, Poland is facing suspension of at least €110 billion, all without any invocation of the Conditionality Regulation.

Does Money Make Reform Happen?

Unlike anything else that the Commission has tried over the last ten years, suspending large amounts of money

has generated action. Both Poland and Hungary have already moved to enact new laws to remedy the problems that stand between them and the money they expected to receive.

But the Commission should remember that both the Polish and Hungarian governments are run by lawyers who have even jointly created [a comparative law institute to ransack other EU Member States' legal pantries for ideas that they can use to appear to comply with EU law even while undermining it](#). With 'legalistic autocrats' running the show in both countries, the Commission needs to ensure it is not fooled by mere appearances.

So far, the Commission has successfully recognized fake compliance. It refused Poland's replacement of the politicized judicial Disciplinary Chamber with a new one that nonetheless featured many of the same judges. Now Poland has run into domestic problems enacting more substantial reforms. The government faces a divided Parliament, with some of its own supporters refusing to yield to EU threats while others are eager to compromise and release the money. The new judicial reform program has now landed on the docket of the Constitutional Tribunal, [which itself is facing a new infringement action from the Commission for violating EU law](#). So the restoration of the rule of law in Poland is not imminent.

In Hungary, Prime Minister Viktor Orbán has an impregnable parliamentary majority that will follow his orders. He also is particularly adept at faking compliance with rule-of-law norms while undermining them. The Hungarian government already rushed through a set of laws establishing an anti-corruption program in fall 2022, which the Commission rightly rejected as insufficient. However, it did consider the government's new plan to reform judiciary reasonable in theory, even as [leading Hungarian human rights NGOs have already demonstrated it is more cosmetic than real](#).

Now that the Commission, using the qualified majority in the Council for the Conditionality Regulation as political cover, has seized the power to leverage great change, it must reject Potemkin reforms and distinguish paper promises from reality. Having surprised us all with massive suspensions of EU funds to the rogue states, the Commission now needs to bar the door on the flow of funds and not unlock the money until the rule of law is restored.

András Jakab

Wie die EU durch das Spitzenkandidatensystem ihre illiberalen Regime in Ungarn und Polen bekämpfen könnte



doi: 10.17176/20230412-190231-0

Die Europäische Union scheint unfähig zu sein, gegen die illiberalen Regime in Polen und Ungarn erfolgreich vorzugehen. Dabei hält sich der Irrglaube, dass die EU keine rechtlichen Mittel zur Verfügung habe, um gegen diese undemokratischen Staaten anzukämpfen. Dies ist nicht der Fall. Die EU hat und hatte schon immer die nötigen Mittel zur Hand, die jedoch auch tatsächlich genutzt werden müssten. Der notwendige Schritt, um dies zu garantieren, ist so einfach wie wirksam. Die EU muss das Spitzenkandidatensystem für die Europäische Kommission wiedereinsetzen.

In den Köpfen vieler Kommentatoren findet sich das Bild einer guten Europäischen Kommission, die tapfer gegen die bösen, illiberalen Mitgliedsstaaten ankämpft. Diese Vorstellung ist naiv. Tatsächlich kommen Mitgliedsstaaten wie Ungarn und Polen mit ihrer Politik nur deshalb so glimpflich davon, weil die Europäische Kommission sie gewähren lässt. Die Kommission wird dafür ihrerseits nicht zur Verantwortung gezogen, weil das Europäische Parlament nicht genug Macht besitzt, um die Kommission wirksam zu kontrollieren. Die Beständigkeit illiberaler Regime in Ungarn und Polen hängt davon ab. Das Abgleiten beider Länder in semiautoritäre Regime ist ein Symptom eigener konstitutionellen Schwächen der EU.

Bundeskanzler Olaf Scholz hat kürzlich in seiner europäischen Grundsatzrede in Prag gefordert, „der Kommission einen neuen Weg (zu) eröffnen, Vertragsverletzungsverfahren [...] einzuleiten“, so als fehle es der EU an geeigneten Verfahren. Tatsächlich aber stehen diese Mittel bereits [zur Verfügung](#). Neben ältere Maßnahmen, wie dem Vertragsverletzungsverfahren oder dem Verfahren nach Artikel 7, treten neue wie die Zurückhaltung von Fördergeldern nach dem Konditionalitätsmechanismus oder dem Corona-Wiederaufbaufonds, um nur ein

paar zu nennen. Das Problem sind nicht fehlende Verfahren, sondern ihre mangelnde [Anwendung](#), die von politischen Entscheidungen abhängt. Der EU-Ministerrat, der Europäische Rat und die Kommission setzen diese Verfahren bewusst nur halbherzig, gezielt zu spät oder gar nicht ein. Wenn sie sich ausnahmsweise nominell für die Verteidigung der EU-Verfassungswerte einsetzen, wie zuletzt gegen Ungarn, dann lässt sich das eher durch andere Faktoren als Ungarns Illiberalität erklären, etwa durch die ständigen Vetos bzw. Vetodrohungen Ungarns im Schatten des Ukraine-Krieges. In [manchen Fällen](#) grenzt die Untätigkeit der EU-Organe sogar an Rechtswidrigkeit, also an eine Verletzung des EU-Rechts durch EU-Organe selbst. In anderen Fällen verhält sich die Kommission zwar rechtskonform, ihr Vorgehen führt allerdings zu Langzeit-Schäden: Die weichgespülten polnischen „Meilensteine“ zur Erhaltung der Mittel aus dem Corona-Wiederaufbaufonds sowie die nur sehr mäßig hilfreichen ungarischen Maßnahmenliste im Rahmen des Konditionalitätsmechanismus sind nur die jüngsten Beispiele hierfür. Es ist und bleibt auch ein [Rätsel](#), um ein älteres Beispiel zu nennen, wie die [rechtlichen Bedenken](#) der Kommission in Bezug auf ein von Russland zu errichtendes Atomkraftwerk in Ungarn im Jahr 2016 prompt aufgelöst werden konnten.

Strukturen demokratischer Verantwortlichkeit sollen institutionelle Anreize zu schaffen. Erhält der Präsident der Europäischen Kommission seine Macht in erster Linie von einem unendlich kompromissbereiten Europäischen Rat, der ihn vorschlägt, dann wird das Verhalten dieses Präsidenten dem Verhalten seines politischen Machtgebers gleichen. Ist es jedoch Aufgabe des Europäischen Parlaments, das viel mehr Entschlossenheit in der Verteidigung der Demokratie gezeigt hat, den Präsidenten der Kommission zu legitimieren, kann man im Umkehr-

schluss erwarten, dass dieser eher der Linie des Parlaments folgen wird – denn der Kommissions-Präsident möchte ja höchstwahrscheinlich wiedergewählt werden und sich mit seinem „Vorgesetzten“, dem Europäischen Parlament, gut stellen.

Diese Idee war die treibende Kraft hinter dem sogenannten **Spitzenkandidatensystem**: Der Spitzenkandidat der größten Fraktion wird vom Europäischen Parlament zum Präsidenten der Europäischen Kommission gewählt. Diese kleine Änderung des bisherigen Verfahrens – der de-facto-Legitimation durch den Vorschlag des Europäischen Rats – würde dazu führen, dass der Präsident der Kommission seine politische Legitimität hauptsächlich vom EU-Parlament erhält. Die Europäische Kommission ist nämlich kein apolitisches Organ. Sie besitzt das alleinige Initiativrecht für EU-Gesetze, hat eine politische Agenda innerhalb ihrer Politikbereiche. Die Kommissionsmitglieder sind obendrein meist hochrangige Politiker und Politikerinnen. Dieses Wesen der Kommission und ihre damit verbundene Macht führen dazu, dass sie weniger als eine technokratische Regulierungsbehörde, sondern eher als Regierung verstanden werden muss. Die Frage ist daher nicht, ob die Kommission politisch ist (sie ist es und muss es aufgrund der geltenden Vertragsbestimmungen auch sein), sondern worauf sich ihre politische Legitimität stützt.

In ihren Antworten auf die Frage, wie illiberale Regimekrisen in der EU bewältigt werden sollen, unterscheiden sich der Europäische Rat und das Europäische Parlament beträchtlich. Das Parlament hat strategisch versucht, eine liberale demokratische Werte-Basis zu schaffen, der Europäische Rat dagegen, die Autonomie der Mitgliedsstaaten zu beschützen, auch wenn diesem Schutz eben jene demokratischen Grundwerte zum Opfer fallen. Die Kommission hat sich in der Mitte zwischen diesen beiden Haltungen platziert, kontinuierlich

die Hoffnung säend, sich letztendlich auf die Seite des Europäischen Parlaments zu schlagen. Bis jetzt ist diese Hoffnung nicht erfüllt worden – und all jene, die an die EU-Gründungswerte glauben, werden höchstwahrscheinlich auch in der Zukunft immer wieder enttäuscht werden. Hierbei handelt es sich nicht um ein moralisches Urteil, sondern um eine institutionelle Vorhersage. Möchte man eine echte Änderung und nicht nur gutklingende Tweets, dann braucht es einen strategischen Plan, um das Spitzenkandidatensystem bis 2024 wieder zu beleben.

Eine **Änderung der EU-Verträge** ist hierfür nicht notwendig. Die derzeit geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen ermöglichen dieses Vorgehen bereits; es mangelt bislang lediglich an der nötigen politischen Arbeit. Das Spitzenkandidatensystem wurde das erste Mal bei den Wahlen des Europäischen Parlaments in 2014 angewandt, jedoch 2019 kurzzeitig von den Regierungen der Mitgliedsstaaten in einer Serie von **chaotischen und intransparenten Handlungen** wieder verworfen. Das Europäische Parlament hat dies ohne weiteres geschluckt. Dies hat die EU-Demokratie ein großes Stück zurückgeworfen und ist selbst ein Phänomen der Erosion. Im aktuellen Koalitionsvertrag setzt sich auch die Bundesregierung die (Wieder-)Einführung des Spitzenkandidatensystems als europapolitisches Ziel, bisher allerdings ohne sich auch sichtbar politisch dafür einzusetzen.

Eine Allianz von willigen Mitgliedsstaaten und EU-Parlamentsabgeordneten sollte – am besten heute – verkünden, dass sie dem Spitzenkandidatensystem folgen wollen. Dieser Schritt wäre nicht nur hilfreich, um die demokratischen Verantwortlichkeitsschwächen der Europäischen Kommission zu überwinden, sondern auch um zu verhindern, dass die EU selbst in den Strudel ihrer illiberalen Regime gezogen wird.

Hannah Ruschemeier

Squaring the Circle

ChatGPT and Data Protection

doi: 10.17176/20230407-190249-0



At the end of last week, the ChatGPT hype finally reached the legal world. The Italian Data Protection Authority (DPA) imposed a temporary restriction on the processing of Italian users' data by OpenAI, the US-based company that develops and manages the software. OpenAI has now taken ChatGPT offline in Italy and must notify the Italian DPA within 20 days of the measures taken to comply with the order or face a fine of up to €20 million or 4% of its total annual worldwide turnover. Below, I briefly explain what ChatGPT is, how the Italian DPA handled it, and what this tells us about the current state of EU data protection law and attempts to regulate 'artificial intelligence'.

ChatGPT is a Predictive Model

ChatGPT is probably the most well-known, and most popular example of a [Large Language Model](#) (LLM) and provides a very accessible example of what 'AI' can do today in terms of visibility and understandability. Many people have been impressed by the eloquent responses, seemingly emotional conversations, and its coding ability. Millions of users have tested LLMs for a variety of purposes. The technical functions of LLM have already been explained [clearly here](#). What is important for an evaluation in terms of data protection is that LLMs require an (even) larger mass of training data than other machine-learning (ML) models, as human language is complex. Additionally, as with other ML-models, there are two processing steps ([explained here](#), p. 42 f.): firstly, processing within the framework of the training of the model and the application of the model through actual use by the end users. The second step involves predicting the probability of word order in text, e.g. in response to a user-generated question. This process results in two different data processing operations for divergent purposes in terms of data protection law. Additionally, data security considerations cannot be disregarded; researchers have [repeatedly](#) shown that membership inference attacks can be used to extract personal data from LLM and thus enable re-

identification of individuals.

The Decision of the Italian DPA

Interestingly, the media hype surrounding ChatGPT was its undoing. The decision by the Italian data protection regulator explicitly mentions the media coverage regarding the programme. The ball was set rolling by a data leak on 20 March 2023, to which OpenAI officially [responded](#):

“A bug may have caused the unintended visibility of payment-related information of 1.2% of ChatGPT Plus subscribers who were active during a certain nine-hour window. In the hours before we took ChatGPT offline on Monday, it was possible for some users to see another active user's first and last name, email address, payment address, the last four digits (only) of a credit card number, and the credit card expiry date. The full credit card numbers were not disclosed at any time.”

Ten days later, the DPA issued a temporary ban on ChatGPT in Italy. The main points of the DPA's decision address the following potential violations:

1. lack of information for data subjects whose data is processed by OpenAI (Art. 13 GDPR),
2. a lack of legal basis for the data processing (Art. 6 (1) GDPR),
3. the incorrect processing of personal data because the information presented by ChatGPT does not always correspond to the actual data (Art. 5 (1) d GDPR),
4. a breach of the requirements of Art. 8 GDPR, according to which an age verification mechanism is required to protect underage users.

These concerns involve not only violations of the general principles of the GDPR but also potential disregard for data subjects' rights and for specific procedural requirements. Therefore, the decision of the Italian DPA draws

attention to the unresolved [conflict](#) between data protection law, which is oriented to protecting individuals, and machine learning, which requires massive amounts of information and, to an extent, [training through a large number of individuals](#). This training then inevitably relies on (and possibly even creates) personal data in the sense of the GDPR, which then close the loop to data protection law. This individual doctrinal construction on the one hand and collective technical functioning on the other leads to conflicts that data protection law may not be able to resolve (further reading [here](#), p. 37).

Information and Transparency

Regardless of the lively discussion about [explainable AI](#) or the [right to explanation provided in the GDPR](#), in order to exercise their rights, data subjects first require information about the processing of their own personal data. The training of ML-models (first step) is a processing operation subject to authorisation under the GDPR if personal data are processed. The broader and more diverse the data basis, the more likely it is that personal data were also processed. From what we know about ChatGPT's training data, the model was trained by collecting data from various sources on the internet, although we do not know exact sources. Given the sheer quantity, it appears impossible to identify and inform individuals of the processing, or to make a statement with regard to individual personal data processing. Rather, it can be assumed that personal data found on the internet was processed by the model.

This thus effectively rules out compliance with the data subject's right to information provided in Art. 13 GDPR, which is tailored to protecting individual information. Rather, the example illustrates that LLMs like ChatGPT, and possibly also other generative AI models that create content, do not only affect at an individual level, but quasi-universally. However, said quasi-universal transgression indicates a fundamental mismatch between data-guzzling models like ChatGPT and the individual protections of data protection law (see further argumentation [here](#), p. 47). Ultimately, this universality means that other data subject rights such as the right to rectification (Art. 16 GDPR) or the right to erasure (Art. 17 GDPR) exist on paper but cannot be enforced. The nearly unlimited scraping of (personal) data from the internet creates a collective dimension that goes beyond individual harm. Predictive models [exploit collective data bases](#) provided by millions of users, who have no control over

it, nor any possibility to exploit their own data.

Lack of Legal Basis

In addition to this general problem of the design of EU data protection law, ChatGPT seems to lack a suitable basis for authorising data processing altogether. In the case of publicly available data used to train ML-models, the legal basis of legitimate interest is usually invoked.

Art. 6 (1) f GDPR provides that processing is lawful where it is necessary for the purposes of pursuing the legitimate interests of the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the need to protect the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject. The broad wording of legitimate interests extends the understanding of legitimacy to cover every legal, economic, or idealistic interest, excluding only hypothetical and public interests. Hence, interests are legitimate when they are following other norms of data protection law or the legal system in general. The determination of the legitimate interest therefore boils down to a balancing of interests between the data processor and the data subject. All these factors must be interpreted in the light of the principles of data protection law. At the least, the aforementioned principle of data accuracy speaks for the interests of the data subjects concerned.

Furthermore, the context is crucial for the protective aspect of privacy and data protection. Even if data is publicly available, for example on the internet, made public by the data subject themselves, this does not entirely diminish the legitimacy of the data subject's interest in data protection. Arguably, the typical internet user does neither expect nor intend their data to be used as training material for LLMs. The training of the model is a secondary purpose. In the vast majority of cases, publicly available data was likely not meant to provide a data learning set basis for financial benefit of LLM providers. Hence, the use of publicly available data constitutes a breach of [contextual privacy](#).

The broad impact of this assessment must be considered. If many internet users are indeed affected while a single actor retains unilateral control over monetization through other people's data, we observe yet another considerable power asymmetry in informational capitalism.

Data protection is always also a limitation of power. If we take the GDPR's goals seriously, assuming that ChatGPT's operator OpenAI holds a legitimate interest in processing these heaps of data does not seem particular-

ly convincing *de lege lata*. Moreover, in the light of the entire legal order, potential copyright infringements (see in context of generative AI artworks [here](#)) must also be taken into account, which could also diminish the company's legitimate interest.

Even if one considers OpenAI to have a legitimate interest as a suitable basis for data processing, this cannot apply to the processing of special categories of personal data of Art. 9(1) GDPR. The mass [scraping of data from the internet](#) does not distinguish between different categories of data established in data protection law: personal, non-personal, sensitive etc. This is not surprising, because the context of the data is initially irrelevant for its purpose of creating the broadest possible training base.

Incorrect Processing of Personal Data

Further, the Italian DPA criticized a potential breach of the principle of data accuracy established in Art. 5 (1) d GDPR, because the information presented by ChatGPT does not always correspond to the actual data. LLMs function as predictive models. In other words, LLMs generate predictions of a sequence of words. It has been shown that they deliver information [about individuals and their personal data](#). But predictions are different from traditional data protection harms, they do not breach or publish existing information about individuals. Instead predictions assign new information to data subjects via inferences. This impacts the autonomy of the individual as information about them is produced and processed on the basis of the exploitation of collective data without any influence on their part over the process or their informal representation. LLMs make this process visible and the information that ChatGPT creates could have a huge leverage effect, making it harder to adapt to legal requirements. It is also not necessary for the inferences to be wrong to affect the rights of the individual.

Requirements for Minors

As indicated above, the Italian DPA also criticised that ChatGPT fails to verify the age of its users. The age verification requirements for minors should be the easiest to

fix. Here, too, the details of the requirements for the “reasonable efforts” of those responsible to verify the age of users are disputed, but there are various possibilities.

Data Protection Regulation as AI Regulation?

To conclude, the Italian DPA's handling of ChatGPT shows that, when enforced, the GDPR is theoretically equipped to address some of the challenges of AI. However, the question arises as to whether a ban on corresponding technologies allows for a sufficient balance of interests without inhibiting the innovation of AI that is often invoked in legal policy. Initially, the primary beneficiaries of ChatGPT's payment model are OpenAI and Microsoft, rather than the European single market, consumers, or average internet users. In addition, the example illustrates the ‘move fast and break things’ or ‘don't ask for permission, ask for forgiveness’ mentality of the big technology companies, which although recently receding, is still present.

The most practical relevant question is, will other DPAs follow? It seems that Italy's move to temporarily ban ChatGPT has inspired other European countries to think about stronger actions as well. According to [press reports](#), data protection authorities from France and Ireland have already contacted their Italian counterparts to learn more about the basis of the ban, [Canada](#) is investigating OpenAI as well.

In the end, it remains questionable whether data protection law is equipped to regulate the incredibly fast-paced development in AI. The GDPR in its current state is not able to address the kind of problems generated by LLMs. In addition to the overburdened individual-protective regulatory framework, there are enforcement deficits: ML-models pose a type of ‘victimless data protection violation’. It is simply impossible to identify the data subjects concerned. Solutions should, therefore, also be sought outside data protection law: the regulation of [data infrastructures](#), experimental regulatory models such as regulatory sandboxes and collective legal protection mechanisms. The EU's proposed AI Act offers approaches for this, but has considerable [potential for improvement](#).

Christoph Krönke

Attention Is All You Need

ChatGPT und die DSGVO

doi: 10.17176/20230414-190229-0



Allseits beschlagen wieder die Brillengläser. Die italienische Datenschutzbehörde, der *Garante per la protezione dei dati personali*, hat mit seiner [Maßnahme vom 30. März 2023](#) die vorübergehende Beschränkung der Verarbeitung personenbezogener Daten von im italienischen Hoheitsgebiet ansässigen Personen durch das KI-basierte, für Endkunden bestimmte Chatbot-Programm [ChatGPT](#) gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO angeordnet. Damit und mit der daraufhin vom Anbieter [OpenAI](#) veranlasseten Sperrung des Dienstes für italienische Nutzer bot sich für Medien, Politik und Wissenschaft rasch die Gelegenheit, einen Klassiker neu aufzulegen: Eine bahnbrechende, von einem Unternehmen aus San Francisco entwickelte Technologie, (zu Recht) [gefeiert](#) als Meilenstein der neueren Technikgeschichte, zerschellt am harten Beton des Brüsseler Datenschutzregimes. Während einige technikkritische Stimmen – auch schon auf dem [Verfassungsblog](#) – laut applaudieren („[ChatGPT has a big privacy problem](#)“), prügeln andere hitzig auf das vermeintlich innovationsfeindliche Datenschutzrecht ein. Doch gibt ChatGPT – bzw. vorsichtiger formuliert: was bislang öffentlich über ChatGPT bekannt ist – tatsächlich Anlass für derart fundamentale datenschutzrechtliche Bedenken im Hinblick auf generative KIs?

Eine nüchterne Betrachtung der vom italienischen *Garante* angegebenen Begründung seiner Maßnahme aus datenschutzrechtlicher Perspektive zeigt: Bei verständiger Interpretation steht das Datenschutzrecht den modernen Anwendungen generativer KI für Endkunden – einerseits – keineswegs in unvereinbarer Weise entgegen und blockiert damit auch nicht den technologischen Fortschritt. Andererseits müssen Anbieter derartiger Anwendungen durchaus Sensibilität für datenschutzrechtliche Vorgaben und Belange beweisen – sowohl beim Betrieb als auch bei der Entwicklung der Programme. Bei der Sensibilität für datenschutzrechtliche Fragen besteht speziell für ChatGPT wohl in der Tat noch ein wenig Luft nach oben.

Datenschutzrechtliche Gründe für die Maßnahme gegen ChatGPT

Im Einzelnen sind es vier (mögliche) datenschutzrechtliche Verstöße, die der *Garante* zur Begründung seiner schneidigen Maßnahme angeführt hat:

- Weder den Benutzern noch den betroffenen Personen, deren Daten von OpenAI gesammelt und über den ChatGPT-Dienst verarbeitet wurden, würden Informationen zur Verfügung gestellt.
- Es gebe keine geeignete Rechtsgrundlage für die Erhebung personenbezogener Daten und deren Verarbeitung zum Zwecke des Trainings der dem Betrieb von ChatGPT zugrunde liegenden Algorithmen.
- Die Verarbeitung personenbezogener Daten der betroffenen Personen sei insofern ungenau, als die von ChatGPT bereitgestellten Informationen nicht immer mit den tatsächlichen Daten übereinstimmen.
- Es fehle an einer Überprüfung des Alters der Nutzer des ChatGPT-Dienstes, der gemäß den von OpenAI veröffentlichten Bedingungen Personen vorbehalten ist, die mindestens 13 Jahre alt sind.

Während die letztgenannte Frage eines angemessenen Jugendschutzes nicht datenschutzspezifisch ist und daher im Folgenden ausgeblendet wird, berühren das Fehlen einer Rechtsgrundlage sowie die mangelnde Richtigkeit und Transparenz der Verarbeitung geradezu die Grundfesten des Datenschutzrechts. Alle drei datenschutzbezogenen Gründe, die der *Garante* für seine Maßnahme angeführt hat, erweisen sich bei näherer Betrachtung allerdings nicht als unüberwindbares Hindernis, das die Grundlage für eine dauerhafte Beschränkung oder gar ein Verbot des Dienstes bilden könnte – jedenfalls auf der Basis der Informationen, die zu ChatGPT bislang öffentlich verfügbar sind. Im Einzelnen ist indes durchaus differenzierte Kritik an der Ausgestaltung des Dienstes an-

gebracht.

Funktionsweise einer generativen KI wie ChatGPT

Wichtig für die datenschutzrechtliche Beurteilung ist zunächst, sich die Funktionsweise einer generativen KI wie ChatGPT – ein Akronym für „Generative Pre-trained Transformer“, ausgestaltet als „Chat“-Programm – zumindest in groben Zügen bewusst zu machen. Die grundlegende Idee, auf der insbesondere ChatGPT beruht, ist denkbar einfach. Das Programm erzeugt („Generative“) auf der Grundlage eines Inputs (zum Beispiel einer Frage, die der Nutzer eingibt) einen Text, indem es das zu dem Input wahrscheinlich am besten passende (erste) Wort findet. Auf der Basis des Inputs und des gefundenen Wortes sucht das Programm sodann erneut nach dem nächsten (zweiten) Wort, das wahrscheinlich am besten zu dem vorherigen Text passt. Dieser Vorgang wird so lange wiederholt, bis das Programm genügend Antworttext erzeugt hat. Das jeweils am besten passende Wort bestimmt das Programm anhand der auf Datenbasis (dazu sogleich) ermittelten Wahrscheinlichkeit, mit der ein Wort auf eine bestimmte Wortfolge hin verwendet wird. Derartige Sprachmodelle funktionieren daher, in den treffenden Worten der schleswig-holsteinischen Datenschutzbeauftragten Marit Hansen, wie ein (sehr leistungsfähiger) „stochastischer Papagei“. ChatGPT ist dabei, wie der Name sagt, ein „Transformer“, folgt also einer besonders wirksamen Methode, mit der das Programm die eingegebenen Zeichenfolgen in Antworttexte übertragen kann. Konkret lenkt ein solcher Transformer die Aufmerksamkeit („attention“) bei der Verarbeitung jedes einzelnen Wortes auf bestimmte andere Ausdrücke im Text, um die verschiedenen Kontexte, in denen ein bestimmtes Wort verwendet werden kann, möglichst differenziert zu erfassen. Um die Wahrscheinlichkeiten mit Hilfe des spezifischen Aufmerksamkeitsmechanismus von ChatGPT bestimmen zu können, wurde das Sprachmodell der gegenwärtig öffentlich zugänglichen Variante [in zahlreichen Schritten](#) mittels künstlicher neuronaler Netze und mit menschlichem Feedback trainiert, auf der Grundlage eines „Pre-trainings“ mit Texten, bestehend aus rund 400 bis 500 Milliarden Wörtern, die aus online verfügbaren Quellen wie etwa Wikipedia oder digitalisierten Büchern aus dem Gutenberg-Projekt stammen.

Unterscheidung von Trainingsdaten und Betriebsdaten

Berücksichtigt man diese Funktionsweise von GPT, muss bei der datenschutzrechtlichen Bewertung des Programms ganz grundsätzlich unterschieden werden zwischen den bei den verschiedenen Trainingsschritten verarbeiteten Daten (im Folgenden: Trainingsdaten) und den diversen Inhalts- und Nutzungsdaten, die beim Betrieb des Programms von den Benutzern eingegeben bzw. erzeugt werden (im Folgenden: Betriebsdaten). Beide Datenmengen können zu ganz erheblichem Anteil auch personenbezogene Daten enthalten. So wurden beim Trainieren der KI mit öffentlich zugänglichen Daten aus dem Internet sicherlich auch vielfältige personenbezogene Daten herangezogen. Und auch bei der Nutzung von ChatGPT durch ein Unternehmen oder Einzelpersonen werden diverse Daten generiert oder erhoben, die sich bestimmten oder bestimmbar Personen zuordnen lassen – man denke etwa an die Inhalte der Anfragen, die ein Nutzer bei der Verwendung von ChatGPT in die Eingabemaske eingibt, und an die Metadaten, die bei der Nutzung des Programms anfallen (Zeit, Ort, Häufigkeit der Nutzung usw.). Beide Datentypen – Trainings- und Betriebsdaten – werden in verschiedenen Kontexten und für unterschiedliche Zwecke erhoben und verarbeitet. Für sie gelten daher auch jeweils unterschiedliche datenschutzrechtliche Anforderungen.

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung

Mit Blick auf die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Trainingsdaten bemängelte die italienische Datenschutzbehörde bereits das Fehlen einer geeigneten Rechtsgrundlage („*RILEVATA l'assenza di idonea base giuridica in relazione alla raccolta dei dati personali e al loro trattamento per scopo di addestramento degli algoritmi sottesi al funzionamento di ChatGPT*“). Diese – gewiss entscheidungsstilbedingt – lapidare Feststellung verwundert einigermaßen, denn als Rechtsgrundlage kommt naheliegendermaßen zunächst Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO in Betracht. Dass es den berechtigten, konkret: durch die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) gedeckten Interessen eines Unternehmens entsprechen kann, Informationen zu verarbeiten, die über Veröffentlichungen im Internet gleichsam allverfügbar sind, ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung (insbesondere des EuGH, spätestens seit der Rechtssache [Google Spain](#) aus 2014, aber auch des BGH, etwa in seinem [Delisting-Urteil](#)

aus 2020) bereits seit dem Aufkommen und der Verbreitung von Suchmaschinen weitgehend anerkannt und wird nicht mehr ernstlich bestritten. Letztlich ist dies auch Ausdruck einer sich immer weiter entwickelnden Informationsgesellschaft – der EuGH hat daher in der Sache Google Spain zu Recht auch die Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 GRC) als legitimes Verarbeitungsinteresse in Stellung gebracht (ebenso wie 2020 der BGH). Es sollte deswegen auch mit Blick auf die Entwicklung generativer KIs durch private Unternehmen nicht mehr unter Verweis auf eine vermeintliche **Allmacht informativ-kapitalistischer Akteure** infrage gestellt werden, dass eine Verarbeitung öffentlich im Internet zugänglicher Informationen im Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter privater und öffentlicher Interessen dienen kann. Vor diesem Hintergrund dürfte es – im Einklang mit der **Einschätzung** etwa des früheren baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten Stefan Brink – prinzipiell zulässig sein, für das Trainieren auch einer kommerziell angebotenen generativen KI auf online verfügbare Informationen mit Personenbezug zuzugreifen und diese zu verarbeiten.

Dies bedeutet nicht, dass eine Verarbeitung frei verfügbarer Daten zu Trainingszwecken in unbegrenztem Maße gestattet ist. Eine Berufung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO setzt eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen voraus, in deren Rahmen auch die Rechte der betroffenen Personen aus Art. 7 und 8 GRC berücksichtigt werden müssen. Deren Interessen sind durch Programme wie ChatGPT vor allem dann berührt, wenn die KI in Beantwortung von Nutzeranfragen im Internet vorfindliche personenbezogene Informationen zusammenträgt, miteinander verknüpft und mit der Nutzeranfrage kontextualisiert. Analog zur Rechtsprechung betreffend der Ausgabe von Suchergebnissen in Online-Suchmaschinen kann sich zwar nicht regelmäßig, wohl aber im Einzelfall durchaus ein Anspruch auf Löschung der betreffenden Daten ergeben, zumal wenn eine betroffene Person von ihrem Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO Gebrauch macht und damit die Darlegungslast für das Vorliegen zwingender schutzwürdiger Gründe für die Verarbeitung dem verantwortlichen Betreiber der KI auferlegt. Eine besondere Bedeutung wurde in der Rechtsprechung zu den Suchmaschinen in diesem Zusammenhang neben der **Sensibilität der Daten** auch der **Richtigkeit der verarbeiteten Informationen** beigemessen. Ein individueller Anspruch auf Richtigstellung

bzw. Löschung unrichtiger Informationen wird insbesondere dann bestehen, wenn die KI im Einzelfall falsche Darstellungen zu Personen ausgibt (dazu sogleich). Pauschal und unter Verweis auf das Fehlen einer geeigneten Rechtsgrundlage verneinen lässt sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung allerdings nicht.

Anders zu beurteilen ist das Trainieren der dem Betrieb von ChatGPT zugrunde liegenden Algorithmen frei, wenn dabei nicht nur frei verfügbare Informationen benutzt werden, sondern auch Betriebsdaten, insbesondere Nutzereingaben. So wurde etwa schon vor der Maßnahme des italienischen *Garante* berichtet, dass **„Textbeispiele von ChatGPT“ mitunter Ähnlichkeiten zu „vertraulichen Unternehmensdaten“** hätten. Eine Verarbeitung von Betriebsdaten zu Trainingszwecken lässt sich in vertretbarer Weise kaum mehr auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO stützen – insbesondere kann die kollektive Informationsfreiheit der Nutzer nicht mehr unmittelbar bemüht werden –, sondern bedarf einer anderen, robusteren Rechtsgrundlage. Vor allem eine Einwilligung der betroffenen Nutzer gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO kommt dafür in Betracht. In der Tat sind in der **Privacy Policy** von OpenAI (Stand: 7. April 2023), auf die in den **Terms of use** (Stand: 14. März 2023) verwiesen wird, unter Ziffer 2 u.a. folgende Verarbeitungszwecke vorgesehen:

„We may use Personal Information for the following purposes: To provide, administer, maintain, improve and/or analyze the Services; (...). We may aggregate or de-identify Personal Information and use the aggregated information to analyze the effectiveness of our Services, to improve and add features to our Services, to conduct research and for other similar purposes.“

Ob diese Angaben und Formulierungen genügen, um eine i.S.v. Art. 4 Nr. 11 DSGVO informierte Einwilligung der betroffenen Nutzer nicht nur in die zur Erbringung der Dienste erforderliche Verarbeitung („To provide ... services“), sondern auch in Verarbeitungen zur Verbesserung und Fortentwicklung („improve and add features“) zu tragen, mag hier noch dahinstehen (dazu unten die Überlegungen zur Transparenz). Ganz grundsätzlich kann eine Einwilligungserklärung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO aber richtigerweise durchaus die Grundlage für Datenverarbeitungen zum Zwecke des kontinuierlichen Trainings einer generativen KI wie ChatGPT bil-

den. Voraussetzung dafür ist dann unter dem Gesichtspunkt der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO) und der Vertraulichkeit und Integrität (Art. 5 Abs. 1 lit. f) DSGVO) sicherlich, dass geeignete, beim Trainieren einer KI ohne Zweifel anspruchsvolle technische und organisatorische Maßnahmen (insbesondere effektive Anonymisierungstechniken, die im Sinne der [Breyer-Entscheidung des EuGH](#) eine Re-Identifizierung zwar nicht objektiv unmöglich, aber doch „praktisch nicht durchführbar“ und damit wirtschaftlich unmöglich machen) getroffen werden, um die Risiken für die betroffenen Personen zu begrenzen. Eine geeignete Rechtsgrundlage ist mit der Einwilligungsmöglichkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO jedoch prinzipiell vorhanden.

Weitergehende, hier nicht weiter thematisierbare Rechtsfragen zur Verarbeitungsgrundlage stellen sich schließlich dann, wenn ein (unternehmerisch handelnder) Nutzer die API von OpenAI im Rahmen einer Auftragsverarbeitung verwenden möchte, um selbst als Verantwortlicher personenbezogene Daten (weiter) zu verarbeiten (z.B. um Kundenbewertungen auf Bewertungsportalen automatisiert beantworten zu lassen). Für diesen Fall hält OpenAI ein gesondertes [Data Processing Addendum](#) vor.

Richtigkeit der Daten

Soweit die Richtigkeit der verarbeiteten Daten die Zulässigkeit des „Ob“ der Verarbeitung betrifft, überschneiden sich die Maßstäbe teilweise mit dem Grundsatz der Datenrichtigkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO, der von der italienischen Datenschutzbehörde ebenfalls gesondert gerügt wurde („RILEVATO che il trattamento di dati personali degli interessati risulta inesatto in quanto le informazioni fornite da ChatGPT non sempre corrispondono al dato reale“). Die Beanstandung von ChatGPT erscheint insoweit zunächst intuitiv plausibel und nahbereichs empirisch gestützt. Den Verfasser dieser Zeilen etwa gibt ChatGPT (Stand: April 2023) zwar schmeichelhaft, aber unzutreffend als Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München aus, wo er angeblich Experte im Bereich des Zivilrechts sei, mit Schwerpunkten im Schuldrecht, Sachenrecht und Erbrecht.

In der Tat verpflichtet der Grundsatz der Datenrichtigkeit den Verantwortlichen – hier: OpenAI – prinzipiell dazu, sicherzustellen, dass die von ChatGPT generierten Ausgaben nicht auf ungeeigneten Trainingsmethoden beruhen und in der Folge falsche Mitteilungen über

Tatsachen oder unrichtige Einschätzungen in Bezug auf eine betroffene Person enthalten. Der Betreiber der Software muss dabei nicht nur dann tätig werden, wenn die betroffene Person einen Anspruch auf Berichtigung (Art. 16 Abs. 1 DSGVO) erhebt. Jedenfalls dann, wenn es um einen [wirkmächtigen Dienst](#) geht, der mit derart weitreichenden Verarbeitungen wie im Falle von Suchmaschinen oder allgemeinen generativen KIs einhergeht, muss der Betreiber – wie der EuGH mit Blick auf die Datenpflege im [Ausländerzentralregister](#) bereits im Jahr 2008 festgestellt hatte – ähnlich wie ein hoheitlich handelnder Akteur auch von sich aus tätig werden, um unrichtige Informationen unverzüglich zu löschen oder zu berichtigen. Den Verantwortlichen trifft insoweit, wie sich heute auch aus Art. 24 und Art. 25 Abs. 1 DSGVO ergibt, prinzipiell eine Organisationspflicht in Bezug auf die Gewährleistung der Richtigkeit und Aktualität verarbeiteter personenbezogener Informationen.

Könnte und müsste man die Ausgabe und Verbreitung unrichtiger personenbezogener Angaben durch einen Anbieter digitaler Dienste indes ohne Weiteres zum Anlass nehmen, den betreffenden Dienst dauerhaft zu beschränken oder zu verbieten, müsste man praktisch sämtliche Online-Plattformen und insbesondere wiederum die großen Suchmaschinen unverzüglich vom Netz nehmen. Dass dies weder zweckmäßig noch rechtlich geboten ist, liegt auf der Hand. Ein angemessener datenschutzrechtlicher Umgang mit der Verbreitung unrichtiger personenbezogener Daten durch digitale Dienste verlangt vielmehr nach der Entwicklung maßvoller Organisationspflichten der Betreiber zur Gewährleistung der Richtigkeit verarbeiteter personenbezogener Informationen, wie sie beispielsweise der BGH bereits 2013 in seinem (inhaltlich mittlerweile gewiss fortgeschriebenen) [Autocomplete-Urteil](#) geleistet hatte. In jener Entscheidung machte der BGH eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers Google für persönlichkeitsrechtsverletzende Suchergänzungsvorschläge (die sog. „Autocomplete“-Funktion) von der Verletzung einer Überwachungspflicht abhängig, deren Inhalt und Reichweite er grundrechtsgeleitet nach Maßgabe von Zumutbarkeitsgesichtspunkten bestimmte. Dieser Grundgedanke der BGH-Entscheidung lässt sich auch auf die Beurteilung von innovativen generativen KIs wie ChatGPT übertragen, die auch technisch durchaus Parallelen zu der Autocomplete-Funktion aufweisen („[Autocomplete reloaded](#)“). Von vornherein ausschließen lassen sich Unrichtigkeiten bei der Wiederga-

be personenbezogener Informationen mittels generativer KI demnach vernünftigerweise nicht, zumal es sich ganz überwiegend um ersichtlich experimentelle Anwendungen handelt. Anders als die Betreiber von klar auf informationelle Verlässlichkeit ausgelegten Suchmaschinen kommuniziert OpenAI dies auch nicht, sondern hebt sehr deutlich als die „Limitations“ von ChatGPT hervor:

„May occasionally generate incorrect information – May occasionally produce harmful instructions or biased content – Limited knowledge of world and events after 2021“.

Dem Empfänger der verarbeiteten Daten muss damit klar sein: Die ausgegebenen Informationen erheben keinen unbedingten Richtigkeitsanspruch, sondern sollten stets gesondert auf ihre Richtigkeit und Aktualität überprüft werden. Wenn und soweit der Betreiber daneben auch ein System vorhält, das im Einklang mit Art. 16 Abs. 1 DSGVO eine hinreichend effektive Bearbeitung von Meldungen und die zeitnahe Korrektur von Unrichtigkeiten ermöglicht, ist der Grundsatz der Datenrichtigkeit kein unüberwindbares Hindernis für Dienste wie ChatGPT. Allein vor diesem Hintergrund erscheint der Verweis des italienischen *Garante* auf Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO deutlich überzogen.

Informationspflichten

Es bleibt als dritter Grund für die angeordnete Beschränkung der Datenverarbeitung die mangelnde Bereitstellung hinreichender Informationen sowohl für die Nutzer von ChatGPT – in Bezug auf die Verarbeitung der Betriebsdaten – als auch für die sonst betroffenen Nicht-Nutzer – in Bezug auf die Erhebung und Weiterverarbeitung von Trainingsdaten (*„RILEVATO, da una verifica effettuata in merito, che non viene fornita alcuna informativa agli utenti, né agli interessati i cui dati sono stati raccolti da OpenAI, L.L.C. e trattati tramite il servizio di ChatGPT“*). In dieser Hinsicht geben speziell die Dienste von OpenAI gegenwärtig in der Tat noch Anlass zu datenschutzrechtlicher Kritik.

