

05/2023

Mai

# Verfassungs blatt

DOI [10.17176/20230713-183748-0](https://doi.org/10.17176/20230713-183748-0)

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](mailto: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/](https://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/](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).

# Inhalt Contents

## Deutschland Germany

### Selbstbestimmungsgesetz Selbstbestimmungsgesetz

- Lea Rabe*  
Selbstbestimmt, aber ausgeschlossen?: Überlegungen zu Art. 3 GG anlässlich des Referentenentwurfs zum Selbstbestimmungsgesetz 716
- Lucy Chebout*  
Es steht ein Pferd auf dem Flur: Warum der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz das Abstammungsrecht für queere Familien schlimmer macht 721
- Ronja Heß*  
Was lange währt, wird endlich gut?: Wo der Entwurf zum Selbstbestimmungsgesetz hinter seinen eigenen Ansprüchen zurückbleibt 727

### Einbürgerungsrecht Naturalization Law

- Johannes Thierer*  
Deutschlands goldener Pass?: Zur geplanten Verschärfung der ökonomischen Voraussetzungen für die Einbürgerung 731
- Tarik Tabbara*  
Progressive Reform mit regressiven Untertönen: Der Gesetzentwurf zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts 734

### Versammlungsrecht Right of Assembly

- Andreas Gutmann*  
Von Brokdorf nach Neukölln: Zum Verbot zweier pro-palästinensischer Versammlungen in Berlin 739
- Emma Sammet*  
Versammlungskontrolle und Versammlungsfreiheit: Warum der 1. Mai 2023 keine „taktische Meisterleistung“ der Polizei war 743

### Restititionen Restitutions

- Frederik Orłowski*  
Nun sag', wie hast du's mit Kaiserreich und Kolonialismus?: Über Parallelen und Brüche in der Debatte um die Rückgabe der Benin-Bronzen und den Streit um Ausgleichsleistungen an das „Haus Hohenzollern“ 746
- Carolin Dehm*  
Restitution, light?: Von der aktuellen Debatte um die Benin-Bronzen, ihren Hintergründen und der absurden Vorstellung eines Mitspracherechts des Rückgebenden 749

## Verschiedenes Miscellaneous

<i>Alexander Brade</i> „Ein Verdacht ist ein Verdacht ist ein Verdacht“: § 362 Nr. 5 StPO auf dem Prüfstand des BVerfG	752
<i>Thomas Feltes</i> Soviel zum Thema Interkulturelle Kompetenz: Der „Fall Aslan“ und die Wissenschaftsfreiheit an Fachhochschulen der Polizei	756
<i>Fynn Wenglarczyk, Jana Wolf</i> Warum Haftstrafen für „Klima-Kleber“ die falsche Antwort sind	759
<i>Heiko Sauer</i> Föderale Entscheidungssperre für Landesstaatsrecht: Warum das Bundesverfassungsgericht die vollständige Wiederholung der Berliner Abgeordnetenhauswahl nicht überprüfen will	763
<i>Joachim Wieland</i> Landesrecht bricht Bundesrecht: Warum der Cum-Ex-Untersuchungsausschuss des Bundestags gegen die bundesstaatliche Ordnung verstoßen würde	767
<i>Simon Pschorr, Arnold Arpac</i> Mehrfach befristet, doppelt rechtswidrig: Warum keine Reform des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes auch keine Option ist	769
<i>Katharina Leusch</i> JA, sie ist rechtsextrem: Die Einstufung der „Jungen Alternative“ als gesichert rechtsextremistisch und die Folgen für die AfD	773

## Europa Europe

### Asylpolitik Asylum Policy

<i>Daniel Thym</i> Showdown zur Asylpolitik in Brüssel: Es droht kein Ausverkauf der Menschenrechte	777
<i>Maximilian Pichl</i> Europas Werk und Deutschlands Beitrag: Wie der EU-Asylkompromiss das Recht auf Asyl aushöhlen könnte	781
<i>Vasiliki Apatzidou</i> Trading Rights for Responsibility	786

### Europäische Lieferkettenrichtlinie Corporate Sustainability Due Diligence Directive

<i>León Castellanos-Jankiewicz, Melanie Schneider</i> Durchschlagskraft für Sorgfaltspflichten: Zur Einbeziehung des Waffen- und Rüstungssektors in die EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen	789
<i>León Castellanos-Jankiewicz, Melanie Schneider</i> Including the Arms Sector in the EU Corporate Due Diligence Directive	792

## Polen Poland

<i>Dominika Bychawska-Siniarska</i> Media Pluralism in KRRiT-ical Condition: How the Polish media watchdog uses the law to suppress liberal media	795
<i>Wojciech Sadurski</i> The Law to Take Out Tusk	799

**Griechenland** Greece

- Ioannis Kampourakis*  
A Return of Mainstream Politics?: The Greek Election and the Demise of Syriza 803
- Andreas Samartzis, Nicholas Vadioulis*  
Greece's Ambivalent Turn to Militant Democracy 806

**Vereinigtes Königreich** United Kingdom

- Alan Greene*  
Please Be Kind and Polite. Or Else ...: Arrestments at the King's Coronation and the Right to Peaceful Protest 809
- Alice Donald, Philip Leach*  
The UK vs the ECtHR: Anatomy of A Politically Engineered Collision Course 811

**Spanien** Spain

- Teresa M. Navarro*  
Of Red Fruits and Social Conflict: How the Doñana National Park Sits in the Middle of Social, Political and Environmental Tensions 814
- Santiago Álvarez*  
Strawberry Fields Forever: Doñana World Heritage Site Is Once Again under Threat 816

**Verschiedenes** Miscellaneous

- Tinatin Erkvania*  
Finding a Constitutional Equilibrium: The First Constitution of Georgia and its Heritage After More Than a Century 819
- Jannika Jahn*  
Strong on Hate Speech, Too Strict on Political Debate: The ECtHR Rules on Politicians' Obligation to Delete Hate Speech on Facebook Page 822
- Michael Meyer-Resende*  
A Flawed Vote, Not a Horse Race: Turkey/Türkiye and the Dilemma of Electoral Legitimacy and Authoritarian Control 825
- Suzanne Vergnolle*  
A New European Enforcer?: Why the European Commission Should Not Stand alone in the Enforcement of the Digital Services Act 827
- Judit Bayer*  
Medienfreiheit als europäische Tradition: Geschichte und Notwendigkeit des geplanten Europäischen Medienfreiheitsgesetzes (EMFA) 830
- Tahir Herenda*  
Political Pluralism and the Camel's Back: The High Representative Unblocks the Federation of Bosnia and Herzegovina 834
- Max Steuer*  
The Dilemma of Technocracy: Governing in Slovakia ahead of the 2023 Early Elections 837
- Mark Dawson*  
The National Case for Reforming the EU Treaties 840
- Balázs Majtényi, Júlia Mink, Zsolt Körtvélyesi*  
Betrayal: The EU Fundamental Rights Agency's Unexpected Support for Authoritarianism in Hungary 843
- Alexander Kratz*  
Gewaltenteilung vor Klimaschutz: Der französische Verfassungsrat marginalisiert die Gesetzesfolgenabschätzung 846
- Miriam Vollmer*  
Die stille Transformation: Zur Novelle der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EU 850

## Welt world

### LGBTQIA+ Rechte LGBTQIA+ Rights

*Mahima Balaji*  
A Win for LGBT Rights in Namibia 856

*Ryan Thoreson*  
Florida and the New Assault on LGBT Rights 859

### Südamerika South America

*Gustavo Prieto*  
Ecuador's Mutual Death Clause 862

*Mariana Velasco Rivera*  
Can the Mexican Supreme Court Save Constitutional Democracy? 864

*Emilio Peluso Neder Meyer, Thomas Bustamante*  
Accountability in Brazil: Legal Developments After 8 January 2023 867

*Rodrigo Kaufmann*  
Chile or the Impossibility of a Constitution 870

*Jorge Contesse*  
Lithium and Constitutional Change 873

### USA USA

*Britta Redwood*  
Disney v. DeSantis Creates Strange Bedfellows 875

*Skip Mark, Mary Lind*  
A Problem of Our Own Making: Understanding Child Labor in the United States 878

*Korey Silverman-Roati*  
The Local Case Against Climate Deception: Cities, counties, and states in the U.S. score major procedural win in climate liability suits against fossil fuel companies 881

### Afrika Africa

*Mark Deng*  
On the Path of Destruction: How Two Generals Plunged Sudan Into Civil War - An Explanatory Note 884

*Markus Krajewski, Shuvra Dey*  
Effective Human Rights Due Diligence Ten Years After Rana Plaza?: Assessing the complaint against IKEA and Amazon under the German Supply Chain Due Diligence Act 887

*Ahmed Elbasyouny*  
National Dialogues as Constitutional Moments: The Design and Prospects of Egypt's National Dialogue Process 890

### Verschiedenes Miscellaneous

*Akshat Agarwal*  
Marriage Equality at the Doors of the Indian Supreme Court 893

*Kuan-Wei Chen, You-Hao Lai*  
Taiwan's Participatory Plans for Platform Governance: A new role model for global platform governance? 896

*Anmol Jain*  
50 Years of Kesavananda Bharti 900

Lea Rabe

# Selbstbestimmt, aber ausgeschlossen?

Überlegungen zu Art. 3 GG anlässlich des Referentenentwurfs zum Selbstbestimmungsgesetz

doi: 10.17176/20230601-231140-0



Am 5. Mai 2023 legte das BMFSJ den [Referentenentwurf](#) (RefE) zum neuen Selbstbestimmungsgesetz vor, der vorsieht, das Verfahren zur Änderung des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister zu vereinfachen. Die Resonanz unter Betroffenenverbänden auf diese epochale Neuerung ist im Grundsatz positiv. Im Detail allerdings hat der RefE schon jetzt, das heißt noch vor der Auswertung des Stellungnahmeverfahrens, profunde Kritik etwa in Bezug auf das Haus- und Abstammungsrecht sowie den Verteidigungsfall (etwa [hier](#) und [hier](#)) erfahren. Mit den paternalisierenden Tendenzen der bedingten Rechtswirksamkeit der Änderungserklärung sowie im Hinblick auf die Verfahrensfähigkeit Minderjähriger setzte sich schon [Ronja Heß](#) auseinander. Dass bisher vor allem Freiheitsaspekte der „Selbstbestimmung“ besprochen wurden, mag in der Ausrichtung des RefE auf den Personenstandseintrag begründet liegen. Doch ist rechtliche Freiheit ohne substantielle Gleichheit nicht denkbar. Der vorliegende Beitrag mahnt daher auch eine unzureichende Reflexion der Geschlechtergleichheit an, die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG statuiert und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausdifferenziert ist. Nicht umsonst stützte das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung zur [„Dritten Option“](#) nicht nur auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), sondern auch auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG. Dem gleichheitsdogmatischen Umwälzungspotential, das der Marge zwischen Vulnerabilitätsdoktrin und Förderauftrag erwächst, wird der RefE nicht gerecht. Bedenklich sind die §§ 6 und 7 SBBG-RefE, die nicht-binäre Personen von positiven Maßnahmen ausnehmen.

## Status quo: Frauenförderung wider strukturelle Benachteiligung

Der RefE verpasst es, die Gleichheit in der Geschlechterdimension über die binäre Vergleichslogik Frau/Mann hinaus weiterzuentwickeln. Frauenquoten, ob in der Pri-

vatwirtschaft oder im öffentlichen Dienst, zählen zu den am stärksten umkämpften Errungenschaften feministischer Rechtskämpfe, wie sich auch deutlich an der [Debatte](#) um ein paritätisches Wahlrecht abzeichnet. Die Vehemenz, mit der diese Teilhaberechte für den politischen Raum mitunter abgelehnt werden, stimmt doch verwunderlich angesichts der Konsolidierung der Frauenförderung im Grundgesetz. Denn Art. 3 II 2 GG lautet:

*„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“*

Auch wenn Details, insbesondere die Frage nach Chancen- oder Ergebnisgleichheit, das Verhältnis zu anderen Gleichheitssätzen und Gewichtungentscheidungen bei der Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern umstritten sind, ist damit doch fraglos eine verfassungsrechtliche Grundlage für materiale, konkret-*asymmetrische* Gleichheit geschaffen worden. *„Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. [...] Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsggebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden“*, meinte schon das Bundesverfassungsgericht in der reichlich rezipierten [„Nachtarbeitsentscheidung“](#), noch vor der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG um das Gleichstellungsgebot im heutigen Satz 2. Anders als ein formales Differenzierungsverbot erkennt damit Art. 3 Abs. 2 GG erstens strukturelle Benachteiligung – und damit die Vulnerabilität von Frauen in einer patriarchalen Gesellschaft – an und ermöglicht zweitens positive Maßnahmen zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung. Der Absatz reagiert damit auf konkrete Lebenssachverhalte und tariert Asymmetrien aus.

## Ausrichtung an einer binärgeschlechtlichen Quotenpraxis im RefE

Positive Maßnahmen in Form von Quoten und Gleichstellungsbeauftragten sollen nach dem RefE nun weiterhin nach einer binärgeschlechtlichen Logik operieren. § 6 Abs. 1 RefE SBBG bestimmt, dass der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen im Rechtsverkehr maßgeblich sind, soweit auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung oder die Vornamen Bezug genommen wird und durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Diese als unscheinbare „Klarstellungsvorschrift“ daherkommende Regelung hat es in sich. Ein Blick in die Begründung des Entwurfes verdeutlicht das:

*„Der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ist etwa bei Regelungen relevant, die das Ziel verfolgen, die Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen, bestehende Benachteiligungen auf Grund des Geschlechts, insbesondere Benachteiligungen von Frauen, zu beseitigen und künftige Benachteiligungen zu verhindern (zum Beispiel Regelungen zu Arbeitsplatzausschreibung, Bewerbungsgesprächen und Auswahlentscheidungen in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes, soweit für die Berufung von richterlichem Personal keine Wahl oder die Mitwirkung eines Wahlausschusses vorgeschrieben ist, §§ 6 bis 8 BGleIG).“*

Die Ausführungen zu § 7 nehmen abermals auf § 6 Bezug:

*„Nicht erfasst vom Wortlaut des § 7 SBGG sind [hingegen] die Ämter der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Stellvertreterinnen nach § 19 Absatz 4 Satz 2, Absatz 5 BGleIG sowie der Vertrauensfrauen nach § 20 Absatz 4 Satz 4 BGleIG. Die Geltung der Regelung des § 6 SBGG, wonach auf den jeweils aktuellen Geschlechtseintrag abgestellt wird, ist in diesen Fällen sachgerecht. In Bezug auf die Ämter der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Stellvertreterinnen kommt ein passives Wahlrecht ausschließlich den weiblichen Beschäftigten der Dienststelle zu. Auch zur Vertrauensfrau dürfen nur weibliche Beschäftigte bestellt werden.“*

Auch führt die Änderung der Geschlechtszuordnung während der laufenden Amtszeit aufgrund des damit

verbundenen Wegfalls der Wählbarkeit beziehungsweise subjektiven Voraussetzung der Bestellbarkeit zu einem automatischen und sofortigen Ausscheiden aus dem Amt.

§ 7 selbst widmet sich daneben Quotenregelungen ausdrücklich. Als Anwendungsbereiche verbleiben in Zusammenwirken mit § 6 Verfahren nach dem Bundesgremienbesetzungsgesetz, dem Mitbestimmungsgesetz, dem Mindestlohngesetz und SGB III, IV und V sowie nach dem Gesellschaftsrecht (etwa die feste Mindestquote nach § 96 Abs. 2 AktG). § 7 Abs. 1 SBBG-RefE erklärt auch hier das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht der Mitglieder zum Zeitpunkt der Besetzung für maßgeblich. Die Satzungsautonomie privater Vereinigungen bleibt, soweit es keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben gibt, unberührt.

Die §§ 6 und 7 RefE bekunden damit ein prononciertes Bemühen der Rechtsetzung, die überkommene soziale Geschlechterordnung vor der „Dritten Option“ zu konservieren.

## Verfassungsdogmatik und Konfliktvermeidung zulasten von nicht binären Menschen

Die Begründung zum RefE nimmt nicht nur auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität, sondern auch auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 GG Bezug (RefE, S. 19). Explizierte Zielsetzung ist gleichwohl nur der Schutz der geschlechtlichen Identität (RefE, S. 25). Geschützt werden soll also vor allem die Freiheit, der eigenen Identität Ausdruck zu verleihen: Selbstbestimmung ist – eingedenk paternalistisch anmutender Einschränkungen in den §§ 4 und 5 RefE – Programm. Allerdings kommt Freiheit in der Rechtsgemeinschaft nicht ohne Gleichheit aus. Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG konkretisiert sich in Freiheits- und Gleichheitsrechten. Liberalistische Ansätze ringen hier mit partizipatorischen bzw. pluralistischen um abstrakt-symmetrische (formale) und konkret-asymmetrische (materiale) subjektive Gleichheit. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht eine fehlende personenstandsrechtliche Registrierungsmöglichkeit entsprechend der Geschlechtsidentität abseits der Kategorisierungen männlich und weiblich im Beschluss zur „Dritten Option“ auch nicht nur als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern auch als Verstoß gegen das Unterscheidungsverbot des



Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gewertet. Das hatte Neuheitswert in zweierlei Hinsicht. Einerseits aktivierte der Erste Senat das konventionelle Unterscheidungsverbot auch für den Diskriminierungsschutz von Personen mit nicht-binärer Geschlechtsidentität. **Umbruchspotential** birgt aber darüber hinaus die Anerkennung struktureller Diskriminierung in der Geschlechterdimension über die Vergleichslogik Mann/Frau hinaus:

*„Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch.“ (Rn. 59).*

Die „Dritte Option“ hat mit diesem Satz ein strukturelles Diskriminierungsverständnis in den juristischen Diskurs eingebracht, das auf den **machttheoretischen Ansatz** feministischer Rechtswissenschaft rekurriert. Liest man den Beschluss – konkret: die Einführung des Konzepts der Vulnerabilität sowie das Abstellen auf eine selbstbestimmte Geschlechtsidentität – unter Berücksichtigung **poststrukturalistischer** und **postkategorialer** Theorie, so lauten die Zwischentöne: Das Patriarchat benachteiligt nicht nur Frauen, sondern alle nicht hegemonial-männlich **„Anderen“**. Der Beschluss denkt „Geschlecht“ neu, löst nämlich erstens das geschlechterbezogene Gleichheitsnarrativ aus der binären Vergleichslogik Frau/Mann und fordert zweitens die Systematik der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG heraus. Die systematische Inkohärenz suchte der Erste Senat mit folgender Klarstellung zu lösen:

*„Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgesetz aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (BVerfGE 85, 191 [206 ff]). Seit 1994 betont Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung im Geschlechterverhältnis.“*

## Keine Freiheit ohne substantielle Gleichheit

Es stellt sich die Frage: In welchem Geschlechterverhältnis? (Verfassungs-) Recht als Instrument gesellschaftlicher Ordnung hat seine Kategorisierungsleistungen mindestens nach dem Kohärenzprinzip zu rechtfertigen. Das

misslingt *de lege lata* und zwar zu Lasten von Personen mit nicht-binärer Geschlechtsidentität. Das Grundgesetz beantwortet die strukturelle Vulnerabilität von Frauen und enby-Personen unterschiedlich: Für erstere kommen auch asymmetrische positive Maßnahmen in Betracht, letztere dürfen nicht diskriminiert werden. Die „Dritte Option“ ist nicht nur, aber vielleicht gerade wegen dieser Widersinnigkeit wertvoll für die Revision der gesamten Gleichheitsdogmatik. Konkret kollidiert hier der eingeführte strukturelle Diskriminierungsbegriff („Vulnerabilität“) mit der bisherigen Rechtfertigung für positive Maßnahmen. Der RefE führt dies nun deutlich vor Augen, dessen §§ 6 und 7 eine binaristische Förderpolitik konservieren. Nicht-binäre Personen verlieren mit dem Zeitpunkt der Änderung des Geschlechtseintrags den Zugang zu positiven Maßnahmen, die ihnen möglicherweise als „Frauen“ noch zustanden. Die neue Freiheit zur Selbstbestimmung ist kostspielig, solange die Wechselwirkungen mit der faktischen Gleichheit übersehen werden. Der Sinngehalt dieser binären Logik des materialen Gleichheitssatzes des Absatzes 2 reduziert sich aus der Perspektive der machttheoretischen Ansätze aber auf den eines historischen Reliktes früherer Gleichheitskämpfe und die letzte Zuflucht einer konservativen Diskurshegemonie. Pikant in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Heraufbeschwörung von Lagerkämpfen zwischen Frauen und Menschen mit nicht-binärer Geschlechtsidentität. Hier geht es um vermeintliche oder reale Ängste von Frauen, dass die Ihnen zugestandenene Schutzräume – seien es nun Quoten, Damentoiletten oder Frauensaunen – durch den RefE genommen würden. Der RefE will darauf mit dem „Saunaparagrafen“, also der Sicherung des Hausrechts in § 6 Abs. 2 reagieren. Dass Transfrauen hier auch nach geltendem Recht grundsätzlich Zugang haben, wird **unterschlagen**.

Daher handelt es sich bei der Heraufbeschwörung etwaiger Angstfantasien offensichtlich um transfeindliche **Narrative**, die in der Sache ins Nichts führen: Wären Übergriffe bis dato in entsprechender Häufigkeit zu verzeichnen gewesen, dann wäre ein darauf zugeschnittenes Schutzgesetz die wohl **passgenauere** Regelungsoption als die Nebenklausel im SBBG-RefE. Hier wird die ganz reale Angst von Frauen vor struktureller sexualisierter Gewalt – nicht von Transmenschen, sondern **Männern** – pervertiert und instrumentalisiert, um ein Projekt zu diffamieren, das Ungleichheit und Unfreiheit unter den Geschlechtern doch gerade demontieren soll. Der Diskurs-

strang um Saunen und Toiletten lässt sich auch als Kollision von Differenz- und Dominanzfeminismen, alternativ genealogisch als Kampf der 2nd-wave Feminist:innen gegen 3rd-wave Feministinnen framen und sicher ließen sich noch andere, vermeintliche Pattsituationen heraufbeschwören. Die Substanzlosigkeit dieser „Kämpfe“ verdeutlicht, dass hier eine hegemoniale Sprecherposition die Karten zinkt, um ihre Deutungshoheit zu sichern: *divide et impera* – das ist nichts Neues.

## Notwendigkeit dezidierter Fördermaßnahmen für nicht-binäre Menschen

In Bezug auf Quoten und Gleichstellungsbeauftragte ist nunmehr eine „[typisierende Kompensation](#)“ signifikanter struktureller Benachteiligung auch für nicht-binäre Menschen dringend erforderlich. Da das personenstandsrechtliche Änderungsverfahren vereinfacht wird, ist es künftig zur Vermeidung von missbräuchlicher Inanspruchnahme von Fördermaßnahmen wohl grundsätzlich angemessen, auf den Geschlechtseintrag abzustellen. Der Zugang zu positiven Maßnahmen (über die selbstbestimmte Zuordnung zu einer rechtlichen Kategorisierung wie „Frau“, „divers“ und ohne Geschlechtseintrag) sollte jenen vorbehalten bleiben, die auch tatsächlich benachteiligt werden. Das dient der Rechtsklarheit, wie ein Fall vor dem [Bundesschiedsgericht](#) der GRÜNEN demonstriert: Weil § 3 Abs. 1 des [Parteistatuts](#) das Prinzip der geschlechtlichen Selbstbestimmung zugrunde legt, stand das Gericht jüngst vor der unglücklichen Herausforderung, zwischen den [Missbrauchsvorwürfen](#) eines Kreisverbands und dem Selbstbestimmungsrecht der antragstellenden Person vermitteln zu müssen. Hier geht es um den Zugang zur rechtlichen Kategorisierung „Frau“, aus der die Berücksichtigung bei positiven Maßnahmen folgt. Wenn die Inanspruchnahme partizipativer positiver Maßnahmen wie Frauenquoten und Gleichstellungsstellen aber, wie das Schiedsgericht meinte, eine „eindeutige“ – und nach Inkrafttreten des SBBG dementsprechend eingetragene weibliche – Geschlechtsidentität voraussetzt, sind nach dem Vulnerabilitätsgrundsatz zusätzliche vergleichbare Strukturen für Personen mit nicht-binärem Geschlechtseintrag zu schaffen. Exemplarisch sei hier auf die universitätsinterne Umsetzung der Frauenförderpläne nach den Landesgleichstellungsgesetzen hingewiesen. [Frauen\(\\*\)beauftragte](#) werden sich in Zukunft die Frage stellen müssen, ob sie das Stern-

chen aus ihrem Namen zu streichen haben, das heißt: zu wessen Vertretung sie überhaupt berufen sind. Schon jetzt werden Anliegen geschlechtlicher Vielfalt mitunter von sogenannten [Antidiskriminierungsreferaten](#) verhandelt. Das Bremische Hochschulgesetz etwa verpflichtet die Universität nach einer Novelle im März 2023 in einem neuen § 5b, ein:e Beauftragte:r für Diversität und Antidiskriminierung zu bestimmen. Durch den Verweis auf das AGG (§ 4 XI BremHG) korrespondiert die Vorschrift wiederum mit Art. 3 Abs. 3 GG. Das konkretisiert für den Bereich Gleichstellung in der Öffentlichen Verwaltung die grundgesetzlichen Parameter: Besondere Berücksichtigung von Frauenförderung – und dann noch einen „Topf“ für alle anderen „Anderen“. Ob die Beauftragten diesem diversen Anforderungsbereich gerecht werden können, wird wohl von den zur Verfügung gestellten Geldern und der Qualifizierung des Personals abhängen. Und hier bleibt die Durchsetzungskraft des Gleichberechtigungssatzes aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG hinter dem expliziten [Förderauftrag](#) des Abs. 2 zurück. Das korrespondiert mit der salvatorischen Rechtsprechung des Ersten Senats (s. o.) zum Verhältnis der beiden Absätze zueinander, konfligiert aber mit dessen Gedanken zur Vulnerabilität.

## Systematisch überzeugend: Revision des Art. 3 GG

Es handelt sich jedenfalls um eine Binnenhierarchisierung zwischen und innerhalb von Ungleichheitsdimensionen. Nimmt man die Einführung der Vulnerabilität, das heißt die Berücksichtigung tatsächlicher gesellschaftlicher Ungleichheitsphänomene, in den Rechtsdiskurs aber ernst, so erscheint nicht nur die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Diskriminierung von Personen mit weiblicher und nicht-binärer Geschlechtsidentität hinsichtlich des Zugangs zu positiven Maßnahmen rechtfertigungsbedürftig: Vielmehr entfaltet hier die „Dritte Option“ ihre intersektionale Sprengkraft. Denn dann wäre zu fragen, welche Ordnungsstrukturen weitere strukturelle Vulnerabilität von Kollektivitäten erzeugen. Der auch in Deutschland gemächlich einsetzenden [Institutionalisierung](#) (siehe auch [hier](#) und [hier](#)) einer deutschen [Critical Race Theory](#) sind mittlerweile wertvolle Erkenntnisse über Ungleichheit in einer nicht nur patriarchalen und postnationalsozialistischen, sondern auch postkolonialen Gesellschaft zu verdanken. Der logische Schluss ist die Forderung substanzieller Gleichheit. Eine Ergänzung des Grundgesetzes um einen „Förder-

auftrag zur tatsächlichen Durchsetzung der rassistischen Gleichberechtigung“ (wieder [hier](#)) oder aber eine **asymmetrische Auslegung** des Absatzes 3 als **Grundrecht mit nachteilsausgleichendem Gehalt** können diese rechtlich ermöglichen. Das entspricht der hier am Beispiel der geschlechtlichen Identität vorgetragenen Revision der verfassungsrechtlichen Gleichheit. Art. 3 Abs. 3 GG ist

auf seine Bedeutung als Diskriminierungsverbot in einer von struktureller Ungleichheit durchzogenen Gesellschaft hin zu prüfen. Möglicherweise weist das Bundesverfassungsgericht der künftigen Gleichheitsdogmatik in dieser Hinsicht den Weg – wie schon damals in der Nachtarbeitsentscheidung.

Lucy Chebout

# Es steht ein Pferd auf dem Flur

Warum der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz das Abstammungsrecht für queere Familien schlimmer macht

doi: 10.17176/20230523-140327-0



Der [Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz](#) ist da und befindet sich derzeit in der Verbände-Diskussion. Das Gesetz soll die personenstandsrechtliche Geschlechts- und Vornamensänderung erleichtern. Es will „entbürokratisieren“ und einen „schnellen, transparenten und leicht zugänglichen“ Weg zur geschlechtlichen Selbstbestimmung eröffnen ([S. 25](#)). Der Entwurf sieht auch Änderungen des Abstammungsrechts vor, die ausweislich der Gesetzesbegründung lediglich eine „Interimslösung“ sein sollen. Bei genauerer Betrachtung entpuppt sich die „Interimslösung“ jedoch als vorweggenommene Teilreform des Abstammungsrechts, mit der die Eltern-Kind-Zuordnung für queere Personen zukünftig nicht leichter, sondern schwerer, komplizierter und teurer werden würde. Es steht ein Pferd auf dem Flur – und es ist möglicherweise ein trojanisches.

## Queere Elternschaft im aktuellen Recht

Das materielle Familienrecht sieht bislang zwei Elternstellen für ein Kind vor, die binär-zweigeschlechtlich konstruiert sind. Demnach soll ein Kind jeweils nur eine „Mutter“ und einen „Vater“ haben können, so jedenfalls auf Grundlage des deutschen Abstammungsrechts. Über [Art. 19 Abs. 1 EGBGB](#) ist es allerdings auch jetzt schon möglich, unter Anwendung ausländischer Rechtsordnungen queere Elternschaften in Deutschland zu begründen. Nach [§ 1591 BGB](#) wird die erste Elternstelle („Mutter“) auf Grund der Geburt zugeordnet: Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat. Die zweite Elternstelle („Vater“) wird gemäß [§ 1592 BGB](#) entweder an den Ehemann der Mutter (Nr. 1) oder, wenn die Mutter nicht verheiratet ist, an den Mann vergeben, der mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2). Liegt weder eine Ehe noch eine Vaterschaftsanerkennung vor, bleibt die zweite Elternstelle unbesetzt. Eine Vaterschaft kann dann auch im Nachhinein jederzeit mit Zustimmung der Mutter durch Anerkennungserklärung eines (quasi x-beliebigen) Mannes begründet

werden. Als nachrangige Zuordnungsmöglichkeit sieht [§ 1592 Nr. 3 BGB](#) schließlich vor, dass die Vaterschaft in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt wird. Nur für diese nachrangige Zuordnung werden die genetischen Abstammungsverhältnisse zwischen dem zweiten Elternteil und dem Kind ermittelt. In allen anderen Fällen erfolgt die Zuordnung als Behördenakt beim Standesamt, ohne dass überprüft wird, ob eine biologische, genetische oder soziale Verbindung zwischen Elternteil und Kind besteht. Das Recht begnügt sich insoweit mit „Vermutungen“.

Für trans, inter, nicht-binäre, diverse oder geschlechtslose Eltern ist die abstammungsrechtliche Situation derzeit uneinheitlich. Als letzte Abbruchstellen der Gesetzesruine Transsexuellengesetz (TSG) sieht [§ 11 TSG](#) immer noch vor, dass für die Eltern-Kind-Zuordnung das „alte“ Geschlecht maßgeblich ist; [§ 5 Abs. 3 TSG](#) schreibt fest, dass im Geburtenregister die „alten“ Vornamen einzutragen sind, legitimiert also die diskriminierende Praxis des „Deadnamings“. Das heißt konkret: Bringt ein trans Mann ein Kind zur Welt, wird er im Geburtenregister und in der Geburtsurkunde seines Kindes derzeit als „Mutter“, mit weiblichem Vornamen und weiblichem Geschlecht eingetragen. Das Kind erlebt in dem Fall tagtäglich seine vielleicht engste Bezugsperson als Mann und Vater. Offiziell und laut Geburtsurkunde hat es aber eine Frau mit weiblichen Vornamen als Mutter, die das Kind nicht nur nicht kennt, sondern die es personenstandsrechtlich und faktisch auch gar nicht mehr gibt. Bei der Anmeldung zur Kita, Schule, Krankenversicherung, bei Reisen ins Ausland und zahlreichen weiteren Gelegenheiten, in denen die rechtliche Elternschaft durch Vorlage der Geburtsurkunde nachgewiesen werden muss, führt das für die betroffenen Familien regelmäßig zu Situationen, die nicht nur Irritations-, sondern echtes Diskriminierungspotential bergen und in denen der trans Elternteil fortwährend zur Offenbarung gezwungen wird. Auch eine trans Frau kann nach bisheriger Rechtslage

allenfalls als „Vater“ ihres Kindes eingetragen werden, ebenfalls mit falscher Geschlechts- und Namenszuordnung. Der XII. BGH Zivilsenat ([hier](#) und [hier](#)) sowie jüngst auch der [EGMR](#) fanden das rechtlich zwar unbedenklich. Dennoch ist die Situation für die betroffenen Familien unzumutbar (vgl. [Wapler FamRZ 2017, 1861](#)).

Für Personen, die eine Personenstandsänderung nach dem derzeitigen [§ 45b PStG](#) vorgenommen haben, gilt das TSG nicht. Allerdings enthält die Personenstandsverordnung (PStV) in [§ 42 Abs. 2 Satz 3](#) eine Anweisung an das Standesamt, wonach inter, nicht-binären, diversen oder geschlechtslosen Personen die Vaterschaftszuordnung qua Ehe oder auf Grund einer Anerkennungserklärung verwehrt bleiben soll. Das Standesamt soll sie nur dann als „Vater“ zuordnen, wenn ein Gericht ihre „Vaterschaft“ auf Grund eines Abstammungsgutachtens festgestellt hat. Diese [Änderung der PStV](#) hatte 2018 der damalige Bundesinnenminister Horst Seehofer angeordnet. Ein förmliches Gesetz gibt es bislang nicht.

## Geschlechtsneutrale Elternbezeichnung und Ende des Deadnamings

Zurück zum Pferd auf dem Flur, dessen niedliches Antlitz in puncto Abstammungsrecht zunächst zu Streicheleinheiten verleiten könnte.

Die abstammungsrechtlich wohl wichtigste Änderung im Referentenentwurf ist, dass das TSG außer Kraft tritt, sobald das SBGG in Kraft tritt. Dem bislang durch Gesetz legitimierten Deadnaming von trans Personen in den Geburtsurkunden ihrer Kinder wird damit ein Ende gesetzt.

Zudem sieht der Referentenentwurf eine Ergänzung in [§ 42 PStV](#) vor, die zukünftig um einen Absatz 2a erweitert eine geschlechtsneutrale Bezeichnung als „Elternteil“ in der Geburtsurkunde des Kindes ermöglichen soll. Allerdings bleibt im Geburtenregister die binär-zweigeschlechtliche Eintragung als „Mutter“ oder „Vater“ zwingend, womit der Referentenentwurf das Abstammungsrecht als heteronormativ und binär-zweigeschlechtlich fortschreibt, statt es dahingehend aufzubrechen. Da die Geburtsurkunde aber das zentrale Beweismittel für die Eltern-Kind-Zuordnung im Rechtsverkehr ist, würde diese Neuregelung sicherlich für viele queere Familien zu einem diskriminierungsärmeren Alltag führen.

## Die Abstammungsrechtsreform im Bauch des Selbstbestimmungsgesetzes

Als angekündigte „Interimslösung bis zur Verabschiedung der Abstammungsrechtsreform“ ([S. 57](#)) wären die vorgenannten Veränderungen – Abschaffung des TSG und Ergänzung der Personenstandsverordnung – ausreichend und hinnehmbar gewesen. Allerdings enthält der Referentenentwurf weit mehr, als er mit dem Label der „Interimslösung“ suggeriert. In seinem Inneren transportiert er eine eigenständige Teilreform des Abstammungsrechts, die die Eltern-Kind-Zuordnung für queere Personen an keiner Stelle besser, sondern in mancherlei Hinsicht sogar komplizierter machen wird, und mit der die unterstellte „Männlichkeit“ der zweiten Elternstelle für die Zukunft zementiert statt aufgelöst wird.

11 SBGG-E sieht eine neue Sonderregel für das Eltern-Kind-Verhältnis vor. Was der Gesetzgeber mit dem TSG abschafft, kommt also durch die Hintertür doch wieder in das Gesetz hinein. Der neue Regelungsvorschlag lautet:

„Der Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ist für das nach den §§ 1591 und 1592 Nummer 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende oder künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern *unerheblich*. Für das nach § 1592 Nummer 1 oder 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende oder künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern ist ihr Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes *maßgeblich*.“ ([S. 8](#), Herv. LC)

Diffus, nicht wahr? Für die erste Elternstelle (auch zukünftig: „Mutter“) soll das Geschlecht „unerheblich“ sein. Für die zweite Elternstelle (auch zukünftig: „Vater“) soll es hingegen „maßgeblich“ auf das Geschlecht „zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes“ ankommen, soweit es um die Elternschaft qua Ehe oder Anerkennungserklärung geht. Nur an dieser Stelle soll dem personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag also „ein konstitutives Verständnis“ ([S. 55](#)) zu Grunde gelegt werden. Für die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nach [§ 1592 Nr. 3 BGB](#) soll es wiederum „unerheblich“ sein, welches Geschlecht der Elternteil hat. Ein und dasselbe Personenstandskriterium (Geschlecht) soll demnach in ein und



derselben Regelungsmaterie (Abstammungsrecht) unterschiedliche Rechtswirkung entfalten.

Was bedeutet das nun konkret?

## Keine Verbesserung, nirgends

Um es klar zu sagen: § 11 SBGG-E enthält für keine einzige Person eine rechtliche Verbesserung. Dass die Geburtsurkunde zukünftig den zutreffenden Vornamen und die geschlechtsneutrale Bezeichnung als „Elternteil“ enthalten können soll, ergibt sich wie gesagt aus anderen vorgesehenen Regelungen des Referentenentwurfs, nicht aus § 11 SBGG-E.

Gebärende Personen werden schon jetzt und sollen auch zukünftig einheitlich „Mutter“ ihres Kindes werden. Eine selbstbestimmte Elternbezeichnung als gebärender Vater ist im Selbstbestimmungsgesetz nicht vorgesehen.

Auch für trans Männer, die eine Vaterschaft qua Ehe oder Anerkennung begründen wollen, enthält § 11 SBGG-E keine eigenständige rechtliche Verbesserung. Ihre abstammungsrechtliche Situation ist schon jetzt durch eine ermöglichende Grundhaltung mancher Standesämter für „Mutter-Vater-Kind“-Familien begünstigt. Zwar gelten derzeit §§ 5 Abs. 3 und 11 TSG auch für trans Männer. In der Praxis werden trans Männer aber trotzdem (zumeist ohne dass es weiteres Aufsehen erregt) im Geburtenregister ihrer Kinder eingetragen. Auch Gerichte scheinen geneigt, trans Männer als Väter anzuerkennen (vgl. [AG Regensburg](#) und [OLG Schleswig](#), a.A. aber [Kammergericht](#)). So oder so: Kommt das Selbstbestimmungsgesetz und entfällt das TSG, stehen trans Männern abstammungsrechtlich keine gesetzlichen Hürden mehr im Weg.

Eine neue Sonderregelung wie § 11 SBGG-E braucht es also nicht für Gebärende, die erster Elternteil und trans Männer, die zweiter Elternteil ihrer Kinder werden wollen.

## Die zweite Elternstelle als männliche Bastion

Die Problematik des § 11 SBGG-E offenbart sich im Hinblick auf die zweite Elternstelle und mit Blick auf alle Personen, die nicht männlich sind. Unter dem Deckmantel der geschlechtlichen Selbstbestimmung soll die zweite Elternstelle nämlich zu einer Bastion von Männlichkeit ausgebaut werden.

Während die erste Elternstelle schon weitgehend vom personenstandsrechtlichen Geschlecht entkoppelt wur-

de (letzter Rest wird nach dem Wegfall des TSG noch die Bezeichnung als „Mutter“ sein), steht eine diesbezügliche Öffnung der zweiten Elternstelle noch aus. Zahlreiche [Vorschläge, wie das Abstammungsrecht inklusiver geregelt werden sollte](#), liegen auf dem Tisch, harren bislang aber ihrer gesetzgeberischen Umsetzung. Unterdessen begehren queere Familien gegen das Recht auf, das sie – um zweiter Elternteil werden zu können – in entwürdigende Verfahren zur Stiefkindadoption zwingt und ihre Kinder rechtlich schutzlos stellt (zu den Problematiken im Einzelnen z.B. [hier](#) und [hier](#)). Dem Bundesverfassungsgericht liegen aktuell [eins](#), [zwei](#), drei, [vier](#), [fünf](#) ... [sechs](#) (!) Verfahren vor. Sie alle betreffen die zweite Elternstelle und verdeutlichen anhand verschiedener Fallkonstellationen, warum es die Grundrechte des Kindes und der Eltern verletzt, wenn diese Zuordnung vom Geschlecht des Elternteils abhängig gemacht wird. Der Gesetzgeber steht dementsprechend unter Druck, dem Bundesverfassungsgericht zuvorzukommen und eine verfassungskonforme Eltern-Kind-Zuordnung für alle Kinder zu ermöglichen. Justizminister Marco Buschmann hat noch im Januar 2022 vollmundig [„die größte Familienrechtsreform der letzten Jahrzehnte“](#) angekündigt. So, wie sich die Dinge seither entwickelt haben, macht es aber den Eindruck, dass eine umfassende Reform des Abstammungsrechts wohl eher noch Jahrzehnte auf sich warten lassen wird.

Umso erstaunlicher, ja empörender ist es, dass nun ausgerechnet der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz mit einer Neuregelung der zweiten Elternstelle um die Ecke kommt, die nicht weniger Geschlecht, sondern mehr Männlichkeit in das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung bringen will. Für queere Personen werden die Zuordnungsmöglichkeiten der zweiten Elternstelle auf zwei Typisierungen verengt: die Elternschaft qua männlichem Personenstand und die Elternschaft qua „männlichen Gameten“.

## Elterntyp 1: Hauptsache „Mann“

Das Standesamt soll zukünftig nur noch als „Vater“ eintragen können, wer zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes personenstandsrechtlich ein Mann ist oder war.

Der Vorschlag irritiert schon in der Grundkonzeption, denn bislang wird die zweite Elternstelle primär qua Ehe oder auf Grund einer (öffentlich beurkundeten) Anerkennungserklärung begründet – beides Kriterien, für die es nicht auf das Geschlecht ankommt. Die Anknüp-

fung an diese einfach feststellbaren Kriterien dient dem Kindeswohl, denn sie lassen auf Grund der sozialen Beziehung zur Mutter den Schluss zu, dass der so zugeordnete Vater die Elternverantwortung für das Kind tatsächlich übernehmen will und wird. Auf aufwendige Ermittlungen, wie das Kind konkret entstanden ist oder von wem es genetisch wie abstammt, verzichtet das Recht zu Gunsten einer schnellen Rechtsklarheit. Die konkreten Abstammungsverhältnisse sind vielmehr irrelevant, denn der Ehemann oder der Anerkennende wird auch dann rechtlicher Vater, wenn das Kind mit der Samenspende eines Dritten gezeugt wurde. Demgegenüber hat das Kind, das in eine Ehe zweier Frauen hineingeboren wird, bislang nur einen rechtlichen Elternteil. Seit der Einführung der „Ehe für alle“ und der „Dritten Option“ klaffen im geltenden Abstammungsrecht offene Wunden seiner Verfassungswidrigkeit. Statt hier mit einer Reform des Abstammungsrechts endlich Abhilfe zu schaffen, verschraubt der Entwurf zum Selbstbestimmungsgesetz das Abstammungsrecht noch fester als bislang mit biologistischen Männlichkeitsvorstellungen. So gerät der Sinn und Zweck von § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB aus dem Blick.

Die personenstandsrechtliche Männlichkeit des zweiten Elternteils wird im Referentenentwurf zentral gesetzt, dabei jedoch mit größeren Hürden versehen als die beiden anderen bislang konstitutiven Kriterien der Vaterschaft. Nach § 4 SBBG-E ist eine Wartefrist von drei Monaten vorgesehen, bevor die Geschlechtsänderung rechtlich wirksam wird. Das heißt konkret: Um Vater werden zu können, muss der Elternteil spätestens drei Monate vor der Geburt seine Geschlechtsänderung in „männlich“ erklärt haben. Für die Eheschließung oder Anerkennungserklärung ist hingegen keine solche Wartefrist vorgesehen; sie können unmittelbar und quasi noch am Tag vor der Geburt begründet werden. Das ist ein Wertungswiderspruch, denn die Ehe und die Vaterschaftsanerkennung sind in Anbetracht ihrer rechtlichen Folgen sehr viel schwerwiegender als der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag. Von letzterem soll es aber im Zweifel abhängen, ob das Kind queerer Eltern einen zweiten Elternteil erhält oder nicht. Wenn beim Standesamt nicht rechtzeitig ein Termin zu bekommen ist, oder das Kind unerwartet zu früh zur Welt kommt, hat es rechtlich keinen zweiten Elternteil. Die Absicherung des Kindes wird hier von Umständen abhängig gemacht, auf die es keinen Einfluss hat und die für den rechtlichen Schutz von Familie auch irrelevant sind. Wenn man dem Ge-

schlecht schon konstitutive Wirkung für die Abstammung zuschreiben wollte (was abzulehnen ist), dann müsste eine geschlechtliche Personenstandsänderung wie die Eheschließung oder Anerkennungserklärung auch noch unmittelbar am Tag vor der Geburt Wirkung entfalten können. Der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrags erweist sich hier jedenfalls in nicht zu rechtfertigender Weise als Gatekeeper für die rechtliche Absicherung eines Kindes.

Hinzukommt: Alle Personen, die keinen männlichen Geschlechtseintrag haben, sollen nach § 11 SBBG-E zukünftig von der primären zweiten Elternschaft ausgeschlossen werden. Das bedeutet insbesondere für trans Frauen, aber auch für inter, nicht-binäre, diverse oder geschlechtslose Personen, die das Kind nicht geboren haben, dass sie unter keinen Umständen mehr direkt bei der Geburtsanmeldung vom Standesamt als Elternteil eingetragen werden könnten. Sie müssten zwingend ein familiengerichtliches Verfahren einleiten. Das belastet die Familien nicht nur mit unnötigen Gerichts- und ggf. Anwaltskosten, die übrigens auch im Fall des Obsiegens nicht erstattet werden. Vor allem lässt es das Kind bis zum Abschluss des Verfahrens in der rechtlichen Unsicherheit, ob es überhaupt einen zweiten Elternteil erhalten wird.

11 SBBG-E ist insofern eine Verschlechterung zum aktuellen TSG, das es für trans Frauen immerhin ermöglicht, qua Ehe oder Anerkennungserklärung „Vater“ zu werden. Der Entwurf ist auch eine Verschlechterung zum derzeitigen § 42 Abs. 2 Satz 3 PStV. Denn die Norm hat bisher durch den Seehofer'schen Erlass nur Verordnungsrang. Mit § 11 SBBG-E würde sie in den Rang eines Paragrafen gehoben – wohlgemerkt von einer Ampelkoalition, die einst mit der Losung „**Mehr Fortschritt wagen**“ angetreten ist und die das Familienrecht doch so viel besser machen wollte. Damit würde eine Tür geschlossen, die derzeit für gerichtliche Einzelfallrechtsprechung noch offensteht. So lange nämlich das Abstammungsrecht nicht reformiert ist, lässt sich argumentieren, dass § 1592 BGB unter anderem durch die Schaffung einer dritten Geschlechtsoption planwidrig lückenhaft geworden ist. Der Gesetzgeber des § 1592 BGB hatte offenkundig nicht bedacht, dass es – auch personenstandsrechtlich – mehr als zwei Geschlechter geben kann. Die Interessenlage der abzusichernden Kinder ist nicht nur vergleichbar, sondern identisch. Insofern ist eine analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB bislang für Personen aller Geschlechter möglich und verfassungsrechtlich geboten.

Dem würde der Referentenentwurf mit § 11 SBGG-E ein Ende setzen, indem er die rigideste aller Anwendungsmöglichkeiten zum Gesetz macht.

## Elterntyp 2: Hauptsache „männliche Gameten“

Alle nicht männlichen Personen sollen zukünftig ein gerichtliches Feststellungsverfahren über die „Vaterschaft“ einleiten müssen, um zweiter rechtlicher Elternteil werden zu können. Die bislang nachrangige Zuordnung nach § 1592 Nr. 3 BGB wird dadurch nur für queere Familien zum einzigen Weg (neben der Stiefkindadoption), um überhaupt eine rechtliche Familie zu werden. Das ist nicht nur wegen des gerichtlichen Aufwands problematisch, sondern vor allem auch wegen der damit verbundenen staatlichen Ausforschung der familiären Abstammungsverhältnisse – auf die es wohl gemerkt für alle anderen Familien bislang nicht ankommt!

Dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 SBGG-E zufolge soll das Geschlecht für die Elternschaft qua Feststellungsverfahren „unerheblich“ sein. Das wäre ok, enthielte die Gesetzesbegründung nicht folgende Einschränkung: „§ 1592 Nummer 3 BGB gilt nur, wenn die festzustellende biologische Abstammung der Person auf einer Zeugung durch männliche Gameten, also Samen, beruht“ (S. 53). Mit dieser Zuspitzung ist der Regelungsvorschlag erschütternd. Er erschwert die Eltern-Kind-Zuordnung für Frauen, inter, nicht-binäre, diverse oder geschlechtslose Personen in mehrfacher Hinsicht. Erstens müssten sie künftig zwingend den Umweg eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens in Kauf nehmen und dabei die Abstammungsverhältnisse des Kindes offenbaren (s. dazu schon oben). Zweitens wird das gerichtliche Verfahren noch komplizierter, weil der Nachweis der genetischen Abstammung allein nicht mehr ausreichen soll. Vielmehr sollen die betroffenen Personen nun zusätzlich nachweisen, dass das Kind mittels ihrer „männlichen Gameten“ gezeugt wurde. Die „Fortschrittskoalition“ überformt das Abstammungsrecht an dieser Stelle Sperma-zentristisch und führt ein neues Differenzierungsmerkmal ein – nämlich nach dem „Geschlecht der Keimzellen“.

Es ist schon unklar, was „männliche Gameten“ eigentlich sein sollen. Eine „biologisch“ zwingende Verknüpfung von Geschlecht und Fortpflanzung gibt es nicht. Es gibt Personen aller Geschlechter, die Kinder gebären können und deren Körper Eizellen produzieren (oder nicht). Eine Frau, inter, nicht-binäre, diverse oder geschlechtslose Person, die Samenzellen hat, wird da-

durch nicht zu einem „Mann“. All jenen Personen zuzuschreiben, sie würden „männliche Gameten“ produzieren, ist ebendies: eine Zuschreibung und kein natürliches Faktum. Der Referentenentwurf konstruiert „männliche Gameten“ als rechtliches Kriterium, bleibt einer Begründung dieser Setzung aber schuldig.

Es ist auch nicht klar, wie das Familiengericht eigentlich feststellen soll, ob die genetische Abstammung auf dem Beitrag einer Samenzelle beruht. Der Referentenentwurf meint dazu:

„Die Beweiserhebung ist durch alle in der ZPO vorgesehenen Beweismittel möglich und erfolgt in der Regel durch die Einholung eines DNA-Gutachtens. Dem Gericht steht es im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht frei, seine Überzeugung auch auf der Grundlage anderer förmlicher Beweismittel, etwa von Zeugenvernehmungen oder der Vernehmung der Beteiligten zu bilden.“ (S. 56)

Schön und gut, nur: Die bisher üblichen DNA-Gutachten weisen lediglich nach, *ob* eine genetische Abstammung zwischen dem Kind und dem getesteten Elternteil besteht. Sie geben jedoch keine Auskunft darüber, auf welchem Keimzellenbeitrag die Abstammung beruht. Selbst wenn es möglich wäre, diese Information durch entsprechend erweiterte Untersuchungen zu gewinnen, erscheint es zweifelhaft, ob dies auch gesetzlich zulässig wäre. Bislang dürfen auf Grundlage des geltenden § 17 Abs. 1 Satz 3 Gendiagnostikgesetz (GenDG) „nur die zur Klärung der Abstammung erforderlichen Untersuchungen an der genetischen Probe vorgenommen werden“. Die Feststellung des konkreten Keimzellenbeitrags ist aber nicht erforderlich, um die Abstammung zu klären. Das begegnet auch grundrechtlichen Bedenken. Jede Erhebung und Verarbeitung von genetischen Informationen stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar und ist mithin rechtfertigungsbedürftig. Eine Begründung bleibt der Referentenentwurf an dieser Stelle ebenso schuldig wie die Benennung der grundrechtlichen Problematik selbst. In der Praxis würde der Nachweis einer „Zeugung durch männliche Gameten“ erwartbar auf die stereotypen Geschlechtsvorstellungen der einzelnen Richter\*innen verlagert, die eine Person wohl entweder als „männliche Gameten“ produzierend einstufen – oder nicht. Entwürdigende Beweiserhebungspraxen sind zu befürchten.



Dem Vorschlag, auf Grund von „männlichen Gameten“ zuzuordnen, steht die Verfassungswidrigkeit im Übrigen auf die Stirn geschrieben. Wie will der Gesetzgeber begründen, dass für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung der Beitrag einer Eizelle irrelevant, der Beitrag einer Samenzelle aber maßgeblich sein soll? Als Anwältin kann ich meinen Mandant\*innen, deren Kinder im Wege einer sogenannten reziproken Eizellspende (ROPA-Methode) entstanden sind, jedenfalls schon jetzt nicht erklären, warum sie nicht rechtliche Eltern ihrer Kinder werden können, obwohl das Gesetz in § 1592 Nr. 3 BGB eine Eltern-Kind-Zuordnung zum genetischen Elternteil vorsieht. Auch der Referentenentwurf schweigt dazu. Er enthält keine Ausführung zu den grundrechtlichen Implikationen von § 11 SBBG-E. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot gilt aber auch für Keimzellen.