Zu differenzieren ist hier erneut zwischen der Verarbeitung von Trainingsdaten und der Verarbeitung von Betriebsdaten. Für die Verarbeitung frei verfügbarer personenbezogener Informationen zu Trainingszwecken dürften regelmäßig Art. 12 und Art. 14 DSGVO maßgeblich sein. Der Verantwortliche muss demnach i.S.v. Art. 12 Abs. 1 DSGVO „geeignete Maßnahmen“ treffen, um

den Betroffenen Informationen u.a. bezüglich der Verarbeitungszwecke mitzuteilen, Art. 14 Abs. 1 DSGVO. Dabei genügen in digitalen Umgebungen – wie etwa die Artikel-29-Datenschutzgruppe in ihrem [WP 160](#) zu Transparenz herausgearbeitet hat – prinzipiell auch abstrakt-generelle Darstellungen in leicht auffindbaren Datenschutz- oder Transparenzrichtlinien, ggfs. in angemessen abgeschichteter Form. Eine individualisierte oder gar aktiv vom Betreiber eines digitalen Dienstes an den einzelnen betroffenen Nicht-Nutzer gerichtete Kommunikation ist nicht erforderlich (und wäre praktisch auch kaum durchführbar).

Selbst in Anbetracht dieser vergleichsweise großzügigen Maßstäbe erscheinen die Informationen, die OpenAI als der Anbieter von ChatGPT zur Verfügung stellt, gegenwärtig nicht zureichend. Die zitierte Privacy Policy betrifft lediglich die Verarbeitung von Betriebsdaten, nicht die online frei verfügbaren personenbezogenen Daten. An einer entsprechend ausdifferenzierten Datenschutzerklärung, wie sie beispielsweise [Google](#) auch mit Blick auf die Verarbeitung von Informationen in Bezug auf Nicht-Nutzer bereitstellt, fehlt es derzeit. Leistbar ist die Bereitstellung der erforderlichen Informationen natürlich allemal – sofern Wille und Sorgfalt vorhanden sind.

Strenger zu beurteilen sind demgegenüber richtigerweise die Informationen, die den Nutzern generativer KIs gemäß Art. 13 DSGVO in Bezug auf die Verarbeitung ihrer Inhalts- und Nutzungsdaten bereitgestellt werden müssen, wenn und soweit auf ihrer Basis eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO erteilt werden soll. Speziell bei einwilligungsbasierten Verarbeitungen ist zu berücksichtigen, dass die bereitgestellten Informationen essenzielle Bedeutung für die Willensbildung seitens des Betroffenen haben und ein allzu großzügiger Maßstab bei der Beurteilung der Informationsbasis im Ergebnis dazu führen kann, dass mit der daraufhin erteilten Einwilligung praktisch jede Datenverarbeitung legalisiert werden kann. Die Informationspflichten des Verantwortlichen im Kontext einer Einwilligung sollten daher grundsätzlich anspruchsvoll interpretiert werden; überdies sollte die Bereitstellung nur unzureichender Informationen auf Rechtsfolgende den Wegfall einer tragfähigen Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO zur Konsequenz haben – mithin also besonders einschneidend für den Verantwortlichen sein.

Vor diesem Hintergrund erscheinen auch die oben zi-

tierten Informationen, die den Nutzern von ChatGPT in der [Privacy Policy](#) (Stand: 7. April 2023) von OpenAI zur Verfügung gestellt werden, als gegenwärtig wohl noch zu weit gefasst, um eine ausreichende Basis für eine informierte Einwilligung in die Verarbeitung zu bilden. Die deutschen Zivilgerichte haben in den vergangenen Jahren vor allem zu weit gefasste Zweckbestimmungen in Bezug auf umfassende Datenverarbeitungen mehrfach für unwirksam erklärt. Passend zu den von OpenAI in der Privacy Policy verwendeten Formulierungen wurden in der Rechtsprechung etwa Einwilligungsklauseln für unzulässig erachtet, wonach erhobene Daten dazu verwendet würden, die „Produkte, Dienste, Inhalte und Werbung zu entwickeln, anzubieten und zu verbessern“, ohne dabei anzugeben, „welche der vom Verbraucher erhobenen Daten genutzt werden und wie dies im Einzelnen erfolgen soll“ (so etwa das [LG Berlin](#) mit Blick auf Bestimmungen in den AGB der irischen Apple-Tochter). Aufgrund dieser Maßgaben ist bei einer beabsichtigten Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch generative KI-Systeme, die typischerweise auf eine möglichst umfassende Verwertung möglichst vieler Informationen abzielt, sorgfältig auf eine möglichst präzise Zweckbestimmung zu achten. Eine datenschutzrechtssichere Formulierung entsprechender Einwilligungserklärungen ist zwar sicherlich anspruchsvoll, mit entsprechender Mühe und Rücksicht auf die Architektur des Sprachmodells aber zweifelsohne leistbar. In dieser Hinsicht dürfte OpenAI noch nachbessern müssen – aber auch können.

Bei der Entwicklung der Maßstäbe für hinreichend transparent und verständlich gestaltete Informationen für Betroffene muss im Einzelnen freilich bedacht werden: Die Gewährleistung transparent generierter, zumindest erklärbarer Outputs von KI-Systemen und die Herleitung darauf bezogener konkreter Transparenz- und Informationsanforderungen übersteigt den Regelungsanspruch des Datenschutzrechts letztlich sehr deutlich. Auf sie zielen andere, spezifischere Regulierungsinstrumente ab – etwa der [Digital Services Act \(DSA\)](#), der für Ver-

mittlungsdienste mit komplexen Sortier- und Moderationsalgorithmen u.a. Transparenzberichtspflichten statuiert, und der ins Werk gesetzte [AI Act](#), der die Grundlagen für ein allgemeines KI-Produktsicherheitsrecht legen soll. Die Herstellung umfassender KI-Transparenz qua Datenschutzrechts erscheint daher von vornherein als überambitioniert und überdehnt damit auch das Mandat der Datenschutzbehörden.

“Attention is all you need”

Zusammenfassend wird man festhalten dürfen: Der *Garante per la protezione dei dati personali* hat mit seiner Maßnahme zwar auf kritische Punkte hingewiesen, die bei der datenschutzrechtskonformen Ausgestaltung generativer KI-Dienste für Endkunden wie ChatGPT beachtet werden müssen – und von OpenAI zum Teil tatsächlich vernachlässigt wurden. Insgesamt ist er mit der ansatzlosen und rigorosen Anordnung der vorübergehenden Beschränkung der Verarbeitung aber [über das Ziel hinausgeschossen](#), da aus datenschutzrechtlicher Sicht keine unüberwindbaren Hindernisse für einen rechtskonformen Betrieb bestehen, die nicht auch durch mildere, deutlich grundrechtsschonendere Aufsichtsmaßnahmen (z.B. im Wege der informellen Beratung oder einer Warnung, Art. 58 Abs. 2 lit. a) DSGVO) hätten ausgeräumt werden können – auch unter Berücksichtigung der Interessen betroffener Personen. Es bleibt zu hoffen, dass andere Aufsichtsbehörden diesem Beispiel nicht folgen.

Für die Anbieter von Programmen wie ChatGPT gilt in der Gesamtschau: Datenschutzrechtliche Sorgfalt und Aufmerksamkeit lohnen sich. Die Ansprüche des europäischen Datenschutzrechts sind durchweg erfüllbar, verlangen aber sowohl beim Betrieb als auch bereits bei der Entwicklung innovativer KI-Produkte entsprechende Anstrengungen. Es gilt damit, in Anlehnung an den von den Schöpfern des Transformer-Modells ausgegebenen Leitsatz, auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht: [„Attention is all you need“](#).

Mirko Forti

New Digital Gates for Fortress Europe?

doi: 10.17176/20230418-204442-0



On March 29th, the Permanent Representatives Committee approved the EU Council's [negotiating mandate](#) for a [Regulatory proposal](#) to digitalize the Visa procedure. If adopted, it would introduce a single website platform where third-country nationals could submit their Visa applications which will be then forwarded to the concerned EU Member States. Applicants will be able to upload all relevant information, including their personal information and travel documents, to the online portal to complete their Visa requests. They will receive updates about the results of their applications through the dedicated website. The draft Regulation will also provide for the issuance of Visas in a digital format protected by cryptographic safeguards, thus replacing Visa stickers and preventing the circulation of forged documents.

Proponents argue that the progressive digitalization of the Visa procedure will improve security and reduce administrative costs for both EU Member States and interested travellers. A uniform Visa application mechanism within the Schengen Area is also likely to prevent [Visa shopping](#) episodes. However, I argue that the Draft Regulation raises many concerns about the effective protection of the fundamental rights of Schengen visa applicants. If adopted, it threatens to perpetuate the subordination of fundamental rights to security and efficiency concerns that characterizes the increasing digitalization and datafication of EU migration management operations.

Mandatory Use of Schengen Visa Platform and Non-Discrimination

The European Data Protection Supervisor (EDPS), according with Art. 42 of [Regulation \(EU\) 2018/1725](#), delivered an [opinion](#) on the potential impact on people's rights and freedoms regarding personal data processing activities in digital Visa application procedures. Despite the significant flaws the EDPS identified with an earlier version of the draft regulation, the approved legislative draft has not addressed these.

The draft Regulation would amend Article 9 of [Regulation \(EC\) 810/2009](#) (Visa Code) to introduce the obligation to submit all visa applications for Schengen area countries through a centralised web-based platform. The legislative proposal foresees derogations to such an obligation for several reasons, including humanitarian grounds. However, the draft text explicitly declares that EU Member States *may* allow specific categories of people to submit Visa applications without using the new online platform. According to Recital 14 of the Regulatory draft, such special provisions could apply to people with digital accessibility issues. People may struggle to submit their Visa application on the online platform due to several factors, including low digital literacy or the lack of the necessary technical equipment. However, despite the ostensibly inclusionary rationale underpinning these exemptions, national authorities have a wide margin of discretion on how to interpret and apply them. This opens the door for discriminatory treatment. More specifically, non-digital submission for Schengen Visa may depend on arbitrary variables, such as how the requested State addresses the above-mentioned exemptions, and not on the needs of the potential applicants.

Data Protection Principles

The legislative proposal would amend [Regulation \(EC\) 767/2008](#) (VIS Regulation) by providing for the collection of the IP address from which the visa application is sent among the application data. The VIS database would store such information, and several subjects, including EUROPOL and EU Member States authorities, would then be able to access the data for a variety of purposes, including [law enforcement](#) and border management. According to the landmark [ruling](#) of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the Breyer case, the IP address may fall into the category of personal data to whose processing the safeguards of the [Regulation \(EU\) 2016/679](#) (GDPR) must be applied. As such, collection and elaboration activities of IP address data should be necessary

and proportional to the digitalization of the Schengen Visa procedure. However, the legislative draft lacks a proper necessity assessment of such data processing activities that could represent an undue limitation of data processing rights of concerned individuals according to Art. 52 of the EU Charter of Fundamental Rights. Indeed, it should strike us as questionable whether the collection of an applicant's IP address is necessary for the assessment of their Visa request. The insistence on these data protection safeguards ensures that the digitalization of Visa procedures does not serve to legitimize indiscriminate data collection activities for security purposes.

Data Quality Issues

The draft Regulation would require consulates and external service providers to perform data quality checks on the information uploaded on the platform. However, the legislative proposal does not provide uniform data quality assessment procedures. Spelling errors, translation mistakes, technical failures, and unreliable birth certificates are a [few examples](#) of low-quality data flows affecting large-scale information systems in the Freedom, Security and Justice Area. Providing standardized and uniform data quality safeguards would prevent discriminatory outcomes and ensure the same treatment to interested individuals addressing different consulates. High-quality data would ensure reliable and transparent decision-making processes, thus safeguarding the fundamental and procedural rights of interested Visa applicants and preventing the propagation of discriminatory attitudes that could exacerbate the vulnerabilities of third-country nationals. Moreover, reliable and accurate data would permit the effective implementation of border control policies preventing security threats.

Right to Information

According to the legislative draft (point 30, amending art.47 of the Regulation (EC) 810/2009), the Schengen Visa platform should provide the general public with all the relevant information about the digitalized application procedure. However, the platform should also adequately inform data subjects to ensure fair and legitimate data processing activities in compliance with the GDPR requirements. Specifically, data subjects should be informed about the modalities and the goals of data processing activities concerning their personal information within

the context of interoperability between large-scale information systems at the EU external frontiers. Different actors (e.g. border authorities, law enforcement agencies) can access data for a variety of purposes, including border control, counter-terrorist, and migration management. The overlapping of such different purposes can make it difficult to comply with the principles of purpose limitation and data minimization.

No Clear and Uniform Accountability Framework

The draft Regulation establishes that the EU agency eu-Lisa should develop the online platform and provide EU Member States with the necessary technical equipment to join to this system. However, the legislative proposal fails to define a clear framework of the roles and responsibilities of the different actors (the EU and its Member States, third countries of origin, interested Visa applicants, private suppliers of technological instruments) involved in the data processing activities needed for the digitalization of Visa procedures. The coexistence of a plurality of actors accessing and elaborating the same information for a variety of purposes through technological means may blur the boundaries of accountability profiles. A blurred accountability framework, hiding the responsibilities of involved actors behind the curtains of technological complexities, would infringe on the possibility for concerned individuals to individuate who to hold accountable for their rights.

Concluding Remarks

The implementation of digital Schengen Visas is the latest example of a more complex [digitalization](#) process regarding the management of the EU's borders. The deployment of technological solutions for border control and migration management procedures purportedly serves to identify and prevent any [security risks](#) for the EU and its Member States, while also streamlining cumbersome administrative processes. While these are important benefits, data-driven borders have been shown to operate as sites of social sorting, [filtering](#) access to mobility rights accordingly with potentially discriminatory indicators such as ethnicity, language, nationality, and religious beliefs. The progressive [datafication](#) of EU borders relies on [techno-solutionism](#) assumptions, according to which targeted data processing activities can forecast the future behaviour of specific individuals. This approach

does not consider how the deployment of technological devices could [shape the surrounding circumstances](#), replicating and propagating specific power dynamics and hierarchies.

These problematic dynamics are exacerbated by the consistent de-prioritization of the rights of people on the move in the EU's push towards digitalizing border control. The current legislative proposal to digitalizing visa processing is a paradigmatic example of how fundamental rights are often sacrificed in the pursuit of speed, efficiency and security imperatives. Thus, the draft Regulation aims to make Schengen Visa application proce-

dures faster and more efficient through EU-centered management via a dedicated online platform. However, as illustrated, the current proposal threatens to legitimate indiscriminate and arbitrary data collection activities regarding migrants seeking to enter Europe. A [data justice](#) approach could help alleviate the potentially harmful impact of emerging technologies on vulnerable people, including migrants, and strike a better balance between collective interests, such as border security and internal stability, and individual fundamental rights.

Felix Peerbohm

Flexible Responsibility or the End of Asylum Law as We Know It?

doi: 10.17176/20230426-204658-0



On March 21 2023, the Council [released](#) a revised draft proposal for an Asylum and Migration Management Regulation (AMMR). The draft regulation forms part of the ongoing overhaul of the EU asylum *acquis* through the [New Pact on Migration and Asylum](#), which aims to [enhance solidarity and responsibility sharing](#) across Member States. One of the AMMR's central contributions to this goal is its proposed adoption of the concept of 'flexible responsibility' – or 'adaptable responsibility' – into the EU's migration management. Already included in the controversial [Instrumentalisation Regulation](#) of 14 December 2021, flexible responsibility is the idea that Member States should be allowed to derogate from normally applicable asylum standards when faced with sudden migratory pressures. While the Instrumentalisation Regulation was [rejected](#) in December 2022, this post will detail how the new AMMR draft threatens to reintroduce the idea of flexible/adaptable derogations – including, potentially, those originally foreseen in the Instrumentalisation Regulation – into the EU's asylum framework and why we should reject it.

The Push for Flexibility/Adaptability in EU Migration Management

One of the core [issues](#) of the EU asylum *acquis* is the absence of an effective solidarity and responsibility mechanism. The (in)famous 'first entry-criterion' of the [Dublin III Regulation](#) has long resulted in an [overburdening](#) of the Member States of first arrival. The Commission tried to solve this by introducing a solidarity scheme in its 2016 Dublin IV [proposal](#) – containing a mandatory relocation mechanism that would kick-in when protection applications exceeded 150% of a Member State's pre-determined capacity level. Strong domestic opposition to mandatory relocation, however, resulted in the proposal's [withdrawal](#).

The initial, [2020 AMMR proposal](#) was the Commission's renewed attempt at a solution. Considering the op-

position to the 2016 proposal, it [replaced](#) the idea of mandatory relocation with the concept of 'flexible solidarity': while Member States should assist each other when faced with large inflows, they should have flexibility in choosing how to, e.g., by lending operational/financial support, cooperating with third countries, or offering [return-sponsorships](#). However, where such non-relocation contributions would not suffice, [Member States could be forced to](#) cover 50% of their pre-determined contributions through relocation or return-sponsorships. It [remains to be seen](#) whether any potential implementation of flexible solidarity will actually alleviate the pressure on Member States of first arrival. Given that the AMMR retains the problematic 'first entry-criterion', the proposal is [not expected](#) to solve the solidarity problems of the current framework.

While the discussions on the implementation of 'flexible solidarity' were ongoing, in [July 2022](#) the Czech Council Presidency was installed. Drawing inspiration from the idea of 'flexible solidarity', as well as from several '[crisis-management](#)' [proposals](#) of the preceding two years – including the then not yet rejected [Instrumentalisation Regulation](#) – which, without using the flexible terminology, already contained the idea of allowing derogations in case of large inflows, in [November 2022](#) the Czech Presidency [inserted](#) this concept of 'flexible/adaptable responsibility' into the discussions on the AMMR.

Flexible/Adaptable Derogations in an Instrumentalisation Context

Even prior to the concept's explicit articulation and introduction into the AMMR in late 2022, the idea of more flexibility regarding the adherence to the EU's asylum standards was already being pushed for in older legislative proposals. The concept was, for example, reflected in the EU's [responses](#) to the 2021 Belarussian migration '[crisis](#)'. In an effort to coerce the EU into dropping its

sanctions, Belarus became the latest third country to be accused of the deliberate creation of an inflow of migrants into the Union – a phenomenon that has become known as ‘migration instrumentalisation’. The rejected Instrumentalisation Regulation sought to make an ‘emergency asylum and migration management procedure’ available to Member States faced with instrumentalised migration, in the form of derogations from normally applicable standards. These included: extensions in registration deadlines, expanded use of border procedures, and deviations from normal material reception conditions.

Proponents of the derogations gave practical reasons for their necessity, *i.e.* they would help Member States process a potential sudden surge in protection applications resulting from an inflow of instrumentalised migrants. The proposal itself for example claims that: “[t]his flexibility may be needed to help the Member State respond effectively to the hostile actions whilst enabling it to manage the unexpected caseload, given the nature and sudden character of the third country interference”.

Opponents, on the other hand, criticised the emergency procedure for its potential detrimental effects on the fundamental rights of ‘instrumentalised’ migrants. The provided delays of registration deadlines, for example, would increase the precarity of arriving migrants, given that they remain unprotected while unregistered. Additionally, the application of border procedures to all arrivals risks an increase in illegal prolonged detention by prohibiting applicants from leaving the border area in which they find themselves. While the Instrumentalisation Regulation claimed in recital 8 that the procedure would comply with all protections against unnecessary detention provided for in the EU’s Reception Conditions Directive, in practice most applicants subject to the border procedure are placed in either *de facto* or *de jure* detention. Thirdly, as clarified in recital 9, an appeal against a negative decision in the emergency procedure would not have suspensive effect. This means that an applicant would not have the right to remain on the territory of the relevant Member State whilst awaiting the outcome of their appeal. The removal of suspensive effect risks violations of the right to asylum, and potentially instances of *refoulement*, as an appeal might show that a person, who has since been expelled to a third country, should have been granted protection status in the EU.

At its most basic, however, to permit flexible/adaptable derogations would create a situation in

which individuals are subjected to different rules, merely based on the context of their arrival. Despite the political currency this idea appears to possess, it has no basis in international or EU asylum or human rights law. All arrivals have the right to asylum and are entitled to a rigorous and individual assessment of their protection needs – irrespective of whether they arrive as part of a sudden (instrumentalised) inflow.

The 2023 AMMR: Reintroducing Flexible Responsibility through the Back Door?

While many hoped that the rejection of the Instrumentalisation Regulation in December 2022 signalled the end of its flexible/adaptable responsibility regime – and perhaps even of the idea in general – the 2023 AMMR proposal demonstrates that this is a mistake.

Of particular concern, in this respect, is Article 6a of the 2023 AMMR proposal, which proposes a Permanent EU Migration Support Toolbox. This Toolbox consists of a non-exhaustive list of measures to be made available to Member States under ‘migratory pressure’ – upon Commission approval in accordance with Article 7a-c and 44c-d. Article 6a(1)(c) of the 2023 AMMR proposal explains that one of these measures would be “derogations foreseen in the Union acquis providing Member States with the necessary tools to react to specific migratory challenges”, including those foreseen in the Instrumentalisation Regulation. Unlike previous formulations, Article 6a no longer contains the phrase ‘flexible/adaptable responsibility.’ However, the provision clearly continues to reflect the concept’s central idea – *i.e.* allowing Member States to derogate from the ordinary requirements of asylum law in case of a sudden inflow of migrants, such as a situation of instrumentalised migration.

A related problem in this context is that, while the Instrumentalisation Regulation may have been rejected in December 2022, the revised Schengen Borders Code is still on the table. In it, the Commission is proposing an overly broad definition of ‘instrumentalised migration’ which requires merely that instrumentalisation practices are ‘indicative of an intention to destabilise’ the Union. Aside from the fact that the proposal remains silent on what destabilisation means and on who should assess this, instrumentalisation practices do not have to result in any real destabilisation; an indication of the intention to achieve that result suffices. Similarly, the practices

must only be ‘liable to put at risk essential state functions’, thus not demanding that such functions are actually affected. The particular danger of this broad definition lies in the fact that it lowers the threshold for Member States to claim the occurrence of instrumentalised migration, thereby enabling the derogations of Article 6a(1)(c) AMMR – as these seek to enable Member States to respond to migratory challenges including those foreseen in the Instrumentalisation Regulation, *i.e.* an instance of instrumentalised migration.

Some of the early reactions to the proposed derogations of Article 6a show the provision could easily be misinterpreted. Lucas Rasche, for example, was quick to comment that it would allow Member States “to apply derogations from the Union *acquis* outlined in the Instrumentalisation Regulation”. A close reading of Article 6a(1)(c), however, reveals that Rasche’s understanding of the provision is not fully correct. The provision only makes derogations foreseen in the Union *acquis* available. Given that the Instrumentalisation Regulation was **rejected** in December 2022, it is not part of the Union *acquis*. As such, its suggested derogations are not (yet) made available to Member States – at least not as directly as suggested by Rasche.

This does not mean that civil society **warnings** of the potential re-emergence of flexible/adaptable derogations, including those proposed in the Instrumentalisation Regulation, should be dismissed. As mentioned, the Union’s asylum *acquis* is currently being overhauled. If the new *acquis* includes the possibility of derogations, Article 6a AMMR would make these available to Member States. At the moment, negotiations on the New Pact are still ongoing. However, considering the political climate with its **enduring worries** about instrumentalised migration, it is possible that provisions allowing for derogations will be added to the New Pact – including those of the rejected Instrumentalisation Regulation. This is how that proposal’s flexible/adaptable derogations may be re-introduced to the EU’s asylum framework.

Flexible Responsibility as a Permanent Feature of EU Asylum Law?

It matters, in this regard, that the concept of flexible/adaptable responsibility appears to have gained traction also outside an instrumentalisation context. The

idea can also be identified in the New Pact’s 2020 **proposal for a Crisis and Force Majeure Regulation** – a proposal that is **still on the table**. Through this proposal the Commission seeks to create a separate legal framework that would apply in ‘crisis situations’, defined **as**: “an exceptional situation of mass influx of third-country nationals or stateless persons arriving irregularly ...”. Upon approval by the Commission, the proposal would allow a Member State for whom it has become impossible to comply with normally applicable asylum standards to **derogate** from them. Proposed derogations **include**: extensions in registration deadlines, wider use of the border procedure, **prolonged detention possibilities**, **temporary suspension** of Dublin/AMMR solidarity obligations, etc. Aside from **raising questions** as to why the Commission saw a need to propose a separate Instrumentalisation Regulation in December 2021 when it had already submitted this ‘crisis’ proposal, the Crisis and Force Majeure Regulation can be seen as further evidence of an acceptance of the ideas that underlie the concept of flexible/adaptable responsibility in EU migration management.

A further cause for concern in this regard is the fact that the 2023 AMMR proposal seems to entrench what was previously framed as an emergency procedure. While the derogations of the rejected Instrumentalisation Regulation – as well as those of the Crisis and Force Majeure proposal – were only meant to apply in “**exceptional circumstances**”, Article 6a AMMR speaks of a ‘**Permanent**’ Toolbox. Far from being a simple linguistic change, this threatens to normalise reliance on flexible/adaptable derogations in Member States’ responses to migratory pressures. The discussed inclusion of flexible/adaptable derogations in **other** New Pact proposals demonstrates that this concern is far from misplaced.

While it remains to be seen whether any further flexible/adaptable derogations will be added to the measures of the New Pact, human rights experts must stay vigilant. While Article 6a AMMR would not directly make the derogations of the Instrumentalisation Regulation available, it might do so **indirectly** if these are embedded in other New Pact proposals. In order to prevent its problematic flexible/adaptable derogations from making an undesirable comeback, all future New Pact proposals must be scrutinised for their similarities with the rejected Instrumentalisation Regulation.

Zerah Bremond

Corporate Duty of Vigilance and Environment

Some Lessons Drawn from the EDF and the TotalEnergies Cases

doi: 10.17176/20230406-190236-0



On February 23, 2023, [French bank BNP Paribas was sued before the civil tribunal in Paris](#) for having allegedly breached its environmental duty of vigilance. In particular, deficiencies in the vigilance plan related to the allocation of fundraising activities are criticized. If the current plan provides a progressive reduction in the funding of projects that emit greenhouse gases – with the aim of carbon neutrality by 2050 – BNP Paribas still intends to finance projects which contribute to this phenomenon. The point, [however, is that a limitation of global warming below 1.5° calls for an immediate stop in the exploitation of new fossil energy deposits](#).

This climate litigation, involving a French bank for the first time, could increase the liability of financial protagonists in the fight against climate change if it succeeded. Nevertheless, one may doubt that the case against BNP Paribas will prove to be successful, as previous ones – which had been introduced under the 2017 law of vigilance (LdV) – are all either pending or unsuccessful.

The LdV: Inbetween hope and uncertainty?

[When it was adopted, this unprecedented law created hope](#) for NGOs to end the impunity of the big companies, despite legal uncertainties with regard to its application. First, it should be underlined that the law requires companies to establish a vigilance plan including “reasonable vigilance measures adequate to identify risks and to prevent severe impacts on human rights and fundamental freedoms, on the health and safety of individuals and on the environment, resulting from the activities of the company and of those companies it controls” ([French Commerce Code, article L.225-102-4](#)). For this purpose, the plan mainly consists of a risk mapping covering company activities, but also subsidiaries companies and subcontractors or suppliers.

In practice, this requirement is only partially fulfilled, [the risk mapping being often substantially incomple-](#)

[te and the lack of administrative authority to guide companies reinforcing this issue](#). Finally, the compliance of corporate duty of vigilance is ensured by courts, with specific legal proceedings to obtain an injunction or to seek one company’s liability. Accordingly, only case law will provide further details about those qualitative requirements which must be fulfilled by the vigilance plan.

Early difficulties to identify what companies are subject to this obligation as well as issues of jurisdiction have prevented the adoption of a final judicial decision under this law. In fact, if companies, which have 5.000 employees in France or 10.000 worldwide, normally have to comply with the law, it is difficult to identify which companies fulfill this criterion, considering the opacity of their activities. Moreover, there was a doubt between the jurisdiction of civil courts (wished by the NGOs) and commercial courts (wished by the companies). Admittedly, the [inventory of vigilance plans realized by NGO Sherpa and CCFD – Terre Solidaire](#), as well as the attribution of jurisdiction to the civil tribunal in Paris by a 2021 act of Parliament, should have overcome these issues.

However, much uncertainty remains because of the duration of judicial process, and one may wonder what position will be adopted by French courts about the LdV. An investigation into previous vigilance cases (i.e. against Total and EDF) may be enlightening in that respect.

TotalEnergies: the first company challenged under the LdV

Although Total is one of the main fossil fuel producers in the world, its first vigilance plan established in 2018 failed to address climate risks related to its own activities. After several requests were made on this point, [the following plans](#) have integrated climate change issue, considering nevertheless that “climate change is a global risk for the planet and results from various human actions such as energy consumption”. Thus, the company seems

to limit its liability, and this is further confirmed by the fact that its carbon footprint doesn't take into account the consumption of energy products sold by the company, which still results in much greenhouse gas being produced (scope 3). Yet, it accounts for almost 90% of its carbon footprint (see on this point the paper in french, by Paul Mougeolle). Accordingly, the company considered in its 2022 vigilance plan that the 2021 carbon footprint was only of 37 Mt CO₂e – i.e. less than 0.1% of total emissions worldwide.

In view of the shortcomings of its own vigilance plan, Total was the first company which was sued on the grounds of an alleged failure to comply with its duty of vigilance. It actually occurred twice in a row: On June 19, 2019, Total was sued for the deficiencies in its climate plan (the *Total-climate case*). Then, on June 24, 2019, Total was sued again for breaching human rights in Uganda in the framework of the *Tilenga* project (the *Total-Ouganda case*).

Total-climate case: what does liability mean for big oil companies in the fight against climate change?

The Total-climate case was initiated jointly by environmental organizations and French local authorities. It is noteworthy that in 2022, they were also joined by the City of New York. The applicants requested the court to order Total to modify its vigilance plan in order to incorporate IPCC data about risks linked to climate change, and to implement an action plan for the reduction of every emission of greenhouse gas by the company (scope 1, 2 and 3), in a way which takes due account of the objective of limiting global warming to 1.5°C.

At first sight, it seemed that Total had taken such concerns into account in the 2022 vigilance plan, as the aim of carbon neutrality by 2050 was expressly mentioned. Nevertheless, the sole direct and indirect emissions were reported – which only counts for 10% of its actual carbon footprint (scopes 1 and 2) – as Total claimed it would continue to sell fossil fuels as long as there is a demand for it (scope 3). Consequently, the investments in new hydrocarbon deposits are expected to continue to increase over the next decade – and only then, it would start to decrease.

Are companies to be blamed if our economic system remains dependent on fossil fuels? For the time being, judicial procedures focused on the question which court

should have jurisdiction, rather than making a decision on the merits. In view of the long duration of this judicial procedure, the applicants asked the judge on February 10, 2023, to order the multinational company to take provisional measures such as the suspension of new oil and gas projects. Such a request may remind of the Total-Uganda case, which got marooned in procedural issues. Nevertheless, an interim order was made on February 28th, 2023.

Total-Uganda: the failure of the first trial

In light of the systemic nature of the Total-Climate case, the perspective of a success is uncertain. The Total-Uganda case seems more promising, as the human rights of local communities are directly at stake. In fact, the mega-project (including Tilenga for the oil exploitation and EACOP for the pipeline) resulted in thousands of people being displaced. Yet, such risks were not expressly mentioned in Total's 2018 vigilance plan. As result, this plan didn't include reasonable vigilance measures to mitigate or prevent these risks.

Several Ugandan organizations, which were supported by the association "Friends of the Earth France", gave formal notice to Total under the LdV, to request the company to adapt its vigilance plan, so that such risks be taken into consideration. In their claim sent on June 24, 2019, the lack of compensations for persons affected by the project was criticized. In the absence of a satisfactory response by Total, the applicants filed a civil lawsuit in the French courts on October 23, 2019. Asking an interim order, they were expecting a prompt decision. But reversely, the jurisdiction issue significantly slowed the procedure down. In the end, the merits of the case was decided more than three years after being initiated with an interim decision of inadmissibility.

Several lessons can be learnt from this procedure. Firstly, the shortcoming in the French legislation clearly appeared – i.e. there was a significant lack of clarity, as the sole publication of "reasonable vigilance measures" was required, while the purpose of LdV was described by the judge as "monumental". The powers of the interim relief judges were therefore reduced. In fact, only the absence of a plan, its scanty or manifestly illegal nature, could result in injunctions being given. Secondly, the evolution in the demands of applicants – which initially focused on human rights and then extended to climate and environmental impact – resulted in the case being ru-

led inadmissible. In the future cases, it will be necessary to have a strong justification for the formal notices which are given.

Besides the fact that according to the civil tribunal in Paris, it is an essential piece for implementation of the LdV, it should be noted that TotalEnergies vigilance plan has evolved about the human rights issue affected by the project. As of today, human rights issues have received consideration. So, the legal proceedings appear like a deterrent to enforce the duty of vigilance. Such conclusion seems to be valid in the light of the EDF case.

EDF-Mexico: corporate duty of vigilance and state due diligence

In 2016, a project of a wind farm – named Gunaa Sicaru – was developed by the public company EDF on pieces of land possessed by an indigenous community (Union Hidalgo) in Mexico. The applicants, who were supported by the NGO ProDESC, introduced several actions against this project, due to the alleged disrespect for the free, previous and informed consent (FPIC) right of the community.

A first complaint was filed in 2017 against the Mexican State, who must warrant such a right according to the Constitution and ILO Convention No. 169.

Another case was filed [in 2018 to the French national contact point](#) in order to provide a mediation between the company and the community, and therefore to ensure compliance with the OECD guidelines for Multinational Enterprises.

Finally, a civil lawsuit was filed [in 2020 before a civil tribunal in Paris, under the alleged violation by EDF duty of vigilance](#) (after a formal notice was served on October 3, 2019). As [EDF is a public company, an action against the French State could be contemplated](#).

A suit based on the violation of a corporate duty of vigilance therefore constitutes an additional procedure

which [eventually ended in June 2022, as the Mexican authorities decided to cancel the contracts signed with EDF](#). Nevertheless, like in the Total-Uganda case, critics against the vigilance plan of EDF resulted in several amendments being made, so that rights of indigenous people are given due attention. Consequently, on November 30, 2021, requests made by applicants to seek an interim order suspending the wind farm project were rejected by the civil tribunal in Paris. The evolutions in the vigilance plan over the past few years may be the reason why this decision was made.

A decision on merits would have been desirable to control the implementation of human rights commitment. Moreover, this case raises [the question of adequacy between the purpose of ecological transition by companies and the requirement to protect indigenous peoples rights](#). So it's kind of a “[just transition litigation](#)” involving the corporate duty of vigilance, especially about environment protection and struggle against climate change on the one hand; and the State's duty to protect indigenous peoples rights on the other.

A law which yet must prove it works

6 years later, the LdV has partially seemed to work. The first cases nevertheless provided an opportunity to appreciate the deterrent effect on companies, which reacted by amending their vigilance plan, where they were subject to formal notice. But the lack of a proper judicial decisions on merits doesn't allow to identify the qualitative requirements expected by the French courts about implementation of corporate duty of vigilance. [The current debates about the adoption of a European directive on corporate sustainability due diligence could provide further precisions](#). One may wonder, however, if we can afford waiting any longer in light of the climate emergency.

Tim Wihl

Die Renten- als Demokratiedebatte

Zu den Entscheidungen des französischen Conseil Constitutionnel vom 14. April 2023

doi: 10.17176/20230417-204515-0



Am Freitag hat der [französische Verfassungsrat](#) die Rentennovelle der Borne-Regierung im Wesentlichen nach präventiver Normenkontrolle bestätigt. Die Beanstandungen betreffen vor allem angeblich „sachfremde“ Regelungen in dem Gesetz, so etwa Maßnahmen zur Steigerung der Erwerbsquote älterer Menschen – gleichsam das spärliche soziale „Zuckerbrot“ im in erster Linie fiskalisch motivierten Paket der Regierung. Der zentrale Artikel zur Anhebung der Regelaltersgrenze auf 64 – mit einer anderen Bedeutung als im deutschen Rentensystem, da die Anhebung vornehmlich die früher arbeitenden, tendenziell schwachen Einkommensgruppen trifft – hat nach dem Urteil der „Weisen“ („*Sages*“) Bestand. Der Artikel 47.1 zur Debattenverkürzung in der Nationalversammlung sei nicht auf Notlagen beschränkt.

In einer zweiten Entscheidung verwarf der Verfassungsrat die Initiative der linken Opposition zu einem Referendum („RIP“) über das Rentenalter mit dem anfechtbaren Argument, es handele sich nicht um eine wirkliche „wirtschaftspolitische Reform“, sondern nur um eine Modifikation des geltenden Rentenregimes.

Es handelt sich um in doppelter Hinsicht erwartbare Entscheidungen: einerseits bezogen auf die bisherige Auslegung der streitigen formellen Verfassungsbestimmungen zum Verhältnis von Regierung und Parlament – um materielle Verfassungsfragen ging es kaum –, konkret den sogenannten „*parlementarisme rationalisé*“, der Parlamentsdebatten abschneidet; andererseits mit Blick auf die Geschichte des Verfassungsrats, die mit wenigen Ausnahmen eine solche größter Rücksichtnahme auf die anderen Staatsgewalten ist, und zwar insbesondere auf die Exekutive mit ihren speziellen französischen Prärogativen. Gleichzeitig neigt der Verfassungsrat seit deren Einführung zu einem äußerst engen Verständnis der noch recht jungen Vorschrift (von 2008/2015) über das vom Parlament initiierte Referendum.

Gleichwohl hatte es im Vorfeld nicht wenige Verfassungsrechtler:innen gegeben, die eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes annahmen und/oder ein Referendum

für möglich hielten. Der Reformbegriff beim RIP wäre weniger anspruchsvoll konstruierbar gewesen. Zugleich ließ sich das Argument gut hören, dass so tiefgreifende Strukturänderungen wie in diesem Rentengesetz über eine bloße Ergänzung zum (jährlichen) Haushaltsgesetz („*projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale*“) hinausgehen. Der Wortlaut der Normen selbst hätte beides zugelassen. Daher war doch eine gewisse Enttäuschung bei einigen Gegner:innen der Rentenreform – die demoskopisch etwa 70 Prozent der Bevölkerung bilden – durchaus erkennbar.

Der Hintergrund der verfassungsrechtlichen Kritik ist, dass die Regierung bei der Gesetzgebung zunächst das Verfahren im Parlament abgekürzt hat, weil ihr die (außerordentlich) vielen Änderungsanträge der Opposition lästig zu sein schienen. Dabei griff sie auf eine Klausel zurück, die für Ergänzungsgesetze zum Haushalt vorgesehen ist (Artikel 47.1). Ob es sich bei einer einschneidenden Rentengesetzgebung um eine solche bloße fiskalpolitische Ergänzungsregel handelt, kann allerdings zweifelhaft erscheinen.

Überdies kombinierte die Regierung schließlich in einer Art Anfall von Verzweiflung angesichts unklarer Mehrheitsverhältnisse in der Nationalversammlung diese Debattenverkürzung mit der schlechthinnigen Absage an eine Abstimmung der Abgeordneten: dem mittlerweile berichtigten Artikel 49.3. Danach kann ein Gesetz auch ohne Sachabstimmung und folglich höchst indirekt angenommen werden. Mittels erst noch durch ein Zehntel der Abgeordneten zu beantragender Misstrauensabstimmung („*motion de censure*“) gegen die Regierung, bei der sich eine absolute Mehrheit der Abgeordneten für die Absetzung des Kabinetts der Premierministerin finden muss, kann sich das Parlament zwar wehren. Die Hürde ist in aller Regel jedoch (und bisher immer) zu hoch, so dass die Anwendung des „49.3“ einer Art Erzwingung des Gesetzes gleichkommt. Im jetzigen Fall fiel freilich selbst die Vertrauensabstimmung nur sehr knapp für die Regierung aus.

Gerne wird der Artikel 49.3 als „eine Art Staatsstreich“ oder „*déni de démocratie*“ (F. Hollande) eingestuft. Gleichwohl kam er vielfach zur Anwendung, besonders häufig unter sozialistischen Regierungen, die sich mit Wirtschafts- und Sozialgesetzen gegen ihren linken Parlamentsflügel durchsetzen wollten. Auch konservative Premierminister setzten das Instrument ein, etwa zur auch auf der Rechten unbeliebten Durchsetzung der Privatisierung öffentlicher Unternehmen in den 1990er Jahren. Der 49.3 darf pro Parlamentssitzungsperiode nur für ein Gesetz eingesetzt werden und ist vor dem Hintergrund der langsamen Entscheidungsprozesse in der IV. Republik zu lesen.