## Fazit und Ausblick

Bevor man das Pferd des Selbstbestimmungsgesetzes ins Parlament hereinlässt, möge man ihm ein Abführmittel verabreichen, mit dem es seinen verdorbenen Mageninhalt des § 11 SBBG-E loswerden kann. § 11 SBBG-E würde das Abstammungsrecht für niemanden verbessern, jedoch für einige queere Personen und ihre Kinder die rechtliche Absicherung deutlich erschweren. Für die Reform des Abstammungsrechts stellt der Entwurf die Weichen in die falsche Richtung. Statt das Abstammungsrecht mit noch mehr binär-zweigeschlechtlichen

Biologismen aufzuladen, braucht es eine Eltern-Kind-Zuordnung, die endlich den Realitäten aller Familien gerecht wird. Es geht nicht um Männlichkeit, sondern um die umfassende Fürsorge und Verantwortungsübernahme für ein Kind. Das Abstammungsrecht ist insofern verantwortungsorientierter und nicht spermazentristischer zu regeln. Nur so wird der Gesetzgeber auch den Gehalten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gerecht, der zuvörderst eine Benachteiligung auf Grund des Geschlechts und der Abstammung (!) verbietet.

Übrigens: § 11 SBBG-E bietet die Steilvorlage für eine nächste „Aktion Standesamt“. Wenn dieser Vorschlag zum Gesetz werden sollte, sind alle queeren Familien aufgerufen, davon Gebrauch zu machen. Es sollte dann zukünftig einfach jeder zweite Elternteil, der noch kein Mann ist, rechtzeitig vor der Geburt einen Termin beim Standesamt vereinbaren, um seinen Geschlechtseintrag in „männlich“ zu ändern. Die Ehefrau der Mutter beispielsweise könnte mit dem Personenstandseintrag „männlich“ dann immerhin zum „Vater“ werden. Die Familie würde ohne Adoptionsverfahren eine vollständige Geburtsurkunde erhalten, in der die väterliche Mutter als Elternteil ausgewiesen wäre. Nach einem Jahr, so sieht es der Referentenentwurf vor, könnte sie ihr Geschlecht dann wieder zurück in „weiblich“ ändern – allerdings bleibt sie im Geburtenregister des Kindes ein Leben lang der „Vater“. Wer Gender Trouble im Abstammungsrecht aussäht, wird queere Rechtsmobilisierung ernten.

Ronja Heß

# Was lange währt, wird endlich gut?

Wo der Entwurf zum Selbstbestimmungsgesetz hinter seinen eigenen Ansprüchen zurückbleibt

doi: 10.17176/20230518-020320-0



Nach langem Ringen haben das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend sowie das Bundesministerium der Justiz am 9. Mai 2023 ihren [Referentenentwurf](#) zum Selbstbestimmungsgesetz (SBBG) veröffentlicht. Die Bundesregierung hatte bereits im [Koalitionsvertrag](#) (S. 95) angekündigt, das veraltete Transsexuellengesetz (TSG) durch ein Selbstbestimmungsgesetz zu ersetzen. Die ersten [Eckpunkte](#) wurden am 20. Juni 2022 vorgestellt. Seitdem ist nun fast ein Jahr vergangen, in dem eine langwierige und teils schmerzhaft Debatte über das Reformvorhaben geführt wurde. Diese wirkt nun auch in dem vorgelegten Entwurf nach: Denn unter den Grundsound der Selbstbestimmung mischen sich einige Misstöne, in denen Paternalismus und diffuse Missbrauchsbedürfnisse widerhallen.

## Beendigung eines verfassungswidrigen Zustands

Kern der angekündigten Reform ist die Abschaffung des TSG. An dessen Stelle soll das neue Selbstbestimmungsgesetz treten, wobei bereits der Name einen Perspektivenwechsel von einer pathologisierenden Perspektive hin zu einem an Grund- und Menschenrechten orientierten Regelwerk indiziert. Das Selbstbestimmungsgesetz birgt damit das große Potenzial, einen [verfassungswidrigen](#) Rechtszustand zu beenden, der heute einem nahezu unanwendbar gewordenen Regelungschaos gleicht: Von dem 1981 in Kraft getretenen TSG ist heute nur noch ein kläglicher Rest übriggeblieben, nachdem das BVerfG seit 1982 nahezu alle Tatbestandsvoraussetzungen des geschlechtlichen Personenstandswechsels für grundrechtswidrig erklärt hat. 2013 wurde parallel zum TSG die Möglichkeit in das Personenstandsgesetz (PStG) eingeführt, den Geschlechtseintrag bei Kindern offenzulassen, „die weder dem weiblich noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden [können]“. Ende 2018 wurde dies um die dritte positive Geschlechtsoption „divers“ ergänzt und ein weiteres Änderungsverfahren für „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in [§ 45b PStG](#)

verankert. Wer sich unter welchen Voraussetzungen auf die jeweiligen Änderungsmöglichkeiten berufen kann, ist seitdem [höchst umstritten](#) und führt zu Rechtsunsicherheit bei Menschen, die ihren grundrechtlichen Anspruch auf Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität einlösen wollen. Es kann daher nicht genug betont werden, wie wichtig und überfällig eine an den Grund- und Menschenrechten orientierte Gesetzesreform ist.

## Selbstbestimmtes und einheitliches Verfahren

Das nun angekündigte Gesetz soll ein selbstbestimmtes und einheitliches Verfahren zur Änderung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages und/oder Vornamen schaffen. Offen steht dieser Weg nach dem vorgelegten Entwurf allen Personen, „deren Geschlechtsidentität von ihrem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister abweicht“ (§ 2 Abs. 1 SBBG). In den Mittelpunkt rückt damit, was aus grund- und menschenrechtlicher Sicht maßgeblich sein muss: die [selbstbestimmte geschlechtliche Identität](#). Folgerichtig verabschiedet sich das Recht von der [gleichheitswidrigen Differenzierung](#) zwischen „Transsexuellen“, die für die Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität bislang den steinigen Weg über das TSG gehen mussten, und „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“, für die ein separates Verfahren in § 45b PStG eingerichtet wurde.

Verzichtet wird zudem auf fremdbestimmte und in die Privatsphäre eingreifende Voraussetzungen. Zur Änderung von Geschlechtseintrag und/oder Vornamen geben Individuen nach § 2 des Entwurfes eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Standesamt ab. Hierbei können sie zwischen den vier bereits bestehenden Eintragungsoptionen wählen. Das Geschlecht kann als „weiblich“, „männlich“ oder als „divers“ eingetragen werden. Ebenso besteht die Möglichkeit, auf die Angabe des Geschlechts zu verzichten und einen bestehenden Eintrag zu streichen. Gleichzeitig, aber auch unabhängig von der Änderung des Geschlechtseintrages, können Individuen

ihren Vornamen entsprechend ihrer Geschlechtsidentität ändern (§ 2 Abs. 3 und Abs. 4 SBBG).

Abgeschafft werden die zwei bislang unter dem TSG erforderlichen Sachverständigengutachten. Dasselbe gilt für die nach § 45b PStG vorzulegenden ärztlichen Bescheinigungen. Das Verfahren wird damit vereinfacht und unter das Paradigma der Selbstbestimmung gestellt. Auch das Standesamt hat nach dem Gesetzesentwurf nicht zu prüfen, ob die Geschlechtsidentität einer Person tatsächlich von dem Geschlechtseintrag im Personenstand abweicht. Da hier von einer **gebundenen Entscheidung ohne Prüfungskompetenz des Standesamtes** die Rede ist (S. 34), obliegt die Beurteilung allein der jeweiligen Person. Diese muss im Zuge des Verfahrens noch eine einfache Formularerklärung (= Eigenversicherung) abgeben, dass der gewählte Geschlechtseintrag bzw. die Streichung ihrer Geschlechtsidentität am besten entspricht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SBBG). Ferner ist zu versichern, dass sich die Person der Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 SBBG)

Das Selbstbestimmungsgesetz erfüllt in dieser Hinsicht die menschenrechtlichen Vorgaben eines zügigen, transparenten und zugänglichen Verfahrens zur Anerkennung der geschlechtlichen Identität (siehe etwa EGMR, *X. v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Rn. 70).

## Selbstbestimmung vs. Paternalismus und Missbrauchsängste?

Trotz dieser begrüßenswerten Verbesserungen enthält der Entwurf kleinere und größere Hürden bei der Realisierung von Selbstbestimmung, die einerseits von einer paternalistischen Haltung gegenüber trans\*, inter\*geschlechtlichen und nicht-binären Personen zeugen. Andererseits wird den im Vorfeld geäußerten, oft diffusen Ängsten vor Missbrauch teilweise so viel Raum gegeben, dass das grundgesetzliche Credo eines selbstbestimmten und diskriminierungsfreien Lebens in den Hintergrund zu treten droht. Besonders schlägt sich dies in der vorgesehenen einjährigen Sperrfrist, dem aufgeschobenen Wirksamwerden der Erklärung sowie im Umgang mit Minderjährigen nieder.

## Sperrfrist und aufgeschobenes Wirksamwerden der Erklärung

Wenn eine Person ihren Geschlechtseintrag und/oder Vornamen unter dem Selbstbestimmungsgesetz geändert hat, soll nach den Plänen der Bundesministerien vor weiteren Änderungsgesuchen eine einjährige Sperrfrist gelten. Diese diene laut der vorgelegten **Begründung** dem „Übereilungsschutz“ und sichere die „Ernsthaftigkeit“ der Erklärung (S. 41). Obwohl die Zugänglichkeit des Verfahrens dadurch mit einer kleinen, aber nichtdestotrotz grundrechtsrelevanten Hürde versehen wird, kann auch hierin zunächst ein Perspektivwechsel gesehen werden: Denn anders als noch im TSG und einem im Jahr 2019 unter der alten Bundesregierung präsentierten **Referentenentwurf** wird nicht mehr auf eine Dauerhaftigkeit der geschlechtlichen Identität selbst abgestellt. Ein Abrücken von diesem Narrativ ist konsequent, denn genauso wenig wie die geschlechtliche Identität durch andere bemessen werden kann und darf, lässt sich die Dauerhaftigkeit derselben in sinnvoller Weise prognostizieren, erst recht nicht von Außenstehenden. In der Praxis dürfte die einjährige Sperrfrist nur selten ein Problem für trans\*, inter\*geschlechtliche und nicht-binäre Personen darstellen. Mehrmalige Änderungen oder Fälle von Detransition sind auch in Ländern mit ähnlich niedrigschwelligem rechtlichen Voraussetzungen extrem selten (**Köhler, Self-determination models in Europe**, S. 16 f.; ebenfalls zitiert im Referentenentwurf, S. 24). Die einjährige Sperrfrist war zudem bereits im Eckpunktepapier angekündigt worden und hat hierbei kaum Gegenwind von Interessensvertretungen von trans\*, inter\*geschlechtlichen und nicht-binären Personen erfahren.

Anders verhält es sich jedoch mit einer nun im Entwurf enthaltenen Vorschrift, der zufolge die vor dem Standesamt abgegebene Erklärung erst nach drei Monaten wirksam werden soll (§4 SBBG). In der Zwischenzeit sollen Individuen ihre Erklärung jederzeit schriftlich zurücknehmen können. Begründet wird diese zunächst im Eckpunktepapier noch nicht enthaltene, aufgeschobene Wirksamkeit als „**Überlegungs- und Reflexionsfrist**“ (S. 41). Weiterhin soll es, wie schon bei der oben dargestellten **Eigenversicherung** (S. 35), darum gehen, nicht ernsthaft gemeinte Erklärungen zu verhindern.

Was in der einjährigen Sperrfrist noch leise anklingt, wird spätestens bei dem aufgeschobenen Wirksamwerden der Erklärung unüberhörbar. Hier manifestieren sich

Befürchtungen, dass übereilte Entscheidungen getroffen werden und einige Personen ihren Geschlechtseintrag gar täglich ändern könnten. Die damit erzeugten Bilder gehen jedoch an der Lebensrealität vorbei, weshalb die Rechtfertigung der entsprechenden Vorschriften auf einem unsicheren Boden steht. Bevor sich Menschen entschließen, ihren Geschlechtseintrag und/oder Vornamen zu ändern, durchlaufen sie in der Regel einen längeren Prozess der Auseinandersetzung und Reflexion über die eigene geschlechtliche Identität. Denn unabhängig vom rechtlichen Verfahren geht eine solcher Schritt mit tiefgreifenden persönlichen Veränderungen einher. Sowohl im privaten als auch im beruflichen oder schulischen Umfeld stehen die Personen vor der Herausforderung, sich als trans\*geschlechtlich oder inter\*geschlechtlich zu outen. Viele stoßen dabei auf Unverständnis, erleben Diskriminierungen oder gar Gewalt. Gerade trans\*geschlechtliche Personen sehen sich in dieser Zeit häufig veranlasst, ihren Job zu wechseln, oder in eine andere Stadt zu ziehen, um von ihrem Umfeld in ihrer Identität akzeptiert zu werden. Studien, die sich mit den Entscheidungsprozessen von trans\*geschlechtlichen Menschen befassen haben (etwa [hier](#), [hier](#) und [hier](#)), betonen immer wieder, wie allgegenwärtig die Angst vor Ablehnung und Diskriminierung bei einem Outing ist und dabei ein selbstbestimmtes Artikulieren der geschlechtlichen Identität erschwert. Angesichts dessen erscheint es absurd, im Rahmen des rechtlichen Änderungsverfahrens „Schutzmechanismen“ vor übereilten Entscheidungen einzubauen und damit die Anerkennung in der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität zu verzögern. Unter dem Paradigma der Selbstbestimmung muss gerade erwachsenen Personen zugetraut und auch zugestanden werden, eine eigene Entscheidung unter Abwägung der möglichen Konsequenzen zu treffen. Die hier eingenommene paternalistische Haltung des Staates ist verfehlt und widerspricht dem Recht auf Selbstbestimmung.

### *Selbstbestimmung von Minderjährigen*

Auch im Umgang mit Minderjährigen kann zunächst Positives hervorgehoben werden. Denn im Referentenentwurf sind für die Änderung von Geschlechtseintrag und Vornamen keine starren Altersgrenzen vorgesehen. Richtigerweise wird damit auch Minderjährigen die Anerkennung ihrer selbstbestimmten geschlechtlichen Identität ermöglicht. Sie sind dafür allerdings auf die Mitwirkung

der Sorgeberechtigten bzw. des Familiengerichts angewiesen. Minderjährige unter 14 Jahren und geschäftsunfähige Personen müssen von den Sorgeberechtigten vertreten werden. Sie können die Erklärung gegenüber dem Standesamt nicht selbst abgeben (§ 3 Abs. 2 SBBG). Demgegenüber geben 14- bis 17-jährige beschränkt Geschäftsfähige eine eigene Erklärung ab, benötigen jedoch die Zustimmung der Sorgeberechtigten oder ersatzweise die des Familiengerichts (§ 3 Abs. 1 SBBG).

Da es sich bei der geschlechtlichen Identität um ein [höchstpersönliches Rechtsgut](#) handelt, unterliegt die Mitwirkung Dritter an einer solchen Entscheidung erhöhten Rechtfertigungsanforderungen. Angesichts der zunehmenden Autonomie von Jugendlichen sollte für über 14-Jährige auf die Zustimmung der Sorgeberechtigten verzichtet werden. So war es auch in den [Gesetzesentwürfen](#) vorgesehen, die [FDP](#) und [Grüne](#) in der vergangenen Legislaturperiode eingebracht hatten.

Im vorgelegten [Referentenentwurf](#) wird die steigende Autonomiefähigkeit von Jugendlichen nun weniger gewichtet, wobei sich die Ministerien wohl an der bereits in § 45b PStG getroffenen Wertung orientiert haben (S. 37). Demgegenüber kann eingewandt werden, dass spätestens mit Erreichen eines Alters, ab dem Heranwachsenden Strafmündigkeit unterstellt wird, Jugendlichen eine selbstbestimmte Entscheidung über ihre geschlechtliche Identität zugestanden werden sollte ([Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen](#), S. 51). Die Altersgrenze von 14 Jahren gilt im Übrigen auch für die [religiöse Selbstbestimmung](#). Die notwendige Unterstützung von Minderjährigen ebenso wie für deren Eltern hat die Bundesregierung bereits im Blick, indem sie [freiwillige Beratungsangebote stärken will](#) (S. 2 und S. 26).

### *Missbrauchsängste rechtfertigen keine Diskriminierungen*

Die Debatten um das Selbstbestimmungsgesetz waren bereits vor der Veröffentlichung des Entwurfs sehr stark durch Ängste vor Missbrauch geprägt. Teilweise wurden dabei ganz offen [transfeindliche Narrative](#) bedient. Einige Gegner\*innen argumentierten aber auch, dass sich die Befürchtungen nicht gegen trans\*- und inter\*geschlechtliche Personen richteten, sondern viel mehr gegen mögliche Trittbrettfahrer. Wohlgermerkt Trittbrettfahrer und nicht Trittbrettfahrer\*innen. Denn das heraufbeschworene Bild ist fast immer das von „Männern“, die sich als „Frauen“ ausgeben und mit Hilfe des



Selbstbestimmungsgesetzes in geschützte Räume eindringen oder sich Vorteile erschleichen könnten. Da hilft es wenig, wenn frau darauf hinweist, dass die weiblichen bzw. weiblich gelesenen Personen angedachten Vorteile nicht so zahlreich sind, wie die Debatte zu implizieren scheint. Weitgehend ungehört bleibt auch der [Hinweis](#), dass gewaltbereite Personen nicht erst auf das Selbstbestimmungsgesetz warten und sich die Frage nach der Schaffung von sicheren Räumen für Frauen schon viel länger stellt.

Diese komplexe Kontroverse greift der Referentenentwurf in einer eher unscheinbaren Vorschrift auf. In § 6 Abs. 2 heißt es, dass für den Zugang zu Einrichtungen und Räumen sowie für die Teilnahme an Veranstaltungen das Hausrecht der Betreiber\*innen unberührt bleiben soll. In Zusammenschau mit den Regelungen des AGG erlaubt das keinen pauschalen Ausschluss von Menschen aufgrund ihrer geschlechtlichen Identität (so auch der [Referentenentwurf](#), S. 43). Trotzdem irritiert, dass die [Begründung](#) der Vorschrift eine Vielzahl gesellschaftlicher Bereiche aufführt und diskutiert, in denen die Bedeutung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages – und damit auch die der Selbstbestimmung – relativiert wird: So etwa beim Zugang zu geschlechtsspezifischen Toiletten und Umkleieräumen und sogar bei der Unterbringung im Justizvollzug.

Es mag richtig sein, staatlicherseits nicht für alle gesellschaftlichen Bereiche eine universelle Handhabung vorzuschreiben. Geht es etwa um den Schutz vor geschlechtsbezogenen Diskriminierungen unter dem AGG, [kommt es auf den Geschlechtseintrag im Personenstand nicht an](#). Gleichzeitig könnte aber auch die Frage gestellt werden, warum sich die Gesetzgebung bemüht, ein differenziertes und auf Interessensausgleich gerichtetes System der Geschlechtszuordnung und -anerkennung zu entwerfen, wenn dieses dann im selben Atemzug in ganz vielen gesellschaftlichen Bereichen für nicht maßgeblich erklärt wird. Oder anders gefragt: Was bringt trans\*-, inter\*geschlechtlichen und nicht-binären Personen die Anerkennung durch den Staat, wenn sie noch nicht einmal eine öffentliche Toilette aufsuchen können, ohne [Angst](#), dass ihr zwar staatlich anerkanntes Geschlecht erneut in Zweifel gestellt wird? Das Selbstbestimmungsgesetz erlaubt hier zwar keine Diskriminierungen, gibt jedoch auch keine befriedigende Antwort auf diese drängenden Fragen. Im besten Fall könnte es Anstoß für eine produktive Diskussion darüber sein, wie diskriminierungsfreie und sichere Orte gestaltet werden können, die auch im

Sinne des Gleichstellungsauftrags nutzbar sind. Das AGG wird hier ohne Zweifel eine tragende Rolle spielen (müssen).

## Nachbesserungsbedarf

Obwohl der vorgelegte Referentenentwurf in seinen Grundzügen das Prinzip der Selbstbestimmung zur Geltung bringt, zeigt sich an einigen Stellen noch Nachbesserungsbedarf. Vor allem die aufgeschobene Wirksamkeit der Erklärung in § 4 SBBG ist aus Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen kritisch zu betrachten. Mit Blick auf die unter einem Selbstbestimmungsrecht maßgeblichen Wertungen ist bereits die Legitimität der benannten Ziele zweifelhaft. Da zudem dieselben oder ähnliche Zwecke bereits mit der Eigenversicherung und der einjährigen Sperrfrist verfolgt werden, stellt sich zusätzlich die Frage nach der Erforderlichkeit einer aufgeschobenen Wirksamkeit. Beim Umgang mit Minderjährigen wäre eine mutigere Regelung begrüßenswert, mit der die wachsenden Autonomiefähigkeit von Jugendlichen angemessen berücksichtigt wird.

Um trans\*- und inter\*geschlechtliche Menschen besser zu schützen, muss an einigen Stellen noch nachgebessert werden. Das in § 13 SBBG vorgesehene Offenbarungsverbot verbietet es zwar grundsätzlich, dass frühere Vornamen und/oder Geschlechtseinträge offenbart bzw. ausgeforscht werden. Als Ordnungswidrigkeit soll ein Verstoß gegen das Offenbarungsverbot jedoch nur sanktioniert werden, wenn sowohl Vorsatz als auch eine Schädigungsabsicht nachweisbar sind (§ 14 SBBG). [Deadnaming](#), also die Verwendung früherer Vornamen in diskriminierender und/oder schädigender Absicht ([Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen](#), S. 32), wird, sofern darin nicht zugleich eine „Offenbarung“ begründet ist, gar nicht erfasst. Der [Entwurf](#) verweist in diesem Zusammenhang lediglich auf das bestehende Ordnungswidrigkeits- und Strafrecht (S. 61). Damit ist zu befürchten, dass die vorgelegten Regelungen keinen effektiven Schutz gewährleisten.

Wenn der vorgelegte Entwurf nun in die Verbändeanhörung geht, werden sicherlich noch weitere Vorschriften einer kritischen Evaluation unterzogen, die in diesem Beitrag nicht (ausführlich) behandelt wurden. Dass die Ängste vor Missbrauch nicht auf dem Rücken von trans\*-, inter\*geschlechtlichen und nicht-binären Personen ausgetragen werden dürfen, muss dabei aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht selbstverständlich sein.

Johannes Thierer

# Deutschlands goldener Pass?

Zur geplanten Verschärfung der ökonomischen Voraussetzungen für die Einbürgerung

doi: 10.17176/20230527-231019-0



In [Zypern](#) gab es über einige Jahre hinweg die Staatsangehörigkeit gegen Geld, in [Malta](#) geht das bis heute noch. In Deutschland dagegen entscheidet der Geldbeutel nicht alleine über die Einbürgerung, aber auch hier können finanzielle Ressourcen eine wichtige Rolle im Einbürgerungsprozess spielen. Der vor wenigen Tagen veröffentlichte [Referentenentwurf](#) des Bundesinnenministeriums zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts verschärft dies und trifft auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Derzeit müssen Anspruchsstellende in der Lage sein, ihren Lebensunterhalt grundsätzlich selbst zu bestreiten (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG). Diese Voraussetzung dient nach dem [BVerwG](#) der „wirtschaftliche[n] Integration“ (Rn. 16, 24). § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG sieht einen Menschen auch dann als wirtschaftlich integriert an, wenn er oder sie die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht zu vertreten hat. Entgegen der allgemeinen liberalisierenden Tendenz (dazu [hier](#) und zum Entwurf differenzierend [hier](#)) des Gesetzesentwurfs sieht das Ministerium eine Verschärfung der ökonomischen Kriterien als notwendig an – was unzutreffenderweise in der [Pressemitteilung](#) des Bundesinnenministeriums als bloße Klarstellung bezeichnet wird. Die beabsichtigten Änderungen erleichtern auch nicht, wie die Pressemitteilung suggeriert, die Einbürgerung für die sogenannte Gastarbeitergeneration. Vielmehr bleiben nur diese im Genuss der bisherigen Regelung; für alle anderen werden die Voraussetzungen verschärft. Ehrlicher drückt sich da der [Bundesjustizminister](#) aus, dem die Verschärfung in diesem Bereich ein zentrales Anliegen ist.

## Ein verfassungsrechtlich unterfasster Einbürgerungsanspruch

Nimmt man den demokratischen Selbstanspruch des Grundgesetzes ernst, kann sich dieses nicht gleichgültig zur Frage der Einbürgerung verhalten.<sup>1</sup> Wie das Bundesverfassungsgericht in der [Ausländerwahlrecht I-Entscheidung](#) von 1990 festgestellt hat, lebt die Demokratie unter dem Grundgesetz von der „Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen“ (S. 52 Rn. 56). Diesen Fixpunkt des Einbürgerungsrechts hebt auch die [Begründung](#) zum aktuellen Gesetzesvorhaben hervor (S. 20). Das ist freilich immer ein Ideal – aber als solches keineswegs rechtlich belanglos.

In einem Einwanderungsland wie Deutschland steht die erwähnte Kongruenz unter systemimmanenten Druck. Als Ventil bleiben dafür nur das Staatsangehörigkeitsrecht und die Einbürgerung, da ein Ausländer:innenwahlrecht nach dem [BVerfG](#) mit dem GG unvereinbar ist (insbesondere S. 52 Rn. 56). Verschiedene rechtliche Konstruktionen dieses Kongruenzgebots sind denkbar. Manche sehen darin ein verfassungsrechtliches Gebot an den Gesetzgeber.<sup>2</sup> Für andere steht dagegen die individuelle, grundrechtliche Position der Einbürgerungswilligen im Vordergrund.<sup>3</sup> Ich selbst habe an anderer Stelle einen verfassungsrechtlich unterfassten Einbürgerungsanspruch auf die Menschenwürde i.V.m. dem Demokratieprinzip gestützt.<sup>4</sup> Dafür lässt sich aus der jüngsten Zeit anführen, dass das [BVerfG](#) im [Beschluss zur Wiederholungswahl Berlin](#) das erste Mal ein Grundrecht auf Demokratie außerhalb des europarechtlichen Kontexts zumindest angeprüft hat (Rn. 181-183).

<sup>1</sup> So schon [BVerfGE 37, 217](#) (239 f. Rn. 86) – Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen.

<sup>2</sup> [Gärditz](#), [VVDStRL 72](#) (2013), 49 (121 f.); [Emmerich-Fritsche](#), [Der Staat 58](#) (2019), 575 (589 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. [Hong](#), in: [Mangold/Payandeh](#), [AntidiskriminierungR-HdB](#), 2022, § 2 Rn. 177; in Ansätzen ebenso [Siehr](#), in: [Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz](#), [VerfassungsR-HdB](#), 2021, § 9 Rn. 86 f.

<sup>4</sup> [Thierer](#), [DÖV 2021](#), 1000 (1002).

Das BVerwG wiederum hat in einer Entscheidung aus 2020 auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und den inhärenten zukunftsgerichteten Entfaltungsschutz abgestellt (Rn. 16). In dem zugrundeliegenden Fall war die Anforderung an den Identitätsnachweis nach § 10 Abs. 1 S. 1 StAG umstritten. Das BVerwG leitete aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein „grundrechtlich geschützte[s] Recht des Einbürgerungsbewerbers, eine Klärung seiner Identität bewirken zu können“ (Rn. 17), ab. Von Antragsstellenden könne nur das zur Identitätsklärung verlangt werden, was ihnen objektiv möglich oder subjektiv zumutbar sei (Rn. 15, 18 f.). Das BVerwG verweist zur Begründung auf die demokratische Bedeutung der Staatsangehörigkeit für das Individuum sowie auf das Kongruenzgebot des BVerfG (Rn. 16). Die in dieser Entscheidung verwendete, grundrechtliche Argumentation ist auf andere Einbürgerungsvoraussetzungen übertragbar.<sup>5</sup>

Die genaue verfassungsrechtliche Konstruktion des Kongruenzgebots ist für diesen Beitrag jedoch nicht relevant. Jedenfalls verlangt das Grundgesetz eine Möglichkeit für Gebietsansässige, sich von fremd- zu selbstbestimmten Gewaltunterworfenen zu wandeln. Daraus folgt die grundsätzliche Notwendigkeit eines Einbürgerungsanspruchs.<sup>6</sup> Dieser darf – auch anspruchsvolle – Voraussetzungen aufstellen, um insbesondere einen notwendigen Grundkonsens als Funktionsbedingung der Demokratie zu sichern. Insofern ringt das Demokratieprinzip hier mit sich selbst: Das Ideal der Selbstbestimmung der Gewaltunterworfenen kann im Widerspruch zu einem möglichst breiten Grundkonsens stehen. Die Voraussetzungen dürfen jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass sie zu einer dauerhaften Exklusion von Einbürgerungswilligen führen können. Es muss – mit den Worten des BVerwG – den Anspruchsstellenden eine „realistische Chance“ (Rn. 16) auf die deutsche Staatsangehörigkeit bleiben. Diese Chance wird Einbürgerungswilligen dann verwehrt, wenn auf Kriterien und Umstände abgestellt wird, die außerhalb ihrer Verfügungsgewalt und damit unabhängig vom individuellen Verhalten sind.

## Die Voraussetzung der wirtschaftlichen Integration an sich

Dass Einbürgerungswillige ihren Lebensunterhalt grundsätzlich selbst bestreiten müssen, raubt ihnen noch keineswegs die realistische Chance auf Einbürgerung. Im Gegenteil: Arbeitsintegration ist oftmals ein entscheidendes Puzzleteil im komplexen Gesamtprozess erfolgreicher Integration.

Der Topos der wirtschaftlichen Integration wird jedoch häufig – beispielsweise vom BVerwG – mit der Verhinderung der „Zuwanderung in die Sozialsysteme“ (Rn. 24) vermengt. Wirtschaftliche Integration und Einbürgerung dienen beide im weiten Sinne dem Demokratieprinzip. Man mag rechtspolitisch über die Gewichtung und zeitliche Abfolge der Elemente streiten, aber sie tragen beide zu einer funktionierenden Demokratie und Gesellschaft im Ganzen bei. Rein fiskalische Überlegungen sind dagegen systemfremd. Nun ist es nicht ausgeschlossen, dass Einbürgerung aus anderen verfassungsrechtlichen Gründen als zum Schutz der Demokratie begrenzt wird. Beispielsweise wägt das BVerwG im oben genannten Urteil das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit den sicherheitsrechtlichen Belangen Deutschlands ab (Rn. 17). Diese Gründe stehen aber in einem deutlich stärkeren Widerspruch zum verfassungsrechtlich unterfassten Einbürgerungsanspruch. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass die demokratische Partizipation des Individuums unter den Finanzierungsvorbehalt der Gemeinschaft gestellt wird.

## Die geplante Verschärfung

Die bisherige Regelung des § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG bringt die verschiedenen rechtlichen Positionen in einen Ausgleich. Die Anspruchsstellenden müssen grundsätzlich ihren Lebensunterhalt und den ihrer unterhaltsberechtigten Familienangehörigen ohne Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende) oder SGB XII (Sozialhilfe sowie die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung) bestreiten können. Der Bezug der genannten Leistungen ist jedoch unschädlich, wenn sie dies nicht zu vertreten haben. Nach dem BVerwG muss die Person gar „maßgeblich oder prägend“ (Rn. 23) für den Leistungsbezug verant-

<sup>5</sup>Ebenso Oberhäuser, in: NK-AuslR, 3. Aufl. 2023, § 8 StAG Rn. 77.

<sup>6</sup>Gärditz, VVDStRL 72 (2013), 49 (123); Emmerich-Fritsche, Der Staat 58 (2019), 575 (592); Thierer, DÖV 2021, 1000 (1003).

wortlich sein. Die Einbürgerungswilligen müssen in dem Rahmen zur wirtschaftlichen Integration beitragen, wie es ihre individuellen Möglichkeiten und Umstände zulassen. Verlieren sie jedoch ihren Arbeitsplatz aufgrund gesundheitlicher, betriebsbedingter oder konjunktureller Ursachen und haben sie sich hinreichend intensiv um eine Beschäftigung bemüht, wird ein Vertreten bisher verneint (10.1.1.3. VAH-StAG; ebenso [BT-Drs. 16/5065](#), S. 228).

Dies soll nach dem Referentenentwurf weiterhin für die sogenannte Gastarbeitergeneration gelten (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. a StAG-E). Für spätere und zukünftige Generationen an Eingewanderten hält das Gesetz aber weniger flexible, strengere Lösungen bereit. Diese können zwar weiterhin ausnahmsweise Leistungen nach SGB II oder XII beziehen, müssen dann aber mindestens 20 der letzten 24 Monate in Vollzeit gearbeitet haben (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b StAG-E). Dadurch wird die Einbürgerung insbesondere durch eine gering entlohnte Arbeit nicht ausgeschlossen, da daneben weiterhin eine „Aufstockung“ nach SGB II möglich ist. Eine weitere Ausnahme gilt für Ehen oder Lebenspartnerschaften, zu deren familiärer Gemeinschaft minderjährige Kinder gehören (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. c StAG-E). Hier muss nur eine Person die Voraussetzung aus lit. b erfüllen, die andere Person kann sich der Kinderbetreuung widmen und Leistungen beziehen. Zusammengefasst müssen Anspruchsstellende in Zukunft – sollten sie auf Sozialhilfen angewiesen sein – überwiegend in Vollzeit arbeiten – abgesehen von Übergangsvorschriften für die sogenannte Gastarbeitergeneration und Ausnahmen zur Kinderbetreuung.

Die vorgeschlagene Änderung schwächt damit das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit und verlangt von Einbürgerungswilligen unter Umständen objektiv Unmögliches oder subjektiv Unzumutbares. Weder individuell gesundheitliche Einschränkungen noch betriebliche beziehungsweise konjunkturelle Verwerfungen oder beispielsweise die häufig faktisch alternativlose Pflege von Angehörigen können berücksichtigt werden. Das verträgt sich nicht mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die Anspruchsstellenden werden dann entweder dauerhaft oder jedenfalls für eine längere Zeit jeder

realistischen Chance auf Einbürgerung beraubt. Eine demokratische Teilhabe wird ihnen mangels Unterstützung durch die Solidargemeinschaft verweigert.

Wo der Entwurf ausnahmsweise die Unterstützung der Solidargemeinschaft Einbürgerungswilligen zukommen lässt, zementiert er stereotypische Rollenbilder einer Familie und verschließt sich der in der Realität vorkommenden Bandbreite an Familienentwürfen. Die Ausnahme in lit. c) perpetuiert das tradierte Familienbild einer in Vollzeit arbeitenden Person und einer sich um die Kinder kümmernden Person. Die geschlechterparitätische Wahrnehmung der Kinderbetreuung durch beiderseitige Teilzeit ist nicht vorgesehen. Dieser höchst problematische Anreiz des Entwurfs steht im starken Widerspruch zu anderen geplanten Änderungen, die der Gleichstellung von Männern und Frauen mehr Gewicht beimessen wollen (§ 11 S. 1 Nr. 3 lit. b) StAG-E).

## Fazit

Die deutsche Staatsangehörigkeit wird auch im Referentenentwurf nicht monetarisiert. Die Einbürgerung setzt nach wie vor eine Mischung verschiedener Integrationsdimensionen voraus. Jedoch wird der Goldanteil am deutschen Pass im Gesetzesentwurf erhöht. Der Abschied vom Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit und die Nichtberücksichtigung der individuellen Umstände verstößt gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Einbürgerung. Menschen werden es faktisch nicht mehr in der Hand haben, die Einbürgerungsvoraussetzungen herbeizuführen. Insgesamt geht die vorgeschlagene Neuregelung an der Fülle unterschiedlichster Lebens- und Familiensituationen vorbei. Eine Härtefallklausel wäre verfassungsrechtlich geboten und ein umfassenderer Ausnahmekatalog (wie beispielsweise in § 25 b Abs. 1 S. 3 AufenthG) wäre jedenfalls rechtspolitisch wünschenswert.

Laut [Presseberichten](#) scheint das letzte Wort noch keineswegs gesprochen zu sein. Es ist zu hoffen, dass die erheblichen Bedenken durch die Bundesregierung oder spätestens im parlamentarischen Prozess ausgeräumt werden.



Tarik Tabbara

# Progressive Reform mit regressiven Untertönen

Der Gesetzentwurf zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts

doi: 10.17176/20230524-020245-0



Die Passagen im Koalitionsvertrag der Ampel zum Staatsangehörigkeitsrecht ließen aufhorchen (s. hierzu [hier](#) und [hier](#) und [hier](#) und [hier](#)). Schickt sich die Ampel hier an, die unter Rot-Grün begonnene, aber dann doch nur halb durchgeführte Staatsangehörigkeitsreform zu vollenden? Nach Lektüre des kürzlich veröffentlichten [Referentenentwurfs](#) des Gesetzes zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts lautet die Antwort: Vieles wird besser, manches wird schlechter, und von einem Staatsangehörigkeitsrecht, das den Realitäten der Postmigrationsgesellschaft gerecht wird, kann immer noch keine Rede sein.

## Rechtsrealismus postmigrantisch

Seit Jahrzehnten wächst die demokratische Lücke zwischen Wohn- und Wahlbevölkerung, und seit fast 25 Jahren scheitern alle Versuche, sie zu schließen. Die Zahl der [Nettozuwanderer\\*innen](#) übersteigt die der [jährlichen Einbürgerungen](#) um mehr als das Drei- bis Vierfache.

Man kann dem jetzt vorgelegten Entwurf durchaus attestieren, dass er erkennbar anstrebt, die demokratische Funktion, die dem Staatsangehörigkeitsrecht in der Postmigrationsgesellschaft zukommt, zu aktualisieren. Vor allem schneidet der Entwurf aller [reflexhaften Kritik zum Trotz](#) einen alten Zopf des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts recht gründlich ab: Viel zu lange hielt sich in Deutschland die in Europa, aber auch international und völkerrechtlich überholte „Übeltheorie“, nach der Mehrstaatigkeit per se von Übel und unbedingt zu vermeiden sei. Die Vermeidung dieses Übels wurde historisch zunächst auf dem Rücken der Frau ausgetragen, die durch Heirat eines Ausländers bis ins anfangende 20. Jahrhundert in fast allen Ländern der Welt automatisch ihre Staatsangehörigkeit verloren.<sup>1</sup>

Im geltenden Staatsangehörigkeitsrecht findet fak-

tisch eine Differenzierung nach Herkunftsstaaten statt. Manche Herkunftsstaaten entlassen ihre Staatsangehörigen nicht (derzeit insbesondere relevant für Syrien und Afghanistan), bei EU-Staaten wird Mehrstaatigkeit aus europapolitischen Gründen akzeptiert. Zuletzt wurden fast [70 Prozent der Einbürgerungen](#) unter Beibehaltung der bisherigen Staatsangehörigkeit vorgenommen, was aber nicht auf eine liberale Einbürgerungspraxis, sondern auf eine einbürgerungsrechtliche Segregation hinweist. Im Jargon des Einbürgerungsrechts wird auch vom „Anti-Türken-Gesetz“ gesprochen, weil es insbesondere die größte Migrant\*innengruppe in Deutschland ist, von der (abgesehen von wenigen anerkannten Flüchtlingen) ausnahmslos die Aufgabe ihrer türkischen Staatsangehörigkeit für die Einbürgerung in Deutschland verlangt wird.

Die Akzeptanz der Mehrstaatigkeit eröffnet die Chance zu einem [postmigrantischen Staatsbürgerschaftsverständnis](#), in dem sich Angestammte wie Hinzukommende wiederfinden könnten. In der Praxis führt sie allen Unkenrufen zum Trotz in aller Regel zu keinen nennenswerten Problemen, kann aber dazu beitragen, migrantische Realität nicht nur hinzunehmen, sondern anzuerkennen und wertzuschätzen und das nicht nur, wenn eine besonders qualifizierte Fachkraft dringend angeworben werden soll.

## Schneller deutsch

Ein großer Schritt in die richtige Richtung ist auch die Verkürzung der für die Einbürgerung von erforderlichen Aufenthaltszeiten von jetzt im Regelfall acht auf fünf Jahre. Dadurch kommt es im Normalfall zum Gleichlauf mit der in Deutschland erforderlichen Aufenthaltszeit für ein Daueraufenthaltsrecht. Der Schritt impliziert das Angebot und, bei entsprechender politischer Kommunikation,

<sup>1</sup>Hierzu Nicholas Courtman/Tarik Tabbara, Wiedergutmachung im Staatsangehörigkeitsrecht: Zu gesetzlichen Änderungen in Bezug auf NS-Unrecht und Geschlechterdiskriminierung, *Asylmagazin*, 2022, S. 145, 150 f.

das Werben dafür, dass Migrant\*innen sich nicht erst in einem ausländerrechtlichen Daueraufenthaltsstatus einrichten, sondern dass der politisch gewünschte Normalverlauf einer absehbar dauerhaften Migration so bald wie möglich zu einer Einbürgerung führt.

Bei besonderen Integrationsleistungen wie besonders guten schulischen oder beruflichen Leistungen oder bei bürgerschaftlichem Engagement verkürzt sich die Frist auf drei Jahre statt wie bisher sechs bzw. sieben Jahre. Solche Belohnungen mit weiten Ermessensspielräumen für die Behörden sind aber der mit einem demokratischen Verständnis von Staatsangehörigkeit fundamental verbundenen Idee gleichberechtigter Zugehörigkeit eher fremd. Jedenfalls wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber hier klarere Kriterien vorgeben würde, die zumindest einen Regelanspruch gewährleisten.

### Wertschätzen statt nationaler Biopolitik

Diese Erleichterungen haben das Potential, dass Deutschland endlich die Tradition hinter sich lässt, wie schon in der Weimarer Zeit Einbürgerung mit Selektion zu verknüpfen, woran die Rechtsprechung in der Bundesrepublik in terminologischer Kontinuität angeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht verlangte 1957 von der zuständigen Behörde, „nicht nur zu prüfen, ob der Bewerber um die deutsche Staatsangehörigkeit nach seinen persönlichen Verhältnissen einen wertvollen Bevölkerungszuwachs darstellt, sondern auch ob seine Einbürgerung unabhängig von seiner Person nach allgemeinen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Gesichtspunkten erwünscht ist“ (I C 165.55, Rn. 16). Diese Formel findet sich noch bis in die 2000er Jahre in der Rechtsprechung (z.B. VG Dessau vom 6. März 2007, Az.: 3 A 391/05, Rn. 19) und wirft bis heute Schatten auf die Haltung mancher Behörden und Gerichte zur Einbürgerung.

Auch wenn damit zu rechnen ist, dass allein durch die Zulassung der Mehrstaatigkeit die Einbürgerungszahlen durch Nachholeffekte steigen werden, so zeigen die vielfach relativ niedrigen Einbürgerungszahlen von Unionsbürger\*innen, dass es mehr braucht, um die demokratische Lücke zu schließen. Es bedarf einer Ansprache, in der sich die potenziellen Neubürger\*innen wertgeschätzt fühlen und nicht das Gefühl haben, sich einem von Misstrauen geprägten Prüfungsprozess unterziehen zu müssen. Es geht dabei nicht darum, dass Einbürgerungen voraussetzungslos sein sollten, aber dass die Kriterien mit Augenmaß gebildet werden und möglichst we-

nig Wertungsspielräume für die Einbürgerungsbehörden enthalten. Die Betroffenen reagieren nachvollziehbarerweise höchst sensibel darauf, wenn sie mehr oder weniger dem guten Willen von Behördenmitarbeiter\*innen ausgeliefert sind. Jedenfalls Drittstaatsangehörigen sitzen nicht selten als höchst hierarchisch erlebte Besuche bei der Ausländerbehörde in den Knochen.

Zu einem etwas gemischten Bild führt es daher, dass der gegenwärtige Entwurf jenseits der der Zulassung von Mehrstaatigkeit und der Verkürzung der erforderlichen Aufenthaltszeiten, allenfalls noch zaghafte Reformansätze und sogar einigen Verschärfungen des bestehenden Einbürgerungsrechts enthält.

### Deutschkenntnisse und schmale Lippen

Im Koalitionsvertrag findet sich die Aussage, dass für die sogenannte Gastarbeitergeneration das nachzuweisende Sprachniveau (gemeint sind Deutschkenntnisse) gesenkt werden solle, weil deren Integration lange Zeit nicht unterstützt wurde. Dieser begrüßenswerte Impuls wurde jetzt aber in seiner denkbar schmallippigsten Variante umgesetzt. Verzichtet werden soll lediglich auf die schriftlichen Deutschkenntnisse (mündliche Kenntnisse werden weiterhin geprüft) und zwar nur für ehemalige Gastarbeiter, die 67 Jahre oder älter sind. Als einzige Erweiterung sind die Vertragsarbeitnehmer\*innen der DDR vorgesehen.

Wie schmal dieses Zugeständnis ist, zeigt sich zum einen daran, dass in Kanada, das in puncto Fachkräfteeinwanderung gern als Vorbild bemüht wird, Menschen ab 55 Jahren von einem Nachweis von Englisch- oder Französischkenntnissen ebenso wie von einem Einbürgerungstest **ganz befreit** sind. Hinzu kommt, dass manche Bundesländer bereits jetzt eine Ausnahmemöglichkeit nutzen und von Personen ab 65 weder einen schriftlichen noch einen mündlichen Deutschnachweis mehr verlangen (z.B. **hier** Ziff. 10.6). Hier hat der Entwurf offenbar weniger die Praxis als politische Stimmungen im Blick.

### Unsozial bei der Lebensunterhaltssicherung

Die bemerkenswerteste Verschärfung enthält der neue Entwurf bei der Lebensunterhaltssicherung. Dieser Punkt war weder im Koalitionsvertrag noch in dem ersten BMI-Entwurf im Herbst vergangenen Jahres enthalten. Anders als einige europäische Staaten und Kanada, wo nur das Begleichen der Steuerschuld verlangt wird, fordert

Deutschland auch jetzt schon in § 10 Abs. 1 Nr. 3 StAG, dass Einzubürgernde „den Lebensunterhalt für sich und (ihre) unterhaltsberechtigten Familienangehörigen ohne Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch bestreiten“ können. Das geltende Recht stellt dies allerdings unter den Vorbehalt, dass der Leistungsbezug nicht zu vertreten ist. Demgegenüber soll es nach dem neuen Entwurf nur noch drei Ausnahmekonstellationen geben: Gastarbeiter\*innen und Vertragsarbeitnehmer\*innen, Personen, die in den letzten 24 Monaten 20 Monate vollzeitbeschäftigt waren, und schließlich Ehegatt\*innen oder eingetragene Lebenspartner\*innen einer aus der vorgenannten Gruppe, wenn sie mit einem minderjährigen Kind in familiärer Gemeinschaft leben.

Hier stellen sich offensichtlich umgehend gleichheitsrechtliche Fragen. Was ist mit Rentner\*innen, die (aufstockende) Grundsicherung erhalten und damit gänzlich von der Einbürgerung ausgeschlossen sind? Was ist mit Menschen mit Behinderungen? Wurde hier Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bzw. die UN-Behindertenrechtskonvention bedacht? Bei Alleinerziehenden oder Pflegenden drängt sich ein Problem mit Art. 3 Abs. 2 GG auf, da es überproportional Frauen treffen dürfte, denen dann nicht nur kurzfristig der Zugang zur demokratischen Teilhabe verwehrt bleiben würde.

In der Begründung findet sich nicht einmal der Ansatz einer Argumentation, die diese Engführung von Ausnahmen gleichheitsrechtlich plausibel machen könnte. All diese auf der Hand liegenden Bedenken wurden offensichtlich um der politischen Botschaft willen („keine Einwanderung (sic!) in die sozialen Sicherungssysteme“) verdrängt. Verstärkt wird dieser Eindruck noch dadurch, dass bereits nach geltendem Recht die Ausnahmemöglichkeiten von der Praxis sehr restriktiv ausgelegt werden, da eine Prognose der Lebensunterhaltssicherung gefordert wird, die Menschen ohne unbefristete Anstellung oder Solo-Selbständige mit geringem Einkommen allenfalls mit großen Schwierigkeiten nach aufwändiger Prüfung nachweisen können ([hier](#)).

## Unmittelbare Grundrechtsverpflichtung für Einzubürgernde?

Seit 2019 wird bei allen Einbürgerungen verlangt, dass die „Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse“ gewährleistet ist. Diese Formel stammt aus den vor-modernen Zeiten des Staatsangehörigkeitsrechts, als es noch keinen (generellen) Rechtsanspruch auf Einbürgerung gab, sondern Einbürgerungen in erster Linie durch nicht verbindliche Einbürgerungs-Richtlinien (restriktiv) gesteuert wurden. Auf Basis der Einordnungs-Formel wurden u.a. Deutschkenntnisse und die geforderte Aufenthaltsdauer verlangt, aber auch, dass Einbürgerungsbewerber keine Mehrehe führen.<sup>2</sup>

Letzteres war nach einer Entscheidung des [Bundesverwaltungsgerichts](#) aus dem Jahr 2018 auch der Anlass, die alte Formel, die im Rahmen der privilegierten, sogenannten Ehegatteneinbürgerung alle bisherigen Modernisierungen des Staatsangehörigkeitsrechts fast unbemerkt überdauert hatte, ins Zentrum des Einbürgerungsrechts zu rücken und nun für alle Einbürgerungstatbestände ins Gesetz zu schreiben. Denn der Gesetzgeber des [3. Staatsangehörigkeitsänderungsgesetzes](#) meinte, anders Einbürgerungen bei in Deutschland wirksamen Mehrehen nicht verhindern zu können. Schon vor seiner Verabschiedung wurde davor gewarnt, dass die Nutzung dieser Formel eine Brückenfunktion zum alten kulturalistisch geprägten Recht der Einbürgerungs-Richtlinien haben könnte ([hier](#) und [hier](#)).

Und es zeigte sich auch recht schnell, dass die Sorge vor einem neuen Kulturvorbehalt für Einbürgerungen nicht unbegründet war. So wurde mit der Einordnungs-Formel Einbürgerungen von Personen ausgeschlossen, die Personen anderen Geschlechts aus religiösen Gründen nicht die Hand zur Begrüßung geben. Es tauchten unter der Formel aber auch schnell Versatzstücke aus der Zeit der Einbürgerungs-Richtlinien auf wie die Aussage, dass eine Einordnung wegen einer deutschen Ehefrau und einem deutschen Kind gegeben sei, oder dass ein Einbürgerungsbewerber seinem Heimatland noch nicht vollständig „entrückt und faktisch zu einem Inländer“ gewor-

<sup>2</sup>Tarik Tabbara, Zur Gewährleistung der Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse als Einbürgerungsvoraussetzung: Anzeichen in der Praxis für einen allgemeinen Kulturvorbehalt für Einbürgerungen, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2023, Heft 5, S. 185-195.

<sup>3</sup>Tarik Tabbara, Zur Gewährleistung der Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse als Einbürgerungsvoraussetzung: Anzeichen in der Praxis für einen allgemeinen Kulturvorbehalt für Einbürgerungen, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2023, Heft 5, S. 185, 191-194.

den sei.<sup>3</sup>

Diese sehr elastische Formel will die Koalition laut Koalitionsvertrag durch „klare Regeln“ ersetzen. Herausgekommen ist dabei allerdings eine Regelung, die zwar die angestaubte Terminologie der Einbürgerungs-Richtlinien hinter sich lässt, aber klare Regeln weiterhin vermissen lässt. Eine Einbürgerung soll nämlich nunmehr ausgeschlossen sein, wenn „der Ausländer durch sein Verhalten zeigt, dass er die im Grundgesetz festgelegte Gleichberechtigung von Mann und Frau missachtet.“ Bei dieser wiederum fast wörtlich aus der bereits erwähnten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts entlehnten Formel zeigt sich ein konzeptionelles Grundproblem des derzeitigen Entwurfs.

Ein zentraler politischer Begründungsstrang ist es nämlich, die Einbürgerung von der Akzeptanz von Werten abhängig zu machen, wie es u.a. Bundesinnenministerin Nancy Faeser in der [Pressemitteilung](#) zur Veröffentlichung des aktuellen Entwurfs formuliert hat: „Wer unsere Werte nicht teilt, kann nicht Deutscher werden.“ Die Berufung auf geteilte Werte ist als politische Aussage unproblematisch, als rechtliche Voraussetzung führt sie aber schnell auf dünnes Eis. Denn der pluralistische Rechtsstaat zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er Werte nicht vorschreibt, wiewohl er für sie wirbt und (auch) von ihnen lebt. Rechtliche Verbindlichkeit kann im pluralistischen Rechtsstaat nur das allgemeine Gesetz verlangen.

Die Berufung auf die in Art. 3 Abs. 2 GG garantierte Gleichberechtigung ist natürlich als politisches Anliegen über jeden Zweifel erhaben. Die gesetzgeberische Umsetzung bleibt dennoch höchst fragwürdig, denn im Grunde wird hier eine unmittelbare Bindung der Einbürgerungsbewerber an die Grundrechte oder, was im Ergebnis auf das gleiche hinausläuft, grundrechtlicher Werte statuiert. Dabei ist nicht nur höchst fraglich, wie das praktisch auch nur einigermaßen einheitlich ausgelegt werden soll zwischen Hamburg und Passau. Die konzeptionelle Unausgegorenheit zeigt sich daran, dass hier – im Namen geteilter Werte – eine Art unmittelbarer Grundrechtswerteverpflichtung für Einzubürgernde aufgemacht wird, wie sie für alle anderen deutschen Staatsangehörigen so eben nicht gilt. Und dabei drängt sich die Frage auf, ob hier nicht in der Praxis die Gefahr eines anti-muslimischen *racial profiling* im Einbürgerungsrecht wie einst unter dem sogenannten [Muslim-Test](#) in Baden-Württemberg entstehen könnte. Diese Art von doppelten Standards

werden jedenfalls sehr genau registriert und könnten weiter Zweifel nähren, ob man hier wirklich gewollt ist.

## Eine Norm auf der Suche nach ihrer Anwendung

Auch im Sicherheitsbereich gibt es Irritierendes. Erst [2021](#) wurde eine Regelung eingefügt, die sonst eigentlich unerhebliche Bagatelldelikte (bis zu 90 Tagessätze) zum Ausschlussgrund für eine Einbürgerung macht, wenn das Gericht antisemitische, rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe nach § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB festgestellt hat (§ 12a Abs. 1 Satz 2 StAG). Der jetzige Entwurf sieht nur eine verfahrensmäßige Flankierung dieses Ausschlussgrundes vor. Die Einbürgerungsbehörden sollen verpflichtet werden, bei einem Katalog von über 20 Straftatbeständen (u.a. Nötigung, Sachbeschädigung und Beleidigung) bei Bagatelldelikten die Staatsanwaltschaften aufzufordern, die jeweiligen Urteile daraufhin zu überprüfen, ob dort entsprechende Beweggründe festgestellt wurden.

Einem fachlich dringenden Bedürfnis scheint dieser Schritt kaum geschuldet. Zumindest in der Datenbank Juris findet sich nach wie vor überhaupt nur eine Entscheidung, in der Feststellungen im oben genannten Sinne getroffen wurden (dazu bereits [hier](#)). Es mag zwar sein, dass die Vorschrift zur Konkretisierung der Strafzumessung, die 2015 eingeführt und 2021 um antisemitische Beweggründe erweitert wurde, in Zukunft praktische Bedeutung erfahren wird (wobei grundsätzlich fraglich ist, ob dies im Bereich von Bestrafungen im Bagatellbereich der Fall sein wird). Hier wäre es dann aber angezeigt, zunächst die Entwicklung zu beobachten und dann ggf. gesetzgeberisch darauf zu reagieren.

## Staatsbürgerschaft der postmigrantischen Gesellschaft

Eigentlich setzt der Gesetzentwurf zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts dazu an, die Vorstellungen kultureller Homogenität, die so lange das deutsche Staatsangehörigkeit belastet haben und heute noch in seinen schattigeren Winkeln immer wieder zu finden sind, endlich hinter sich zu lassen. Mehrstaatigkeit nicht mehr nur noch wohl oder übel (!) in Ausnahmefällen hinzunehmen, sondern zur legitimen Regel auszurufen, ist weit mehr als nur der Abbau praktischer Einbürgerungshürden. Dieses Mehr an Einlösung des demokratischen Versprechens gleicher Teilhabe (vgl. [hier](#)) muss sich derzeit aber noch gegen Unterströmungen des politischen

Botschaftsmanagements behaupten. Es bleibt zu hoffen, dass problematische Konteresignale einer doch wieder auf Homogenität ausgerichteten nationalen Identitätspolitik alter Prägung, wenn auch neuerdings im Gewand der „geteilten Werte“, im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf-

gefangen werden. So könnte eine Konzeption der Staatsbürgerschaft formuliert werden, in der sich die Angehörigen und immer Dazukommenden in der postmigrantischen Gesellschaft als Gleiche wiederfinden.



Andreas Gutmann

# Von Brokdorf nach Neukölln

Zum Verbot zweier pro-palästinensischer Versammlungen in Berlin

doi: 10.17176/20230530-231017-0



Die Räume für zivilgesellschaftlichen Protest scheinen sich zunehmend zu verengen. Dies legt nicht nur das martialische [Vorgehen](#) der Sicherheitsbehörden gegen die Letzte Generation, die polizeiliche Begleitung des Berliner [Demonstrationsgeschehen](#) am 1. Mai oder die [Strafverfolgung](#) wegen Nichtanmeldung einer Spontansammlung in Bremen nahe. „Die grundsätzliche Wertung der Versammlungsfreiheit als fundamentales demokratisches Grundrecht scheint in Vergessenheit geraten“, [konstatiert](#) Tore Vetter in der taz.

Vor diesem Hintergrund besorgniserregend (so bereits auf diesem Blog [Steinbeis](#)) ist auch das [Verbot](#) zweier pro-palästinensischer Versammlungen in Berlin. Die Verbote beruhen nicht nur auf einer Gefahrenprognose, welche die hohen Anforderungen, die Art. 8 GG an ein präventives Versammlungsverbot stellt (etwa [BVerfG](#) Rn. 81), grundsätzlich verkennt. Vielmehr stützen die Bescheide (mir vorliegend) diese Gefahrenprognose auch maßgeblich auf rassistische Zuschreibungen. Eilrechtsschutz gegen beide Verbote [scheiterte jeweils](#) vor dem OVG, die Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor.

## Versammlungsverbote für ein politisches Spektrum

In Berlin gab es in der Vergangenheit immer wieder antisemitische Vorfälle auf und im Umfeld von Versammlungen, auch solcher aus dem [linken](#) und dem [pro-palästinensischen](#) Lager. Letzteres erinnert jährlich um den 15. Mai an die sogenannte [Nakba](#), also die Vertreibung einer großen Zahl Palästinenser\*innen aus dem ehemaligen britischen Mandatsgebiet Palästina im Jahr 1948. Auch dieses Jahr sollte der Tag in Berlin im Rahmen zweier Demonstrationen, die für den 13. und 20. Mai angemeldet worden waren, begangen werden.

Zur Demonstration am 13. Mai hatte das Kollektiv betafelz aufgerufen, laut Angaben der Versammlungsbehörde eine feministische Gruppe „von Menschen palästinensischer, jüdischer und deutscher Herkunft.“ Ob die Zusammensetzung und Ausrichtung des Kollektivs möglicherweise eine Auswirkung auf die Wahrnehmungs-

keit antisemitischer oder sonst strafbarer Vorfälle haben könnte, ist der Versammlungsbehörde keiner Erörterung wert. Vielmehr hätten verschiedene Organisationen die Veranstaltung in den sozialen Medien geteilt, geliked oder sogar zur Teilnahme aufgerufen, darunter „solche, die Bezüge zu ‚Boycott, Divestment and Sanctions‘ (BDS) aufweisen.“ Dass dies eine Gefahrenprognose zu stützen vermag, verwundert. Zwar wird der BDS-Kampagne verbreitet Antisemitismus attestiert, unter anderem durch den [Bundestag](#) (kritisch dazu [hier](#)). Allerdings hatte das [BVerwG](#) festgestellt, dass auch die Positionen von BDS der Meinungsfreiheit unterfallen (dazu [hier](#)). Sie sind jedenfalls nicht pauschal strafbar.

Außerdem nennt die Versammlungsbehörde in beiden Bescheiden zahlreiche Organisationen aus dem pro-palästinensischen Lager, mit deren Teilnahme sie rechnet, ohne dass sich aus dem unstrukturierten Vortrag stets ergibt, woraus sich diese Einschätzung ableitet.

So seien „Versammlungen, die sich kritisch mit dem Schicksal von Palästinensern in israelisch besetzten Gebieten auseinandersetzen, vor dem Hintergrund der aktuellen Ereignisse im Zusammenhang mit Ost-Jerusalem und dem Gaza-Streifen damit geeignet, Personen zu mobilisieren, die sich im konkreten Fall zu Handlungen oder Äußerungen hinreißen lassen, die nicht mit der deutschen Gesetzgebung vereinbar sind.“ Die Versammlungsbehörde schreibt in beiden Bescheiden wörtlich aus der Einleitung eines Textes der WELT ab: „[Während manche Demonstranten auch die Hamas kritisierten, stellten viele andere das Existenzrecht Israels in Frage und äußerten sich offen antisemitisch](#)“. Dieser Beitrag zum bundesweiten Geschehen um die Nakba im Jahr 2021 nennt aber in Bezug auf Berlin keine antisemitischen Zwischenfälle.

Eine versammlungsrechtliche Gefahrenprognose muss sich aber stets auf die konkrete Versammlung beziehen. Wie das [BVerfG](#) (Rn. 19) festgestellt hat, reicht der bloße Verweis darauf, bei Versammlungen eines bestimmten politischen Spektrums komme es regelmäßig zu Straftaten, gerade nicht aus.

Auch in der [Presse](#) wurde kritisiert, dass sich die Verbotgründe damit de facto gegen sämtliche pro-palästinensischen Versammlungen richten. Dies zeigt sich auch dadurch, dass beide Bescheide, obwohl die Versammlungen von unterschiedlichen Personen zu abweichenden Themen angemeldet worden waren, über weite Strecken wortlautidentisch ausfallen.

## Verbotgründe

Die Versammlungsbehörde stützt ihr Verbot auf Zwischenfälle bei vergangenen pro-palästinensischen Versammlungen. Hier kam es in der Tat mehrfach zu antisemitischen [Äußerungen](#), die zu Recht [breit kritisiert](#) wurden. An der Argumentation der Versammlungsbehörde verstört jedoch nicht nur, dass nicht näher begründet wird, warum alleine ein (vermuteter) ähnlicher Teilnehmendenkreis auf einen ähnlichen Verlauf schließen lässt. Auch dürften die aufgezählten Geschehnisse – so kritikwürdig sie im Einzelfall auch sind – kein pauschales präventives Versammlungsverbot rechtfertigen.

## Das hohe Gut der Meinungsfreiheit

Maßgeblich stützt sich die Versammlungsbehörde auf den Verbotgrund [des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VersFG](#), der ein Regelbeispiel für eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nennt. Die Vorschrift gibt den Wortlaut des § 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB wieder. Eine Versammlung kann also dann verboten werden, wenn die unmittelbare Gefahr besteht, dass die Versammlung den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllt. In Bezug auf eine rechtsextreme Versammlung hatte das [BVerfG](#) ausgeführt, die bloße Erwartung der Verbreitung nationalsozialistischen oder rechtsextremen Gedankenguts sei für ein Verbot nicht ausreichend, vielmehr müssten sie die Strafbarkeitsgrenze, insbesondere jene des § 130 StGB überschreiten.

Zahlreiche der Äußerungen auf Plakaten und durch Sprechchöre auf vergangenen Versammlungen, welche von der Polizei zur Begründung einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit herangezogen werden, erfüllen diesen Tatbestand jedoch nicht. So sind Slogans wie „Boycott Israel“ oder „from the river to the sea“ zwar [strukturell antisemitisch](#). Das Äußerungsstrafrecht ist jedoch durch eine diffizile Abwägung zwischen Meinungsfreiheit der Äußernden und der Würde der Personen, über die eine Äußerung gemacht wird, geprägt. Ob die Grenz-

ziehung zwischen Sagbaren und Nichtsagbaren durch das Strafrecht insbesondere in Bezug auf hier in Frage stehende antisemitische Äußerungen vorgenommen wird, ist eine Frage, die zu Recht diskutiert wird (etwa [Hasselmann](#), S. 263 ff.). Allerdings ist es nicht Aufgabe der Polizei, diese Grenze losgelöst von (straf-)rechtlichen Grundlagen für gewisse Gruppen neu zu ziehen.

An diesen hohen Hürden des Verbots einer Versammlung aufgrund der dort getätigten Äußerungen wird auch die im Koalitionsvertrag der neuen Berliner Regierung vereinbarte Wiederaufnahme der Gefährdung der öffentlichen Ordnung als Verbotgrund ins [VersFG](#) (S. 28) nichts ändern. So hat das [BVerfG](#) entschieden, dass die strafrechtlich geregelten Begrenzungen der freien Rede abschließend sind und nicht über den Auffangtatbestand der öffentlichen Ordnung zusätzliche Verbote geschaffen werden dürfen (Rn. 26).

## Größe der Versammlung als Verhängnis

Mehrfach stützt die Behörde ihre Gefahrenprognose darauf, dass bei vergangenen Versammlungen mehr Personen teilgenommen hätten, als von den Anmelder\*innen angegeben. Auch für die gegenständlichen Versammlungen hält die Versammlungsbehörde die angezeigte Personenzahl für zu gering. Die Zahl der erwarteten Teilnehmer\*innen wird von [§ 12 VersFG](#) nicht ausdrücklich als obligatorische Angabe im Rahmen der Anzeige einer Versammlung genannt. So kann eine Schätzung der erwarteten Größe der Versammlung nur im Rahmen der versammlungsrechtlichen Kooperationsobliegenheit ([§ 4 VersFG](#)) verlangt werden. Verstöße gegen das Kooperationsgebot können jedoch nicht unmittelbar Maßnahmen gegen die Versammlung rechtfertigen. Denkbar ist lediglich, dass die Polizei aufgrund mangelnder Angaben eine unzutreffende Gefahrenprognose trifft und dadurch zu Maßnahmen greift, die sie bei Vorliegen umfassender Information durch die Veranstalter\*innen nicht hätte treffen müssen ([Deiseroth/Kutscha](#), Art. 8 Rn. 232). Zur Begründung eines Verbots taugt eine unzutreffende Angabe der erwarteten Teilnehmer\*innen jedenfalls nicht. Das Erfordernis einer belastbaren Angabe der Teilnehmendenzahl würde wohl auch die Versammlungsfreiheit in nicht zu rechtfertigender Weise beschränken. Wie schwierig eine solche Angabe sogar ex post ist, zeigt sich in den [erheblichen Abweichungen](#) der Schätzungen der Teilnehmendenzahlen im Nachgang zu einer Demonstration. Eine verlässliche Einschätzung ex ante dürfte daher

häufig nahezu unmöglich sein.

## Wiederkehr der Corona-Regeln

Beide Verbote werden mit gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen Polizei und Demonstrierenden auf vergangenen pro-palästinensischen Versammlungen begründet. Kurioserweise fanden viele der ausgeführten Zwischenfälle im Jahr 2021 statt und entzündeten sich an einem Vorgehen der Polizei gegen diese Versammlungen wegen Verstößen gegen infektionsschutzrechtliche Maßnahmen. Ob diese Maßnahmen im Einzelfall rechtmäßig waren, soll hier nicht im Fokus stehen (vgl. dazu [hier](#); [hier](#); [hier](#); [hier](#)). Jedenfalls erleben die pandemiebedingten Einschränkungen der Versammlungsfreiheit hier eine unheilvolle Wiederkehr. Die Versammlungsbehörde setzt sich nicht einmal ansatzweise damit auseinander, dass dieser Konfliktherd spätestens seit dem „[offiziellen Ende](#)“ der Corona-Pandemie nicht mehr besteht. Das Bestehen einer unmittelbaren Gefahr, dass sich die Versammlungsteilnehmenden im Mai 2023 (gewaltsam) gegen die Durchsetzung von Infektionsschutzmaßnahmen wehren, ist denklogisch ausgeschlossen. Dass aus der Nichtbefolgung der Corona-Regeln auf die Bereitschaft, sich auch gegen andere Regeln gewaltsam aufzulehnen zu schließen ist, wird dem Erfordernis einer konkreten Gefahr für konkret geschützte Rechtsgüter nicht gerecht.

## Obskure Verhältnismäßigkeitsprüfung

Im Rahmen der (eher formelhaft bleibenden) Begründung der Verhältnismäßigkeit der Verbote bleibt das Gewicht der Versammlungsfreiheit der Anmeldenden gänzlich unberücksichtigt. Eine Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter findet nicht statt, vielmehr werden die Gesichtspunkte, die für ein Verbot sprechen, wiederholt und zusammengefasst. Hier hätte insbesondere berücksichtigt werden, dass auch die freie Zeitwahl der Versammlung von Art. 8 GG geschützt ist ([BVerfG](#) Rn. 62). Ganz offensichtlich kam es den Veranstalter\*innen hier darauf an, die Versammlungen in zeitlicher Nähe zur Nakba stattfinden zu lassen. Das symbolisch aufgeladene Datum hätte also nicht nur auf Ebene des Gefahrenpotentials der Versammlung, sondern auch im Rahmen der Schwere des Eingriffs berücksichtigt werden müssen.

Zwingend zu berücksichtigen gewesen wäre auch, dass das Verbot einer Versammlung stets nur *ultima ratio* sein kann (st. Rspr., etwa [BVerfG](#), Rn. 80). Selbst wenn

Straftaten von einzelnen Teilnehmer\*innen zu befürchten sind, ist der Staat verpflichtet, die Durchführung der Versammlung zu gewährleisten ([BVerfG](#) Rn. 93) und gegebenenfalls gegen einzelne Störer\*innen vorzugehen. Ein (verbotsweises) Vorgehen gegen eine gesamte Versammlung oder Teile dieser ist nur dann zulässig, wenn diese die Straftäter\*innen in ihrem Entschluss stärkt bzw. unterstützt ([BVerfG](#) Rn. 19) oder unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes ([Dürig-Friedl](#), § 15 [VersG](#) Rn. 72).

## Neukölln als Chiffre

Ganz wesentlich stützt die Versammlungsbehörde ihre Gefahrenprognose auf ein derzeit in Berlin beliebtes rassistisches Stereotyp, jenes der migrantischen/muslimischen jungen und vornehmlich männlichen Person. Ausdrücklich wird ausgeführt, dass es sich bei den erwarteten Demonstrationsteilnehmenden überwiegend um junge „Personen der arabischen Diaspora“ sowie „weitere[n] muslimisch geprägte Personenkreise[n]“ handeln wird. Außerdem sei „zurzeit bei dieser Klientel [sic!] eine deutlich aggressive Grundhaltung“ vorherrschend. Auch Neukölln muss wieder als [Feindbild](#) herhalten. So sei zu erwarten, dass sich dort „Personen der heterogenen, arabischsprachig und muslimisch geprägten Anwohnerschaft [...] spontan dazu ermutigt sehen könnten, die Versammlungen aufzusuchen.“ Ebenso sei die High-Deck-Siedlung, in der „viele junge arabischsprachige Menschen“ leben, fußläufig erreichbar.

Dass die Gefahrenprognose hier im Ungefähren verbleibt, ist kein Zufall. Ganz bewusst werden hier Vorurteile, die insbesondere auch in der politischen und medialen Aufarbeitung der Ereignisse der Berliner, Silvesternacht eine bedeutende Rolle spielten, bedient. Das Bild, das hier gezeichnet wird, scheint das rechtliche Argument zu ersetzen. Dass gewisse Bevölkerungsgruppen gefährlich sein sollen, wird als allgemein bekannte Tatsache vorausgesetzt. Die hohen Anforderungen an die Gefahrprognose und die Verhältnismäßigkeit von Versammlungsverboten die das [BVerfG](#) maßgeblich im [Brokdorf-Beschluss](#) herausgearbeitet hat, gelten jedoch unabhängig vom Versammlungsort und dem Kreis der sich Versammelnden.

Ein besonderes Problem scheint die Emotionalität der Versammlungsteilnehmenden zu sein. So waren nach Angaben der Versammlungsbehörde bei einer pro-palästinensischen Demonstration im April 2022 „100 bis 150 junge Männer hoch emotional und agierten im ge-



samten Verlauf sehr lautstark.“ Dabei sei immerhin ein (!) Flaschenwurf auf Polizeikräfte zu verzeichnen gewesen. Die starke Emotionalisierung der Teilnehmenden ist aus Sicht der Behörde nicht allein auf deren junges Alter zurückzuführen. Vielmehr beobachtet sie generell eine „erhebliche Emotionalisierung innerhalb der palästinensischen Diaspora“.

Die besondere Betonung der Emotionalität der Versammlungsteilnehmenden reproduziert die rassistische Dichotomie zwischen dem rationalen Selbst und dem unberechenbaren, emotionsgetriebenen Anderen. Darüber hinaus ist die beinahe obsessive Fokussierung auf die Emotionalisierung der zu erwartenden Versammlungsteilnehmenden versammlungsrechtlich deplatziert.

So schützt Art. 8 GG nach der berühmten Formulierung Konrad Hesses gerade „ein Stück ungebändigter unmittelbarer Demokratie“, also die gemeinsame, häufig gefühlsgeladene oder laute Kundgabe der Missbilligung bestimmter Zustände. Versammlungen zeichnen sich gegenüber anderen Formen der politischen Partizipation gerade durch ihren performativen, stark emotional aufgeladenen Charakter aus. Ob diese kollektiv nach außen getragenen Emotionen nachvollziehbar, berechtigt, überzogen oder kritikwürdig sind, ist für den Schutz durch die Versammlungsfreiheit gleichermaßen irrelevant wie die Frage, ob die Versammlung in Nordneukölln oder im Grunewald mobilisiert.

Emma Sammet

# Versammlungskontrolle und Versammlungsfreiheit

Warum der 1. Mai 2023 keine „taktische Meisterleistung“ der Polizei war

doi: 10.17176/20230511-181724-0



Der 1. Mai bietet jedes Jahr die Möglichkeit, auf dynamische Versammlungsgeschehen ausgerichtete polizeiliche Einsatzkonzepte wie unter dem Brennglas zu analysieren. Dabei hat sich in den letzten Jahren die Polizeitaktik der „Demobegleitung“ als Teil des sog. Deeskalationsprinzips durchgesetzt. In der Praxis zeichnet sich dieses Konzept durch eine starke polizeiliche Präsenz und frühzeitiges Einschreiten aus. In konkrete Maßnahmen übersetzt (und **eindrücklich beispielsweise ersichtlich während der queer-feministischen „Take Back the Night“-Demo**) bedeutete dies rund um den diesjährigen 1. Mai in Berlin, dass Demonstrationen von mehreren Reihen (Spalieren) von Polizist\*innen in voller Montur begleitet wurden und dass speziell trainierte Beweissicherungs- und Festnahmeeinheiten (BFE) bereit standen und beim geringsten Anlass in die Demonstrationen intervenierten. Demorouten waren vollständig durch Polizeiautos abgeschirmt und das Tempo durchgängig durch die vorweg schreitenden Polizeieinheiten vorgegeben. Für Außenstehende waren in der Folge weder die Versammlungsteilnehmer\*innen noch ihre politischen Forderungen ersichtlich. Nach innen wirkte das polizeiliche Vorgehen abschreckend, nach außen kriminalisierend. Die **„taktische Meisterleistung“** der Polizei (so der Regierende Bürgermeister Berlins in seiner Bilanz zum 1. Mai 2023) stellt sich so betrachtet als Einhegung und Kontrolle der Versammlungen dar.

In den letzten Jahren haben sich solche Formen der einhegenden Demobegleitung normalisiert und ausgeweitet. Entsprechende Einsatzkonzepte werden weithin akzeptiert und lediglich einzelne überschießende Maßnahmen kritisiert (beispielsweise **hier**). Doch mit Blick auf die Wirkungen des Einsatzkonzepts, insbesondere auf die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG, ist die Ausweitung jener Praxis hoch problematisch. Denn von der Versammlungsfreiheit bleibt wenig übrig, wenn faktisch die Polizei die Demonstration veranstaltet.

## Protest Policing: das Widerständige kontrollierbar machen

Vorrangige, verfassungsrechtlich bestimmte Aufgabe der Polizei ist, das Versammlungsgrundrecht aus Art. 8 I GG zu schützen und durchzusetzen. Im Berliner Versammlungsfreiheitsgesetz heißt es gar, „die Durchführung einer nach Maßgabe dieses Gesetzes zulässigen Versammlung zu unterstützen“ (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 VersFG Berlin). Polizeitaktiken, wie sie am 1. Mai 2023 zu beobachten waren, stehen diesem Anspruch entgegen. Denn von öffentlicher Meinungskundgabe und politischem Ausdruck einer Versammlung bleibt wenig übrig, wenn sie hinter einem mehrreihigen Polizeispalier verschwindet. Die Versammlungsfreiheit wird nicht mehr verwirklicht, wenn die Polizei den Demonstrationszug so durch die Stadt geleitet, dass sich die Versammlungsteilnehmer\*innen ohnmächtig fühlen und gar die Lust verlieren, zu protestieren. Die Konfliktlage zwischen widerständiger Versammlungsfreiheit und polizeilicher Versammlungskontrolle wird einseitig in Richtung Kontrolle aufgelöst.

Dies mag auch darin begründet liegen, dass eine große politische und polizeiliche Sorge möglichen Störungen und Gewalttätigkeiten gilt. Nicht ohne Zusammenhang wurde der diesjährige 1. Mai als **friedlichster 1. Mai seit 1987** bezeichnet. Die Sorge vor Ausschreitungen beruht dabei meistens maßgeblich auf polizeilichen Informationen und Lageeinschätzungen. Diese tendieren jedoch dazu, insbesondere **kapitalismus-kritische Positionen schnell unter einen Generalverdacht zu stellen**. Einigkeit besteht zudem, lieber „auf Nummer sicher“ gehen zu wollen – zur Not zulasten der Versammlungsfreiheit. Doch andersherum sollten nicht im Namen der vermeintlichen Befriedung von Demonstrationen deren Ausdrucksmöglichkeiten von vornherein durch die Polizei bestimmt und begrenzt werden.

Während sich die rechtliche Diskussion meist – prozessual begründet – an einzelnen Polizeimaßnah-

men aufhängt, deren Form sich skandalisieren oder deren Rechtswidrigkeit sich gerichtlich feststellen lässt, existiert eine parallele Auseinandersetzung unter dem Stichwort des *Protest Policing*. Mit dieser Perspektive, übersetzbar als die **polizeiliche Behandlung und Kontrolle von Demonstrationen**, wird der Blick geweitet auf die polizeilichen Einsatzkonzepte als solche, ihre Bestandteile, Entwicklung und insbesondere auch Folgen.

### Offensive Deeskalation und Abschreckung als Eingriff

So hat die Polizei in den vergangenen Jahrzehnten verschiedene **Einsatzkonzepte für Demonstrationen ausprobiert und weiterentwickelt**. Entsprechend der wahrgenommenen „Gefahrenlage“ hat sich dabei als strategisches Ziel durchgesetzt, Gewalt in Versammlungskontexten möglichst frühzeitig zu unterbinden.<sup>1</sup> Hierfür greift die Polizei auf ein ganzes Bündel an Maßnahmen zurück, zu denen etwa Kooperationsgespräche, die Entwicklung von Lagebildern oder (Vorab-)Begleitung der Versammlungen durch eigene Öffentlichkeitsarbeit gehören. Im Konfliktfall soll zwischen verschiedenen Gruppen der Versammlungsteilnehmer\*innen differenziert werden – das polizeiliche Handeln also verhältnismäßig, zielgruppenorientiert und wohlndosiert sein. Im öffentlichen und polizeilichen Sprachgebrauch firmieren diese Maßnahmen unter dem Überbegriff des *Deeskalationsprinzips*. Auch das Einsatzkonzept der Demobegleitung entspricht diesem Ansatz.

In der Versammlungspraxis stellt sich das Deeskalationsprinzip jedoch vor allem als eine Frage des Framings heraus. In der Realität sehen sich Versammlungsteilnehmer\*innen einer hochgerüsteten, **militarisierten Polizei** gegenüber. Der schwarze Ganzkörperanzug samt Sturmhaube erzeugt den Eindruck einer „unmittelbar bevorstehenden körperlichen Auseinandersetzung“<sup>2</sup>. Wenn gleich dies nicht beabsichtigt sein mag, sondern der Schutz der Polizeibeamt\*innen bezweckt ist, wirkt dies

auf die Versammlungsteilnehmer\*innen einschüchternd und abschreckend. Daneben existiert eine ganze Reihe weiterer abschreckender Polizeimittel (besonders extrem: **Maschinenpistolen und SEK-Einsatz auf Versammlungen, zum Tornado-Einsatz und allgemein der „Show of Force“** siehe hier), deren faktische Eingriffswirkungen durch eben diese Abschreckung anerkannt ist.<sup>3</sup> Und tatsächlich soll Deeskalation in der Versammlungsrealität in erster Linie durch eine starke Präsenz erreicht werden. Dies umfasst auch offensives Handeln bei niedriger Eingriffsschwelle, wie frühes Einschreiten, Vorkontrollen, Spalier und Teilausschlüsse. Weiter auf die Spitze getrieben äußert sich dies in den Auseinandersetzungen rund um die Aktionen der **Letzten Generation**. Hier zeigt sich, dass Meinungsäußerungen, Demonstrationen und ziviler Ungehorsam bereits in frühen Stadien als störende Elemente im demokratischen Diskurs wahrgenommen werden. Als Reaktion auf ausdrücklich friedliche Aktivist\*innen wird über die Ausweitung der Präventivhaft fabuliert. So **avanciert Gefängnis zur Lösung gesellschaftlicher Konflikte, die mittels des Versammlungsrechts getragen werden**. Insgesamt zeigt sich: die offensiven Maßnahmen verkehren das Deeskalationsprinzip de facto zu einem Prinzip der „deeskalativen Stärke“<sup>4</sup>. Dennoch ist es weiterhin bestimmendes Label der polizeilichen Rechtfertigung der Einsatztaktik.

### Eingriff und Rechtfertigung durch Kriminalisierung von Protest

Wenig beachtet: „deeskalative“ Einhegung von Versammlungen kann im Zusammenhang mit einer pessimistischen Lageeinschätzung gleichsam einer self-fulfilling prophecy überhaupt erst zu den erwarteten Problemen führen – deren Lösung dann aber bereits gerechtfertigt erscheint.<sup>5</sup> Nicht zu unterschätzen ist daher die präventive Kriminalisierung durch polizeiliche Lageeinschätzungen und Öffentlichkeitsarbeit, wie

<sup>1</sup> Winter, *Protest policing und das Problem der Gewalt*, Forschungsbericht 1998, S. 11 ff. Eine wichtige Referenz ist hierbei die PDV 100, die als VS-NfD allerdings der (wissenschaftlichen) Öffentlichkeit nicht zugänglich ist.

<sup>2</sup> Behrends, *Polizei als lernende Organisation? Erkenntnisgewinne aus einer 70-jährigen Protestkultur für die heutige Polizei*, in: Mecking (Hrsg.) *Polizei und Protest in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 185 ff. (225).

<sup>3</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, *GG-Kommentar*, Art. 8 Rn. 13; BVerfGE 65, 1 <43> – *Volkszählung 1983*; BVerfGE 140, 225 <228> – *Rote Karte 2015*; BVerwGE 160, 169 Rn. 31 – *Tornado-Tiefflug 2018*.

<sup>4</sup> Winter, *Protest policing und das Problem der Gewalt*, Forschungsbericht 1998, S. 12 f.

<sup>5</sup> Behrends, *Polizei als lernende Organisation? Erkenntnisgewinne aus einer 70-jährigen Protestkultur für die heutige Polizei*, in: Mecking (Hrsg.) *Polizei und Protest in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 185 ff. (226); Winter, *Protest policing und das Problem der Gewalt*, Forschungsbericht 1998, S. 10.

dieses Jahr beispielsweise die Warnungen vor einem gewaltbereiten „Anarcho Block“ bei der abendlichen 1. Mai-Demonstration. Solche präventiv kriminalisierenden Framings sind geeignet, im Nachgang jegliches Vorgehen der Polizei zu rechtfertigen und standen in ihrer Drastik in keiner Relation zur Demonstration selbst: Die Versammlung wurde nun bereits zum dritten Mal von einem weniger autonom geprägten Bündnis organisiert, das dezidiert bemüht ist, der Polizei wenig Anlass zum Eingreifen zu bieten.

Doch nicht nur im Vorhinein werden seitens der Polizei bestimmte Szenarien heraufbeschworen. Bereits das Einsatzkonzept der Demobegleitung selbst ist in diesem Sinne problematisch, weil es die Versammlung nach außen hin kriminalisiert. Im Ergebnis kann dies Bürger\*innen davon abhalten, an Versammlungen teilzunehmen und so die Versammlungsfreiheit beeinträchtigen. Dies funktioniert teilweise so verselbstständigt, dass es als Effekt gar nicht mehr hinterfragt wird. Wenn die Polizei ein Spalier bildet, dann wird sie das wohl begründet tun – so die Annahme. Dahinter können dann nur gefährliche Demonstrant\*innen stecken, die eng begleitet durch die Polizei durch die Straßen geleitet werden müssen. Verstärkt wird dieses Gefühl bei den Außenstehenden dadurch, dass die politischen Inhalte der Versammlung sie nicht mehr erreichen. Es wird unklar, worum es überhaupt geht und ob sie sich vielleicht mit den verfolgten Zielen identifizieren. Bei den betroffenen Demonstrant\*innen sorgt diese Polizeitaktik für den Verlust der Kontrolle über die eigene Versammlung und Frustration. Jeglicher eigener politischer Ausdruck, das Ziel der Demonstration, die Selbstermächtigung, sich auf die Straße zu begeben, wird zunichte gemacht.

## Protest als Bewährungsprobe für die Versammlungsfreiheit

Polizeiliche Einsatztaktiken lassen sich in ihrer Gesamtheit juristisch teilweise schwer fassen und hängen in ihrer

Rechtfertigung von polizeilichen Informationen ab. Während der Demonstration selbst haben die Versammlungsteilnehmer\*innen wenig Handhabe gegen deeskalativ-offensives Vorgehen. Im Nachgang lässt sich der Ausgang der eng begleiteten Demonstration wahlweise als absehbar oder polizeitaktischer Erfolg erklären. Die Befriedung der Demonstration – auch zum Preis ihrer Unkenntlichmachung – gilt als Maßstab und Ziel der Polizeiarbeit. Dabei gerät aus dem Fokus, dass die Versammlungsfreiheit als demokratisches Element<sup>6</sup> sich insbesondere in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung bewährt. Sie funktioniert durch die Offenlegung von widerstreitenden Meinungen, im Konflikt. Einhegende Polizeitaktiken, beschrieben vom *Protest Policing*, stehen dem entgegen. Denn sie sollen widerständige Elemente kontrollierbar machen.

Selbstverständlich können Eingriffe in die Versammlungsfreiheit gerechtfertigt sein. Dennoch ist der weitläufig akzeptierten Normalität der beschriebenen Einsatztaktik entgegenzutreten. Wenn Versammlungen neben ihrer freiheitssichernden auch eine demokratische Funktion zukommt und sie als „ein Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie, das geeignet ist, den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren“<sup>7</sup> weiterhin ihre stabilisierende Funktion verwirklichen soll, dann ist der Schutz auch ihrer Widerspenstigkeit elementar. Das Einsatzkonzept der Demobegleitung mag zwar aus einzelnen betrachtet harmlosen Maßnahmen bestehen, muss jedoch bei einer Gesamtbetrachtung als schwerwiegender Eingriff in die Versammlungsfreiheit verstanden und diskutiert werden. Dabei sollten strenge Anforderungen an die sachlichen Grundlagen der Rechtfertigung gestellt werden und im Zweifel für eine ungebändigte Versammlungsfreiheit entschieden werden.

<sup>6</sup>BVerfGE 69, 315 <344 f.> –Brokdorf 1985.

<sup>7</sup>Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, zit. nach der 20. Aufl. 1999, S. 176. Aufgegriffen von BVerfGE 69, 315 <346 f.> – Brokdorf 1985, dort zit. nach der 14. Aufl. 1984.

Frederik Orłowski

# Nun sag', wie hast du's mit Kaiserreich und Kolonialismus?



Über Parallelen und Brüche in der Debatte um die Rückgabe der Benin-Bronzen und den Streit um Ausgleichsleistungen an das „Haus Hohenzollern“

doi: 10.17176/20230513-181751-0

Einmal mehr stehen die sogenannten Benin-Bronzen im Mittelpunkt kulturpolitischer Streitgespräche. Nach jahrelanger Debatte [begann vergangenes Jahr endlich die Restitution](#) von den Tafeln und Skulpturen, die Ende des 19. Jahrhunderts im Zuge einer britischen Strafexpedition aus dem Palast des westafrikanischen Königreichs Benin geraubt wurden und seither (noch immer) auch in deutschen Museen ausgestellt sind. Doch nun macht seit einigen Tagen das geflügelte Wort vom „[Raubkunst-Fiasko](#)“ die Runde. Was war geschehen?

Bereits Mitte April dieses Jahres hatte die [nigerianische Tageszeitung „This Day“](#) darüber berichtet, dass die scheidende Regierung mittels einer Bekanntmachung verfügt habe, dass das Eigentum an den bereits zurückgegebenen und in Zukunft noch zurückzuführenden Artefakten dem Oba (König von Benin) übertragen wird. Drei Wochen später rekurrierte auf eben diese Meldung die renommierte Schweizer Ethnologin Brigitta Hauser-Schäublin, die in dieser kulturpolitischen Entscheidung der Regierung der Bundesrepublik Nigeria nicht weniger als einen Skandal zu erkennen glaubt. „War das der Sinn der Restitution?“, fragte *Hauser-Schäublin* schon in der Überschrift ihres [inzwischen prominent gewordenen Gastbeitrags](#) und beantwortet die von ihr aufgeworfene Frage gleich selbst: Jetzt zeige sich, wie verfehlt und übereilt die Rückgabe durch die deutschen Museen gewesen sei.

Bemerkenswerterweise übernahmen postwendend [zahlreiche Medienbeiträge](#) das *Hauser-Schäublin*-Narrativ und ward im Übrigen nur von einigen wenigen [Fachhistoriker\\*innen](#) und [-jurist\\*innen](#) in Frage gestellt. Darüber hinaus schlugen die Feuilletons der beiden größten deutschen Tageszeitungen unabhängig voneinander einen Bogen von Benin City nach Berlin, indem sie die Frage der Rückgabe der Benin-Bronzen mit den Forderungen nach Ausgleichsleistungen der vormals das

Königreich Preußen regierenden Familie in Verbindung brachten. So prognostizierte [Jörg Häntzschel](#) in der SZ, dass man sich in Deutschland nicht damit leichttun werde, die Entscheidung der nigerianischen Regierung zu akzeptieren. Denn die Aufregung sei groß gewesen, „als unser eigener Oba, Georg Friedrich von Preußen [sic!], große Teile des früheren Familienbesitzes der Hohenzollern vom Staat zurückforderte.“ Und in der [FAZ kritisierte Andreas Kilb](#) die bislang vorherrschende „Einseitigkeit“ der Ausstellung des Museums im Königspalast von Benin City. Diese sei vom Standpunkt des Obas aus verständlich, so wie es auch verständlich sei, dass etwa die ehemalige deutsche Herrscherfamilie der Hohenzollern an die ruhmloseren Taten ihrer Vorfäter nicht gern erinnert werden möchte.

Diese Verknüpfung der beiden womöglich am kontroversesten diskutierten Restitutionsfälle der jüngeren deutschen Geschichte wirft eine handvoll Fragen auf: Ist die Restitution der Benin-Bronzen tatsächlich mit den bis 2019 erst im Geheimen und [im April 2023 schließlich in Teilen vor Gericht aufgegebenen Bemühungen](#) des selbsternannten „Hauses Hohenzollern“ um Ausgleichsleistungen vergleichbar? Und selbst wenn die Unterschiede überwiegen sollten: Liegt womöglich eine Parallele in der Frage der musealen Präsentation beider königlichen Schätze? Und ist die Aufregung um die Forderungen „der Hohenzollern“ und die Restitution der Benin-Bronzen vielleicht Ausdruck von etwas Größerem, gar einem hinter beiden Phänomenen steckenden Deutungskampfes?

## Äpfel und Birnen

Obwohl die „Hohenzollern-Debatte“, also die Forderung eines Ur-Ur-Enkels des letzten Deutschen Kaisers Wilhelm II. nach Ausgleichsleistungen für Enteignungen nach dem Ende des 2. Weltkriegs, die kulturpolitisch in-



teressierte Öffentlichkeit erst seit ungefähr vier Jahren begleitet, hat der Vergleich dieses Phänomens mit anderen historischen Sachverhalten schon eine gewisse Tradition. Bereits der TV-Unterhalter Jan Böhmermann, der die [Thematik im Herbst 2019 in seiner Fernsehshow aufgriff](#) und sie so überhaupt erst bundesweit bekanntmachte, zog einen Vergleich zum Völkermord, ausgeübt von kaiserlichen Truppen an den Herero und Nama zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Nüchtern betrachtet wohnt beiden Vorgängen ohne jeden Zweifel ein berechtigtes Skandalpotential inne. Jedoch ist der Völkermord an den Herero und Nama und die bislang ausgebliebenen Reparationsleistungen der Bundesrepublik Deutschland ebenso wenig wie die Restitution der Benin-Bronzen mit den Bemühungen Georg Friedrich Prinz von Preußens um Ausgleichsleistungen für sein vermeintlich noch immer hochadeliges „Haus“ vergleichbar.

Von einem formalen, originär juristischen Standpunkt aus unterscheiden sich die Vorgänge in Benin City und Berlin nämlich bereits insoweit, als dass die Frage der Ausgleichsleistungen für den Nachfahren des letzten Kaisers grundsätzlich in bundesgesetzlichen Bahnen verläuft. Denn schon vor fast 30 Jahren hat der Deutsche Bundestag das [Ausgleichsleistungsgesetz \(AusglLeistG\)](#) verabschiedet, auf dessen Grundlage neben tausenden anderen Fällen auch über das Begehren des „Hauses Hohenzollern“ zu entscheiden ist. Die Restitution der Benin-Bronzen war hingegen für lange Zeit und ist es größtenteils bis heute noch immer im (völker-)rechtlich luftleeren Raum zu verorten. Auch blieb beispielsweise ein Impuls des Bundesverfassungsgerichts, der Anfang der 1990er-Jahre entscheidend zur späteren Verabschiedung des AusglLeistG beigetragen hat ([BVerfGE 84, 90 \[128\]](#)), im Falle Benins bislang aus.

Aber auch mit Blick auf den der jeweiligen Debatte innewohnenden Nukleus bieten beide Fälle wenig Stoff für einen Vergleich. Denn hinter der „Hohenzollern-Debatte“ steht zum einen die [politische Entscheidung des 1926er-Gesetzgebers](#), Teile des ehemaligen königlich-preußischen Hausvermögens in Privateigentum zu verwandeln und die darauf aufbauende Entscheidung des 1994er-Gesetzgebers, dass die spätere Enteignung dieses Vermögens ein Unrecht gewesen und daher auszugleichen sei. Ausgangspunkt dieser beiden in der „Hohenzollern-Debatte“ schließlich miteinander verknüpften politischen Entscheidungen waren allerdings meuternde Matrosen, die die Revolution von 1918 auslö-

sten und den Monarchen stürzten. Die historischen Hintergründe für die Rückgabe der Benin-Bronzen sind zwar ebenfalls in der Zeit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert zu suchen, liegen aber in der eingangs bereits erwähnten britischen Strafexpedition. Ein Vorgang, der zum Zeitpunkt seiner Ausführung und auch in den folgenden einhundert Jahren gebilligt worden war, mittlerweile aber von einer politischen Mehrheit doch als Unrecht anerkannt wird. Des Pudels Kern der Benin-Bronzen-Restitutionsdebatte ist insgesamt gerade aber kein innerstaatlicher Vorgang wie die Novemberrevolution, sondern eine im Namen des Empires ausgeübte Vergeltungstat der Royal Navy.

## Geschichte zum Anfassen

Gewinnbringender als eine abstrakte Gleichsetzung beider Phänomene scheint hingegen die Suche nach einer Parallele auf Ebene der museumspolitischen Dimension beider Debatten zu sein. Denn ein Museum, wie es derzeit bereits im Hofstaat des Obas existiert und in dem die restituierten Artefakte nun präsentiert werden sollen, gab es seit den 1870er-Jahren auch schon im Königreich Preußen. 1877 hatte Wilhelm I. die Pforten seines Schlosses Monbijou im heutigen Berlin-Mitte erstmals einer breiten Öffentlichkeit geöffnet, um Tuchfühlung aufzunehmen und mehr ideologische Nähe zwischen seiner Dynastie und den erst preußischen und schließlich sogar deutschen Untertanen zu schaffen. Nach der Novemberrevolution von 1918 öffnete das Museum abermals seine Tore, nun aber vollständig vom Freistaat Preußen finanziert, wobei die abgesetzte Kaiserfamilie weiterhin Einfluss auf die Wahl der dort Beschäftigten und die dargebotene Präsentation ausübte. Gegen Ende des 2. Weltkriegs wurde das Museum schließlich teilweise zerstört, später nicht wiederaufgebaut, geriet immer mehr in Vergessenheit und tauchte prominent erst wieder im Zuge der „Hohenzollern-Debatte“ auf. Angeblich, [so berichten verschiedene Medien](#), habe die schon seit einem Jahrhundert nicht mehr regierende Familie die Wiedereinrichtung eines eben solchen Museums gefordert, inklusive entsprechender Einflussmöglichkeiten auf die Darstellung der Geschichte der Familie und dadurch auch des Kaiserreichs. Das „Haus Hohenzollern“ beanspruche die Deutungshoheit über die Geschichte, so die These der Kritiker, die unverzüglich vom selbsternannten „Chef des Hauses“ [in bis dahin unbekanntem Ausmaß erst abgemahnt und später sogar verklagt](#) wurden.

Genau an dieser Stelle könnte nun tatsächlich eine belastbare Verbindung von Benin City nach Berlin liegen. Denn wenn sich wie mit den Schätzen aus preußischem Hausvermögen auch mittels der Benin-Bronzen Geschichte schreiben ließe, hat die Hoheit darüber tatsächlich diejenige Person, die über die Objekte real verfügen kann. Dieser Aspekt darf durchaus offen angesprochen werden, macht aber – und hier kann vor einem Kurzschluss durch das Verknüpfen beider Debatten nur gewarnt werden – die Restitution der Bronzen nicht falsch. Im Gegenteil: Wer es mit der Restitution ernst meint, muss auch akzeptieren, über die Geschicke der restituierten Objekte nicht länger nach eigenen Wertvorstellungen bestimmen zu können. Eine Restitution ganz ohne „paternalistische Bedingungen“ heißt dementsprechend aber auch, dass die Bronzen (abermals) veräußert werden könnten. Eine Vorstellung, die auf den ersten Blick irritieren mag – gerade in Deutschland aber nicht ohne Vorbild ist. Schließlich fanden in jüngerer Vergangenheit regelmäßig an ehemals „hochadelige“ Familien wie [Prinz Reuß](#), [Prinz von Sachsen Herzog zu Sachsen](#) oder [Herzog zu Mecklenburg](#) restituierte Kulturgüter oder mit dem [Beau Sancy](#) sogar eines der Spitzenstücke aus dem Reigen der preußischen Kronjuwelen ihren Weg in die Hallen verschiedener Auktionshäuser.

## Deutungskämpfe

Ungeachtet aller sich im direkten Vergleich auch auftuenden Parallelen und Brüche liegt eine Gemeinsamkeit der Debatten schließlich darin, dass sie beide im Kreuzfeuer historischer Deutungskämpfe stehen. Bereits die Aufregung über die materiellen und immateriellen Forderungen des letzten Kaisers Ur-Ur-Enkels spiegelt nicht nur die Frage nach Recht und Unrecht der Revolution von 1918 und der Abschaffung der Monarchie. Vielmehr ist sie zugleich auch der Aufhänger für die retrospektive Deutung des per „Blutgeburt“ geschöpften Kaiserreiches,

dass – je nach Interpretation – entweder [noch autoritär](#) oder [sogar schon erfrischend demokratisch](#), Militär- oder Kulturstaat war. Hierbei handelt es sich, und erinnert sei nur an die Kontroversen um den Wiederaufbau des „[Berliner Schlosses](#)“ ([Humboldt Forum](#)) oder der [Potsdamer Garnisonkirche](#), mitnichten um einen Streit um des Kaisers Bart. Die Frage, inwieweit die jüngere „deutsche“ Geschichte von Kaiserreich über Weimarer, Bonner und Berliner Republik als Kontinuum zu deuten oder nicht doch von Brüchen durchsetzt ist, entscheidet schließlich auch darüber, ob [„Hitler und die Nazis \[...\] nur ein Vogelschiss in über 1000 Jahren erfolgreicher deutscher Geschichte \(waren\)“](#) oder ihre toxische Saat nicht vielmehr bereits schon im Kaiserreich gesät worden war.

In der jüngst wieder mit viel Verve diskutierten Frage der Rückgabe der Benin-Bronzen verdichtet sich schließlich die ebenfalls im direkten Konnex zum Kaiserreich stehende Metadiskussion nach Recht und Unrecht des Kolonialismus. Wer in der Kolonialherrschaft, also der rassistisch legitimierten und in aller Regel gewaltsam betriebenen Ausbeutung ganzer Kontinente selbst heute noch kein abzulehnendes Gesellschaftsmodell erkennen mag, [tut sich auch mit der Rückgabe geraubter Artefakte entweder schwer oder lehnt sie sogar vollständig ab](#).

Die sowohl mit der „Hohenzollern-Debatte“ wie eben auch mit der Frage der Rückgabe der Benin-Bronzen verknüpften Globalfragen geben im Ergebnis Aufschluss darüber, weshalb eine einzelne Entscheidung der nigerianischen Regierung über eine im Kern doch recht technische Frage wie der Zuordnung des Eigentums an beweglichen Kulturgütern im fernen Europa ein kulturpolitisches Beben auszulösen vermag. Statt aber in Zukunft erneut über jedes Stöckchen vermeintlicher Skandale zu springen, ist es zielführender den hinter beiden Phänomenen stehenden Fragen mehr Debattenraum einzuräumen. Die Faust'sche Frage – Nun sag', wie hast du's mit Kaiserreich und Kolonialismus? – mag hierfür womöglich eine gute Richtschnur bieten.

Carolin Dehm

# Restitution, light?

Von der aktuellen Debatte um die Benin-Bronzen, ihren Hintergründen und der absurden Vorstellung eines Mitspracherechts des Rückgebenden

doi: 10.17176/20230513-181803-0



Wieder einmal wird über die sogenannten Benin-Bronzen debattiert. Die problematische Herkunft der in einem kolonialen Raubzug erbeuteten Kunstartefakte und die Frage ihrer Restitution sorgten bereits in der Vergangenheit für Diskussionen. Als die Bundesregierung letztes Jahr schließlich die ersten Bronzen an den nigerianischen Staat übergab, schien die Auseinandersetzung beendet. Happy End für alle: Die Deutschen wagen einen Schritt Richtung kolonialer Wiedergutmachung und die Nigerianer erhalten wertvolles Kulturerbe zurück.

Nun aber bekommt das Bild der Win-Win-Situation Risse. Der nigerianische Präsident hat verkündet, dass alle bereits restituierten Bronzen an den Oba von Benin übertragen wurden. Die Nachricht schlug hohe Wellen: In dem Übergang der Bronzen von Staats- in Privateigentum sehen manche gar ein „Scheitern der Restitutionspolitik“ und ein „Befördern afrikanischen Welterbes in die Versenkung“. Wer jedoch unter einer „gelungenen“ Restitution eine Rückgabe unter Auflagen versteht, eine Rückgabe, bei der die vollumfängliche und *alleinige* Bestimmungsgewalt über das zurückgegebene Objekt nicht vollständig vom Gebenden auf den Erhaltenden übergeht, der hat den Sinn des Zurückgebens nicht erfasst.

## Der Raub der Bronzen und ihr Weg in die Museen

Einst schmückten die Bronzen als metallene Skulpturen und Verzierungen den Königspalast von Benin. Das Königreich Benin liegt im heutigen Nigeria und war während seines jahrhundertlangen Bestands ein überaus mächtiger Akteur an der Guineaküste. Zum Ende des 19. Jahrhunderts verlebte sich dann Großbritannien mehr und mehr Land in der Region als Kolonie ein. Im Jahr 1897 begann schließlich die als „Strafexpedition“ inszenierte Invasion Benins durch die Briten, die in der Zerstörung der Königsstadt mündete. Im Anschluss wurden tausende

der Bronze-Verzierungen, aber auch anderes von Wert wie Elfenbeinobjekte und Ritualgegenstände, nach London geschafft und über Versteigerungen und Verkäufe in Europa und Amerika verstreut. Nach Bekanntwerden des „Fundes“ in Benin kam es unter Museen und Sammlern zu einem echten Run auf die Bronzen.<sup>1</sup>

Auch im Kaiserreich wollte man ein Stück vom Kuchen. Insbesondere der Anthropologe *Felix von Luschan* – vor allem bekannt für das Anlegen einer sehr umfangreichen anthropologischen Schädelammlung, die bis heute in Berlin lagert – zeigte großes Engagement bei der Beschaffung von Benin-Bronzen. Als Direktorialassistent und späterer Leiter der bedeutenden Afrika-Ozeanien Abteilung des Berliner Völkerkundemuseums erkannte er früh den besonderen Wert der Bronzen. Es gelang ihm, eine große Zahl der Stücke für sein Museum zu beschaffen, und zwar bevor der Marktwert seinen Höhepunkt erreicht hatte. Überhaupt hatten deutsche Museen einen Großteil der Artefakte aus Benin ergattern können, so beziffert *von Luschan* in einem späteren Vortrag den Umfang der Bestände wie folgt: „Im ganzen sind rund 2400 Benin Stücke zu meiner Kenntnis gelangt: davon sind 580 in Berlin, 280 im Brit. Museum, 227 in Rushmore [...], 196 in Hamburg, 182 in Dresden, 167 in Wien, 98 in Leiden, 87 in Leipzig, 80 in Stuttgart, 76 in Köln und 51 in Frankfurt a. M.“<sup>2</sup> Nach heutigen Schätzungen wurden insgesamt sogar 3000 bis 5000 Artefakte in Benin geplündert und nach Europa und Amerika gebracht.

## Die Bronzen als Sinnbild kolonialer Raubkunst und Galionsfigur der Restitutionsdebatte

In Europa störte sich lange niemand an kolonialem Raubgut in Sammlungen, schließlich hatte man die Bronzen und andere Artefakte „für die Wissenschaft gerettet“.<sup>3</sup> Die nigerianische Regierung hingegen hatte bereits seit

<sup>1</sup> Ausführlich dazu Penny, *Im Schatten Humboldts*, S. 121 ff.

<sup>2</sup> Von Luschan, *Zeitschrift für Ethnologie* 48 (1916), S. 307 (308).

<sup>3</sup> Dazu Penny, *Im Schatten Humboldts*, S. 124 ff.



den 1970er Jahren immer wieder Restitutionsforderungen für die Bronzen gestellt – ohne Erfolg.