Die Entscheidungsbegründungen des Verfassungsrats wiederum sind fast sprichwörtlich dünn. Die Aufgabe derjenigen Rechtswissenschaftler:innen, die sich mit der *doctrine* auseinandersetzen, ist es, den Entscheidungen erst noch einen juristisch-„dogmatischen“ Sinn zu geben. Die Entscheidung vom Freitag lässt sich dabei vergleichsweise leicht einordnen. Die „Weisen“ scheuen sich, von der weit verbreiteten Deutung der V. Republik als Präsidialverfassung abzugehen und dem Parlament einen höheren Rang einzuräumen. Damit stellen sie sich gegen einen seit langem bestehenden öffentlichen Druck, das semi-präsidentielle System Frankreichs um stärker „horizontale“ Machtelemente zu ergänzen. Man muss ihnen juristisch Recht geben und darf sie zugleich politisch dafür kritisieren. Das System ist in seinem Kern, aber auch in seinen einzelnen Ausprägungen weit einseitiger präsidentialistisch und exekutiv orientiert als etwa das US-amerikanische. Der Mangel an institutionellen *checks and balances* aufgrund der unvollständigen regionalen Dezentralisierung seit den 1980er und der Synchronisierung der Präsidentschafts- mit den Parlamentswahlen in den 1990er Jahren bleibt trotz der Abkehr vom kruden Gaullismus bestehen. Der Verfassungsrat – obschon unter Beteiligung der beiden Legislativkammern erkoren – springt keineswegs ein und sieht darin auch nicht seine Aufgabe, nicht einmal nach seiner prozessrechtlichen Aufwertung durch Sarkozys Verfassungsreform. Die Verbarrikadierung seines Sitzes in der Rue de Montpensier am Palais Royal am Freitag stand sinnbildlich dafür, wie wenig sich der Verfassungsrat als Bürger:innengericht versteht – ganz im Gegensatz zur gern betonten transparenten Offenheit und dem entsprechenden proklamierten Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts. Größere juristische Leistungen

als die eher politisch und so kurzfristig wie akademisch grob entscheidenden „Weisen“ vollbringen in Frankreich nach allgemeiner Ansicht das Kassationsgericht und der Staatsrat (*Conseil d'État*). Und als politisches Gegengewicht zur institutionell übermächtigen Exekutive – selbst in Zeiten einer Minderheitsregierung wie seit der letzten Wahl – muss das Volk auf der Straße einspringen.

Die Protestsequenz

Das Volk hat von seiner in Frankreich auch staatsrechtlich stärker anerkannten Rolle als auf der „Straße“ auftretender demokratischer Souverän in der Causa der Rentengesetzgebung weidlich Gebrauch gemacht. So große Menschenmassen wie von Anfang des Jahres bis in den April hinein waren in Frankreich seit sehr vielen Jahren nicht mehr auf Demonstrationen unterwegs. Zugleich waren Ansätze zu einem politischen Generalstreik festzustellen. Die Beteiligung insbesondere in den Branchen des öffentlichen Dienstes, aber auch der wichtigen Rohstoffversorgung war durchaus beachtlich. Anknüpfen konnte man damit an vergangene erfolgreiche Mobilisierungen gegen neue Renten- und Arbeitsmarktgesetze. Auffällig war die starke Beteiligung in kleinen Städten der „Provinz“. Zudem gelang es zum ersten Mal seit langer Zeit, eine vereinigte Front der Gewerkschaften zu bilden, die sonst in Frankreich ein eher zerstrittenes Bild abgeben. Erst nach dem Einsatz des Artikel 49.3 nahm die Protestgewalt etwas zu – blieb aber weit unter dem Niveau früherer Protestwellen. Teils auch gerichtlich kritisiert wurden demgegenüber ab der zweiten Märzhälfte einige wenig transparente Versammlungsverbote und zahlreiche, so gut wie immer juristisch folgenlose Verhaftungen aufgrund bloßer Teilnahme an Protesten.

Die *Gilets jaunes* (Gelbwesten)-Monate hatten zwar weniger friedliche, aber nicht zahlenmäßig überlegene Proteste gesehen. Gleichwohl hatten die Gelbwesten seinerzeit Erfolg beim Präsidenten, während die überwiegend friedlichen Proteste dieses Jahres von der politischen Führung im Ergebnis vollständig ignoriert wurden. Das sendet demokratiepolitisch zweifelsohne ein höchst bedenkliches Signal aus. Die Bedenken wachsen noch, wenn man hinzuzieht, wie wenig sich die Regierung Mühe gegeben hat, ihr Projekt mit dem Parlament, aber auch mit den Gewerkschaften oder anderen sozialen Intermediären – den in Frankreich so genannten Akteuren der „sozialen Demokratie“ – abzustimmen. Einen **wichtigen Aufruf** zu mehr „sozialer Demokratie“ in der Rentenfrage,

ausgehend von den Prinzipien der Befreiungsverfassung von 1946, hat der wichtigste Sozialrechtler des Landes, Alain Supiot, im März verfasst.

Der Eindruck, der Präsident und seine Regierung wollten mit dem Kopf durch die Wand, hat den großen Volkszorn erst heraufbeschworen. Der Präsident mag geglaubt haben, dass diese standfeste Haltung manchen Wähler:innen Respekt einflößt. Doch war das nicht nur wegen der überwältigenden Ablehnung in der Sache, sondern auch wegen des Wandels selbst der französischen Demokratie zu einer Selbstherrschaft des Volkes, in der das zunehmend gebildete und autoritäts skeptische Elektorat allerorten Horizontalität („Selbstrepräsentation“) einfordert, eine ganz trügerische Hoffnung. Möglicherweise hat zum vorläufigen Ende der Protestsequenz hin die Mobilisierung gerade auch der jungen Bevölkerung, die bei der Regierung regelmäßig am meisten Eindruck schindet, zu schnell wieder nachgelassen. Konkret waren die im Aufklärungsland Frankreich – wo man den Materialismus in der öffentlichen Debatte weniger scheut als in Deutschland – gern als „*rappports de force*“ bezeichneten politischen Verhältnisse nicht so, dass die Protestierenden sich letztlich durchzusetzen wussten. Ebenso konkret wächst nun aber das Ressentiment in ungekannte Höhen (oder Tiefen), und es ist unklar, wieviel politischen Kredit der Präsident – ohne Unterstützung einer echten, gesellschaftlich verankerten Partei – für weitere „Reformen“ überhaupt noch hat.

Legitimitätstheoretische Grundsatzfragen der französischen Verfassung

Diskutiert werden daher nun mehrere grundsätzliche Fragen, die die Zukunft der französischen konstitutionellen Demokratie betreffen.

Zuvörderst: Wie kann man die Rolle des Parlaments aufwerten? Kurzfristig scheint es unwahrscheinlich, dass sich hier etwas bewegt, denn der Präsident hat sich zu einer konfrontativen Strategie entschieden, und ein Großteil der Opposition in der Nationalversammlung – in Frankreich spricht man von „den Oppositionen“, weil sie politisch sowohl links wie rechts zu verorten sind – verhält sich intrainstitutionell nicht sonderlich konstruktiv und sucht eher das Bündnis mit der Straße. Manche singen dann eher die Marseillaise, statt seriöse eigene Gesetzesalternativen vorzulegen. Das ist zwar angesichts einer parlamentarischen (oppositionellen) „Tradi-

tion des Tumults“ und der Rolle politischer Leidenschaften in der Demokratie nicht von vornherein abzulehnen. Gleichwohl ist der neuerdings wieder häufige Einsatz solcher Mittel ein Anhaltspunkt für eine sich ausbreitende Distanz gegenüber den Formen des überhaupt noch bestehenden Rumpf-Parlamentarismus der V. Republik. Die radikale Rechte fällt durch weitgehendes Desinteresse an Sachfragen jenseits der Migrationskontrolle und überhaupt eine höflicher als früher, fast quietistisch daher kommende parlamentarische Arbeitsverweigerung auf, heimst aber zugleich die Stimmen der Unzufriedenen *en masse* ein; die Linke sucht zu großen Teilen eine Gegenmacht auf der Straße aufzubauen, weil sie einerseits (wie der gegenpräsidentielle und darin sehr mediendemokratische Volkstribun Mélenchon) noch unter dem Einfluss der Linkspopulismusstrategie von Mouffe/Laclau steht, also „das Volk“ gegen „die Elite“ auszuspielen möchte, andererseits (wie linke Sozialist:innen, Grüne und Linkspartei LFI) durchaus ernsthaft und mit achtbaren Gründen in eine neue, eine VI. Republik will, die stärker dem bundesdeutschen parlamentarischen System ähneln und zugleich vermehrt auf „soziale“, durch gesellschaftliche Akteure wie Gewerkschaften vermittelte Demokratie und direktdemokratische Instrumente setzen würde.

An die Frage nach einer stärkeren Rolle des Parlaments schließt daher die nach einer grundlegenden Verfassungsreform unmittelbar an. Es ist innerhalb der V. Republik schwer vorstellbar, vom Semipräsidentialismus in einer konstruktiven Richtung abzurücken, selbst wenn nun eine Periode der Minderheitsherrschaft angebrochen ist. Mit einer „Cohabitation“, dem Zusammenwirken rechter Präsidenten mit linken Regierungen und umgekehrt, kommt das System noch leidlich zu recht; wenn allerdings „*les oppositions*“ keine konstruktive Gegenmehrheit bilden, bleibt entweder ein Weg mühsamsten Aushandelns oder das permanente präsidentielle „Durchregieren“. Beides ist verfassungsrechtlich möglich, aber politisch fast ausgeschlossen.

Einfacher würde das Regieren wohl erst durch eine vorerst unwahrscheinliche Renaissance der klassischen Teilung von vereinigter Linke und Einheit der Rechten. Der parteiabstinente „extreme Zentrismus“ Macrons, der sich besser als rechtsjakobinisch-bonapartistische Technokratie beschreiben lässt, hat sich rasend schnell abgenutzt. Es ist unterdes fast in Vergessenheit geraten, dass sozial verankerte Parteien(bündnisse) einen der

wirksamsten, durchaus „anti-macronistischen“ Mechanismen der Machtkontrolle in der Demokratie darstellen.

Eine Alternative, die gerade Gertrude Lübke-Wolff in einem neuen Buch („Demophobie“) mit beachtlichen Argumenten verteidigt, wäre die Stärkung direktdemokratischer Elemente. Geht es dabei allerdings nur um präsidentiell angeregte Referenden, wäre nichts gewonnen. Daher war es richtig, das RIP (*Référendum d'initiative partagée*) ins Spiel zu bringen, was der Verfassungsrat jedoch vorläufig untersagt hat. Dieses ist mit sehr hohen Hürden versehen – die Initiative muss parlamentarisch und zugleich von einem enormen Anteil der Bevölkerung getragen werden.

Erst eine neue Verfassungsreform könnte ein „RIC“ (Volksinitiative), also Direktdemokratie „von unten“ wie in deutschen Bundesländern oder Kommunen, einführen.

Der Verfassungsrat leistet jedenfalls keine Hilfe, indem er sich – juristisch schwer vorwerfbar – einem Formalismus verschreibt, der vorwiegend intern-systematisch motiviert ist und das positivrechtliche Präsidialsystem konsequent zu Ende denkt, externen Verfassungswandel jedoch ebenso konsequent ignoriert. Die Erwartungen eines immer gebildeteren und selbstherrschaftlich-demokratischer eingestellten Volkes und einer zunehmend auf effizientes Regieren gepolten Staatsspitze driften ungehindert weiter auseinander. Daraus erwächst die viel beklagte Legitimitätskrise der V. Republik. Die Autoritätsstrategie eines exekutiven Voluntarismus scheint gescheitert und weist außerdem den Weg in eine Richtung, die bei der nächsten Wahl noch einige Sorgen bereiten dürfte.

Thomas Perroud

A Conservative Constitutional Council Watching over a Conservative Constitution



doi: 10.17176/20230427-084404-0

On 14 April 2023, the French Constitutional Council handed down its decisions on the constitutionality of the controversial [pension reform](#) and on the [referendum](#) that was supposed to stop it. In substance, the decisions were met with little surprise. What is noteworthy about them, however, is something else: Both decisions are excellent indicators of the profoundly conservative nature of the French Constitution and of the judges watching over its observance.

Why the pension reform is so unpopular

The bill to raise the retirement age from 62 to 64 was decreed on 23 January 2023 by the Council of Ministers and signed into law on the 14th of April. Within three months, the government pushed through a reform that an overwhelming majority in the French society is vehemently opposed to. It is not the purpose of this text to discuss the merits of the reform. However, some elements of context on the situation of the labour market are important to have in mind to understand this fierce opposition. As the activity rate of the French workforce after 55 is one of the lowest in the European Union, increasing the retirement age means mostly unemployment for those that are laid off after 55, particularly men, and therefore a lower pension. Therefore, according to Nobel Prize laureate and world specialist of poverty studies [Esther Duflo](#), the savings the government aims to achieve are paid for, first of all, by “those who are by definition the poorest”. The French society was unable to stop the reform in Parliament or on the street, which is why all efforts concentrated on the Constitutional Council and on a proposal to hold a referendum on the issue, which also has to be cleared by the Constitutional Council.

Probably the most striking thing about these decisions is the way in which they reveal the democratic and social poverty of the French constitution of 1958. Its predecessor, drafted after WWII, was a progressive, demo-

cratic and social constitution in the line of many constitutions adopted at that time, rich in fundamental rights. The Constitution of the Fifth Republic that replaced it puts the state and, within the state, the executive at the centre. At its inception, the Constitutional Council was not envisaged as a counter-power in the hands of individuals but, to use the expression attributed to prominent public law professor [Charles Eisenmann](#), as a “gun pointed at Parliament”. The 1958 constitution, unlike most other democratic constitutions, contained no catalogue of fundamental rights until, in 1971, the Constitutional Council filled that gap to some extent by judicial decree as opposed to a democratic procedure. To this day, the democratic principle, cardinal in German constitutional law, plays no role whatsoever in France.

In France, the question of truth is not a constitutional question

Several elements stand out in the decisions: the Court is indifferent to the fact that the Government gave wrong estimates of the consequences of the reform for certain categories of people and is unmoved by the combined use of all the legal tools possible to shorten parliamentary debates.

In the middle of the rise of populism and the post-truth era, the executive in France has no obligation to objectivity, and the constitutional judges, who should protect the democratic debate based on reason, do nothing about that. For the French Constitutional Council, the question of truth is not a constitutional question.

With this, the Council indicates that the French Constitution has no bearing on the quality of democratic debate. If one compares this with the great Hartz IV decision of the German Federal Constitutional Court in 2010 (BVerfGE 125, 175), there is an interesting contrast. In this decision, the FCC considered the amount of social benefits for adults and children calculated by Parliament

to be unconstitutional, as it was not based on sufficiently sound statistical assessments. The legislator had thus relied on “arbitrary estimates” (§ 171). While not completely rejecting the statistical methods used, the Court considered that it did not apply this method in a sufficiently consistent manner throughout the text. In other words, where the Council is indifferent to the way in which the government feeds the democratic debate, the German Court is protective, in the name of the fundamental right to a guaranteed minimum subsistence income and the principle of the social state, of a vision of democracy as a “space of reasons” (Claudine Tiercelin, *Cour au Collège de France*, 2011).

According to the Constitutional Council, democracy in this country can only be executive. The government is not obliged to carry out a debate based on facts and evidence, it can use any means to pre-empt the discussion. In fact, the government used all the resources of the Constitution to do exactly that.

The MPs who challenged the law, as well as most *amicus* briefs, developed the idea that the combined use of all these devices amounted to a breach of the principle of “clarity and sincerity” of parliamentary debates, a principle that was created by the Constitutional Council itself but that never had any bite. Here, the Council refused to uphold the claim.

The Constitutional Council is not – in fact never has been – a protector of democratic debate. It is not there to correct the inequality of power between the executive and the legislature. How, under these conditions, can we have good laws if they only reflect the preferences of a minority of the population that voted for the President of the Republic in the first round of the presidential elections?

The decision on the pension reform is therefore shocking from a democratic point of view, and all the more so because the reasoning is so poor. And this is perhaps where the truth of power in France lies: that it does not even need to explain itself. Whereas the decisions of equivalent courts in Germany, the United Kingdom, Italy, Spain, the United States, and Europe (the European Union and the Council of Europe) are all concerned with making themselves understood, with explaining the exercise of their power and gaining acceptance for it, French judicial power is not even concerned with any of that at all. In no other equivalent democracy, this would be acceptable.

A gun pointed at society

The second decision by the Constitutional Council was about the referendum the MPs intended to initiate after they had realized their defeat. A referendum of that kind has to be cleared by the Council before taking place. Its introduction in the Constitution in 2008 was a conservative project. Such a referendum “may be held on the initiative of one fifth of the members of Parliament, supported by one tenth of the electors registered on the electoral rolls” (article 11, § 3). 185 MPs out of 925 must sign the proposition. Article 11 also provides that the bill must relate to the specific domains: “the organisation of public powers, reforms relating to the nation’s economic, social or environmental policies and the public services that contribute to it.”

The requirements for such a referendum, according to the Constitutional Council, are not met in this case. In this decision, the Council endorsed the government’s reasoning that the proposal did not concern a “reform” within the meaning of the Constitution, since it merely enshrined the state of the law, even though this state of the law was to change a few hours later. A proposal for a referendum should aim at changing the law according to the Constitution. However, at the time of the decision of the Council, the proposal changed nothing since the law reforming pensions was not in force yet. That’s why the Council chose to make both decisions at the same time... If the Council had decided to make its decision on the referendum one day later, when the pension reform was in force, it would have been accepted. The institution is, once again, deaf to the interest of promoting the collective deliberation on the retirement age. A new proposition of referendum is to be presented soon. Whether or not it will pass the Council remains to be seen.

Does the sociology of the Council help to understand these decisions? Is it not ironic that Emmanuel Macron’s reform is accepted by an institution in which Alain Juppé, who had failed to implement the same project, is sitting?

The Constitutional Council comprise more politicians than Juppé. Only two of them are from the left. One of its members has himself attempted to enact a similar reform, two others have been ministers under the presidency of Emmanuel Macron. The outcome was therefore quite predictable and shows that the Council is not only a gun pointed at Parliament, it is now above all a gun pointed at society.

Christian Heinze

Die private Durchsetzung des Unionsrechts



Zur Einordnung der Diesel-Entscheidung C-100/21 in die Judikatur des EuGH

doi: 10.17176/20230403-152737-0

Welche Ansprüche bestehen bei Verstoß gegen unionsrechtlich fundierte Normen, die keine eigenen Rechtsfolgenanordnungen vorsehen – diese Frage ist seit einigen Jahren zu einem zentralen Thema (auch) des Privatrechts geworden.¹ Im Kern geht es um ein Problem, das sich in allen föderal organisierten oder supranational beeinflussten Rechtsordnungen stellt²: Wie kann trotz der Ebenentrennung von (unionalen) Rechten („rights“) und (nationaler) Rechtsdurchsetzung („remedies“) eine wirkungsvolle Durchsetzung der Regeln der höheren Ebene durch die niedrigere Ebene gewährleistet werden – und welche Rolle spielt in diesem System das Privatrecht?

Die Entscheidung C-100/21 (QB/Mercedes-Benz Group AG)

Mit der Entscheidung C-100/21 der Großen Kammer des EuGH vom 21.3.2023 (im Folgenden zitiert als EuGH Rn.)³ ist die private Durchsetzung des Unionsrechts – nach mehreren Vorläuferentscheidungen zu Sondermaterien⁴ – im Kernbereich des Bürgerlichen Rechts angekommen. In der auf Vorlage des Landgerichts Ravensburg⁵ entschiedenen Rechtssache hat der EuGH drei wesentliche Aussagen getroffen. Erstens hat er – entgegen der Rechtsprechung des BGH⁶ – bekräftigt, dass die Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Rahmenrichtlinie 2007/46⁷ iVm Art. 5 Abs. 2 der Verordnung 715/2007⁸ neben allgemeinen Rechtsgütern wie

¹Vgl. nur Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012; Wilman, Private Enforcement of EU Law before National Courts, 2015; Franck, Marktordnung durch Haftung, 2016; Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016; Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017; Mörsdorf, RabelsZ 83 (2019) 797; Oster, EuR 2019, 578.

²Zum US-Recht etwa Davis v. Wechsler, 263 U.S. 22, 24 (1923); zum Gleichwertigkeitsgrundsatz dort Testa v. Katt, 330 U.S. 386, 394 (1947); näher Halberstam RabelsZ 66 (2002) 216, 231 ff.; Lindholm, State Procedure und Union Rights: A Comparison of the European Union and the United States, 2007.

³EuGH 21.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 – QB/Mercedes-Benz Group AG.

⁴Zu nennen sind etwa die Entscheidungen EuGH 20.8.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – Courage/Crehan (Kartellrecht), EuGH 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 – Muñoz (Kennzeichnungsvorschriften für Obst); EuGH 2.8.1993 – C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 Rn. 24 f. – Marshall; bestätigt durch EuGH 17.12.2015 – C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 Rn. 32 – Camacho (Nichtdiskriminierungsrecht). Siehe außerdem EuGH 25.10.2005 – C-350/03, ECLI:EU:C:2005:637 – Schulte (Verbraucherrecht); EuGH 17.7.2008 – C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425 – Raccanelli (Grundfreiheiten). Einen Sonderfall (wegen der Konstellation der Haftung eines Marktüberwachers) betrifft EuGH 16.2.2017 – C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 Rn. 55 f. – Elisabeth Schmitt/TÜV Rheinland. Dem Schadensersatzanspruch zwischen Privaten wegen Unionsrechtsverstoß verwandt ist der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch, dazu jüngst EuGH 22.12.2022 – C-61/21, ECLI:EU:C:2022:1015 Rn. 44 – JP/Ministre de la Transition écologique.

⁵LG Ravensburg 12.2.2021 – 2 O 393/20, BeckRS 2021, 1938.

⁶BGH 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 76.

⁷Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie), ABl. 2007 L 263, 1. Inzwischen abgelöst durch die Verordnung (EU) 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. 2018 L 151, 1.

⁸Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. 2007 L 171, 1.

dem Umweltschutz und der Luftreinhaltung auch „die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen, wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ausgestattet ist“ (EuGH Rn. 85). Zweitens hat er im Hinblick auf die Folgen eines Verstoßes gegen diese Vorschriften entschieden, „dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 dieser Verordnung ausgestatteten Fahrzeugs einen Anspruch auf Schadensersatz durch den Hersteller dieses Fahrzeugs hat, wenn dem Käufer durch diese Abschalt-einrichtung ein Schaden entstanden ist“ (EuGH Rn. 91, auch Rn. 89). Und drittens – und dies dürfte für die Praxis die größten Fragen aufwerfen – hat der Gerichtshof zwar die Ausgestaltung dieses Schadensersatzanspruchs den Mitgliedstaaten überlassen (EuGH Rn. 92), allerdings unter dem Vorbehalt, dass „nationale Rechtsvorschriften, die es dem Käufer eines Kraftfahrzeugs praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers dieses Fahrzeugs gegen das in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 enthaltene Verbot entstanden ist, nicht mit dem Grundsatz der Effektivität in Einklang“ stehen (EuGH Rn. 93). Zur Bedeutung dieses Effektivitätsvorbehalts für die konkrete Frage, ob bei Anrechnung hoher Nutzungsvorteile des Erwerbers der Schadensersatzanspruch maßgeblich reduziert oder sogar entfallen kann oder ob dies effektivitätswidrig wäre, hielt sich der EuGH bedeckt. Nur zu drei knappen Aussagen mochte man sich durchringen: Erstens dürfen die nationalen Gerichte dafür Sorge tragen, „dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt“ (EuGH Rn. 94). Zweitens müssen sie prüfen, ob „die Anrechnung des Nutzungsvorteils für die tatsächliche Nutzung des in Rede stehenden Fahrzeugs dem betreffenden Käufer eine angemessene Entschädigung gewährleistet“, sofern feststeht, dass im Zusammenhang mit der unzulässigen Abschalt-einrichtung ein Schaden entstanden ist (EuGH Rn. 95). Und drittens wird zusammenfassend festgehalten, dass die Ausgestaltung des Schadensersatzes durch die Mitgliedstaaten voraus-

setzt, „dass dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht“ (EuGH Rn. 96).

Drei Voraussetzungen für die Existenz privater Schadensersatzansprüche bei Unionsrechtsverstößen

Die Entscheidung des Gerichtshofs entspricht in Struktur und Aufbau⁹ den Schlussanträgen des Generalanwalts Rantos (im Folgenden zitiert als Schlussanträge Rn.)¹⁰, und auch die Ausführungen zum Individualschutz durch die Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46, der wesentlich mit der Konformitätsbescheinigung und dem Regelungskontext der Abgasnormen begründet wird, ähneln sich in Urteil und Schlussanträgen (EuGH Rn. 73, 78 ff.; Schlussanträge Rn. 42, 47). Bemerkenswerte Unterschiede ergeben sich aber bei der Begründung der Erforderlichkeit privater Schadensersatzansprüche bereits bei Fahrlässigkeit des Herstellers (§ 823 Abs. 2 BGB) und nicht erst unter den Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB), wie es bisher der Rechtsprechung des BGH entsprach.¹¹ Der Generalanwalt machte sich die Argumentation des vorlegenden Landgerichts zu eigen, dass der Hersteller wegen des Ausnahmecharakters der Haftung nach § 826 BGB keinen hinreichenden „Anreiz [habe], die Unionsvorschriften penibel einzuhalten, um eine deliktische Haftung zu vermeiden“ (Schlussanträge Rn. 58) und dass die unionsrechtlichen Vorschriften „wohl nur dann durchschlagskräftig wären, wenn auch fahrlässige Verstöße durch deliktische Schadensersatzansprüche der Erwerber gegen den Hersteller sanktioniert würden und die Hersteller dies von vornherein einkalkulieren müssten“ (Schlussanträge Rn. 59). Der EuGH hingegen stellt die Existenz eines Schadensersatzanspruchs der Käufer von Dieselfahrzeugen mit unzulässiger Abschalt-einrichtung gegen deren Hersteller eigentlich nur fest (EuGH Rn. 89, 91). Das einzige Begründungselement ist das Wörtchen „somit“ („ainsi“) in Rn. 89, das eine Verknüpfung zum zuvor festgestellten Individualschutz durch die Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46 herstellt. Dieser Unterschied ist bedeutsam für die nach wie vor ungeklärte Frage, wann Verstöße gegen Unionsrecht privatrecht-

⁹Vorbemerkung zu Thermofenstern in der VO 715/2007, Individualschutz durch die Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46, Folgen für das nationale Recht (Schadensersatzanspruch und dessen Ausgestaltung).

¹⁰Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:EU:C:2022:420 – QB/Mercedes-Benz Group.

¹¹BGH 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 74.

liche (Schadensersatz-)Ansprüche zur Folge haben. Legt man nämlich die Position des Generalanwalts zugrunde, so käme es auf die Anreizwirkung, also den Präventionseffekt einer deliktischen Haftung, und die Sicherung der Wirksamkeit des Unionsrechts an.¹² Die Begründung des EuGH scheint hingegen eher oder sogar ausschließlich auf den Individualschutz durch die Richtlinienvorschriften abzustellen. In diesen Unterschieden spiegeln sich die Unsicherheiten, die die Judikatur des Gerichtshofs zur Begründung privater Schadensersatzansprüche seit jeher begleiten.¹³ Immerhin sind die vom Generalanwalt genannten Punkte (Präventionswirkung der Haftung und Sicherung der Wirksamkeit des Unionsrechts) auch in früheren Entscheidungen anzutreffen, während ein Abstellen allein auf den Individualschutz einer Norm neu ist und auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zur früheren Entscheidung in TÜV Rheinland¹⁴ steht (die allerdings infolge der dort geltend gemachten Haftung eines Marktüberwachers einen nicht generalisierungsfähigen Sonderfall betrifft)¹⁵.

Richtigerweise dürften deshalb sowohl die Argumente des Gerichtshofs wie des Generalanwalts ausschlaggebend für die Haftungsbegründung sein. Demnach ist ein Unionsrechtsverstoß (auch und neben einer ggf. parallelen öffentlich-rechtlichen Durchsetzung) durch einen privaten Schadensersatzanspruch zu sanktionieren,¹⁶ wenn erstens die *praktische Wirksamkeit oder die effektive Durchsetzung* iSd Effektivitätsgrundsatzes der verletzten Primärnorm bei Nichtdurchsetzung durch private (Schadensersatz-)Ansprüche beeinträchtigt wäre und zweitens die verletzte Primärnorm dem konkreten Anspruchsteller eine *individuelle Anspruchsberechtigung* verleiht, was in erster Linie (wie im Beispiel der Art. 18

Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46) bei individualschützenden Normen des Unionsrechts der Fall ist, aber auch bei kollektiv- oder wettbewerbsschützenden Vorschriften der Fall sein kann.¹⁷ Als dritte Voraussetzung kommt die *unmittelbare Wirkung* – im weitesten Sinne, also auch unter Einbeziehung von Richtlinien bzw. des Umsetzungsrechts zu Richtlinien – der verletzten Primärnorm zwischen Privaten hinzu. Die erste Voraussetzung (Effektivitätsbeeinträchtigung bei Nichtdurchsetzung durch Schadensersatzansprüche) wird dabei vom Gerichtshof als eine Art Platzhalter für unterschiedliche Abwägungskriterien genutzt. Zu diesen Abwägungskriterien zählen der Charakter der verletzten Primärnorm als grundlegende Bestimmung des Unionsrechts, die Zielsetzung der verletzten Primärnorm, eine bestimmte (einheitliche) Wettbewerbs- oder Marktordnung zu errichten, die Erhöhung der Durchsetzungskraft des Unionsrechts durch Schadensersatzansprüche (auch wenn parallel öffentlich-rechtliche Durchsetzung existiert), der Beitrag privater Schadensersatzansprüche zur Aufdeckung und Abschreckung von Unionsrechtsverstößen und schließlich die Erwägung, dass ein von der Primärnorm angestrebter Zustand nur durch Schadensersatzansprüche und den damit verbundenen Schadensausgleich erreicht werden kann.¹⁸ Unter Anwendung dieser Abwägungskriterien dürften sich kaum Fälle finden lassen, in denen die Kriterien nicht für die Anerkennung privater Schadensersatzansprüche sprechen, so dass man von einer „Regelvermutung der privaten Durchsetzbarkeit des Unionsrechts“¹⁹ sprechen kann. Allerdings greift diese Regelvermutung nicht, wenn die verletzte Primärnorm keinen materiellen Schutz vermittelt oder wenn die Existenz privater Schadensersatzansprü-

¹²Diese Ziele weisen zwar grundsätzlich in dieselbe Richtung, sind aber nicht kongruent: So soll das Staatshaftungsrecht der Union zwar die Wirksamkeit des Unionsrechts sichern, verfolgt aber nicht das Ziel der Abschreckung, EuGH 17.4.2007 – C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213 Rn. 88 – A.G.M.-COS.MET.

¹³Zur Analyse der Rechtsprechung Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 521 ff.

¹⁴EuGH 16.2.2017 – C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128 Rn. 55 f. – Elisabeth Schmitt/TÜV Rheinland; a.A. (überzeugender) die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 15.9.2016 – C-219/15, ECLI:EU:C:2016:694 Rn. 39 f. – Elisabeth Schmitt/TÜV Rheinland.

¹⁵Näher Heinze, AcP 221 (2021), 738, 745 f.

¹⁶Zu diesen Voraussetzungen Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 515, 518 ff.; ders. AcP 221 (2021), 738, 745 Fn. 15.

¹⁷Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 562 ff.

¹⁸Zu diesen Kriterien mWn aus der Rechtsprechung Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 522.

¹⁹Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 516, 523 f.

²⁰Zu diesen Ausnahmen Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 524 f., 538 f. Eine weitere Ausnahme greift, wenn anderweitiger (zivilrechtlicher) Rechtsschutz (z.B. Unterlassungsansprüche) bereits eine hinreichende Effektivität sichert,

che durch das Unionsrecht explizit oder implizit ausgeschlossen wird.²⁰

Kein Ausschluss privater Ansprüche trotz paralleler öffentlich-rechtlicher Durchsetzung

Abgesehen von der Ausprägung der Kriterien für die Existenz privater Schadensersatzansprüche liefert die Rechtssache C-100/21 auch Diskussionsimpulse für die Würdigung verschiedener Einwände gegen die Regelvermutung der privaten Durchsetzbarkeit des Unionsrechts. Dies gilt zunächst für die Auffassung, dass ein Verstoß gegen Unionsrecht grundsätzlich keine privatrechtlichen Ansprüche zur Folge habe und vielmehr auch eine allein öffentlich-rechtliche Sanktionierung zur Sicherung der Effektivität des Unionsrechts ausreicht.²¹ Zwar ist zutreffend, dass der Gerichtshof grundsätzlich die Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Sanktionsregeln respektiert. Allerdings gibt es inzwischen verschiedene Entscheidungen, in denen der EuGH – trotz Existenz öffentlich-rechtlicher Sanktionen – explizit *zusätzlich* privatrechtliche Ansprüche verlangt hat.²² Die Entscheidung in der Rechtssache C-100/21 ist nur der letzte Baustein in der Linie dieser Judikatur, auch wenn er besonders bemerkenswert ist, weil nicht nur die Existenz privatrechtlicher Schadensersatzansprüche, sondern auch ihre Entkopplung vom Erfordernis der vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung hin zu einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit aus Effektivitätsgründen gefordert war. Auch rechtspolitisch ist die Parallelität öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung sinnvoll, denn die Wirksamkeit einer rein öffentlich-rechtlichen Durchsetzung ist sowohl durch begrenzte öffentliche Ressourcen wie ggf. mangelnden politischen Willen begrenzt. Die Ausdehnung der Anspruchs- und Klageberechtigung Privater bedeutet deshalb nicht

nur eine Stärkung der Wirksamkeit des Unionsrechts, sondern auch einen Emanzipations- und Freiheitsgewinn für die Bürger, die die Durchsetzung des Unionsrechts unabhängig von behördlichen Entscheidungen in ihre eigenen Hände nehmen können. Es gibt deshalb kein Durchsetzungsmonopol staatlicher Behörden,²³ sofern sich nicht dem unionsrechtlichen Regelungsumfeld deutlich entnehmen lässt, dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen ausschließlich behördlicher und auch privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung explizit vorbehalten wollte.²⁴

Keine Unterscheidung zwischen Richtlinien und Verordnungen

Hinweise gibt die Entscheidung in der Rechtssache C-100/21 auch für die Frage, ob bei der Begründung privater Schadensersatzansprüche nach der Rechtsnatur der verletzen Unionsnorm zu differenzieren ist. So könnte man bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht und bei Verordnungen eine private Rechtsdurchsetzung als grundsätzlich geboten ansehen, bei (umsetzungsbedürftigen) Richtlinien aber nicht.²⁵ Angesichts der Annäherung zwischen Richtlinien und Verordnungen durch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung und angesichts des Umstands, dass der Gesetzgeber immer mehr Richtlinien ohne Änderung des materiellen Regelungsgehalts in Verordnungen überführt, so dass die Formen zunehmend austauschbar erscheinen,²⁶ erscheint diese Differenzierung nicht ohne weiteres überzeugend. Mit der Entscheidung in der Rechtssache C-100/21 dürfte sie noch schwieriger zu halten sein, weil die Existenz privatrechtlicher Ansprüche vom Generalanwalt ausschließlich (Schlussanträge Rn. 54)²⁷ und vom Gerichtshof zumindest überwiegend aus dem Individualschutz und der Durchsetzungsverpflichtung der Rahmen-

a.a.O. S. 532 ff.

²¹ Etwa Micklitz Yearbook of European Law 28 (2009) 3, 44 f.; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012) S. 261.

²² Zu nennen sind etwa die Entscheidungen EuGH 20.8.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – Courage/Crehan (Kartellrecht) und EuGH 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 – Muñoz (Kennzeichnungsvorschriften für Obst), in denen jeweils ein öffentlich-rechtliches Durchsetzungsinstrumentarium existierte. Vgl. auch bereits EuGH 3.4.1968 – 28/67, Slg. 1968, 216 – Firma Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe.

²³ Wilman, Private Enforcement of EU law before national courts (2015) Rn. 10.19.

²⁴ Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 531 f.

²⁵ Vgl. (mit Differenzierungen, S. 268 f., 298) Franck, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 267, 297 f., 660.

²⁶ Zum „unaufhaltsamen Drang zur Verordnung“ Basedow, EuZW 2018, 1.

²⁷ „Mit anderen Worten verpflichtet die Richtlinie 2007/46 die Mitgliedstaaten, vorzusehen, dass der Erwerber eines Fahrzeugs einen Ersatzanspruch hat, wenn der Hersteller ein solches Fahrzeug schuldhaft in Verkehr gebracht hat“.

richtlinie 2007/46 (EuGH Rn. 91)²⁸ abgeleitet wurde.

Schutzzweck- oder Betroffenheitskriterium für die Eingrenzung des Kreises der Anspruchsberechtigten?

Schließlich gibt die Entscheidung in der Rechtssache C-100/21 Hinweise für die Eingrenzung des Kreises möglicher Anspruchssteller. Infolge der unklaren Judikatur ist umstritten, ob die Existenz von Schadensersatzansprüchen bei Unionsrechtsverstößen – wie in § 823 Abs. 2 BGB – an ein Schutzgesetz- bzw. Schutzzweckerfordernis geknüpft werden kann oder ob nicht vielmehr im unionsrechtlichen Kontext bereits ein bloßer „personaler Bezug“ oder eine bloße „Betroffenheit“ genügt. Anspruchsberechtigt soll danach bereits derjenige sein, der in den von der jeweiligen Norm geschützten Interessen beeinträchtigt ist bzw. sein könnte, ohne dass ein von der Allgemeinheit abgrenzbarer Individualschutz erforderlich sei.²⁹ Mit der Entscheidung C-100/21 dürfte sich der EuGH indes – wie auch sonst bei (Staats-)Haftungsansprüchen³⁰ – zugunsten des Individualschutzkriteriums und gegen ein Genügen der bloßen Betroffenheit ausgesprochen haben, weil der Gerichtshof für die Begründung der Schadensersatzansprüche maßgeblich darauf abstellt, dass die betreffenden Vorschriften des Unionsrechts die „Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen“ (EuGH Rn. 88). Allerdings gilt dies nur bei individualschützenden Normen. Steht die private Durchsetzung wettbewerbsschützender Unionsrechtsnormen in Rede, so ist „jedermann“ anspruchsberechtigt, so dass eine Eingrenzung des Kreises der Anspruchsstellers nur über die Kriterien von Kausalität und Zurechenbarkeit erfolgen soll.³¹ Bei kollektivschützenden Normen (z.B. kollektiven Rechten von Arbeitnehmern)

wiederum ist die betreffende Kollektivorganisation anspruchsberechtigt, wobei diese Fälle bisher für die Schadensersatzhaftung keine Bedeutung erlangt haben.

Ausgestaltung der Haftung: Bereicherungsverbot und angemessene Entschädigung

Unterschiede zwischen den Schlussanträgen und der Entscheidung finden sich auch bei den europäischen Vorgaben für die Ausgestaltung der Schadensersatzhaftung: Zwar verweisen sowohl die Schlussanträge (Rn. 61) wie der EuGH (Rn. 94) – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte³² – auf die Zulässigkeit nationaler Regeln, eine ungerechtfertigte Bereicherung der Anspruchsberechtigten zu verhindern. Daraus folgt, dass eine Anrechnung der Nutzungsvorteile, die die Erwerber der Dieselfahrzeuge durch den Gebrauch der Fahrzeuge erlangt haben, unionsrechtskonform ist (Schlussanträge Rn. 62, wohl auch EuGH Rn. 95, wo die Anrechnung des Nutzungsvorteils erwähnt und nicht untersagt wird). Während der Generalanwalt allerdings eine Nutzungsanrechnung explizit für effektivitäts- und unionsrechtswidrig hält, wenn der Käufer „letztlich keinerlei Ersatz für den erlittenen Schaden erhält“ (Schlussanträge Rn. 62), äußert sich der Gerichtshof weniger deutlich und verlangt lediglich, dass trotz Nutzungsanrechnung eine „angemessene Entschädigung“ (EuGH Rn. 95) gewährleistet sein muss. Indes dürfte dies im Ergebnis keinen Unterschied zur Position des Generalanwalts begründen, weil die „angemessene Entschädigung“ in der Judikatur des Gerichtshofs signalisiert, dass umfassend alle Positionen auszugleichen sind und ein bloß symbolischer Schadensersatz nicht genügt.³³ Dies dürfte den Weg dafür ebnen, dass die Nutzungsanrechnung einen Rest-Schadensersatzanspruch nicht ausschließen darf,

²⁸ „[A]us Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Rahmenrichtlinie in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007“.

²⁹ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 542; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 281 ff., 285, 307 f.; Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 170 f., 172, 192 f., 994. Darin dürfte eine privatrechtliche Rezeption der verwaltungsrechtlichen Lehre von der funktionalen Subjektivierung liegen, zu letzterer Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 222; Ruffert, DVBl. 1998, 69, 71; instruktiv die Zusammenfassung bei Sagmeister, ZEuS 2011, 1, 4 ff.