Erst in den 2010ern kam Schwung in die Restitutionsdebatte um koloniale Raubkunst, nachdem die [Aufarbeitung der deutschen und europäischen Kolonialvergangenheit nach langer Verdrängung](#) stetig zugenommen hatte. Insbesondere die [Ankündigung Emmanuel Macrons 2017](#), dass Frankreich gedenke, einen Großteil der Kulturgüter aus kolonialen Kontexten in die Herkunftsgebiete zu restituieren, befeuerte diese Entwicklung. In Deutschland manifestierte sich der Wille zur Aufarbeitung der Kolonialvergangenheit, in dessen Aufnahme als „wichtiges Ziel“ in den [Koalitionsvertrag der Bundesregierung](#) von 2018.

In der Debatte um die Aufarbeitung der kolonialen Vergangenheit wurden die Benin-Bronzen zu einem [Sinnbild für koloniale Raubkunst](#) und zu einer Art Gaijionfigur der Restitutionsbewegung. Denn während die Provenienz bei vielen Artefakten aus Kolonialkontexten ungeklärt ist, man also nichts oder nur Bruchstückhaftes über ihre Herkunftsgeschichte weiß, wusste man bei den Bronzen immer, dass sie einem Raubzug entstammten – dieser war ja bestens dokumentiert. Die schwierige Frage, ob der koloniale Kontext eines Sammlungsstücks bereits ausreicht, um auch von einem Unrechtskontext auszugehen, stellte sich hier nicht. Das Unrecht konnte im Falle der Bronzen klar benannt werden: Sie wurden durch Diebstahl und Gewalt beschafft. Man wusste also um den konkreten Unrechtstatbestand, der ein bestimmtes Mehr zu dem Unrecht darstellte, dass ohnehin allen kolonialen Kontexten, aufgrund der asymmetrischen Machtverhältnisse in kolonialen Strukturen, anhaftet.

Die Restitutionsbefürworter konnten sich schließlich durchsetzen. Nachdem Nigeria 2020 öffentlich erneut die [Rückgabe der Bronzen von der Bundesrepublik gefordert](#) hatte, wurde im Sommer 2022 eine [Vereinbarung](#) zur Restitution der Bronzen zwischen den Regierungen Deutschlands und Nigerias unterzeichnet. Im Winter 2022 reisten Kulturstaatsministerin Claudia Roth und Außenministerin Annalena Baerbock gemeinsam nach Nigeria, um die [Übergabe erster Bronzen in einem Festakt](#) zu begleiten. Diese feierliche Zeremonie sollte erst der Auftakt für weitere Rückgaben sein. [Roth sprach davon](#), dass Kultur die Grundlage jeder Zusammenarbeit sei und eine gemeinsame Zukunft ermögliche, eine „Zukunft, in der die Wunden der Vergangenheit heilen können durch Gerechtigkeit“.

## Restitutionsdebatte 2.0 - Der Übergang der Bronzen von Staats- in Privateigentum als „Fiasko“

Die Restitution erster Bronzen als richtungsweisende politische Entscheidung war aber – wie sich jetzt zeigt – eben nicht der Endpunkt der Debatten. Kürzlich wurde bekannt, dass die Bronzen nicht in nigerianischem Staatseigentum verblieben sind. Ende März 2023 hatte der scheidende nigerianische [Präsident Buhari bestimmt](#), dass alle bereits restituierten Bronzen und alle in Zukunft noch zu restituierenden in das (Privat-)Eigentum des Oba von Benin übergehen sollen. Ewuare II., an den die Bronzen nun übertragen wurden, ist als Oba der König von Benin und Nachfahre des Oba, dem die Briten die Bronzen raubten. Auch wenn das Königreich nur noch formal im Sinne einer Titularmonarchie existiert und dem Oba keinerlei Regierungsverantwortung obliegt, verfügen der König und das Haus nach wie vor über großen Einfluss und eine hohe Akzeptanz in der Bevölkerung. Das präsidiale Dekret bestimmt, dass die restituierten Artefakte sowohl im Palast des Oba als auch an einem anderen Ort in Benin-City oder einem Ort, den der Oba und die nigerianischere Regierung für „secure and safe“ halten, aufbewahrt werden könnten. Auch die Verwaltung der Aufbewahrungsorte obliege dem Oba. Er solle aber mit jeder anerkannten nationalen oder internationalen Institution zusammenarbeiten, um zu gewährleisten, dass die restituierten Artefakte zum Wohle der Menschheit erhalten und gesichert werden.

Kulturgüter von unschätzbarem Wert befinden sich also nun in Privateigentum. Trotz einiger „Soll“-Formulierungen im präsidialen Dekret kann der Oba mit den Bronzen am Ende des Tages tun und lassen, was er möchte. Er könnte sie im geplanten Benin-City Museum ausstellen und so die nigerianischen Bürger an ihrem Kulturgut teilhaben lassen, wie es im Restitutionsprozess zwischen den Parteien besprochen war. Er könnte sie aber genauso gut als Skulpturen in seinen Garten stellen. Der Oba hat zwar die Absicht bekundet, die Bronzen öffentlich auszustellen, ob das nigerianische Volk in Zukunft aber wirklich Zugang zu den Bronzen haben wird, bleibt erstmal ungewiss.

Die Entscheidung des Präsidenten hat die Gemüter erhitzt – nicht nur in Deutschland. Der nigerianische Kulturminister und die [National Commission for Museums and Monuments \(NCMM\)](#), die intensiv an den Restitutionsverhandlungen mit Deutschland beteiligt war, hatten

andere Pläne für die Bronzen. Ein Offizieller der NCMM gab an, man fühle sich von der Entscheidung des Präsidenten überrumpelt, die Entscheidung käme offensichtlich von jemandem, der nichts von Museumsarbeit verstehe, denn sie wäre kaum praktikabel. Man hat Sorge, dass es nun nicht – wie ursprünglich geplant – zu einer nationalen Ausstellung der Bronzen komme. Eine Sorge, die nachvollziehbar und aus dem Munde einer nigerianischen Institution, die sich beim Restitutionsprozess sehr eingebracht hat, auch berechtigt ist.

Derweil trat die Ethnologin Brigitta Häuser-Schäublin mit einem [Artikel in der FAZ](#) eine Welle los. Ob das der Sinn der Restitution sei, fragte sie und meinte, die Entscheidung des Präsidenten zeige, dass die Restitutionspolitik gescheitert sei. Für die deutsche Politik und die involvierten Museumsleute ende die Rückgabe damit in einem „Fiasko“, schließlich habe man die Bronzen ja zurückgegeben, um sie dem nigerianischen Volk zur Verfügung zu stellen. Außerdem verwies sie auf die blutige Vergangenheit des Königshauses von Benin, die Übereignung an das Haus sei ein Affront für die Nachfahren von Sklaven. Schließlich sei bekannt, dass die Bronzen ein direktes Resultat des Sklavenhandels seien. Die Europäer zahlten für die vom Königreich verkauften Sklaven mit Messingringen, dem Rohmaterial der Bronzen.

Auch andere, insbesondere Angehörige der Oppositionsparteien, fühlten sich berufen, zu dieser Entwicklung Stellung zu nehmen. So ließ Dorothee Bär, stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion für Familie und Kultur, [in einer Pressemitteilung verlauten](#): „Die Bundesregierung hat afrikanisches Welterbe erfolgreich in die Versenkung befördert. Die Menschen in Nigeria sind jetzt noch ärmer geworden.“ Die Rückgabe der Bronzen durch die Bundesregierung sei zudem an Naivität nicht zu überbieten gewesen. Auch der Fraktionsvizechef und kulturpolitische [Sprecher der AfD-Fraktion Alexander Wolf äußerte sich](#): „Die vollständige und bedingungslose Eigentumsübertragung der Benin-Bronzen an Nigeria war falsch. Vor einem solchen Fiasko haben wir eindringlich gewarnt. Nigeria hat überhaupt keine Kapazitäten, die Bronzen angemessen auszustellen. Der Vielvölkerstaat wird von Bürgerkriegen geschüttelt, das Auswärtige Amt rät von Reisen dorthin ab.“

## Zeugnis postkolonialer Arroganz

Die postkoloniale Arroganz, die aus diesen Statements spricht, verursacht beinahe Gänsehaut. Hier wird eine bunte Klaviatur an „Afrika-Klischees“ bedient: Die armen, armen Nigerianer, die jetzt – ohne öffentlich zugängliche Bronzen – noch ärmer sind. Der nigerianische Staat als „Bananenrepublik“, der nicht in der Lage ist, Stabilität zu gewährleisten oder wertvolles Kulturerbe zu bewahren (manche würden der AfD hier gar eine Verknüpfung von Vielvölkertum und Bürgerkrieg unterstellen...). Was eine Reisewarnung mit der Restitution von Kulturgut zu tun haben soll, bleibt auch unklar. Es zeigt sich einmal mehr, wie viel von dem in der Kolonialzeit etablierten Machtgefälle zwischen Kolonisator und Kolonisiertem als Gedankengut immer noch in den Köpfen Vieler steckt. Und mit dem Verweis auf blutrünstige Vergangenheiten sollten sich Europäer wohl ebenfalls zurückhalten – das Glashauss grüßt.

Sollten die Bronzen tatsächlich im Palast des Oba enden, nicht zugänglich für das nigerianische Volk, so wäre das bedauerlich. Schließlich ist der Zugang zu kulturellem Erbe bedeutsam für den Erhalt einer Kultur. Trotzdem ändert der Übergang der Bronzen von Staats- in Privateigentum nichts an der Richtigkeit der Restitution. Das ist vielmehr die Kehrseite des Zurückgebens – eines Zurückgebens, das, wenn es ernst gemeint ist, ohne paternalistisch-belehrenden Umgang erfolgen muss. Denn der, dem es gehört, entscheidet auch, was damit gemacht wird. Die Bronzen wurden gestohlen, sie gehören uns nicht. So wichtig die Zugänglichkeit zu solch bedeutenden Kulturgütern auch ist, zur Naturalrestitution, also zur Wiederherstellung eines ursprünglichen Zustands, und zum Versuch der Wiedergutmachung gehört auch, dass der wiederhergestellte Zustand ausgehalten werden muss. In diesem Falle heißt das, auszuhalten, dass es nicht mehr in der Entscheidungsgewalt Deutschlands liegt, wie mit den Bronzen verfahren wird. Hatte die Bundesregierung vor der Restitution eine andere Vorstellung davon, was mit den Bronzen im Nachgang geschieht? – Sicherlich. Wäre eine nationale Sammlung, in der die Bronzen für alle zugänglich sind, wünschenswert? – Auf jeden Fall. Aber der Akt des aufrichtigen Zurückgebens endet schlicht mit der Rückgabe. Der Gebende hat danach keinerlei Mitspracherecht mehr. Alles andere straft den Versuch der Wiedergutmachung durch Restitution und die vermeintliche Reflektion des eigenen kolonialen Erbes Lügen.

Alexander Brade

# „Ein Verdacht ist ein Verdacht ist ein Verdacht“



§ 362 Nr. 5 StPO auf dem Prüfstand des BVerfG

doi: 10.17176/20230526-111114-0

Mit dieser Wendung fasste *Erol Pohlreich*, Bevollmächtigter für die Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und die FDP, das Dilemma um die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen treffend zusammen. Wie sehr wir uns auch in den Dienst der Wahrheitsfindung stellen, um „materielle Gerechtigkeit“ herzustellen, es bleibt ein Risiko. Das Risiko nämlich, dass ein zweites (oder drittes, usw.) Strafverfahren mit all seinen grundrechtlichen Belastungen für den Betroffenen erneut mit einem Freispruch endet oder aber – schlimmer noch – zu einer erstmaligen Verurteilung eines eigentlich Unschuldigen führt. Dass das reale Risiko von Fehleinschätzungen bei vorläufigen Entscheidungen – sei es die Anordnung von Untersuchungshaft oder die Wiederaufnahme des Verfahrens – gerade beim Mord besteht, belegte *Pohlreich* eindrücklich: Von 109 Personen, gegen die im Jahr 2021 in Deutschland wegen Mordverdachts Untersuchungshaft angeordnet worden war, wurden neun Personen später freigesprochen – in 6,77% der Mordfälle erwies sich also die – auch bei § 362 Nr. 5 StPO anzustellende – mit dem dringenden Tatverdacht getroffene Prognose im Nachhinein als falsch.

## Sachverhalt und Stand der Rechtsprechung

Die [mündliche Verhandlung des Zweiten Senats des BVerfG am 24. Mai 2023](#) betraf eine Verfassungsbeschwerde, mit der sich der Beschwerdeführer – ein im Jahr 1983 rechtskräftig von dem Vorwurf der Vergewaltigung und des Mordes Freigesprochener – gegen die Wiederaufnahme seines Strafverfahrens nach § 362 Nr. 5 StPO wendet. Nach dieser Vorschrift darf ein Strafverfahren gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen wiederaufgenommen werden, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes [oder bestimmter Straftaten gegen das Völkerrecht] ver-

urteilt wird.“ Hierin liege, nach Ansicht des Beschwerdeführers, ein Verstoß gegen den Satz, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf ([Art. 103 Abs. 3 GG](#)) und gegen das Rückwirkungsverbot.

Vizepräsidentin *Doris König* wies bereits eingangs darauf hin, dass das Verfahren dem Bundesverfassungsgericht Anlass gibt, sich mit bisher nicht geklärten grundsätzlichen Rechtsfragen auseinanderzusetzen. Das BVerfG hat sich in seiner Rechtsprechung bislang tatsächlich lediglich mit einzelnen Aspekten von [Art. 103 Abs. 3 GG](#) befasst: Das betrifft erstens den Begriff der „mehrfachen Bestrafung“ der sich im Wesentlichen auf rechtskräftige Strafurteile beschränken soll (z.B. [BVerfGE 65, 377](#) für den Strafbefehl), zweitens die Frage, was unter dem Begriff der „allgemeinen Strafgesetze“ zu verstehen ist (s. etwa [BVerfGE 21, 378](#) u. [391](#), d.h. vor allem Kriminalstrafen), drittens den Begriff „derselben Tat“ ([BVerfGE 56, 22](#)) sowie viertens die Frage nach einer Geltung des Satzes „ne bis in idem“ im allgemeinen Völkerrecht ([BVerfGE 75, 1](#)). Nicht beantwortet ist damit die Frage, wie das in [Art. 103 Abs. 3 GG](#) niedergelegte Verbot insgesamt zu verstehen, insbesondere ob es einer Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang zugänglich ist. Handelt es sich, wie die Berichterstatterin *Astrid Wallrabenstein* in ihrem Sachbericht fragte, um ein abwägungsfestes Verbot, das, vergleichbar zum Tatbegriff, nur „Grenzkorrekturen“ zulasse oder um ein abwägungsoffenes Grundrecht, und, wenn ja, welche Verfassungsgüter stünden dann dem Grundsatz „ne bis in idem“ gegenüber – materielle Gerechtigkeit oder etwa Angehörigenrechte?

## Mehrfachverfolgung ≠ Mehrfachbestrafung (?) und die Frage der Abwägungsoffenheit

Zunächst befasste sich das BVerfG in der mündlichen Verhandlung aber mit der Frage, ob [Art. 103 Abs. 3 GG](#) neben einem Verbot mehrfacher Bestrafung auch ein Ver-

bot mehrfacher Verfolgung enthält, da Wiederaufnahmeregelungen zuungunsten des Freigesprochenen wie § 362 Nr. 5 StPO anderenfalls gar nicht den Schutzgehalt des Satzes „ne bis in idem“ tangierten. Der Raum, den diese Debatte einnahm, war dennoch überraschend, entspricht es doch, wie auch Richter *Thomas Offenloch* betonte, nahezu einhelliger Auffassung, dass Art. 103 Abs. 3 GG bereits die erneute Strafverfolgung ausschließt (a.A. jüngst nur *Letzgas*). Dies wurde auch von den Bevollmächtigten der Fraktion CDU/CSU, *Michael Kubiciel*, sowie der Fraktion SPD, *Elisa Hoven*, im Grundsatz nicht infrage gestellt. Beide stellten sich aber auf den Standpunkt, dass der Wortlaut Folgen für die dogmatische Struktur des Art. 103 Abs. 3 GG haben müsse: Während dieser die erneute Bestrafung kategorisch ausschliesse, sei das – nicht vom Normtext ausdrücklich erwähnte – Mehrfachverfolgungsverbot abwägungsoffen formuliert. Diese Unterscheidung stieß im Zweiten Senat indes auf Verwunderung. Die Berichterstatterin merkte – zu Recht – an, dass sich eine solche bisher weder in der Strafprozessrechts- noch in der Verfassungsrechtswissenschaft niedergeschlagen habe, was höchstens auf einen Mangel an Fantasie der jeweiligen Autoren\*innen zurückgeführt werden könne. Sie fragte daher, ob es nicht – der Argumentation *Pohlreichs* folgend – plausibler sei, am Gleichlauf zwischen Mehrfachbestrafungs- und Mehrfachverfolgungsverbot festzuhalten, zumal schon mit dem Strafverfahren Grundrechtseingriffe verbunden seien, die sich nicht wiederholen sollen.

Außerdem machte Richterin *Wallrabenstein* auf einen Widerspruch in *Kubiciels* Argumentation aufmerksam. Wer nämlich das Mehrfachbestrafungsverbot als „Kernbereich“ von Art. 103 Abs. 3 GG für absolut verbürgt hält, hat es ungleich schwerer, § 362 Nr. 1-3 StPO, die allesamt Fälle mehrfacher Bestrafung betreffen, verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Richter *Peter Müller* fragte umgekehrt: „Kann § 362 Nr. 5 StPO denn überhaupt den Kernbereich berühren, wenn die § 362 Nr. 1-4 StPO es ja wohl nicht tun?“ Am ehesten der Unterscheidung etwas abzugewinnen, vermochte Richterin *Christine Langenfeld*, allerdings unter anderen Vorzeichen: Verabschiedete man sich nämlich entsprechend des Vorschlags der sachverständigen Auskunftsperson *Tatjana Hörnle* von der in BVerfGE 56, 22 angelegten Unterscheidung von Kern- und Randbereich, ließe sich das unterschiedliche Eingriffsgewicht von erneuter Bestrafung einerseits und erneuter Verfolgung andererseits entsprechend in die im Rahmen

der Verhältnismäßigkeit erforderliche Abwägung einstellen. Das führte – wie Vizepräsidentin *König* hervorhob – dann aber wiederum eher zur Verfassungswidrigkeit des § 362 Nr. 1-3 StPO. Etwas anderes ergebe sich nur, wenn man – wie die wohl h.M. (stellvertretend *Degenhart Rn. 84* m.w.N.) im Unterschied zu den Verfahrensbevollmächtigten annimmt – das zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes geltende Prozessrecht, einschließlich des § 362 Nr. 1-4 StPO, als „immanente Schranke“ des Art. 103 Abs. 3 GG verstünde, die den in diesen Wiederaufnahmegründen liegenden Eingriff legitimiere. Folgt man dem, erscheint es nur allzu nachvollziehbar, dass mehrere Richter\*innen Interesse daran zeigten, was den neuen § 362 Nr. 5 StPO inhaltlich von Nr. 1-4 unterscheidet. Richter *Müller* fragte etwa: Ist nicht das Geständnis i.S.d. § 362 Nr. 4 StPO auch ein besonders beweiskräftiges Beweismittel, wie es von Nr. 5 gefordert wird? Richterin *Langenfeld* formulierte dies allgemeiner: Geht es nicht in allen Fällen des § 362 StPO – Nr. 1-4 einerseits und Nr. 5 andererseits – um Wahrheitsfindung?

Verfahrensbevollmächtigter *Pohlreich* wehrte sich demgegenüber gegen jede Form der Relativierung des in Art. 103 Abs. 3 GG verbürgten Mehrfachverfolgungsverbots. Gerade die Erfahrungen des NS-Totalitarismus, die nichts von ihrer Relevanz eingebüßt hätten, zeigten, dass der Satz „ne bis in idem“ auch und gerade für Freigesprochene schnell zur Makulatur verkommen kann. Das trifft zu: Die Erfahrungen, die die Mütter und Väter des Grundgesetzes vor Augen hatten, bestanden nicht in einer mehrfachen Bestrafung im eigentlichen Sinne, sondern darin, dass aufgrund des außerordentlichen Einspruchs und der Nichtigkeitsbeschwerde Freisprüche und angeblich zu niedrige Strafurteile aufgehoben worden sind und infolgedessen eine höhere Strafe verhängt wurde (dazu etwa *hier*). Vor allem dürfe, so *Pohlreich*, Art. 103 Abs. 3 GG nicht so interpretiert werden, dass er im (allgemeineren) Rechtsstaatsprinzip aufgehe. *Stefan Conen* als sachverständige Auskunftsperson wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ als Teil dieses Prinzips zwar der Abwägung zugänglich sei, der Sonderfall des Art. 103 Abs. 3 GG aber eine einseitige und unbedingte Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit darstelle, die nicht durch Erwägungen materieller Gerechtigkeit überspielt werden dürfe. *Johannes Kaspar* – ebenfalls sachverständige Auskunftsperson – schloss sich dieser Einschätzung an: Art. 103 Abs. 3 GG sei als abwägungsfestes Verbot zu verstehen, das allen-



falls „Grenzkorrekturen“ zulasse. Und um solche Korrektur handele es sich bei § 362 Nr. 5 StPO nicht. Er setzt sich damit – durchaus überzeugend – in Widerspruch zu *Hoven*, der zufolge die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen lediglich nicht zum Regelfall werden dürfe. § 362 Nr. 5 StPO beseitige nämlich für den Betroffenen, auf dessen Sicht es als Grundrechtsträger ankomme, den Schutzgehalt des Satzes „ne bis in idem“, der ihn vor erneuter Verfolgung schützt, vollständig.

### Mögliche Abwägung und ihre Parameter

Die zweite Hälfte der mündlichen Verhandlung stand unter der Prämisse, dass Art. 103 Abs. 3 GG ein abwägungsfähiges Grundrecht ist. Dabei stellte sich zunächst die Frage, welche Verfassungsgüter dann dem Schutz des Freigesprochenen gegenüberstünden – materielle Gerechtigkeit, die Rechte der Angehörigen und/oder der staatliche Strafanspruch als solcher? Der Belang „materieller Gerechtigkeit“ erregte dabei die Gemüter in besonderer Weise. Während sich die Verfahrensbevollmächtigten *Hoven* und *Kubiciel* vehement für diesen stark machten, stieß er bei den übrigen Beteiligten mit Recht zumindest auf Skepsis. Richterin *Kessal-Wulf* stieß sich an der Begrifflichkeit und fragte, ob es im Strafrecht derartiger „schillernder Begriffe“ bedürfe. So weit wie *Pohlreich*, der angesichts einer potenziellen Verschlechterung der Beweislage, den Umstand, dass die Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen überhaupt materieller Gerechtigkeit dienen könne, vollumfänglich in Frage stellte, wollte Vizepräsidentin *König* zwar nicht gehen. Auch sie merkte aber an, dass die Formulierung der „Herstellung materieller Gerechtigkeit“ impliziere, dass die Schuld des Betroffenen bereits feststehe – allenfalls könne es um die Möglichkeit der Herstellung materieller Gerechtigkeit gehen. Damit ist noch nicht gesagt, dass sich ein so formulierter Belang Art. 103 Abs. 3 GG auch im Rahmen einer möglichen Abwägung entgegenhalten ließe. Der Bevollmächtigte *Kaspar* etwa bestritt dies, da der Grundgesetzgeber den Konflikt zwischen Rechtssicherheit und „materieller Gerechtigkeit“ in Art. 103 Abs. 3 GG bereits zugunsten ersterer entschieden habe. Richter *Müller* meldete daran Zweifel an, gab aber zu verstehen, dass jedenfalls nicht nur die Rechte der Angehörigen, sondern auch der staatliche Strafanspruch in die mögliche Abwägung einzustellen seien. Das bedeutet allerdings nicht, dass sich ein Anspruch auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen aus dem Recht auf ef-

fektive Strafverfolgung (vgl. etwa [hier](#)) ableiten ließe. Der Senat, allen voran Vizepräsidentin *König*, schien *Kaspar* in seiner Einschätzung zu folgen, dass ein „Anspruch auf Bestrafung des wahren Schuldigen“ die Rechtskraft als solche infrage zu stellen drohte.

Unterschiedlich gesehen wurde dagegen die Frage, wie restriktiv § 362 Nr. 5 StPO tatsächlich formuliert ist und ob er deshalb einer möglichen Abwägung zwischen den Belangen des Freigesprochenen und den soeben benannten Verfassungsgütern standhalten würde oder nicht. Die Bevollmächtigte *Hoven* hielt § 362 Nr. 5 StPO jedenfalls für angemessen, da die Norm drei Korrektive enthalte: „neue Tatsachen“, „dringende Gründe“ sowie die Beschränkung auf schwerste Straftaten. *Tatjana Hörnle* folgte dem im Wesentlichen, gab aber zu bedenken, dass unklar sei, ob die „dringenden Gründe“, wie sich der [Gesetzesbegründung](#) entnehmen lässt, dem dringenden Tatverdacht i.S.d. §§ 112, 112a StPO entsprechen oder ob es sich nicht vielmehr – darüber hinausgehend – um einen echten „Gamechanger“ handeln muss. Erforderlichenfalls müsse hier mit dem Instrument verfassungskonformer Auslegung operiert werden. Dieser Gedanke schwang bei der Mehrheit der Richter\*innen mit, wenn sie z.B. – wie die Richterinnen *Wallrabenstein* und *Langenfeld* – der (nach einfachem Recht zu bejahenden) Frage nachgingen, ob § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme nur wegen der darin genannten Delikte zulasse, im anschließenden Strafverfahren aber auch eine Verurteilung wegen anderer, weniger schwerwiegender Delikte möglich sei. Richterin *Kessal-Wulf* nahm darüber hinaus eine (de lege lata nicht existierende) zeitliche Grenze der Inanspruchnahme des Wiederaufnahmerechts in den Blick, während sich Vizepräsidentin *König* und Richter *Maidowski* schließlich mit einer immer wiederkehrenden (einfachrechtlich denkbaren) Ketten-Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen sichtlich schwer taten. All dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass – wie Berichtsterin *Wallrabenstein* mehrfach anmerkte – die Bestimmtheit einer Rechtsnorm nicht unter einer verfassungskonformen Auslegung leiden darf. Auch bildet ihre Grenze der (ausdrücklich) erklärte [Wille des Gesetzgebers](#). Daran dürfte es beispielsweise scheitern, § 362 Nr. 5 StPO auf bestimmte Nova, also bestimmte neue Tatsachen oder Beweismittel, wie z.B. molekulargenetische Untersuchungen, zu reduzieren.



## Prognose für den Verfahrensausgang

Den Ausgang des Verfahrens zu prognostizieren, fällt außerordentlich schwer. Das liegt zum einen daran, dass das BVerfG schon mit seiner mit 5:3 Stimmen ergangenen [Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren](#), die damals zugunsten des Freigesprochenen ausging, widersprüchliche Signale gesendet hat. Zum anderen sind die Rechtsfragen, die das (Hauptsache-)Verfahren selbst aufwirft, wie anfangs betont, bislang völlig ungeklärt. Nichtsdestotrotz zeichnen sich gewisse Trends ab. Voraussichtlich wird das BVerfG – bei aller Kritik an der inneren Systematik des [§ 362 StPO](#) – dessen Nr. 1-4, die nicht Verfahrensgegenstand sind, unangetastet lassen. Zumindest ein Teil der Richter\*innen hegt ersichtlich Sympathien für die Idee einer in [§ 362 Nr. 1-4 StPO](#) angelegten „immanenten Schranke“ des [Art. 103 Abs. 3 GG](#). Dieser Gedanke wird sich indes kaum auf die neue Nr. 5 übertragen lassen, da bei Nr. 1-3 der Makel schon dem er-

sten Urteil anhaftet, was bei Nr. 5 nicht der Fall ist. Zwar liegt auch bei Nr. 4 ein neues Beweismittel vor, das allerdings – wie *Pohlreich* zu Recht hervorhebt – anders als bei Nr. 5 dem freiwilligen Entschluss des Betroffenen entspringt. Für die Richter\*innen *Langenfeld* und *Müller* bliebe – hielten Sie an ihrer Auffassung fest – dann nur der Weg des Sondervotums. [§ 362 Nr. 5 StPO](#) ließe sich folglich nur halten, sofern [Art. 103 Abs. 3 GG](#) entgegen der bisherigen Senatsrechtsprechung als abwägungsfähiges Grundrecht verstanden würde. Eine Mehrheit der Richter\*innen scheint einer solchen Neuausrichtung zwar nicht grundsätzlich abgeneigt, dass [§ 362 Nr. 5 StPO](#) in seiner jetzigen Form Bestand hätte, erscheint nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung dennoch unwahrscheinlich. Die Norm ist nämlich weit weniger restriktiv formuliert, als es auf den ersten Blick scheint. Entscheidend könnte deshalb sein, welche Bereitschaft das Gericht zu verfassungskonformer Auslegung trotz z.T. anders lautendem gesetzgeberischen Willen zeigt.

Thomas Feltes

# Soviel zum Thema Interkulturelle Kompetenz

Der „Fall Aslan“ und die Wissenschaftsfreiheit an Fachhochschulen der Polizei

doi: 10.17176/20230526-231122-0



Bahar Aslan, Lehrbeauftragte an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Polizei NRW (HSPV NRW), hat nach einem Tweet einen geplanten Lehrauftrag an der Hochschule verloren. Ihr seit 2021 bestehender Lehrauftrag war ausgelaufen, eine weitere Beauftragung zum kommenden Semester geplant. Dies sei nun, so das Innenministerium NRW laut [RND](#), von der Hochschulleitung gestoppt worden. Die Begründung: „Aus Sicht der Hochschulleitung ist die Dozentin aufgrund ihrer aktuellen Äußerungen ungeeignet, sowohl den angehenden Polizistinnen und Polizisten als auch den zukünftigen Verwaltungsbeamtinnen und -beamten eine vorurteilsfreie, respektive fundierte Sichtweise im Hinblick auf Demokratie, Toleranz und Neutralität zu vermitteln.“

Auslöser dieser Entscheidung war folgender Tweet von Aslan: „Ich bekomme mittlerweile Herzrasen, wenn ich oder meine Freund\*innen in eine Polizeikontrolle geraten, weil der ganze braune Dreck innerhalb der Sicherheitsbehörden uns Angst macht. Das ist nicht nur meine Realität, sondern die von vielen Menschen in diesem Land“.

In einer eigenen Stellungnahme auf ihrer [Website](#) schreibt die Hochschule dazu, dass Frau Aslan „durch eine pauschalisierende Unterstellung das sensible und wichtige Thema ‚Rechtsextremismus in Sicherheitsbehörden‘ unangemessen in den Fokus gerückt“ habe. Die HSPV NRW habe den Anspruch „angehenden Polizistinnen und Polizisten ... eine differenzierte, vorurteilsfreie Sichtweise auf Demokratie, Toleranz und Neutralität zu vermitteln“. Frau Aslan sei „aus heutiger Perspektive“ nicht geeignet, dies zukünftig „hochschulgerecht sicherstellen zu können“.

Ungeachtet der Frage, was und wie konkret diese Sichtweise „hochschulgerecht“ vermittelt werden soll, wie man ein derzeit politisch intensiv diskutiertes Thema wie Rassismus in der Polizei „unangemessen in den Fokus“ rücken kann und welcher Zusammenhang zwischen einer einzigen plakativen Äußerung in sozialen Netz-

werken und der Lehre an einer Hochschule besteht: Der Diskurs, auch ein kritischer, gehört zu einer Hochschule ebenso wie die Auseinandersetzung mit konträren Meinungen, wobei die Grenze der Verstoß gegen Gesetze oder grundlegende Verfassungsprinzipien ist. Die Bezeichnung von (auch angehenden) Polizeibeamt\*innen, die rassistisch oder menschenverachtend agieren oder sich entsprechend artikulieren, als „brauner Dreck“ mag unsensibel, ungeschickt, politisch nicht korrekt und möglicherweise denjenigen gegenüber, die sich angesprochen fühlen, unangemessen in der Wortwahl sein. Gegen Grundprinzipien der Verfassung verstößt eine solche Aussage jedenfalls nicht.

Die grundgesetzlich garantierte Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG lässt eine solche Aussage zu, da sie nicht gegen einzelne Gesetze verstößt. Vor allem liegt keine Beleidigung einer konkreten oder hinreichend überschaubaren und abgegrenzten Personengruppe vor. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner [Entscheidung](#) von 2016 zum „ACAB“-Slogan deutlich gemacht, dass mit „Bastard“ oder (wie hier) „brauner Dreck“ nur ein Individuum oder eine angegrenzte Personengruppe und nicht eine Institution oder eine nicht bestimmte Zahl von Mitgliedern dieser Institution beleidigt werden kann bzw. können. Da die Gruppe derjenigen in der Polizei, die sich rassistisch oder menschenverachtend äußern oder entsprechend agieren, aber weder bestimmt noch bestimmbar ist (auch die Ergebnisse aktueller Forschungsprojekte sind hier mit Vorsicht zu interpretieren), scheidet eine Beleidigung aus.

Letztlich kann und muss die Polizei (und damit auch ihre Hochschule) eine drastische, alltagssprachliche Wortwahl aushalten, steht sie doch tagtäglich im Fokus auch gewaltbereiter Auseinandersetzungen. Um gerade diese Notwendigkeit und sich daraus ergebende Fähigkeiten den (zukünftigen) Repräsentanten der Institution zu vermitteln, wäre die Hochschulleitung gut beraten gewesen, vor einer Entscheidung das Gespräch zu suchen statt

übereilt zu agieren und eine Entschuldigung zu akzeptieren. Auch eine offene Podiumsdiskussion wäre geeignet gewesen, den Konflikt produktiv und nicht destruktiv zu nutzen.

Leider wurde genau dies nicht getan, obwohl sich die HSPV NRW bzw. ihr Präsidium in ihrem [Statement vom 25.05.2023](#) selbst als „weltoffene Hochschule“ bezeichnet. Die Förderung von kritischem Denken und fundiert vorgetragener Meinung sei „elementarer Bestandteil“ des Curriculums und des Selbstverständnisses der Hochschule. Ob und wann eine Meinung „fundiert“ vorgetragen ist, sollte man aber nicht der Entscheidung einer (administrativen) Hochschulleitung überlassen, sondern dem offenen, kritischen Diskurs. Nur so können auch und besonders angehende Polizeibeamt\*innen – hier „Polizeistudierende“ genannt – lernen und erleben, was Demokratie ausmacht und was sie und damit auch die Institution Polizei aushalten müssen. Dies gilt natürlich und ganz besonders, wenn die hinter einer sicherlich unnötig plakativ geäußerten Meinung handfeste Tatsachen stehen, die wegzudiskutieren auch und besonders in NRW schwerfallen dürfte, wo rechtsextreme Chatgruppen in der Polizei 2020/21 in [53 Fällen](#) für Aufsehen gesorgt haben – ungeachtet der vielen anderen Fälle innerhalb der Polizei, die in den vergangenen Jahren bekannt wurden.

## Der Lehrauftrag

Die Ausbildung für den gehobenen Dienst der Polizei findet in den Bundesländern an sog. „Polizeiakademien“, an eigenständigen Fachhochschulen der Polizei oder an Fachbereichen Polizei an Verwaltungsfachhochschulen (so in NRW) statt. Für diese Einrichtungen gelten die einschlägigen hochschulrechtlich Regelungen des jeweiligen Bundeslandes. Im vorliegenden Fall geht es um einen Lehrauftrag, der Aslan für den Bereich „Interkulturelle Kompetenz“ erteilt worden war. Dieses Fach wurde an der HSPV (damals noch FHÖV) 2008 eingeführt und 2014 wurden zwei Professuren für Interkulturelle Kompetenzen und Diversity-Management eingerichtet (vgl. [Franzke 2016](#)). Die Förderung interkultureller Kompetenz und interkultureller Kommunikationsfähigkeit habe im Bachelorstudiengang Polizei in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen, so die Aussage im Rahmen eines [Forschungsprojektes](#) der HSPV NRW „Umgang mit Fremdheit – Entwicklung im Längsschnitt der beruflichen Erstsozialisation 2.0“, das noch bis 2024 läuft. Aus der [Modulübersicht zum aktuellen Studienjahrgang](#) für

die Studierenden zum Polizeivollzugsdienst (PVD) ergibt sich, dass für den Bereich „Interkulturelle Kompetenz“ im Modul „Polizei in Staat und Gesellschaft“ insgesamt 37 Stunden vorgesehen sind, davon 19 Stunden Selbststudium und 18 Stunden Lehrveranstaltungen. Das entspricht ca. 0,7 % des gesamten Lehrumfangs von 5.367 Stunden. Die Veranstaltungen werden auch (wie im vorliegenden Fall) von externen Lehrbeauftragten angeboten.

Solche Lehraufträge können gem. [§ 43 Hochschulgesetz NRW](#) erteilt werden. Die Lehrbeauftragten nehmen ihre Lehraufgaben selbständig wahr. Der Lehrauftrag ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis eigener Art; er begründet kein Dienstverhältnis. Die Lehrbeauftragten sind nicht Mitglieder (wie bspw. Professoren und Studierende), sondern Angehörige der Hochschule. Für sie gelten besondere Regelungen. Nach § 7 Abs. 7 des Gesetzes über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst in NRW ([FHGöD](#)) regelt die jeweilige Grundordnung die Rechte und Pflichten der Angehörigen. Nach § 8 der [Grundordnung der der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW](#), der Rechte und Pflichten der Angehörigen regelt, haben diese sich „unbeschadet weitergehender Verpflichtungen aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis, so zu verhalten, dass die HSPV NRW ihre Aufgaben erfüllen kann und niemand gehindert wird, seine Rechte und Pflichten an der HSPV NRW wahrzunehmen“.

Man wird schwerlich behaupten können, dass durch den Tweet von Aslan die HSPV NRW daran gehindert wird, ihre Aufgaben zu erfüllen und auch sonst wurde dadurch niemand gehindert, seine Rechte und Pflichten an der HSPV wahrzunehmen. Weitergehende Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis (oder dem Lehrauftrag) dürfen nicht gegeben sein, so dass höchstens das allgemeine beamtenrechtliche Mäßigungsgebot zum Tragen kommen könnte. Da Aslan als Lehrbeauftragte aber gerade kein Dienstverhältnis und schon gar nicht ein beamtenrechtliches an der Hochschule inne hat, scheidet dies als Begründung für die Hochschule aus. Ob und wie der eigentliche Dienstherr (Aslan ist hauptberuflich Lehrerin an einer Gelsenkirchener Hauptschule) reagieren kann oder darf, bleibt außen vor.

Die in Art. 5 Abs. 3 GG festgeschriebene Wissenschaftsfreiheit und die sich daraus ergebende Lehrfreiheit gilt auch an Fachhochschulen und für die dort tätigen, wobei es auf das Dienstverhältnis nicht ankommt. Träger des Grundrechts sind alle, die aus eigenem recht

wissenschaftlich lehren. Dazu gehören auch Lehrbeauftragte, sofern sie den Lehrauftrag selbständig wahrnehmen (von Coelln 2019), wovon man im vorliegenden Fall ausgehen muss. Allerdings wird sich Frau Aslan selbst nicht auf die Wissenschaftsfreiheit berufen wollen, was den Duktus und die Wortwahl anbetrifft. In der Sache selbst jedoch (Rassismus in der Polizei, vgl. Feltes/Plank 2021) steht ihr diese Freiheit durchaus zu.

### Ermessensspielraum oder Entscheidungsfreiheit bei der Auswahl von Lehrbeauftragten

Aber hat die Hochschule nicht das Recht, ihre Lehrbeauftragten nach eigenem Belieben auszuwählen? Welche Voraussetzungen inhaltlicher und formaler Art notwendig sind, um einen Lehrauftrag zu bekommen, kann die Hochschule selbst festlegen, und einen individuellen Anspruch auf einen Lehrauftrag kann es nicht geben; allerdings sehr wohl einen Vertrauensschutz, der sich z.B. aus der Zusage, einen Lehrauftrag zu verlängern ebenso ergibt wie aus der Tatsache, dass Frau Aslan mit der Betreuung und Bewertung von Bachelorarbeiten betraut ist. Selbstverständlich darf die Hochschule festlegen, welche Themen im Rahmen eines Lehrauftrages behandelt werden müssen und die ausgewählte Person muss dafür geeignet und qualifiziert sein. Dies war offensichtlich der Fall, denn sonst hätte man Frau Aslan den Lehrauftrag, den sie seit 2021 innehatte, nicht erteilt und auch nicht angekündigt, ihn zu verlängern. Es war auch nicht das Verhalten von Frau Aslan an der Hochschule, das für den Eklat gesorgt hat, sondern eine Meinungsäußerung in sozialen Medien, die sie als Bürgerin dieser Gesellschaft mit eigenem Migrationshintergrund getätigt hat und für die sie das grundgesetzlich garantierte Recht der freien Meinungsäußerung in Anspruch nehmen kann. Die in sozialen Medien verwendete verkürzte, plakative Sprache ist nicht geeignet, akademische Diskussionen zu führen, aber den dort üblichen Spielraum kann man nutzen, sofern man nicht gegen Gesetze verstößt.

### Was bleibt also?

Wir wissen aus aktuellen Studien, dass das anfänglich hohe Vertrauen von Migranten in die Polizei mit der Dauer ihres Aufenthalts im Gastland abnimmt. Dabei spielen erfahrene Diskriminierungen eine entscheidende Rolle (Czymara/Mitchell 2023). Die Hochschule hat mit ihrer überzogenen, voreiligen Reaktion ein weiteres, negatives Beispiel für solche Diskriminierungen geschaffen. Die Integration von Menschen mit Migrationshintergrund in unsere Gesellschaft, in die Polizei und als Dozierende in die Hochschulen wurde damit ausgebremst. Wenn eine aktuelle Studie (Staller u.a. 2022) zeigt, dass Polizeiausbilder in Deutschland oftmals ziellos, ineffektiv und ohne Reflexion ihrer Arbeit tätig und im Allgemeinen nicht in der Lage sind, Ausbildungsziele festzulegen und ihre Ausbildung kohärent und effektiv auszurichten, dann wäre die der HSVP NRW gut beraten gewesen, die Äußerung von Aslan zum Anlass zu nehmen, sich die Lehrinhalte und Lehrpläne im Bereich „Interkulturelle Kompetenz“ einmal genauer anzusehen. Dabei hätte sie sicherlich festgestellt, dass Lehrende mit Migrationshintergrund eine enorme Bereicherung der Lehre auch und besonders an Polizeihochschulen sein können. Nachdem einige dieser Lehrenden jetzt angekündigt haben, ihre Bereitschaft zum Engagement an dieser Hochschule zu überdenken, dürfte der Schnellschuss des Präsidiums der Hochschule nach hinten losgegangen sein.

Die politischen Dimensionen der Auseinandersetzung machen deutlich, wie verhärtet die Fronten nicht nur in der konkreten „Causa Aslan“, sondern generell in der Auseinandersetzung um Rassismus in der Polizei sind. Die Erstunterzeichner einer am 26.05.2023 veröffentlichten [Stellungnahme](#) bringen das auf den Punkt: „Während wir in der Organisation Polizei zum Teil viel Verständnis im Umgang mit rechten Grenzüberschreitungen feststellen, macht uns die Unerbittlichkeit im Umgang mit einer migrantischen Frau, die sich für eine bessere Polizei einsetzt, fassungslos. Bahar Aslan ist keine Gefährdung für die Demokratie. Im Gegenteil. Sie ist eine Bereicherung für die Polizeiausbildung“.

Fynn Wenglarczyk, Jana Wolf

# Warum Haftstrafen für „Klima-Kleber“ die falsche Antwort sind

doi: 10.17176/20230502-204524-0



Vergangene Woche hat das Amtsgericht Tiergarten die 24-jährige Aktivistin Maja zu einer viermonatigen Freiheitsstrafe verurteilt, ohne diese zur Bewährung auszusetzen. Der Aktivistin wurde vorgeworfen, sich im August 2022 an einem Gemälde festgeklebt zu haben. Angeklagt wurde sie zudem wegen der Beteiligung an einer Straßenblockade. Das Urteil sprach sie der gemeinschädlichen Sachbeschädigung (§ 304 StGB), der versuchten Nötigung (§§ 240, 22, 23 Abs. 1 StGB) und des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) schuldig. Bereits Anfang März 2023 wurden zwei Aktivisten vom Amtsgericht Heilbronn (Urt. v. 06.03.2023 – 26 Ds 16 Js 4813/23) zu kurzen Freiheitsstrafen (zwei und drei Monate) verurteilt, die wegen Nötigung angeklagt waren. Es sind, soweit bekannt, die ersten Freiheitsstrafen, die in Deutschland im Zusammenhang mit Klima-Protesten verhängt wurden. Die (noch nicht rechtskräftigen) Entscheidungen, kurze Freiheitsstrafen zu verhängen und diese *nicht* zur Bewährung auszusetzen, sind – das ist zunächst einmal weniger rechtlich gemeint als vielmehr emotionaler Ausdruck – krass. Freiheitsstrafe, das bedeutet Einschließung, Isolation, erhöhte Suizidgefahr und Desozialisierung. Das tragende Argument beider Entscheidungen, die Aktivisten<sup>1</sup> würden sich nach eigener Aussage von der Begehung weiterer Straftaten nicht abhalten lassen, weswegen die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe unerlässlich und eine Strafaussetzung zur Bewährung ausgeschlossen sei, bringt ein oberflächliches und zu kurz gegriffenes Verständnis der insoweit relevanten Vorschriften der § 47 und 56 StGB und deren Verhältnis zueinander zum Ausdruck.

Wir wollen uns im Folgenden nicht mit der Strafzumessung im engeren Sinne beschäftigen, also der Einordnung der Tat in den gesetzlichen Rahmen entlang der festgestellten strafscharfenden und strafmildernden Um-

stände mit Blick auf die „Schuld“ der Täter, die Grundlage für die Strafzumessung ist (§ 46 Abs. 1 StGB). Wir wollen die Argumentation insbesondere des Amtsgerichts Heilbronn – bislang sind nur die Urteilsgründe dieser Entscheidung bekannt –, anstatt einer Geldstrafe eine kurze Freiheitsstrafe zu verhängen und diese nicht zur Bewährung auszusetzen, nachvollziehen und kritisch würdigen.

## Zum Verständnis von § 47 und 56 StGB

Die Entscheidungen sind in zweifacher Hinsicht begründungsbedürftig. Nach § 47 StGB darf eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nämlich nur im Ausnahmefall verhängt werden, nämlich dann, „wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen“. „Besondere Umstände“ liegen nach der Rechtsprechung vor, wenn bestimmte Eigenschaften oder Verhältnisse den Täter von durchschnittlichen Tätern entsprechender Taten unterscheiden. Sofern das Gericht derartige besondere Umstände feststellt, muss es prüfen, ob die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter *oder* zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich ist. Mit der ersten Alternative wird auf die Möglichkeit der spezialpräventiven, mit der zweiten Alternative auf die Möglichkeit der generalpräventiven Rechtfertigung der kurzen Freiheitsstrafe abgestellt.<sup>2</sup> Dabei sind kurze Freiheitsstrafen „zur Einwirkung auf den Täter“ dann „unerlässlich“, wenn sie unverzichtbar sind, um den Täter dazu zu bringen, künftig keine Straftaten mehr zu begehen. Das Gericht muss insoweit eine Sanktionsprognose vornehmen, bei der es die voraussichtlichen Wirkungen anderer Sanktionsformen mit den voraussichtlichen Wirkungen einer Freiheitsstrafe vergleicht.

<sup>1</sup>Hinweis: Aufgrund einiger Rechtsprechungszitate im generischen Maskulin haben wir uns aus Einheitlichkeits- und Übersichtlichkeitsgründen für eine ausnahmsweise Verwendung des generischen Maskulins insgesamt entschieden.

<sup>2</sup>Zum Ganzen Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 93 f.



Eine andere Frage ist es, ob die für unerlässlich gehaltene Freiheitsstrafe auch vollstreckt werden muss oder zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Ausgeschlossen ist eine Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung nach § 56 Abs. 1 StGB, wenn gerade nicht „zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lässt und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird (...)“.

Beide Vorschriften, § 47 und 56 StGB, sind dabei voneinander unabhängig zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen des § 47 StGB vor, ist also noch keine Aussage darüber getroffen, ob die kurze Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen ist oder, wie es unter Annahme der Unerlässlichkeit einer kurzen Freiheitsstrafe zwar naheliegen könnte, *nicht* zur Bewährung auszusetzen ist.

### Wiederholungsankündigung als tragendes Argument

Das Amtsgericht Heilbronn begründete die Verhängung der kurzen Freiheitsstrafen nun allein damit, dass die Angeklagten glaubhaft angaben, „von strafrechtlichen Sanktionen nicht davon abgehalten zu werden, gleichgelagerte Straftaten zu begehen“, sodass „besondere Umstände in der Persönlichkeit des [jeweiligen] Angeklagten“ vorliegen, die zur „Einwirkung auf ihn die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 StGB auch unter Berücksichtigung des Übermaßverbotes unerlässlich machen.“ Aus der glaubhaften Kundgabe, zu weiteren Straftaten bereit zu sein, folgert laut Medienberichten auch das Amtsgericht Tiergarten die Notwendigkeit der Verhängung der viermonatigen Freiheitsstrafe.

Mit ebendieser Begründung verneinten die Gerichte aber zugleich die Möglichkeit, die kurzen Freiheitsstrafen zur Bewährung auszusetzen. Das Amtsgericht Heilbronn argumentierte, es könnte nicht erwartet werden, „dass die Angeklagten auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine weiteren Straftaten mehr begehen werden“. Das Gericht erkannte zwar in diesem Fall, dass die Angeklagten erstmals zu einer Freiheitsstrafe verurteilt würden, teilweise ja sogar zum ersten Mal überhaupt vor Gericht standen. Dennoch sei nach Auffassung der Richterin eine Einwirkung nur mittels Strafvollzugs „als einzig zur Verfügung stehendes Mittel“ zu erreichen, denn die Angeklagten hätten „glaubhaft und nachdrücklich bekundet (...), von neuen gleichgelagerten Straftaten durch kein

Urteil der Welt abzuhalten zu sein“.

### Verkannte Alternativen

Soweit das Amtsgericht Heilbronn allein auf die Ankündigung weiterer Straftaten abstellt, scheint es das Verhältnis von § 47 StGB und § 56 StGB zu verkennen. Derselbe Grund, nämlich die Ankündigung weiterer Straftaten, wird sowohl für die Frage der Unerlässlichkeit i.S.d. § 47 Abs. 1 StGB als auch für die positive Legalprognose i.S.d. § 56 Abs. 1 StGB herangezogen. Die Annahme, dass es „unerlässlich“ ist, auf den Täter einzuwirken, ist aber, wie gesagt, unabhängig von der positiven Legalprognose i.S.d. § 56 Abs. 1 StGB. Daher müssen in die Überlegungen hinsichtlich der Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe auch diejenigen Wirkungen einbezogen werden, die mit einer Strafaussetzung zur Bewährung unter Auflagen und Weisungen, ggf. unter Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers, gem. §§ 56a ff StGB erreicht werden könnten.<sup>3</sup>

Jedenfalls das Amtsgericht Heilbronn hat solche Überlegungen aber überhaupt nicht angestellt. Und hier kommt ein zentrales Problem des strafrechtlichen Antwortspektrums auf klimaaktivistische Straftaten zum Ausdruck. Es mag zunächst kontraintuitiv erscheinen, aber denken wir einmal konsequent zu Ende, was das Amtsgericht Heilbronn und offenbar auch das Amtsgericht Tiergarten für die Unerlässlichkeit der Freiheitsstrafe als tragendes Argument heranzieht: Wenn das Gericht tatsächlich davon überzeugt ist, dass „kein Urteil der Welt“ sie davon abhalten könne, weiterhin gleichgelagerte Straftaten zu begehen und vor allem Geldstrafen sie nicht treffen würden, dann muss das Gericht auch davon ausgehen, dass auch der eigene Rechtsfolgenausspruch sie davon nicht abhalten wird. Das schreit doch förmlich danach, Alternativen in den Blick zu nehmen, für die man, je nach Ausgabe des Gesetzestextes, höchstens zwei Seiten weiter blättern muss: Wenn man eine kurze Freiheitsstrafe für unerlässlich hält, weil die Angeklagten ankündigen, sich von dem Urteil nicht beeindrucken zu lassen, könnten Bewährungsauflagen und -weisungen i.S.d. §§ 56b, c StGB eine bessere Lösung darstellen. Sie ermöglichen nämlich ein breiteres Reaktionsspektrum, in dessen Rahmen auch auf die spezielle Konfliktstruktur der Klima-Protesttat und auf die Täterpersönlichkeit und dessen Überzeugungen eingegangen werden kann. Wäh-

<sup>3</sup>Vgl. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 94 f.

rend Bewährungsaufgaben der „Genugtuung für begangenes Unrecht dienen“ (vgl. § 56a Abs. 1 StGB), haben Weisungen eine klar spezialpräventive Zielsetzung und sollen dabei helfen, keine weiteren Straftaten mehr zu begehen (§ 56c Abs. 1 S. 1 StGB). Das Gesetz macht in § 56c Abs. 2 StGB nur Vorschläge („namentlich“) für bestimmte Arten von Weisungen. Prinzipiell ist jede Weisung denkbar, die dabei helfen kann, dass der Täter in Zukunft keine Straftaten mehr begeht. Hier besteht Spielraum, Konfliktlösungen zu entwickeln, die die Konfliktstruktur klimaaktivistischer Straftaten adäquater adressieren können.

## Die Konfliktstruktur klimaaktivistischer Straftaten

Die Tendenz härterer Sanktionierung klimaaktivistischer Straftaten durch Verhängung kurzer Freiheitsstrafen ohne Bewährung scheint die Konfliktstruktur der Klima-Proteste indes mehr und mehr aus den Augen zu verlieren. Zugegeben: Die klimaaktivistischen „Straftäter“ unterscheiden sich von durchschnittlichen Straftätern hier darin, dass sie ihre weitere Tatbereitschaft vor Gericht offen signalisieren. Und trotzdem liegt die Annahme „besonderer Umstände“ i.S.v. § 47 Abs. 1 StGB nur bei oberflächlicher Betrachtung nahe. Es muss doch danach gefragt werden, welche Bewertungsrichtung dieser Umstand hat. Klima-Proteste sind gerade dadurch gekennzeichnet, dass die „Straftaten“ letztlich auf Wiederherstellung eines gesetzmäßigen Zustandes abzielen – die Einhaltung völkerrechtlich verbindlicher Klimaschutzziele und die Erhaltung natürlicher Lebensgrundlagen als Basis der Entfaltung alles Politischen und der Gesellschaftsordnung. Auch das unterscheidet sie von herkömmlicher Kriminalität. Eine Rechtfertigung der Straftaten wegen eines rechtfertigenden (Klima-)Notstandes (§ 34 StGB) mag man unter Verweis auf den Vorrang der Gefahrenabwehr durch den Staat und den verbindlichen Regeln demokratischer Partizipation mit guten Gründen ablehnen (nicht nur [wir](#), sondern auch [Ronen Steinke](#) hat kürzlich darauf hingewiesen, dass auch dieser „Vorrang“ irgendwann sein Ende findet). Aber muss die Antwort wirklich Knast sein? Ja, es liegen besondere Umstände vor, aber sind das solche, die § 47 Abs. 1 StGB meint, um eine Freiheitsstrafe zu rechtfertigen?

Nun könnte man einwenden, dass es gerade Wesensmerkmal des zivilen Ungehorsams ist, für strafrechtliche Konsequenzen einzustehen. Ohne Einstehen für die

strafrechtlichen Konsequenzen komme dem Protest die Symbolkraft abhanden, so hört man in letzter Zeit häufiger. Offenbar scheint man den (nicht strafrechtlichen!) Begriff des zivilen Ungehorsams mittlerweile dazu zu benutzen, eine Bestrafung von Klimaaktivisten zu rechtfertigen, ja sogar als zwingend anzusehen. Das kann nicht sein. Wie viele andere Aktivisten auch, will zum Beispiel die verurteilte Aktivistin Maja jedenfalls für *diese* strafrechtliche Konsequenz nicht eintreten. Das hat sie in einem Video auf Twitter zum Ausdruck gebracht. Dann ist die Tat – jedenfalls nach Ansicht Einiger – vielleicht kein ziviler Ungehorsam. Ja und?

## Noch ein Wort zum Knast

Dass „die kurze Freiheitsstrafe an und für sich ... nichts taugt“, hat *Franz v. Liszt* schon vor knapp 120 Jahren erkannt.<sup>4</sup> Das gilt besonders für kurze Freiheitsstrafen, die in der Regel mehr schaden als nützen, weil sich die (übrigens auch mehr als fraglichen) positiven Wirkungen des Vollzugs einer Freiheitsstrafe in der kurzen Zeit überhaupt nicht entfalten können. Dafür drohen aber die schädlichen, vor allem desozialisierenden, stigmatisierenden und psychischen Wirkungen der Haft in voller Härte. Der Gesetzgeber hat sich mit dem 1. StrRG und 2. StrRG aber trotz dieser Erkenntnis nicht zu einer Abschaffung kurzer Freiheitsstrafen, sondern nur zu der Kompromisslösung des § 47 StGB durchringen können. Damit werden in Ausnahmefällen die schädlichen Haftwirkungen in Kauf genommen, die gerade einem zu kurzer Freiheitsstrafe Verurteilten – und damit neben den beiden vom Amtsgericht Heilbronn Verurteilten auch der 24-jährigen Aktivistin Maja – überproportional intensiv drohen. Der Begriff des unmittelbaren Haftchocks beschreibt dabei gut, was insbesondere Erstverbüßer in den ersten Tagen im Gefängnis erleben. Die plötzliche Isolation, die Trennung von Freunden, Familie und dem sozialen Umfeld und der Verlust von Autonomie sind dabei nur beispielhafte psychosoziale Belastungsfaktoren einer Inhaftierung. Durch das Gefühl, plötzlich aus dem Leben gerissen zu sein, erhöht sich das Risiko erheblicher psychischer Beeinträchtigungen wie zum Beispiel Depressionen. Daher verwundert es nicht, dass die Suizidrate sich im Strafvollzug befindlicher Personen überproportional groß ist, nämlich 5,6-mal höher bei männlichen und 8,6-mal höher bei weiblichen Inhaftierten im Vergleich zur

<sup>4</sup>von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Bd. 1). Berlin: J. Guttentag, 1905, S. 346.

männlichen bzw. weiblichen Allgemeinbevölkerung.<sup>5</sup>

### Gesunder Menschenverstand?

Mit der Verurteilung zu kurzen Freiheitsstrafen gehen das Amtsgericht Heilbronn und das Amtsgericht Tiergarten zum Äußersten, was das Strafrecht an Sanktionsform hergibt, um Aktivisten von der Straße zu holen. Am Ende sollte sich vielleicht jeder und jede einmal ganz frei

davon machen, ob die Entscheidungen der Gerichte juristisch vertretbar und die Klima-Proteste das angemessene Mittel sind, um die Bundesregierung zur Einhaltung des Rechts zu bewegen und sich ernsthaft fragen: Ist die drohende Zerstörung der sozialen Existenz junger Menschen durch Einsperren in einen Haftraum eine angemessene Antwort darauf, sich dafür einzusetzen, dass die natürlichen Lebensgrundlagen unser aller geschützt werden?

---

<sup>5</sup>Opitz-Welke/Benefeld-Kersten/Konrad/Welke, Prison suicides in Germany from 2000 to 2011, *International Journal of Law and Psychiatry* 36 (2013), 386–389; nochmal höher ist die Suizidrate wiederum für Personen in Untersuchungshaft.

Heiko Sauer

# Föderale Entscheidungssperre für Landesstaatsrecht

Warum das Bundesverfassungsgericht die vollständige Wiederholung der Berliner Abgeordnetenhauswahl nicht überprüfen will

doi: 10.17176/20230518-140316-0



Das Bundesverfassungsgericht hat, wie wir erst jetzt wissen, am 25. Januar 2023 eine Grundsatzentscheidung zu den Verfassungs- und Verfassungsgerichtsbarkeitsräumen im deutschen Bundesstaat getroffen. An diesen Tag lehnte es einen Eilantrag ab, mit dem die vom Verfassungsgerichtshof Berlin verfügte vollständige Wiederholungswahl zum Berliner Abgeordnetenhaus ausgesetzt werden sollte. Daraufhin konnte die Wiederholungswahl am 12. Februar 2023 stattfinden – und sie führte zu einem Regierungswechsel. Die in ihrem Kern überzeugenden Gründe der Ablehnung wurden erst gestern bekanntgegeben, sie werden hier kurz erläutert, kommentiert und eingeordnet.

## Der Fall

Beim ersten Anlauf der Wahl zum Abgeordnetenhaus und bei der parallelen Bundestagswahl am 26. September 2021 war es in Berlin gehäuft zu Unregelmäßigkeiten gekommen; u.a. fehlende oder fehlerhafte Wahlzettel und zu wenig Wahlkabinen hatten vielerorts zu erheblichen Wartezeiten geführt. Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin hatte darin Wahlfehler gesehen, die sich überwiegend auch auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben könnten. Unter Verweis auf ein systemisches Versagen bei der Wahlvorbereitung und -organisation, auf das Ausmaß der Fehlerhaftigkeit und der davon potenziell betroffenen Mandate und einen darauf zurückgehenden Vertrauensverlust bei den Wähler:innen hatte der [Verfassungsgerichtshof die gesamte Wahl zum Abgeordnetenhaus für ungültig erklärt](#). Damit hatte er Neuland betreten, weil eine Wahl noch nie über das Ausmaß ihrer Fehlerhaftigkeit hinaus wiederholt und so eine Vielzahl rechtmäßig abgegebener Stimmen gewissermaßen annulliert wurde.

Am 26. September 2021 erhoben gewählte Abgeordnete sowie einige Wähler:innen gegen dieses Urteil Ver-

fassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Sie wollten die Aufhebung des Urteils sowie im Wege der einstweiligen Anordnung die Aussetzung der Wiederholungswahl erreichen. Diese Anordnung lehnte das Bundesverfassungsgericht am 25. Januar 2023 gut zwei Wochen vor der geplanten Wahlwiederholung ab, begründete das aber nicht; damit war klar, dass es seine Entscheidung auf in Ruhe zu verschriftlichende grundsätzliche Überlegungen gestützt hat, zumal eine bloße Folgenabwägung nicht zwingend zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre. Die Begründung hat das Bundesverfassungsgericht in offener Auslegung von § 32 Abs. 5 BVerfGG [heute nachgeliefert](#).

## Über die Bundesgrundrechte aufs Landesstaatsorganisationsrecht zugreifen?

Warum man an der verfassungsrechtlichen Überzeugungskraft des angegriffenen Urteils des Verfassungsgerichtshofs zweifeln kann, hat die Richterin Ulrike Lembke in ihrem Sondervotum ausführlich und mich überzeugend dargelegt. Die Schwierigkeit für die Beschwerdeführer:innen bestand jedoch an darin, dass eine Wahlprüfungsentscheidung, die man aus staatsorganisationsrechtlichen Gründen für falsch hält, deshalb noch nicht notwendig Grundrechte verletzt, was aber die Voraussetzung für eine zulässige Verfassungsbeschwerde ist. Das Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ist zwar verfassungsbeschwerdefähig, es bezieht sich aber (jenseits der [europäischen Integration](#)) nur auf die Wahl zum Deutschen Bundestag und nicht auf Landtagswahlen (RNr. 110, 112). Und Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gibt die Wahlrechtsgrundsätze für die Länder nur als objektives Verfassungsrecht vor.

Daher mussten Einwände gegen das Urteil, die sich auf die Handhabung der Wahlrechtsgrundsätze oder des Demokratieprinzips beziehen – etwa auf die cursorisch

bleibende Abwägung des Verfassungsgerichtshofs zwischen dem Bestandsinteresse jedenfalls des rechtmäßig gewählten Teils des Abgeordnetenhauses und des Korrekturinteresses hinsichtlich der mandatsrelevanten Wahlfehler (S. 141ff.) – irgendwie grundrechtlich „angebunden“ werden. Die Einwände bleiben dann aber, etwa wenn eine Verletzung des Willkürverbots oder eine unterbliebene Vorlage nach Art. 100 Abs. 3 GG wegen Divergenz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Wahlfehlerfolgen (s. dazu [hier](#)) geltend gemacht wird, ihrem Wesen nach staatsorganisationsrechtlich: Sie wollen auf eine Überprüfung des Urteils in wahl(prüfungs)rechtlicher Hinsicht hinaus, die Grundrechte sind nur der Türöffner zum Bundesverfassungsgericht.

Das gilt auch für das nach dem Bundesverfassungsgericht in der Würde des Menschen wurzelnde und von den Beschwerdeführer:innen einfallsreich aufgegriffene „Grundrecht auf Demokratie“. Interessanterweise wird es hier zum ersten Mal außerhalb der europäischen Integration zum Einsatz gebracht, was das Bundesverfassungsgericht nicht prinzipiell zurückweist. Ohne erkennbare Anbindung an den Homogenitätsansatz – da es hier nicht um Art. 79 Abs. 3 GG geht, ist nicht klar, warum die würdebezogene Demokratierüge dem Sperrwirkungsschutz für die Landesverfassung nicht auch unterfallen sollte – wird knapp festgehalten, dass nicht ersichtlich sei, warum der Menschenwürdekern des Demokratieprinzips betroffen sein sollte (RNr. 182f.). Das ist nachvollziehbar, weil die Stoßrichtung dieses Arguments bisher immer die Abwehr von Fremdbestimmung war (ultra vires-Rechtsprechung). Man wird aber fragen dürfen, ob es nicht auch etwas mit demokratischer Selbstbestimmung zu tun hat, wenn so weitreichend nicht fehlerbehaftete Wählerstimmen für ungültig erklärt werden.

## Nein, sagt das Bundesverfassungsgericht

Mit dieser grundrechtlichen Anbindung staatsorganisationsrechtlicher Probleme wirft die Verfassungsbeschwerde die Frage auf, ob das Bundesverfassungsgericht Wahlprüfungsentscheidungen auf Landesebene entsprechend überprüfen kann und so in die Stellung einer zweiten Instanz über den Landesverfassungsgerichten einrücken würde. Mit der heute veröffentlichten „landesverfassungsrechtsfreundlichen“ Begründung wird diese Frage in Anknüpfung an [frühere Rechtsprechung](#) klar verneint: Der Selbständigkeit der Verfassungsräume des

Bundes und der Länder, die im Wege der Homogenitätsvorgabe des Art. 28 Abs. 1 GG zwar ein Stück weit relativiert, aber nicht aufgehoben wird, entnimmt das Bundesverfassungsgericht erhebliche föderale Gestaltungsmöglichkeiten der Länder für das Wahl- und Wahlprüfungsrecht (RNr. 112ff.).

Daraus folgert es gut nachvollziehbar selbständige Entscheidungsräume der Landesverfassungsgerichte, damit die Länder nicht über Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts am Maßstab des Grundgesetz mittelbar doch wieder in eine Sogwirkung des Bundesrechts geraten. In das Wahl- und Wahlprüfungsrecht der Länder will es sich über Verfassungsbeschwerden gegen landesverfassungsgerichtliche Entscheidungen nicht einmischen; Normenkontrollen gegen landesrechtliche Vorschriften bleiben auch in diesem Bereich aber möglich (RNr. 113). Die gleiche Zurückhaltung muss dann für das übrige Staatsorganisationsrecht gelten, etwa wenn es um Abgeordnetenrechte oder um wechselseitige Befugnisse von Verfassungsorganen der Länder geht. Wo genau auf der Zulässigkeitsebene die Sperrwirkung für die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle verankert wird, bleibt etwas unklar, wenn auf die fehlende Statthaftigkeit verwiesen wird (RNr. 108, 115, 146). Viel spricht dafür, sie als eigenständiges Hindernis zu begreifen, weil es formal weder an der Angreifbarkeit als Akt öffentlicher Gewalt noch an der Möglichkeit der Grundrechtsverletzung fehlt.

## Wahrung grundgesetzlicher Homogenitätsvorgaben als Sperrwirkungsbedingung

Eine kleine Hintertür bleibt allerdings offen: Voraussetzung der Sperrwirkung für die Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts ist, dass die Homogenitätsanforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG gewahrt bleiben (RNr. 114, 131ff.). Werden die bundesverfassungsrechtlichen Mindestanforderungen des Staatsorganisationsrechts auf Landesebene unterschritten, kann – gewissermaßen kompensatorisch – das Bundesverfassungsgericht auch landesverfassungsgerichtliche Entscheidungen kontrollieren.

In der jetzigen Entscheidung wählt das Bundesverfassungsgericht dann einen recht geschickten Weg: Über die eingehende Darstellung, dass die Homogenitätsanforderungen im Land Berlin bei der Ausgestaltung des Wahl(prüfungs)rechts gewahrt sind, geht es auf viele einzelne Beanstandungen der Beschwerdeführer:innen doch



in der Sache ein (RNr. 146ff.): Dann liegt dort entweder kein Problem oder es kann offenbleiben, ob ein Problem im Einzelfall gegeben ist, weil ein strukturelles Defizit (den Begriff verwendet der Senat nicht) bestehen müsste, für das keine Anhaltspunkte bestehen und das bisher auch nicht gerügt wurde.

Ganz ähnlich der Solange-Rechtsprechung markiert das Bundesverfassungsgericht hier einen Letztvorbehalt, der ein Einschreiten im Einzelfall nicht endgültig ausschließt, es aber unwahrscheinlich macht. Zwar besteht für die Aktivierung dieses Vorbehalts erheblicher Spielraum. Atmosphärisch sendet die jetzige Entscheidung aber ein klares Signal an die Landesverfassungsgerichte, das demjenigen der [Bananenmarkt-Entscheidung](#) für den EuGH entspricht: Es gibt eine Grenze der Nichtausübung der Prüfungskompetenz, aber die Hürde für eine erfolgreiche Befassung des Bundesverfassungsgerichts mit einer landesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Staatsorganisationsrecht liegt extrem hoch. In beiden Fällen gibt es dafür – unterschiedliche – gute Gründe. Und in beiden Fällen ist der eigene Spielraum beim Überspringen dieser Hürde groß (man denke an die Entscheidung zum [Hessischen Wahlprüfungsgericht](#), wo die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerade weitmaschig verstanden wurden).

### Überschießender Ausschluss des Grundgesetzschutzes

Dennoch geht die Sperrwirkung aus meiner Sicht etwas zu weit: Wenn grundrechtliche Rügen erhoben werden, die mit dem materiell-staatsorganisationsrechtlichen Gehalt der Entscheidung nichts zu tun haben und diesen nicht in Frage stellen, ist nicht von vornherein einzusehen, warum das umfassend mit der Grundrechtskontrolle auch der Landesstaatsgewalt betraute Bundesverfassungsgericht nicht eingeschaltet werden kann.

Im konkreten Fall werden auch die Rügen der Verletzung rechtlichen Gehörs sowie der Entziehung des gesetzlichen Richters durch die (nicht unwesentlichen) Amtszeitüberschreitungen von sechs der neun Richter:innen für unstatthaft erklärt, auch wenn sie mit Blick auf die generelle Wahrung der Homogenitätsanforderungen mittelbar adressiert werden (RNr. 152ff., 160ff.). Das Bundesverfassungsgericht zieht hier das Beschleunigungsgebot bei der Wahlprüfung heran und sieht in dem Ausschluss entsprechender Verfassungsbeschwerden wiederum die gebotene Vermeidung eines Übergriffs in den Verfassungsraum des betroffenen Landes (RNr.

122ff.). Eine etwaiger Verzögerung aber wäre lediglich ein faktischer Übergriff und eigentlich schon gar kein Übergriff, sondern nur ein Nachteil, der sonst auch nicht vor verfassungsgerichtlicher Kontrolle schützt.

Diese überschießende Sperrwirkung wird zwar ein Stück weit dadurch kompensiert, dass die Verfahrensgrundrechte zur rechtsstaatlichen Homogenitätsvorgabe gezählt werden und damit grundsätzlich gewahrt sein müssen (RNr. 139). Aber im krassen Einzelfall ist damit kein Schutz vor der landesverfassungsgerichtlichen Verletzung von Verfahrensgrundrechten gegeben, wenn die Entscheidungsmaterie Staatsorganisationsrecht ist: Homogenitätsschutz geht hier auf Kosten umfassenden Grundrechtsschutzes. Der konkrete Fall mag dieses Ergebnis erklären, aber über den Fall hinaus ist diese Maßstabsbildung nicht über jeden Zweifel erhaben, zumal nichts dagegen spräche, über solche Verfassungsbeschwerden bevorzugt und schnell zu entscheiden.

### Spannungsverhältnis zur Marginalisierung des Landesverfassungsrechts bei den Grundrechten

Schließlich bewegt sich die sehr „landesverfassungsrechtsfreundliche“ Entscheidung in einem Spannungsverhältnis dazu, dass das Bundesverfassungsgericht eigenständigen Verständnissen der Grundrechte der Landesverfassungen eine Absage erteilt hat: Die Auslegung und Anwendung von Landesgrundrechten muss [zu dem gleichen Ergebnis führen](#) wie das Verständnis des parallelen Bundesgrundrechts durch das Bundesverfassungsgericht.

Dass dies für das Staatsorganisationsrecht auf Landesebene anders gesehen wird, lässt sich durchaus begründen: mit der nicht leicht verständlichen Sonderregelung zu den Landesgrundrechten in Art. 142 GG sowie mit der umfassenden Bindung auch der Landesstaatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes nach Art. 1 Abs. 3 GG. Und doch bleibt das Gefühl, dass die beiden Rechtsprechungslinien nicht perfekt miteinander harmonieren. Man sieht das besonders an der Divergenzvorlage nach Art. 100 Abs. 3 GG, die bei den Grundrechten erfolgen muss, in der Konsequenz der heute begründeten Entscheidung zum Staatsorganisationsrecht aber unterbleiben kann, weil Landesverfassungsrecht in Sachen Demokratie oder Rechtsstaat eben anders ausgelegt werden darf als paralleles Bundesverfassungsrecht.

## Fazit

Die noch anhängige Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs wird trotz der angedeuteten Möglichkeit, das Vorbringen hinsichtlich einer Unterschreitung der Homogenitätsanforderungen oder einer Verletzung des Kerns des Demokratieprinzips zu ergänzen, am Ende ohne Erfolg bleiben (s. – nicht völlig widerspruchsfrei – einerseits RNr. 108 und andererseits 180).; es hätte wohl gleich eine Entscheidung in der Hauptsache ergehen können. Mit dem dargestellten Ansatz kann das Bundesverfassungsgericht zur vollständigen Ungültigerklärung der Abgeordnetenhauswahl in der Sache schweigen.

Dadurch wird nicht nur ein potenzieller institutionel-

ler Konflikt zwischen den Verfassungsgerichten in einem politisch nicht unheiklen Verfahren vermieden; das Bundesverfassungsgericht kann damit auch jeglicher Vorfestlegung für sein eigenes Wahlprüfungsverfahren ausweichen, das wegen der Unregelmäßigkeiten bei der parallelen Bundestagswahl anhängig gemacht worden ist. Der Deutsche Bundestag hat in seiner in diesem Verfahren angegriffenen Entscheidung eine [Wiederholungswahl für rund 20% der Wahlbezirke hinsichtlich beider Stimmen angeordnet](#). Beide Wahlen sind durch unterschiedliche Arten und Häufungen von Fehlern allerdings ohnehin getrennt voneinander zu bewerten. Zum grundgesetzlichen Umgang mit den Vorkommnissen am 26. September 2021 wird deshalb erst die Überprüfung der Bundestagswahl Klarheit bringen.

Joachim Wieland

# Landesrecht bricht Bundesrecht

Warum der Cum-Ex-Untersuchungsausschuss des Bundestags gegen die bundesstaatliche Ordnung verstoßen würde

doi: 10.17176/20230503-204533-0



Der von der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag beantragte Cum-Ex-Untersuchungsausschuss soll das Handeln von Bundeskanzler Scholz als Erster Bürgermeister der Freien und Hansestadt Hamburg bei der Anwendung von Bundesrecht prüfen (BT-Drs. 20/6420, S. 3). Das wirft zwei grundsätzliche Fragen auf: Ist eine Landesregierung für ihr Handeln bei der Anwendung von Bundesrecht dem Bundestag verantwortlich? Darf der Bundestag das Handeln einer Landesregierung kontrollieren? Beide Fragen sind im Bundesstaat des Grundgesetzes mit Nein zu beantworten.

Bund und Länder sind Staaten. Sie verfügen über ihre jeweils eigene demokratische Ordnung. Das Landesvolk legitimiert durch Wahlen die Organe des Landes, das Bundesvolk die des Bundes. Eine Landesregierung muss sich gegenüber ihrem Landtag verantworten, die Bundesregierung gegenüber dem Bundestag. Untersuchungsausschüsse sind die schärfsten Waffen der Parlamente, insbesondere der parlamentarischen Opposition, gegenüber Regierung und Verwaltung. Auch Untersuchungsausschüsse als wirksame Kontrollorgane verfügen aber lediglich über von ihrem Parlament abgeleitete Befugnisse. Diese reichen nur so weit wie die jeweilige Staatlichkeit von Bund und Ländern. Weder darf ein Land wie Bayern das Handeln der Bundesexekutive untersuchen noch der Bund das Handeln eines Landes. Ein Untersuchungsverfahren im Bund ist dementsprechend gemäß § 1 Abs. 3 PUAG nur zulässig im Verantwortungsbereich des Bundestages und nicht im Verantwortungsbereich eines Landtags. Deshalb verstößt der Untersuchungsauftrag, den die Fraktion der CDU/CSU beantragte und der sich auf die Anwendung von Bundesrecht in der Finanzverwaltung Hamburgs bezieht, gegen die bundesstaatliche Ordnung.

## Anwendung von Bundesrecht im Auftrag des Bundes

Auch wenn die Länder Gesetze des Bundes im Auftrag des Landes anwenden, üben sie Landesstaatsgewalt aus.

Das hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klar gestellt (BVerfGE 81, 310, 331). Auch das Handeln der Länder im Auftrag des Bundes bleibt Handeln des Landes und wird gegenüber dem jeweiligen Landesparlament verantwortet. Der Bundestag und seine Untersuchungsausschüsse sind darauf beschränkt, die Ausübung der Rechte, die Art. 85 GG dem Bund einräumt, durch Organe des Bundes zu kontrollieren. Dass die Länder Bundesrecht unter der Aufsicht oder im Auftrag des Bundes vollziehen, ändert nichts daran, dass der Verwaltungsvollzug in ihrer Zuständigkeit erfolgt. Diese Zuständigkeit für die Verwaltung und den Vollzug von Bundesrecht prägt die deutsche bundesstaatliche Ordnung, macht die Länder aber nicht zu Vollzugsorganen des Bundes und unterstellt ihre Regierung und ihre Verwaltung nicht der Kontrolle des Deutschen Bundestages. Auch für den Bereich der Auftragsverwaltung im Steuerrecht gemäß Art. 108 Abs. 3 GG sind die Befugnisse des Bundes auf die Instrumente des Art. 85 GG beschränkt. Aufsichts- und Weisungsrechte des Bundes ändern nichts an der Wahrnehmungsbefugnis der Länder. Nur ihre Ausübung durch Bundesorgane kann zum Gegenstand des Auftrags eines Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags gemacht werden.

## Unproblematische Staatspraxis

Dass diese Kompetenzabgrenzung funktioniert, zeigt der Untersuchungsausschuss, den die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg zum praktisch gleichen Thema eingerichtet hat. Die skandalösen Cum-Ex-Geschäfte, die Milliarden Schäden der öffentlichen Hand verursacht haben, sind Gegenstand einer Parlamentarischen Untersuchung in Hamburg, die zu den eingeleiteten Strafverfahren hinzutritt und so für Transparenz sorgt. Eine Durchbrechung der bundesstaatlichen Ordnung ist zur Durchsetzung der politischen Verantwortlichkeit und zur Herstellung von Transparenz nicht notwendig. Dass auch diese Aufklärungsbemühungen nicht immer zu befriedi-

genden Ergebnissen führen, ist bedauerlich, liegt aber in der Natur der Sache. Untersuchungsausschüsse sind ein politisches Kampfinstrument der Opposition. Auch wenn dieses Instrument geschickt eingesetzt wird, werden regelmäßig nicht alle offenen Fragen geklärt. Die abschreckende Wirkung solcher Ausschüsse ist trotzdem beachtlich und ihre generalpräventive Funktion nicht zu unterschätzen. Die bundesstaatliche Ordnung ist jedenfalls nicht dafür verantwortlich, dass nicht immer vollständige Transparenz hergestellt werden kann. Untersuchungsausschüsse von Landesparlamenten sind nicht weniger wirkungsmächtig als Untersuchungsausschüsse des Bundes. Sie verfügen über vergleichbare Kompetenzen. Ist ihr Ergebnis aus Sicht der Antragsteller unbefriedigend, kann das nicht über eine Wiederholung eines Untersuchungsverfahrens auf Bundesebene korrigiert werden. Untersuchungsausschüsse des Bundes sind keine Revisionsinstanz gegenüber Untersuchungsausschüssen der Länder zum gleichen Thema.

### Was daraus folgt

Der Geschäftsordnungsausschuss des Bundestags, an den der Antrag der CDU/CSU-Fraktion überwiesen worden ist, wird den Untersuchungsauftrag und die Untersuchungsfragen auf die Zuständigkeit des Bundes im Sinne von § 1 Abs. 3 PUAG beschränken müssen. Zulässig sind die Fragen, die sich auf das Handeln von Bundesorganen beziehen. Das sind etwa die Fragen 11 und 12 des Antrags, die sich auf die Kommunikation zwischen der Bundesregie-

rung oder Bundesministerien mit der Warburg Bank bzw. mit Mitgliedern des hamburgischen Senats beziehen. Zulässig ist auch Frage 18, welche die Informationsarbeit von Bediensteten der obersten Bundesbehörden gegenüber der Öffentlichkeit und dem Bundestag betrifft. Bei der Bundesauftragsverwaltung ist das Handeln eines Landes demgegenüber nur indirekt Gegenstand einer Untersuchung durch den Bund, nämlich als Bezugspunkt von Weisungen der Bundesregierung, deren Aufsicht sich gemäß Art. 85 Abs. 5 GG auch auf die Zweckmäßigkeit und nicht nur die Rechtmäßigkeit der Ausführung der Bundesgesetze erstreckt.

Unzulässig sind dagegen Fragen, die das Handeln von Regierung und Finanzverwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg zum Gegenstand haben. Insoweit ist das Schwert eines Untersuchungsausschusses des Bundes stumpf. Scharf ist aber das Schwert eines Untersuchungsausschusses des Landes. Das spiegelt die Kompetenzordnung des Bundesstaats wider. Untersuchungsausschüsse eines Landes sind nicht nach-, sondern gleichrangig gegenüber einem Untersuchungsausschuss des Bundes.

Unzulässige Fragen dürfen nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Zweifelsfragen über die Zulässigkeit der Erhebung von Beweismitteln muss die Ermittlungsrichterin des Bundesgerichtshofs im Verfahren nach § 17 PUAG unter Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzabgrenzung entscheiden. Die Freie und Hansestadt Hamburg kann sich nötigenfalls im Verfahren des Bund-Länder-Streits gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gegen eine Verletzung ihrer staatlichen Selbständigkeit wehren.

Simon Pschorr, Arnold Arpaci

# Mehrfach befristet, doppelt rechtswidrig

Warum keine Reform des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes auch keine Option ist

doi: 10.17176/20230503-204512-0



Die Ampelkoalition hat vereinbart, das Hochschulbefristungsrecht auf den Prüfstand zu stellen. Das Ziel: **Planbarkeit und Verlässlichkeit wissenschaftlicher Karrierewege verbessern und frühzeitige Perspektiven für alternative Karrieren schaffen**. In der Debatte rund um dieses Reformvorhaben wird wiederholt gefordert, man möge die Befristungshöchstgrenzen **streichen**. Die Wissenschaft verlange nach flexiblen Modellen, um für exzellenten Nachwuchs Übergangslösungen zu schaffen, schreibt **Ulrike Freitag im Tagesspiegel**. Statt befristete Verträge zu verteufeln, müsse das faktische “Berufsverbot” der Befristungshöchstgrenze von sechs Jahren in der der PostDoc-Phase aufgehoben werden. Dementgegen plädiert die **Allianz der Wissenschaftsorganisationen** für eine Befristungshöchstgrenze von vier Jahren in der PostDoc-Phase. Beschäftigte des akademischen Mittelbaus befürchten, solche Veränderungen des Gesetzes schüfen keine einzige unbefristete Stelle, sondern **beschleunigten die Drehung des Personalkarussells**.

Angesichts des Gegenwinds für seine **ersten Reformpläne** aus der Wissenschaft hat das BMBF angekündigt, eine **neue, geteilte Vision** zu erarbeiten. Doch rücken maßgebliche Akteure des Ministeriums Stück für Stück von Reformbestrebungen ab. Jens Brandenburg, Parl. Staatssekretär im BMBF (FDP), sagte, dass **jedenfalls 2023 nicht mehr mit einer Novelle zu rechnen sei**. Damit aber droht zugleich die Gefahr, dass das Reformvorhaben endgültig scheitert – und der Status quo erhalten bleibt.

Doch ist dies überhaupt eine Option? Die Reform auf Eis zu legen wäre nur dann möglich, wenn die aktuelle Rechtslage europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben genüge. Hieran sind Zweifel angebracht. Denn die gegenwärtige Rechtslage führt dazu, dass der Anteil befristeter Beschäftigter im akademischen Mittelbau (**BuWin 2021, S. 108**) 92% beträgt. Dieser status quo ist hinsichtlich der Befristung von PostDocs nicht nur europarechtswidrig, sondern wegen Verletzung der Arbeitsvertragsfreiheit auch verfassungswidrig.

## Europarechtlicher Rahmen für Befristungsrecht

Europäische Vorgaben zum Befristungsrecht finden sich in der **RL 1999/70/EG** vom 28.06.1999. Mit dieser Richtlinie machte der europäische Gesetzgeber die EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge für alle Beschäftigungsbereiche einschließlich des Unterrichts an öffentlichen Lehranstalten verbindlich (EuGH, Urteil vom 13.01.2022 – **C-282/19** –, Rn. 70 zu Schulen). Zum Zweck der Richtlinie führt Erwägungsgrund 14 aus: “[Die europäischen Sozialpartner] haben ihren Willen bekundet, [...] den Mißbrauch [der Befristung] durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse“ zu verhindern. Ziel der Richtlinie war es mithin der Prekarisierung der Lage der Beschäftigten durch Befristung vorzubeugen (EuGH, Urteil vom 13.01.2022 – **C-282/19** –, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – **C-326/19** –, Rn. 55). Dies bekräftigt Erwägungsgrund 6 der Rahmenvereinbarung (im Folgenden RV). Hiernach sind “unbefristete Arbeitsverträge [...] die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Sie tragen zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit bei.” Dennoch könnten die Mitgliedsstaaten die Charakteristika spezifischer Branchen berücksichtigen (Erwägungsgrund 8).

Um den Missbrauch aufeinanderfolgender (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – **C-326/19** –, Rn. 52) Befristungen zu vermeiden, sieht § 5 Nr. 1 RV drei Regelungsmodelle des Befristungsrechts vor. Befristungen können von Sachgründen abhängig gemacht werden (§ 5 Nr. 1a RV), alternativ kann die maximal zulässige Dauer befristeter Arbeitsverträge (§ 5 Nr. 1b RV) oder die zulässige Zahl der Vertragsverlängerungen (§ 5 Nr. 1c RV) begrenzt werden. Diese Regelungsvarianten können miteinander kombiniert werden. Das europäische Recht räumt dem nationalen Gesetzgeber damit einen weiten Umsetzungsspielraum ein, der jedoch nur gewahrt ist, wenn dadurch ein effektiver Missbrauchsschutz gewährleistet wird (EuGH,



Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 58). Eröffnet das nationale Recht die Möglichkeit, einen ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf durch befristetes Personal zu decken, werden die Anforderungen von § 5 Nr. 1 RV nicht gewahrt (EuGH, Urteil vom 19.03.2020 – C-103/18 und C-429/18 –, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 23.04.2009 – C-378/07 bis C-380/07 –, Rn. 103).

§ 2 I 2 WissZeitVG beschränkt die Höchstbefristungsdauer in der PostDoc-Phase auf sechs bzw. in der Medizin auf neun Jahre. Damit wird die maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge i.S.d. § 5 Nr. 1b RV beschränkt. Ob diese Regelung dem *effet utile*-Grundsatz genügt, erscheint jedoch fraglich.

2021 hatte der EuGH über die Klage eines befristet beschäftigten italienischen Wissenschaftlers zu entscheiden (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 60; vgl. auch die Folgeentscheidung EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20). Das italienische Recht sah eine Befristungsmöglichkeit von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption von zwei Jahren ("Verträge Typ A") vor, ohne dass die Verlängerungsmöglichkeit an spezifische sachliche Gründe geknüpft wurde. Der EuGH hielt diese Bestimmung für noch richtlinienkonform. Dabei betonte er zum einen, dass das vorlegende Gericht nichts vorgebracht habe, was darauf hindeute, dass diese Maßnahmen nicht ausreichten, um den missbräuchlichen Einsatz befristeter Verträge zu verhindern (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 60). Durch die Kombination von Höchstbefristungsdauer und einmaliger Verlängerungsoption seien die Beschäftigungsmöglichkeiten klar vorgezeichnet. Zum anderen war die befristete Beschäftigung Teil eines strukturierten Karrierewegs, der in eine unbefristete Beschäftigung mündete: An eine weitere dreijährige Befristungsphase ("Verträge Typ B") schliesse bei positiver Evaluation (vgl. *Fraenkel-Haeberle, Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich*, OdW 2019, 227, 232) eine unbefristete Beschäftigung als assoziierte:r Professor:in an (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 66 ff.; EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 81). Der Aufstieg zur Assistenzprofessur sei so von den "Verdiensten" und wissenschaftlichen Ergebnissen der Beschäftigten abhängig, was den besonderen Anforderungen der Wissenschaft Rechnung trüge (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 69). Deswegen stand ausnahmsweise der dauerhafte Bedarf an Forschenden einer befristete-

ten Beschäftigung nicht absolut entgegen (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 68). Dies relativierte der Gerichtshof in seiner Folgeentscheidung 2022: Das nationale Gericht hätte zu prüfen, ob der Arbeitgeber einen ständigen Lehr- oder Forschungsbedarf unzulässig mit befristeten Beschäftigten abdeckte (EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 78). Dazu habe das nationale Gericht in jedem Einzelfall alle tatsächlichen Umstände zu beurteilen und dabei namentlich die Zahl der Verträge, die dieselbe Universität mit demselben Forscher oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossen hat, zu berücksichtigen und auch die Art der Auswahlverfahren für unbefristete Folgeverträge zu prüfen (Rn. 82).

*Prima facie* sprechen die Judikate dafür, dass § 2 I 2 WissZeitVG europarechtskonform ist. Dieser beschränkt die Höchstbefristungsdauer für deutsche PostDocs und überschreitet die Höchstdauer nach italienischem Recht für Verträge des Typs A um nur ein Jahr. Unter Berücksichtigung der Verträge des Typs B unterschreitet das deutsche Recht den italienischen Rahmen sogar. Eine Gesamthöchstbefristungsdauer in Pre- und PostDoc-Phase von insgesamt 12 Jahren an allen nationalen Universitäten und Forschungseinrichtungen sah der EuGH nicht als grundsätzlich europarechtswidrig an (EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 83). Hierbei hat es jedoch nicht sein Bewenden, denn das deutsche Recht sieht innerhalb der Höchstbefristungsdauer keine Höchstzahl der Vertragsverlängerungen vor (§ 2 I 7 WissZeitVG), sodass es auch in der PostDoc-Phase häufig zu Kurzzeitbefristungen kommt (*Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*, S. 110 f.). Promovierte haben seit

Beginn ihrer ersten Tätigkeit in der Wissenschaft durchschnittlich 6,3 befristete Verträge (*BuWin 2021*, S. 116), 61 % dabei fünf oder mehr, wobei auch mehr als zehn konsekutive Verträge keine Seltenheit darstellen (*Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*, S. 81). PostDocs mit Beschäftigungszeiten von mehr als neun Jahren in der Wissenschaft kommen im Mittel auf 8 bis 11 Folgeverträge (*Kuhnt et al., Arbeiten unter dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz*, S. 53). In Italien beugt eine Kombination aus Befristungshöchstdauer (§ 5 Nr. 1b RV) und Verlängerungshöchstzahl (§ 5 Nr. 1c RV) dem Befristungsmissbrauch vor – der deutsche Rückgriff nur auf die Befristungshöchstdauer ist allein nicht hinreichend effektiv, um einen strukturellen

Missbrauch der Befristungsmöglichkeit zur Erfüllung eines identischen Forschungs- und Lehrbedarfs zu verhindern (vgl. auch *Pschorr*, AP WissZeitVG § 2 Nr. 20).

Darüber hinaus fehlt in Deutschland eine dauerhafte Karriereperspektive. Obwohl italienische Hochschulen ebenfalls unter struktureller Unterfinanzierung leiden, sind **44 % des Lehr- und Forschungspersonals** unbefristet beschäftigt. Erst kürzlich hat der italienische Staat neue Stellen für Verträge des Typs B geschaffen. (*Fraenkel-Haeberle*, *Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich*, OdW 2019, 227, 232). Dementsprechend besteht eine realistische Möglichkeit, in einem strukturierten System aufgrund eigener wissenschaftlicher Leistungen einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu erhalten. In Deutschland fehlen entsprechende Stellen. Anders als im italienischen Hochschulsystem kann man in Deutschland faktisch nur Professor werden – und damit ohne unbefristete Beschäftigung direkt das Ende der Karriereleiter erklimmen – oder aus der Wissenschaft ausscheiden. Dabei konkurrieren durchschnittlich sechs PostDocs um eine Professur. 2018 kamen 71.193 Bewerbungen auf 3.059 Berufungen (*BuWin 2021*, S. 147). Somit kann die Befristung im Laufe der Karriereentwicklung nicht mit den realistischen Chancen auf eine unbefristete Beschäftigung im Laufe der Karriere gerechtfertigt werden. Der Vergleich zwischen der deutschen und der italienischen Befristungsquote zeigt, dass das Regelungsergebnis des deutschen Rechts deutlich weiter vom unbefristeten Normalarbeitsverhältnis entfernt ist. Damit wahrt § 2 I 2 WissZeitVG den *effet utile*-Grundsatz nicht und ist somit mit europäischem Recht nicht vereinbar. Zugleich zeigt sich: Das europäische Recht untersagt es, als Regelungsalternative die Höchstbefristungsgrenzen vollständig aufzuheben – denn dann fehlte es an jedweder Vorkehrung gegen Befristungsmissbrauch i.S.d. § 5 Nr. 1 RV.

## Verfassungsrecht

Auch wenn die Aufforderungen von Ulrike Freitag und *Jürgen Zimmerer*, man solle ganz auf Befristungsgrenzen verzichten, demnach europarechtlich nicht haltbar sind, steckt darin doch ein interessanter Kern. Die Erkenntnis, dass die aktuellen Grenzen sinnwidrig erscheinen, ist auch für das deutsche Verfassungsrecht höchst relevant. Kurzgefasst: Die Höchstbefristungsdauer von sechs Jahren nach der Promotion in § 2 I 2 WissZeitVG

ist verfassungswidrig.

Damit soll aber keineswegs den libertären Stimmen das Wort geredet werden, die generell Arbeitnehmer:innenschutz zurückdrängen möchten. Dass eine Befristungshöchstdauer in die durch Art. 12 I GG geschützte **Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen** eingreift, ist üblicherweise gerechtfertigt. Der Gesetzgeber will (**und darf**) das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber:innen steuern (vgl. auch *BT-Drucks* S. 14). Blicke er untätig, würde sich regelmäßig die Arbeitgeber:in durchsetzen, die für maximale Flexibilität **lieber befristet einstellt**. Die Arbeitsvertragsfreiheit zum Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer:innen zu bescheiden ist daher in der Regel angesichts des Sozialstaatsprinzips **gerechtfertigt**. Das gilt allerdings nur, wenn der Eingriff hierzu *geeignet* ist!

Verfassungsrechtlich scheitern Gesetzesvorhaben eigentlich selten daran, dass sie bereits nicht geeignet sind, um einen bestimmten Zweck zu fördern. Der Gesetzgeber hat zurecht eine Einschätzungsprärogative. Die Gewaltenteilung und die Unsicherheit bei Prognoseentscheidungen gebieten, dass es schon genügen muss, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Instrument den Zweck fördern wird. Dieser Prüfungsmaßstab entbindet aber nicht von besserer Einsicht: Erweist sich die Eignungsprognose retrospektiv als fehlerhaft, kann eine ursprünglich verfassungskonforme Maßnahme über Zeit verfassungswidrig werden.

So einen Fall haben wir im Hochschulbefristungsrecht. § 2 I 2 WissZeitVG ließ sich zunächst durch das Ziel, unbefristete Beschäftigung zu befördern, rechtfertigen. Dieser “Versuch” war bei Gesetzeserlass durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt. Dass der Anteil an befristeten Beschäftigungsverhältnissen nun aber bei über 90 % liegt, zeigt in aller Deutlichkeit, dass der Versuch erfolglos war. Das Instrument ist nicht geeignet. Warum Befristungshöchstzeiten, die nicht kurz genug sind, besonders in der Wissenschaft nicht wirken, haben die Verfasser **hier bereits dargelegt**. Nutzlose Eingriffe brauchen die Arbeitsvertragsparteien, insbesondere die Arbeitnehmer:innen, nun aber nicht hinnehmen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der älteren *BVerfG Entscheidung zum Absicherungsgesetz*. Dort sagte der entscheidende Senat zwar, dass die Frage nach der Zwecktauglichkeit aus einer ex ante Perspektive zu beurteilen sei und eine gesetzliche Maßnahme nicht schon

deshalb verfassungswidrig sei, weil sie auf einer Fehlprognose beruhe (Rn. 39). Das ist jedoch nur im Kontext des zugrunde liegenden Falls verständlich. So ging es dort um die Frage, ob ein Gesetz *rückwirkend* als verfassungswidrig zu bewerten sei, wenn sich nachträglich gezeigt hat, dass es untaulich ist. Das fragliche Gesetz war von Anfang an befristet und zum Entscheidungszeitpunkt längst nicht mehr in Kraft. Ganz anders verhält es sich mit § 2 I 2 WissZeitVG. Der Eingriff in die Berufsfreiheit dauert fort. Die Frage der Geeignetheit ist deshalb keine rein retrospektive. Vielmehr gilt, dass der Eingriff in das Grundrecht nicht mehr durch den Zweck gerechtfertigt werden kann, sobald als sicher erscheint, dass er zur Zweckerreichung untauglich ist. Ab dann (*ex nunc*) ist er als verfassungswidrig zu verwerfen.

Es gibt auch keine anderen Zwecke, die die Befristungshöchstdauer rechtfertigen können. So mag die Regelung in § 2 I 2 WissZeitVG Ergebnis eines politischen Kompromisses gewesen sein, um das Bedürfnis von wissenschaftlichen Einrichtungen an Flexibilität zu befriedigen. Dieses Bedürfnis befristet beschäftigen zu dürfen, kann jedoch nicht erklären, warum es überhaupt eine zeitliche Obergrenze für Befristungen gibt. Diese lässt sich allein durch den Arbeitnehmerschutz rechtfertigen und das eben auch nur dann, wenn sie zumindest ein Mindestmaß an Wirksamkeit aufweist, um befristete Beschäftigungen zurückzudrängen.

Die Erkenntnis, dass die als **“Berufsverbot”** bezeichnete Sechs-Jahres-Regel verfassungswidrig ist, führt derzeit nicht dazu, dass bis zur Rente weiter befristet werden dürfte. Denn das wäre, nicht nur wie bereits dargestellt, ein mit europäischem Recht nicht zu vereinbarenden Zustand, sondern hat die Anwendung des TzBfG als Generalnorm und damit ein engeres Befristungsregime zur Folge. Die Zwei-Jahres-Regel des TzBfG wäre (jedenfalls in der Vorausschau) nicht dem Vorwurf der Nutzlosigkeit ausgesetzt. Allerdings berücksichtigt das TzBfG wohl nicht ausreichend die besonderen Bedürfnisse des Wissenschaftssystems.

## Fazit

Der Gesetzgeber steht damit unter Zugzwang. Die aktuelle Regelung zur Höchstbefristungsdauer von PostDocs ist verfassungswidrig. Er muss im Rahmen europarechtlicher Vorgaben eine geeignete Ersatzregelung normieren. Befristungshöchstgrenzen-Kompromisse von drei oder mehr Jahren nach der Promotion stellen keine Option dar. Denn auch hier erscheint naheliegend, dass sie nichts an der Befristungspraxis ändern, sondern nur zu einem schnelleren Personalkarussell führen würden.

Damit besteht der einzige Ausweg darin, gänzlich neue Wege im Hochschularbeitsrecht zu beschreiten. Die Verfasser empfehlen, auf **bindende Befristungshöchstquoten und das Modell der Anschlusszusage** zu setzen.

Katharina Leusch

# JA, sie ist rechtsextrem

Die Einstufung der „Jungen Alternative“ als gesichert rechtsextremistisch und die Folgen für die AfD

doi: 10.17176/20230504-204520-0



Seit 2019 wurde die „Junge Alternative“ als Verdachtsfall geführt. Nun hat das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) neben dem „Institut für Staatspolitik“ und dem Verein „Ein Prozent“ auch die Jugendorganisation der AfD als gesichert rechtsextremistisch eingestuft. Die Einstufung hat unmittelbare Konsequenzen für die „Junge Alternative“ und mittelbare Auswirkungen auf die AfD. Einen erheblichen Schaden wird die Partei aber nicht davontragen.

Die Verdachtsfallbearbeitung legte Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung offen und verdichtete Anhaltspunkte für eine inhaltliche Verfestigung und Verschärfung der extremistischen Positionen. Konkret machte der Verfassungsschutz dies an Äußerungen und Verlautbarungen von Vertreter:innen der „Jungen Alternative“ fest, die ein Volksverständnis vertreten, das der Werteordnung des Grundgesetzes diametral widerspricht. Die „Junge Alternative“ propagiert ein völkisches Gesellschaftskonzept, das sich auf biologistische Grundannahmen stützt, Migrant:innen nichteuropäischer Herkunft für nicht gesellschaftlich integrierbar erachtet, ein ethnokulturell homogenes Staatsvolk fordert und die These eines vermeintlichen Bevölkerungsaustauschs vertritt, in dessen Rahmen die europäischen Völker vernichtet werden sollen. Darüber hinaus stellte das BfV fest, dass sich bei Mitgliedern der Jugendorganisationen Einstellungen und Verhaltensweisen zeigten, die sich explizit gegen das Demokratieprinzip richteten. Dies zeigte sich in Diffamierungen des politischen Gegners, aber auch in der bewussten Verunglimpfung des Staates und seiner Repräsentanten sowie der dauernden Verächtlichmachung und Herabwürdigung der demokratischen Strukturen. Die „Junge Alternative“ verteilte in

der Vergangenheit [Werbeflyer](#), um neue Mitglieder anzusprechen und suchte explizit nach Personen, die „gut jagen und entsorgen“ können. Eingeleitet wurde dieses Gesuch mit: „Holt euch euer Land zurück!“ Vorangestellt waren die Fragen: „Linke und Gutmenschen gehen dir auf die Nerven? Du bist gern Herr im eigenen Haus?“. Ferner vertrieb die „Junge Alternative“ über ihren Onlineshop Aufkleber mit der Aufschrift „Es ist okay, weiß zu sein“ oder „Black Knives Matter“.

## Jugendorganisationen werden vom Geltungsbereich des Art. 21 GG erfasst

Parteiorganisationen genießen einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Bei den Organisationen im Parteiemfeld ist zwischen Teil- und Sonderorganisationen, (qualifizierten) Hilfsorganisationen sowie Nebenorganisationen zu differenzieren. Als Abgrenzungskriterien gelten etwa der Grad der Eingliederung in die Parteiorganisation, finanzielle Abhängigkeiten von der Mutterpartei sowie die politischen Zielsetzungen.<sup>1</sup> Eine formale Verselbständigung gibt dabei jedoch aufgrund der Organisationsfreiheit der Parteien ein nur geringen Ausschlag für die Abgrenzung.<sup>2</sup> Allein die Nebenorganisationen sollen dem Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG unterfallen, alle anderen genannten Organisationsformen unterfallen dem Geltungsbereich des Art. 21 GG.<sup>3</sup> Die Jugendorganisationen werden als qualifizierte Hilfsorganisationen der Mutterpartei zugeordnet, ohne dabei selbst als Partei qualifiziert zu werden,<sup>4</sup> sodass der verfassungsrechtliche Schutz und die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 21 GG auch für die qualifizierten Hilfsorganisationen und damit für die Parteiorganisationen gelten. Dies hat erhebliche praktische Auswirkungen, da sich

<sup>1</sup> Streinz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art. 21 Rn. 70.

<sup>2</sup> Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 43.

<sup>3</sup> Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 42; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 21 Rn. 9.

<sup>4</sup> Morlok, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 43.



die Jugendorganisationen insoweit auf die besondere verfassungsrechtliche Rechtsstellung der Parteien (etwa das Parteienprivileg oder die Verpflichtung auf Grundsätze der innerparteilichen Demokratie) berufen können.

## Die Funktion der Jugendorganisationen

Parteien haben in einer repräsentativen Demokratie die Aufgabe, die Bevölkerung und ihre Interessen mit den politischen Institutionen zu verknüpfen. Es handelt sich mithin um eine Vermittlungsleistung der Parteien. § 1 Abs. 2 PartG bestimmt verschiedene Funktionen der Parteien. Im Kern lässt sich dieser Katalog auf drei Funktionen zusammenfassen: Interessenvermittlung, Betrieb des politischen Systems sowie die Entsendung des eigenen Personals in politische Ämter.<sup>5</sup> Die Interessen junger Menschen, die aufgrund ihres Alters weder wählen können noch Zugang zu einer Parteimitgliedschaft erhalten, sollen dennoch von den politischen Parteien repräsentiert werden. Die Parteijugendorganisationen tragen ihre Interessen in die politischen Institutionen hinein. Aufgrund des niedrigeren Mindestalters für einen Eintritt in eine Parteijugendorganisation – in der Regel ab Vollendung des 14. Lebensjahres – erhalten junge Menschen die Möglichkeit, Funktionen und Ämter innerhalb der Jugendorganisationen anzustreben. Die Parteijugendorganisationen sind für die Parteien damit in zweifacher Hinsicht unverzichtbar: die Jugendorganisationen sichern ihnen potentielle Wähler:innen und ferner verlässlich Parteinauwuchs für Parteiämter.<sup>6</sup>

## Die Verflechtung der AfD mit der „Jungen Alternative“

Die AfD haderte gerade in den Anfangsjahren der Parteigeschichte mit der Anerkennung der „Jungen Alternative“ als Parteijugendorganisationen. Insbesondere Bernd Lucke versuchte lange eine Anerkennung zu umgehen, da ihm die Mitglieder zu radikal erschienen. 2015, zwei Jahre nach ihrer Gründung, hat der Bundesparteitag die „Junge Alternative“ schließlich doch anerkannt. Bis 2018 war eine hin und wieder formulierte **Abgrenzung** einzelner Vertreter:innen des AfD-Bundesvorstandes zu vernehmen, spätestens mit dem Rückzug Jörg Meuthens endete auch die Abgrenzung zur radikalen Jugend. Seit den Landtagswahlen 2019 haben die rechten Vordenker in-

nerhalb der Partei die programmatische Oberhand gewonnen und steuern einen immer rechteren Kurs. Es wäre ohnehin eine Fehleinschätzung, die „Junge Alternative“ als „eine über die Stränge schlagende, ›nicht zu zählende‹ Jugendorganisation der AfD zu betrachten.“<sup>7</sup> Vielmehr entsprechen die Positionen der Jugendorganisation einer Grundhaltung einer immer größer werdenden Strömung innerhalb der AfD.