³⁰ Vgl. jüngst EuGH 22.12.2022 – C-61/21, ECLI:EU:C:2022:1015 Rn. 56 – JP/Ministre de la Transition écologique.

³¹ Zur Jedermann-Formel im Kartellrecht EuGH 12.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 Rn. 22, 30 ff. – Otis/Land Oberösterreich; BGH 28.2.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136 Rn. 24 f. – Schienenkartell II. Im unionalen Lauterkeitsrecht sind Wettbewerber, bestimmte Verbände und seit Umsetzung der Richtlinie 2019/2161 auch individuelle Verbraucher anspruchsberechtigt, Art. 11 und Art. 11a der UGP-Richtlinie 2005/29 idF der Richtlinie 2019/2161.

³² Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 616 f. mwN.

³³ Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 586 f. mwN.

der etwa darin bestehen könnte, dass der Hersteller das Fahrzeug zum Zeitwert³⁴ eines vergleichbaren Fahrzeugs ohne unzulässige Abschaltvorrichtung zurücknehmen muss.

³⁴Wie man den für den Zeitwert maßgeblichen Zeitpunkt bestimmt, kann man unterschiedlich sehen. Wenn man einen späten Zeitpunkt wählt, gibt dies einen Anreiz, die Verfahren möglichst in die Länge zu ziehen, um den Zeitwert zu reduzieren.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

In Jerusalem my Heart wanted to Scream out: “I am Polin, too” ...

doi: 10.17176/20230405-190228-0



“In a room where people unanimously maintain a conspiracy of silence, one word of truth sounds like a pistol shot”

Czesław Miłosz, [Nobel Lecture](#), 8th December 1980

I went to Israel at a moment’s notice to share the lessons and cautionary tales of anti-constitutional capture in Poland and to explain the mechanics behind systemic and legalistic dismantling of the liberal foundations of the legal order. However, during my stay in Israel, I realized that as much the Israelis wanted to learn from me, they might as well teach Poles crucial lessons, not less these of civic engagement and mobilization.

How to tell and narrate the incomprehensible?

Having received an invitation from a highly respected think-tank, [the Israel Democracy Institute](#) (“IDI”), literally 24 hours later I was on the plane heading to Tel Aviv. For several days I met with [politicians in the Knesset](#), spoke to NGO representatives, the media and took part in an [international emergency panel on the proposed changes by the government of Benjamin Netanyahu](#) to the way judges are elected. [The panel consisted](#) of former ministers of justice from Ireland (Adv. Alan Shatter) and Canada (Professor Irwin Cotler), former judges of the Constitutional Court of Germany (Professor Andreas L. Paulus) and India (Justice Nageswara Rao), Professor Kalypso Nicolaidis and Professor Gábor Halmai, both from the EUI.

While abroad, I find it more and more difficult to [talk about the depths of the destruction of the rule of law in Poland](#) ... During the meeting with [the Member of the Knesset Mr Tur-paz](#). He shook his head in disbelief when I said that despite the Polish Constitution’s clear language, judgments of the Constitutional Court were not published in Poland, and that the President appointed members of the Court elected in violation of the law under cover of the night. For him and his colleagues, disdain in Poland for the constitutional document and the institutions that

stand for it was beyond comprehension.

Here is then the message(s) that I have [impromptu reconstructed](#) from my scribbles upon my return, the message(s) which [I have shared](#) with the Israelis.

A Polish heart that cries out

What really shook me was one of the marches in Jerusalem, outside President Herzog’s residence on Saturday night. There I saw and felt the emotion from people who were clearly aware of what is at stake. It was not just a protest against the judicial overhaul itself, but I had the impression that Israelis were thinking first and foremost about the future of their children. I met a young father who held his tiny baby in his arms wrapped in an Israeli flag. The Israelis made this intuitive assertion that following now the path blazed by Poland or Hungary of dismantling the justice system would deprive them of their rights and undermine the very essence of their democracy. People understood that when there is no Supreme Court, there will be no democracy. The chanted slogan “Democracy is us” and many others reminded me of an intuitive and spontaneous constitutional conversation in civic attitudes and values that must be the inviolable basis of their society. Among the slogans was also this: *“Lavin, Lavin, it’s not Polin”* – addressed to the Israeli Minister of Justice, emphatically stating that “Israel is not Poland”. At the demonstration, however, I not only felt the encouragement and uplifting and liberating mobilization, but also great regret. In Poland we had not succeeded in mobilizing citizens in the face of lawlessness and the oppressiveness of the state, far more serious than what the Israelis are now protesting against. On that Saturday night in Jerusalem, I struggled with conflicting feelings. While almost intuitively, my heart wanted to respond by screaming out that “there is also the other and better [Polin](#)”, it pained me to admit that the face of today’s Poland has been passivity and social indifference. The despondency was mixed with sadness and helplessness.

ness. I have seen the energy and I have seen it unleashed and grow since Benjamin Netanyahu's decision to [dismiss Defence Minister Yoav Gallant](#), who publicly warned of the dangers of the "reform" being pushed through in terms of state security. The prime minister's decision has only heightened people's anger, with the head of the largest trade union announcing a strike, joined by the universities, high-tech representatives, and hospitals ... This could no longer be stopped. Netanyahu seems to have understood that people will not back down.



From Polin to Israel with a warning

On the political power constrained by law

Israel does not have a written constitution, only a set of fundamental laws that are the basis of their democracy. The Supreme Court upholds these rights because it is basically the only institution that has this power. Netanyahu wants to dismantle this sole link of control over the Knesset and over the government. The function of the court in any liberal democracy is not to serve the elected, the political power, but to be its counterweight. This is the essence of democracy and the democratic mandate of judges. In Poland, this understanding that when you defend a court or the Constitutional Court, you are defending democracy, which is much more than this enchanted moment of casting a vote at the ballot box, has never penetrated public consciousness. True democracy is what happens between electoral cycles when it is sustained by institutions independent of government during that time. They are just as much elements of the democratic system as parliament, government, or the president, but they differ in function – they ensure that the elected authorities cannot do whatever they want to please their electorate. A court that is independent of the polls guarantees that the system will be rooted in certain liberal values like the rule of law, and whether the right, left or centre governs, the government will be controlled by institutions independent of that power. Any power in a democracy must

be a limited power.

Capture the referee first

I [explained](#) to my fellow colleagues, politicians and citizens that this is how [it started in Poland too](#) – with the dismantling of the justice system. If you want to rule without limits, you must take over the institution that is set up to control your power. So, [you always start with the court](#), which controls the constitutionality of the law. It is the primary opponent of the autocrats. The destruction of this court affects the operation of the entire legal system. Then come the prosecutor, the ordinary courts, the media. The question often asked by my interlocutors dealt with how the capture of a referee pays off? One must take a long-term perspective here. In Poland, it all started with the Constitutional Court for a reason. What has long been overlooked is the fact that a constitutional court (Supreme Court in Israel) is not seen as a mere obstacle simply to be removed. A constitutional court's role as one of the linchpins of a liberal democratic order is transformed from a counter-majoritarian institution to an ally of the majority and [a shameless government enabler](#). Four interconnected transformations have reshaped the face of what used to be the Polish Constitutional Court and which might as well serve as the warning for Israel when they ponder "what if we say nothing now": i) judicial review has been *weaponised* and used against the opposition; ii) constitutional review has been *instrumentalised* in the process of implementing the political agenda; and finally, iii) judicial *rubber-stamping* of all unconstitutional schemes placed before it is enacted by the ruling majority; iv) the courtroom is *used* to create what [Otto Kirchheimer](#) termed "effective political images" that cast some political actors as villains ("justice has been done to them") and others as political heroes ("their virtuousness has finally been rewarded"). Political justice must be swift and leave public opinion with indelible, black-or-white memories. Judicial review acts as an enforcer of political justice. Quite a change from what we had aspired to back in 1989 and this is what stares at the face of the Israeli people: once your Supreme Court is gone, your democracy will start unravelling. Before you know, you will wake up in the state completely unchecked. Therefore, stopping the capture now takes on existential importance. Stay vigilant and take Poland as a cautionary tale.

There was a feeling of *déjà vu* with what we had in Poland, i. e. personalized legislation being adopted to pro-

tect specific individuals. In Israel, Netanyahu has corruption charges pending against him. As his career was hanging in the balance, before the elections he struck a deal with the Attorney General that, should he become prime minister again, he would not interfere with the judicial overhaul because that would [create a conflict of interest](#). The 2020 deal forbade Netanyahu from making senior law enforcement and judicial appointments or getting involved in legislative matters that might impact his ongoing trial on corruption charges. After all, the accused must not influence who is to be his judge. Seen from this perspective, [the capture of the court system makes perfect sense](#): a politician does not need an independent court, but one that will be composed of the judges that will guarantee him the certainty of the result. Today this logic applies to Netanyahu, but in the future, it could as well apply to any politician who will not have to worry about being held criminally accountable.

Understand the mechanics of the [anti-constitutional capture](#)

I warned against the strategies of [capture](#). Smart autocrats learn from each other. Indeed, it soon turned out that the [Polish government \(Ministry of Foreign Affairs\)](#) had instructed representatives of the Israeli government on how the independent judiciary has been dismantled in Poland ... Did it share, among other things, how to destroy the constitutional court, turning it into a shameless noddy to the authorities, how to install a person in the position of president of this court who obeys all orders of his political principals, how not to publish rulings unwanted by political power, or how to take over and politically incapacitate the constitutional body responsible for selecting judges?

Orban, Kaczyński, and Netanyahu understand the virtue of patience and persistence. The capture strategies are overlapping, interconnected and self-reinforcing. The polished legalistic autocrats know how to [stall](#), [wait out the protests](#), [cheat](#), [manipulate](#), [play the long game](#). Once started, capture has the effect of snowballing unconstitutionality: the initial poisoning of the Polish Constitutional Court tarnished the entire legal system. The capture of the state [is a process](#) full of perfidy, manipulation, and bad faith. It can stop for a while, make a small concession, only to return with an intensified attack after a moment's respite and hope that this wait has tired people out and this time it will somehow manage to push through illegal

bills. State capture does not know the word “no”. We saw this in the case of the Constitutional Court, the Supreme Court or even the defenseless [Białowieża Forest](#).

From the Polish debacle, the manual of the capture would include the following:

1. “If you can’t amend, bypass”;
2. “Keep repeating and pushing the lies and shenanigans to the point of the emergence of a new doctrine and the unconstitutional change on the ground”;
3. “Re-introduce unconstitutional provisions”;
4. “Retreat on non-essentials, while pushing on with the essential”;
5. “Create unconstitutional facts on the ground that will be impossible to roll back”;
6. “Play ‘cat and mouse’ ”;
7. “Play ‘the waiting game’ ”;
8. “Pre-empt the resistance and create *fait accompli* that can’t be undone”;
9. “Weather the storm of public outrage, and then come back with a vengeance”;
10. “If you get thrown out the window, you sneak right back in by the back door”.

This menu of manipulation and tricks is crucial because at some a point a critical point will be reached, and the system will collapse. Again, it reminds us how the capture of the Constitutional Court and then Polish Supreme Court played out. In the latter case it succeeded even despite the mass protests in July 2017. However, these protests never dented the resolve of the autocrats, they only rather slowed them down for a while, only for an even more poisonous legislative package to be adopted once the protests had waned and people had lost interest. Waiting a few weeks during the summer break in 2017 made all the difference. The Supreme Court was eventually captured with only minimal attention and interest from the public.

From captured state to captive mind

I warned that Israel should not repeat our mistakes. There must be a message to the protesting citizens containing three elements: you must remain vigilant, you must always be faithful to the foundations of the constitutional order, and you must understand against whom you are fighting this battle. There is no room for compromise. Netanyahu will not bring out tanks against you, but he will gut the liberal system from within under the guise of

formally legal laws. We will not see massive human rights violations, political murders, or mass incarceration. The legalist autocrats will take control of independent institutions by methods that are entirely consistent with the law – with its letter, but not its spirit. And in the end, they will make them, to quote [Czesław Miłosz](#), “[captive minds](#)”: docile, passive, and deaf to all the wickedness. Minds that accept lawlessness as “[business as usual](#)”. We in Poland are now moving from the takeover of the state that has already taken place to the enslavement of minds. This is a great tragedy because the damage to the social fabric may be irreversible. Israelis understand that their struggle today is therefore not just about the Supreme Court, but about defending a certain way of life in a mutually respectful community of citizens aspiring to live in a decent and open state. Hence the incredible mobilization.

But for this struggle to be effective, Israelis must think long-term, their participation must not end with one or another protest. Again, [Poland must be seen as a cautionary tale](#): the powerful mobilization [after the abortion verdict of the pseudo-court](#) was a great opportunity, but we lacked consistency, patience, a clear message and, crucially, a political opposition that would have displayed at least some constitutional imagination going beyond petty politics of today to make it clear that the survival of the rule of law was at stake. The momentum fizzled out quickly. Only prolonged pressure from citizens can have a lasting effect. For now, at least the protests succeeded exactly because people did not leave the streets after few days of being out on the streets. To the contrary, they have increased their presence in the public sphere, protesting not only against the reform itself, but also against the curtailment of the rights of women and sexual minorities as well as the occupation of the Palestinian territories. Therefore, I have been advising my colleagues, lawyers, experts, to stay the course, not relent in their efforts to make the public aware that silence is no longer an option. It is important for protesters to feel that they are part of a community that relies on being able to compromise with those who think differently. If you want to win long-term, you must be persistent, coordinate and see through the haze of empty promises.

Do you understand that the fight is for your court, not Netanyahu's?

What was striking is the extent to which Israel's citizens share the understanding of the importance of the social legitimacy of the institutions and of the judicial power in particular. This is crucial as the capture has only one enemy: institutions that are socially embedded. Painful lessons from the demise of the independent judiciary in Poland have shown [that social legitimacy of courts](#) must be analyzed as a combination of *property*, *process*, and *perception*. Here the relevance of my cautionary tale goes beyond Poland and Israel.

The perspective through *properties* explains us the relationship between the courts and their environment. What matters is the conviction that the legitimacy flows from the institutions that have the attributes (e.g. serve the common good, are reasonably just etc.) which justify our recognition of their authority and explain our continuous and renewed readiness to respect it. The recognition of the institutions as legitimate is not simply driven by their formality, but first and foremost because of the public trust and faith in these institutions. Once the authority of the institutions becomes socially habituated, the institutions and their power become legitimate in the social eyes.

Social legitimacy *as a process* boils down the uneasy process of social legitimacy's emergence. It is not a given but a variable: social legitimacy resides in the heads of the members of the community and is generated over time - as a function of history, context, and culture. While the social legitimacy of courts is built as a result of renewal and practice and earned through performance, it might be lost in a moment.

Finally, social legitimacy *as a perception* touches on the social embeddedness of the judicial power. The courts must strive at building a feeling of common cause and purpose going beyond self-interest. The more the institutions live the practices of the rule of law and translate them for the citizenry, the more difficult the capture and the more social legitimacy will act as a shield against would-be autocrats bent on the constitutional capture.

At the end, you might arrive at a [constitutional fidelity](#) where constitutional ideas and principles are turned into practice and lived experience. Embedding the social function of courts takes us on the trajectory from *their* (elites) constitution to *my* (citizens' constitution), from *a* court

to *my* court and finally from *a* judge to a *good* judge. With the judicial power socially embedded, the capture knows that before taking on the courts, it will have to face the citizens ready to fight for their courts.

This might be the most important lesson that was not learnt in Poland and one that I wanted to impart to the Israelis.

The embattled Supreme Court must not cave in

Today, a political compromise that would sweeten this planned reform somewhat but maintain the goal of taking control of the appointment of all judges or giving a simple majority in the Knesset the power to reject Supreme Court rulings, must consider that Israel is a different country today than it was just a few weeks ago. Today, its citizens understand clearly what is at stake and are demanding much more than a month ago. The *status quo* has been violated. If Netanyahu maintains the goals and only softens the details, the people will not accept it – the Supreme Court will either be 100 per cent independent of political power or not independent at all. Today, in Israel, we are facing a constitutional revolution that will define the character of the state for decades to come. It will also be important how the Supreme Court, which will also have to face new laws, behaves now. The Supreme Court must not agree to any hasty concocted political deal that compromises judicial independence, the rule of law or the balance of powers. If it accepts undemocratic changes, it will be the end of this institution. The people will no longer only act against the ruling elite but will turn against the court itself. Every institution (courts in particular), as [we have painfully seen in Poland](#), is strong when it has the support of public opinion. The support of the citizens and the social legitimacy of the institution are the institution's most effective weapons in the clash with legalistic autocrats like Netanyahu, Orban or Kaczynski. For this reason, Netanyahu already knows that this battle cannot be won, because the citizens will never allow their Supre-

me Court to die like our Constitutional Court in darkness and oblivion. So, with time, I began to understand that it is not only me who has come to teach the Israelis, but there are plenty of things that we Poles, and the leaders of our hopelessly lost and helpless opposition can learn from the Israelis.

Epilogue or ... a new Prologue? From Polin to Israel with love, admiration and ... sadness, too

[What next then for Israel?](#) This is an extremely difficult question, because the tension is indeed enormous. Talking to politicians and being among the protesters, I understood that there is no going back to the situation before the protests. A tremendous social force has been set in motion and a public discussion has now swung towards a more fundamental question of how far the authorities can go to influence the lives of ordinary Israelis. Anticipating "what's next", should the political power not listen to the citizens and concoct a compromise good for the elites but falling short of what the protesters expect, this could lead [to a massive escalation](#). This was evident from Netanyahu's ill-advised and arrogant decision on 26th of March to dismiss the defense minister. This was seen as a slap in the face to the thousands of protesters. All depends now on what happens in the next several weeks, whether the authorities will listen to the citizens. However, no matter what happens at the political level, there is clearly a constitutional moment in the making in Israel. The citizens have already won, and the politicians know it, even if they are still afraid to admit and accept the new situation. A few days ago, the survival of the Supreme Court was at stake, today the defense and survival of democracy and a certain way of life are at stake.

Poland has never seen such a resolve and constitutional fidelity. That explains why my civic heart cried in Israel and kept wondering "*what if*" ...

Anastasiia Vorobiova

Education as Indoctrination: Mnemonic Constitutionalism and History Teaching in Russia



doi: 10.17176/20230425-204435-0

In January 2023, Russia adopted [new amendments](#) to the Law “On Education in the Russian Federation” which will become effective by September 1st, 2023. The amendments establish mandatory, federal curricula for the following school subjects: “Russian language”, “Literary reading”, “The world around”, “Russian language”, “Literature”, “History”, “Social science”, “Geography” and “Basics of life safety”. The content of the curricula was developed and pre-approved by the Ministry of Education [in November 2022](#), and aims to establish a single, uniform standard of teaching for these subjects. According to the Russian State Duma, the subjects on [humanities](#) are given such “special attention”, as they form a basis for a person’s worldview and thus require an unchanged and mandatory program sanctioned by the government to foster the uniform and homogenous values within Russian society. The new amendments are further evidence of Russia’s on-going engagement in “mnemonic constitutionalism”, the “[elevation of the legal governance of historical memory to the constitutional level](#)” through a “process of embedding specific historical paradigms in the structures and framework of [the law]”. [Through mnemonic constitutionalism](#), a legislatively prescribed past becomes the foundation for a polity’s collective identity. While this is not per se illegitimate, this blogpost will detail how Russia’s legislative governance of memory in the context of history teaching violates the right to education enshrined in international human rights law.

Russian Mnemonic Politics: Children as Guardians of History

Over the last few years, Russia has passed a whole range of memory laws- both punitive and non-punitive in kind- to entrench a very [particular interpretation of the Great Patriotic war events](#) that frames Russia “[as the liberator of Central and Eastern Europe and to obscure the Soviet-Nazi occupation of Poland in 1939](#)”. As [Belavusau](#) notes,

Russia pursues this particular narrative to provide an ontological foundation to justify its “illiberal democracy”.

The mastermind behind the new amendments into the Law on Education is infamous State Duma Deputy Irina Yarovaya, who also [drafted the first Russian memory laws in 2015. These took the form of amendments to the Russian Criminal Code](#) that prohibited “attempts to exonerate Nazism,” which were adopted in the aftermath of the Crimea occupation. In a similar vein, on 16 April 2022, the government approved [amendments](#) to the Code on Administrative Offences which ban the public denial of the “decisive role of the Soviet people in the defeat of Nazi Germany and the humanitarian mission of the USSR in the liberation of European countries”. However, Russia’s attempt to construct its particular version of history have not been limited to purely punitive memory laws. It has also adopted amendments to the Constitution itself to perpetuate the government’s historical narrative. Thus, in 2020, it [amended art. 67.1](#) of the Russian Constitution to state that “the Russian Federation honours the memory of defenders of the Fatherland and protects historical truth. Diminishing the significance of the people’s heroism in defending the Fatherland is not permitted”. Within the same article, children are declared the most important state policy priority in Russia, whose comprehensive spiritual, moral, intellectual, and physical development the government must ensure by fostering patriotism, civic engagement, and respect for elders. In line with the mnemonic constitutionalism definition, [Domanska characterized these amendments](#) as populist in nature and aimed at legitimising the Russian authoritarian rule by constructing a heroic narrative of Russia as the liberator of Central and Eastern Europe. As [Sadowski notes](#), the declaration on the protection of “historical truth” and the specific constitutional prohibition of diminishing the “heroism of the people in defending the Fatherland” allow the political system to protect “an identity

programme based on the mythologeme of defence". The mention of children as the "most important state policy priority" adds to the development of such identity.

In line with the elevation of children as a central priority, the Russian government further escalated its aggressive mnemonic project in 2022 by adopting the above mentioned federal educational standards and a [new program on history teaching](#) (approved by the Federal Educational and Methodological Association for General Education on 14 October 2022). This program declared fostering "the spirit of patriotism" a central objective of studying history. In particular, the program prescribes that great attention should be paid to the Great Patriotic War (1941-1945) with an emphasis on the "decisive contributions" of the USSR to the victory over the Nazi Germany, along with the heroic deeds of the Soviet people and the Red Army soldiers (p. 14). The program must also ensure the students' ability "to defend historical truth", including by inculcating a readiness to refute attempted "falsifications" of the Russian history and attempts to diminish the mentioned deeds (p.21).

To achieve this purpose, a [new procedure for the development of textbooks](#) was introduced by the amended Law on Education, which requires the approval of the Ministry of Education of both their authors and content. Moreover, an [order](#) by the Ministry of Education establishes a list of pre-approved textbooks allowed to be used in the Russian schools. The Russian Minister of Education [Sergey Kravtsov has noted](#) that the new history textbook for high-school students will possess a special emphasis on the Great Patriotic War and the so-called "Special Military Operation (SMO)" – the euphemism utilized by the Russian officials for the current war against Ukraine. On [24 April 2023](#), this textbook was presented during the educational forum. It possesses a whole chapter on the so-called "SMO" and its "causes", including the "threat" posed by Ukrainian authorities and Russia's relationship with the Western countries in 2020. It is important to note, in this regard, that the narrative regarding the Great Patriotic War has been central to justifying the Russian war in Ukraine by framing it as a measure to "[combat alleged growing Nazi sentiments](#)" amidst Ukrainian society. [Mathers and Edwards](#) have argued convincingly that taken together, the effect of these measures is that Russia's children and youth are turned into guardians of the state's version of history of the Great Patriotic War, ready to defend it – including by violent means.

The Right to Education and History Teaching: He who Controls the Past, Controls the Future?

Russia's legislative entrenchment of its particular version of history into the Russian education system is in clear violation of the right to education under international human rights law. The report on the writing and teaching of history [[A/68/296](#)] of the Special Rapporteur on Cultural Rights is of a particular importance in this regard. Although the report is not per se binding, it interprets binding international law provisions regulating the use of history in the contexts of memory policies and education.

The Special Rapporteur considers the issue of history teaching, among others, from the perspective of the right to education, as enshrined in art. 13 of the ICESCR and art. 28 and 29 of the CRC [para 11]. According to the latter, education must be directed to the development of the child's personality and talents; respect for human rights and civilizations different from his or her own; and the preparation for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples [para 55]. Moreover, the Special Rapporteur notes that history teaching and historical narratives are commonly used as identity-building tools, legitimizing a particular political authority and ensuring loyalty to the State which is inconsistent with the mentioned aims of education [para 19]. To overcome a narrow nationalistic identity, history should be interpreted from a multi-perspective approach and be critically assessed.

It is clear that Russia's new educational model for history teaching is a far cry from this standard. The new amendments, in particular the prescription of a single textbook whose content was determined by the government for the purpose of history teaching, indicate that the aim is to turn Russia's new generations into obedient servants of an illiberal regime, by constructing an identity that is grounded in past military glory and a readiness to defend its memory, including by military means. The suggested parallels between World War II and the current war against Ukraine that the new textbook draws are an attempt to present the latter as a continuation of the "sacred war" against Nazism. By enshrining this legislatively prescribed historical narrative as a new educational standard, the amendments serve to further contribute to the construction of a narrow, nationalist and war-centred Russian identity, with multi-perspectiveness effectively

barred by the Russian constitutions and punitive memory laws.

Russia's instrumentalization of education for the purposes of entrenching its particular historical vision at the expense of competing accounts transforms its system of education into one of indoctrination. The latter has been [characterized by Snook](#) as teaching with the intention to impose a certain proposition regardless of the evidence. According to the Special Rapporteur, assigning a political agenda to history teaching, such as the promotion of patriotism and the construction of national or regional identities is inconsistent with history as an academic discipline [para 57]. The right of children to develop their own historical perspective throughout education is an integral part of the right to education while indoctrination on any grounds is prohibited [para 87]. In the Russian case and its legal governance of historical narratives, children are in fact precluded from forming a view on historical events which would in any way differ from the one prescribed by the government. By imposing a certain historical narrative and denying any criticism or doubt, Russia turns its history education into a form of mnemonic indoctrination that is incompatible with the right to education.

It is particularly worrying, in that regard, that Russia has already taken further steps to put its indoctrination campaign to military use. The [new educational programs](#) approved in November 2022 also introduce the mandatory military training at schools within the subject "Basics of life safety", [starting September 1st, 2023](#). This has already been implemented [in the schools of the occupied Crimea](#). Hence, [according to Bækken](#), children are not

only fed the necessary ideology but also the military skills to prepare them for continuing the "heroic deed" of their ancestors by battling contemporary "Nazism".

Concluding Remarks

The Russian case clearly demonstrates that mnemonic constitutionalism can be a direct threat to the right to education, where it serves to justify the instrumentalization of history teaching as a tool of indoctrination. The trends highlighted in the new Russian history curriculum clearly contradict the recommendations on the history teaching guidelines prescribed by the Special Rapporteur in light of the state's binding obligations; and thus constitute a direct violation of the right to education prescribed by international agreements to which Russia is still a party. Therefore, the issues of Russia's instrumentalization of historical memory within education aimed at poisoning children's minds can and should be addressed within the relevant forums, providing not just means for redress, but viable solutions for preventing these malpractices. However, so far these issues have not received any meaningful attention within the UN Universal Periodic Report. In particular, the [2023 list of issues](#) by the Committee on the Rights of the Child does not raise any concerns relating to Russia's aggressive mnemonic practices, although their use has been discussed within the [Russia's national report](#) (para 168). This is a grave oversight and ought to be corrected. Since Russia is no longer a member of the Council of Europe, the UN remains the only remaining forum to both highlight and address Russia's mnemonic indoctrination of its children.

Niall Coghlan

If the EU Picks Baby Genes

doi: 10.17176/20230426-084432-0



Which genes should children never inherit?

This is a fundamental question. It arises acutely in medically assisted reproduction, such as in vitro fertilisation (IVF) or artificial insemination. One must frequently choose between different donors, sperm, eggs or embryos. Genetics are one way to choose. But where should the line be drawn? Some see any genetic selection as impermissible. Others argue for selecting out the most severe, purely genetic diseases, such as Huntington's disease or cystic fibrosis. [Some](#) go further: future children should be protected from any genetic diseases or even dispositions to diseases, such as from genes increasing the risk of heart disease. And a few favour selecting for certain non-medical characteristics, such as intelligence or height.

The EU wishes to draw this line. Its [proposed](#) Substances of Human Origin Regulation ('SoHO', 'the Proposal'), currently before the Parliament and Council, would do so for all medically assisted reproduction. This post argues that SoHO fails to notice the delicate ethical and political territory into which it treads. Because of this, SoHO silently takes three controversial positions on genetic selection: it excludes most ethical considerations; it draws the line blurrily and below existing standards; and it is mandatory. These three problems lead, moreover, to two legal risks: Member State derogation and Charter violation. The legislature – so far uninterested – should remedy these flaws.

Genetic selection under SoHO

SoHO aims to ensure the 'quality and safety' of tissues, cells and other 'substances of human origin' intended for human application (Art.1). This includes, for instance, blood transfusion, tissue grafts or sperm donation. Such safety standards are necessary, as was [shown](#) by the infected blood scandals in France, Britain and elsewhere in the 1970s and 1980s. Harmonised EU standards, currently provided by separate Directives on [blood](#) and [tissues and cells](#), ensure that safety whilst enabling the free movement of such substances between Member States.

SoHO would replace and expand upon those Directives. What interests us is one of the reform's five major objectives: to 'ensure safety and quality for SoHO donors and for children born from donated eggs, sperm or embryos' ([Explanatory Memorandum](#) ('EM'), p 6). This aim is partly achieved by protecting the child from any diseases or from environmental contamination. But it is also achieved by managing the donated cells' genetic makeup: what the Commission calls 'genetic risk' (recital 14 SoHO).

The existing law includes 'very limited and outdated' genetic screening obligations ([Impact Assessment](#), p 22; original emphasis). '[B]road spectrum genetic screening is available...to verify the risk of genetic disease transmission...but is not a mandatory requirement set under EU legislation' (ibid, p 14; compare [here](#), Annex III § 3.6). SoHO addresses this through an overarching duty on clinics and other 'SoHO entities' to 'protect the health of...offspring from medically assisted reproduction from risks posed by SoHO preparations' by 'identifying, minimising or eliminating' such risks (Art.57 SoHO). 'They shall, in particular, achieve a high level of assurance that pathogens, toxins or genetic conditions are not transmitted to...offspring from medically assisted reproduction' (Art.58(1) SoHO).

These duties apply in respect of all such children, including those born from a couple's own sperm or eggs without a third-party donor. But they are further specified by minimum obligations in cases involving third-party donation, such as screening and testing (Art.58(3)(b) SoHO) and treating birth with a genetic condition as a 'serious adverse occurrence' requiring investigation and notification to the authorities (Arts 3(28) and 35-37 SoHO; compare Arts 47(2) and 58(14)(b)).

In short, SoHO erects a binding regime seeking to prevent children from being born with a 'genetic condition' following medically assisted reproduction.

Much may be said in favour of genetic selection in medically assisted reproduction and of harmonised EU rules

in this respect. This post does not seek to enter that broad debate. It rather argues that SoHO takes ethically controversial positions on three questions without justifying – or even acknowledging – them.

Problem one: ethics' exclusion

The first problem is that SoHO's does not acknowledge the ethical stakes of genetic selection in medically assisted reproduction.

It is widely recognised that genetic selection of sperm, eggs and embryos is ethically sensitive (e.g. [CDBI](#), pp 31-34; [Wilkinson and Garrard](#); [IBC](#), § 54; [ESHRE](#)). Protecting the future child's health is one interest. But other interests are in play too: the parents' freedom of choice; the costs of screening and testing, including the risk of false positives; and the risk of eugenics. This last concept is particularly contested and historically charged ([Wilkinson and Garrard](#), ch1), but in this context typically expresses three fears concerning attempts to improve human genetics:

1. state or societal control over individual reproduction,
2. selection out of genes that merely deviate from a debatable 'genetic norm', rather than inevitably causing serious suffering, and
3. selection aiming to enhance or to choose non-medical characteristics (such as intelligence or eye colour).

So far from recognising these stakes, SoHO denies them. SoHO purports to set purely technical 'quality and safety' standards. The Proposal recognises only one value in play in genetic selection: ensuring a 'high level of human health protection', in this case for children born by medically assisted reproduction (Art.1 SoHO). Neither SoHO nor its [Impact Assessment](#) considers the ethical or eugenic risks this entails.

Indeed, SoHO purports to exclude ethics: 'Member States remain responsible for decisions of an ethical and organisational nature' and so 'rules relating to ethical aspects...are not included in the proposal' ([EM](#), pp3-4). This aims to avoid debate about controversial ancillary issues concerning the uses rather than standards of cells and tissues: for instance, who may access IVF. But here, the ethical issue is not ancillary: it is raised squarely by the genetic standards themselves.

The result is not, as SoHO professes, ethical neutrality. Rather, the result is a particularly controversial ethical position adopted without argument: that the future child's health is the only value in play in genetic selection. This leads to two further problems.

Problem two: lowering and blurring the bar

The second problem is the looseness and vagueness of the line SoHO draws: 'genetic conditions'.

We started this post with a spectrum of possible positions: where one might draw the line in selecting genes. Existing national and international standards draw the line for sperm, egg and embryo selection at serious or grave genetic diseases ([DH-BIO](#), p 20; [ESHRE](#), p 4; [R\(90\)13](#), Principle 2; [Mukherjee](#), pp 456-462). This flows from the balance of interests described above: it seeks to minimise unnecessary testing and the risk of eugenic selection.

SoHO draws the line not at serious genetic conditions but at genetic conditions. On its face, this lowers the bar. True, one of the specific testing duties refers to genetic conditions presenting the 'highest risk' given their 'prevalence or severity' (Art.58(3)(b)(i) SoHO). But this only underlines that less severe (but highly prevalent) genetic conditions must also be tested for. And SoHO clinics' overarching duty remains the minimisation of all 'genetic conditions' (Arts 57 and 58(1)).

What, then, is a 'genetic condition'? Astonishingly, SoHO does not define this pivotal term. The Proposal implies that the condition must be negative or harmful: recital 14 refers to 'harmful genetic condition', and that recital and Art.58(3)(b) refer to 'genetic risk'. It should presumably be interpreted broadly given its objective (the protection of the future child's health). But beyond this, SoHO provides no clues as to its meaning.

Yet this concept is crucial, as it marks the line between 'genetic conditions' (which clinics must prevent) and mere deviation from the genetic norm (which they must not). SoHO leaves open the key questions: where precisely is that line? How 'harmful' must a condition be to warrant screening out? What about the 'major dilemma' of genetic dispositions ([IBC](#), §§ 89-92)? Can such dispositions – such as DNA implying an elevated risk of breast cancer or of depression – be 'genetic conditions'? Or is the concept limited to abnormalities which always cause a disorder, such as Down's Syndrome?

By leaving these questions open, SoHO does not so much draw the line as hand the pen to the law's interpre-

ters. In this case, this means administrators and judges. ‘Genetic conditions’ is an autonomous EU concept requiring uniform interpretation and application, as it includes no reference to Member State law (e.g. C-624/20 *E.K.* §§ 19-20). The Court of Justice would therefore have the final say on its meaning. But SoHO also empowers the Commission to adopt ‘binding rules on the implementation’ of the relevant standards, subject to Member State approval in committee (Arts 59(1) and 79(2) SoHO). (The Commission may even add ‘additional standards’ for offspring protection by delegated acts, subject to Council or Parliament veto: Arts 58(15) and 77(2) SoHO). The contours of this ethically and politically sensitive line, deserving of broad democratic debate, are thus left to non-legislative bodies.

Administrators and judges will also have to resolve the legislation’s tension regarding within-couple medically assisted reproduction (e.g. a couple using their own sperm and eggs for IVF). SoHO entities must protect all children from ‘genetic conditions’. Yet the specific screening and other duties target cells by third parties alone. What steps must clinics take, then, to discharge their duty within couples? Are the standards lower? If so, how?

SoHO provides for a uniform European line. But it draws that line lower than existing standards, and it draws it in such broad strokes that the crucial questions are left to the executive and judiciary. Both of these moves may be justifiable. But SoHO neither acknowledges the issue nor makes the argument.

Problem three: mandatory selection

The final problem is that SoHO’s genetic selection regime is compulsory.

International standards require that genetic screening and testing in this context be voluntary (*R(90)13*, principles 7 and 9; *Mukherjee*, pp 458-459; *ESHRE*, pp 3-4). This respects the future parents’ autonomy. But it also reduces the risk of eugenics: the State does not oblige parents to avoid having certain kinds of children, but rather ensures that individual parents are informed and are free to select.

In contrast, SoHO is compulsory: rather than parents being informed of genetic risks and left with a choice, clinics are obliged to prevent such risks. Nothing on the face of the legislation permits parents to opt out. Again, it may be possible to justify this stance. But SoHO does not do

so. Instead of fostering the necessary political and ethical deliberation, the Proposal avoids it.

Two legal risks

These three problems – ethics’ exclusion, a low and blurry bar, and compulsion – deserve debate for their own sake. But they also deserve debate because they entail two legal risks.

First, derogation. SoHO states that ethical matters are for the Member States. Indeed, it purports to allow Member States to derogate on ethical grounds (recital 16 and Art.1(1)). Let us assume that this is lawful. Where does this leave the ‘genetic condition’ line which, as shown above, is inextricable from ethics? Imagine that Member State X decides that it is unethical to select out a genetic condition included in an implementing act, or indeed to engage in any genetic selection. Will this justify derogation? If so, would the harmonised regime risk unravelling?

Second, we can restate SoHO’s first problem using rights. SoHO’s *Impact Assessment* (pp 103-105) mentions various rights, but casts genetic selection itself as only affecting the right of the future child to health (Art.35 *Charter of Fundamental Rights*). It does not consider the Charter’s prohibitions on ‘eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons’ in medicine and biology (Art.3(2)(b)) and genetic discrimination (Art.21(1)). Serious questions may be raised about this regime’s compatibility with these and other rights – questions that SoHO neither considers nor answers. Those questions, which concern extremely important and sensitive Charter prohibitions designed to provide bioethical protection, will likely be raised by future litigants. The Court would then be placed in an invidious position precisely because it would not have the benefit of the legislature’s attempt to interpret and accommodate these rights to assist it.

Conclusion

Genetic selection in medically assisted reproduction raises contentious ethical questions. By purporting to avoid these ethical issues, SoHO ends up taking contestable positions – but doing so silently. It excludes ethical concerns other than the future child’s health; lowers the bar from ‘serious’ to any genetic condition and does not define this; and is mandatory. This opens up legal risks: Member State ethical derogation and restriction or inva-

lidity for breaching the Charter’s provisions, including its prohibition on eugenic practices.

During the passage of the original Directive on tissues and cells, Parliament’s ENVI Committee [proposed](#) clarifying that ‘[g]enetic characteristics of germ cells are not to be considered as quality characteristics’, noting that this ‘can lead to eugenics’ (Amendment 9). Two decades later, faced with a regime that wholeheartedly adopts this model, the Council and Parliament have thus far proven uninterested (see [Council](#) and [draft EP Committee report](#)). But amongst the 757 draft [amendments](#) to the Committee report are a small number that begin to grapple with the difficulties (inter alia 118, 357, 384, 682,

710 and 711). These include proposals to subject the regime to Member State law and to grant parents the right to refuse (amendments 682 and 711). These may, at last, spark the bioethical debate that this legislation deserves.

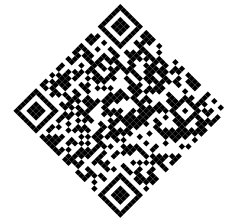
The author would like to thank Dr Peter Oliver, Professor Shaun D. Pattinson and the editorial team of [Verfassungsblog](#) for their comments on an earlier version of this post. The usual disclaimer applies.

Ayşegül Kars Kaynar

Turkey's Envisioned Exit from Authoritarianism

May 14 Elections and Hopes for a Civilian Transition

doi: 10.17176/20230405-190245-0



Turkey has been ruled by the AKP (Justice and Development Party) under Recep Tayyip Erdoğan's leadership for more than 20 years. Throughout this time, Erdoğan got almost total control over state administration and judiciary, and enchained the media and big capital owners to himself. In 2017, he constitutionalized a one-man rule by changing the political regime from parliamentarism to executive presidentialism in a referendum conducted under state of emergency restrictions. Since 2022, a joint political platform called Nation Alliance (aka the Table of Six)¹ appeared as the most powerful competitor and a real challenge to Erdoğan's rule. The Nation Alliance vows to change the political regime from executive presidentialism to parliamentary democracy in case it should defeat Erdoğan on May 14. The opposition does not envision a restoration of the pre-2017 system, but rather a strengthened parliamentary model by means of a series of legal and constitutional changes.

The scope of the [proposed regime change](#) has been relatively well discussed (also [here](#) and [here](#)). What is less emphasized is how the transition from one regime to another would take place. In that regard, Turkey will turn over a new leaf in its Republican history, if, for the first time, a regime change would take place through a civilian transition.

The relevance of dual elections on May 14

The date for Turkey's presidential and parliamentary elections was set for May 14. In both of the elections a very fierce struggle will be fought between the Nation Alliance of six opposition parties and the People's Alliance of ruling AKP and the nationalist MHP (Nationalist Movement Party). After protracted negotiations, the Nation Alliance picked Kemal Kılıçdaroğlu, the leader of CHP (Republican People's Party), on March 6 as its joint

presidential candidate. On March 10, Erdoğan announced himself as the candidate of the People's Alliance amid severe debates on [constitutionality of his candidacy](#). Erdoğan was elected as the president for the first time in August 2014. In June 2018, he was elected for the second time as the president of the new executive presidential system. After constitutional amendments of January 2017, Article 101 of the Turkish Constitution reads that a person can be elected president two times at most. According to Article 116 of the Constitution, a president serving his second term can only run again if the parliament resolves to renew the elections - which is not the case for May 14 elections. Although the constitutional articles are unambiguous, on March 24 the Supreme Election Council approved Erdoğan's presidential candidacy, and on March 30, unanimously ruled to reject any objections against this.

Even though all eyes are on the presidential elections, it is also well known that victory in presidential race will not be enough for the regime change promised by the Nation Alliance. In order to enact the reform laws, the opposition must secure the necessary majorities in a 600-seat parliament - a simple majority for new laws and a qualified majority for constitutional amendments. In this case, every vote counts for the Nation Alliance. Kılıçdaroğlu's overtures to left-wing parties as well as his meeting with the co-chairs of HDP (Peoples' Democratic Party) is an attempt to amplify the Alliance's power and broaden its electoral base. Despite the apparent irreconcilability between the nationalist Good Party (second largest party of the Nation Alliance after the CHP) and the pro-Kurdish HDP, it is not hard to imagine that the HDP would support the Nation Alliance in parliament. It is mainly because; both the Alliance and the HDP emphasize political regime change, freedoms, and democracy, as stated in the

¹They are the Republican People's Party, Good Party, Felicity Party, Democrat Party, Future Party, and Democracy and Progress Party.

election manifesto of the Green Left Party, under whose umbrella the HDP will compete in the May elections in order to baffle the possible [closure of the party](#). The HDP also [announced](#) that it will not field a presidential candidate in order to “fulfill its duty against the one-man regime”.

Erdoğan's People's Alliance, on the other hand, is on a similar path of extension. Recently, archconservative New Welfare Party and Huda-Par (Free Cause Party), the successor of Islamist armed group Hezbollah, announced their support to People's Alliance. Although these two parties do not have large vote shares, they are symbolically important. The New Welfare Party wants to abolish Law no 6284, a penal code that offers state protection to women facing abuse at home, close LGBTI+ organizations, and end alimony to women after divorce. Huda-Par's policy agenda, on the other hand, includes abolishment of compulsory coeducation, opening of separate schools for boys and girls at all levels of education, and [criminalization of adultery](#). With these two new political parties, the People's Alliance poses an abject threat to democratic rights and freedoms.

The Nation Alliance's job is hard; the race is very close. Still, most polls show Kılıçdaroğlu ahead of Erdoğan, which raises hopes for an exit from authoritarianism through elections.

The envisioned transitional period

Authoritarianism is one of the recurring themes in almost all of the National Alliance's memoranda of understanding. For instance, [the Memorandum of Understanding on Reinforced Parliamentary System](#) states that the presidential system has led to personalization and arbitrariness in governance; and created an authoritarian rule by granting the president very broad and unchecked powers that put the legislature, executive and judiciary under his control. Meanwhile, [the Memorandum of Understanding on Common Policies](#), sees the presidential system as the basic reason behind the deepest administrative and economic crisis in the history of Republic. Against this context, the Nation Alliance pledges to establish separation of powers through an effective and participatory legislative, a stable, transparent and accountable executive, and an independent and impartial judiciary for the realization of a strong, liberal, democratic and just system under parliamentary regime.

Corresponding to the unprecedented havoc that Erdoğan's one-man rule has wreaked on the constitutional state and democracy during two decades, the scope of reforms proposed by the Nation Alliance is also very broad, covering 2.300 policies and projects under nine themes and 75 sub-themes. Their implementation requires amending 84 articles of the [Turkish Constitution](#) under nine headings. That being the case, a transitional parliament is needed for a change of this magnitude. [The Roadmap of the Transition Process to a Strengthened Parliamentary System](#) draws the outline of such a transitional parliament. [The Roadmap](#) limits the term of office of the president and the parliament to be elected on May 14 with the period of transition to the parliamentary regime. Article 11 reads that after transition to the strengthened parliamentary system, the president and the parliament will complete their mandate without the need for a new election. With the completion of the transition, the president's political party membership will come to an end as well (Article 10). Hence, the president and the parliament to-be-elected are envisioned to carry out the task of regime change and dissolve themselves as soon as this task is accomplished.

Turkey so far experienced such *ad hoc* parliaments as constituent assemblies established after the military coups of May 1960 and September 1980. In these cases, regime change corresponded to transition from military junta rule to civilian governments. In case of a Nation Alliance's victory, for the first time in Republican history regime change will expectedly be realized through a transition period, in which power will be transferred from civilians to civilians again.

The parliament stipulated by the Nation Alliance is also commensurate to a constituent assembly: it would work temporarily, be elected by the people through direct and universal suffrage, and amend the constitution. It would not draft a new constitution, but the reforms prescribed to bring about the regime change are so comprehensive and concise to the extent that it is almost equivalent to penning a new constitution. Nor will the parliament's sole task be to consolidate the parliamentary system. It will also continue its normal legislative activity and (with the powers it will acquire through the reforms) oversee the government.

Other devices are also set forth to strengthen the participatory and deliberative character of the parliament. According to the Article 9 of [the Roadmap](#), certain mecha-

nisms will be established to coordinate the collaborative legislative activity during the transition. These mechanisms have not yet been concretely discussed. Yet, they are critical to ensure that civil society actors are actively involved in the transition process. Similarly, *The Memorandum of Understanding on Common Policies* and *the Memorandum of Understanding on Reinforced Parliamentary System* reiterate that it will be a rule to seek the opinions of relevant civil society institutions, professional organizations and experts during the discussion of law

proposals and drafts in the parliamentary committees. If this participation can be effectively realized, civil society will be integrated into the law-making process in the long term, not only during the transition period.

May 14 elections is a turning point for Turkey. All hopes for the restoration of democracy are pinned on the ballot box to bring an end to the long-standing authoritarian rule.

Rohan Sinha

Short Detention, Long Shadow

The Ponsatí Case and the Scope of Parliamentary Immunity

doi: 10.17176/20230407-190231-0



Several videos show the arrest of Clara Ponsatí last Tuesday in the streets of Barcelona as she was surrounded by the press. An officer of the Catalan police *Mossos d'Esquadra* approached the pro-independence politician and explained that she must accompany him because of an arrest warrant. Mrs Ponsatí showed the polite subinspector the badge identifying her as a Member of the European Parliament (MEP) and claimed that she has immunity. The policeman responded that there is an order from the *Tribunal Supremo*, the Spanish Supreme Court.

Separatist politicians have forcefully condemned the arrest as an 'attack on democracy', 'political violence', 'repression' and 'abuse of power', while also asserting an egregious violation of an MEP's immunity. Although these knee-jerk reactions must be viewed in light of the usual heat in Catalan politics, the issue of immunity does indeed merit closer legal examination. The question whether Mrs Ponsatí was protected from the execution of the arrest warrant boils down to a technical point of law relating to the temporal scope of parliamentary immunity. This piece argues that the arrest warrant issued by the *Tribunal Supremo* on 28 March 2023 does not hold up against established constitutional principles.

The law on immunity of Members of the European Parliament

According to Article 343 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 'The Union' enjoys such privileges and immunities as are necessary for the performance of its tasks and refers to the conditions laid down in the 7th Protocol to the TFEU of 8 April 1965. Whereas Article 8 contains the rule on non-violability of MEPs in respect of opinions expressed or votes cast in Parliament, Article 9 lays out the rules of MEP's parliamentary immunity. It provides in the relevant part:

During the sessions of the European Parliament, its members shall enjoy:

(a) in the territory of their own State, the im-

munities accorded to members of their Parliament;

(b) in the territory of any other Member State, immunity from any measure of detention and from legal proceedings.

The content of an MEP's immunity thus differs according to his or her location. As Mrs Ponsatí was within the territory of her own State, domestic law determines the scope of the parliamentary immunity she enjoys. There is no common EU standard on the scope of parliamentary immunity. The Protocol's blanket reference to the rules applicable to national members of Parliament seeks to place Members of the European Parliament on an equal footing. Therefore, the exact scope of parliamentary immunity of MEPs present in their home country can differ from State to State depending on the national rules and their interpretations. The Spanish Constitution and its implementing legislation confer, during their term of office, immunity to Deputies and Senators who may only be arrested in *flagrante delicto*. Therefore, there is no doubt that the Catalan MEP enjoyed parliamentary immunity during her stay in Barcelona which protects her from the legal consequences following from alleged breaches of the law, including arrest and detention. However, the crux of the matter at hand is whether the protection afforded also covers judicial measures arising from offences allegedly committed before acquiring the status as an MEP.

A matter of interpretation: the temporal scope of protection

The order of prosecution against Mrs Ponsatí was issued in March 2018 and relates to acts allegedly committed in 2017, whereas her parliamentary immunity pursuant to Article 9(1) of the 7th Protocol began only in July 2019 with the inaugural session of the European Parliament (immunity as regards travel to the European Parliament pursuant to Article 9(2) began with the declaration of the

election results, i.e. May 2019). The criminal acts attributed to the politician, who had been a member of the Catalan Government as Minister for Education, all relate to the organisation of the independence referendum held in October 2017, which had previously been prohibited by the Spanish Constitutional Court. As a result of the arrest warrant of 2018, Mrs Ponsatí left the country to live in Scotland and Belgium, from where she successfully defended extradition requests of the Spanish judiciary. For the first time in five years, Mrs Ponsatí returned to Barcelona last Tuesday and held a press conference announcing the launch of an [online database](#) documenting instances of ‘national persecution by the Spanish state against Catalans’.

The question is therefore whether parliamentary immunity protects against judicial measures relating to charges from before the time of becoming MEP. The investigating judge of the *Tribunal Supremo* is of the opinion that it does not. Laying out the legal bases for the proceedings against Mrs Ponsatí, the Court’s order of 28 March 2023 explains that if immunity were understood to extend to acts committed before the beginning of the term of office,

‘(...) it would overstep the space constitutionally reserved for this guarantee. It would mean forgetting that immunity protects against the initiation of proceedings designed to alter and disrupt the normal functioning of the legislative chamber, not to prevent the outcome of a criminal case in which the elected deputy or senator has already been prosecuted, having been subject to criminal prosecution from a moment prior to the constitution of the chambers and his or her incorporation as a member of any of them. (...) [T]he requirement of legislative authorisation for the judiciary to complete criminal proceedings initiated when the defendants were not elected deputies or senators would mean subordinating the exercise of jurisdictional power to a parliamentary tutelage alien to the balance of powers designed by the constituent power’. (Spanish original available [here](#).)

However, this reasoning is questionable on a number of grounds as it overlooks the purpose of immunity. As the *Tribunal Constitucional*, Spain’s Constitutional Court,

has explained, immunity is a prerogative that protects the personal liberty of elected representatives against arrests and judicial proceedings that could lead to a deprivation of liberty, thereby preventing the parliamentarian from exercising his or her functions because of ‘political manipulations’ (STC 243/1988). The *Tribunal Supremo* would be overstepping its competence when it itself limits the protections of parliamentary immunity to the initiation of proceedings designed to alter and disrupt the normal functioning of the legislative chamber. It is unlikely that the judiciary would ever declare its own measures as unjustified and politically motivated. The Spanish Constitution therefore states, in Article 71(2), that the respective chamber must make that determination and authorise prosecutions against its members. Although the European Parliament had [lifted](#) Mrs Ponsatí’s immunity in 2021, the Court of Justice of the European Union (CJEU) afterwards [reinstated](#) it upon appeal, albeit only provisionally. The case is currently pending before the General Court.

The *Tribunal Supremo*’s view, whereas parliamentary immunity does not apply to charges from before the mandate, is unconvincing and also at odds with the Spanish Constitutional Court.

Firstly, the possibility of pursuing charges for political reasons cannot *a priori* be ruled out because they relate to allegations from before the election. The crucial factor is that a member of parliament is subjected to judicial measures during his or her term of office. When the supposed acts were committed is irrelevant as the impact of prosecution on the functioning of the legislature is the same. This interpretation is supported by the [Standing Orders of the Senate](#), which in Article 22(1) state that the required authorisation for indictment or prosecution of a Senator is also necessary when a person, who is already subject to judicial proceedings, accedes to the position of Senator.

The *Tribunal Constitucional* further confirms this understanding of parliamentary immunity. In explaining the principles of parliamentary immunity in two decisions, the Court states:

*“Immunity (...) responds to the higher interest of the national representation not to be altered or disrupted, neither in its composition nor in its operation, by possible criminal proceedings (...) against its members **for acts committed both before and during their term**, to the ext-*

ent that such proceedings or accusations may result in the impossibility of a parliamentarian to effectively fulfil their duties.” (STC 123/2001 and 206/1992).

The arrest warrant goes on to suggest that the principle of the balance of powers cannot subject the judiciary to parliamentary oversight. However, this does not hold up against the principle of the separation of powers. After all, the right to immunity is not a privilege of the individual to be exempt from the law, but instead serves to protect the interests of Parliament as a whole.

Hereinafter, the *Tribunal Supremo* explains that

‘(...) in light of the principle of equality enshrined in Article 14 of the Constitution, as immunity is a privilege – of undeniable and legitimate constitutionality – it should be subject to a restrictive interpretation (...)’.

It is true that by virtue of their immunity members of parliament are given a special legal protection that other citizens do not have, which is open to misuse and the obstruction of justice. However, balancing the interests of the legislature with those of the judiciary already finds expression in the temporal limitation on parliamentary immunity. As opposed to the principle of non-violability, the period of immunity ends with the term of office. The idea is that justice should be delayed, not denied. Legal proceedings and judicial measures may be instituted once the status of MEP is no longer held.

Looking ahead: Prospects and forebodings

A competent legal defence of Mrs Ponsatí, equipped with the right arguments, could convincingly argue that she

was and remains protected by parliamentary immunity – and that the arrest accordingly was illegal. The same question on the scope of immunity looms large over the fates of other Catalan MEPs who also live ‘in exile’ and find themselves in a similar situation. Among them is Catalonia’s former President Carles Puigdemont who, also last week, filed an appeal before the *Tribunal Supremo* demanding, *inter alia*, to revoke the Spanish arrest warrant against him and to refer preliminary questions on his parliamentary immunity to the CJEU (see [here](#)).

In the meantime, the matter of Mrs Ponsatí’s arrest has been referred to the Legal Committee of the European Parliament which will determine whether the immunity of a Member has been breached by the authorities of a Member State pursuant to Rule 7(1) of the Rules of Procedure of the European Parliament. However, the Committee is not competent to review the application of domestic Spanish law.

Mrs Ponsatí was released after two hours and summoned to appear before the *Tribunal Supremo* next month to be questioned as a defendant. She has already announced her non-appearance and left the country the next morning. Instead of continuing the game of cat and mouse and resting false hopes in the European Union, the independentists could consider the route of exhausting domestic legal remedies, thereby paving the path to the European Court of Human Rights. In light of the contestable reasonings offered by the *Tribunal Supremo*, this might be the most promising way forward.

Peter van Elsuwege

The Ukrainian Grain Imports Saga

A Cynical Example of Realpolitik

doi: 10.17176/20230427-204527-0



Poland and Hungary, later joined by Bulgaria, Slovakia and Romania, decided to unilaterally halt the imports of grain and other food products from Ukraine to protect their domestic farmers. The [European Commission](#) quickly announced that “trade policy is of EU exclusive competence and, therefore, unilateral actions are not acceptable”. At the same, however, the Commission’s spokesperson also considered that it was “too early” to comment on the legal implications of the Member States’ actions. Instead, the Commission adopted a pragmatic approach. It quickly announced a new [support package](#) for EU farmers affected by the increased supply of Ukrainian agricultural products and proposed additional measures to ensure the transit of Ukrainian grain exports to destinations outside of the Union. Significantly, it also added that this package “is subject to Member States lifting their unilateral measures”. This creates a very cynical situation, in the sense that an infringement of EU law may be instrumental to reach a better deal.

Reversed conditionality

The Commission’s reaction must be understood against the background of Russia’s war against Ukraine. In this context, it is deemed crucial to avoid internal divisions and the offer of a set of measures to address the concerns of the complaining EU Member States is an attempt to quickly solve the issue. At the same time, however, the disrespect for key principles of EU law by certain Member States is largely ignored. This form of *Realpolitik* on behalf of the Commission sets a dangerous precedent for the functioning of the European Union. In essence, it leads to a form of reversed conditionality where EU Member States acting in violation of their EU Treaty obligations are offered certain concessions in order to stop their infringement. This is what apparently happens in the Ukrainian grain imports saga. Through their recourse to unilateral measures, the concerned EU Member States put pressure on the Commission to act quickly in line with their own desires. It is a slippery slope in the sense that breaking

the normal legal and procedural rules seems to pay off.

The duty of sincere cooperation

EU Member States are entitled to raise concerns about the potential negative implications from increased Ukrainian grain imports. The crucial precondition, of course, is that this happens with respect to their EU law obligations. In this specific situation, [Regulation 2022/870](#) is of particular significance. With this legal instrument, the EU introduced temporary ‘autonomous trade measures’ (ATM) supplementing the trade concessions applicable to Ukrainian products under the EU-Ukraine Association Agreement. This implies, amongst others, a one-year suspension of tariff-rate quotas and import duties on Ukrainian agricultural products. These measures are intended to economically support Ukraine in the context of Russia’s military aggression. In order to protect the EU market against undesired disturbances, the Commission [monitors](#) the impact of the Regulation. If necessary, safeguard measures such as the reintroduction of customs duties can be adopted and EU Member States may request the Commission to investigate the existence of serious difficulties for Union producers. What is crucial, of course, is that the Commission remains in charge. In view of the EU’s exclusive competence in the field of trade and the safeguard provisions specified in Regulation 2022/870, the adoption of unilateral trade bans by EU Member States contradicts their duty of sincere cooperation as defined in Article 4(3) TEU.

Arguably, the entire fuss about the import of Ukrainian grain could have been avoided easily. On the initiative of Polish Prime Minister Mateusz Morawiecki, the Prime Ministers of the five concerned EU Member States wrote a [joint letter](#) to the European Commission at the end of March 2023. They called, amongst others, for additional EU funding to support their domestic agricultural producers and suggested that “the Commission should approve [their proposed modifications] as soon as possible (as emergency measures).” In a first reaction, the Com-

mission acknowledged that further assistance may be necessary, in addition to the [first support package](#) worth € 56,3 million which had already been reserved for Bulgarian, Polish and Romanian farmers. However, without waiting for the Commission's full response, [Poland](#) was the first to introduce an immediate import ban on 15 April 2023, followed soon by Hungary and the other concerned EU Member States. The Polish measure was adopted a few days after widespread [farmers' protests](#) in the country. With upcoming elections later this year, the domestic political context may thus explain the sudden recourse to unilateral measures but, of course, this does not justify the infringement of EU law obligations. Instead of discussing the consequences of increased Ukrainian imports internally in accordance with the procedural rules foreseen under Regulation 2022/870, the Commission was publicly put under pressure to act swiftly.

One would expect an unambiguous statement that this form of blackmail politics has no place in a Union based on the rule of law. However, the Commission preferred to proceed with the preparation of a new support package as if nothing had happened. This may be seen as part of a broader trend of forbearance, as analysed by [Keleman and Pavone](#) in their seminal study 'Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union'. Their key message is that the enforcement of EU law on the basis of infringement actions against EU Member States is subordinated to the Commission's policy objectives. The cautious reaction about the possible legal implications of the Member States' unilateral actions in comparison to the quick offer of a new set of policy measures to address the Member States' concerns point in this direction.

Implications for the future

The Commission's new set of measures may help to appease the row about the import of Ukrainian agricultural products in the short term but the long-term implications cannot be underestimated. At least, the perception is created that Member States' violations of EU law may be instrumental to obtain certain policy objectives – in this

case additional support measures for the domestic agricultural sector. The abolition of an illegal situation, i.e. the withdrawal of unilateral Member State measures, is used as a bargaining chip in a cynical game of power politics.

Moreover, the Ukrainian grain import saga reveals that future EU accession negotiations on the Common Agricultural Policy (CAP) chapter of the *acquis* promise to be very difficult. If the EU is taking the Ukrainian membership application seriously, this implies that the integration of Ukraine into the CAP is to be prepared carefully. As suggested by [Silvia Bender](#), German State Secretary at the Federal Ministry of Food and Agriculture, a structural reform of the CAP is needed before the start of the next funding period in 2028. The current discussions surrounding the import of Ukrainian agricultural products may be a wake-up call to put this issue on the EU's (enlargement) agenda.

Discussions about agriculture have always been a sensitive issue in the history of the European integration process. It suffices to refer to the empty chair crisis of 1965 or the discussions about the United Kingdom's rebate when it was still a member of the Union. Past enlargement rounds to the South and the East also created tensions with respect to agricultural products. The famous [Spanish strawberry case](#), brought as an infringement action of the Commission against France in response to the French government's passive reaction to farmer's actions against the import of agricultural products from other Member States, remains an important point of reference in EU law textbooks. It recalls the significance of the Member States' duty of sincere cooperation as a cornerstone of the EU legal order. Even though the issues at stake in the current discussions about the implications of increased Ukrainian agricultural imports on the EU market are of a fundamentally different nature, the Commission missed an opportunity to remind the concerned Member States that respect for the legal rules matters. This is the Commission's role as guardian of the Treaties, which should not be forgotten in its search for compromise solutions in a difficult political context.

Steffen Hindelang, Julia Nassl, Argha Kumar Jena

Achmea Goes to Washington

How a US District Court Enforces EU Law

doi: 10.17176/20230419-204511-0



When enforcing so-called intra-EU investor-State arbitral awards (investment award), investors frequently turn to the United States (US) and other non-EU jurisdictions. This is a deliberate attempt to avoid the consequences that an investment award made in violation of the EU Treaties would face in an EU Member State court. The enforcement decision of the US District Court for the District of Columbia (District Court) in *Blasket Renewable Investments, LLC v. Spain* (*Blasket*) of March 2023 presents us with yet another twist in the ongoing regime clash between EU law and international investment law: The District Court granted Spain's motion to dismiss a petition to enforce an intra-EU award. The investors were seeking EUR 26.5 million in compensation for their investments in solar energy. The District Court's decision suggests that enforcement of intra-EU investment awards in the US and beyond may not be taken for granted. At the same time, it reveals diverging views among the District Court's judges on how to address the EU and its Member States' efforts to stop intra-EU investment arbitration from continuing, despite having been found in breach of the EU Treaties.

Post-Achmea Recap

The CJEU's ruling in *Slovak Republic v. Achmea* (*Achmea*) marked the end of intra-EU investment arbitration, finding that arbitration clauses in investment agreements between Member States contravene the EU Treaties and can, therefore, not be applied in an intra-EU context. Since then, the environment for such arbitration within the EU has become increasingly difficult: In January 2019, in the aftermath of *Achmea*, EU Member States announced to eventually terminate their intra-EU bilateral investment treaties (intra-EU BIT(s)). In September 2021, the CJEU, in *Komstroy v. Moldova*, confirmed the obvious: The reasoning in *Achmea* equally applies to investor-State arbitrations brought under the Energy Charter Treaty (ECT).

However, arbitral tribunals have continued to uphold

jurisdiction in defiance of the CJEU's rulings. In other words, privately-run arbitral tribunals have largely disregarded the so-called intra-EU objection. According to the intra-EU objection, the principles of autonomy and primacy of EU law conflicted with the jurisdiction of arbitral tribunals, which, therefore, cannot hear claims against an EU Member State brought by an investor from another EU Member State. Often, arbitral tribunals sought to avoid the consequences of *Achmea* by alleging that the EU Treaties and the ECT do not pertain to the same international legal regime. So far, the intra-EU objection has been accepted in full only by an arbitral tribunal in *Green Power v. Spain*, which declined its jurisdiction.

The effects of *Achmea* extend to anti-arbitration injunctions, as well as annulment and enforcement of intra-EU investment awards. In *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Croatia*, the German Federal Court found that an investment arbitration was inadmissible as, in an intra-EU context, the parties could not form a valid arbitration agreement. Surprisingly, despite the CJEU's indication in *European Foods*, *Achmea*'s effects with regard to arbitrations pertaining to the 1966 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention) is disputed among EU Member State courts (see *Higher Regional Court of Cologne v. Kammergericht Berlin*; decision by German Federal Court pending).

Awards not based on the ICSID Convention have been successfully challenged and set aside on the basis of a lack of jurisdiction of the arbitral tribunal (*Slot v. Poland and Strabag v. Poland*), non-arbitrability (*Novenergia II v. Spain*), and violation of the public order of an EU Member State which also includes the EU *ordre public* (*PL Holdings v. Poland*).

Regarding enforcement of intra-EU investment awards within the EU Member States, such would be contrary to the EU Treaties, even if based on the ICSID Convention (see *European Foods* and the corresponding decision by *Luxembourg's Court of Cassation*). Outside

the EU, in contrary, *Achmea's* effects on enforcement of intra-EU investment awards have been contested (*9Ren Holding S.A.R.L. v. Spain* and *NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Spain* or *Spain v. Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.*). Simply put, there has been a real danger that investors might get away with enforcing their intra-EU arbitral awards outside of Europe, thereby circumventing the EU Treaties. The US District Court decision in *Blasket* sets a counterpoint.

Can the US District Court Exercise Jurisdiction Over Spain?

The starting point for the District Court's assessment is whether it has jurisdiction to enforce the arbitral award obtained by the claimants – two Dutch investors – in an earlier arbitration against Spain concerning regulatory changes to the Spanish renewable energy regime (*AES Solar and others (PV Investors) v. Spain*). Spain enjoys State immunity, which must be overcome before the District Court can determine whether the award is subject to enforcement under Art. V of the 1959 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention), which is applicable according to 9 U.S.C. § 207 of the Federal Arbitration Act.

28 U.S.C. § 1605 (a) (6) of the Foreign Sovereign Immunities Act ("FSIA") allows an exception to State immunity (and, thus, for enforcement against a State) if the petitioner can establish three so-called jurisdictional facts: an agreement to arbitrate, an arbitral award, and a treaty governing the award (p. 8). The petitioners in *Blasket* relied upon the ECT, the award obtained against Spain, and the New York Convention, and the burden shifted to Spain to show, by preponderance of the evidence, that the ECT and the notice to arbitrate did not constitute a valid arbitration agreement. Spain raised the objection that, in an intra-EU context, EU Member States that are parties to the ECT lacked legal capacity to form an agreement to arbitrate. In Washington, unlike in the preceding arbitral proceedings administered by the Permanent Court of Arbitration in The Hague, Spain succeeded with the intra-EU objection.

Diverging Views Within the District Court

In two earlier decisions issued by the District Court in February 2023, *9Ren Holding S.A.R.L. v. Spain* and *NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Spain*, Judge *Tanya*

Chutkan abrogated from Spain's immunity as she found herself bound by the arbitral tribunal's prior rejection of Spain's intra-EU-objection. She understood Spain's intra-EU objection as a challenge to the arbitrability of the dispute and hence beyond the District Court's scrutiny when it comes to establishing its jurisdiction (p. 14).

In the case at hand, Judge *Richard Leon* strongly disagreed to defer to the arbitral tribunal's findings. Among others, he relied on the reasoning of the District Court in *Micula v. Government of Romania*. He pointed out that issues of "arbitrability" concern questions such as whether an investment falls within the scope of an (valid and existing) agreement, not if an agreement has at all been validly concluded (p. 12). Moreover, in his view, challenges to the validity of an arbitration agreement due to a potential lack of legal capacity is beyond an arbitrator's competence and must necessarily be resolved by a court (p. 9).

The Award Issued Against Spain as Ultra Vires

With this reasoning, the scene is set to turn to the core question of whether an EU Member State's legal capacity to form an agreement to arbitrate under the ECT is impaired in an intra-EU context. The District Court in *Blasket* concluded that it is, resorting to both the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) (Art. 31 (3)(a), (c)) and Art. 26 ECT. It considered the EU Treaties to be public international law in the sense of Art. 31 (3)(c) VCLT and Art. 26 (6) ECT. The District Court endorsed the CJEU's ruling in *Komstroy* (p. 14) and found that its commitments under the EU Treaties barred Spain from making a standing offer to arbitrate to the investors from another EU Member State.

Additionally, the District Court referenced the Lisbon Treaty, the Declaration of the Member States to end intra-EU BITs of 2019, and the *amicus* brief filed by the European Commission as evidence of subsequent (interpretative) agreement of State parties to the ECT, Art. 31 (3)(a) VCLT; all of which reflect the shared understanding of the EU Member States that they "lacked the legal capacity to enter into agreements inconsistent with their obligations under the EU Treaties" (p. 15).

As Judge *Leon* points out, "the bottom line is straightforward" (p. 17): Spain lacked legal capacity to enter into an agreement to arbitrate. Without valid offer to arbitrate, there is no arbitration agreement and hence, the arbitration exception under 28 U.S.C. § 1605(a)(6) FSIA is

inapplicable. In short: the District Court cannot overcome Spain's immunity to exercise jurisdiction.

Conclusion

The decision demonstrates that courts in enforcement proceedings outside the EU must consider the international law obligations of the Member States under the EU Treaties and their impact on the (illegally assumed) jurisdiction of arbitral tribunals in an intra-EU context. Yet, compelling as the decision might be from a European perspective, the case is pending for appeal before the D.C. Circuit Court.

Investors seek enforcement wherever a State has assets. The UK seems to emerge as yet another battleground. A recently issued order of the High Court of Justice allowed *Blasket Renewable Investments* to, among others, seize the premises of the London branch of the *Instituto Cervantes*, a Spain-owned cultural institution. This will certainly heat things up, also diplomatically.

Additionally, investors are exploring alternative means to pressure EU Member States to pay awards: Some investors are reported to approach private rating agenci-

es and the International Monetary Fund (IMF) to seek a credit rating downgrade of such EU Member States that are unwilling to pay.

However, if Member States gave in and paid voluntarily an intra-EU investment award, the payment, when not following Article 108(3) TFEU, may constitute illegal state aid and expose them to sanctions under EU law.

While the enforcement phase can serve as a possible corrective to the continuing illegal assumption of jurisdiction and blatant disregard for the EU Treaties by arbitral tribunals in disputes brought before them under the ECT. But it treats the symptom, not the cause. There is an end in sight as EU Member States abandon the ECT. However, only a stop in the practice of arbitral tribunals acting *ultra vires*, ignoring the express will of the true masters, i.e., the EU Member States, of both the EU Treaties as well as the ECT in an intra-EU context, would immediately eradicate the problem.

Disclaimer: Steffen Hindelang provided an expert opinion in Blasket in support of Spain.

Petra Sußner

Intersectionality in Climate Litigation

The Case of KlimaSeniorinnen v. Switzerland at the ECtHR

doi: 10.17176/20230420-204539-0



The climate crisis poses a significant threat to our existence. Just recently, the Intergovernmental Panel on Climate Change's (IPCC) [Sixth Assessment Report](#) revealed that the crisis is unfolding even faster than expected. Climate change originates from human behaviour. In civil society, we increasingly observe opposition to behaviour such as excessive greenhouse gas emissions and exploitative treatment of [non-human life](#). Beyond ballot boxes, the streets, and public discourse, courtrooms become an increasingly powerful forum to voice this opposition against climate-killing practices. Currently, there are more than 2000 [climate cases](#) pending worldwide. On 29 March 2023, climate litigation finally reached the [European Court of Human Rights \(ECtHR\)](#). According to the applicants in the case [KlimaSeniorinnen v. Switzerland](#), Switzerland's greenhouse gas reduction could fall short in providing protection from negative impacts of climate change in accordance with the right to life and right to respect for private and family life enshrined in the European Convention of Human Rights (ECHR). As such, the case represents a typical human rights-based climate claim and shows strong similarities with the Dutch [Urgenda](#) case.

However, the KlimaSeniorinnen's case also has a unique feature: The applicants assert the formal admissibility and substantive merits of their claim on the grounds of being older women. Fittingly, "KlimaSeniorinnen" could be (loosely) translated into "(female) retirees for climate protection". This makes their case one of the first gender-based climate cases, alongside [Maria Khan v. Pakistan](#). In light of this development, new questions emerge; especially so for critical and socio-legal approaches. This blogpost introduces the case of KlimaSeniorinnen v. Switzerland, explores to which extent it embodies an intersectional case, and reflects on intersectionality's implications for climate litigation.

The Case of KlimaSeniorinnen v. Switzerland

Environmental concerns played a role in the case law of the ECtHR for decades, with over 80 cases since 1994 involving waste management, natural disasters, or diesel emissions. In this context, applicants invoked especially the right to life and the right to respect for private and family life enshrined in Articles 2 and 8 ECHR. Meanwhile, the ECtHR is considered a key actor by the "[Greening Human Rights](#)" development. The case of KlimaSeniorinnen, which concerns the emission of greenhouse gases in the context of the global climate crisis, now poses new doctrinal challenges.

In its main features, the case resembles the familiar [body of case law](#) on environmental issues. The five applicants, i.e. the association KlimaSeniorinnen and four of its members, argue that Switzerland violates its obligations to protect them against recurring heatwaves, with the national greenhouse gas emission reduction targets and correlating sectoral targets in areas such as transport and buildings deemed inadequate. Therefore they rely on Art. 2 ECHR ([right to life](#)) and Art. 8 ECHR ([environmental degradation associated with adverse effects to health/physical integrity and private life](#)). To substantiate a [real and serious risk](#) of morbidity and mortality, the KlimaSeniorinnen mainly refer to the "[best available science](#)" as reflected in the reports of the IPCC and to international law, notably the precautionary principle and the "well below 2 degrees" target of Art. 2 of the [Paris Agreement](#).

However, given the climate crisis' scale, new challenges arise. Unlike classic, more individualized environmental disasters, the causes and consequences of global warming cannot be attributed to a specific plant, practice, or nation state. This leads to specific problems, most crucially the well-known issue of causality. In the case of KlimaSeniorinnen, the plaintiff, Switzerland, [argued](#) that

"global warming is a global phenomenon [and] the omissions for which Switzerland is being

blamed are not of such magnitude as to cause, on their own, the suffering claimed by the Applicants”.

This could be paraphrased as a classic “drop-in-the-ocean” argument. Neither the [German Constitutional Court](#) (FCC) nor the [Dutch Hooge Raad](#) have pursued this somewhat nihilist line of argumentation. Quite the contrary, the FCC ruled that

“the obligation to take national climate action cannot be invalidated by arguing that such action would be incapable of stopping climate change. [...] On the contrary, the particular reliance on the international community gives rise to a constitutional necessity to actually implement one’s own climate action measures at the national level – in international agreement wherever possible” (para 202, 203).

It remains to be seen how the ECtHR will deal with this problem.

Apart from causality, the holistic dimension of climate change also raises an admissibility issue with regard to individual interests – which is where the gender aspect comes into play. According to Swiss law ([Art. 25 of the Administrative Procedure Act, VwVG](#)) and [Art. 34 ECHR](#), admissibility hinges upon whether a violation of individual rights appears at least conceivable. Throughout domestic proceedings, Swiss authorities declined this and argued that the applicant’s claim was rather in the public interest (and, therefore, an inadmissible *actio popularis*). KlimaSeniorinnen, on the other hand, argued that they – as women over the age of 75 – are disproportionately affected by heat-related morbidity and mortality. For this purpose, they rely on medical findings and position themselves as a “[most vulnerable group](#)” of elderly women. By invoking the concept of ‘most vulnerable group’, KlimaSeniorinnen turned medical insights about global warming’s effects and intersectional vulnerability into a multifaceted legal argument in the context of standing in front of a human rights court. In other words, KlimaSeniorinnen alerted the Court how health, age, gender, and the climate crisis intersect. By invoking their status as a most vulnerable group, they seek to counter the *actio popularis* argument and establish victim status according to [Art. 34 ECHR](#). Moreover, by qualifying as a most vulnerable group, the applicants strengthen their substantive claim through a reference to the ECtHR’s [case-law on](#)

[vulnerability](#). This line of case-law, which originates from cases brought before the Court by Romani and Sinti people establishes that Member States’ protection obligations can vary in their extent and content with the respective vulnerability. In that sense, the KlimaSeniorinnen argue that they, as a most vulnerable group, are certainly entitled to protection, which Switzerland has failed to provide.

Intersectionality as a Strategic Tool

Eventually, the KlimaSeniorinnen’s claim of age- and gender-specific vulnerability follows an intersectional approach to human rights. The origins of this approach date back more than 30 years. Back then, US legal scholar Kimberlé Crenshaw introduced the term intersectionality from Black women’s activism into academia. In her seminal article, “[Demarginalizing the Intersection of Race and Sex](#),” Crenshaw deconstructed how legal protection failed when discriminatory categorizations intersected. Using the US case *De Graffenreid v. General Motors* as an example, Crenshaw revealed how legal practice denied Black women protection against discrimination in a case of terminations based on a seniority system. Since Black women were, then, the most recent group to be hired, seniority-based terminations disproportionately affected Black women compared to white women and Black men. Back then, however, due to an one-dimensional approach to anti-discrimination law, courts ruled that General Motors did not discriminate based on gender or race as neither Black men nor white women faced comparable experiences. As a result, those who needed legal protection the most – Black women – did not receive it. Comparable to Crenshaw’s disclosure of how US anti-discrimination law was not written for Black women, the KlimaSeniorinnen ultimately [argue](#) that Swiss climate law was not written for them. Verbatim, Klimaseniorinnen claimed:

“In August 2018, compared with the general population, older women experienced the most significant increase in heat-related mortality when nearly 90% of heat-related deaths (159 of 177) occurred in older women [...] The IPCC confirms that older adults, women and persons with chronic diseases are populations at the highest risk of temperature-related morbidity and mortality” (ECtHR, [Application No. 53.600/20, Additional Submission, para 4](#)).

Based on this intersectional perspective on gender

and age-based vulnerability, they claim individual risk exposure (Art. 25a VwVG) and victim status (Art. 34 ECHR). As part of this strategy, the KlimaSeniorinnen also position themselves, as already mentioned, as a most vulnerable group:

“If the applicants as a most vulnerable group were denied victim status, it is questionable who would then be entitled to this status in connection with global warming, which clearly has strong impacts on human rights”.

Thereby, KlimaSeniorinnen, more implicitly, follow a typical intersectional line of argumentation, already introduced by Crenshaw:

“If their efforts instead began with addressing the needs and problems of those who are most disadvantaged and with restructuring and re-making the world where necessary, then others who are singularly disadvantaged would also benefit.”

Eva Brems, Anne-Kathrin Speck, and Nele Schuldt, in their [amicus curiae brief](#), summarize that

“by paying due attention to the particular vulnerability that arises at the intersection of age and gender, the Court can contribute to the important work that several supranational human rights bodies are currently undertaking in terms of integrating insights on intersectionality in human rights law”.

It remains to be seen to what extent the Court will take up this aspect.

Outlook

The case of KlimaSeniorinnen is one of the first gender-based climate claims. As such, it offers fundamental impulses for the [field of human rights and environmental law](#), including debates on [environmental justice](#). Now, it is up to (legal) scholars and practitioners to take up the KlimaSeniorinnen’s momentum to further explore and develop these impulses.

From an intersectional perspective, it seems important to build on the basic observation that formal equality does not equal substantive equality. Fundamental and human rights regimes still rely predominantly

on the privileged perspective of a cis male, white, able-bodied, and heterosexual rights-holder. Hence formal, legalist promises of [freedom, equality, and dignity](#) are inherently and continuously broken promises as many people are, for example, indeed not cis, not white, not able-bodied, or not heterosexual.

Further, from a more abstract position, we must observe that those [who demand rights from other subject positions](#), perpetuate – through exercising their ‘imperfect’ rights – the very system that sustains their vulnerability. Such perpetuation can manifest itself in different ways, such as re-victimization, perpetuation of exclusion, or – just like any perfectly ‘normal’ claim – concealment of other vulnerabilities. This dynamic involves various modes, practices, and actors. Like the Swiss Climate Protection Law, even the claim of KlimaSeniorinnen itself cannot avoid perpetuating inequalities and invisibilities. On the one hand, much of the human rights regime – and especially the ECHR – remain state-focused. Often, such state-focused regimes inevitably conceal global inequalities in resilience and vulnerability to the climate crisis beyond the state (e.g., in [indigenous communities](#)). From a postcolonial and socio-economic perspective – compared to the claimants in *Maria Khan et al v. Pakistan* –, the applicants in the case of KlimaSeniorinnen are rather privileged than vulnerable. After all, they are Swiss retirees – perhaps, on average, one of the more comfortable positions to be in.

However, from a legal perspective, such issues of global environmental justice are not relevant to the individual application of the ECHR. This is where the limits of strategic litigation become manifest. A similar reproduction of vulnerabilities can be observed regarding gender binarity. KlimaSeniorinnen – albeit masterful in legal strategy – rely on data that reproduces a binary perspective on gender. Thereby, KlimaSeniorinnen’s argument excludes trans-, inter-, and non-binary vulnerabilities towards climate change. At the same time, with regard to gender, the KlimaSeniorinnen disrupt dynamics of re-victimization. They re-claim the position of older women as a tool of empowerment. They use it to claim standing and access to justice, thereby rejecting any passive stereotype.