So sind die Verflechtungen zwischen der AfD und der „Jungen Alternative“ eng, insbesondere in personeller Hinsicht. Hannes Gnauck, der vom Militärischen Abschirmdienst als Extremist eingestuft wurde, ist nicht nur Bundesvorsitzender der „Jungen Alternative“, sondern sitzt zugleich für die AfD als Abgeordneter im Deutschen Bundestag. Dort wurde er von der AfD-Bundestagsfraktion als ordentliches Mitglied in den Verteidigungsausschuss entsandt und ist darüber hinaus Mitglied des 1. parlamentarischen Untersuchungsausschusses der 20. Legislaturperiode. [Die Obleute von SPD, Grüne und FDP forderten die AfD-Bundestagsfraktion jüngst auf, Gnauck aus dem Verteidigungsausschuss ab-zuberufen.](#) Carlo Clemens, ehemaliger Bundesvorsitzender der „Jungen Alternative“, ist Beisitzer im Bundesvorstand der AfD und kandidierte als Direktkandidat 2022 im Landtagswahlkampf in NRW. Er sitzt seit Mai 2022 als Abgeordneter im nordrhein-westfälischen Landtag. [Darüber hinaus rekrutieren viele AfD-Bundestags- und Landtags-abgeordnete ihre Mitarbeiter:innen aus den Reihen der „Jungen Alternative“.](#)

## Probleme für Waffenbesitzer und Amtsträger

Die Einstufung des BfV trifft zuvörderst die „Junge Alternative“ selbst. Fortan wird der Verfassungsschutz die Mitglieder der „Jungen Alternative“ in einer anderen Intensität mit den in § 8 Abs. 2 BVerfSchG normierten nachrichtendienstlichen Mitteln – Einsatz von V-Leuten, die Observation von Mitgliedern der Jugendorganisation oder die Überwachung der Telekommunikation – beobachten. Aufgrund der durch die Maßnahmen herbeigeführten hohen Eingriffsintensität in Grundrechte der Betroffenen bzw. etwaiger Dritter müssen die Maßnahmen stets verhältnismäßig sein. Dabei gilt, dass bei einer gesteigerten Bedrohung des Schutzgutes – die FDGO – ein

<sup>5</sup> Morlok/Merten, Parteienrecht, S. 9 ff.

<sup>6</sup> Jungblut/Weber, ZfP 2017, 115 (115).

<sup>7</sup> Herkenhoff, in: Häusler (Hrsg.), Die Alternative für Deutschland, S. 201 (201).



intensiverer Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist. Mit anderen Worten: Die Hochstufung gestattet dem BfV den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel unter veränderten Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Konkret können sich für die Mitglieder Schwierigkeiten bei der Erteilung von waffenrechtlichen Erlaubnissen ergeben. § 4 WaffG stellt Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis auf. So muss der Antragssteller unter anderem im Sinne des § 5 WaffG zuverlässig sein. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 WaffG liegt bei Personen in der Regel die erforderliche Zuverlässigkeit nicht vor, die in den letzten fünf Jahren seit der Antragstellung selbst Bestrebungen verfolgt haben, die sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten oder bei Personen, die Mitglied in einer Vereinigung sind, die diese Bestrebungen forcieren oder eine solche Vereinigung unterstützt haben. Mit der Feststellung der gesichert rechtsextremen Bestrebungen sollten Mitglieder der „Jungen Alternative“ die waffenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung künftig nicht bestehen.

Ferner droht Mitgliedern der „Jungen Alternative“ die Entfernung aus dem Öffentlichen Dienst. Die wichtigste Dienstpflicht eines Amtsträgers ist die in den §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG, 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG, 9 Nr. 2 DRiG genannte Pflicht zur Verfassungstreue. Demnach darf etwa gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG in das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis nur berufen werden, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Bei dieser Pflicht handelt es sich nicht um eine bloße Einstellungsvoraussetzung – vielmehr erwächst die Treuepflicht in eine dauerhafte Dienstpflicht (vgl. etwa § 60 Abs. 1 Satz 3 BBG). Zu ihr zählt insbesondere die politische Treuepflicht. Damit gemeint ist, dass der Amtsträger den Staat und seine geltende Verfassungsordnung zu bejahen und sich mit der freiheitlich demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung dieses Staates zu identifizieren habe.<sup>8</sup> Eine Verletzung dieser Pflicht führt nicht die bloße Mitgliedschaft in einer politischen Partei herbei. Grundsätzlich muss ein konkretes Tun oder Unterlassen hinzutreten. Hingegen führt die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei zu einer Treuepflichtverletzung und rechtfertigt den Ausschluss vom Zugang in den öffentlichen Dienst, ohne dass das Bun-

desverfassungsgericht gemäß Art. 21 Abs. 2 GG, § 46 Abs. 1 BVerfGG ein Parteiverbot ausgesprochen haben muss. Nichts anderes kann für eine vom BfV als gesichert rechtsextrem eingestufte Jugendorganisation gelten.

Was bedeutet all das für die AfD? Die AfD ist selbst ein Verdachtsfall des Verfassungsschutzes. Dagegen setzt sie sich derzeit mit juristischen Mittel vor dem OVG Münster zu Wehr. Auch wenn die „Junge Alternative“ und die AfD organisatorisch voneinander getrennt sind, wird das BfV die jüngste Einstufung der Jugendorganisation nicht gänzlich unbeachtet lassen. Die Verflechtung zwischen der AfD und ihrer Jugendorganisation ist eng und der Umstand, dass die AfD ihren politischen Nachwuchs aus den Reihen der „Jungen Alternative“ rekrutiert und Mitglieder wie etwa Hannes Gnauck noch immer unterstützt und verteidigt, ist ein Indiz dafür, dass die Partei sich nicht von ihrer rechtsextremistischen Jugendorganisation distanzieren möchte.

Schließlich erfährt die Partei erneut einen Reputationsschaden. Auch unabhängig von dem Ausgang der AfD-Verdachtsfallprüfung wird sich die öffentliche Wahrnehmung als rechtsextreme Partei weiter verstetigen und dies könnte sich auch auf das noch immer vorhandene bürgerliche Milieu innerhalb der Partei auswirken. Die AfD ist nach wie vor auf ihre bürgerlichen Mitglieder und ebenso auf ein bürgerliches Wählerklientel angewiesen. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sich gerade die noch gemäßigten Mitglieder prospektiv überlegen werden (und müssen), ob sie ihre Mitgliedschaft in der AfD aufrechterhalten wollen, um sich beruflich oder sonstig nicht selbst zu schaden. Der Anteil der im öffentlichen Dienst oder in einem Beamtenverhältnis stehenden Parteimitglieder ist nicht unerheblich. Die Berufsstatistik für Mitglieder des Deutschen Bundestags in der 19. Legislaturperiode zeigt für die AfD, dass Beamte mit 19,8 % die drittstärkste Berufsgruppe innerhalb der Fraktion darstellten.<sup>9</sup> Für einfache Mitglieder gilt, dass die reine Parteimitgliedschaft in der AfD noch nicht die Verletzung der Treuepflicht begründet. [Gleichwohl liegt nach Ansicht des Bonner Staatsrechtlers Klaus Ferdinand Gärditz jedenfalls das Indiz einer Verletzung der politischen Treuepflicht vor, sodass eine weitere vertiefende Überprüfung durchgeführt werden könne.](#) Es kommt dabei jedoch stets auf den Einzelfall an, bei der eine umfassende

<sup>8</sup>BVerfGE 39, 334 (334, 347 f.).

<sup>9</sup>Kintz/Cordes, ZParl 2019, 42 (49).

Gesamtbewertung der betroffenen Personen vorzunehmen ist.

## Die Persistenz der AfD

Und obwohl sich in den letzten Monaten und Jahren, Vorfälle ereigneten, die an sich das Potenzial eines eruptiven Prozesses der Selbstdemontage gehabt hätten, bleibt indes fraglich, ob die Einstufung ihrer Jugendorganisation als gesichert rechtsextremistisch der AfD wirklich einen schadhafte Stoß versetzt. Wenngleich es heißt, die Geschichte lehre nicht, kann der retrospektive Blick auf die Ereignisse um den sogenannten „Flügel“ mögliche Entwicklungen extrapolieren. Nachdem der Verfassungsschutz den „Flügel“ im Jahr 2020 als gesichert rechtsextrem einstufte, forderten insbesondere die westdeutschen AfD-Landesverbände die Auflösung des „Flügel“ und ferner einen Unvereinbarkeitsbeschluss. Der damalige Parteichef Jörg Meuthen beantragte im Bundesvor-

stand die Auflösung der Gruppierung. Alexander Gauland, Alice Weidel und Tino Chrupalla stimmten dagegen. Meuthen hat inzwischen die Partei verlassen. Weidel und Chrupalla stehen dieser nunmehr vor. Gesicherte Erkenntnisse, dass der „Flügel“ sich in all seinen Verästelungen aufgelöst hat, liegen nicht vor. Der [brandenburgische Verfassungsschutz spricht gar von einer Scheinauflösung](#).

Die AfD entblättert mit jedem skandalträchtigen Ereignis weiter ihr wahres Antlitz als Partei, die sich immer deutlicher von der freiheitlich demokratischen Grundordnung entfernt und am rechten Rand einrichtet. Der AfD-Kreisvorsitzende im Havelland [twitterte](#) am Tag der Bekanntgabe der Einstufung des BfV, dass das Spiel des SPD-geführten Inlandsgeheimdienstes gegen die „Junge Alternative“ durchschaubar und argumentativ abwegig sei. Er endete mit dem Aufruf, dass die „Junge Alternative“ nun erst recht unterstützt werden müsse.

Daniel Thym

# Showdown zur Asylpolitik in Brüssel

Es droht kein Ausverkauf der Menschenrechte

doi: 10.17176/20230525-231204-0



In Brüssel beginnt in Kürze der Endspurt für die EU-Asylrechtsreform. Heftige Kritik erfährt hierbei die deutsche Verhandlungsposition. Sie stütze eine „Aushebelung“ von Flüchtlingsschutz und Menschenrechten, flankierend identifizierte Pichl auf dem Verfassungsblog einen „reaktionären Wind“ und sah eine Seehofersche Politik fortgesetzt, was in linken Kreisen als Übel gilt. Ein Kolumnist holte die verfassungspatriotische Bazooka heraus: **Angriff auf die Menschenwürde!** Dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) strenge Grenzverfahren, Drittstaatsklauseln und reduzierte Asylverfahrensrechte ausdrücklich **als menschenwürdekonform erachtete**, wird dabei geflissentlich ignoriert.

Nun könnte man die rhetorische Eskalation als typisches Phänomen des Twitter-Zeitalters abtun und meine Einwände – „BVerfG sieht es anders“ – als professorale Besserwisserei. Doch es geht um mehr: Die politische Mitte darf nicht die Fähigkeit verlieren, in der Migrationspolitik widerstreitende Zielvorgaben auszugleichen. Die pragmatische Lösungssuche droht zwischen den binären Alternativen faktisch offener Grenzen und einer gewaltsamen Abschottungspolitik zerrieben zu werden.

## Die Steuerung der Asilmigration ist legitim

Einen Ausgleich will die Bundesregierung durchaus, nachdem noch der **Koalitionsvertrag sich zur EU-Debatte nicht klar positioniert** hatte. Das „Leid an den Außengrenzen“ und Pilotprojekte für eine solidarische Verteilung wurden ebenso erwähnt wie eine Rückführungsoffensive, Migrationsabkommen mit Drittstaaten und, *horribile dictu*, externalisierte Asylverfahren. Ganz allgemein will die Regierung legale Migration ermöglichen und „irreguläre Migration reduzieren“ – was offensichtlich auf die Asilmigration abzielt, weil vor allem diese irregulär stattfindet.

Ob man nun von der **aktuellen Regierungsposition** enttäuscht ist oder nicht, ist naturgemäß subjektiv. Mich überrascht das Ergebnis nicht. Schließlich regiert die SPD seit zehn Jahren. Innenminister Seehofer vertrat

die Politik einer Großen Koalition (und verzichtete dafür auf Zurückweisungen). Faeser steht also in der Tradition der „Flüchtlingskanzlerin“ Merkel, hat aber dennoch ein „linkeres“ Profil. Das Aufnahmeprogramm Afghanistan, großzügige Bleiberechte für abgelehnte Asylbewerber, der Doppelpass und legale Zuwanderung für mittelqualifizierte Menschen. Über all dies kann man trefflich streiten. „Rechts“ ist es nicht.

Für den anstehenden Showdown auf EU-Ebene folgt hieraus, dass Deutschland in Brüssel einen Mittelweg zwischen kruder Abschottung und faktisch offenen Grenzen unterstützt. Auf offene Grenzen laufen die Forderungen der linken Regierungskritiker hinaus, die Grenzverfahren, innereuropäische Überstellungen („Dublin-System“) oder Drittstaatsklauseln als menschenrechtswidrig oder inhuman zurückweisen. Wer an der Außengrenze „Asyl“ sagt, kann dann faktisch nach Deutschland einwandern, zumal dieselben Akteure alles kritisieren, was die spätere Rückführung ermöglicht soll.

Das kann man so wollen, muss es jedoch nicht – es sei denn man erachtet, wie der Asta der Uni Frankfurt, bereits das Steuerungsziel als solches **als rechtspopulistisch**. Dabei verfolgen eben dieses der **UN-Migrationspakt**, der 17 mal von Steuerung spricht, **§ 1 AufenthG** („Steuerung und Begrenzung“), **Artikel 79 AEUV** und der aktuelle Koalitionsvertrag („aktiv und ordnend“, „irreguläre Migration reduzieren“).

Wer der politischen Mitte die Legitimität abspricht, die Asilmigration ordnend zu steuern, verkennet, wo der eigentliche Gegner sitzt. Längst gibt es nämlich eine dritte Alternative neben faktisch offenen Grenzen und einem ordnenden Steuern. Victor Orbán will **Migration „stoppen“**, anstatt diese wie Brüssel zu managen; die FPÖ nutzt die **„Festung Österreich“** als Werbeslogan; **australische** und **britische Regierungen** setzen auf: „stop the boats“; und Dänemark will **„zero asylum seekers“**.

## Steuerung im Einklang mit den Menschenrechten

Nachfolgend werde ich in der gebotenen Kürze dartin, dass die EU-Vorhaben menschenrechtskonform sind – im vollen Bewusstsein dafür, dass der sprichwörtliche Teufel im Detail steckt. Es geht also nicht darum, die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) zu überarbeiten, wie dies [Jens Spahn andachte](#).

Dabei bleibt es jedoch nicht. Meine Überlegungen sind keine Apologetik der Brüsseler Projekte, geschweige denn der Abschottungspolitik einzelner Länder wie Griechenland oder Polen. Mir scheint, dass der sich abzeichnende EU-Kompromiss halbherzig bleibt. Selbst wenn eine politische Einigung gelänge und in den Folgejahren halbwegs ordentlich umgesetzt würde, bestünden zentrale Strukturdefizite des europäischen Asylrechts fort. Eine konsequente Lösung sollte deutlich weitergehen als die richtigen Ansätze der EU-Kommission und der Bundesregierung.

## Grenzverfahren nur für eine Minderheit

Wenn es kein Asylrecht gäbe, müssten die meisten Asylsuchenden kurzerhand zurückgewiesen werden, weil sie die gesetzlichen Einreisevoraussetzungen nicht erfüllen. Demgemäß erfolgt die Gebietszulassung „ausschließlich zum Zwecke des Verfahrens“ ([hier](#), Art. 9). Ein Aufenthaltsrecht gibt es erst nach der Anerkennung. Allein deshalb ist der Gedanke von Grenzverfahren bzw. Transit-zonen einleuchtend, weil nämlich erst geprüft werden muss, ob ein Asylgrund vorliegt oder nicht. Tatsächlich gibt es Grenzverfahren [europaweit schon heute](#). Am Frankfurter Flughafen auch in Deutschland – mit ausdrücklicher [Billigung des BVerfG](#).

Künftig sollen Grenzverfahren in der EU länger dauern und mehr Personen erfassen, wobei die Details hoch umstritten sind ([hier](#), Art. 43a ff.). Die Bundesregierung will sie nur bei einer Anerkennungsquote von weniger als 15 % gutheißen. Wenn sich dies durchsetzte (was unwahrscheinlich ist), änderte sich wenig. Doch selbst nach der strengeren Ratsmeinung werden künftig [viele Herkunftsländer](#) nicht vom Grenzverfahren erfasst. Deren Bürger reisen sofort ein und besitzen damit eine faktische Reisefreiheit.

Im Schengen-Raum ist das nicht nachhaltig. Stattdessen sollten langfristig Grenzverfahren für nahezu alle Asylsuchenden eingeführt werden. Eine Einreise erfolgt

erst nach einem positiven Bescheid. Um Perspektivlosigkeit vorzubeugen, dürften auch abgelehnte Asylsuchende irgendwann einreisen, wenn die Rückführung scheitert, weil die Heimatländer selbst attraktive Gesamtpakete mit legalen Arbeitsmöglichkeiten ausschlagen.

## Keine Reisefreiheit während der Asylprüfung

Die viel kritisierte „[Fiktion der Nichteinreise](#)“ erscheint in einem anderen Licht, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Aufenthalt anfangs nur zum Zweck der Antragsprüfung gestattet wird. Eine [Rechtlosigkeit folgt daraus nicht](#), weil in Transit-zonen die [Grundrechte voll auf gelten](#). Gleiches gilt für gesetzliche Unterbringungsstandards und das Asylverfahrensrecht. Europa muss sich dafür schämen, dass dies in [einigen Hotspots anders](#) war und ist, weshalb perspektivisch die EU-Asylagentur und Frontex vielerorts die Grenzverfahren betreiben sollten (in Brüssel wird dies derzeit nicht einmal mittelfristig als Option diskutiert).

Sinn und Zweck der Grenzverfahren ist die Asylprüfung ohne Reisefreiheit. Für die Anfangsphase besteht insofern eine „haftähnliche“ Situation, weil nach [BVerfG](#) und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte ([EGMR](#)) nicht jede „Beschränkung“ der Bewegungsfreiheit zugleich eine „Entziehung“ (Haft) darstellt. Bei einer Verfahrensdauer von zwölf Wochen und länger schlägt die Beschränkung irgendwann in eine Haft um. Gerade im Einreisekontext ist dies jedoch keine grundrechtliche Tabuzone.

Im Gegenteil schlussfolgerte die Große Kammer des [EGMR](#) entgegen UNHCR, dass im Einreisekontext ein niedrigerer Standard greift ([hier](#), Rn. 66-80), ohne dass abschließend geklärt wäre, ob dieser [auf die EU-Grundrechtecharta übertragbar](#) ist. Wiederholt akzeptierte der [EGMR](#) ein [mehrmonatiges Festhalten in maltesischen Transit-zonen](#), wenn angemessene Haftbedingungen existieren. [Jüngere Urteile](#) sind [strenger](#), weil nationales Recht unklar oder EU-Vorgaben großzügiger waren. Wenn sich dies ändert, wird sich die Große Kammer an das Grundsatzurteil erinnern. Alles Weitere bleibt ausführlicher zu diskutieren.

## Verantwortungsteilung mit Drittstaaten

Vereinfacht kann man zwei Formen der Drittstaatskooperation unterscheiden. Erstens die präventive Vorfeldkontrolle, wenn Nachbarn dafür sorgen, dass weniger Men-

schen die Außengrenzen erreichen und dort Asyl beantragen. Diese „Externalisierung“ floriert seit Jahren ([hier](#), Kap. 18), hat jedoch mit der EU-Gesetzgebung nichts zu tun. Ein Konnex besteht allenfalls mittelbar. Solange die EU intern über die Verteilung streitet und keine effizienten Grenzverfahren hinbekommt, wird die Externalisierung immer attraktiver. Wenn weniger kommen, gibt es weniger Streit.

Zweitens kann man Asylsuchende, die in der EU einen Asylantrag stellten, an sichere Drittstaaten oder sogenannte erste Asylländer selbst dann überstellen, wenn sie prinzipiell schutzberechtigt sind. Derartige Klauseln gibt es schon heute ([hier](#), Art. 35-39), allerdings mit großzügigen Standards. Deshalb setzte sich Angela Merkel im Juni 2017 dafür ein, dass der Europäische Rat sich konsensual dafür aussprach, die Anforderungen auf das [flüchtlings- und menschenrechtliche Mindestschutzniveau](#) abzusenken. Daran wird noch gearbeitet, die finale Abstimmung folgt bald.

Hintergrund war und ist der Wunsch, die Logik der EU-Türkei-Vereinbarung auf südliche Nachbarstaaten übertragen zu können. Ganz konkret [will die Bundesregierung](#) sichere Teilgebiete größerer Länder akzeptieren, jedoch am (völkerrechtlich unverbindlichen) Verbindungskriterium festhalten. Dies verhinderte, dass Menschen, die über Libyen einreisen, nach Ruanda überstellt werden. Das kann man so machen, allein es verhinderte typischerweise auch eine Überstellung etwa nach Tunesien.

Ohnehin gibt es keinerlei Garantie, dass leichter anzuwendende sichere Drittstaatsklauseln praktisch auch genutzt werden. Wenn die NGOs vor umfassenden Überstellungen warnen, übersieht dies nicht nur, dass weiterhin jeder Einzelfall geprüft wird ([hier](#), Art. 44(2)(a), 45(2b)(a), 47(4)) und die Sicherheitsgewährleistung real sein muss ([hier](#), Art. 48-50). Vor allem jedoch [scheiterten die allermeisten Versuche](#), Drittstaaten davon zu überzeugen, für die Europäer offen die „Drecksarbeit“ zu machen. UNHCR kann damit übrigens durchaus leben, solange eine [ehrliche und solidarische Zusammenarbeit](#) jenseits einer Abschottung stattfindet.

## Schlanke Asylverfahren

Eine Lehre aus der Brüsseler Entscheidung, die Ukraine-Vertriebenen nicht durch reguläre Asylverfahren zu schleusen, besteht in den Vorzügen prozeduraler Simplität. Deren schlanke und unbürokratische Aufnahme kontrastiert mit den europaweit schleppenden Asylver-

fahren. Der aktuelle Verhandlungsstand lässt nicht erwarten, dass sich hieran viel ändern wird. Im Gegenteil besteht speziell das Europäische Parlament auf zahlreiche weitere Verfahrensschritte mit behördlichen Begründungspflichten und zusätzlichen Rechtsschutzoptionen, während der Rat zwar Ausnahmen vorsieht, ohne jedoch die Grundstruktur anzutasten.

Drei notwendig selektive Beispiele. Erstens behaupten einige, dass eine Rückführung voraussetzte, dass ein Gericht in der Hauptsache entschied. Das Parlament fordert das nicht mehr (weshalb viele grüne MEPs nicht dafür stimmten). Menschenrechtskonform ist es ([hier](#), S. 16 f.). Zweitens müssen Grenzverfahren angeordnet und Ausnahmen geprüft werden. Soweit dies Haft beinhaltet, erfordert dies gesonderte Begründungen, die isoliert anfechtbar sind. Drittens sind diverse Vulnerabilitätsprüfungen obligatorisch, die sodann eine andere Behandlung nach sich ziehen.

Für all diese Verfahrensschritte gibt es Gründe, allein sie kosten Zeit und Ressourcen. Dem europäischen Asylrecht droht auch nach der Reform eine überbordende Komplexität, weshalb schnelle und faire Verfahren illusorisch bleiben dürften. Ein struktureller [Ur-Fehler der EU-Harmonisierung](#) besteht darin, die Erfahrungen der klassischen Zielstaaten verallgemeinert zu haben. Diese Pfadabhängigkeit einer prozeduralen Verästelung ist ein Stolperstein, den die aktuelle Reform nicht beseitigt. Um zwingende menschenrechtliche Vorgaben geht es hierbei nur am Rande.

## Keine faktisch freie Zielstaatswahl

Ein weiterer Designfehler der EU-Harmonisierung ist das Dublin-System, das mehr umfasst als das strukturell unfaire Ersteinreisekriterium, wonach häufig die Außengrenzstaaten einen Asylantrag prüfen müssen. Zugleich erlaubt das EU-Asylrecht nämlich mehrfache Asylanträge und setzt im Fall einer irregulären Sekundärmigration auf reaktive Überstellungsverfahren, die meistens scheitern. Ganz konkret folgt hieraus, dass eine Person, die unerlaubt nach Deutschland weiterreist, hierzulande ein zweites Asylverfahren bekommt, wenn etwa Italien sie nicht zurücknimmt.

Im Schengen-Raum ist das ein Rezept für Dysfunktionalität ([hier](#), S. 103 ff.) – und vergiftet noch dazu die Debatte, wenn sowohl Italien als auch Deutschland sich nachvollziehbar beschwerten, dass die EU-Regeln sie benachteiligen. Ein großer [Schwachpunkt der Kommis-](#)



sionsvorschläge war von Anfang an, die Grundstrukturen der Dublin-Verordnung beibehalten zu haben. Das ist wohlgerneht keine Forderung nach einer Verteilungsquote, die realpolitisch illusorisch bleibt und für sich genommen die Sekundärmigration nicht beseitigt. Quoten sollten zum Instrumentarienkasten einer Dublin-Reform gehören, nur eben der Königsweg sind sie nicht.

Wenn die Bundesregierung sich für **punktuell längere Überstellungsfristen einsetzt**, ist dies nachvollziehbar, beseitigt jedoch – ebenso wie die gesamte Brüsseler Debatte – nicht die Designfehler. Einfache Lösungen gibt es nicht. Allerdings könnte eine langfristige Vision darin bestehen, künftig nur noch einen Asylantrag zuzulassen und ordentliche Lebensbedingungen in ganz Europa möglichst einheitlich zu gewährleisten, die wohl nicht das deutsche Versorgungsniveau verallgemeinerten. Nach einem positiven Asylbescheid könnte es konditional bedingte Freizügigkeitsrechte geben, die jedoch kein „Free Choice“ beinhalteten ([hier](#), S. 41-45). Selbst EU-Bürger haben, wenn sie nicht arbeiten, **im EU-Ausland keinen Sozialhilfeanspruch**.

### Fazit: Eine realistische Asylpolitik ist möglich

In der politischen Theorie meint ein **Realismus** gemeinhin die Einbeziehung von Interessen, die in der euro-

päischen Gegenwart eine idealistische Werteorientierung ergänzen, nicht jedoch ersetzen. Historisch gesehen ist dies nichts Ungewöhnliches. Die **postkoloniale Kritik widerlegt die verbreitete GFK-Verherrlichung**, mit der **Pichl seinen Beitrag eröffnet**. Mit offenen Armen wurde früher begrüßt, wer vor dem Kommunismus in Osteuropa oder Vietnam floh, während die Opfer der spätkolonialen Kriege ganz bewusst nicht der GFK unterstellt wurden.

Auch in der Gegenwart belassen die **Menschenrechte viel mehr Spielraum**, als es Regierungskritiker behaupten. Dies gilt für die **Reiseroute ebenso wie für die Ausgestaltung des Asylverfahrens**. Aus gutem Grund beginnt der EGMR die meisten seiner Migrationsrechtsurteile damit, dass die Staaten nach allgemeinem Völkerrecht „das Recht haben, die Einreise von Ausländern in ihr Staatsgebiet zu kontrollieren“. In anderen Worten: Die EU darf auch die Asylpolitik ordnend steuern.

Eben dies muss Deutschland als Einwanderungsland lernen. Die Migration im Einklang mit den Menschenrechten **proaktiv zu gestalten, anstatt zu verwalten**. Dazu gehört ein lebhafter Streit über den richtigen Weg jenseits der binären Konfrontation von rechtspopulistischer Abschottung („Stoppt die Migration“) und faktisch offenen Grenzen. Angesichts der **Komplexität der Materien** dürfen alle Seiten einzelne Beispiele symbolisch hervorheben. Die **Umsetzung bleibt ohnehin kompliziert genug**.

Maximilian Pichl

# Europas Werk und Deutschlands Beitrag

Wie der EU-Asylkompromiss das Recht auf Asyl aushöhlen könnte

doi: 10.17176/20230515-181710-0



Menschenrechte werden in stürmischen Zeiten erkämpft. Und bleiben umkämpft. Wir sind aktuell Zeug:innen davon, wie in der Flüchtlingspolitik – wieder einmal – menschenrechtlich erkämpfte Prinzipien in rasanter Geschwindigkeit offen infrage gestellt werden. Ex-Gesundheitsminister Jens Spahn (CDU) sagte in der Sendung Markus Lanz: »Vielleicht müssen wir tatsächlich mal darüber nachdenken, ob die Flüchtlingskonvention und die Europäische Menschenrechtskonvention so noch funktionieren«. Die Flüchtlingskonvention sei in den 1950er Jahren entstanden und man müsse fragen, ob sie im Jahr 2023 mit ihren individuellen Verfahren noch so Sinn mache. Spahn wollte bewusst provozieren. Er leitete sein Statement damit ein, er werde für diese Aussage »1000 Shitstorms« bekommen. Ist es ratsam sein Statement zu verbreiten, um ihm zu widersprechen? Spielt man damit nicht seiner Aufmerksamkeitsstrategie in die Hände? Die Gefahr besteht. Noch gefährlicher ist es aber, wenn keine roten Linien mehr gezogen werden. Die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) waren die unmittelbare Reaktion der Vereinten Nationen und Europas auf die Shoa und das Scheitern der internationalen Staatengemeinschaft, die viele Schutzsuchende an den Grenzen abgewiesen hatte. Als das Schiff St. Louis 1939 mit fast 1.000 jüdischen Flüchtlingen an Bord versuchte, in karibischen, US-amerikanischen und kanadischen Häfen anzudocken, zeigte sich kein Staat aufnahmebereit. Das Schiff kehrte nach Europa zurück und viele der Passagiere fielen ihren Nazi-Verfolgern in die Hände. Nicht mehr als 250 überlebten den Krieg. Solche Erfahrungen flossen in die Debatten über die Genfer Flüchtlingskonvention ein, die auf einer UN-Sonderkonferenz 1951 verabschiedet wurde, und haben ihren Niederschlag unter anderem im Non-Refoulement-Verbot gefunden (Art. 33 GFK). Das Recht auf ein individuelles und rechtsstaatliches Verfahren soll garantieren, dass Schutzsuchende nicht von der politischen Willkür der Nationalstaaten abhängig sind, sondern einklagbare Rechte haben. Diese bewusste Ein-

schränkung der Souveränitätsrechte von Territorialstaaten war ein zivilisatorischer Fortschritt.

Doch das Flüchtlingsrecht steht unter Druck. Und Spahns Gedankenspiel ist nicht ohne Vorbild. Die GFK und EMRK werden in Ungarn durch Viktor Orbán und die Fidesz-Partei, in Großbritannien durch die Tories und in Österreich durch die ÖVP und FPÖ in Frage gestellt. Zugleich gab es in den vergangenen Jahren offene Angriffe auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen seiner Rechtsprechung zum Migrationsrecht *vor 2015*. Die [Urteile des Gerichts nach 2015](#), in denen Schutzsuchenden kaum noch Rechte zuerkannt werden, demonstrieren eindeutig, wie der [reaktionäre Wind in Europa Einzug](#) in Straßburg gefunden hat. An den europäischen Außengrenzen von Griechenland, Italien, Kroatien, Polen, Ungarn und Spanien wird jeden Tag und systematisch geltendes Recht gebrochen. Dana Schmalz nannte das auf diesem Blog zutreffend die [»andere Rechtsstaatlichkeitskrise«](#) der Europäischen Union. Verteidiger:innen der Menschenrechte, Anwält:innen und Flüchtlingsorganisationen werden bürokratisch traktiert, gewaltsam angegriffen und kriminalisiert. Die NGO Mare Liberum, die unter anderem Pushbacks dokumentierte, gab vor einigen Tagen bekannt, wegen dieser Zustände die Arbeit einzustellen.

## Horst Seehofers größter Erfolg

Als SPD, Grüne und FDP 2021 ihren [Koalitionsvertrag](#) unterzeichneten, wollten sie dieses »Leid an den Außengrenzen« beenden. Nichts weniger als einen »Paradigmenwechsel« versprach die Ampel. Seit kurzer Zeit ist nun bekannt, dass die Bundesregierung von diesem Vorhaben entschieden abgerückt ist. In einem ersten Schritt hat sie eine äußerst restriktive Verhandlungsposition zur Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) eingenommen, die Anfang Juni im Rat der Europäischen Union debattiert wird (das entsprechende Prioritätenpapier hat [FragDenStaat](#) veröffentlicht). Vor dieser Reform, die durch den [»New Pact on Migration and](#)

Asylum« der EU-Kommission unter Ursula von der Leyen im September 2020 angestoßen wurde, warnen Menschenrechtsorganisationen bereits seit Jahren, aber erst jetzt wird die Reform breiter in Deutschland diskutiert und fälschlicherweise als »Faeser-Plan« bezeichnet. Die Kritik an dem EU-Asylkompromiss, der faktisch den EU-Türkei-Deal und Teile des deutschen Asylkompromisses der 1990er Jahre auf ganz Europa ausdehnen wird, findet im Verhandlungspapier der Ampel keine Berücksichtigung. Von dem Versprechen der Ampel-Regierung aus ihrem Koalitionsvertrag (»Auf dem Weg zu einem gemeinsamen funktionierenden EU-Asylsystem wollen wir mit einer Koalition der aufnahmebereiten Mitgliedstaaten vorangehen und aktiv dazu beitragen, dass andere EU-Staaten mehr Verantwortung übernehmen und EU-Recht einhalten«) ist keine Rede mehr. Nach der Aussage von Jens Spahn zur GfK gab es deutliche Kritik von Bundestagsabgeordneten aus den Reihen der SPD und der Grünen. Dennoch sind solche Aussagen inkonsequent, wenn zeitgleich die eigene Bundesregierung nicht nur diskursiv, sondern ganz real Asylrechtsverschärfungen auf europäischer Ebene mitträgt. Der Unterschied zwischen Spahns Vorstoß und der GEAS-Reform auf EU-Ebene ist darin zu sehen, dass der CDU-Politiker nahelegt, die Flüchtlingskonvention selbst restriktiv anzupassen, während der europäische Asylkompromiss das Asyl- und Flüchtlingsrecht auf dem Papier stehen lässt, nur um in der Praxis die Zugänge zum Recht zu versperren.

In einem zweiten Schritt hat sich der Bund beim [Flüchtlingsgipfel vom 10. Mai](#) auf erhebliche Asylrechtsverschärfungen auf nationaler Ebene in Abstimmung mit den Ländern geeinigt und sich zudem die Zustimmung zur GEAS-Reform bestätigen lassen: Verlängerte Grenzkontrollen, mehr Abschiebehaft, ein verlängerter Ausreisegewahrsam, rigorose Durchsuchungsrechte der Polizei in Flüchtlingsunterkünften, das vermehrte Auslesen von Mobiltelefonen und mehr sichere Herkunftsstaaten gehören zum Maßnahmenpaket, das teilweise durch Bundestag und Bundesrat beschlossen werden muss. Die Beschlüsse greifen mitunter Maßnahmen auf, die gerade erst von Gerichten als rechtswidrig befunden wurden. Der [Europäische Gerichtshof bewertete immer wieder verlängerte innereuropäische Grenzkontrollen als europarechtswidrig](#) und das [Bundesverwaltungsgericht](#) untersagt, Mobiltelefone von Asylsuchenden anlasslos auszuwerten.

Die [taz-Journalistin Dinah Riese](#) kommentierte die

aktuellen Entwicklungen in der Flüchtlingspolitik zutreffend: »Wem aber als Antwort auf Krieg, Folter und Verfolgung nur Zäune, Haftzentren und Grenzschutzmissionen einfallen – der braucht von einem Paradigmenwechsel in der Migrationspolitik, wie die Ampel ihn versprochen hat, gar nicht erst zu sprechen. Und von Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde sollte er erst recht schweigen«. Indem die Ampel-Parteien, insbesondere SPD und Grüne, menschenrechtliche Grundsatzpositionen in Windeseile abräumen, öffnen sie das Feld des bisher Unsagbaren, sodass jemand wie Jens Spahn unverhohlen die Flüchtlingskonvention zur Disposition stellen kann. In den USA gibt es die berühmte Redewendung »Nur Nixon konnte nach China gehen«. Die dahinterstehende Logik vollzieht sich nun in der Flüchtlingspolitik, indem die Ampel-Regierung faktisch den »Masterplan Migration« umsetzt, den Ex-Bundesinnenminister Horst Seehofer stets wollte. Der größte Erfolg eines Politikers ist, wenn seine Gegner die eigene Politik fortführen.

## Wie könnte sich das neue EU-Asylsystem auf Europa auswirken?

Die [Menschenrechtsorganisation PRO ASYL hat ausführlich dargestellt](#), wie sich die neue Linie der Bundesregierung auf die europäischen Außengrenzen auswirken wird. Doch nicht nur die Außengrenzen wären von den Plänen betroffen. Auch für das Innere Europas hätten die Vorhaben erhebliche Folgen. Denn wenn sich das gesamte EU-Asylrecht ändert, müssen die nationalen Asylsysteme sich daran anpassen. Wandelt die EU-Kommission die bisherige Asylverfahrensrichtlinie wie beabsichtigt in eine EU-Verordnung um, würden Spielräume der Mitgliedstaaten durch restriktive Vorgaben aus dem Europarecht verdrängt werden – dabei ist das EU-Recht aktuell in vieler Hinsicht progressiver.

### Grenzverfahren

Die Diskussion um die Grenzverfahren (Art. 41 und 41a der Asylverfahrensverordnung (Entwurf)) geht davon aus, dass diese nur an den Außengrenzen stattfinden sollen. In den EU-Hotspots finden seit dem EU-Türkei-Deal 2016 Zulässigkeitsverfahren statt, in denen am Anfang nur geprüft wird, ob für die Asylsuchenden die Türkei sicher ist. Diese Verfahren sind die Blaupause für die neuen Grenzverfahren. In solche Verfahren sollen zukünftig Antragsteller:innen aus Staaten mit einer »niedrigen Anerkennungsquote« kommen (unter 20% europaweit), je-

ne aus »sicheren Herkunftsstaaten« sowie Personen, die über sichere Drittstaaten in die EU geflohen sind. Dabei stellen die Grenzverfahren keine vollwertigen Asylverfahren dar, denn um die Fluchtgründe der Schutzsuchenden aus ihren Herkunftsstaaten geht es nicht. Um Schutzsuchende zu registrieren, medizinischen Checks zu unterziehen und die sichere Drittstaatenregelung zu überprüfen, ermöglicht die EU-Kommission den Mitgliedstaaten sogar die Inhaftierung der Asylsuchenden.

Sicher ist, dass die Grenzverfahren speziell für die Außengrenzstaaten konzipiert wurden. Aber wenn Asylsuchende an der Außengrenze nicht registriert werden, weiterreisen und es sogar bis nach Deutschland schaffen, könnte es sein, dass die Bundesrepublik in diesem Fall ebenfalls Grenzverfahren ohne rechtsstaatliche Sachverhaltsprüfung der eigentlichen Fluchtgründe durchführen müsste. Nach dem Vorschlag der EU-Kommission können solche Grenzverfahren an der Außengrenze, aber auch in sogenannten Transitzonen stattfinden. Einer Definition der Transitzone enthält sich der Entwurf, wodurch solche Verfahren an den europäischen Binnengrenzen unter Umständen möglich werden. Im Jahr 2015 forderten [CDU und CSU bereits Transitlager](#) an der grünen Grenze der Bundesrepublik. Bundesinnenminister Horst Seehofer wies 2018 die Bundespolizei an, vergleichbare Verfahren bei der Rückschiebung von Asylsuchenden nach Griechenland unter Umgehung des Dublin-Verfahrens anzuwenden – [bis das Verwaltungsgericht München dies untersagte](#). Es gab in der damaligen Debatte [juristische Meinungsbeiträge](#), die solche Transitverfahren mit dem aktuell gültigen EU-Recht für vereinbar halten. Durch die neue Asylverfahrensverordnung werden Grenzverfahren für bestimmte Personengruppen sogar verpflichtend. Voraussetzung für Grenzkontrollen an der deutschen Binnengrenze wäre jedoch, dass dort [Grenzkontrollen im Einklang mit dem Schengener Grenzkodex \(Art. 25, 29\) durchgeführt werden](#). Da sich aber die zentraleuropäischen Staaten, auch Deutschland, in den vergangenen Jahren stets [»kreative Argumente«](#) für die Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen ausdachten, dürfte dies in der Praxis kein großes Hindernis sein.

In Bundesländern wie Brandenburg, Sachsen oder Bayern müssten entsprechende Zentren beziehungsweise Lager mit Inhaftierung vorgehalten werden. Die Rückkehr der sogenannten AnKER-Zentren, wie beim Flüchtlingssgipfel besprochen, wirkt vor diesem Hintergrund wie ein Vorgriff auf das zukünftige EU-Asylsystem. Die Bun-

desregierung spricht sich in ihrem Prioritätenpapier für die Verhandlungen auf EU-Ebene zwar für Haft als ultima ratio aus, aber weder die EU-Kommission noch die Bundesregierung können plausibel erklären, wie Asylsuchende ohne Haft in Grenzverfahren festgesetzt werden sollen. In den Grenz- und Screeningverfahren gilt zudem die »Fiktion der Nicht-Einreise« (Art. 4 i.V.m. Art. 6 Abs. 3 Screening-Verordnung (Entwurf)), das heißt die Asylsuchenden gelten wie im Flughafenasylverfahren als de jure nicht eingereist und haben abgeschwächte Rechtsmittel, mit der Folge, dass fatale Fehlentscheidungen einkalkuliert sind.

Von den Grenzverfahren sollen Kinder unter 12 Jahren ausgenommen sein, die Bundesregierung will dies bei den Verhandlungen auf Kinder unter 18 Jahren ausweiten. Was sich in der Theorie als humane Ausnahmeregelung liest, erweist sich in der Praxis als schwierig umzusetzendes Unterfangen. Denn die Mitgliedstaaten, auch die Bundesrepublik Deutschland, müssten faktisch Alterseinschätzungen und -feststellungen vornehmen, um eine Aufnahme von Minderjährigen in Grenzverfahren auszuschließen. Solche flächendeckenden Alterseinschätzungen wurden aufgrund ihrer Fehleranfälligkeit in Deutschland aus [rechtlicher, medizinischer und radiologischer Sicht bislang heftig kritisiert](#).

Mit der Zustimmung zu diesem Pakt fällt die deutsche Bundesregierung Menschenrechtsorganisationen und den Verteidiger:innen von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in Staaten wie Polen oder Ungarn in den Rücken, die das bisherige EU-Recht erfolgreich nutzen, um gegen die Abschottungspolitik ihrer Regierungen vorzugehen, wie zum Beispiel im Falle [der ungarischen Transitzone, die der Europäische Gerichtshof als europarechtswidrig](#) bewertete. Viktor Orbán könnte mit seiner flüchtlingsfeindlichen Politik in Zukunft weniger Probleme vor dem Europäischen Gerichtshof haben, wenn sich das neue EU-Asylsystem durchsetzt und restriktive Maßnahmen der Nationalstaaten legalisiert werden.

#### *Das neue alte Dublin-Regime*

Die neue Asyl- und Migrationsmanagementverordnung (AMM-VO), die die bisherige Dublin-III-Verordnung ablösen soll, wird sich ebenfalls erheblich auf die Lage in Deutschland auswirken. Zunächst begeht die EU-Kommission den Kardinalsfehler, daran festzuhalten, dass weiterhin die Ersteinreisestaaten an den Außengrenzen für die Aufnahme, Versorgung und die Durchführung eines Asylverfahrens verantwortlich sein sollen



(Art. 8 Abs. 2, Art. 21 AMM-VO (Entwurf)). Da es zugleich keine verbindliche Verteilung der Schutzsuchenden geben wird, gibt es für Staaten wie Griechenland oder Italien keinen Anreiz, die Schutzsuchenden entsprechend der europarechtlichen Verpflichtungen aufzunehmen. Da Schutzsuchenden weiterhin schwere Menschenrechtsverletzungen in den EU-Außengrenzenstaaten drohen, werden Asylsuchende weiter in andere Staaten wie zum Beispiel Deutschland weiterfliehen. Wenn insbesondere Vertreter:innen der Grünen aktuell argumentieren, sich in den Verhandlungen auf EU-Ebene für eine verpflichtende Verteilung einzusetzen, ist das eine Scheindebatte, denn eine solche steht nicht zur Abstimmung.

In den Staaten wie Deutschland, in die Asylsuchende weiterfliehen, erwartet sie bezüglich ihrer sozialen Versorgung und möglichen Rückführungen eine erhebliche Verschlechterung. Asylsuchende, die sich nicht in dem für sie zuständigen Staat aufhalten, drohen scharfe Sanktionen und ein weitgehender Ausschluss von Sozialleistungen. Mit der [Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts](#) ist ein solcher umfänglicher Ausschluss im Hinblick auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1 GG) nicht möglich. Die Folgen könnten zudem sozialpolitischen Sprengstoff bieten, wenn Dublin-Asylsuchende, die allen Rückführungsrufen zum Trotz in der Realität nicht schnell zurückgeführt werden können, keinen Zugang zu gesellschaftlicher Teilhabe erhalten und ihr Ankommen in Deutschland stark ausgebremst wird.

Denn Asylsuchende, die sich tatsächlich in Deutschland aufhalten, könnten zukünftig viel länger von einer Rückführung in die Außengrenzenstaaten bedroht sein. Bisher sieht die Dublin-III-Verordnung vor, dass der Staat sechs Monate Zeit hat, um Asylsuchende rückzuführen – danach wird der Staat des tatsächlichen Aufenthalts für das Asylverfahren zuständig. Einige Kirchengemeinden organisieren für Menschen, die von Rückführung betroffen sind, entsprechend der Fristenlänge Kirchenasyle. Die deutsche Bundesregierung setzt sich nun im Einklang mit der Kommission für eine Frist von bis zu 12 Monaten ein. Das ursprüngliche Ziel der Dublin-Verordnung, dass Asylsuchende schnell einen Zugang zu einem Asylverfahren und Klarheit über ihre Situation erhalten sollen, wird dadurch konterkariert. Von Rücküberstellungen in andere EU-Mitgliedstaaten sollen zukünftig sogar unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ohne Familienmitglieder in Europa umfasst sein können (Art. 15 Abs. 5 AMM-VO

(Entwurf)), obwohl der [Europäische Gerichtshof](#) für diese Personengruppe prinzipiell annimmt, dass Rückführungen dem Kindeswohl widersprechen.

In Deutschland würde das neue und in Teilen alte Dublin-Regime daher zu einer verschärften sozialen Situation der Asylsuchenden, vertieften Spannungen zwischen Behörden und Zivilgesellschaft, und zu einem härteren Abschieberegime gegenüber Minderjährigen und Betroffenen in Warteschleife ohne Integrationsperspektive führen.

## Auslagerung der Asylverfahren an Drittstaaten als letzter Ausweg?

Die EU-Kommission und viele Mitgliedstaaten sind sich bei einer realistischen Analyse der Flüchtlingspolitik aus den vergangenen Jahren mit ziemlicher Sicherheit darüber im Klaren, dass dieses Asylsystem nicht funktionieren wird. Zu viele alte Instrumente, die sich in der Praxis als nicht tauglich erwiesen haben, werden bruchlos weitergeführt oder sogar verschärft. Deshalb ist das eigentlich erwünschte Ziel, dass Asylsuchende weit entfernt vom europäischen Kontinent untergebracht und ihre Asylverfahren in Drittstaaten geprüft werden.

Die deutsche Bundesregierung ist auf dieses Ziel der EU-Kommission eingeschwenkt. Innenministerin Faeser versprach eine Prüfung von Asylverfahren in Drittstaaten und der Migrationsbeauftragte der Bundesregierung, Joachim Stamp, [erklärte, sich um entsprechende Abkommen zu bemühen](#). Auch dieser Vorschlag ist nicht neu, zuletzt hatte sich der [EU-Rat 2018](#) für solche Lager und Asylverfahren außerhalb Europas ausgesprochen, ohne dass dies in die Tat umgesetzt wurde. In Deutschland hatte Ex-Innenminister Otto Schily gegen Ende seiner Amtszeit im Jahr 2004 Asylverfahren und Lager in Afrika ins Spiel gebracht und parteiübergreifende Kritik erfahren, unter anderem von FDP-Politiker Guido Westerwelle, [der dazu mahnte, die Debatte sollte wegen schwerer rechtsstaatlicher Mängel beendet](#) werden oder Joschka Fischer, der solche Vorschläge nicht für »durchdacht« hielt.

Dennoch gelten Asylverfahren in Drittstaaten mitunter sogar unter progressiven Politiker:innen als gangbarer Weg, um das Leid und Sterben an den Außengrenzen zu beenden. Aus mehreren Gründen sind sie jedoch rechtsstaatlich und menschenrechtlich hoch problematisch. In Drittstaaten gibt es keine auf das europäische Asylrecht spezialisierte Anwaltschaft, die Asylsuchende vertreten



könnte. Dabei zeigt sich in der Praxis, dass das Asylrecht nicht aus sich heraus wirkt, sondern um jede positive Entscheidung erheblich in individuellen Verfahren gekämpft werden muss. Ein Beispiel aus Deutschland: Im ersten Halbjahr 2022 gaben Gerichte in 40% der Asylklageverfahren den Asylsuchenden Recht und hoben negative Entscheidungen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge auf. Behörden machen Fehler und deshalb braucht es im demokratischen Rechtsstaat Korrekturmechanismen. Wenn, wie der Migrationsbeauftragte Stamp fordert, das UN-Flüchtlingshilfswerk in Lagern Asylverfahren durchführt, werden auch dort Fehler begangen. Aber gegen wen sollen die Betroffenen dann klagen? Gegen UN-Organisationen steht faktisch kein Rechtsschutz offen. Der Ethnologe Michel Agier hat in seiner Arbeit *Managing the Undesirables* Flüchtlingslager in Afrika untersucht und festgestellt, wie die UN sich dort – intendiert wie nicht-intendiert – an Entrechtungsstrukturen gegenüber Schutzsuchenden beteiligt. Schließlich hätte ein solches System negative ökonomische Folgen für die Regionen, in denen solche Lager entstehen sollen: Auf Geheiß der EU müssten afrikanische Grenzpolizeien striktere Kontrollen durchführen. Das passiert jetzt schon und führt in der ECOWAS-Zone zu einer Einschränkung der westafrikanischen Freizügigkeit und zerstört lokale Ökonomien, die auf die Bewegungsfreiheit angewiesen sind. Am Ende würden die Pläne der Bundesregierung neue Fluchtgründe schaffen. Und auch das Sterben von Schutzsuchenden würde nicht aufhören, sondern noch viel stärker als heute im Globalen Süden in den Wüsten stattfinden, wo die europäische Öffentlichkeit nicht mehr hinschaut. Nichts spricht dagegen, dass Asylsuchende zum Beispiel im Rahmen eines Resettlements legale Zugangswege außerhalb Europas eröffnet bekommen. Aber die Rechtsstaatlichkeit spricht dagegen, wenn im gleichen Zug individuelle Asylverfahren verhin-

dert werden sollen.

## Würde man nur das Minimum fordern

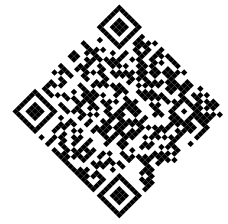
Auf der EU-Ebene muss der neue Pakt bis zu den Wahlen zum Europäischen Parlament beschlossen sein, ansonsten müsste eine neue Kommission von vorne anfangen. Es ist ein schwacher Trost, dass das neue EU-Asylsystem, das die Bundesregierung unterstützt, in der Praxis scheitern wird. Denn zugleich wird die schon heute praktizierte Entrechtung von Schutzsuchenden an Europas Grenzen weitergehen und es ist zu vermuten, dass die Gewalt gegenüber Flüchtlingen sich weiter normalisiert.

Wer diese menschenunwürdige Abschottungspolitik scharf kritisiert, kriegt beständig vorgehalten, dann solle man doch sagen, wie es besser funktionieren könnte. **Theodor W. Adorno** hat in dieser »Versessenheit aufs Positive«, also der Forderung nach einer unmittelbar konstruktiven Kritik, »ein Deckbild des unter dünner Hülle wirksamen Destruktionstrieb« vermutet. »Die am meisten vom Positiven reden, sind einig mit zerstörender Gewalt«, spricht, in unserem Zusammenhang: mit dem alltäglichen Leiden und Sterben an Europas Grenzen und in den Wüsten, wo die unter dem Sand verschütteten Leichen nicht bezifferbar sind. Adorno bemerkte jedoch, dass »Kritik derart verfahren kann«, dass die »Wirklichkeiten mit den Normen« konfrontiert werden. Und: »[...] die Normen zu befolgen, wäre schon das Bessere«. Es geht Adorno also um die Verteidigung von erkämpften zivilisatorischen Mindeststandards, die in der Wirklichkeit gebrochen werden, aber die zu erfüllen, ein Ziel sein sollte. Im Falle der EU-Flüchtlingspolitik wäre das Bessere schon näher, wenn in diesem Sinne die Prinzipien der Genfer Flüchtlingskonvention tatsächlich der Maßstab des politischen Handelns sind. Das zu fordern, wäre das Minimum.

Vasiliki Apatzidou

# Trading Rights for Responsibility

doi: 10.17176/20230512-181814-0



On 24 April 2023 a revised [compromise text](#) of the Asylum Procedures Regulation (APR) was published. The Draft [Regulation](#) forms part of the EU's ongoing attempt to overhaul its asylum system, whose purported goal is to strengthen its external borders by increasing responsibility of first-entry states. Central to this has been the attempted mainstreaming of so-called border procedures: asylum processing that occurs in border places such as islands, airports, transit zones, or land border areas while the third-country national is denied entry into the territory. Border procedures are currently regulated in the [recast Asylum Procedures Directive](#) and are so far widely [implemented](#) by EU states. In the negotiation process on the proposed APR, their regulation remains a controversial issue. [Central](#) EU countries seek to make the use of border procedures obligatory to prevent the onwards or '[secondary](#)' movement of asylum-seekers. Southern EU states oppose this, given that their implementation would place a further strain on their resources and overburden their capacities for processing asylum claims. The new compromise text attempts to resolve this controversy, by making concessions to both sides. Thus, it proposes to render border procedures mandatory in some cases, while also permitting first-entry states to derogate from them once their "adequate capacity" is reached. Against this backdrop, this blogpost will first explain the problems with border procedures, review their role in increasing responsibility of first-entry states, and explain why the new compromise Draft is unlikely to resolve the disagreement between first-entry states and other Members States.