This intersectional ambiguity is not unique to the case of KlimaSeniorinnen. Rather, it reflects key issues with regard to fundamental and human rights. The KlimaSeniorinnen chose a specific intersectional legal strategy

and have set the stage. Now, it is up to legal scholars and practitioners to build on this foundation and further explore questions of intersectional equality and justice at the interface of human rights and environmental matters. Also, and especially, in the face of the climate crisis.

Lorin Wagner

Investing Immobilized Russian Assets, Monetizing the Common Foreign and Security Policy

doi: 10.17176/20230425-204507-0



Again, the Commission and EU Member States are talking about [new sanctions](#) against Russia. The focus, according to Commission President Ursula von der Leyen, should be on tackling sanctions circumvention and loopholes. In a [scoop](#), however, it was also uncovered that the Commission has drawn up a [non-paper “on the generation of resources to support Ukraine from immobilized Russian assets”](#). The idea behind this non-paper is to invest the immobilized assets of the Russian Central Bank in EU Member States’ bonds and bills and use the proceeds to support the reconstruction of Ukraine. The plan, as the non-paper indicates, is fraught with a number of legal and technical issues. These do not only relate to the question of whether or not such an investment of immobilized assets is compatible with international law and EU law, but also to the question of who should undertake and oversee these investments.

Nonetheless, the non-paper strikes a rather positive note, indicating that such “exceptional measures” are in line with international law and could be adopted on the basis of Art 29 TEU. Accordingly, the Council could adopt a decision providing for the active management of immobilized assets, which could be regarded as a “restrictive measure of geographic nature in its own right”. Although the details for the uniform implementation in all Member States are to be spelled out in a regulation on the basis of Art 215 para 1 TFEU, the very basis and structure of such “exceptional measures” would be established within the domain of the EU’s Common Foreign and Security Policy (CFSP).

Since the amount of immobilized assets of the Russian Central Bank in the EU, according to the non-paper, is suggested to be around some € 200 billion, the proceeds could be quite substantial: the Commission estimates that if these assets were to be invested in a mix of short-term bills and bonds from a range of EU Member States the median return could be around 2,6 % annually.

And indeed, the idea of investing these immobilized assets seems all the more pertinent, as the risk assessments sets out that these returns come with a “high degree of statistical confidence”.

That being said, one is well advised to read the rather rosy assessment of the non-paper with a good dose of skepticism. As any learned international lawyer will tell you, the question of whether or not such an “exceptional measure” is compatible with the international rules on state immunity is far from clear.

What is, however, less obvious, and indeed not even discussed in the non-paper are the potential financial and economic side effects and in this sense again legal implications for the EU’s monetary policy.

Unconventional monetary policy

While the investment of some € 200 billion in Member States’ bonds is intended to generate resources for Ukraine, the investment of such large amounts over a relatively short period aimed at a specific segment of EU Member States’ bonds could and most certainly would affect the interest rate structure of these bonds. Very much [like the quantitative easing](#) policy of the ECB the influx of substantial amounts of money from a price-insensitive buyer could lead to a crowding-out of private investors and thereby put a downward pressure on yields.

In the current environment, these effects could be all the more relevant, as the ECB has reversed course and since March is pursuing a [policy of quantitative tightening](#), writing off some € 15 billion of its balance sheet every month, while Member States at the same time [have been issuing ever more bonds](#) to cover their rising debt levels. In combination with the general rise of interest rates there is thus a looming upward pressure on yields of Member States’ bonds. The investment of some € 200 billion immobilized Russian assets, while in principle con-

ducted as an extraordinary CFSP measure, hence, could also provide a welcome means for Member States to make financing their debts more affordable.

In the context of the broader economic implications of Russia's war against Ukraine, however, one could also argue that such an investment could be seen as an instrument to counter some of the adverse economic effects of Russia's aggression. This would be particularly true if the investments were to be directed to support economically weaker Member States, who are hit particularly hard by the need to finance additional measures to support their economies. Moreover, such an investment would also be beneficial for Ukraine as the investment in higher yielding bonds of economically weaker Member States would generate more resources. But even besides such a utilitarian argument, the fact that any CFSP decision on the investment of Russia's immobilized assets needs to be taken unanimously leaves ample room for horse trading, implying that an uneven flow of investments is more likely than not.

From the perspective of the ECB and the EU's monetary policy the installation of a large price-insensitive buyer, though, could create some headache as the downward pressure on Member State's bond yields would create additional inflationary impulses, challenging the ECB's current policy stance of quantitative tightening and raising interest rates. If taken at face value and at the current rate of pace of quantitative tightening the investment of some € 200 billion could offset the ECB's operations for more than a year. Now clearly, if set against the overall balance sheet of the ECB, standing at some € 8 trillion, the ECB has ample room to counter these effects by simply running off some more bonds or resort to raising interest rates further.

Nevertheless, it seems evident that such an exceptional sanctions measure in the domain of the CFSP would give the Council, and for that matter the Member States, a powerful financial instrument, allowing them to interfere with the ECB's monetary policy. And while there is the obligation of mutual cooperation between the EU's institutions (Art 13 para 2 TEU) and to ensure consistency between the different EU policies (Art 7 TFEU) there is also Art 40 TEU and the limitation that the "implementation of the common foreign and security policy shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences referred to in Articles 3 to 6 of the Treaty on the Functioning of the Eu-

ropean Union." And although, [Art 40 TEU so far has been read in a rather restrictive way](#) – meaning that as long as the substantive objective falls within the CFSP collateral side effects on and in other policies do not stand in the way of adopting these measures as CFSP measures – it is all but self-evident that the same calculus applies here. The EU's monetary policy is after all not only an exclusive EU competence but conducted by a fully independent ECB.

Money makes the world go round

The monetarizing effects of exceptional CFSP measures therefore do not only come with potential macroeconomic ramifications, but also entail legal implications that are yet to be fully considered. This caveat, in fact, seems all the more relevant as these side effects certainly would not only work one-way. That is to say that in a scenario of a possible unfreezing of said Russian assets and a consequential abrupt divestment of these assets from the European bond market, EU Member States would in all likelihood be faced with rising bond rates and consequently macroeconomic headwinds. This in turn means that the financial and economic side effects could themselves become dominant policy factors, undercutting the objective of pursuing an effective CFSP.

To counter this risk, one could imagine inserting some contingency provisions that would allow either the EU or the Member States to reimburse Russia and in exchange take over the stock of invested bonds. And while this would make sense in economic terms and in terms of limiting the monetarizing spill-over effects into the CFSP, this again raises profound legal questions as to whether such an obligation, amounting to a mutualization of Member States' debt, would be compatible with the no-bail-out clause of Art 125 TFEU.

The idea to make good use of the vast amounts of immobilized Russian assets that sit idle in European vaults for the benefit of Ukraine, is laudable and certainly worthwhile considering. The effects of such a policy, however, could lead to an unprecedented intertwining of the EU's Common Foreign and Security Policy with the EU's monetary policy and the financial interests and stability of EU Member States. Against this backdrop, any decision to go down this road should be subject to a more thorough analysis and discourse about the economic, political and legal ramifications.

Chien-Huei Wu, Ching-Fu Lin

Taiwan and the Myth of UN General Assembly Resolution 2758

doi: 10.17176/20230414-190247-0



At the [United Nations \(UN\) press briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General](#) on 27 March 2023, critical and long-overdue questions resurfaced. With the Secretary General portrayed as a champion for democratic values, why has the UN shut the door on Taiwan, the [most democratic country in Asia](#)? Why are citizens of Taiwan not even allowed to enter the premises of the United Nations—be it the headquarters in midtown Manhattan, or hundreds of other agencies worldwide? The spokesperson responded by reinterring the “one China policy” and maintained that only citizens of UN member states can enter the premises of the UN, which was soon contradicted by the practice of accepting Kosovo passports, as pointed out by the reporters at the press briefing. Why has Taiwan been excluded from the international community, in particular the UN system? Is this legitimate?

Questions as such touch upon the scope and application of UN General Assembly Resolution 2758, and the implications of China’s persistent strategy to inflate and distort it. In this post, we unfold the reasons for Taiwan’s long absence in international organizations, and its recent efforts to reengage. We then suggest the direction in which both the international community and Taiwan should move to better integrate Taiwan – a society with a vibrant democracy that upholds universal values – into international society. Before doing so, it is appropriate to take a closer look at what UN General Assembly Resolution 2758 says, how it differs from the PRC’s self-asserted “one China principle,” and explain how the PRC’s assertion of the “one China principle” is not supported by UN Resolution 2758.

The Exclusion of Taiwan in International Organizations and Lack of Diplomatic Relations

This is unsurprising given China’s rise as a global power and omnipresent influence in the UN system and beyond. While attending [General Assembly debates](#) on 25 Sep-

tember 2022, China’s then Minister of Foreign Affairs, Wang Yi, stated, according to the press release of the ministry:

The one-China principle has become a basic norm in international relations and a general consensus of the international community. Fifty-one years ago, right in this august hall, the UN General Assembly adopted Resolution 2758 with an overwhelming majority, which decided to restore the lawful seat of the People’s Republic of China in the United Nations and to expel the “representatives” of the Taiwan authorities from the place which they had unlawfully occupied. Once and for all, Resolution 2758 resolved, politically, legally and procedurally, the issue of the representation of the whole of China, including Taiwan, in the United Nations and international institutions. It completely blocked any attempt by anyone or any country to create “two Chinas” or “one China, one Taiwan.”

Interestingly, Taiwan’s Foreign Minister Joseph Wu, [in response to Honduras’ switching to the PRC during an interview](#), declared that Taiwan does not rule out the option of dual recognition by third countries, that is, the simultaneous establishment and maintenance of diplomatic relations with both the PRC and Taiwan. Vast changes in international politics in the past few months have presented a bewildering case of the absence of Taiwan from the international community, both in terms of its systematic exclusion from most international organizations and its diplomatic relations with major countries.

In our [previous post here on Verfassungsblog](#), we argue that Taiwan acquired its statehood through self-determination by virtue of constitutional amendment and the democratization process commencing in 1990s. Today, Taiwan possesses an international legal personality distinct from that of China. One question we left un-

answered is why Taiwan is generally excluded from international community. A quick answer would be that international political reality is driven by power politics, and in that realm China has significant and prevalent influence. Apart from this *political* dimension, there is a *legal* aspect of this exclusion resulting from constant misinterpretation – or more precisely, a calculated strategy of [distortion by China](#) – of UN General Assembly Resolution 2758. The legal dimension and political dimension are intertwined and intermingled as China has long distorted and inflated UN General Assembly Resolution 2758 and argued, groundlessly, that its asserted “one China principle” derives from this resolution. Let us take a closer look at what UN General Assembly Resolution 2758 says and why the PRC’s self-asserted “one China principle” finds no place therein.

What Does the UN General Assembly Resolution 2758 Say and Not Say?

On 25 October 1971, the UN General Assembly passed Resolution 2758 (XXVI), which basically stated that the PRC would be the only legitimate government of China recognized by the UN. Since then, the PRC replaced the Republic of China (ROC) as the sole legitimate government representing China, and took a seat as a permanent member of the UN Security Council. In the interest of clarity, we cite the resolution in full text below:

THE GENERAL ASSEMBLY

Recalling the principles of the Charter of the United Nations.

Considering the restoration of the lawful rights of the People’s Republic of China is essential both for the protection of the Charter of the United Nations and for the cause that the United Nations must serve under the Charter.

Recognizing that the representatives of the Government of the People’s Republic of China are the only lawful representatives of China to the United Nations and that the People’s Republic of China is one of the five permanent members of the Security Council.

Decides to restore all its rights to the People’s Republic of China and to recognize the representatives of its Government as the only legitimate representatives of China to the United

Nations, and to expel forthwith the representatives of Chiang Kai-shek from the place which they unlawfully occupy at the United Nations and in all the organizations related to it.

The Scope and Effect of UN Resolution 2758

Reading this passage, one would find that there is no mention of Taiwan, nor even of the ROC. Contrary to what the PRC persistently asserts, this resolution addresses only the representation of China in the UN, that is, the question of who is entitled to occupy China’s seat in the UN. It does not, in any sense, touch upon the territorial title of Taiwan. In fact, a recent [report](#) published by the German Marshall Fund authored by Jessica Drun and Bonnie Glaser, details the historical context in which UN Resolution 2758 was passed. Competing proposals addressing the territorial title of Taiwan were advanced during the deliberation process, but did not obtain sufficient support. The majority of UN members agreed on the question of China’s representation, but nothing more than that.

China has distorted and inflated the scope of this resolution in an attempt to invent a legal foundation for its “one China principle”. In its recent [white paper](#) on “The Taiwan Question and China’s Reunification in the New Era,” the PRC has elaborated on its “one China principle”, stating there is only one China in the world; Taiwan is an inalienable part of China; and the PRC is the sole legitimate government representing China.” The white paper further argues that “[t]he UN General Assembly Resolution 2758 is a political document encapsulating the one-China principle whose legal authority leaves no room for doubt and has been acknowledged worldwide, says the white paper. The one-China principle represents the universal consensus of the international community; it is consistent with the basic norms of international relations.” This syllogism constitutes the main thrust of the PRC’s “one China principle”, but the first two elements are far from clear or settled, in particular the question as to whether Taiwan is a part of China. As mentioned above, the UN Resolution 2758 is silent on this point and, as the historical evidence reveals, UN members were not able to agree on this point.

The PRC’s assertion that its “one-China principle” has become a basic norm in international relations, and that there is a general consensus in the international community, is again twisting/pervverting UN resolution 2758

and a malign interpretation of various “one-China policies” maintained by other countries. To begin with, *principles* obviously have different legal force than *policies*. China clearly knows this but is trying to conflate the two and confuse international community. Secondly, “a basic norm in international relations” (which seems to be invented by China as it rarely, if ever, appeared in international relations in the past century), also differs from what is known in international law as “general principles of international law,” which has a clear definition and neat criteria. By using the wording ‘*basic norms of international relations*’, the PRC is trying to inject confusion, importing concepts that have legal binding force and general applicability into *policies*, which are by nature subject to change. Moreover, in a [report published by Carnegie Foundation](#), Ian Chong details different one China policies espoused by countries around the globe and concludes that while 51 countries agree fully on what the PRC terms “one China principles”. A large number of countries, however, only acknowledge or take note of, or in some cases in a stronger tone, recognize the PRC’s claim that Taiwan is part of China. By using these terms “acknowledge” “take note of” or “recognize,” these countries maintain an ambiguous posture on the question of whether or not they agree with, or are supportive of, the PRC’s claim that Taiwan is a part of China. In particular, the United States, while maintaining relations with the PRC adopted a “one China policy,” that [takes no position on the territorial title of Taiwan’s sovereignty, which in practical terms, means for the United States, Taiwan’s status is undetermined](#).

An Undue Practical Expansion of the UN General Assembly Resolution 2758

In legal terms, UN General Assembly Resolution 2758 addresses only UN representation of China and does not touch upon the sovereignty of Taiwan. The PRC, since replacing the representative of Chiang Kai-shek and obtaining a permanent seat on the Security Council, has exercised its significant political and economic power to wield tremendous influence on various aspects of UN systems. This influence has translated into all sorts of measures that prevent Taiwan from having a presence, or participating, in the UN system and elsewhere.

In a letter of rejection to Nauru, a Pacific Island country which attempted to help deposit Taiwan’s ratification

of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, then Secretary-General Ban Ki-moon explained why he could not accept the instrument by referring to the UN General Assembly Resolution 2758. Ban [reportedly](#) said, “In accordance with that resolution, the United Nations considers Taiwan for all purposes to be an integral part of the People’s Republic of China.” This statement soon invited criticism from some UN members, notably the United States. According to former US-diplomat [John Tkacik](#), the US in July 2007, presented a nine-point demarche in the form of a “non-paper” to the UN Under-Secretary-General for Political Affairs that restated the position of the United States that it takes no position on the question of Taiwan’s sovereignty and specifically rejected the Secretary-General’s statement that the organization considers, “Taiwan for all purposes to be an integral part of the PRC.” Moreover, the former US ambassador to the UN, Zalmay Khalilzad, in a telegram mentioned that in discussions with the UN Secretary General, “[Ban said he realized he had gone too far in his recent public statements, and confirmed that the UN would no longer use the phrase ‘Taiwan is a part of China’](#)”. Australia, Canada, Japan, and New Zealand also consulted with the Secretary General and received the same commitment that the UN would no longer use that phrase.

Ban’s statement exposes a few critical issues. First, given that the scope of UN General Assembly Resolution 2758 by no means addresses Taiwan’s sovereignty, the UN may not use this as a legal basis to bar Taiwan from participating in its organizations. Second, who is entitled to interpret the UN General Assembly resolutions, and if the UN Secretariat, including its chief, moves beyond the boundary of administrative affairs, who is in a position to sanction or correct it?

On a more general level, the treatises of public international law make clear the lack of legally-binding effect of General Assembly resolutions. Accordingly to [James Crawford and Ian Brownlie](#), while General Assembly resolutions “may have direct legal effect as an authoritative interpretation and application of the principles of the Charter,” they are normally considered as majority votes of the UN member states that “constitute[] *evidence* of the opinions of governments in the widest forum for the expression of [an] opinion” (emphasis original). [Malcolm Shaw](#) also stresses that “except for certain internal matters, such as the budget, the Assembly cannot bind its members. It is not a legislature in that sense, and its

resolutions are purely recommendatory.” Of course, each individual resolution should be read in light of the historical and political context upon adoption, while also making reference to the opinions of member states on the matter. The bottom line is, General Assembly resolutions are not legally binding, but just the majority opinion of the UN member states on a specific matter at a given time.

A related issue is the policy currently maintained by the UN that Taiwanese citizens, namely, those holding the passports of ROC, are not allowed to enter into the premise of the UN. Is this policy an undue extension and misinterpretation of the UN General Assembly Resolution 2758? Does this exceed the administrative discretion of the Secretariat? Or does it constitute discrimination as people holding the passports of Kosovo, which is also not a UN member, are allowed to enter the UN? Such issues fall well beyond the scope of this post, but call for a closer examination through the lens of [international public authority](#) or [global administrative law](#).

Finally, both within the UN system and beyond, Taiwan is referred to as “Taiwan, Province of China.” This is common practice in UN agencies, and even organizations outside the UN family, notably under the [International Standardization Organization](#). According to ISO, “[s]ince Taiwan is not a UN member it does not figure in the UN bulletin on country names. The printed edition of the publication *Country and region codes for statistical use* gives the name we use in ISO 3166-1. By adhering to UN sources the ISO 3166/MA stays politically neutral.” Two more issues surface here. The first relates to the administrative discretion of the UN Secretariat. If the UN General Assembly Resolution 2758 does not address the sovereignty of Taiwan, is the Secretariat in a position to use the nomenclature of “Taiwan, province of China?” Secondly, is the ISO, an organization outside the UN system, by any means obliged to adhere to the UN practices? Again, UN General Assembly resolutions do not have legally binding power over members states, UN specialized agencies, not to mention organizations outside the UN system.

Road Ahead? Drop the Strange Name of “Chinese Taipei” and Debunk the Myth of UN General Assembly Resolution 2758

Despite the clear scope and effect of the UN General Assembly Resolution 2758, China has persistently distorted

and inflated the resolution to serve its interests for the unfounded “one China principle.” Due to the misinterpretation and undue expansion of this resolution, Taiwan has been largely excluded from the international community, in particular within the UN system. Taiwan, most frequently, participates in international relations under the strange name “Chinese Taipei,” [which finds its origin from the participation of both Taiwan and China in the International Olympic Committee and its relevant activities](#). Such nomenclature is followed in Taiwan’s participation in the World Trade Organization and Asia Pacific Economic Cooperation as separate customs territories. The use of “Chinese Taipei” in various fora has the value of convenience, flexibility, and practicality. Nonetheless, it places Taiwan’s sovereign character at risk as it appears that Taiwan does not see itself as a sovereign state in accepting the name of “Chinese Taipei.” It is thus imperative for Taiwan to rethink its adherence to this nomenclature.

Looking forward, it is essential for Taiwan to make clear that it is [a sovereign state distinct from China](#) (or a Chinese state, if translated literally from Mandarin), and is not represented by the PRC in the UN. President Tsai Ing-wen’s national day speech in 2021 reaffirmed her administration’s commitment that neither the [Republic of China, nor the People’s Republic of China, should not be subordinate to the other](#). However, this statement that neither of the two sides of Taiwan Strait is subordinate to the other does not necessarily lead to defining relations as “state-to-state” relations, although Tsai administration regularly reiterates that the ROC (Taiwan) is an independent country with sovereignty rested on its national population of 23 million people. Due attention should also be paid to the reference of Taiwan’s limited alliance to it. A tricky case in point is the President of Guatemala’s recent reference of Taiwan as the [“only and true China,”](#) which may fall into the trap of competing for the representation of China (the Chinese state). For this reason, Tsai’s utterance must be clearer, which may help to clear the doubts raised by James Crawford in his seminal [The Creation of States in International Law](#).

A sensible move for Taiwan is to continue to apply for UN membership. Taiwan previously did this under the administration of Chen Shui-bian, but quickly abandoned the effort cognizant of the slim chance of success, political cost, and the potential of Chinese sanctions. Nonetheless, the application for UN membership signi-

fies Taiwan's sovereign status. Moreover, whereas major countries are most likely to look on such applications with disfavor, they are possessed with an opportunity, by virtue of this application, to expose and counter China's distortion and inflation of the resolution and express their views on the scope and effects of UN General As-

sembly Resolution 2758. It is abundantly clear that the General Assembly Resolution 2758 does not address the status of Taiwan whatsoever and China's asserted "one China principle" finds no legal basis there.

Ming-Sung Kuo

Context Is Open to Interpretation, Too

A Response to Taiwan and the Myth of UN General Assembly Resolution 2758

doi: 10.17176/20230420-204551-0



Taiwan is no longer ‘[The Orphan of Asia](#)’ as depicted in a 1983 mandarin Chinese pop song that gave expression to the Taiwanese’ feelings of betrayal and abandonment, after [the US](#) ‘recognize[d] the Government of the People’s Republic of China [PRC] as the sole legal Government of China’ in 1979 and withdrew its troops from the island. Today Taiwan is one of the most discussed geopolitical hotspots in [news outlets](#), [thinktank fora](#), and even [international conferences](#). Even so, self-styled as the Republic of China (Taiwan), it remains straightjacketed by the notion of One China – regardless of whether it is rendered as the PRC’s ‘One China Principle’ or as the ‘One China Policy’ espoused by, *inter alia*, the US and the latter’s ‘like-minded’ diplomatic partners – which [the PRC](#) has attributed to the United Nations General Assembly Resolution No 2758 of 1971 (hereinafter the GA Resolution No 2758 or simply the Resolution). Against this backdrop, Chien-Huei Wu and Ching-Fu Lin’s recent [blogpost](#) on this site is a timely intervention, raising the question of the Resolution’s implications to the legal status of Taiwan and issues concerning the context of interpretation and the factor of time in international law.

In this contribution, I aim to take the discussion of Taiwan’s legal status forward in response to Wu and Lin’s outright rejection of the Resolution’s bearing on the Taiwan question, by drawing attention to the complexity of the context in which the Resolution was adopted. When the entirety of that context is taken into account, the original meaning of the Resolution turns out to be less clear than Wu and Lin contend. Thus, engaging with China in such a dogfight on the original meaning may not help free Taiwan of the Resolution’s straightjacket very much. Responding to their outright rejection of the Resolution’s bearing on the Taiwan question as the first step towards Taiwan’s full-fledged legal personality in international law, I suggest that the problem with the Resolution concerns its continuing applicability rather than its original meaning – if the latter did exist at all – thereby bringing up the question of time in interpretation. Without dispu-

ting the conclusion Wu and Lin have come to, I first address the opaqueness of context.

Mapping context: A matter of interpretation

First, I agree with Wu and Lin that the Resolution must be read and interpreted in context. The trouble is: What is the context in which to make sense of the GA Resolution No 2758? What counts in ‘context’ pertaining to the Taiwan question?

The white elephant in the room for Wu and Lin’s blogpost is (1) the position on the Taiwan sovereignty question taken by the ‘lawful’ government of Taiwan when the Resolution was adopted in 1971, and (2) the fact that the government that claimed to govern Taiwan as part of China from 1945 onwards had sat in the UN until 1971. With these two questions left out, the contention that Taiwan was not mentioned in the GA Resolution No 2758 so the Resolution did not address the Taiwan question at all is not without question: The relationship between Taiwan and China could be left out if [neither party](#) to the underlying dispute of the Resolution – the Government of the Republic of China and that of the People’s Republic of China – had differed on this point.

It is also notable that one alternative proposal to that which later became the Resolution in 1971 was to give a separate seat in the General Assembly (GA) to represent the people in Taiwan (see [pp 126–33](#) for details). Thus, when read in such context, the meaning and legal implications of the GA Resolution No 2758 to the legal status of Taiwan would be not as clear as its terse text suggests or as Wu and Lin contend.

Taking time seriously: The lapse of applicability

Second and related to the first point is the question of time in analysis. What the GA Resolution No 2758 meant – when read in the entirety of the context as noted above – is one thing; whether the legal implication, if any, of the Resolution to the legal status of Taiwan, continues to subsist is another. Specifically, Wu and Lin’s argument seems

to suggest that the Resolution has meant what it should be interpreted today (or what it should have been since the 1990s when Taiwan began its transformation from a Chinese unification-oriented autocracy into an island democracy), conflating its original meaning as read in the entirety of the context in 1971 and its (in)applicability by drawing an analogy to the treaty-law doctrine of *clausula rebus sic stantibus* – such as the alleged discontinuity between the Republic of China (ROC) that had sat in the United Nations until 1971 and the present ROC (Taiwan), Taiwan's democratization, changing state practices of third parties, etc.

I hasten to add that I am not suggesting that the original meaning of the Resolution is what the PRC has attributed to it. Rather, my point is that its true meaning is never abundantly clear when read in the complexity of the 1970s geopolitical environment – which Wu and Lin call 'context'. Leaving the then ROC's position and other alternative proposals in the GA unaccounted for, I am afraid, weakens analysis, although the overall conclusion may turn out to be the same. Also, to deflate the text-based seemingly true meaning the PRC has distortedly attributed to the Resolution by virtue of [Taiwan's alleged statehood](#) will not fly as it would be off-the-wall to contend that the Resolution did not affect Taiwan – or rather the ROC (Taiwan) – since the ROC (Taiwan) had been a separate State independent of the ROC that stood for the State of China.

In a nutshell, when taking the elapse of time into account, to continue to apply the GA Resolution No 2758 – regardless of its original meaning – to the governance of the relationship across the Taiwan Strait becomes problematic.

Sleepwalking into non-statehood? The limits of international support for Taiwan

Third, I also agree with Wu and Lin that Taiwan should resume its application for formal membership in the UN and other International Organizations (IOs) instead of continuing its current practice in international relations. The reason is more than policy calculation, though. It rather has to do with why Taiwan should not see no limits to its acceptance of international support granted.

Despite international support for Taiwan's indepen-

dent participation in international relations, it also draws a line on Taiwan asserting full legal personality. Failing to recognize such limits, Taiwan would continue its current practice in international relations at its own peril – by seeking meaningful participation in the UN system without pursuing full membership. The [TAIPEI Act](#), one of the numerous statutes passed by the US Congress and [welcomed](#) by the Taiwan government and embraced by the Taiwanese, illustrates this point.

Among other things, the TAIPEI Act provides that the US policy should be 'to advocate, as appropriate, (A) for *Taiwan's membership in all international organizations in which statehood* is not a requirement and in which the United States is also a participant; and (B) for *Taiwan to be granted observer status in other appropriate international organizations*' (Section 4 (1), emphasis added). Continuing to seek 'meaningful participation' in the UN and its affiliated IOs short of membership (for example participation in the annual World Health A Assembly (WHA) as observer), Taiwan would be seen as acquiescing to its ineligibility for states-only IOs (including the UN) as alluded to in the legal instruments of its *de facto* security guarantor – the US – which has been effectively followed by [other parties](#) – further weakening its ostensible claim to statehood. Continuing to subscribe to the increasing and 'pragmatic' solution to Taiwan's participation in IOs as illustrated by the TAIPEI Act, Taiwan may be sleepwalking further away from its claimed statehood.

Conclusion

To make a law-based case for Taiwan in the face of China's aggressive policy in the Taiwan Strait, more heed should have been paid to the changing complexity of the geopolitical environment engulfing the Taiwan Strait since the 1970s and the continuing applicability of the Resolution beyond engaging with the fight over the latter's true meaning. By bringing up the issues above, I wish to contribute to further exploration of issues concerning the legal status of Taiwan, including the continuing influence of the GA Resolution No 2758 on the relations across the Taiwan Strait, in light of China's increasingly assertive position towards Taiwan and the continuing growth of a distinct identity among the people inhabiting Taiwan.

Jan Boesten

Colombia, a Besieged Democracy with (New) Oligarchic Tendencies?

doi: 10.17176/20230413-070200-0



On 20 March, Colombia's newly formed government [suspended the cease fire](#) it had only recently concluded with the Clan de Golfo, one of the country's most powerful, remaining armed non-state actor (ANSA). The announcement followed repeated attacks against civilians in the country's North-West ascribed to the group. Not even ten days later, the largest remaining guerrilla group, the ELN (also engaged in the government's Total Peace initiative), [killed nine soldiers in an attack in the frontier region with Venezuela](#). All this is indicative of the continued role violence plays in Colombia's otherwise vibrant democracy, even after the conclusion of peace processes with Colombia's most influential ANSAs – the FARC guerrilla and AUC paramilitaries. While peace with those groups may have led to the end of the counter-insurgency war that has ravaged the country for some 30 years, the rise of the Clan de Golfo, the strengthening of the ELN, and the consolidation of other post-FARC groups in their stead signals the beginning of a new cycle of violence. This blogpost details what distinguishes these post-FARC and post-AUC ANSAs from their predecessors and how their emergence threatens to ensure that Colombia [remains a besieged democracy](#), despite all the progress it has made.

A New Guard of Armed Non-State Actors

Clientelistic warfare in the insurgency and counterinsurgency war ravaged Colombia between the late 1970s and late 2000s. In particular after Pablo Escobar's death and the dismantling of the cartels, non-state armed groups on the left *and* right not only started to dominate the drug trade, they also managed governance relations in those areas they controlled, including quotidian affairs of civilians in those areas (anything from theft to marital problems). Importantly, they often also co-opted local political offices by either preventing candidates from running or making sure that their chosen candidates would receive the necessary votes through vote buying or coercion. In that context, it is important to remember that Co-

lombia has always been an outlier case in South America: while Chile, Brazil, Argentina (to name only three) have seen brutal dictators come and go, Colombia has not made any experiences with authoritarianism. On the contrary, since the new constitution in 1991, Colombia has been an exemplary democratic country with a profoundly liberal constitutional regime. Yet, organized violence persists and continues to threaten the health of its democracy.

While the end of the FARC-EP has arguably ended this type of counter-insurgency war – after all, atrocities associated with that phase of the conflict, such as kidnappings and massacres, have diminished substantially – [a new cycle in Colombia's conflict might be about to begin](#). [The eruption of violence since the implementation of the Havana Accord \(2017\) in those areas that have often experienced the brunt of the war in the past – e.g. Nariño, the frontier departamentos with Venezuela, the Caribbean North](#) – eerily affirms these fears. In particular, systematic, targeted killings at the local level have re-emerged, thwarting the blossoming of democratic practices. While this has been a long-standing problem in Colombia, this new wave of violence is perpetrated by a new set of ANSAs that only formed after Colombia's successful peace processes with the FARC-EP and the AUC. Drawing on their predecessors' know-how of using armed violence and repression to establish territorial control, they have resumed the harassment of local populations when they attempt to cast their votes, and kill those that exercise their rights to assembly and freedom of speech. Their [victims are systematically chosen](#), with civil society organizations seeking to democratize those areas after peace with the FARC often paying the highest price.

Even though these new, post-demobilisation groups draw most of their soldiers from the rank-and-file of the former FARC and AUC, they have more in common with each other than with their respective predecessor group. In particular, they are much more criminalized and less political than their predecessor groups. Their current po-

litical pamphlets are not much more than shambolic reiterations of incoherent political vocabulary, and certainly miss the political pathos of the founding documents of the FARC, or even the AUC. At the same time, however, since they are populated by the same people who were part of AUC or FARC structures, they are correspondingly well-versed in the exercise of localized political power backed by the iron sword of coercion. In other words, they combine criminal entrepreneurship with the know-how of building localized governance structures. More often than not, these serve the purpose of territorial control: a political practice if there ever was one.

The emergence of these new actors, collectively marked by their less political and more criminal character, may have been an unavoidable result of Colombia's peace process with the FARC and AUC. [The successful conclusion of such processes have been proven to uproot patterns of non-state armed actor behaviour](#), yet they also appear to have a convergency effect: ANSAs, over time, become more similar. To be sure, [each process evolved very differently](#): the FARC-EP kept discipline – and even the local *pax FARC* – intact up until the implementation phase, while AUC paramilitary structures imploded immediately once secret negotiations with the government commenced (one Castaño brother at the helm of the organization, Vicente, even ordered the assassination of his brother, and co-founder of the AUC, Carlos Castaño). However, when peace policies were being implemented, the atomization of those groups became complete, and the behaviour increasingly similar: they harass local civil society actors, assassinate those that they cannot intimidate, and, above all, control the local drug production and trafficking.

New Actors, Old Problems?

A further threat to Colombia's otherwise vibrant democracy is continued co-optation of often sub-national, representative institutions by non-state armed actors, who thereby extend their tentacles into the conduct of legitimate, democratic politics. [The newspaper *El Colombia-no* has published a long list of officials that have been on the pay list of the Clan de Golfo](#) in recent years. It is difficult to predict what impact the aforementioned changes in the post-FARC/AUC security landscape will have on the country's democratic institutions. However, the [parapolítica scandal of 2007-2010](#) has shown that shifts in local violence systems in Colombia have upstream insti-

tutional effects, because [those illegal armed actors organize the votes for democratically elected politicians](#). In the past, paramilitaries had spun networks with regional politicians (mayors and Members of Congress) for political coverage (hence the name *parapolítica*). When they demobilized, these relations became public. As a result, several Members of Congress went to jail, and the President at the time, Álvaro Uribe, spent a lot of political capital in smear campaigns (and more) against judges from the Supreme Court that were investigating members from his coalition (and family) in [Congress](#).

The [continuous assassinations of Communal Council \(JAC\) members](#) since the start of the implementation of the Havana Accord suggests that there may already be new systemic effects unfolding, though these are difficult to identify at this early stage. In the past, such violent practices sprung up from "local demand" that took the form of specific political and business elites who solicited the "help" of ANSAs to violently "mobilize voters" for their own political gain. It is one of the reasons that political violence, in particular counterinsurgency violence during that period, cannot easily be explained with one argument: local (social, economic, and political) conditions matter, and they differ depending on region. [These patronage networks persist to this day](#), with lethal consequences for civil society leaders who continue to be assassinated in peripheral areas of the country.

Colombia's past has made the ramifications of these violence generating political pacts between political and economic elites and illicit armed actors clear. Their persistence within the political system is arguably why the country, despite its extraordinary political progress since the adoption of the 1991 Constitution, remains a [besieged democracy](#). Thus, Colombia now has a very liberal constitutional regime with courts capable of protecting the integrity of the constitutional order, increasingly diverse and viable electoral options, and a vibrant civil society that affects real change. Nonetheless, it has remained incapable of combating oligarchic tendencies that undermine democratic rights within specific territorial pockets. It is here where democratic politics remain most threatened, and as long as ANSA's continue to play a role in its local and national politics, this pattern is unlikely to change, and Colombia's democracy will remain besieged.

Jaime Olaiz-Gonzalez, Daniel Torres-Checa, Sebastián Incháustegui

Whispers of Change (Vol. II)

Mexico's Ongoing Debate on the Unconstitutionality of Constitutional Amendments Intensifies

doi: 10.17176/20230418-204502-0



Mexico's prolonged refusal to eliminate mandatory preventive detention from its legal system has slowly but steadily contributed to the rising tension between the Mexican Supreme Court, the Mexican State, and the Inter-American Court of Human Rights. Following both Courts' recent decisions on the case of *García Rodríguez y Alpízar Ortíz v. México* (both have recently decided cases concerning virtually the same set of facts with notoriously varying outcomes), the discussion heats as it now relates to one of the most relevant inquiries of modern constitutional study: judicial review of constitutional provisions and amendments.

As we previously referred, [there has been a recent and intense debate](#) on the power of Mexico's Supreme Court to scrutinize the constitutionality of constitutional provisions and amendments, and more specifically, when ascertaining their coherence not only vis-à-vis the Constitution but also with the international human rights system – and chiefly, with the American Convention on Human Rights, that since a momentous constitutional amendment on human rights in 2011, elevated them on to a constitutional level. However, the Court ultimately decided against such stance.¹

While the Mexican Supreme Court dividedly shied away from affirming its power to perform a judicial review of constitutional provisions and amendments, the Inter-American Court of Human Rights has sentenced Mexico to revise its Constitution and demanded the judicial branch to align its decisions to the Inter-American System of Human Rights. The ball is now on the side of the Mexican Supreme Court.

The Basic Structure Doctrine, the Constitutionality Block and constitutional change

It is difficult to address contemporary constitutional change without assessing the impact of a consequential decision of India's Supreme Court in 1973² that created what has come to be known as *the Basic Structure Doctrine*³. In a nutshell, the theory's main premise refers to a core, fundamental framework of the constitution comprised of distinctive features and principles that altogether define its identity, and therefore, imply what has been described as implicit unamendability.⁴

The *Basic Structure Doctrine* has become a deeply influential blueprint in piloting processes of constitutional change over the last decades and is one of the central inquiries to ascertain the scope of constitutional courts when scrutinizing the consistency (coherence) of constitutional provisions and amendments with its basic structure.

In that sense, it is almost intuitive to have the urge to compare the notions set forth by the Indian Supreme Court *vis á vis* the Mexican Supreme Court's concept of "constitutionality block" which, seems to be heading to a defining moment.

The Mexican Supreme Court decision of 2011 which introduced the "constitutionality block", constitutes a hierarchical upgrade that implies the possibility that any decision from the Inter-American Court of Human Rights that may expand the protection of human rights even in collision with other constitutional provisions, should prevail and therefore, be duly implemented by Mexican Courts and law enforcement agencies, including the remedial adaptation of domestic provisions – at all levels

¹The Mexican Supreme Court's decision was not unanimous as four of the eleven justices took a progressive stance looking to unenforce Article 19 of the Constitution.

²*Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461.

³Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, New York, Oxford University Press, at 42-70.

⁴*Id.*, at 44.

– to the American Convention. This was the theory. In practice, recent events demonstrate an interesting interplay to make this effective:

In the case *Tzompaxtle Tecpile v. México* regarding the application of mandatory preventive detention – decided just last November – the Inter-American Court limited its decision to declare the inconsistency of mandatory preventive detention with the American Convention and ordered the State in broad general terms to implement all necessary measures to adapt its national legislation not only to the Convention but to the standards set forth by this decision and the rest of the applicable jurisprudence of the Court,

“217. [With] regard to the figure of preventive detention, this Court orders the State, as it has done in other cases, to adapt its legal system so that it is compatible with the American Convention.”

An apparent unnoticeable detail with transcendent implications for the internalization of this decision in Mexico is that in the *Tzompaxtle Tecpile* case, the Inter-American Court purposively declined to make an explicit declaration on the incompatibility of Article 19 of Mexico’s Constitution with the Convention, and therefore, also abstained to order specific changes at a constitutional level to comply with the obligation of adopting all necessary measures at the domestic level to make the contents of the Convention effective.

With this decision as background, last April 12, the Inter-American Court issued its decision for a very similar case – *García Rodríguez y Alpízar Ortíz v. México*, also pertaining to the practice of mandatory preventive detention and its corresponding violations to Articles 7 and 8 of the American Convention. The crux of the matter, in this case, was to determine whether the Inter-American Court would not only rule against the legality of mandatory preventive detention – as it did in the *Tzompaxtle* case, but also if it would order the implementation of a series of normative changes, especially at a constitutional level, to make it consistent with the Inter-American system.

In this decision, the Inter-American Court took quite a different direction than in *Tzompaxtle*: As expected, the Court found Mexico responsible for the violation of the rights to personal liberty, to a fair trial and presumption of innocence, to personal integrity, and judicial protec-

tion, all enshrined in the American Convention on Human Rights, by the application of mandatory preventive detention.

In an unprecedented decision for Mexico, the Court ordered for the first time to amend its Constitution to harmonize mandatory preventive detention with the Inter-American standards of protection,

“301. [With] regard to the figure of mandatory/automatic preventive detention, this Court orders the State, as it has done in other cases, to adapt its legal system, including its constitutional provisions, so that it is compatible with the American Convention. For such purposes, the State must take into consideration what is indicated in paragraphs 154 to 163, and 184 of this Judgment, which establishes the requirements that measures of this nature must meet in order for them to be compatible with said treaty.”

In contrast to its decision in *Tzompaxtle Tecpile*, the Inter-American Court declared in unequivocal terms that the constitutional provisions regulating mandatory preventive detention were unconventional, and therefore, should be corrected to adapt the Constitution to the Convention.

This shouldn’t be a problem from a monist perspective (that considers domestic and international law as parts of the same legal system) based upon the momentous constitutional amendment of 2011 on human rights that introduced the so-called “constitutional block”.

However, there is still a strong reluctance among some members of Mexico’s Supreme Court and of the other branches of government to acknowledge the paramount implications of that amendment and the creation since then of an integral system of domestic and international authoritative sources for the protection of human rights that are equally binding and constitute higher law.

The new paradigm of constitutionality pertaining to the protection of human rights inaugurated in 2011 should have sufficed – in our view – for Mexico’s Supreme Court to test the compatibility of any constitutional provision with the American Convention. However, the Court has been reluctant to do such scrutiny on the grounds of the familiar formalist argument that since it is a constituted power, it is out of its limits to change the terms established by the constituent power. In simple terms, for the

Mexican Court, the Constitution establishes the framework through which the rest of the legal system is evaluated (scrutinized), but the Constitution itself is not an object of evaluation (scrutiny).

With this argument, the Court has also refused to establish hierarchies within the constitutional text. Although there are mechanisms to judicially review legal amendments, constitutional provisions cannot be contrasted with each other, even if they are contradictory.

Moreover, in a landmark case (*Contradicción de Tesis 293/2011*), the Court ruled that if a clash arises between rights guaranteed in the ACHR and a restriction on human rights envisaged in the constitutional text, the Constitution must prevail every time. This ruling dynamites the entire “constitutional block” logic and allowed the Court to uphold restrictions on human rights, such as mandatory preventive detention, simply because they are enshrined in the Constitution.

In a broad outline the prevailing domestic jurisprudence suggests that once a restriction becomes embedded in the constitutional text, the Supreme Court cannot evaluate its compatibility with the rest of the constitutional provisions nor contrast it with the American Convention on Human Rights.

An unprecedented decision inaugurating a new episode in Mexican constitutionalism

The Inter-American Court directly confronted this constitutional line of interpretation in *García Rodríguez and Alpízar Ortíz*, arguing that its reasoning prevents individuals from effectively challenging human rights rest-

riptions inserted in the constitutional text, such as mandatory preventive detention. This statement is transcendental. The Court is not only addressing a problem of constitutional design dissonant with the ACHR, but it is also assessing a problem of constitutional interpretation that underlies domestic jurisprudence.

The unprecedented decision aims at utterly changing the attitudes of the Supreme Court, Congress, and other relevant actors towards the constitutional block: It reaffirms that the Constitution, the American Convention, and all other treaties on international human rights comprise a multi-source and multi-text system that should be internally coherent, consistent, compatible, and harmonic. To do so, the role of national courts turns instrumental. Harmonizing the content of the Constitution with the Inter-American system of human rights protection is not only the task of the political bodies, but the Judiciary must also assume an active and leading role in invalidating constitutional amendments that contradict the fundamental features of the “constitutional block”.

What the Inter-American Court just did in the case of Mexico was to entrench the notion that even constitutional norms are subject to scrutiny and – if needed – to adaptation in case they are contrary to the system comprised in the constitutional block, and ultimately with what conforms the core of the Constitution as a system.

In our view, this consequential decision inaugurates a new episode in Mexico’s long quest to discover the basic structure of its Constitution. And it has been shown that when protecting human rights, not only our Supreme Court, but the Inter-American Court have a say.

Lena Koehn, Julia Nassl

Judicial Backlash Against the Rights of Nature in Ecuador

The Constitutional Precedent of Los Cedros Disputed

doi: 10.17176/20230427-204506-0



In 2008, Ecuador surprised the world by recognizing nature's own rights in its constitution. The surprise was even bigger when Ecuador [unlike other countries](#) began to actually apply and enforce the Rights of Nature, [particularly through constitutional jurisprudence since 2019](#).¹ The constitutional statements in favor of forests and monkeys in *Los Cedros* and *Mona Estrellita* have already been discussed on this blog ([here](#) and [here](#)). We show that the strong constitutional precedents, while casting much appreciated light on some legal uncertainties about the novel set of rights, are also met with defiance. Backslashing tendencies are not restricted to the private sector and the government, but are articulated within the judiciary itself. And – as a reflection of both the fragility of the concept of the Rights of Nature and Ecuador's struggle to re-interpret economic development – they are gaining traction. The aim of this article is to illustrate the unfolding struggle for the epistemic and interpretative prerogative about the Rights of Nature or – to use Ihering's term – the *Kampf ums Recht*² within the Ecuadorian judiciary vis-à-vis the Constitutional Court's push for the Rights of Nature. Therefore, we picked the appeal judgment in the case of *Fierro Urco*³ which challenges the constitutional precedent of *Los Cedros* by misconceptualizing and delegitimizing the constitutional jurisprudence.

Background and Proceeding

The appeal judgment concerns the unconstitutionality of environmental and water licenses issued by the former Ecuadorian Ministry of Environment and the former Se-

cretary of Water to three Canadian corporations to enable industrial mining activities in the zone of the *Cordillera de Fierro Urco* (*Fierro Urco*). Nicknamed “Hydric Star of Southern Ecuador”, *Fierro Urco* – according to the plaintiffs (p. 2 f.) – is a vital, yet fragile *páramo* ecosystem of the Andean Highlands: habitat to many endemic species in danger of extinction, the basin of various rivers and source of subterranean watersheds. *Fierro Urco* secures [50 % of the water supply for around 275 000 inhabitants](#) of the surrounding provinces of Loja, El Oro and Zamora Chinchipe.⁴

The mining companies have been carrying out exploratory activities since 2017, putting at peril – according to the plaintiffs (p. 3) – water supply, food security and social and cultural cohesion in *Fierro Urco*. In March 2022, an initiative of rural residents of the affected region filed a protective measure application in favor of *Fierro Urco* which was turned down in the first instance. In December 2022, the initiative appealed against the decision at the Provincial Court of Loja – without success. In January 2023, it [presented](#) the case at the Constitutional Court.

Páramos are no forests and hence, not holders of Rights of Nature?

The Provincial Court denied constitutional protection to the *Cordillera of Fierro Urco*, *inter alia*, by a too simple equation: the ecosystem of *Fierro Urco*, a *páramo*, is substantially different from the one of *Los Cedros*, a forest, and thus, the legal standard of *Los Cedros* cannot be transferred (p. 41, 43). This reasoning unveils a misreading of the Constitutional Court's approach to Rights

¹ See, *i.a.*: *Los Cedros*, *Mona Estrellita*, *Los Manglares*, *Rio Aquepi*, *Rio Monjas*.

² With his famous lecture „Der Kampf ums Recht“ of 1873, Rudolf von Ihering was one of the first to address phenomena like struggles of the *individual for her subjective rights* – for our context, to be transferred to a collective's struggle for the Rights of Nature – at the court room or the ideologic charge of the sense of justice and their implications for the realization of rights.

³ *Corte Provincial de Justicia de Loja*, 19.12.2022, Judgement No. 11333-2022-00183, see [here](#).

⁴ In March 2023, Ecuadorian National Assembly [adopted a resolution](#) that urges the Government to declare *Fierro Urco* a water protection area.

of Nature: Titularity of Rights of Nature is provided by constitutional law and does not constitutively depend on Courts' decisions and, *a fortiori*, not on a positive constitutional precedent, as clarified in *Río Aquepi* (par. 51). To fully comprehend the titularity in the concrete case, the Provincial Court would have had to engage with the particularities of the ecosystem of *Fierro Urco*. Instead, the Provincial Court – refusing to make an analogy to *Los Cedros* – oversimplifies the Rights of Nature and unconstitutionally denies protection to the ecosystem of *Fierro Urco* (p. 42).

Delegitimizing the precautionary approach to Rights of Nature

A particularly interesting and novel feature of the judgment of the Constitutional Court in *Los Cedros* is its application of the precautionary principle to the Rights of Nature. The reporting judge Agustín Grijalva Jiménez argues that, because of the lack of *valid* scientific information on the environmental impacts of the concrete mining projects in the protected forestal area of *Los Cedros*, the precautionary principle must be applied (par. 130 ff., 227 f.; 252). In *Los Cedros*, the precautionary approach to both Rights of Nature and human rights to a healthy environment and water, in connection with the rule of *in dubio pro natura*, culminated in the prohibition of mining activities in the hydrologically important, highly biodiverse and fragile area of *Los Cedros* (par. 116ff; 219ff; 246ff; 348).

The precautionary principle in *Los Cedros* thus works as an antagonist to tendencies to implement economic projects – despite of scientific uncertainty about the concrete effects of potentially very harmful actions.

Just like in *Los Cedros*, in *Fierro Urco* neither the state nor the company representatives could present sufficiently concrete environmental data on detrimental effects of mining in *Fierro Urco* on Rights of Nature or human rights (see p. 14). Both refer to the conducted environmental studies and environmental management plans as if their mere existence could waive the state's responsibility (p. 7 f.; 10 f; 12 f.). Yet, in *Fierro Urco*, the Provincial Court dismissed the precautionary principle, arguing that *Los Cedros*, as far as the precautionary principle is

concerned, does not have binding effect (p. 40). As the application of the precautionary principle in *Los Cedros* caused considerable controversy among the deciding judges – evidenced by four concurring and two dissenting votes – no binding precedent could evolve on this matter. This formalistic reasoning, however, is based on a misinterpretation of both the dissenting and concurring votes and a [clarifying statement of the Constitutional Court](#). In the latter, upon request of the Attorney General and the national mining company ENAMI EP, the Constitutional Court indeed agreed that, in principle, both dissenting and concurring votes must be taken into account when assessing the extent of a judgment's binding effect as Art. 436.6 of the Constitution, Art. 190 of the Law on Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control (LOGJCC)⁵ and Art. 37, 38 of the Rules on Reasoning in Constitutional Court Proceedings (CRSPCCC)⁶ evidence (par. 29 f. of the [Clarifying Statement](#)). But: The source of conflict among the judges was not whether the principle of precaution is at all applicable to the Rights of Nature – the Constitution gives little leeway to negate this question (Art. 73 of the Constitution) –, but whether to apply the principle of precaution *in the concrete case* (par. 32) and more specifically, which threshold of scientific certainty is required. The Provincial Court in *Fierro Urco*, however, refused to assume the task of evaluating all the available evidence which would have allowed for reasoned conclusions on the level of scientific certainty and hence, the application of the precautionary principle (p. 42).

Instead of entering into a dialogue with the Constitutional Court to further develop the Rights of Nature, especially the delimitation of the preventive and precautionary principle, it refuses debate with an argumentative maneuver. Its delegitimizing momentum becomes particularly evident when read in the context of criticism on the activist role of the Constitutional Court: Implementation of the Rights of Nature, as implied by the Provincial Court, is not only outrunning democratic institutions and separation of powers, but even within the judiciary, it is enforced against the majoritarian vote.

⁵*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Suplemento del Registro Oficial 52* (2009).

⁶*Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, Suplemento del Registro Oficial 613* (2015; last amended in 2021).

Procedural Law trumps constitutional guarantees?

Having dismissed the precautionary approach, the Provincial Court continues to apply the preventive principle (p. 41) arguing that its requirements have been met by carrying out water and environmental licensing procedures (p. 41, 42).

The Constitutional Court, in contrary, emphasized that an issued permit can and must be subjected to substantive control as, in itself, a permit cannot be proof enough that the Rights of Nature have not been infringed (par. 140).⁷ This is a key feature of the *constitutionally* anchored Rights of Nature as opposed to statutory environmental law. By denying any judicial scrutiny and relying on a legality presumption (“Bestandskraft”) regarding the permit, the Provincial Court falls back to the procedural standards of environmental law and lays bare anachronist tendencies.

Legal and factual struggles for Rights of Nature

The appeal judgment of the Provincial Court of Loja highlights that the Ecuadorian judiciary has not yet come to ease with the application of the novel set of rights. While we are aware that a single judgment is no indicator of the general status quo, it exemplifies backlashing tendencies present in the Ecuadorian judiciary. We acknowledge that one reason behind this is resources: The thresholds and analyses of the Constitutional Court crucially depend on scientific data which, for technical or financial reasons, are not available to courts of lower instance.

But: Backlash in jurisprudence must also be consid-

ered in the context of harshening conditions for human, collective and environmental rights defenders in Ecuador. Organized resistance of civil society against extractivist projects has a long history, and, as in the struggle for the protection of *Fierro Urco*, it is co-orchestrated by both the indigenous and rural population. Mass protests continue to erupt across the country. The mining corporations respond with carrots (work and improved infrastructure and public spaces) and sticks (intimidation and humiliation), the State with criminal prosecutions; processes against 268 defenders have only recently been [amnestied by Ecuadorian National Assembly](#).

These struggles are increasingly finding their way into the court room and *Fierro Urco* is a case in point that the progressive interpretation of the Rights of Nature of the Constitutional Court of Ecuador is not self-propelling. The mix of reluctance of lower instance courts to engage with the Rights of Nature and the abundance of open doctrinal questions regarding the Rights of Nature can undermine the practical effectiveness of the Rights of Nature. With *Fierro Urco*, the Constitutional Court has a chance to clarify the precautionary approach to the Rights of Nature and to strengthen the legal fortress against looming backlashes. It will now be highly interesting to observe how it will rule on Rights of Nature in its new composition - will it continue its tradition of a progressive, even activist, constitutional jurisprudence in favor of nature? As the Ecuadorian environmental lawyer Hugo Echeverría rightly pointed out: “*La pelea recién comienza.*”⁸ The war has just begun.

⁷It is true that this approach curtails the legitimate expectations of the mining corporations in the issued permits. But, as the Constitutional Court found rightfully in the *Chevron* case, the Constitution does not provide for the protection of acquired rights to violate Rights of Nature, see Gutmann, Andreas, Der Nebelwald als Rechtssubjekt – Das Urteil des ecuadorianischen Verfassungsgerichts im Fall Los Cedros, KJ 2022, 36.

⁸Hugo Echeverría, Interview by Lena Köhn, 10.06.2022, 48 min. 51 sec.

Anmol Jain

Rahul Gandhi's Disqualification and the Future of Political Opposition in India

doi: 10.17176/20230404-032653-0



With the general elections scheduled for early next year and several crucial state elections lined up for later this year, the ruling party's onslaught on their opposition continues in India. The Bharatiya Janata Party ("BJP") government has left no channel of state power unused in its crusade against opposition parties. It has neutralized Parliament by restricting the opposition parties from raising politically inconvenient issues and debating on bills; deployed federal investigating agencies against opposition politicians; subsidized favorable media coverage by offering lucrative advertisement revenue to select media houses; and enticed prominent legislators with money and cabinet positions to shift their allegiance in favor of the BJP to cause the fall of several opposition state governments. The government knows how to use the law and state power as tools for self-enriching goals and does not shy away from doing it at full-scale. Sadly, these matters remain non-issues during elections for several reasons, lending the BJP a free pass to pursue what scholars have termed autocratic legalism.

The disqualification of Rahul Gandhi – one of the most prominent leaders of the opposition from the India National Congress ("INC") – is another episode of the degeneration of democracy in India. He has recently concluded a five-month-long padayatra across India, traveling around 4,000 kilometers on foot, and has constantly been questioning the government in his press conferences and public rallies.

But it would be a mistake to read Gandhi's disqualification as just another episode. It is different and somewhat more concerning than the actions of the BJP government discussed above because of the role that the judiciary played in it. Until now, the Indian judiciary has either chosen to remain a mute spectator and adopted a non-interference approach in politically charged matters or decided matters to support executive actions, at times on questionable grounds. In causing Gandhi's disqualification, however, the judiciary has played a positive role

and effectively contributed to skewing the dynamics in favor of the BJP in the upcoming elections. In the following paragraphs, I discuss the background of Gandhi's disqualification from Parliament and what it means for India's democracy.

Criminal Defamation Charges Against Gandhi

Gandhi's disqualification arises out of his comments in a 2019 election speech. Countering BJP's portrayal of Modi as a *chowkidar* (a protector/caretaker) in response to INC's corruption allegations, Gandhi questioned, "Why do all thieves have Modi in their names whether it is Nirav Modi, Lalit Modi or Narendra Modi? We don't know how many more such Modis will come out." Feeling aggrieved by such remarks against the Modi community, Purnesh Modi, a BJP state legislator from Gujarat, filed a criminal defamation case against Gandhi.

On March 23, a magistrate court in Gujarat held Gandhi liable for defamation and ordered him to undergo imprisonment for a period of two years. While Gandhi still enjoyed freedom as the court suspended his sentence for 30 days, the conviction cost him his seat in Parliament and incapacitated him from contesting any election for the next eight years under Section 8(3) of the [Representation of the People Act, 1951](#) ("RPA 1951"). On his appeal, the appellate court further [suspended](#) Gandhi's sentence till the disposal of the appeal. Gandhi could regain his position as a legislator only if he succeeded before the appellate court or secured a stay or suspension of the conviction in the interim. The Supreme Court has clarified the law in this regard in a [2018 decision](#). It held that if the appellate court decides to stay the conviction of the legislator while an appeal is pending, the disqualification will cease to take effect.

However, there is no law to determine what will happen if the Election Commission holds a bye-election in Gandhi's constituency before he could pursue either of these actions and a new legislator is voted to the Hou-

se. It is also possible that the appellate court fails to give its decision on Gandhi's conviction before the 2024 elections, disallowing him to contest in the general elections. In such a scenario, a reading of [Article 101](#) of the Constitution of India suggests that unless the new legislator decides to resign from his seat, they will continue to hold it irrespective of any subsequent court decision on Gandhi's appeal.

On the Merits of the Decision

Gandhi's disqualification was a natural and unavoidable fallout of the defamation conviction. It is true that the Lok Sabha secretariat acted relatively swiftly in issuing the notification under Section 8 of RPA 1951, but that's a separate conversation to be had. It is more pertinent for the purposes of this blog to analyze the defamation conviction to appreciate the potential concerns that this development poses to India's democracy.

Section 499 of the [Indian Penal Code](#) ("IPC") defines criminal defamation. It provides that one commits criminal defamation when they make or publish any imputation about another person with the intent to cause harm or knowing that such imputation will cause harm to their reputation. When the constitutionality of Section 499 was challenged before the Indian Supreme Court, it [emphasized](#) that the element of mens rea and the fact of harm to the reputation of the complainant are essential to constitute the offence. Gandhi's comments, which were nothing more than rhetorical questions, do not satisfy the elements of Section 499. Neither were any aspersions made on Purnesh Modi, the complainant, nor could it be conceived that Gandhi intended to disrepute him.

It is also critical to read Section 8(3) of RPA 1951 with Section 500 of IPC. The disqualification of Section 8(3) applies only if a legislator is convicted for two years or more. Section 500 of the IPC caps the maximum sentence for the offence of criminal defamation to two years. Gandhi's two-year sentence was not only the maximum allowed under Indian laws but also unprecedented. Moreover, the fact that the impugned comment was made during an election campaign amid a politically charged environment, it is strange for a court to award the maximum sentence that effectively disqualifies him from contesting elections for the next eight years. For many, such orders are no less than a political obituary.

It is, therefore, puzzling why the court decided in this manner, but the puzzle doesn't seem hard to decipher. I

leave it to the readers to reach their conclusions.

But I would mention one thing without potentially crossing the line of appropriateness. The court was aware of the political motivations underlying the complaint and the consequences of a two-year sentence. It cannot bypass scrutiny and suspicion of influence/commitment to the incumbent executive by using the 'independent actor operating under the law' argument. Deciding the quantum of Gandhi's sentence was the court's prerogative, and it chose a path that unseated a popularly elected legislator, who is one of the foremost political opponents of the Prime Minister, right before the general elections, for an offence that has been held as undemocratic in several parts of the world. In such a scenario, it becomes hard to distinguish which body is the executive and which is the *independent* judiciary.

Concluding Remarks

Professors Huq and Ginsburg discuss in [How to Lose a Constitutional Democracy](#) how the Russian government inappropriately uses the Administrative Code to target opposition activists. Many have been [arrested](#) for petty offenses like 'crossing the road in an authorized place' and 'drunkenness'. A similar example could be found in Turkey. In December last year, a Turkish court sentenced Istanbul's mayor, a prominent opposition to Erdogan, to more than two years of imprisonment for the offence of criminal defamation. (An earlier blog on the political nature of this decision can be found [here](#)).

Despite the constant rhetoric by Prime Minister Modi that India is the 'mother of democracy', one cannot miss the parallels between India and autocracies like Russia and Turkey. Every next day, India becomes less of a democracy. If court decisions cause inappropriate disbalance in electoral competition, the possibility of the transition of power through a free and fair election is lost. India, then, fails to be classified as a democracy even under its minimalist conception.

The magistrate court's decision is not an outlier in this regard. On March 31, the Gujarat High Court upheld an appeal against an order of the Chief Information Commission that asked Gujarat University to disclose the educational degree of Prime Minister Modi. Since 2014, many opposition leaders have questioned the Prime Minister's contention that he has degrees in political science, as stated in the affidavit that he filed during the electoral process. The High Court order not only avoided any

legal trouble that the Prime Minister would have faced if his claim had turned out to be false, but it also fined the incumbent Chief Minister of Delhi for seeking the disclosure in the first place.

Such court decisions and executive actions discussed in the introduction pose an existential threat to the survival of a healthy opposition in India. No independent commentator can say with certainty if these actions of the Modi government result from its authoritarian atti-

tude or out of paranoia. What we can observe, though, is the new low that India's democracy has reached with such developments. Many more threats seem imminent as Modi strives for his third consecutive term as the Prime Minister. It can only be hoped that the appellate courts take cognizance of the matter and ensure a level playing field for free and fair elections in 2024.

Kai Ambos

Humanizing Warfare as a Project of Power Politics and Colonial Exclusion

A Review Essay

doi: 10.17176/20230405-190257-0



Boyd van Dijk, *Preparing for War. The Making of the Geneva Conventions*, OUP 2022

Hugo Slim, *Solferino 21. Warfare, Civilians and Humanitarians in the Twenty-First Century*, Hurst 2022

The great battle of Solferino in northern Italy in 1859, resulting in the victory of the Franco-Sardinian Alliance over the Austrian Empire, was a traditional, old school 19th century military confrontation with heavy losses on both sides. When Henry Dunant, a Swiss businessman, visited the battlefield in the aftermath of the cruel fighting he was so shocked that he wrote his famous book *A Memory of Solferino* (1861) which, in turn, prompted the creation of the International Committee of the Red Cross (ICRC). In *Solferino 21*, Hugo Slim, himself an experienced humanitarian practitioner and academic, takes Dunant's book – “an almost sacred text” (Slim, xxiv) in the humanitarian community – as starting point and inspiration to critically assess the humanitarian development and landscape in the 21st century. He divides his analysis in three parts: the development of warfare from Solferino until today (pp. 3-96), suffering and protection of civilians (97-156) and the humanitarian system as such (157-246).¹

Boyd van Dijk, a history and political science scholar who recently moved to Nuffield College at Oxford University, also refers to Dunant's work but only *en passant* and as a sort of starting point² of his critical analysis and profound deconstruction of the foundational myth of the 1949 (Four) Geneva Conventions (GC I-IV) as a liberal humanitarian project and an answer to “war's appalling brutality” at Solferino and beyond (pp. 2, 29). This mythic narrative, which has its origins essentially in the writings of the Geneva drafters themselves (for example ICRC

legal expert Jean Pictet, editor of the highly influential ‘official’ ICRC Commentary published between 1952 and 1959) and has been largely adopted by current scholarship (summarizing pp. 14-19), constitutes a highly subjective and self-referential account with several shortcomings and blind spots (pp. 3-4). Against this background van Dijk tells not just a different but, in a way, a completely opposite story, turning the official and mainstream narrative upside down. In a nutshell, van Dijk convincingly shows that the final text of the GC was the product of a complex blend of different, but partially overlapping interests of the major powers (United States of America [US], United Kingdom [UK], France and Soviet Union [SU]), with the ICRC as an important actor in between them, and with the US and UK generally taking a more restrictive position than France, the SU and the ICRC in terms of the protective (prohibitive) scope of the future International Humanitarian Law (IHL). Many of the interests at stake were neither liberal nor humanitarian but a product of mere *Realpolitik* and political struggles influenced by the personal (WW II) experiences of the negotiators, the geopolitical context, the emerging cold war and the ongoing colonial conflicts (pp. 4 ff., 309 ff., 321). In fact, as to the latter, one needs to recall that large parts of the world were still under western and Soviet rule with China in a full-fledged civil war.³ Van Dijk pretends to be “sensitive to the law's imperial origin” and “resonates with a broader trend within postcolonial legal studies, which is concerned to analyse international law's imbrication with European imperial expansion.” (p. 17). The full argument is laid out in great detail in six chapters which deserve to be looked at more closely if only for a summary and systematisation of the many details and differences,

¹I note in passing that the initial pages of part two and three are wrongly indicated in the Table of Contents (p. ix).

²In fact, in his (otherwise positive) review of Slim's book ([Just Security, 26 May 2022](#)) van Dijk criticizes the former's “tendency to overemphasize the historical significance of his actors, from the Battle of Solferino to Dunant...” and finds it “difficult to see Dunant as the founder of modern humanitarianism...”

³See also H. Slim's review on [Just Security, 16 May 2022](#).

even within the same negotiating delegations, of which the reader easily loses track.

In methodological terms, van Dijk focuses, besides the ICRC, on the four major powers already mentioned (“to a lesser extent” on the SU, p. 19), more specifically, on the perspective of the concrete negotiators (“from below”) and reconstructs their positions, interests, dilemmas etc. on the basis of an unprecedented analysis of ICRC files and State archives (pp. 19 ff). As van Dijk is fully aware of the limits of these sources in terms of their accuracy and completeness⁴ he contrasts the official records with hitherto unknown sources, including internal reports of ICRC delegates and recently declassified documents, in sum “multilingual archival materials” of predominantly Western but also Soviet origin and from both State and private archives and collections (p. 24). This use of (new sources) makes the study “the most authoritative” so far.⁵

Warfare

In Slim’s analysis, warfare “stood at a pivotal moment of technological change” at the time of the battle of Solferino as it does today (p. xxviii). While back then a new era of industrial warfare and a new arms race was beginning to start, today we are facing a move from industrial to computerized, high tech war with an increasingly important role for so-called artificial intelligence. Somewhat surprisingly perhaps, given the recent wars in Afghanistan, Syria and still ongoing in Yemen, Tigray (Ethiopia) and Ukraine,⁶ Slim argues that “war in the twenty-first century has not yet been as horrendous in scale and intensity as war in the twentieth century ...” (p. 6). Clearly, as shown in van Dijk’s Chapter 5 (pp. 197 ff.), indiscriminate warfare in full disregard of the principle of distinction, only subsequently codified⁷ and recognized as part of custom,⁸ has been the rule right up to the 1949 GC and well beyond, with the Civilian Convention (GC IV) remaining largely ineffective. We will return to that below.

At any rate, war today is a reality and often also part of policy as it was in the past with political descriptions capturing much better the motivations and incentives of the warring parties than the applicable legal concepts. Slim lists a series of kinds of war (pp. 12 ff.) – absolute, instrumental, agonistic wars, wars of choice and survival, asymmetric and peer-to-peer wars, supremacist identity, ideological revolutionary, self-determination and liberation, hegemonic contest wars, UN wars of protection and state-building – which reflect the history of warfare in the last two centuries and help us to better understand the military and operational forms of warfare we witness today. In this regard, Slim identifies “ten characteristics of war today” (pp. 17 ff.) – militarily small wars, religious wars with a Muslim geography, internationalized civil wars of armed groups and coalitions, urban warfare, long war, chronic political violence, computerized warfare, sub-threshold and hybrid war, hyperlegal warfare as well as public participation in war –, arguing that these characteristics “have made up the normal operation setting of war, civilian survival and humanitarian response” up to now (p. 57). Of course, these characteristics cannot always be precisely distinguished and they may co-exist in one war at the same time. Surely, both in militarily small (counterinsurgency) wars (Vietnam, Colombia, Syria, Mali) and bigger/longer wars (Yemen, Ukraine) computerized and hyperlegal warfare, hybridity and public participation (especially via social networks) play an important role.

More importantly, however, some of these characteristics – the more modern ones – already bear the fruit of the “next-generation warfare” (pp. 59 ff.) which seems to be Slim’s main concern. Here he sees three major trends: the possibility of big war spread across new domains; intensified computerized warfare with the ensuing ethical challenges around the use of artificial intelligence; and warfare fought out in the context of interrelated megatrends like climate change, urbanization and infectious

⁴Sometimes „state drafters sought to avoid leaving a paper trail in the archival record.” [p. 24]

⁵Slim, *supra* note 3 (“... most authoritative ... should be widely read by humanitarian, military, legal, and diplomatic professionals ...”).

⁶Of course, the book manuscript was submitted before the Russian invasion in February 2022 and thus Slim could not take into account the horrendous development of this (most recent) war.

⁷Cf. Art. 48 AP I: “...Parties ... shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

⁸ICRC, *Customary IHL Study, Vol. I, 2005*, pp. 3 ff. (5) with Rules 1-10; for further references see Ambos, *Treatise ICL, Vol. II, 2nd ed 2022*, p. 172 with fn. 326.

disease (p. 59). As to the role of artificial intelligence in computerized warfare (pp. 67 ff.) he identifies three main issues (pp. 78 ff.): judgment (e.g. applying the principles of distinction and proportionality), responsibility (humane versus machine agency) and a loss of human authenticity in war. As to the megatrends mentioned, especially the climate crisis and global diseases, these may turn from conditions into causes of warfare (pp. 85 ff.), assigning to these non-traditional security risks a “survivalist dimension” (p. 95).

Civilians

While civilians and their suffering were absent in Dunant’s account, the humanitarian attention turned to them for the first time about 100 years ago with the enormous “non-combatant suffering” during the First World War (Slim, p. xxxii). The need for the protection of civilians caught in the midst of battle, while recognized during the negotiations of GC I-IV, did not lead to anything close to a comprehensive protection with only one convention (GC IV) dedicated to the protection of civilians which, in addition, suffers from a series of shortcomings. This is understated by Slim while van Dijk deals extensively with this lack of protection especially in Chapters 2 and 5 (to which we will turn in a moment). In his Chapter 1 on the “twisted road to Geneva” (pp. 29 ff., 53 ff.) van Dijk shows that the negotiations leading to the 1949 Diplomatic Conference were heavily influenced by the post WW II cold war and colonial context (e.g. pp. 7, 8). Five aspects stand out. First of all, the process was a wholly Eurocentric enterprise, dominated by the victorious allies with only a few delegations from the Global South (e.g. nationalist China). Just compare the only 64 nations represented at the Diplomatic conference (p. 45) and the 38 State representatives signing the GC on 8 December 1949 (p. 303) with the current number of States parties amounting to 196 (see [here](#)). Second, there was a divide between the US/UK and the continental victims of Nazi aggression (especially France) given their different wartime experiences and colonial interests (p. 38). Third, getting the SU fully on board was highly uncertain (pp. 41 ff.) given, inter alia, its critical stance towards the participation of fascist States (e.g. Franco’s Spain) and towards the ICRC as a bourgeois and Western dominated organisation which, in the Soviet view and that of other (Jewish) organisations, did not speak up to the Nazi Holocaust and other atrocities (see also p. 263). Fourth, despite the just

mentioned criticism, the ICRC’s role, supported by the Swiss government, was key in promoting a broader scope of the GC and mediating between the major powers, especially the US and SU increasingly stuck in the cold war. Fifth, the protection of civilians in a separate Convention was always controversial and only possible due to the personal background of many negotiators being victims of Nazi atrocities (pp. 50-1).

In fact, as explained by van Dijk in greater detail in Chapter 2 on the “making of” GC IV (pp. 53 ff.), this Convention was ultimately adopted thanks to ever-growing human rights thinking (pp. 67 ff.), promoted by France, the ICRC and even supported by the SU, albeit arguably not so much out of true humanist concerns but rather with the hidden agenda to embarrass the “West”, especially the UK/US, for their very restrictive views as to the possible scope of protection of the Geneva law. In fact, the latter rejected any rule limiting their military room for manoeuvre and preferred to have a militarily free hand as occupiers of Germany and in the colonies as well as with a view to the future (cold) war with the SU (pp. 87 ff.). Interestingly, France changed its restrictive pre-WW II position (regarding the first Civilian Conventions leading up to the [1929 Geneva Prisoners of War \[POW\] Convention](#), pp. 57 ff.) to now – post WW II – fiercely supporting the human rights discourse. Still, the Anglo-American resistance against a more comprehensive protection (covering own nationals, political prisoners, stateless persons, ensuring the rights of persons under occupation and banning the death penalty) led to a more restrictive text, limited to enemy civilians, excluding certain rights-violating measures (reprisals, inhuman treatment during interrogation) and fully ignoring the large scale repression in the colonies thus displaying a blind spot as to colonial discrimination and racist oppression (pp. 67 ff.). While there was no agreement on a preambular text which could have clarified the importance of human rights, human rights principles have been inserted in Common Article (CA) 3 though (p. 93).

At any rate, the insufficient protection of civilians by GC IV is also shown by the law and practice of indiscriminate warfare through aerial bombing, the use of nuclear weapons and starvation as a weapon of war (van Dijk, Chapter 5, pp. 197 ff.). While efforts to ban indiscriminate warfare go back to the 19th century (pp. 201 ff.), the major military powers of the time (UK, US and even Canada) always had an interest to have a militarily free hand to de-

feat the enemy, including by weakening the morale of its civilian population, i.e., by employing the same “morale” bombing tactics used nowadays by Russia against Ukraine. That position did not change during WW II nor during the post WW II GC negotiations. In fact, the ICRC team led by Jean Pictet started drafting the GC in the midst of indiscriminate allied bombing of German cities and the US’ use of nuclear weapons against Japan. Perhaps for this reason the ICRC’s initial reluctance to a broader prohibitive regime then changed and a ban on nuclear weapons and starvation as a weapon of war was promoted (pp. 220 ff.). However, this move was only supported by the SU and its allies (p. 223) with the Anglo-American group, including France and other NATO allies, doing everything possible to exclude indiscriminate warfare from GC IV (pp. 222, 226 ff.) and only allowing for limited prohibitions modelled after Nazi practices during WW II (use of human shields and mass starvation of civilian populations, p. 249). The ultimate confrontation between the restrictive US/UK position and the more prohibitive Soviet position took place at the 1949 Diplomatic Conference (pp. 235 ff.) where infuriated Eastern European delegates accused the US of preparing a “new Auschwitz” by impeding a ban on “blind” (indiscriminate) weapons (especially nuclear ones) and indiscriminate warfare generally (p. 247).⁹ At any rate, the more prohibitive SU proposal was rejected on procedural grounds and anything coming close to what we today know as the principle of distinction with the ensuing prohibition of indiscriminate warfare was dismissed (pp. 249-50). With this, in fact, another myth was created, namely that the Hague Law deals with weapons while the Geneva law with victims of armed conflict.¹⁰

Thus, while GC I-III maintained the traditional humanitarian focus on and preference for military combatants, GC IV offered only a limited protection of civilians with the ICRC subsequently trying to improve the system of protection with a view to the principle of distinction (van Dijk, p. 251 and *passim*). Yet, it lasted until 1977 when the protection of (civilian) victims of (both international and non-international) armed conflict took centre stage with

the adoption of the [First](#) and [Second](#) Additional Protocols (AP I and AP II). Only with this and more recent improvements, advocated by the ICRC and other (academic) humanitarian actors and facilitated by the ever increasing human rights discourse, the “huge omissions” of the Geneva negotiations have been “put right”.¹¹ Only with this development it may fairly be said that Dunant’s heirs now “look at war primarily through civilian eyes” (Slim, p. xxxiii) although events like the surrender of whole army battalions, as recently at [Ukraine’s Azovstal steel factory in Mariupol](#) with the ensuing negotiations of POW swaps, turn our attention, if only temporarily, again to military combatants.

At any rate, the shift of attention from combatants to civilians is in tension with the fact that there is mostly no reliable data on civilian victims, including killings, and the numbers are sometimes exaggerated by interested parties, including and especially the humanitarian actors (Slim, pp. 100 ff.), with the number of civilian battle deaths being “strikingly low” as compared to the last century (pp. 107-8). There is clearly a need to distinguish between “direct” battle deaths, as a result of fighting and direct targeting, and “indirect” ones, as a result of secondary effects like hunger, disease, displacement (p. 108). Slim convincingly demonstrates with reference to academic studies and concrete examples of armed conflict scenarios that the indirect causes are much more relevant (108 ff.).

Another feature which has long been underestimated and neglected is the civilian agency in armed conflicts (Slim, pp. 137 ff.). Civilians are not just victims but also important actors in armed conflicts – as parents, children, social workers, medics, teachers etc. –, often more important than the humanitarian agencies which tend to get more attention although they could not do with the many civilians working directly for them or assisting them indirectly. Slim criticizes humanitarian actors and politicians for “hav[ing] been slow to formally recognize civilian agency” (p. 140). He calls for more support for civilians acting as humanitarian agents during armed conflict as well as the more explicit recognition and consider-

⁹The Romanian delegate Luca, herself a victim of the Holocaust, mentioned her family’s extermination and asked the delegates whether they could imagine a “new Ausschwitz”: “if, in a future war, the parties to the conflicts can employ means of extermination such as asphyxiating gases, gar chamber and atomic bombs, what is the use of [this] Convention?” (quoted according to van Dijk, p. 247).

¹⁰See also Slim, *supra* note 3 (“new myth that the Hague does weapons and Geneva does victims.”).

¹¹Slim, *supra* note 3.

ration of civilian activities and attitudes in armed conflict, including and especially with a view to the digital (virtual) role of these civilian agents (pp. 142 ff.)

Irregular Fighters

Irregular fighters are normally understood as those not linked to any official (State) party, concretely to its official armed forces, either formally being members of them or otherwise incorporated into them. During WW II such irregular fighters were usually “partisans” fighting against the Nazi occupiers, i.e., “disconnected from the armed forces while targeting an enemy occupier”, including guerrillas, spies and enemy agents (van Dijk, p. 148 with fn. 5). Thus, the question how to treat these fighters in the Geneva law, dealt with by van Dijk in Chapter 4 (pp. 147 ff.), was by no means a purely academic one given that many negotiators from continental European States, especially France, had in one way or another a partisan past. The question is also linked to the civilian population’s collective right to resistance during occupation, concretely against Nazi occupation during WW II, and thus concerned, at least indirectly, practically all European nations negotiating the GC. While the more directly affected delegations, especially France, supported by the ICRC and the SU, wanted to extend the humanitarian protection to partisans recalling their fight against the Nazi occupation and repressive policies (pp. 148, 180), the Anglo-American position was strictly opposed trying to exclude irregulars from any protection, be it as POWs (under GC III) or as civilians (under GC IV by introducing a security clause). While the latter group of States was well aware of the issue of resistance against occupation, it saw itself rather in the position of future or even present (colonial) occupiers or parties to a conflict with the SU (and its communist allies around the globe) where it would not be in their interest to be bound to overly strict rules protecting this kind of fighters. Ultimately, this more restrictive position won the day, essentially limiting the protection of irregular fighters to organised resistance movements, connected to a State army (e.g. the official French resistance as opposed to anti-colonial guerrillas), and the *levée en masse* (pp. 149-50, 186-7, 192 ff.).

As a result, on the one hand, Art. 4A (2) GC III extends the POW concept beyond the official armed forces only to

militias and volunteer groups, including “organized resistance movements”, if they belong to a Party to the conflict and fulfil, cumulatively, four conditions; the *levée en masse* is covered by Art. 4A(6) GC III. On the other hand, the door to GC IV is closed for these irregulars since, for one, all persons protected by GC I-III “shall not be considered as protected persons within the meaning of” GC IV (Art. 4(4) GC IV) and, for another, an “individual protected person” engaged “in activities hostile to the security of the State” cannot invoke the rights under GC IV given the pre-eminence of the respective State’s security interest (Art. 5(1) GC IV).¹²

The Colonial Blind Spot

As already mentioned above, the whole process of the GC negotiations was essentially a Eurocentric and imperial enterprise with the US as the new hegemon often joining forces with the (former) colonial powers as far as the indiscriminate repression of anti-colonial, (communist) insurgent movements was concerned. While the negotiators’ position (especially the ones from the US) may also have been informed by some more idealistic views on humanity and justice (“Nuremberg moment”) so grossly despised especially by the Nazis, the debate on GC IV left colonial and racial injustice in both the colonies and the US (Jim Crow laws) unaddressed (van Dijk, p. 96) and, similarly, the discussion of the IHL enforcement regime, to be looked at more closely below, excluded the realities of the colonial struggle (p. 296). Thus, the whole story of the negotiations can be read as one of hierarchy and exclusion of the Global South (pp. 17, 309, 312) (just recall the number of States participating in the negotiations and signing the GC as compared with the current number of States parties).