## The Problem with Border Procedures

The new [Pact on Migration and Asylum](#) presented by the EU Commission in 2020 aimed to establish a better governance of migration and asylum management. It proposed, inter alia, a new [flexible](#) solidarity system that can address challenges in situations of migratory pressure, and an extended use of mandatory border procedures. While

the former is designed to bring a balance between solidarity and shared responsibility, the latter is meant to speed up asylum and return procedures at the border, prevent asylum-seekers from onwards movement, and permit first-entry states to return more asylum seekers at a faster pace.

Central to this is the 'non-entry' [fiction](#) that border procedures deploy and a resulting reduction in procedural safeguards in the context of asylum processing. Thus, asylum-seekers applying at first-entry points will have their asylum claims examined while being treated as if they had not entered the territory of a EU member state (Article 41 APR). In other words, despite the fact of an asylum applicant's territorial presence, the border procedure mechanism permits Member States to treat them as if they weren't. This legal fiction of 'non-entry' has served to [legitimize](#) and [normalize](#) the reduced rights granted to asylum-seekers subject to border procedures.

For one, the requirement that asylum applicants be prevented from territorial entry leads to increased use of [detention or de facto detention](#). The compromise text does not oppose the use of detention for the purpose of asylum processing at the border, and in fact explicitly allows it once an asylum applicant is in a return border procedure (Article 41h). Moreover, the same provision states that those who have been detained during the asylum border procedure (implying that detention is actually allowed in the context of asylum border procedures) and who no longer have a right to remain, may continue to be detained for the purpose of preventing entry into the territory. Thus, detention may be imposed in the context of border procedures to prevent entry into the territory and contain asylum-seekers at the borders. It is also important to highlight here that in the 2018 provisional agreement on the revised [Reception Conditions Directive](#) (RCD), it is explicitly mentioned that an applicant for international protection may be detained in the context of a border procedure (Article 8 (3) (d) RCD).

Moreover, in border procedures, [procedural guaran-](#)

tees inherent to the [right to asylum](#) such as the right to information and to legal and linguistic assistance are limited. This is mainly because of the location in which border procedures are taking place, which is usually in detention or *de facto* detention where access of lawyers and other actors is frequently restricted. Also, the time-limits for decision-making as well as for lodging an appeal (which is a maximum of 12 weeks) may seriously impact the quality of asylum decisions as the applicants will not have enough time to substantiate their asylum claims. In addition to this, the appeal lodged in the border procedure will not have an automatic suspensive effect (Article 54 APR) which may undermine the protection from *refoulement*.

### Border Procedures as a Responsibility Mechanism

According to the [Commission](#), the increased availability of border procedures will result in strengthened responsibility of the first-entry Member States. By rendering asylum processing less cumbersome and removal faster and more efficient, the hope is that they will be more willing to contain asylum-seekers at the borders to prevent them from moving onwards in Europe. In exchange, more solidarity will be offered to first-entry states, which will nonetheless be [flexible](#) in kind. Thus, while Member States should assist each other when faced with large inflows, they should have flexibility in choosing how to.

Negotiations on the APR have been on-going since 2016. The most difficult and divisive question throughout has been whether the application of border procedures should be optional or mandatory. The 2016 proposal had opted for their optional use. The 2020 amended proposal for an APR brought some changes, as it expands the personal (to whom) and material (in which cases) scope of border procedures. In particular, it seeks to apply border procedures to third-country nationals following an application either made at an external crossing point, after a search and rescue operation, or following apprehension in connection with an unauthorized crossing of the external borders (Article 41 APR). Border procedures will apply after the screening process ends (pursuant to a proposal for a [Screening Regulation](#)), another novel procedure introduced through the EU Pact. Driven by the Commission's goal to enhance controls at the external borders, it is aimed at the early identification and registration of third-country nationals at the borders that do not fulfill the entry conditions. Further, the APR stipulated that

border procedures may apply for specific reasons (Article 41a APR) which were also envisaged in the recast APD (Article 43) such as: when the applicant comes from a safe country of origin, when there are grounds to consider that a third country is a safe third country for the applicant or when the application is 'abusive' to delay or frustrate the enforcement of the applicant's removal (i.e. present false information, destroy identity documents).

Reading the text of the APR in conjunction with the [compromise text](#) on the Asylum and Migration Management Regulation (AMMR), it is evident that some EU member states consider mandatory border procedures an essential element of the Pact to balance solidarity and responsibility. The new compromise text reflects this. Thus, it goes further than the 2020 draft by mandating this time the use of the asylum [border procedures](#) when the applicant misleads the authorities, when he or she is considered a danger to the national security or public order, and when the applicant is of a nationality for which the EU [recognition rate](#) is 20%, or lower (Article 41b). While there have been many discussions in the Council on the maximum nationality recognition rate threshold, the compromise text insists on the 20% threshold for the compulsory implementation of border procedures. The justification by the Commission is that the threshold will serve as a basis for identifying applications that have low prospects of being granted international protection and can be rapidly processed within the time-limits of the border procedure.

Overall, the recently published compromise text insists on the extensive and obligatory use of border procedures as the most appropriate way to ensure responsibility and prevent 'secondary' movements. Yet, [first-entry](#) European member states have opposed the use of mandatory border procedures, emphasizing that the principle of compulsory border procedures must be revised. They explicitly [mention](#) that: '*Whether or not to apply border procedures, should remain a prerogative of frontline Member States, that are best placed to decide if a procedure is feasible given their specific circumstances*'. The obligatory use of border procedures may lead to large numbers of arrivals staying in the border areas of the states (such as islands) and this may pave the way to undesirable effects at the EU's external [borders](#).

### The Introduction of the 'Adequate Capacity' Standard

To resolve the enduring disagreement on the use of border procedures, the Czech Presidency [proposed](#), and the

Swedish Presidency actually [supported](#), a mandatory but adaptable border procedure to accommodate the interests of Southern EU states; an approach that is also reflected in the new compromise text. Thus, Articles 41ba to 41be of the new draft grants member states discretion to derogate from applying border procedures when their “adequate capacity” is about to be reached or is reached.

The text refers to two different ‘adequate capacity’ levels: the Union’s, and those of Member States’. The Article that refers to the Union’s capacity level (Article 41ba) does not yet specify how this will be determined. The next provision, Article 41bb, stipulates that the ‘adequate capacity’ of a Member State will be based on the EU’s overall adequate capacity divided by each Member State’s share of irregular arrivals and disembarkations after search and rescue. The procedure of estimating a state’s ‘adequate capacity’ level is complicated, and it is based solely on numerical factors, and not on the specific characteristics of arrivals or the capacity in the first-entry countries such as the available personnel and existing infrastructure. Thus, it is expected that border states will try to [reduce](#) the number of arrivals to have a smaller number of ‘adequate capacity’ so as to be able to derogate more easily from the provisions on the obligatory use of border procedures.

It is worth mentioning here that the previous [compromise text](#) on the APR (February 2023) referred to the possibility to derogate only in cases when ‘adequate capacity’ is reached, while frontline states insisted on introducing the adaptable border procedure also in cases ‘adequate capacity’ is *about* to be reached. As a result, the current Draft includes two different provisions: one that concerns applicable measures in case the adequate capacity is reached (Article 41bd), and another that concerns the cases that the adequate capacity is about to be reached (Article 41bc). This discretionary judgment (*about* to be reached) expands the discretion of states to decide on the applicability of border procedures. When ‘adequate capacity’ is about to be reached, ie when the number of asylum applicants in border procedures is equal to 75% of the number set out in respect of a specific Member State, then the average nationality [recognition rate](#) of the asylum applicants that should be examined in a border procedure falls

to 5% (instead of 20% that is applicable in normal situations). In the second case, when ‘adequate capacity’ is reached (Article 41bd), then the Commission will be notified and it will have to examine if the state is identified as being under a migratory pressure according to the [Asylum and Migration Management Regulation](#) (AMMR). In such case, states will be able to derogate from the provisions that mandate the use of border procedures, and e.g. choose to refer asylum-seekers in regular asylum procedures or transfer them within the territory.

### Agreement at Any Cost?

The introduction of the concept of ‘adequate capacity’ is designed to render the prescribed use of border procedures cognizant to the needs and migratory pressures on first-entry states. Yet, the envisioned adaptability of border procedures might not be the magic-bullet solution that it is believed to be to resolve the disagreement between Member States. The compromise text mainstreams border procedures by extending their scope of application and making them obligatory in some cases. To balance this, it gives the possibility to states to derogate from obligatory border procedures once the ‘adequate capacity’ is reached. However, it is not explained how the possibility to derogate from EU law in certain cases that are based solely on numerical factors will benefit first-entry states. Also, the provisions that regulate the ‘adequate capacity’ level suffer from vagueness and complexity such that their implementation will be difficult in practice.

To the contrary, if the APR is adopted as such the legal uncertainty and complexity it creates might exacerbate existing deficiencies in the EU’s system of responsibility sharing. Thus, any mandatory requirement for EU border states to widely deploy border procedures continues to impose the main administrative and fiscal burdens of the EU’s asylum processing system on first-entry states. In light of this, the possibility to derogate from these provisions and the potential activation of the flexible [solidarity mechanism](#) when they are determined to be under migratory pressure according to a vague procedure might not be enough to ensure their buy in.



León Castellanos-Jankiewicz, Melanie Schneider

# Durchschlagskraft für Sorgfaltspflichten

Zur Einbeziehung des Waffen- und Rüstungssektors in die EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen

doi: 10.17176/20230601-231152-0



Die [bevorstehende Verabschiedung](#) der EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD) könnte die Regulierung der Waffen- und Rüstungsindustrie in Europa drastisch verändern. Während sich das EU-Parlament, die Kommission und der Rat darauf vorbereiten, in den so genannten „Tri-log“ einzutreten, um einen [endgültigen Text](#) zu verabschieden, ist noch offen, ob sie auch den Waffenhandel in den Geltungsbereich der Richtlinie einbeziehen werden. Sollte dies geschehen, könnten sich die daraus ergebenden Sorgfaltspflichten für Unternehmen auch auf nachgelagerte Elemente der Wertschöpfungskette erstrecken und so die Überwachung und Überprüfung verstärken. In diesem Beitrag beleuchten wir einige Accountability-Defizite in derzeitigen europäischen Regelungen über die Ausfuhr von Feuerwaffen. Die CSDDD könnte dazu beitragen, jene Defizite zu beheben und gleichzeitig den illegalen Handel und die Umleitung von Waffen zu verhindern.

## Hintergrund

Vier der [zehn größten Waffen- und Rüstungsexporteure](#) weltweit sind EU-Mitgliedstaaten. Frankreich ist mit einem geschätzten Anteil von 11% an den weltweiten Waffenverkäufen im Zeitraum zwischen 2018 und 2022 hierbei auf dem dritten Platz. Es folgen Deutschland, Italien und Spanien, auf die zusammen 10,6% der Verkäufe im selben Zeitraum entfallen. Zusammengenommen entfallen auf diese EU-Länder mehr als ein Fünftel der weltweiten Waffen- und Rüstungsexporte.

Angesichts des [exponentiellen Anstiegs von Waffenverkäufen](#) ist die [UNO](#) der Ansicht, dass der private Waffenbesitz ein allgemeines Risiko dafür darstellt, dass Waffen umgeleitet, verloren, gestohlen oder illegal weitergeleitet werden. Tatsächlich sind nur 12% der weltweit rund 857 Millionen im Privatbesitz befindlichen Waffen registriert. In einer [Globalen Studie der Vereinten Natio-](#)

[nen zum Waffenhandel 2020](#)<sup>1</sup> wird Europa als eine „wichtige Quelle“ illegaler Ströme identifiziert.

Es ist alarmierend, dass europäische Waffen und ihre Bestandteile immer wieder in Konfliktzonen und Krisengebieten gefunden werden, in denen Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und schwere Menschenrechtsverletzungen begangen werden. In einem [kürzlich veröffentlichten Bericht](#) wurde beispielsweise festgestellt, dass europäische Firmen aus Deutschland, Österreich und Frankreich die Militärjunta Myanmars mit Material zur Herstellung von Waffen beliefern und dabei Sanktionen umgehen. Noch bedenklicher: europäische Waffen- und Rüstungsexporte könnten zur Begehung von Kriegsverbrechen im [Jemen](#) und in der [Ukraine](#) beitragen. Die Aufnahme von nachgelagerten Sorgfaltspflichten in die CSDDD würde leichtfertigen Waffenverkäufen entgegenwirken und deren Überwachung verbessern.

## Das Accountability-Defizit

Geltendes EU-Recht enthält keine verbindlichen Vorschriften, die die EU-Mitgliedstaaten verpflichten, Daten über die Ein- und Ausfuhr von Schusswaffen oder über Einnahmen und Ausgaben in diesen Bereichen vorzulegen. Des Weiteren schreiben sie keine obligatorischen Endnutzerkontrollen im Falle von Ausfuhren vor, die es Dritten ermöglichen würden, zu überprüfen, ob die Waffen ihre Bestimmung erreicht haben. Die [Feuerwaffenverordnung](#) verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten beispielsweise lediglich dazu, ein Verfahren für Ausfuhr-, Einfuhr- und Durchfuhrgenehmigungen einzuführen. Der [Gemeinsame Standpunkt der EU zu Rüstungsexporten](#) verlangt zwar Risikobewertungen in Bezug auf mögliche Menschenrechtsverletzungen. In der Praxis wird das Entscheidungsverfahren jedoch regelmäßig unterlaufen (ein Land beschließt, eine Genehmigung zu erteilen, die von einem anderen Mitgliedstaat verweigert wurde) und durch [mangelnde Transparenz untergraben](#).



Darüber hinaus erlaubt der [Vertrag über den Waffenhandel](#), dem alle EU-Mitgliedstaaten beigetreten sind, die Erteilung von Ausfuhrgenehmigungen, solange Staaten das Risiko, dass die Waffen zu schweren Menschenrechtsverletzungen, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord sowie zu Terrorismus und grenzüberschreitenden Verbrechen beitragen werden, bewertet haben. Bei dieser Bewertung muss ein „überwiegendes Risiko“ für alle potentiellen „negativen Folgen“ festgestellt werden, wobei die Definition und Reichweite dieses Risikos jedoch der Auslegung durch die einzelnen Vertragsparteien überlassen wird. Dies führt häufig zu einem Interessenkonflikt, da dieselben Staaten, die mit der Durchführung der Risikobewertung beauftragt sind, mitunter auch Eigentümer von Rüstungsunternehmen sind.

UN-Sachverständige haben bei der Prüfung mehrerer durch EU-Mitgliedstaaten erteilten Genehmigungen [festgestellt](#), dass diese Staaten ihre Verpflichtungen unter dem Gemeinsamen Standpunkt der EU und dem Vertrag über den Waffenhandel häufig missachten. Dies wird durch die [sprachlichen Unstimmigkeiten](#) in den offiziellen Übersetzungen des Gemeinsamen Standpunkts der EU noch verschärft. Dies führt zu einem allgemeinen und weit verbreiteten Mangel an Zugang zu Rechtsbehelfen und Transparenz, der durch einen Mangel an Aufsicht, Regulierung und Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Produktion, Verwendung, Ausfuhr und Entsorgung von in Europa hergestellten Waffen noch verstärkt wird.

Die europäische Waffen- und Rüstungsindustrie genießt in vielen Rechtsordnungen zudem zusätzlichen Schutz, zum Beispiel durch die [Geheimhaltung](#) von Lizenzen und Exportvereinbarungen aufgrund staatlicher Ausnahmen basierend auf Gründen nationaler Sicherheit oder außenpolitischer Entscheidungen. Rechtsbehelfe für Opfer von Waffengewalt, die mit Produkten verübt wurde, die aufgrund von leichtfertigen Verkäufen exportiert wurden, sind deswegen auf alarmierende Weise unzureichend. Diese Ausnahmen gefährden das Recht auf einen effektiven [Rechtsbehelf](#), auf das Überlebende von Waffengewalt auch nach nationalen und internationalen Menschenrechtsvorschriften Anspruch haben.

## Die CSDDD Initiative

Im Februar 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren [Vorschlag](#) für eine Richtlinie über unternehmerische Sorgfaltspflichten im Bereich der Nachhaltig-

keit. Die Initiative zielt darauf ab, in Europa ansässige und in Europa registrierte Unternehmen ab einer bestimmten Größe zu ermutigen, verantwortungsvolle und nachhaltige Geschäftspraktiken anzuwenden, indem sie schädliche Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt ermitteln und gegebenenfalls vorbeugen, abmildern oder beenden. Mit dieser Initiative beabsichtigt die Kommission die Durchsetzung von Rechtsbehelfen für Personen, die durch Unternehmenstätigkeiten nachteilig beeinflusst werden, zu harmonisieren.

Um eine weite Anwendung der Richtlinie zu gewährleisten, hat die Kommission den Geltungsbereich der Sorgfaltspflichten von Unternehmen erweitert, insbesondere durch eine allgemeine Definition von Wertschöpfungsketten, die für alle Branchen gilt. Der Europäische Rat schränkte jedoch in seiner im Dezember 2022 veröffentlichten [Verhandlungsposition](#) den Anwendungsbereich der erfassten Wertschöpfungsketten ein und nahm damit die Rüstungsindustrie aus der Richtlinie heraus, indem er Produkte, die Ausfuhrkontrollen unterliegen, wie z. B. Waffen, exkludierte.

## „Wertschöpfungskette“ versus „Kette von Tätigkeiten“

In Artikel 3(g) der CSDDD-Richtlinie definiert die Kommission Wertschöpfungsketten als „Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Herstellung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen durch ein Unternehmen“. Der Begriff der Wertschöpfungskette umfasst hier vor- und nachgelagerte Geschäftstätigkeiten, die von der Herstellung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen bis hin zur „Nutzung und Entsorgung des Produkts“ reichen. Sollte diese Formulierung in Kraft treten, würde diese weit gefasste Definition den Unternehmen, einschließlich der Rüstungsindustrie, die Verpflichtung auferlegen, dafür zu sorgen, dass ihre Geschäftsaktivitäten entlang der gesamten Wertschöpfungskette keine negativen Auswirkungen auf Menschenrechte oder Umwelt haben. Waffen- und Rüstungsproduzenten wären somit verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihre Produkte während ihrer gesamten Lebensdauer, von der Nutzung bis zur Entsorgung, keine negativen Auswirkungen auf Menschenrechte haben.

Der Europäische Rat lehnte den Entwurf der Europäischen Kommission jedoch ab und [forderte](#), den Begriff der „Wertschöpfungskette“ durch den Begriff der „Kette von Aktivitäten“ zu ersetzen. Das beinhaltet, dass die Ver-

wendung eines Produkts von den Sorgfaltspflichten des respektiven Unternehmens ausgenommen wird. Der Rat möchte zudem die Waffen- und Rüstungsindustrie von Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit dem „Vertrieb, dem Transport, der Lagerung und der Entsorgung“ von Waffen befreien. Dem Rat zufolge unterliegt dieser Sektor nationalen Ausfuhrkontrollen, was beinhaltet, dass jeder EU-Mitgliedstaat individuell die Ausfuhr von Waffen und Rüstungsgütern und das entsprechende Genehmigungsverfahren regelt.

## Haftung und Rechtsbehelfe

In Bezug auf die Haftungsfrage schlug die Kommission vor, Unternehmen für alle Schäden haftbar zu machen, die juristische oder natürliche Personen erleiden, einschließlich der Schäden, die in Verbindung mit indirekten Geschäftspartnern entstehen, sofern das Unternehmen es versäumt hat, möglichen nachteiligen Auswirkungen vorzubeugen und zu diese zu beenden. Im Vorschlag des Rates werden jedoch Schäden, die durch direkte und indirekte Geschäftspartner des Unternehmens verursacht werden, ausgeschlossen, und die Sorgfaltspflichten auf „etablierte Geschäftsbeziehungen“ beschränkt. Menschenrechtsorganisationen haben darauf [hingewiesen](#), dass diese Ausnahmeregelung zu einem Accountability-Defizit führen wird.

In jedem Fall werden die EU-Mitgliedstaaten durch die Aufnahme zivilrechtlicher Haftungsbestimmungen, wie weitreichend oder restriktiv sie auch sein mögen, gezwungen sein, ihre nationalen Sorgfaltspflichtgesetze an die CSDDD anzupassen. Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) zum Beispiel, das eine zivilrechtliche Haftung [ausschließt](#), müsste im Zuge dessen geändert werden.

Zu beachten ist weiter, dass die Bestimmungen der CSDDD oder anderer Sorgfaltspflichtgesetze, die Bestimmungen zur zivilrechtlichen Haftung enthalten (wie beispielsweise die französische [Loi de Vigilance](#) und die aktuelle niederländische [Initiative zur Sorgfaltspflicht](#)), die

Möglichkeit einer Haftung aus dem Deliktsrecht und anderen Klagegründen nicht ausschließen. In zwei viel beachteten Fällen wurden beispielsweise die deutschen Unternehmen [Heckler & Koch](#) und [Sig Sauer](#) für Verstöße gegen Verwaltungs- und Handelsgesetze durch unrechtmäßige Exporte nach Mexiko bzw. Kolumbien haftbar gemacht.

## Andere Vorschläge

Um diesen Herausforderungen zu begegnen, hat die Europäische Kommission im Oktober 2022 einen separaten [Vorschlag](#) für eine Verordnung über die Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Waffen vorgelegt, der darauf abzielt, harmonisierte Regeln für die Ein- und Ausfuhr von privaten Feuerwaffen zu schaffen und die Feuerwaffenverordnung zu ersetzen. Dieser Vorschlag enthält klare Bestimmungen für eine bessere Zusammenarbeit und einen besseren Informationsaustausch zwischen den nationalen Behörden innerhalb der EU und sieht Endnutzerkontrollen und gemeinsame Risikobewertungen vor, die auf EU-Ebene institutionalisiert sind. Diese Initiative befindet sich derzeit in einem [frühen Entwurfsstadium](#) und wird ohne Zweifel Gegenstand weiterer Verhandlungen sein.

Aufgrund seiner Position als wichtige Exportregion spielt Europa eine wichtige Rolle bei der Festlegung globaler Standards zur Verhinderung des Handels mit und der Umleitung von Schusswaffen. In dieser Hinsicht kann die CSDDD zur Verbesserung des Regelungsumfelds beitragen, indem sie nachgelagerte Aktivitäten der Feuerwaffenindustrie in ihren Geltungsbereich einbezieht, was den Vertrieb, den Einzelhandel, die Verwendung und die Entsorgung von Feuerwaffen umfassen würde. Opfer und Überlebende würden auch von robusten Bestimmungen in Bezug auf Rechtsbehelfe für Schäden profitieren, die von direkten und indirekten Geschäftspartnern verursacht werden.

*Eine [englischsprachige Version](#) dieses Textes ist an früherer Stelle auf dem [Verfassungsblog](#) erschienen.*

León Castellanos-Jankiewicz, Melanie Schneider

# Including the Arms Sector in the EU Corporate Due Diligence Directive

doi: 10.17176/20230519-140428-0



The [imminent passage](#) of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) into law could drastically change the regulatory makeup of the arms industry in Europe. As the EU Parliament, Commission and Council prepare to enter the so-called ‘trilogues’ to adopt a [final text](#), an open question is whether they will include the arms trade within the scope of the Directive. If so, the resulting provisions could include corporate due diligence obligations for downstream elements of the value chain, thus reinforcing monitoring and verification. This post highlights the accountability deficit in the current European firearms export regime and shows how the CSDDD could help redress this situation while preventing trafficking and diversion.

## Background

Four of the [top ten](#) arms exporters worldwide are EU member states. France is the third-largest, accounting for an estimated 11% of global arms sales during the period 2018-2022. It is followed by Germany, Italy and Spain, which together represented 10.6% of sales during the same timeframe. Taken together, these EU countries account for over one-fifth of arms exports worldwide.

As weapons sales [increase](#) exponentially, the UN [considers](#) that civilian firearms holdings represent a general risk of diversion by casual loss, theft or illegal transfer. Indeed, only 12% of the approximately 857 million civilian arms held worldwide [are registered](#). Additionally, the UN’s [Global Study on Arms Trafficking 2020](#) identified Europe as a “major departure point” for illicit flows.

Alarming, European weapons and their components are constantly found in conflict zones and at-risk areas where war crimes, crimes against humanity and serious human rights violations are taking place. For example, a [recent report](#) has identified European firms from Germany, Austria and France as supplying Myanmar’s military junta with materials to produce weapons while circumventing sanctions. Worse still, European arms exports

could be contributing to the commission of war crimes in [Yemen](#) and [Ukraine](#). Incorporating downstream due diligence obligations in the CSDDD would tackle irresponsible arms sales and improve oversight.

## The accountability deficit

Current EU laws contain no mandatory rules for EU Member States to provide public data on the import or export of firearms, or on revenues and expenditures under these headings. Nor do they require compulsory end-user controls in the case of exports, which would allow third parties to verify whether the weapons reached their intended destination. The [Firearms Regulation](#), for instance, only requires EU Member States to establish a regime of export, import and international transit licensing. For its part, the [EU Common Position on Arms Exports](#) requires human rights risk assessments, but has a decision making system that [is undermined](#) by the practice of undercutting (when a country decides to issue a license that was refused by another member state) and [lack of transparency](#).

Furthermore, the [Arms Trade Treaty](#), to which all EU member states are a party, authorizes export licences as long as states have assessed the potential that the arms will not contribute to serious human rights violations, the commission of war crimes, crimes against humanity and genocide, as well as terrorism and transnational crimes. This assessment should identify an “overriding risk” of any “negative consequences”, but the definition and scope of said risk is left to the interpretation of the individual state parties. This often leads to a conflict of interest, given that the same states who are mandated with conducting the risk assessment are sometimes the owners of arms companies.

UN experts have [found that](#), in examining several cases against European-issued licenses, EU member states often appear to disregard their obligations towards the EU Common Position and the Arms Trade Treaty. This is exacerbated by the [linguistic ambiguities](#) in the official trans-

lations of the EU Common Position. This creates a general and widespread lack of access to justice and transparency that is perpetuated by a lack of oversight, regulation and due diligence obligations over the production, usage, export and disposal of European-manufactured weapons.

Finally, the European arms industry enjoys protections in many jurisdictions, including [secrecy](#) for licensing and export agreements through state-approved national security or foreign policy exceptions. Consequently, judicial remedies for victims of gun violence perpetrated with products exported on the basis of negligent sales are alarmingly deficient. These exceptions have jeopardized the [right to a remedy](#) to which survivors of gun violence are entitled, including under domestic and international human rights law.

## The CSDDD proposals

In February 2022, the European Commission published its [proposal](#) for a Directive on corporate sustainability due diligence. The proposal intends to encourage European-based and European-registered corporations of a certain size to adopt responsible and sustainable business practices by identifying, and where necessary, preventing, mitigating or ending harmful impacts of their business dealings on human rights and the environment. With that proposal comes the Commission's intent to harmonise remedy enforcement for persons adversely impacted by corporate activity.

To ensure a broad application of the proposal, the Commission provided for an expansive material scope of corporate due diligence obligations, most notably by providing an all-encompassing definition of value chains, applicable to all sectors. The European Council, however, in its [negotiating position](#) published in December 2022, restricted the scope of value chains and carved out the weapons manufacturing sector from the Directive by excluding products subject to export controls such as weapons.

### 'Value chain' versus 'chain of activities'

Under Article 3(g) of the CSDDD Directive, the Commission defines value chains as "activities related to the production of goods or the provision of services by a company". The scope of the concept of value chains here encompasses upstream and downstream business activities, ranging from the production of goods or the provision

of services to the "use and disposal of the product". If this wording were to enter into force, this broad definition would impose an obligation on corporations, including the weapons manufacturing sector, to ensure that their business activities along the entire value chain do not adversely affect the enjoyment of human rights or the environment. Weapons manufacturers would thus be obliged to ensure that the life of their products, extending to the use of the product and its disposal, does not result in adverse impacts on human rights.

The European Council, however, disagreed with the European Commission, and [called](#) for the replacement of the term 'value chain' with the term 'chain of activities'. This means that the usage of a corporation's product will be excluded from its due diligence obligations. The Council wishes to exclude from such obligations the weapons manufacturing sector, which would be exempt from due diligence obligations related "to the distribution, transport, storage and disposal" of weapons. According to the Council, this sector is subject to national export controls, meaning that each EU member state may individually decide on how to regulate the export of weapons and its authorization.

## Liability and remedies

In terms of liability, the Commission proposed that corporations would be liable for any damage suffered by legal or natural persons, including damage caused in conjunction with indirect business partners, so long as the corporation failed to prevent and cease possible adverse impacts. But in the Council's proposal, damages caused by the corporation's direct and indirect business partners are removed, and due diligence obligations are limited to "established business relationships" only. Human rights organizations have [pointed out](#) that this carveout will result in a lack of accountability.

Either way, the inclusion of any civil liability provisions, however expansive or restrictive they may be, will compel EU member states to adapt their domestic due diligence legislation to align with the CSDDD. The German due diligence supply chain act (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, *LkSG*), for instance, which [excludes](#) recourse to civil liability, would have to be amended.

Importantly, the provisions in the CSDDD or other due diligence laws which include civil liability provisions such as the French [Loi de Vigilance](#) and the current [Dutch due diligence proposal](#), do not exclude the possibility of lia-

bility arising from tort law and other causes of action. In two high-profile cases, for example, German companies [Heckler & Koch](#) and [Sig Sauer](#) were held liable for breaking administrative and trade laws through unlawful exports to Mexico and Colombia, respectively.

### Other proposals

To address these challenges, a separate [Proposal for a Regulation on Arms Import, Export and Transit](#) was presented by the European Commission in October 2022 which seeks to create harmonized rules for the import and export of civilian firearms and would supersede the Firearms Regulation. This proposal includes clear provisions for improved cooperation and information exchange between national authorities within the EU, and provides for end-user controls and common risk assessments that are

institutionalized at the EU level. This initiative is currently in its [early drafting](#) stages and will surely be subject to further negotiations.

Given its position as a major export region, Europe has an outsize role in defining global standards to prevent firearms trafficking and diversion. In this regard, the CSDDD can contribute to improving the regulatory landscape by incorporating downstream activities of the firearms industry within its scope which would encompass the distribution, retail, use and disposal of firearms. Victims and survivors would also benefit from robust provisions on remedies for damages caused by direct and indirect business partners.

*Note: An earlier version of this post stated that 750 million civilian weapons are illegally held worldwide. The text was edited by the authors on May 23<sup>rd</sup> 2023 to remove this reference.*



Dominika Bychawska-Siniarska

# Media Pluralism in KRRiT-ical Condition

How the Polish media watchdog uses the law to suppress liberal media

doi: 10.17176/20230525-231150-0



In April 2023, the Chairman of the Polish National Broadcasting Council imposed a 80.000 PLN (that is 20.000 Euro) fine on Inforadio, the owner of the independent TOK FM radio station (the ‘TOK FM case’). The Broadcasting Council, or Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (KRRiT) in Polish, found unfavorable statements about a highly debated – and government supported – history textbook to violate the Polish Media Act (Ustawa o radiofonii i telewizji). However, the decision of the KRRiT Chairman imposing the fine fails to consider the broader context of freedom of speech and the protection of opinions and value judgments. The comments made by the journalist and his guests were part of a public debate on a controversial author and his book, triggering significant social interest. Thus, the imposition of a substantial penalty may be seen as an attempt to suppress criticism and create a chilling effect on discussions about the book. Importantly, the lack of a proper justification for the decision, provokes the thought that it was political in its nature and not based on merits.

At the same time, this is not the first controversial decision of the KRRiT in recent years. One of the most severe examples is a 1,5 million PLN (approx. 330.000 EUR) fine imposed on TVN, a TV station, which was [withdrawn after massive protests](#) of journalists and NGOs.

The growing number of KRRiT decisions targeting independent media in Poland is the result of the political nature of the procedure for appointing members of the KRRiT and the broad, unclear legal basis for imposing fines. Since 2005, the decisive voice in the composition of the KRRiT was that of the ruling political majority (which appoints four out of its five members). KRRiT’s current Chairman, Mr Marcin Świrski, was the founder of Reduta Dobrego Imienia (an NGO aimed at protecting the “good name” of Poland and Poles) and is widely known as a [blatant critic of the independent TVN TV](#) and other independent, liberal media outlets.

The KRRiT has substantial competences, including the right to decide on the attribution of broadcasting li-

censes and imposing fines on broadcasters who promote attitudes and views contrary to morality and public good or disrespecting the Christian value system. The imprecise, broad, and unclear notions enshrined in Polish media law, leave substantial discretion to the KRRiT and its Chairman. The political capture of the KRRiT’s Council, combined with its much too broad competences, open the way to the harassment of independent media and discourage from critical commenting.

This article investigates the details of the TOK FM case, places it in the context of the freedom of expression standards – which were disregarded by KRRiT Chairman – and finally analyzes the systemic problem concerning the (lacking) independence of the Polish media watchdog.

## The disrupting playbook

As already mentioned, on 24 April 2023, the Chairman of the National Broadcasting Council [imposed a penalty of approx. 20 000 EUR](#) on TOK FM for a broadcast in which the editor Piotr Maślak commented on the textbook „History and Present“ authored by Prof. Wojciech Roszkowski.

The TOK FM journalist, in the broadcast aired on June 7, 2022, stated: „It reads like a manual – I apologize for this comparison – for *Hitlerjugend*. Occasionally, not everywhere.“ The host and his guest cited parts of the book, which reveal xenophobic attitude towards some social groups, races, or gender. In other words, the textbook was used hate speech. Both the journalists and the guest argued that it was the journalist’s duty to denounce hate speech and express opposition to hate speech’s normalization in history textbooks.

In its decision, the KRRiT argued that the broadcaster violated Art. 18 paragraph 1 of the Media Act. According to that article

„broadcasts or other transmissions may not promote actions contrary to the law, Polish *raison d’etat*, and attitudes and views contra-

ry to morality and public good, in particular they may not contain content inciting hate or violence or discriminating on the grounds of sex, race, skin color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or beliefs, political views or any other views, nationality, belonging to a national minority, wealth, birth, disability, age or sexual orientation or inciting to commit a crime of a terrorist nature“.

According to Art. 53 paragraph 1 of the Media Act, if a broadcaster violates the obligation resulting from the provision of Art. 18 paragraph 1 of the Act, the Chairman of the KRRiT issues a decision imposing a financial penalty on the broadcaster up to 50% of the annual fee for the right to use the frequency intended for broadcasting the program, taking into account the scope and degree of harm of the violation, the broadcaster's past activity, and its financial capabilities.

By imposing the penalty, the Chairman of the KRRiT noted that „journalists have the right to describe events that may outrage society. However, there is a requirement that it should be done with professional diligence and reliability in collecting and using materials“. The decision, which was formally issued by the KRRiT Chairman, is not final and the broadcaster may appeal to the courts.

## Standards for the protection of freedom of speech

The decision of the Chairman of the KRRiT in the TOK FM radio case, does not take into account the standard according to which not only favorable statements should be protected but also those that shock, offend, or disturb the recipients. According to ECtHR [jurisprudence](#), broad protection is given to statements made in the public interest as contributions to public debate. A [characteristic](#) of Article 10 of the Convention is that it protects expression that entails a risk of harming the interests of others or actually harms them. Opinions expressed in harsh or exaggerated language are also protected; the [extent](#) of this protection depends on the context and purpose of a given critical statement.

For a while, the commented textbook aroused social interest and sparked lively debate. The textbook is raising substantial public debate in Poland, as well as mockery and outrage on social media. The book mixes historical facts with negative comments toward, e.g. in-vitro ferti-

lization, gender, or feminism, comparing them with authoritarian ideologies. The book has also been criticized for too many random factoids being thrown around, while the text lacks any references to historical sources, making it harder for young people to grasp the historical process of the past eight decades. Thus, the TOK journalist's voice was part of the broader public debate on matters of public interest and, as such, was subject to broad protection under Article 10 of the ECHR.

The ECtHR indicates in its [jurisprudence](#) the need to distinguish facts from opinions (value judgments). The latter constitute a subjective assessment by the speaker, and thus cannot be qualified in the context of truth or falsehood. In other words, opinions should not be assessed by national bodies in terms of truth, and the person expressing them should not be obliged to prove them. The statement of editor Piotr Maślak was an opinion, a value judgment, which cannot be subjected to proof, and thus cannot be assessed in terms of truth or falsehood, as the Chairman of the KRRiT did, accusing the journalist of a lack of reliability in gathering materials.

Moreover, the imposition of a significant penalty (80,000 PLN) by the Chairman of KRRiT aims to create a chilling effect, that is, an attempt to suppress comments on the textbook authored by Prof. Wojciech Roszkowski, not only from TOK FM but also from other broadcasters.

Ignoring such basic principles of freedom of expression by the KRRiT Chairman raises doubts as to the nature of the intervention and triggers the thinking it was politically driven and its main goal was to silence the broadcaster and, by extension, stymie the debate around the handbook.

## Media Act deficiencies

One of the most important competences of the KRRiT is granting licenses for broadcasting radio and television programs. The Council also has the right to control the content of broadcasts disseminated by the controlled broadcasters. It is precisely against the background of exercising these competencies that KRRiT has for years been accused of acting as a contemporary censor on behalf of the Polish government.

The material basis for the control of broadcast content exercised by KRRiT is enshrined in article 18 of the Media Act. However, the concepts used in Article 18 of the Act are undefined. Therefore, their interpretation always depends on the position of KRRiT and the worldview pre-

sented by its members. In this context, a politically and ideologically broad membership in KRRiT promotes a rational balance of different views and opinions on a given topic, and as a result, rational decision-making. However, if KRRiT starts to be dominated by one political camp, its interventions and imposed penalties can be extremely dangerous, and even curtail debate on certain topics (see further [here](#)).

In the situation of rational use of competencies by KRRiT, i.e., conducting explanatory proceedings with the participation of publishers, and possibly punishing only in the situation of actual violation of the law, the provision of Article 18 of the Act would probably not raise much controversy. However, due to the strong politicization of KRRiT, this provision is used in situations that do not deserve it. The politicization of KRRiT means that the above instruments become extremely dangerous, as they constitute a tool for punishing or harassing independent broadcasters, especially those criticizing the government. They can also be an instrument for imposing a specific worldview or morality. These types of practices from KRRiT are aimed at „chilling” broadcaster’s speech.

The situation is even more perilous when thinking that decisions of the KRRiT Chairman are taken into consideration upon deciding on the broadcasting license extension, which should happen for TOK FM later this year. Especially, in light of the denial of extension of license to TVN24 [back in 2021](#).

The KRRiT is composed of 5 members elected by Sejm (2 members), Senat (1 member) and the President of Poland (2 members). The new practice where the Chairman of KRRiT unilaterally decides on imposing penalties on broadcasters, without consulting the rest of the KRRiT members or even informing some of them about the decision. According to the Constitution, the KRRiT is a collegial body. Even if according to the Media Act penalties are imposed by the decision of the Chairman of KRRiT, the legislator’s intent was to achieve consensus and stimulate debate over specific potential infringements of the media law among all KRRiT members, respecting the constitutional principle of collegiality.

This is further complicated by the procedure before the KRRiT. Based on even one listener complaint, KRRiT informs broadcasters of objections and asking for explanations. Such a practice means that particularly active broadcasters that discuss controversial theses may feel harassed by all the user complaints forwarded by KRRiT.

The necessity to respond to every letter and, among other things, send appropriate recordings, can significantly hamper the daily operations of the broadcasters.

The legislator left KRRiT the possibility of developing a practice in the field of evaluating broadcaster activities and their potential penalization. Cases of imposing penalties for statements that fall within the boundaries of constitutional and conventional freedom of expression cause KRRiT to violate the institutional trust of broadcasters, using available legal instruments and procedural ambiguities, for political purposes or promoting their own moral worldview.

## Outlook

Article 213 of the Polish Constitution states that „[t]he National Broadcasting Council guards the freedom of speech, the right of citizens to information, as well as safeguards the public interest in radio broadcasting and television“. In guarding the public interest, the KRRiT must ensure that freedom of speech is not restricted and can be freely exercised. Thus, in making his decisions, the Chairman of the KRRiT should be guided, among other things, by the case law of the European Court of Human Rights. The decision taken against Inforadio, owner of TOK FM, does not meet this condition. Put more drastically, the decisions entirely contradicts the standards of protection of freedom of speech as enshrined in the Polish constitution and the European Charter of Human Rights.

The protection of freedom of speech in the private media sector in Poland is even more important in a situation where the reform of public media carried out in 2016 impeded public media outlets’ ability to impartially report on the activities of public authorities. Private media have thus become the only source of critical or ‘inconvenient’ information concerning the government. Harassing private media outlets with severe penalties for reporting events of significant public importance can, under these circumstances, be perceived as a brutal attempt to limit pluralism in the Polish media market.

The TOK case analysed here is another example of serious consequences in terms of respecting (or rather disrespecting) the standards of freedom of speech, resulting from the politicization of the constitutional regulatory body. International institutions, including the European Commission, should duly note instances of abuse of powers by the media regulatory bodies, their poli-

tical capture and lack of independence. Both the EU Audiovisual Directive and the proposed EU Media Freedom Act refer to broadcasting authorities as *independent* institutions. The proposed EU Media Freedom Act introduces a new institution of European Board for Media Services, composed of representatives of national broadca-

sting authorities. In the light of the developments in Poland covered in this piece, one cannot help but wonder if the European Commission and other European media regulators are ready to regularly meet and cooperate with KRRiT, a body blatantly ignoring the most basic standards of freedom of expression?

Wojciech Sadurski

# The Law to Take Out Tusk

doi: 10.17176/20230601-231204-0



“The U.S. Government is concerned by the Polish government’s passage of new legislation that could be misused to interfere with Poland’s free and fair elections. We share the concerns expressed by many observers that this law to create a commission to investigate Russian influence could be used to block the candidacy of opposition politicians without due process. We call on the government of Poland to ensure this law does not preempt voters’ ability to vote for candidate of their choice and that it not be invoked or abused in ways that could affect the perceived legitimacy of elections”.<sup>1</sup>

The language of US diplomats is, well, diplomatic. But make no mistake: it hides a deep irritation in Washington, accompanied by a [similar anger in Brussels](#). Poland has been a top ally of the United States in the geopolitical quandary caused by Putin’s aggression against Ukraine, and President Andrzej Duda – whose signing of the new law triggered the statement quoted – has so far been a privileged interlocutor of the Americans. Compared to Jarosław Kaczyński, the autocratic and suspicious of foreigners leader of the ruling PiS party, and the mendacious Prime Minister Mateusz Morawiecki, Duda seemed a “moderate”. Especially now, half-way through his second term of office and with no opportunity for reelection, Duda has been seen as the least distasteful of Polish nationalist-populist leaders. Not anymore.

The law signed by Duda sets up a new body: a commission to track Russian influence on Polish public officials and other public figures which may have resulted in the undermining of Polish security. A determination that a given person, investigated by the commission, has acted against Polish interests under such improper influence may result in various “remedial measures”, the most important of which is a ban on performing public functions

(related to the expenditure of public funds) for 10 years; hence the de-facto “political death” of a person. Even in the absence of such a penalty, the very fact of public hearings and of suspicions that a politician or another public figure had acted in Russian interests is deeply stigmatizing, especially these days, after the Russian invasion.

On 29 May, President Duda has peremptorily signed this law into force, meeting Kaczyński’s timetable under which the new institution should start waiting straight away, to be able to affect the developing electoral campaign. The unprecedented speed is a symptom of the unprecedented weight that the ruling party attaches to this initiative – and President Duda was more than happy to oblige, also using this opportunity to attack critics of the new law. Bizarrely, the President announced that he would also initiate ex-post scrutiny of the new law before the Constitutional Tribunal. Quite apart from the fact that the institution now calling itself “[Constitutional Tribunal](#)” is but a façade, simultaneously signing the law and foreshadowing ex-post scrutiny by the same official reveals a certain constitutional schizophrenia (even if, formally speaking, allowed). Launching constitutional scrutiny must be based on reasonable doubts as to constitutionality of the law, but the President, who has reasonable doubt about constitutionality, as the guardian of the Constitution<sup>2</sup> is not allowed to sign it.

Indeed, this monster of a law has so many defects, pathological features and outright conflicts with the rule of law, even at its very basis, that it is hard to know where to start.

## Procedure

The law was processed and fast-tracked in an extraordinary procedure made possible by presenting it as a private member’s bill while obviously it was a government-prepared act. This trick has been used frequently by authoritarian populists around the world, and in particular

<sup>1</sup> Press Statement, US Department of State, 29 May 2023.

<sup>2</sup> His prime constitutional role, see Art. 126 of Polish Constitution.



in Poland.<sup>3</sup>, as it allows sidestepping various mandatory road-bumps on a bill's road to its final adoption. No audits, expert opinions etc are called for, although the bill had to go through Senate scrutiny, with various expert opinions produced at that stage, and with a devastating rejection of the proposal albeit no substantive effect on the final text.

The law entered into force immediately, without any *vacatio legis* which, as a default rule, in Poland is 14 days. This frantic pace on an issue which, on the face of it, does not have any special urgency, suggests suspect motivations of its proponents.

### The composition of the new body

The "Commission on Russian influences on internal security of Poland in 2007-2022" will consist of 9 members, elected by the Sejm with a simple majority, thus virtually assuring that the ruling party will have a majority, and considering that the parliamentary minority intends to boycott this Kangaroo Court (and rightly so!), it will have all its members. The Chair of the Commission will be appointed by the Prime Minister whose office will also provide full administrative support to the Commission. So it will be a thoroughly politicised body, clearly dependant on the executive branch, and accountable to the Prime Minister.

### Immunity

The statute peremptorily immunized all members of the Commission against any liability for any conduct related to the Commission. This means that, whatever they say and do in connection with the Commission's work – its members will not be liable for any misconduct, for instance defamation. They will enjoy a degree of impunity that no judge, no public official, no one, can ever dream of. In fact, they operate in a law-free zone, which obviously contradicts the rule-of-law principle that all public officials and institutions must act within legal constraints (Art. 7 of Polish Constitution).

### Liable persons

The catalogue of persons who may be liable for conduct "to the detriment of Polish domestic security" is long and vaguely articulated. It includes "public officials" as defined by other Polish statutes, but also "other persons"

whose actions significantly impact Polish internal security or harm Polish interests, for instance by influencing mass media, NGOs, trade unions, political parties etc.

The list of Russian "influencers" is also extremely broad. It includes "representatives of public authorities of Russia", but also "persons known" (by whom?) as "close collaborators" of those representatives, or "persons connected personally, administratively or financially" with such persons, etc. If you have ever talked to a Russian who knows a Russian public official, you may be called before the Commission.

Take yours truly: probably most of the Russian academics whom I had met over the years know some high official or another, and at the same time I belong to a category of "other persons" because I have been trying, for years, to influence Polish media; whether it harmed Polish national interests remains to be determined by the Commission.

### The act in question

The central concept of "influence" is never defined (despite a long list of other statutory definitions in Art. 2 of the act). It may be anything, ranging probably from acting under blackmail or under instructions, for money, to being just a sympathetic hearer of your Russian interlocutor's point of view.

The official title of the act is misleading if not straight deceitful: it speaks of Russian influence upon the internal security of Polish Republic. But throughout the text of the act, "internal security" is used interchangeably with harming the interests of Poland (e.g. Art. 4(2) and 5(2) of the Act). Arguably, these are not synonyms: the latter is much broader than the former. This ambiguity either results from sloppy drafting or is deliberate: either way, it creates additional scope for arbitrary actions by the Commission.

### The nature of the Commission

Functionally, the Commission is a court. It conducts hearings, acquaints itself with evidence, metes out punishments, including removal of an important civil and political right (eligibility for public functions). It imposes penalties of a criminal character; for instance, the sanction of a temporary ban on performing public functions already figures in the Polish Criminal Code (Article 39).

<sup>3</sup>See my *Poland's Constitutional Breakdown*, OUP 2019, pp. 133-34.

Calling penal measures “remedial measures”, as the Act does, does not render them non-penal.

And yet it is not a court, by its attributes. It is not independent, its members do not need to be lawyers and undergo judicial training. It is a court-like institution but placed firmly in the administrative structure of the state, right at its very top. And it is not a parliamentary commission: if it were, it would have to be discontinued at the end of the current parliamentary term, which is only a few months away. It is an extraordinary, hybrid body, performing actions of a criminal court without any guarantees for the “accused”.

### Guarantees for the “defendants”

There are none. The Commission will have a right to mete out harsh penalties for actions which were not necessarily prohibited at the time of their commission, thus expressly contradicting the principle *nulla poena sine lege*. It may find some actions punishable *ex post*, therefore offending against the principle of non-retrospectivity.

“Defendants” cannot refuse to testify or to provide evidence demanded by the Commission, hence offending the privilege against self-incrimination.

There is no presumption of innocence: the Act does not explain what exactly should be demonstrated in order to determine that a “defendant” acted to the detriment of Poland. No standards of liability are specified: Should there be intention, or recklessness, or negligence, or is it simply a strict liability standard?

The Commission will have full competence of unlimited search and seizure, with no judicial or oversight. The “defendants” have no right of defence: There are no provisions that they can be accompanied by their lawyers, or that their lawyers may speak on their behalf. “Trials” are public, and lifting of publicness is fully at the discretion of the Commission. So is the presence or the absence of media at the hearings. In contrast, deliberations of the Commission (other than hearings) are secret. The only privilege against testifying is that of a priest concerning the contents of the confession: other privileges: lawyers’, doctors’, journalistic privilege of confidential sources etc are all annulled.

### Judicial oversight

There is none. There is no right of appeal (as required by the Polish Constitution in Article 78) or a pathway to judicial review of the decisions. The only avenue is a standard review by an administrative court, but such review, under Polish law, is allowable only on formal grounds: the administrative court will not review the Commission’s determination on its merits, with scrutiny of the evidence etc. Also, an appeal to an administrative court does not automatically result in the suspension of an administrative decision under appeal but rather such suspension is in the discretion of the administrative court. Administrative court procedures take years. So for all practical purposes, decisions of the Commission are final, instantly enforceable, and not reviewable.

### Temporal range

The Commission will investigate cases of Russian influence from 2007 until 2022. Why this particular range? No reasons have been given, but it just so happens that 2007 was the first year of the liberal-democratic coalition of Civic Platform and the Peasant Party, after “the first PiS” rule of 2005-2007 ended. The final date of the period under scrutiny is also arbitrary: Has Russia finished trying to influence Poland on 1 January 2023?

### Autocratic legalism

This law fully meets the criteria of “autocratic legalism”, described famously by Kim-Lane Scheppele.<sup>4</sup> There is nothing subtle or sophisticated about these legalistic tricks; indeed, it is striking how vulgar and simplistic they are. And come to think of it, if after more than 7 years in power, with PiS having unlimited control over all the secret services, counter-intelligence and law enforcement agencies, all enjoying immense resources and competences, none of these state institutions turned out effective enough to detect and neutralize “Russian influence”, what does it say about the state PiS has built, over two parliamentary and two presidential terms of office?

Why this law, and why now? The answer is a name: Donald Tusk.

The former Polish Prime Minister, founder and leader of the now leading centrist-liberal party (Civic Platform), and a former President of the European Council (2014-

<sup>4</sup>Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review* 85 (2018): 545-583 at 556.

2019), Donald Tusk is by a long shot the most successful and experienced Polish politician on the non-PiS side of politics. If there is anyone who can play, in Poland, a role of Lula winning against Bolsonaro, it is him.

Which is not to say that he is universally admired. In fact, his so-called negative electorate is vast: just [over 50% Poles say they do not trust him](#). This is largely due to the relentless propaganda of hate and falsehoods run against him by state-owned media, and in particular, the broadcaster TVP.<sup>5</sup> Tusk is daily depicted as a Russian and/or German agent, anti-patriotic, non-Polish, corrupt; and news stories on TVP about Tusk often use subliminal video shots depicting Tusk after Stalin or Hitler.

Still, Tusk's public meetings are fantastically popular, and the opinion polls predict a lead of roughly 10 percent for the democratic opposition parties over PiS and its junior coalition partners.

Kaczyński and his party cannot afford to lose. A system of immense systemic political corruption and state clientelism has produced a large category of people for whom a transfer of power would be a catastrophe, and not just in terms of loss of wealth and lucrative positions, but often of criminal liability. In this sense, for the ruling coalition and its clients, these elections will have an existential, not merely a programmatic weight. In turn, for the opposition a loss will mean a heavy consolidation of populist authoritarianism, just as in Hungary.

The cliché in Poland that these elections will be as important as those in 1989 rings true. It is clear that Kaczyński wants to remove Tusk (and any of his collaborators, for that matter) from electoral competition. In fact, PiS does not hide that Tusk figures highly in the legislative motives for the new law. They made it express in the official rationale provided for the Act during the legislative proceedings.

But even if, for whatever reasons, Kaczyński decides not to use the “nuclear option” of having the Commission declare Tusk ineligible in the elections, a weaker use of the Commission will be extremely advantageous for PiS, too. Just parading various Civic Platform politicians (including Tusk) before the Commission will give PiS and its powerful media tremendous propaganda material. Even without any sanction resulting from those show trials, associating Tusk and his collaborators with the words “Russian influence” and “harming security” and “damaging national interests, repeated hundreds and thousands of times, will create a great political dividend for PiS. Their opponents will enter public imagery as “Russian agents”.

In other words, Kaczyński wants to do to Tusk something functionally equivalent to what Putin did to Alexei Navalny in the “elections” of 2018. Though, admittedly, with gentler methods.