This narrative is also true for the only provision dedicated to non-international armed conflicts, i.e. the already mentioned CA 3, analysed in detail by van Dijk in Chapter 3 on “Internationalizing Civil and Colonial Wars” (pp. 99 ff.). Here, too, the imperial/colonial powers (UK, France, partly US) clearly wanted to avoid any interference with their colonial (e.g. Indochina) or imperial (Latin America, Korea) policies and interests. Apparently, they were not even aware of their double standards: How can you allow resistance against Nazi occupation by ta-

¹²The same applies, in essence, to spies and saboteurs (Art. 5(2) GC IV) but all these persons have to “be treated with humanity” and shall not be deprived of their fair trial rights (Art. 5(3) GC IV).

king recourse to and condoning irregular (partisan) warfare but not concede the same right to the anti-colonial movements making use of guerrilla tactics?¹³ While the SU pursued an anticolonial discourse and this was crucial in saving CA 3 (pp. 127-8, 137-8), one must not overlook the fact that the SU itself was an imperial power with the respective interests in their immediate (Eastern European) sphere of influence (p. 143). At any rate, the final compromise leading to CA 3 was an intentionally watered-down provision (“studied vagueness” giving governments “some discretion”, in the words of UK delegate Gardner, p. 116) with a high threshold (“armed conflict”). Thus, fuller protection was only achieved, as already said above, with AP II (p. 143). Still, CA 3 had, given its interpretative potential, an “imperial career” (p. 144) and could thus be invoked by insurgent movements (e.g. FLN in Algeria, p. 144), certainly against the original will of the drafters, and further developed by international and national case law (the 2006 *Hamdan v Rumsfeld* case of the US Supreme Court being perhaps the most prominent example of an expansive, human rights based interpretation applying CA 3 as minimum guarantees in the “war on terror”). Thus, ultimately, the colonial/imperial powers were less successful in the long run; at any rate, they most probably did not anticipate the unexpected career of CA 3.

Humanitarianism and its Actors: Another Neo-Colonial Enterprise?

Humanitarianism, here understood with Slim as the organisations and persons (the “humanitarians”) working hard to humanize armed conflict (in contrast to van Dijk’s understanding of the major drafting parties of the GC as the “Great Humanitarians”, p. 311), has become a large, mainly Western enterprise, indeed, “a largely elite Western international system and not a broad-based global one” (Slim, p. 157). Transnational superagencies with ever increasing and cost intensive bureaucracies – “large transnational bureaucracies with many thousands of employees and multi-billion dollar annual budgets” (pp. 206-7, 223) – tend to marginalise local actors. While this goes against Dunant’s local, decentralised impulse, the “humanitarian superiority complex ... still evident today”

(p. xxxvii) can largely be seen, so Slim argues explicitly and perhaps somewhat surprisingly, as a continuation of “Dunant’s cultural and sexist bias” (ibid.). The current “empire of humanity” (Barnett, 2013) is based on a “sense of superiority” that has created an “imperial form of humanitarian aid”, “marked by strong elements of Western paternalism and maternalism” (Slim, p. xxxvii), dominated by paternalistic, male whiteness throughout its 160-year entangled history (pp. 161 ff.). Thus, Western humanitarian aid is often seen as “imperial in style, colonial in its practices and racist in assumptions of its operational superiority” (p. 223) by the target communities in the Global South. Unsurprisingly, it is treated “with suspicion” (p. 215) by these communities which strive to create their own systems of humanitarian aid under the direction of emerging global powers like China, India, South Africa and Brazil (Slim, pp. 215 ff.), i.e., the same States which are – together with Russia – part of the BRICS group and take a rather distant position towards the West’s pro Ukraine policy (on that see my views [here](#) and [here](#)).

Against this background, Slim basically calls for decolonization, decentralisation (strengthening of local actors and agencies), debureaucratisation as well as for more multilateralism and cooperation of and within the existing system (pp. xxxviii ff., 213 ff.). Local actors have to be strengthened since “[H]umanitarian self-determination is” not only “a fundamental right” but also the prerequisite “for effective aid in the huge challenges” facing humanity (p. 234). The Western led system needs to shift “from humanitarian action to humanitarian cooperation” (p. 235), humanitarians should – in line with “a simple localization rule” – be “enablers, not competitors, in the humanitarian sector of a crisis country” (p. 236). From a geopolitical perspective, the new multipolar world order also requires “a more realistic humanitarian multilateralism”, recognizing “different humanitarian spheres of influence and different humanitarian systems around the world” (p. 238). Indeed, the main task of the new humanitarianism will be to clarify how humanitarian aid and operations are to be organised along the mentioned political spheres of influence and how different transnational, national and local actors are to coexist and cooperate. However, a word of caution is at place here: while

¹³Van Dijk, at p. 129, refers to the French distinction between the acts of the Nazi occupiers and their own in Indochina: “... this attempt to apply rights conceptions to European occupation while trying to legally sideline the wars of decolonization proved extremely difficult at times.”

ownership of the affected communities is surely necessary and increases the legitimacy of humanitarian aid, local actors may also be manipulated or remotely controlled by emerging international powers like especially China, but also Russia, India or Saudi Arabia. The old Western system of control would then be replaced by a new system of external control in line with the new multilateral world order, but wouldn't it be naïve to think that the affected communities would be better off under Chinese, Russian or any other control of an authoritarian regime?

This new system will also challenge one of the most important legacies of Dunant, the principle of humanitarian neutrality, as one of the four principles (the other three being humanity, impartiality and independence) of the traditional "Swiss" model of Red Cross/Red Crescent humanitarianism (pp. 168, 239 ff.). Indeed, neutrality has always been a guiding principle of the ICRC, especially in the negotiations leading up to the GC. As shown by van Dijk at various places in this study, it can also break the neck of such an organisation if neutrality, and not just in the eyes of victims, is no longer an option given the atrocities of one of the warring parties (see on the ICRC's silence regarding the Nazi holocaust and other atrocities already above and briefly discussed again below).¹⁴

Enforcement (or lack thereof)

"Preparing for the Worst" (van Dijk, Ch. 6, pp. 253 ff.) means dealing with a situation where IHL violations call for countermeasures. Modern IHL would want to go beyond the classical collective State countermeasures, especially reprisals, not least because they entail an often endless escalation of violation; yet these countermeasures have been common until the mid-twenty century (p. 253), i.e., right before the GC negotiations. At any rate, enforcement is to be understood broadly referring to the various ways and mechanisms by which compliance with the GC / IHL shall be ensured. These measures range from dissemination of the rules and domestic (normative) implementation to enforcement *stricto sensu* as a reaction to non-compliance (with different forms of sanctions). Van Dijk lays the emphasis on this latter understanding (p. 254).

In historical terms, the Franco-Prussian War (1870/71) brought about a change from the just mentioned exclusive State enforcement (especially reprisals) to

the emerging role of the ICRC and Protecting Powers (i.e. neutral States accepted as intermediators/supervisors by the parties of a conflict), in particular by visiting POWs (pp. 255 ff.). WW I produced important improvements in that regard, including Commissions of Inquiry (1919 Paris Conference) and the emergence of international criminal law (ICL, pp. 258 ff.). Yet, the control mechanisms were clearly limited given prevailing State sovereignty interests, with more than 70% of the WW II POWs without supervision (pp. 262-3), the ICRC's silence in the face of Nazi atrocities (p. 263) and highly selective post WW II prosecutions (pp. 263 ff.). At any rate, the "Nuremberg moment" brought a move towards the idea of criminal prosecution (in a decentralised way on the basis of universal jurisdiction or by an international court) and penal sanctions for "war crimes" with the US initially supporting this approach (pp. 265 ff., 273). Yet, at the 1948 Stockholm conference, the US position, reflecting the new cold war winds coming from Washington with a clear priority to fight the communist threat in a cold and hot (Korea) form, had changed, rejecting any form of (penal) accountability. Thus, the focus was again on POW protection (pp. 273 ff., 277) and softer enforcement mechanisms, i.e., dissemination, inquiry, supervision and conciliation (p. 278).

Notwithstanding, the ICRC, fighting for its survival as the main and perhaps only IHL enforcer (pp. 273-4), continued to pursue the criminal repression approach organising a high-level expert consultation process leading up to the Diplomatic Conference (pp. 279 ff.). The expert group, composed of the renowned scholars and/or practitioners Graven, Lauterpacht, Mouton and Phillimore (plus the ICRC team headed by Pictet), discussed five key issues (defining violations, grave breaches, universal jurisdiction, superior orders, and an international criminal court, p. 281) and proposed a broad grave breaches regime (pp. 283-4). Clearly, one could not expect this proposal to survive the Diplomatic Conference with the fierce US/UK opposition to any form of criminalisation (pp. 284 ff.) and the strong SU opposition to any form of (external) supervision, independent inquiry and ICJ involvement as undue interferences with its sovereignty (pp. 290 ff.). The final outcome was a weak system of enforcement with a severely curtailed grave breaches regime (pp. 289-90) and concessions only in areas where the more im-

¹⁴See also van Dijk, supra note 2 (also taking issue with the "ICRC's agenda of neutrality" as "a highly contested one...").

portant States did not see their sovereignty interests affected or rather pursued their own specific interests based on reciprocity, i.e., better POW protection, dissemination, domestic prosecutions and the strengthening of the ICRC (pp. 298 ff.). Thus, at the end of the day, a rare alliance of the superpowers and cold war enemies (US/SU) succeeded in giving priority to sovereignty over effective enforcement by independent supervision and inquiry accompanied by meaningful sanctions (p. 297).

Concluding Remarks

The conclusions reconnect with the preliminary remarks and largely share van Dijk's considerations (pp. 303 ff.).

The myth of the GC as a liberal, inclusive project has been thoroughly deconstructed. Instead, after having read van Dijk's study, it is clear that the GC are a product of (post) WW II imperial and (post)colonial *Realpolitik*, that is, of the struggle of the major powers (especially US / SU) guided by different, but partly overlapping interests (pp. 309-10, 311 ff., 321). The US/UK played a rather obstructive role (with the UK even more unyielding) trying to maintain the most freedom possible to use their military superiority (in the air, at sea and by way of nuclear weapons) and/or to oppress colonial/anti-imperial unrest (especially the UK with France coinciding in this respect), thus taking the perspective of the imperial occupier (p. 315). In contrast, France mostly acted as a mediator, albeit not fully consistent (on the one hand pursuing a human rights discourse, advocating strong protection of civilians, on the other hand excluding colonial wars, e.g. Indochina) and the SU often supported strict prohibitionist regimes (e.g. ban on nuclear weapons and indiscriminate warfare), thereby making "a major contribution" to the development of IHL (p. 318)¹⁵ and often assisting the ICRC / the Swiss despite open ideological antagonism (p. 318); yet, at the same time it fiercely defended its sovereignty with regard to supervision and other control mechanisms (p. 319). The ICRC, in turn, always taking into account the major powers' interests, often tried to strike a delicate balance between humanity/justice and military necessity (pp. 316-7).

The systematic exclusion and marginalization of the realities of colonial (or other) societies dominated by the major powers is another factor where their interests co-

incided (including with the SU as to their spheres of interest). More importantly, this approach to the colonial realities flies in the face of the myth of the GC as an inclusive project. The hegemonic interests especially of the US – as the new and for a long-time only hegemon – also contradicts another myth, especially cultivated in that country, namely that of the US as a gentle civilizer of war. This lacks not only a basis in the drafting history of the GC (p. 308) but also conflicts with the realities in the early post WW II conflicts, especially the Korean war where the US, despite initially publicly rejecting the targeting of civilians, in the course of the escalating war targeted Korean civilians indiscriminately and rejected ICRC proposals to create safety zones (p. 324).

If one thinks about the development of IHL after the GC both the expansive interpretation of CA 3 and further normative developments (e.g. 1977 AP I and II, 2005 [ICRC Customary IHL study](#) and the 2013 [Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare](#)) come to mind, with new post-colonial actors having increasing influence on the normative development of the law (as an early development recall the recognition of anti-colonial and other struggles "in the exercise" of the "right to self-determination" in Art. 1(4) AP I). Yet, in practical terms, humanitarianism, as shown by Slim, has increasingly become a "Western" post-or neo-colonial project with large organisations dominating the scene to the detriment of local actors (which of course leaves the question open of whether local actors, perhaps controlled by emerging international powers as mentioned above, are always the better option). In normative terms, the limits of IHL are obvious, especially as regards the protection of the civilian population, where GC IV proved largely ineffective in the face of indiscriminate warfare, the limited protection of irregular fighters (the security clause of Art. 5 GC IV often enough invoked by occupying nations), the use of certain (including nuclear) weapons and starvation as a weapon of war (van Dijk, pp. 325 ff.). This ineffectiveness has, of course, to do with the lack of adequate enforcement mechanisms, remaining the "eternal headache" of IHL (p. 328), despite certain improvements, e.g. the expansion of supervision (especially regarding the POW treatment) since the 1980s and the emergence of an ICL system which offers an, albeit limited, penal back up in case of grave breaches / war crimes.

¹⁵As privately admitted by ICRC negotiator Pilloud (according to van Dijk, p. 320): he "hardly dared to think what would have become of the treaty without the presence of [the Soviet] delegation."

I am grateful to Alec Walen (Rutgers, USA) for very helpful observations and to Maxim Bönnemann for editing.

Karen C. Sokol

A Glimpse into More Equitable International Governance

The General Assembly's Request for an Advisory Opinion from the ICJ on State Climate Change Obligations

doi: 10.17176/20230413-190204-0



On March 29, the United Nations (UN) General Assembly passed a landmark [resolution](#) asking the International Court of Justice (ICJ) for an advisory opinion on state obligations relating to climate change and the consequences of breaching them under several sources of international law, including the UN Charter, human rights treaties, and international customary law. The import of both the request and the opinion, however, is not just about Earth's climate system and the extent of state obligations for protecting it; it is also about the potential for more equitable, just, and effective international governance.

An International Splash

As the ICJ will decline to exercise its advisory jurisdiction only for “[compelling reasons](#)” (and indeed has never done so), the Court will almost certainly grant the request. The opinion it issues will be even more momentous than the request for it, both because of the existential nature of the subject matter and the institutional nature of the Court and its relationship to the world community and to the General Assembly. The General Assembly, the body of the United Nations in which all states have equal representation, in sharp contrast to the unrepresentative Security Council, is fulfilling its [responsibility](#) for protecting international peace and security, not only by [condemning](#) Russia for its unlawful invasion of Ukraine, but also by requesting an authoritative statement from the World Court on this pressing international legal question.

Needless to say, with stakes such as those presented by state obligations to respond to climate change, the request has made an international splash, garnering significant attention from both the [media](#) and [legal scholars](#). Most commentators highlight the inspiring grassroots effort of the University of the South Pacific law students who [spearheaded](#) the initiative and of Vanuatu's years-

long [advocacy](#) to garner the support of other states. They then focus on the possible significance of an ICJ opinion for the ever-growing body of [climate cases](#) across the globe or on the potential for judicial recognition of robust state legal climate obligations [weighed against](#) the risk that the ICJ might conclude merely that states have a duty to cooperate in negotiations on averting, in the words of UN Secretary-General António Guterres, “[climate catastrophe](#).” A similar conclusion by a unanimous Court in its advisory opinion on the [Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons](#) was, according to the highly respected international scholar and jurist Phillipe Sands, itself “[pretty catastrophic](#)”.

Less attention has been paid, however, to the broader international law and governance significance of an advisory opinion request by the General Assembly, and, relatedly, to the unique role of the ICJ in weighing in on important questions of international law that no other court or governance institution – domestic or international – can serve. It is through this wider lens that I view the development here.

Advisory Opinion Requests as Tools of Governance Under the UN Charter

In the vast majority of cases the General Assembly's deliberations on myriad issues of relevance to the international community lead the body to consider resolutions making non-binding [recommendations](#) to member states. A resolution requesting an advisory opinion from the ICJ is another tool provided by the UN Charter for the General Assembly to use in carrying out its mandates. The General Assembly and the Security Council are the only UN bodies that the UN Charter authorizes to ask the ICJ for an advisory opinion “[on any legal question](#)” (emphasis added). Other UN bodies may also solicit an ICJ advisory opinion, but only on matters “within the scope of their activities.”

This broad authorization for the General Assembly makes sense given that the Charter **empowers** that body to deliberate on “any questions or matters within the scope of the ... Charter”, including matters related to international peace and security.

The resolution asking the ICJ to weigh in on state climate obligations marks only the **20th time** that the General Assembly has used its advisory-opinion authority. Further, it did so by **consensus** – that is, all states agreed to adopt the text without a vote, which means some states may still have objections to aspects of the text or **wish to clarify their expectations** and state them for the record.

During the meeting, the vast majority of states voiced strong support of the text, but the US representative **expressed misgivings** on the ground that “a judicial process ... might not be conducive to supporting diplomatic processes”, which are the best way, according to the United States, to address the climate crisis. This echoes the **response** of US Climate Envoy John Kerry to a reporter’s question about the possibility of an advisory opinion a few weeks before the General Assembly vote. “[W]e’re dealing with that with the (UN Framework Convention on Climate Change) COP process,” he replied. Thus, he suggested that it was improper for “Vanuatu [to] just jump[] ahead and go[] to court”.

This position misses two essential aspects of the General Assembly’s authority to deliberate about and make advisory opinion requests that are particularly noteworthy in light of the United States’ **strong support** of that body’s Charter powers in the context of the UN’s response to Russia’s unlawful invasion of Ukraine.

First, the General Assembly meetings are *themselves* diplomatic processes. Of course, just like the diplomatic processes that take place within the UN Framework Convention on Climate Change or any other treaty regime, General Assembly diplomatic processes take place within a legal regime – that of the UN Charter, and particularly those provisions establishing the General Assembly and its relationship to other UN organs such as the ICJ.

Moreover, the Charter contains multiple **provisions** recognizing that diplomatic processes can and should often work in tandem with law and judicial proceedings to fulfill the UN’s mission of maintaining international peace and security. Indeed, the establishment of the ICJ as the UN’s “**principal judicial organ**” along with the political organs of the General Assembly and the Security Council represents such a recognition. Thus, a suggesti-

on that judicial proceedings and diplomacy are somehow mutually exclusive is not only wrong; it risks undermining the essential interaction of multiple tools of international governance.

Second, Vanuatu did not – and indeed could not – “go to” the ICJ to ask for an advisory opinion, as only UN organs and other specialized agencies may do so. The Charter thereby limits the ICJ’s advisory jurisdiction to questions that states have agreed to ask collectively. Further, those questions asked by the General Assembly – which like the Security Council can pose any legal question to the Court, but unlike the Security Council provides a governance venue in which all states have **equal representation** – necessarily represent questions that most of the world has decided need to be answered. That is unquestionably the case with the request for an advisory opinion on the question of state obligations and responsibility related to climate change.

In a world of accelerating climate devastation that is disproportionately borne by those countries that **contributed the least** to the problem, the historic advisory opinion request is an example of the Charter processes working well. That is both because of the global deliberative governance process it represented and because of the particular tool that the General Assembly decided to use – a request for an opinion from the World Court – to which I now turn.

Legal Application and Interpretation as Essential to Rule of Law

An essential, although not sufficient, pillar of establishing the rule of law is authoritative legal application and interpretation. That is because, although many legal obligations remain in force as facts continue to evolve, they must be applied and interpreted if they are to continue to have force and thereby serve the functions that drove their creation.

In the context of international law, the legal interpretations in the opinions of the ICJ, the “principal judicial organ” of the UN and the only international court with the authority to decide any question of international law, are **uniquely authoritative statements** of the law. They are thus highly influential, most immediately for regional and domestic courts and litigants, but also for the applications and invocations of international law in **myriad other** governance venues, from legislatures and exe-

cutives to negotiations and other diplomatic interactions that assume certain international laws are in place (even if their content and applicability are contested, as they sometimes are, and hotly so).

Unlike the ICJ's decisions issued in the exercise of its contentious jurisdiction, which are **binding** on the state parties to the dispute, the Court's advisory opinions are non-binding. Nevertheless, its advisory role is just as important as that in contentious cases. Indeed, as Mexico's UN Ambassador and ICJ nominee Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco **put** it: "[B]y answering [advisory opinion requests, the ICJ] provides a service to the entire [UN] membership acting through the General Assembly, the Security Council, or any other entity authorized to ask for an advisory opinion". That is because such opinions can and often do support the rule of law, even if they are not alone adequate to realize it.

In the context of Russia's brutal invasion of Ukraine, the United States appears to be developing a tentative recognition that the rule of international law and international legal institutions such as the **General Assembly** and the **ICJ** are necessary to provide peace and security and justice. Whether the country will go far enough with its support to promote a true rule of law – which would mean

subjecting itself to accountability for violations in future cases as well as myriad **past** and **ongoing** ones – remains to be seen.

Discouragingly, the United States' reaction during this same time period to the resolution for an advisory opinion on state obligations related to climate change indicates that it is not only selective about the countries it is willing to subject to law (it most notably **exempts itself**), but also about the subject matter to which it is willing to apply law.

That is a dangerous combination of selectivity. As tragic and worthy of attention as the Ukraine crisis is, for most of the world, the climate crisis is a **much bigger priority**. Fortunately, however, the international legal system has the capacity to prioritize both. That capacity just needs to be marshalled and realized. The General Assembly resolution seeking an advisory opinion from the ICJ about what international law has to say about state obligations related to the greatest threat that the world has ever faced offers a glimpse into what it looks like to use international law and legal institutions to do what they formally purport to do: advance *global* peace and security.

Thoko Kaime, Isabelle Zundel

(No) News from East Africa

How Human Rights Defenders Should Address Homophobic and Transphobic Politicking

doi: 10.17176/20230414-190258-0



In many countries across Africa, the promotion and protection of the rights of LGBTIQ+ citizens is one of the most contentious topics in human rights debates. The poisoned roots find their origins predominantly in colonial moral and legal impositions that brutally governed and continue to influence all areas of life including an imposed dual understanding of sexuality and gender. This is inter alia reflected in enduring colonial era laws currently criminalising same-sex sexual conduct in 32 African states. Today, homophobia and transphobia often serves political expediency, rendering the fight for equality and equal protection both tenuous and dangerous. At the regional human rights system, too, we currently experience a situation of ambivalence, which is reflected, for example, in the rejection of the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) to grant observer status to some NGOs allegedly focusing on the promotion of rights "contrary to the virtues of African values".¹ This happens despite the build-up of a soft-law framework of the African Commission over the past twenty years clarifying that the inclusion of SOGIESC (sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics) is part of the Commission's promotional and protection mandate.

Serious setback after landmark decision by Supreme Court in Kenya

If any confirmation was needed that the path towards the realisation of SOGIESC rights was hard, then the reaction to the 24 February 2023 judgement of the Supreme Court of Kenya is an apt case in point. In its decision the Supreme Court upheld the registration of the National Gay and Lesbian Human Rights Commission (NGLHRC) with Kenya's NGO Coordination Board: a result which

rightly has been widely celebrated. The Court determined that "it would be unconstitutional to limit the right to associate, through denial of registration of an association, purely on the basis of the sexual orientation of the applicants". Beyond the legal landmark decision, the court ruling has revealed two key lessons: First, that the phenomena of strategic counter-attacks regarding SOGIESC advocacy and struggles for protection would likely become the norm; and secondly that human rights defenders need to develop structured and specific management plans for inevitable setbacks.

The short weeks following the court decision have provided a brutal and sobering confirmation of these two lessons. The landmark decision by the Supreme Court of Kenya has caused a tragic setback in Kenyan society which has manifested in hate speech from religious and political personalities and increased instances of violence that threatens the lives of LGBTIQ+ persons. While the court decision ostensibly only decided over the registration of an association with the NGO Coordination Board, the public discourse shifted towards denouncing the claims for protection of LGBTIQ+ citizens and limiting discussion on "homosexuality" based on allegedly African moral, cultural and religious arguments.

Condemnation of the Uganda Anti-Homosexuality Bill

As this wave of homophobic and transphobic hate speech trended in Kenya, not to be outdone neighbouring Uganda has followed suit. On 21 March 2023, the Uganda Parliament passed the Anti-Homosexuality Bill (2023). The discriminatory legislation is not a new assault on the constitutional rights of minoritized Ugandans but rather a modified form of earlier versions of the Bill, all of which aimed to make a section of Ugandan citizens less pro-

¹African Commission on Human and Peoples' Rights, 'Final Communiqué of the 73rd Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights' Banjul, The Gambia 20 October–09 November 2022.

²Centre for Human Rights, Faculty of law, University of Pretoria (CHR) and the Centre for Sexualities, AIDS, and Gender, University of Pretoria (CSA&G), 'Press Statement: Centre for Human Rights and Centre for Sexualities, AIDS and Gender condemn the passing of Uganda's Anti-Homosexuality Bill' (28 March 2023).

tected by the Constitution.²

In this context, we condemn wholly the Anti-Homosexuality Bill of Uganda in the strongest way possible. In aligning with many human rights organisations, groups and individuals in Africa and all over the world, we urge President Yoweri Museveni to act in accordance with the human rights obligations emerging out of the Ugandan Constitution as well as the African Charter and ensure that these hate provisions do not stain the corpus of Ugandan law. In this regard, we reiterate Art. 2 of the African Charter under which State parties are obliged to protect the rights and freedoms of every individual without distinction of any kind, which necessarily includes the basis of sexual orientation and gender identity, jurisprudence which has been confirmed by the African Commission.³

Understanding the context of the Uganda Anti-Homosexuality Bill

Art. 145 “Unnatural Offences” of the Ugandan Penal Code Act, which is an odious and dangerous relic of colonial legal imposition, criminalises same-sex sexual conduct. Processes of passing additional discriminatory legislation against LGBTIQ+ people in Uganda are not a new phenomenon but have become a favoured political football. In 2009, Members of the Uganda Parliament introduced the initial Anti-Homosexuality Bill (2010). This Bill punished inter alia aggravated “homosexuality” with the death penalty and obligated everyone including family members and friends to report acts of “homosexuality” as well as the intention to do the same. It was never passed by the Uganda Parliament.

Starting in 2013, the Uganda Parliament has made another attempt, the Anti-Homosexuality Bill (2014) was passed and President Yoweri Museveni signed it into law. However, this version of the Anti-Homosexuality Bill was struck down by the Constitutional Court for procedural reasons in August 2014.

In 2021, the Sexual Offences Bill was passed by the Ugandan Parliament but vetoed by President Museveni because the offences covered are already covered in the

Ugandan Penal Code. The Sexual Offences Bill aimed to criminalise a “wide array of sexual practices as unnatural, particularly between persons of the same-sex, further criminalise sex work and create a sexual offender register with extensive reporting requirements”.⁴

The enactment of the latest version of the Anti-Homosexuality Bill (2023) now depends on President Yoweri Museveni, who has 30 days to sign the bill according to Art. 91 (3) of the Constitution of Uganda (Amendment 1995). The Anti-Homosexuality Bill (2023) is to be understood as an expansion and interpretation of what is widely understood to be part of Art. 145 “Unnatural Offences” of the Ugandan Penal Code Act. While the latest modifications to the Bill, especially on the penalties, were made on the evening of the vote, one of its key features is the factual criminalisation of a person and not an act. Beyond that, the promotion of “homosexuality” is punishable by the bill and at the same time, the bill includes an obligation for everyone to report homosexuality which has the potential of dividing communities and alienating, friends and families. The Human Rights Awareness and Promotion Forum (HRAPF) in Uganda has summarized the bill as unconstitutional due to its violation of constitutional rights such as the rights to equality and freedom from discrimination, privacy, dignity and freedom from inhuman and degrading treatment as well as freedom of expression, religion and association.

The Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria together with the Centre for Sexualities, AIDS, and Gender, University of Pretoria have rightly stated that the Bill will “further endanger the lives, safety and dignity of an already vulnerable and targeted group”.⁵

Interchanging dynamics and blueprint for Africa?

Uganda is not the only country that has discussed, introduced and passed discriminatory legislation which traces its lineage to the well-known “Unnatural Offences” Acts in the Penal Codes of former British colonies. For example, in 2021 the similarly-intentioned Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values

³See for example, Resolution 275 on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity (ACHPR/Res.275(LV)2014).

⁴Human Rights Awareness and Promotion Forum, ‘A legal and human rights analysis of the Anti-Homosexuality Bill, 2023 as enacted by Parliament’ (29 March 2023).

⁵Centre for Human Rights, Faculty of law, University of Pretoria (CHR) and the Centre for Sexualities, AIDS, and Gender, University of Pretoria (CSA&G) (n 2), see also [here](#).

Bill was introduced to the [Ghanaian Parliament](#). After the Kenyan court decision, Member of Parliament George Peter Kaluma also threatened to [introduce such legislation](#). And if the history of political-point scoring on the backs of SOGIESC communities is anything to go by, this is no idle threat.

The homophobic and transphobic legislation in the different places need to be realised as a “[political tool \[...\] to promote self-serving agendas](#)”. In that light, the Uganda Anti-Homosexuality Bill (2023) can easily serve as a blueprint for politicians and parliaments in other countries. This could further fuel the current dilemma of the promotion and protection of SOGIESC rights in the African human rights system and therewith lead to respectively reinforce a homophobe regression over the continent.

Whilst the Uganda Anti-Homosexuality Bill is unconstitutional and should not be recognized by the na-

tional courts, the initiation of such a bill already catalyses tremendous consequences for the community. Further, considering the historical context of this Bill and realising the political expediency that drives the promotion [bills like this](#) this will certainly not be the end of developments in Uganda (and beyond).

This is why it is critical that human rights defenders across the continent anticipate these setbacks and plan for contingencies. This could include preparing ready-to-go court interventions that can be instituted as soon as these setbacks are pushed through constitutional processes. More importantly, it includes collaborating across borders and utilizing the African human rights system so that all its protection procedures can be brought to bear on what is evidently an intractable problem of human rights. All Africans deserve the best protection of their rights.

Katherine C. Snow

Environmental Intelligence and the Need to Collect it

doi: 10.17176/20230426-204639-0



Current studies by biologists attest that Earth's overall biodiversity is "crashing". The most recent IPCC findings are no less dire. Multilateral deals aimed at preserving the environment are coming and going without having anything close to adequate results on the ground. States worldwide are currently missing not just a quickly receding opportunity to change things for the better, but also the rapidly growing and truly unprecedented threat which broad-scale anthropogenic ecological decline represents. Despite sporadic efforts to craft marginally improved policies officially designated as "environmental" directives or regulations, governments worldwide continue to fail to meaningfully change course in the vast bulk of their pursuits (all of which are, de facto, environmental in their impact), continuing to license and encourage enormous enterprises of disruption, contamination, and consumption of the natural world and its web of life. States misconstrue air, water, land, and the web of life as valuable economic and strategic resources instead of recognizing them as priceless and "other" – unable to be replicated or replaced, the true inordinate complexity of their interactions and how these are required to support human life still little understood. Climate change is treated not as a warning to truly rethink state behaviors before worse follows, but as an anomaly in light of which "environmental security" must quickly be re-established by re-dominating nature with new and different technologies.

The state and its supporting societies in the global North became what they are *through being* thusly nature-blind and hubristic. There is no *version* of the modern nation-state as we know it today which could, overnight, internalize the absolute centrality of the physical web of non-human life and natural landscapes to human survival – and their stark and undeniable contemporary vulnerability to devouring and permanent destabilization by a population headed toward 10 billion humans – to the extent arguably both objectively warranted and actually needed to create a fulcrum massive enough within go-

vernments and their publics to enable them to turn their states sharply and decisively off the disastrous avenue toward self- and Earth-destruction we are on. There is a hyper-rationality and empathy-less soullessness to the modern state which tends toward giving it a structural inability to truly care for nature or for the future, as Vaclav Havel pointed out in the 1980s. These blind spots or voids are made even larger when corporate and/or illicit capture of state institutions comes into play wherein entities profiting enormously off the status quo give large crumbs to those in power to keep things the same. The scientific community's oft-expressed outrage at governments' inaction on the pure facts they have provided them on the environmental crisis is thus, in a way, politically and historically naive. But we are pragmatically and ethically obliged not to give up on the prospect of renovating and revitalizing the state so that it might become, over time, a more beneficial and truly survival-interested form of itself. The ancient democratic ideal of some kind of just and even semi-enlightened state, governing in order to protect all its people from harm and risk, is too valuable a baby to throw out with its very dirty modern bathwater.

A role for national intelligence on the environment

One part of the inner power structure of almost all countries globally which recommends itself for a new role in this context is the national intelligence agency. State-collected intelligence is something like a national security-relevant attestation blending fact and opinion (and often including facts about who holds which opinions), possessed by one party to the exclusion of one or more others to the possessing party's advantage. Intelligence has its fierce critics, and sometimes, to be fair, intelligence falls far short of its potential. But there is a long history and institutional reservoir to intelligence praxis which is relevant to revitalizing the state's appreciation of environmental survival concerns in our current epoch, a particular way intelligence has honed over time of coll-

ecting and analyzing unwelcome but relevant facts and, most importantly, communicating them directly to those in power. Intelligence reporting uses a human, dialogue-like construction and framing; it has an ability to straddle the 1) subjective self-interests or aims of the state and 2) objective external facts, without conflating these two or removing their distinction. The gatherer or analyzer of intelligence looks to observe events close at hand but also, in a sense, through the dispassionate “eyes of a stranger,” the stranger who is at the same time always bearing in mind the state that has dispatched him or her. Over time the collector, analyst, or briefer builds an intuition regarding what is and is not of interest to the state from among a profligate range of possible lines of reportage. The intelligence agency as a whole also develops with the center of power a larger-scale steady back-and-forth flow of information and questions, a conversation-like dynamic.

Intelligence is a human art, and not a science. It is impossible to predict exactly how an intelligence agency, or any individual collector or analyst, would go about it, given the overall tasking of looking through its “stranger’s eyes” at the environmental predicament at the national scale. This would have to vary by the country, by the collector, and even from day to day, report to report. But there are some overarching questions which suggest themselves as potential guideposts for the collection effort. The largest overarching one would be, “Is our state (or is foreign state X) secure within the web of life?” Achieving security within the web of biotic life is different from achieving traditional geopolitical or domestic security; we might call it achieving “deep” or “organic” national security, a form of security which encompasses both biophysical and immaterial aspects of state interests and behaviors. Intelligence agencies could report on conditions, threats, dynamics, major players, etc., shaping (at least) three main aspects of organic national security: the state’s 1) hard biophysical *capacity*, 2) actual expressed and believed-in *desire*, and/or 3) pragmatically outlined true *intention*, to survive and perdure into the indefinite future. Reports could weave consideration of various anthropogenic impacts on air, water, land, and/or other species into analyses of the current and prospective status of these three facets of organic national security. Far more of this kind of reporting could be publicly released, at least in distilled form, and shared with neighboring states, than is the norm in traditional intelligence. Its out-

put would matter because leaders (and their publics) need to better and more closely track organic security predicaments and paradoxes unfolding in other countries and their own, if they are to shape meaningfully new trajectories of decision-making on our wholesale treatment of the web of life and thus seek to ensure our physical [and moral] survival.

Strategic versus tactical environmental intelligence

Strategic environmental intelligence collection would differ from what might be called the tactical environmental intelligence which law enforcement agencies of various types around the world already sometimes collect in the course of their intelligence-led policing of environmental crimes. Tactical environmental intelligence is usually either highly localized and perishable, e.g., information on the location of a fast-moving group of poachers in a wildlife protected area, and/or meant to serve as evidence and be integrated into an effort to build a prosecutorial case against those engaging in already outlawed activities: e.g., again, illicit wild flora and fauna poaching and trafficking; or illegal or unreported fishing, industrial pollution or e-waste dumping, “green” certification fraud, etc.

Strategic environmental intelligence collected by a national intelligence agency would be different, and have a twofold purpose or character. First, it must be non-evidentiary and indeed be as free as possible from thinking in terms of current norms of legal versus illegal treatment of nature. Along the same lines, it must avoid falling into the currently en vogue “environmental security” mindset which replicates old patterns of trying to securitize and economize the web of life, imagining we can ultimately control through force (and precise modeling) what nature as a whole “does,” and whom its decline most affects, from the safe and sealed cockpit of a fully intact and functioning state looking down on the crisis outside it. Strategic environmental intelligence must hew to foundational, uncomfortable questions about internal and external organic security, questions which remain hidden or taken for granted within much contemporary traditional security discourse including such “environmental security” approaches. As noted above, the specific forms these discomfiting questions take can and must differ by country and context, but they can be roughly imagined as always looking dispassionately at some aspect of the capacity, desire, and/or pragmatic true intention of a given

state to perdure indefinitely, given the context of current environmental realities and judging by actual, on-the-ground state behaviors and policies.

Secondly, from an ethically normative standpoint, strategic environmental intelligence could be pursued with the goal of boosting, over time, what we might think of loosely as the environmental IQ of the state across all sectors of its decision-making, and along with this, boosting the state's willingness to engage in a more advanced level of discourse on how to actually re-achieve and then preserve real organic national security. Discussions of this type of security as separate from, and as grounding or enframing of, traditional security, would often entail designating different state actions as self-interested compared with those which appear self-interested or beneficial according to traditional security calculations; effective strategic environmental intelligence would ideally form part of the basis upon which leaders would [finally] decide they nonetheless had to persevere in having serious and regular internal and external discussions on prioritizing organic security.

Legal mandates for environmental intelligence collection

Having considered the potential functional case for collecting strategic environmental intelligence, are there potential legal obstacles to existing national intelligence agencies beginning to carry out this type of collection? In the case of foreign-directed or external national intelligence agencies, such as Germany's *Bundesnachrichtendienst* (BND), there tends to be enough language in extant law to cover collection on any topic deemed relevant to the foreign-facing national security interests of the home country. The BND, for its part, is mandated by law to "obtain information about foreign countries that is of foreign and security policy importance for the Federal Republic of Germany." This would leave only the question of whether the government would have to carry out any specific steps, whether via a constitutional amendment or otherwise, to establish that the foundational environmental questions discussed above, as applied to other countries, could be characterized as being "of foreign and security policy importance" to Germany. Given the borderless quality of the environmental crisis and the interlinkages connecting many [if not all] states' outcomes on organic security, this seems a straightforward case to make.

In the case of domestic intelligence agencies, such as Germany's *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV), it is possible that new divisions would need to be created to enable environmental intelligence to be well-defined as its own domestic collection objective. But fundamentally, since the risk of the collapse of the web of life does pose an existential threat to the state, the government, the rule of law, and the broader society, and since much of the human impact on the web of life (along with all of its surrounding socio-cultural power dynamics and the stated agendas of its main players) takes place in the open and would not have to be collected on covertly per se, there should be no major legal obstacles in a democratic state to undertaking such collection. In the case of the BfV, for example, of [the four main criteria domestic threats](#) must meet in order to qualify as legal collection targets, the erosion of the natural web of life through human impact arguably meets at least three: being directed against the federal government; spreading beyond a single province; and potentially affecting the foreign affairs of Germany. Being directed against the federal government need not be intentional to be a fact; the actions of organized crime, narco-cartels, or corruption, at grand enough scales, differ little from staging a soft coup over various parts of government, and can sometimes be [directly involved with political outcomes](#), all while still intending to exist in parasitic tandem with the constitutional order. Sometimes the parasite overestimates and/or overwhelms the strength of the host and outcomes become chaotic. Human impacts on the environment are another contemporary "cost of doing business"-type undesirable side effect of modern states poised to eventually overwhelm the legitimate government's continued functioning, and as such are similarly valid targets for domestic intelligence reporting. Eco-harms at scale are simply [even] more legal and normalized, but just like the corruption and corporate capture of the state with which they are also intertwined, when they become a threat to the state's prospects for survival, the domestic intelligence function should be triggered. Western-style democracies' domestic intelligence agencies are a portion of the internal, trusted power structure, yet still independent enough to present assessments about threats from within even when they implicate those in power. What the scientists, and what common sense, are saying, is that a foundational and unprecedented threat from within has already arrived in the form of our destruction and overwhelming of

the biotic web of life to the point of harming our prospects for group and state survival.

Whether strategic environmental intelligence collection is located within the domestic or foreign service, or, ideally, in a hybrid internal-external cadre of collectors, analysts, and briefers, collecting on organic national security interests is something tangible we can try now, using the imperfect states we currently have, rather than the ones we wish we had. It will strengthen a part of government which is not (usually) part of the corporatist and overly mindlessly rationalized elements of the modern state; a part which can on the contrary still (usually) “think” without these factors clouding it, while still also being directly tied in to state leadership. While some may

consider it a dramatic departure from traditional intelligence collection, it is only a deepening and adjustment of an existing mandate, and can be carried out in parallel with, not to the exclusion of, traditional collection. Given [the frequent calls](#) by scientists and conservationists for a “transformative,” drastic [overhaul of states and societies](#) based only on what direct models and measures they can take of our fading biosphere – a biosphere whose true complexity must always elude us and which may therefore hold many more radically destabilizing surprises in store than any we can yet grasp or predict – it seems a very mild and moderate step indeed.

About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 24 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our [website](#)). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.



We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.



Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.



Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a [donation](#).

Find all our journal issues on [Verfassungsblog.de/blatt](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