<sup>5</sup>Disclaimer: civil defamation proceeding by TVP against me are still pending; a criminal libel suit against me by TVP has been dismissed on appeal, and had its finale, to my advantage, before the Supreme Court

Ioannis Kampourakis

# A Return of Mainstream Politics?

The Greek Election and the Demise of Syriza

doi: 10.17176/20230527-111030-0



The Greek election results of Sunday 21 May 2023 had a seismic effect, with many commentators juxtaposing them to the elections of 2015, when Syriza's dramatic victory marked the overhaul of the pre-crisis political system. This time, the circle of crisis politics is said to be complete. Syriza's devastating defeat with a margin just above 20% supposedly marks the end of a polarized era and the desire to return to 'mainstream politics'. Syriza did not adapt its discourse for 'normality', commentators hastened to add, justifying those who persistently spoke of a 'left-wing parenthesis'. While concealing a dose of wishful thinking, these positions build on something real, which is the victory of New Democracy in almost all geographic and demographic categories. New Democracy won by a significant margin in the working-class districts of Athens and Piraeus, in traditionally center-left regions of Greece, such as Crete, it won among the young, 17-24 year old voters, and even among the unemployed – all examples where Syriza used to be particularly strong. Yet, as these elections were exceptionally conducted under a directly proportionate system, New Democracy came short of absolute majority in the parliament. Unwilling to engage in a coalition with the third party, the old social democratic Pasok, New Democracy pushed for a new round of elections in June, this time with an electoral law that guarantees a bonus of seats that will likely lock its absolute majority. In this article, I share some first thoughts on this electoral result that defied expectations, including on what is at stake in the foreseeable future.

## With the benefit of hindsight: Deficient political strategy, wayward communication

In a recent [poll](#), 43% of respondents attributed the victory of New Democracy to weaknesses of the opposition. To some extent, Syriza pays the price for following its predecessors in imposing harsh austerity measures during its years in government in 2015-2019. Syriza's current narrative that these policies were forced from the outside appeared not to convince or exonerate. Yet, this does not

fully explain how Syriza lost over 11% of support compared to 2019, while being in opposition.

Political strategy and communication provide some explanatory tools. Placed in a quandary between its left, movement-based past and its expressed desire to articulate a social-democratic, programmatic opposition to New Democracy, Syriza appeared to lack distinct orientation, conviction, and vision. In terms of political strategy, during its time in government and in opposition, Syriza did not manage to build broader political alliances that would ensure the rooting of its political message within various social spaces. It remained unable to successfully permeate trade unions, local and municipal governments, or the media, while even its influence within universities waned after the referendum of 2015. Desperately trying to emulate Pasok in its historical references and discursive style, Syriza appeared to forget that Pasok forged its broad social alliances during the early 1980s, largely thanks to a program of fiscal expansion that was inconceivable during Syriza's tenure. Forming such alliances in times of fiscal contraction proved exceedingly difficult. Syriza's progressive transformation from a party that relied on and fueled social mobilization, to a hierarchical party structured around its leading team made this task dependent on the success of a central political message largely disconnected from grassroots social struggles.

Adding insult to injury, this political message proved largely unconvincing. Unwilling to articulate a radical agenda that would involve some restructuring of the economy, Syriza's political program differentiated itself from New Democracy primarily in the extent of certain social provisions. Its most ambitious suggestion was arguably the regaining of public control in what used to be the public electricity company, only reversing the course of the last two years. Syriza did not capture the opportunity presented by the overarching political landscape of the green transition, the European Green Deal, and the EU Recovery and Resilience Plan to set a more profound social-

democratic agenda of [instrumentalizing markets for social objectives](#). Overall, Syriza's agenda did not present a more holistic vision that would counter or reform the already existing reality – and, among those aspiring to solely manage reality, voters chose the certainty of those already doing it and who appear dedicated in doing it.

In terms of communication and political campaigning, Syriza chose to focus on an emotive language reminiscent of the polarization of the years of the financial crisis, primarily criticizing the government as opposed to proposing a vision and an agenda. With the benefit of hindsight, it becomes clear that New Democracy's largely positive agenda of “steadily, boldly, forward” was much more successful among voters, who appeared eager to leave crisis politics behind. This miscalculated campaign was coupled with several inconsistencies and last-minute mistakes that further harmed Syriza's trustworthiness.

Of course, the electoral result cannot be explained only through the shortcomings of Syriza. New Democracy managed to move past major crises and mishandlings – including a major [wiretapping scandal](#), the recent tragedy of a [train crash](#) exposing the fragility of national infrastructure, repeated claims of [violent pushbacks](#) against refugees, or allegations of [corruption](#) and lack of transparency over public finances – to achieve a colossal victory, using the economy as its spearhead. Capitalizing on the lax economic monitoring and the temporary fiscal expansion that followed the pandemic, New Democracy adeptly crafted the long-craved impression of a return to pre-crisis normality, with economic growth and reduced unemployment counterbalancing inflation, high trade deficits, escalating living costs, and increasingly unaffordable accommodation. At the same time, New Democracy was responsible for real advances in the digitalization of public administration. It is, of course, also notable that New Democracy benefits from consistent and quasi-consensual support by major media, with Greece consistently appearing in the [lowest ranks of freedom of press rankings](#).

### What is at stake?

On the one hand, New Democracy appears to have realized the zeitgeist of ‘post-neoliberalism’ and increasingly relies on a discourse that places the state as a central actor in the economy – promising, for example, a stronger public healthcare system and a rise of the minimum wage.

On the other hand, it persistently winks at projects of privatization, including in the heavily charged, for the left, fields of education or public utilities. The vice president of the party already expressed the intention to initiate the process of constitutional amendment, should New Democracy gain the necessary 180 (out of 300) seats in the upcoming elections – with the implication, among others, of amending the provision that ensures the public character of higher education. One can speculate that the forthcoming Mitsotakis government will attempt such a type of hegemonic politics, cementing its gains in the political centre, focusing on ensuring the stability and safety that voters have missed during more than a decade of crisis, while steadily advancing the interests of private capital. Within the context of the European Green Deal, national economies are bound to undergo transformations that will have power-conferring and distributive effects. A strong New Democracy government likely means that green transition projects will be shaped by market expansion and an ideology of trickle-down economics, even if coupled with partial measures of social protection.

At the same time, a central concern arising from the extent of New Democracy's victory is the prospective lack of strong opposition. New Democracy showed a disregard for institutions of opposition and safety valves of critique, culminating in the major scandal of wiretapping and the pressure exerted to autonomous regulatory agencies to contain it. An eclipse of substantive opposition could potentially pave the way for similarly strong-armed tactics that threaten democratic institutions and the rule of law. The question of the quality of opposition emerges even more forcefully in the resurgence of Pasok, which increased its percentage to 11,5%. Pasok has declared its ambition to regain its hegemonic role in the center-left, setting the stage for a challenge to Syriza in the upcoming elections of June. Besides the risk of a further fragmentation to the left of New Democracy, the agenda and structural dynamics of the old social democratic party points to the possibility of an opposition that is fundamentally complementary to New Democracy.

These elections made clear that there is currently no articulated, alternative vision of social ordering that could inspire and successfully challenge the current constellation of social forces. While many on the left lament the increasing conservatism and individualism of Greek society, it is worth remembering that electoral trends emerge in dialectical relationship to social movements



and political agendas. Rather than products of unknown forces, such trends may be reversed through political ac-

tion and vision that have recently been missing from the political landscape.

Andreas Samartzis, Nicholas Vadivoulis

# Greece's Ambivalent Turn to Militant Democracy

doi: 10.17176/20230524-140309-0



On 2 May 2023, the Greek Court of Cassation (*Areios Pagos*) ruled on the certification of the candidate lists of the political parties that could lawfully participate in the Greek parliamentary elections of 21 May. It refused to certify the participation of the *Hellenes National Party*, which was founded on 4 June 2020 by Ilías Kasidiáris, the former press representative and MP of the neo-Nazi *Chrysí Avgí* party (*Golden Dawn*). Three years earlier, Kasidiáris had been convicted at first instance for participating and running a criminal organisation in view of his role in organising *Golden Dawn's* criminal activities. The first-instance court found these to include the murder of antifa activist Pavlos Fyssas and the attempted murders of migrant workers by centrally organised hit squads. *Hellenes National Party* is widely regarded as *Golden Dawn's* political successor. The refusal to certify the party breaks away from previous case law on political party certification and indicates a tentative, yet incomplete embrace of militant democracy by a jurisdiction that has traditionally been hostile towards its philosophy.

## The Judgment

*Areios Pagos* based its judgment on two legal grounds. The first was a [recent amendment of the electoral law](#), by which a party may not participate in the parliamentary elections if “the party’s President, General Secretary, Managing Committee members, representative, and actual leadership have been convicted at any instance for [participating and managing a criminal organisation]”. Additionally, the amendment provided that a political party’s organisation and activity must serve “the free functioning of democratic government”. It stipulated that this requirement “may only be determined by reference to the conviction at any instance of the party’s candidates or founding members or former Presidents for [crimes that include participating and managing a criminal organisation]”. There can be little doubt from the timing and specificity of the amendment that its introduction was intended to prevent *Hellenes National Party* from partici-

pating in the elections. The reference to actual leadership, in particular, was only introduced through a [second amendment on 13 April](#), when Kasidiáris stepped down from the party’s leadership.

The second legal ground was Article 29(1) of the Constitution of Greece, which provides that

“Greek citizens possessing the right to vote may freely found and join political parties, the organization and activity of which must serve the free functioning of democratic government”.

Based on these facts, the case may appear straightforward. The amendment to the electoral law appears to have a *prima facie* grounding on the Constitution. Even if the amendment targeted a particular party and its leader, an unapologetic convicted neo-Nazi hardly deserves any sympathy from civil society for being deprived of a platform to promote his views in Parliament. The judgment is even lenient in one sense, by interpreting the amendment narrowly. Thus, while a party run by Kasidiáris cannot participate in the elections, Kasidiáris himself can still run for office as an independent candidate, in accordance with Article 51(3) of the Constitution, which provides that

The Members of Parliament shall be elected [...] by the citizens who have the right to vote, as specified by law. The law cannot abridge the right to vote except in cases where a minimum age has not been attained or in cases of legal incapacity or as a result of *irrevocable* criminal conviction for certain felonies. (emphasis added)

Despite appearances, however, the judgment constitutes nothing short of a constitutional transformation. Until the controversy regarding the *Hellenes National Party* erupted, there was widespread consensus that Greece’s Constitution is not merely silent on legislative

party bans, but that it actively prohibits them. This consensus is reflected in the case law of *Areios Pagos*. Thus, as recently as 2014, and even as the prosecution of *Golden Dawn* members had begun, *Areios Pagos* held that *Golden Dawn* could participate in the EU elections. It stated that “in the absence of final conviction and the concomitant deprivation of political rights, it is not possible to deprive the person in question of the right to run for office and to undermine the legal status and institutional activity of the political party, within the Constitution’s normative framework, according to Article 29(1) of the Constitution regarding the free functioning of democratic government” (A1 Civil Division Chamber, decision 65 of 8 May 2014).

### The Memory of Greece’s Shadow Constitution

There are strong historical reasons for this aversion to restrictions on political parties, dating back to the birth of the [modern Greek state](#). Following WWII, Greece experienced a [deep division](#) between liberals and nationalists on one side, and communists on the other, which culminated in a civil war between 1946 and 1949. Following the victory of the anti-communists, and despite the restoration of constitutional order in 1952, emergency measures that had been adopted during the civil war remained in force as specific provisions that trumped constitutional guarantees. This “shadow Constitution” (*Parasyntagma*) effectively instituted a dual state against communists. It maintained the ban on the [Greek Communist Party](#) and provided a legal ground for various forms of persecution and discrimination against its members, including forced displacement, citizenship deprivation, and exclusion from the civil service on [grounds of national security](#). Despite interim attempts to reconciliation, communist persecution reached its peak during the dictatorship of 1967-1974, when the perceived communist threat served as a legitimating rhetorical device for the regime.

This background shaped the parliamentary debates around the adoption of the Constitution of 1975. Article 12(3) of the [Draft Constitution](#) introduced by the first elected government provided for outlawing political parties “whose activity leads to the subversion of the liberal democratic order or jeopardises the country’s territorial integrity” by a Constitutional Court. The provision (and, for that matter, the creation of a Constitutional Court) did not make it into the final constitutional text. Authorising a court to outlaw political parties on the basis of such in-

determinate terms as “the subversion of the liberal democratic order” was considered open to abuse. It risked bringing back the ghosts of the past (for an overview, see [here](#)).

### *Areios Pagos*’ Novel Approach to Article 29(1): Transformation into Militant Democracy?

Based on this background, the decision to prohibit the participation to *Hellenes National Party* in the elections appears to be unconstitutional. *Areios Pagos* remained faithful to this orthodoxy until 2 May 2023. It consistently interpreted the requirement of Article 29(1) that a political party should “serve the free functioning of democratic government” as a formal requirement that a party could fulfill merely by stating as much when submitting its list of candidates prior to the elections. In this case, however, it interpreted Article 29(1) to “provide the legislator the possibility but also the duty to establish [...] restrictions in electoral law, by which to prohibit the participation of parties or party coalitions in the elections, when their organisation or their previous or current activity, as it unfolds through particular acts, is mounted against the free functioning of democratic government” (p. 11). It also interpreted Article 51(3) narrowly, so that it applies only to the right of a citizen to run for office as an independent candidate or as a party member, but not as part of a party’s leadership.

*Areios Pagos*’s departure from the orthodox view is arguably best understood not as a failure to uphold the Constitution but rather as a constitutional transformation. [As Michael Ioannides has argued in a different context](#), a constitutional transformation occurs when critical interpretive communities, such as the legislature and the courts, opt for a reading of the Constitution that fundamentally deviates from previous understandings of its content. The legitimacy of the new reading is then based on the change in socio-political context. In this regard, the text of Article 29(1) of the Constitution was always flexible enough to allow for restrictions to political parties that seek to subvert liberal democracy. It is open to both interpretations, despite previous consensus on only one of them. Its reinterpretation constitutes a constitutional transformation insofar as it provides the means by which liberal democracy can defend itself against the lived experience of how *Golden Dawn* rose to prominence by using elections to increase its power and visibility, and

ultimately to subvert them.

*Areios Pagos* thus substantiates how *Hellenes National Party* is a threat to liberal democracy by confirming its status as *Golden Dawn's* political successor (pp. 61-85). It highlights the instances in which Kasidiáris used hate speech and incited his followers to violence against minority groups and political opponents (pp. 66-74). It also emphasises the undisputable acts of violence that match these exhortations (pp. 63-65). It refers to Kasidiáris's political activity to demonstrate the persistence of his political aims and argues that *Golden Dawn's* acts should bear on the assessment of the *Hellenes National Party's* sincere commitment to the free functioning of democracy.

### Trading Fair Trial Rights for Democracy?

While *Areios Pagos* thus accepted the idea of militant democracy, it only embraced a limited version thereof. Accordingly, it held that the amendment to the electoral law may limit its jurisdiction to determine whether the requirements of Article 29(1) are satisfied. This move minimises the implications of the present judgment for future cases. *Areios Pagos* is not likely to prohibit the participation of political parties in elections based on its own assessment of whether or not a party serves the free functioning of democratic government.

In the case at issue, however, the reliance on the amendment creates a major problem. It requires *Areios Pagos* to automatically prohibit the participation of a political party if its leadership has been convicted at any instance. The amendment may thus appear to violate Kasidiáris's presumption of innocence under Article 6(2) of the European Convention on Human Rights, which the European Court of Human Rights has held to [apply when appellate proceedings are pending](#). Support for this wider application of the presumption of innocence can also be drawn, with respect to Greek constitutional law, from Article 51(3) of the Constitution.

The presumption is also potentially violated by certain comments in the judgment that seem to prejudge the outcome of the appellate proceedings. *Areios Pagos's* re-

sponse to the objection raised when discussing the presumption is indicative:

The presumption of innocence is a democratic *acquis* and its invocation proves abusive when the leader of a political party has been convicted, even at first instance, for one of the crimes that turn against the constitutional order itself, especially when the sentence that was imposed for these crimes is already being executed. A different assessment would render militant democracy completely powerless and the invocation of the presumption of innocence by [the leader of this political party] would constitute the Trojan horse by which its subversion would be realised (p. 20).

This statement implies that the presumption of innocence is inapplicable when a person has been convicted at first instance for political crimes. Despite *Areios Pagos's* insistence to the contrary in other parts of the judgment, it also seems to deprive the appellate proceedings of purpose.

### Militant Democracy Light

In one sense, *Areios Pagos* has found itself between a rock and a hard place. To avoid interfering with the presumption of innocence, it would have to ground its judgment exclusively on Article 29(1), and read it as an authorisation for the judicial enforcement of militant democracy that should, of course, be used judiciously. This choice would be deeply controversial. It is illuminating that, on the Greek left, both *Syriza* and *Yanis Varoufakis's Mera25* have opposed the prohibition. At the same time, the majority of judges (nine to one) in *Areios Pagos's* chamber were evidently unwilling to uphold its earlier case law and declare the amendment unconstitutional. The result is an ambivalent embrace of militant democracy that, in the particular case it occurred, stands in clear tension with respect for the presumption of innocence.

Alan Greene

# Please Be Kind and Polite. Or Else ...

Arrestments at the King's Coronation and the Right to Peaceful Protest

doi: 10.17176/20230516-181804-0



Britain loves to project an image of polite calmness; of a stiff upper lip; of tea, crumpets, and lashings of ginger beer. The Paddington the Bear Twitter account epitomised this sentiment on the morning of the Coronation, reminding people to [‘be kind and polite today.’](#) Yet in England’s green and pleasant land, as loyal British subjects scoffed their scones, quaffed their Pimm’s and raised a glass to their new Monarch, it was not soft-power but good ol’ fashioned state violence that ensured the historical Coronation went off without a hitch.

Britons love to pat themselves on the back for the show they can put on, for nobody does pomp and pageantry quite like Britain. The London Metropolitan Police, [acutely aware that the world was watching](#), and eager to ensure that only the best of Britain was projected across the globe, promptly proceeded to arrest the head of anti-monarchist group Republic Graham along with 63 other people. The images beamed around the world that day thus included [hand-cuffed peaceful protestors](#) and the [police seizing a van loaded with dangerous equipment: protest signs](#).

The protestors were arrested for spurious reasons such as [‘to prevent a breach of the peace’](#) and [‘conspiracy to create a public nuisance’](#). The Police Crime Sentencing and Courts Act 2022, amongst other provisions, placed the common law offence of [creating a public nuisance on a statutory footing](#) and included within that definition acts which are intended to cause ‘serious distress, serious annoyance, serious inconvenience or serious loss of amenity.’ By attaching the inchoate offence of ‘conspiracy’ to the already vague crime of public nuisance, the police lowered the bar for arrest even further. The fact that protestors had been in frequent communication with the police in advance of their protest, going above and beyond what was required of them by the law did not help; if anything, it was used against them, allowing the police to claim they had intelligence that disruption was possible, thus satisfying the requisite ‘reasonable suspicion’ requirement necessary for their arrest powers to be exercised.

The Police Crime Sentencing and Courts Act 2022 was followed shortly afterwards this year by the Public Order Act 2023— the second substantial piece of legislation that impacts upon the right to protest that has been passed since the 2019 general election. This Act creates the offence of [‘locking on’](#)—to attach oneself to another person or object for the purposes of causing ‘serious disruption.’ [According to Professor of UK Human Rights Law David Mead](#), this vaguely defined offence can be committed simply by linking arms. If this is not enough, it accompanies this new offence with the additional offence of [‘being equipped for locking on’](#). The Met claimed that several of the protestors were found to have ‘lock on’ devices, despite the protestors insisting that they were merely ties to affix signs to their posts. Hopefully, the meaning of an ‘object’ that can be used to ‘lock on’ will not be interpreted so as to capture those of us who prefer to lock up our bicycles... or those of us with arms.

[Under Article 11 of the European Convention on Human Rights](#), everybody has the right to peaceful assembly. This right includes the right to protest. The opposite of a peaceful protest is not a disruptive protest; it is a violent protest and the [concept of violence is replete in the case law of the Court](#). Regardless of one’s views of anti-monarchist protestors, their arrest in advance of the Coronation should concern anybody that values the right to protest in a democratic society. This attack on this fundamental democratic right has been enabled by the language of ‘preventing disruption’ used by both the police and politicians defending their actions.

‘Serious disruption’ is [defined in the aforementioned Public Order Act 2023](#) as including cases in which individuals or organisations prevented, or hindered to more than a minor degree, from carrying out their ‘day-to-day activities’. To say that this threshold is low, vague, and circular is an understatement. ‘Serious disruption’ also includes instances in which individuals or organisations suffer delay to the making or receiving of ‘a time-sensitive product’— a product whose value or use to



its consumers may be significantly reduced by a delay in the supply of the product to them. Ironically, the time-sensitive nature of lawful protest designed to align with the King's coronation was completely absent from the police's minds as they exercised their discretion. In fact, rather than cause pause for thought as it should have, it was actually deployed to justify their [self-proclaimed 'low tolerance'](#) for that day.

For this reason, the [Met's half-hearted contrition](#) after their handling of the Coronation rings hollow. The fact that most protesters were subsequently released without charge also does not absolve the Met or somehow mitigate their actions. The right to peaceful protest was fundamentally interfered with and undermined by the arrests. The damage had been done. There will likely not be another coronation for at least a decade—Long Live the King.

The breadth of discretion afforded to the police under these new laws are deeply worrying and the experience of republican protesters on the day of the Coronation does not bode well for how police will exercise this discretion. This worry is further compounded by [the recent use of counter-terrorist powers in the UK to detain a French publisher](#) who had recently been involved in the French anti-austerity protests. Nor were the police actions on the day of the Coronation an outlier. From the arrests of participants at the vigil [for Sarah Everard](#)—a woman murdered by a serving Met police officer—to the ['kettling' of schoolchildren](#) at a protest against tuition fees in 2010, the Met, unfortunately, have a blemished record when it comes to respecting the right to protest.

Nor does responsibility lie solely in the hands of the Met. Government ministers, [including the Prime Minister, have defended the Met's actions](#). Indeed, new police powers to deal with protests are just the latest in the line of an increasingly authoritarian trend evident in British constitutional law and politics. From attempts to repeal the Human Rights Act 1998, to the now mainstream immigration policy of deporting all refugees and asylum

seekers to Rwanda, to say that the UK is on a dangerous path is not hyperbole.

And while anti-monarchy protestors have caught the Met's attention in light of recent historical events, it is clear that the main targets of these laws will not be those aggrieved at the notion of a hereditary head of state but environmental protesters who, in recent years, have stepped up their campaign to further government action on the not trivial issue of catastrophic climate change.

In the name of preventing 'disruption' caused by protesters, there is little thought given to preventing the disruption caused by climate change. It matters not to the law that a person's 'day-to-day' activities are hindered by an anomalous weather event directly attributable to climate change. So long as disruption is caused by what economists call an externality rather than the stated intention of protesters, the UK says keep calm and carry on. State security interests are now to ensure that the economy is not interrupted. In any case, [it is not like a pandemic which some scholars have attributed to climate change](#) can seriously disrupt global supply chains, or anything.

As I wrote previously for *Verfassungsblog*, climate change will inevitably result in more emergency powers being deployed—whether to bypass the ordinary law-making processes to implement measures necessary to tackle climate change, to respond to the natural disasters caused by climate change, or to respond to political movements challenging the state's response or lack thereof. The UK's curtailing of the right to protest will, I fear, not be an isolated case. It will, instead, become a model which, much like many of its counter-terrorist innovations in recent decades, will be transplanted throughout the world. And all this can be done without the need to formally declare a state of emergency.

For the time being, everybody in England would do well to remember Paddington the Bear's request that we all be kind and polite... or else.

Alice Donald, Philip Leach

# The UK vs the ECtHR

Anatomy of A Politically Engineered Collision Course

doi: 10.17176/20230505-204527-0



In recent months, the UK government has tabled two Bills before Parliament which would have the consequence – and almost certainly have the *intention* – of setting the UK on a collision course with the Council of Europe, and especially the European Court of Human Rights (ECtHR). Both the [Bill of Rights Bill](#) and the [Illegal Migration Bill](#), introduced on 22 June 2022 and 7 March 2023 respectively, contain provisions that openly flout the UK's obligations under the European Convention on Human Rights (ECHR). While the former is currently in parliamentary limbo, the Illegal Migration Bill will probably become law, following extensive amendment by the House of Lords, which will [debate it](#) on 10 May.

This post details how the Bills serve to undermine the UK's obligations under the ECHR and explains their significance within the larger debate surrounding the UK's possible withdrawal from the Convention. It places this debate in the context of the rarely-convened Council of Europe [summit of heads of state and government](#) in Reykjavik in May 2023, whose ambitious agenda is to protect the 'common heritage' of respect for human rights, democracy and the rule of law in the face of Russia's aggression in Ukraine and other existential threats.

## The Bill of Rights Bill

The [Bill of Rights Bill](#) would repeal and replace the Human Rights Act (HRA) 1998, which gives effect in UK law to most of the rights and freedoms in the Convention. It is the product of a near decade long fixation by the – [now former](#) – Justice Secretary, Dominic Raab, with abolishing the HRA and loosening the UK's ties with Strasbourg, dating back to his 2011 [polemic](#) on the prisoner voting issue.

Several of the Bill's provisions would create significant divergence between the UK and Strasbourg. The Bill would remove the current requirement under section 2 of the HRA for the UK courts to take relevant case law of the ECtHR into account and would encourage a more originalist reading of the Convention. The interpretive duty found in section 3 of the HRA would also be re-

moved. This requires courts to interpret Acts of Parliament so that the rights, duties and powers they establish are exercised in ways that are compatible with Convention rights. Further, it would prevent UK judges from interpreting Convention rights in ways that create positive obligations on public authorities – and even discourage them from applying positive obligations that have *already* been identified in previous cases, creating inevitable contradiction with Strasbourg case law. The Bill also instructs UK courts not to have regard to any interim measure (or urgent injunction) issued by the ECtHR, which would directly contravene the UK's obligations under the Convention.

The [parliamentary Joint Committee on Human Rights \(JCHR\)](#) urged the Government not to proceed with the Bill, since:

'it weakens rights protections, it undermines the universality of rights, it shows disregard for our international legal obligations; it creates legal uncertainty and hinders effective enforcement; it will lead to an increased caseload in Strasbourg; and will damage our international reputation as guardians of human rights'.

It is likely that the JCHR's wish will be granted. Given the [resignation](#) of Dominic Raab as Justice Secretary on 21 April 2023, and having previously been [denigrated](#) by senior Conservative figures as 'worse than useless' and 'a complete mess,' the Bill will almost certainly be dropped (although it has not yet been withdrawn). While the wholesale and regressive reform of the UK's human rights laws the Bill entailed might thus be averted, some of its more insidious provisions remain on the legislative table. Both the Illegal Migration Bill and the recently introduced [Victims and Prisoners Bill](#) include provisions to disapply section 3 of the HRA, and the former would also allow ministers to ignore interim measures.

## The Illegal Migration Bill

The [Illegal Migration Bill](#)'s passage through Parliament looks more likely – if politically turbulent. It was introduced to achieve one of Rishi Sunak's [five key priorities](#) – to deter people from crossing the English Channel in 'small boats'. It seeks to do so by, with narrow exceptions, preventing those that do so from claiming asylum in the UK; detaining them (including children and pregnant women) for at least 28 days and potentially indefinitely; removing them from the country with almost no right of appeal; and permanently barring them and their children from ever re-entering the UK or being given leave to remain or citizenship. The Bill will also disqualify potential victims of slavery or human trafficking from protection from removal, [modern slavery support](#), and any requirement to be granted leave, with exceptions only for people cooperating with an investigation or criminal proceedings.

The [Equality and Human Rights Commission](#) (Britain's national human rights institution) is concerned 'that the Bill risks placing the UK in breach of its international legal obligations to protect human rights, and exposing people to serious harm'. Indeed, the UN Refugee Agency has [said](#) that the Bill amounts to an 'asylum ban' and a 'clear breach of the Refugee Convention'. While ministers have acknowledged ([here](#) and [here](#)) that certain provisions of the Bill may not be compatible with the ECHR, they stated the government wishes to proceed with it nonetheless.

Of particular concern to Strasbourg is a provision that would give ministers the discretion to legally ignore binding interim measures issued by the ECtHR, like the measure which [blocked](#) the first deportation flight to Rwanda in June 2022. Rapporteurs of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) [deplored](#) the move, which 'would send a negative message, not only in the UK but also internationally'. EU diplomats also issued [warnings](#) to the UK government against the provision, which if it becomes law would be a clear breach of the UK's obligations under the Convention.

In unusually direct interventions in a domestic legislative process, the Council of Europe Commissioner for Human Rights, [Dunja Mijatović](#), said the Illegal Migration Bill creates 'clear and direct tension with well-established and fundamental human rights standards', while the Council of Europe's main anti-trafficking body,

[GRETA](#), said the Bill would make it harder to identify victims, prosecute traffickers and combat human trafficking and that it breaches the core elements of the Council of Europe Trafficking Convention. For its part, the PACE migration committee [describes](#) the Bill as a 'wilful distortion of core UN and European conventions which the UK itself contributed to designing'.

## Might the UK withdraw from the Convention?

On the domestic level, a key concern is that these Bills foreshadow a possible UK withdrawal from the ECHR. Conservative ministers have taken divided and inconsistent positions on this matter. While the Conservatives' 2019 [manifesto](#) pledged to 'update the Human Rights Act ... to ensure that there is a proper balance between the rights of individuals, our vital national security and effective government', it made no mention of withdrawal. However, a Downing Street [source](#) recently admitted that the Illegal Migration Bill was 'pushing the boundaries of what is legally possible, while staying within the ECHR', and added that, if the legislation was 'held up in Strasbourg', Rishi Sunak would be 'willing to reconsider whether being part of the ECHR is in the UK's long-term interests'.

For his part, Foreign Secretary James Cleverly [said](#) he was 'not convinced' that leaving the ECHR was necessary to have a robust immigration system, and he would not wish the UK to join the small club of states – Russia and Belarus – outside the Council of Europe. Development minister Andrew Mitchell recently [suggested](#) that the UK's departure from the ECHR would be 'catastrophic'. By contrast, Home Secretary Suella Braverman – supported by a [vocal minority](#) of backbench Conservative MPs – has [made no secret](#) that her 'position personally is that ultimately we [the UK] do need to leave the European Convention on Human Rights', while acknowledging that this is not government policy.

Talk of withdrawal now appears to form part of the Conservative Party's electoral strategy. The chair of the JCHR, Scottish National Party MP Joanna Cherry, has [suggested](#) that the plan behind the Illegal Migration Bill is to pass legislation 'in the certain knowledge' that courts will find it incompatible with the ECHR, and thereby lay the ground for the Conservatives to fight the next general election on a promise to take the UK out of the ECHR. Perhaps more likely is a Conservative manifesto that would keep the issue alive – e.g. with a promise to review the UK's membership – while refraining from a firm commit-

ment to withdraw. This would allow the Conservatives to appeal to the part of their electoral base that still embraces the attitudes that animated the Brexit vote – hostility to Europe and to judicial oversight, especially by international courts – while avoiding the highly disruptive consequences of actual withdrawal.

In particular, the [Good Friday \(or Belfast\) Agreement](#), which is in part an international treaty between the UK and Ireland, requires the ECHR to be part of the law in Northern Ireland, and the [Northern Ireland Protocol](#) affirms the UK's commitment to maintaining membership of the ECHR. If the UK withdrew from the ECHR without provision for Northern Ireland, it would violate both international agreements. There would be severe consequences, too, for the UK-EU [Trade and Cooperation Agreement](#) (TCA). Part Three of the TCA concerning law enforcement and judicial cooperation in criminal matters includes a commitment by both sides to continue 'giving effect to the rights and freedoms in that Convention domestically' – and this is strengthened by a provision stating that if the UK withdraws from the ECHR, cooperation on law enforcement and security would cease, regardless of whether the rest of the treaty is still in force.

### The perspective from Strasbourg - and Reykjavik

Strasbourg, for its part, has been rightly preoccupied with the '[terrible violence and seismic change](#)' resulting from Russia's barbarous invasion of Ukraine, as well as the systemic, existential threats of the climate emergency and rampant authoritarianism in states such as Hungary, Poland, Turkey and Azerbaijan.

Against this backdrop, the UK's attack on the ECtHR appears particularly misguided and parochial. When a founding member state resiles from its obligations under the ECHR – or discusses even the possibility of withdrawal – there is a high risk of contagion to less rights-respecting states. How, for example, can the UK apply pressure on [Poland](#) not to flout interim measures arising from its attacks on judicial independence while arguing

for the same discretion itself? As former UK Prime Minister [Gordon Brown](#) has recently argued: 'Even if we stay inside the ECHR, we are deliberately undermining it from within by renegeing on our long-established obligations and giving comfort to the backsliding of Hungary, Poland and Turkey, while also destroying any credibility our country has long enjoyed in criticising the disregarding of human rights across the world.'

The UK's attacks on the ECtHR are especially confounding given that it has, in fact, a well-functioning relationship with it. This is evidenced by the ever dwindling number of judgments in the years since the Human Rights Act 1998 started to take effect – for example, just [two adverse judgments against the UK in 2022](#) – and its relatively [strong record on implementation](#). In the post-Brexit world, the Council of Europe is the preeminent means for the UK to exercise 'soft power' influence and moral leadership across the continent – a position it should use to its advantage, not deliberately try to sabotage.

Leaders of the 46 member states will meet at a Council of Europe [summit](#) in Reykjavik on 16-17 May to provide '[a new strategic vision, a fresh political impetus and new responses in the face of the present extraordinary challenges](#)'. Faced with such trials, there is an even greater need for unanimity and solidarity between human rights-respecting states – not least to strengthen Council of Europe [initiatives](#) that President Zelensky [says](#) offer hope of achieving [accountability](#) for Russia's aggression. Siófra O'Leary, the Irish President of the ECtHR, recently [called](#) for a renewed commitment from states to the Convention system and to the binding nature of ECtHR judgments and decisions, as well as heightened material and political support. For the sake of human rights protection across the continent, the UK should listen – and cease its corrosive and irresponsible attacks on the Court.



Teresa M. Navarro

# Of Red Fruits and Social Conflict

How the Doñana National Park Sits in the Middle of Social, Political and Environmental Tensions

doi: 10.17176/20230509-163249-0



These days of electoral campaign in Spain, as usual, water is among the current issues. Recently, a controversial proposal by the conservative parties of the Andalusian Parliament aims to re-grant the status of agricultural land to certain land in the vicinity of the Doñana National Park (Huelva, Spain). Doñana suffers a long social conflict triggered by several decisions adopted to protect this singular place. As we will see, this is a clear example of the political use of the tension generated by environmental protection and socio-economic interests, especially in times of elections.

## Doñana: A unique space of high environmental value

The [Doñana National Park](#) is a World Heritage Site. As a Biosphere Reserve, it is included in the Ramsar Convention and belongs to the Natura 2000. Its uniqueness is due to its variety of ecosystems and biodiversity. The marshes are a place of passage, breeding and wintering for thousands of European and African birds. Unique and endangered species live in the lagoons: native plants, amphibians and Galapagos, the imperial eagle and the Iberian lynx. Its beaches, mobile dunes, the mountain with junipers, cork oaks and pine forests, called „cotos“ and the marsh, which is characterized by its changing appearance, give rise to a great diversity of landscapes, with numerous lagoons scattered among the vegetation.

However, the pressures that this Protected Natural Area has been enduring are very important and make it a very vulnerable place. [Scientific studies](#) on this space show the deterioration it has suffered for several decades. The CSIC reveals that more than half of the 3,000 lagoons in Doñana have disappeared and that only 10% are in good condition. This [situation](#) is not going to improve because, although drought is recurrent in Mediterranean areas, reality is showing that the current extreme drought will tend to generalize.

The origin of the social conflict in Doñana dates back to the 1980s. The high profitability of the intensive red

fruit farming in the surroundings of this ark made the greenhouses grow larger and larger, increasing the pressure on the aquifers for irrigation. In 2003, the Socialist Government of Andalusia approved a Land Management Plan for the Doñana Area (POTAD) to curb the overexploitation that was beginning to considerably damage the lagoons. This plan was developed in 2014 (ten years later!) by the Special Plan for Northern Irrigation Zones of the Doñana Forest Crown (PEOCFD). It made a zoning of its territorial scope based on the values of the territory to be protected (zones A, B, C), transforming agricultural land into forest and prohibiting its cultivation. The aim was to make the agricultural and tourist development of these areas compatible with the protection of the exceptional natural values of Doñana and the rational use of water. In this way, the extraction of water from the subsoil would be controlled and intensive exploitations need to be authorized. The Special Plan retroactively affected some 650 farms with roughly 1,600 cultivated hectares, the majority of which were family farms returning to forestry. According to data from the controversial [legislative initiative](#), the economic impact exceeded 100 million euros (p. 26).

Obviously, this Plan was highly controversial: more than 3,000 allegations were presented during its processing, it was submitted to public information up to three times, more than 160 judicial appeals were presented... The farmers who felt their rights had been violated have not stopped to try to recover their situation prior to the Special Plan and claim it individually or as groups in the County Farmers Association (AACO) and in the Platform in Defense of County Irrigation (the Platform brings together different social agents, more than 1,500 farmers, municipalities and associations).

Ultimately, this 2014 Special Plan is the one that will be modified with the proposed Law presented by the Popular de Andalucía and Vox parliamentary groups in the Andalusian Parliament on March 9, 2023.



## The blade of confrontation: the Andalusian Law Proposal

Framing it in terms of “social and material justice” (pp. 23 and 33), the Law proposal aims to solve the „legal problem“ in which the farmers affected by the Special Plan of 2014 find themselves. According to the initiative, this plan „did not respond to the entire population and caused an effect contrary to that intended“ (p. 20). In addition, its execution was frustrated due to lack of budget to comply with (p. 25). According to the normative text, the proposed modifications will not put more pressure on water resources because it is a territorial planning plan that classifies the land in protection zones B and C as „irrigable land with surface water“ (SARAS). However, and this is very important, it does not automatically confer the right to use surface water (pp. 28 and 29). Indeed, in Spain, the rights to use the water are granted by a different administration, in this case, the Guadalquivir Hydrographic Confederation, which depends organically on the National Government. The waters with which these reclassified agricultural lands can again be irrigated will come from a new transfer from the Tinto, Odiel and Piedras rivers. Paradoxically, this infrastructure has not yet been built (pp. 31 and 32). As if these delays were not enough, converting these lands back into agricultural land will not be immediate. Each one will be studied on a case-by-case basis by the Plan Monitoring Office (First Additional Provision). But this Office has not yet been created, which will mean further delays.

This is the „trap“ of the controversial legislative proposal, which has agitated even the European Commission. Without the water right to irrigate the land – which the bill cannot grant because it is not an autonomous competence – it does not matter if the plots are once again considered irrigated or not. This has been stated by jurisprudence of the TSJ of Andalusia and the TS over the last few years. In the face of affected farmers, the Andalusian government has done everything in its power. But it leaves what is decisive so that farmers can irrigate

their lands on the roof of another Administration. This aggravates the existing social conflict again.

Consequently, this Andalusian proposition does not really solve the underlying problem. It may actually have a pernicious effect, if it is finally approved: it will encourage land holders to claim water for irrigation at a bad time, in the worst drought of the last decades. This will further punish the delicate situation of the aquifers around Doñana.

## Could the central government intervene?

Huelva is a very sensitive area on the Andalusian political map, so it is difficult not to connect the legislative initiative described with the Spanish electoral reality. Local and regional elections will be held in May 2023. At the end of the year, there will be the general elections. Perhaps for this reason it is being dealt with under the urgent procedure, and presumably it could be approved in July.

If the bill is finally approved, the central government may appeal it to the Constitutional Court. You may also request the precautionary suspension of its effects. This requires the support of fifty deputies, which Pedro Sánchez will not find difficult to obtain. However, it remains to be seen how this controversial legislative initiative will go. Recently, the Andalusian President, Juan Manuel Moreno, has stated that he is willing to hold meetings with the central government to seek „imaginative alternatives“ to regularize irrigation in the Doñana National Park. It has been proposed to exchange land outside the Park for affected irrigators so that they can continue with their agricultural activity. We will also have to see what happens after the May elections. Perhaps the parliamentary groups will withdraw the rule before concluding the parliamentary process.

As Doñana shows, climate change and social conflicts are intrinsically linked and increasingly the topic of electoral debate. The recent Dutch elections, which a conservative farmers party won surprisingly, is just another evidence of the possible evolution of this problem.

Santiago Álvarez

# Strawberry Fields Forever

Doñana World Heritage Site Is Once Again under Threat  
doi: 10.17176/20230516-181836-0



Reading the brilliant blog post of my colleague [Teresa Navarro](#), one may get the impression that the situation in Doñana is principally the epitome of an ongoing electoral process. However, the threats to the ecological integrity of that unique natural space emanate from the very origins that justified its protection. The current crisis is but the culmination of the constant and serious threats, caused by the proposed bill to legalize new irrigation and aggravated by incompetence and lack of responsibility of the state, regional and local authorities ignoring the requirements of EU law.

## Franco, the Spanish ‘Chernobyl’ and the beauty of Doñana

The protection granted to Doñana was an epic and enduring battle since the early 1950s, when General Franco made grand scale plans for converting the whole area into land suitable for agriculture, logging and tourism development. Its declaration as a protected area was a huge victory of the environmental protection associations during the dictatorship. In 1969, the Doñana National Park was created, a legal entity that opened a new stage in the conservation of the Guadalquivir marshes and their associated ecosystems. In 1978, only one day after the approval of the new Spanish Constitution, the Spanish parliament passed [Act 91/1978](#), on the Doñana National Park. This regulation is still in force.

Since then, this space has been threatened by multiple factors. Remember the Spanish ‘Chernobyl’, when in April 1998 a holding dam burst at a [Boliden](#) mine in Aznalcóllar, spilling 5 million m<sup>3</sup> of toxic waste into rivers near the Doñana World Heritage Site. The flooding affected 5000-7000 hectares of farmland and marsh, destroying bird habitats and killing 26 tonnes of fish. Or, only to mention a few, [the plan to dredge the Guadalquivir River](#) for building a larger shipping channel. After 15 years of legal wrangling, the Supreme Court in [2019](#) ruled that protection must come first – a precedent-setting result applicable to other rivers and aquifers feeding Doña-

na.

But the biggest challenge to Doñana comes from economical activities: For too many years an entire economy based on golf tourism, swimming pools and red fruit (berries) farming, partly irrigated with illegal ponds, has been allowed to flourish. For many inhabitants of those areas the beauty of Doñana and the uniqueness of its ecosystems are not convincing enough to abandon their lucrative activities.

Think that Spain is the world’s largest strawberry exporter, and 95 % of all the country’s strawberries are produced in thousands of greenhouses around Doñana, generating 400 million euros annually. The industry is an important economic sector but comes with significant environmental impacts: [every year, nearly twice the amount of water naturally occurring in the park is used in agriculture](#). Add to that the unquenchable thirst of hundreds of hotels and holiday homes in the neighbouring Matalascañas resort, and little by little, the park is drying up. Partly illegal occupation of the land is linked to the uncontrolled extraction of water from the Almonte-Marismas aquifer. Despite the abundance of complaints from conservation associations, reports both from scientific bodies and the [Ombudsman](#) of Andalusia, the situation of groundwater in Doñana still shows [no improvement](#). This situation determines that, as of today, the [IUCN](#) still qualifies Doñana as a natural area at significant risk. Last but not least, the terrible drought that plagues Spain, aggravated by climate change, only darkens the picture even more.

## Conflicting EU specifications

For these reasons, the CJEU declared in its Judgment of 24 June 2021 ([Case C–559/19](#), Rapporteur: N. Jääskinen, Advocate General: Kokott) that Spain has failed to fulfil its obligations under [Water Framework Directive](#) and under the [Habitats Directive](#) by failing to adequately protect the Doñana protected natural area. As the Court stated, at the time when the Guadalquivir Hydrological Plan 2009–2015 was drawn up, and afterwards in the frame-

work of the additional characterisation of the next Plan 2015–2021, there was sufficient evidence to consider that the Almonte-Marismas aquifer, as defined in that plan, was overexploited and that it was at risk of not achieving the objectives laid down by Water Framework Directive (Directive 2000/60). This circumstance made it necessary to carry out an additional characterisation given the risk that the body of water would not comply with the objectives provided for in the Directive. After a detailed analysis of the deficiencies of the analysis of pressures and their impact on water bodies, the Court stated that Spain had failed to fulfil its obligations under Directive 2000/60, by failing to consider illegal water abstractions and abstractions for urban supply when estimating groundwater abstractions in the Doñana region. In its findings, the CJEU also reviewed the obligations arising from the [Habitats Directive](#) which imposes on Member States a general obligation to take appropriate measures in special areas of conservation to avoid the deterioration of habitats and significant disturbances of the species for which those areas were designated. Under the provision that Nature conservation requirements must be interpreted strictly, authorisation of a plan or project may be granted only if the competent authorities are satisfied that the plan or project will not have harmful effects on the integrity of the site concerned on a lasting basis or if there is no reasonable doubt, from a scientific point of view, that there are no such effects. Several scientific data showed that, since its inclusion as a Site of Community Importance on 19 July 2006, damage to the integrity of the Doñana sites had occurred.

The linking of Water and Habitat Directives firmly established by CJEU doctrine made everybody think that an effective legal protection of these protected ecosystem will finally be granted by Spanish authorities. But politics have played in the other direction.

Last month, on 21 April, the Parliament of Andalusia, against the warnings coming from the Unesco, the European Commission and the Spanish Government, initiated the express procedure of a [bill](#) to regulate hundreds of hectares of illegal irrigation around the protected area of Doñana. Estimates of the land affected range from 600 to 1,700 hectares. The so called ‘Bill to improve the management of agricultural areas in the County of Huelva around Doñana’ alters the planning and classification of the soil to allow irrigated agriculture with surface water.

The trap of this controversial legislative proposal, as

Teresa Navarro rightly claims, is that it does not resolve the otherwise non-existent legal problems of landowners because the Courts, in various instances, have consistently denied that the agricultural qualification of the soils by the regional authorities obliges the National water administration to grant water rights. Additionally, the proposed bill represents a new violation of the European Law which has established that under environmental impact assessment legislation such legislative initiatives must meet a number of requirements, including a detailed description of the project: its location, design and size, description of the measures envisaged to avoid, reduce and, if possible, compensate for significant adverse effects, as well as the data required to identify and assess the main effects that the project may have on the environment.

If this bill proposal succeeds, the necessary and urgent measures to restore an adequate governance in the exploitation and management of water and land in Doñana and its region will again be hindered and the process of degradation of this unique natural space will continue inexorably until its most probable destruction.

### Federal failures creating Andalusian nightmares

How could the Andalusian Parliament have taken such a step in the wrong direction? How is it legally possible? Because Spain is a decentralised State and different powers are given to different entities. So, water from Guadalquivir basin are regulated by the State, but agriculture is ruled by the Autonomous Government of Andalusia. Finally, town planning is a faculty of the Municipalities around Doñana. If these authorities do not want to sit together in order to collaborate to save Doñana, there is little hope that this unique site will survive. On the eve of elections, which will take place 28 Mai, it does not seem that this will be possible, as each political parties are hoping to scrape up votes from a misinformed population. The dream of [balancing people, nature and prosperity in Doñana](#) is turning into a nightmare.

Little hope comes from the Minister of Ecological Transition, Teresa Ribera, who has recently [announced](#) that the National Government will begin the works for the connection of neighbouring rivers towards the area of Matalascañas as soon as possible. The ultimate goal is the immediate reduction of the water supply through groundwater overuse in that touristic town. At the same time, the granting of three cubic hectometres of water per year will help to stop overexploitation of water resources

in Doñana – or not, if new demands for agriculture are given free track, as the Autonomous Government of Andalusia in the hands of right-centered ‘Partido Popular’ is pushing for. This is a shortsighted move to neutralise the emerging far-right party Vox who according to polls is attracting voters from the area with promises of endless water for agriculture and tourism.

If Doñana finally collapses and dries, it will be the re-

sponsibility of the Spanish central and autonomous governments that fail to comply with the Water Framework Directive and the Waste Water Treatment Directive. Only vigorous action by the Commission and a possible new sentence by the Court of Justice can give us any hope of salvation for this emblematic area, an essential refuge for a biodiversity in danger.

Tinatin Erkvania

# Finding a Constitutional Equilibrium

The First Constitution of Georgia and its Heritage After More Than a Century

doi: 10.17176/20230526-231150-0



*Dedicated to the 105th anniversary of the restoration of Georgia's independence.*

The beginnings of Georgian constitutionalism go back substantially to the first years of Georgia's first democratic republic (1918-1921). On 26 May 1918, Georgia declared itself independent from Russia, establishing a democratic republic and also the illegality of the annexation of the Georgian Kingdom by Russia in 1801. However, the delicate attempt only lasted three years: In 1921, the Soviet Union occupied and successively swallowed the country. Only four days before, on 21 February 1921, Georgia had adopted its first ever constitution.

The collapse of the Soviet Union in 1991 left the countries of post-Soviet Eastern Europe in search of a legal framework for the reconstruction of their own state and sociopolitical identity. The term "reconstruction" is significant in two ways, emphasizing the dual nature of the current legal and political discourse in the successor states of the Soviet Union: on the one hand the inheritance of their own legal and political tradition (and the political thought) and the communist totalitarian past, on the other hand, the current challenges of modern constitutionalism.

The first constitution of 1921 belongs to the second wave of constitutionalism. Arguably, it had recognized, collected and mixed the best possible practice of constitutional doctrines of the time. Although the current 1995 constitution bases its legitimacy on the first constitution, it was only through the constitutional reform of 2017-2018 that it was modernized to return to the achievements of the first Constitution of 1921, changing the form

of government. Georgia is a parliamentary republic after the constitutional reform of 2017-2018, as it was in the first years of independence (1918-1921).

## The constitutional prehistory

The roots of the separation of powers, as in other legal cultures, can be found in the oldest sources of Georgian law.<sup>1</sup> In the beginning of the 13th century, the treasurer Qutlu Arslan led a group of nobles and wealthy citizens in a struggle to limit the royal authority by creating a new council, *karavi*, a parliament-like institution whose members would deliberate and decide policy. This attempt at „feudal constitutionalism“ was rendered abortive when Queen Tamar (ca. 1160 – 1213) had Qutlu Arslan arrested and his supporters were inveigled into submission.<sup>2</sup>

After annexation of the Georgian principalities by Tsarist Russia in the beginning of the 19th century, the modern constitutional state is increasingly being discussed among various Georgian authors. But these ideas could not be realized because the country was not independent. Interesting in this context are the ideas of those involved in the conspiracy of 1832.<sup>3</sup> In the beginning of the 20th century, the constitutional ideas around the separation of powers, rule of law, principle of democracy, republicanism, basic human rights had only gained importance.<sup>4</sup>

After the Russian Revolutions of 1917, Georgia declared independence on 26 May 1918. The Menshevik Social Democratic Party of Georgia won the parliamentary election and its leader, Noe Zhordania, became the prime minister. He was recognized as the legitimate head of the Georgian Government by Germany, France, UK, Bel-

<sup>1</sup>Erkvania, Tinatin, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Georgien*, Diss., Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, zweites Kapitel ff.

<sup>2</sup>The old constitutional sources, in this context, include for example –“Regulations of the Georgian Royal Court“(XIV), rules about the enthronement of kings (XIII), „Dasturlamali“(XVIII), etc.

<sup>3</sup>1832 Georgian plot was a conspiracy involving Georgian royalty and nobility to restore Georgian statehood and its Bagrationi dynasty monarchy.

<sup>4</sup>In this regard, the interesting constitutional ideas represented (under the influence of Western constitutional doctrines) the following authors: Ilia Chavchavadze (1837-1907), Niko Nikoladze (1843-1928), Noe Zhordania (1968-1953), Pavle Sakvarelidze (1882-1937), Giorgi Gvazava (1869-1941), Alexander Mdivani (1892-1938), Konstantine Mikeladze, Ivane Cherkezishvili etc.



gium, Poland etc. In that period, many Eastern European countries declared themselves independent, founded democratic republics and passed their first constitutions, including Estonia (1920), Latvia (1922, the oldest Eastern or Central European constitution still in force and the sixth oldest still-functioning republican basic law in the world), Lithuania (1922). All these states were occupied and Sovietized in the 1920s or 40s of the 20th century.

Facing the onset of Soviet aggression, the Constituent Assembly adopted a constitution of the Democratic Republic of Georgia on February 21, 1921, the first modern fundamental law in the nation's history. The constitution of 1921 belongs to the first threshold of the constitutional process after the First World War which also includes Austria and the Weimar Republic.

### The stage of drafting the constitution, its content and parallels

After the restoration of state independence on 26 May 1918, the process of preparation of the first constitution of the Georgian democratic republic began. The newly elected Constituent Assembly created a new constitutional commission in 1919. The Constitutional Commission first stated its priorities: the essential constitutional principles had to be worked out and the state form should be identified. The Western European and North American constitutional doctrines influenced the drafting of the constitutional text, such as the immutability of the state form, parliamentary sovereignty, uninterrupted work of parliament, preference for the collegial form of administration, etc. The Constitutional Commission had based the text of the Georgian Constitution on the following constitutions: Federal Constitution of the Swiss Confederation of 1874, French Constitution of 1875, Constitution of Belgium of 1831, the German Weimar Constitution of 1919 and the Constitution of the Czechoslovak Republic of 1920. Also, the influence of the IX Amendment of the US Constitution can be felt, for example in [Art. 45 of the first constitution of Georgia of 1921](#). This principle declares: „The Constitution shall not deny other universally recognised human rights and freedoms that are not explicitly referred to herein, but that inherently derive from the principles of the Constitution.“ In Art. 4, para 2, sentence 3, the constitution of 1995 builds on this. The constitution of 1921 did not provide for a presidential office, and recognised direct democratic instruments

and the doctrine of parliamentary sovereignty. The head of government exercised executive power. In this respect, the influence of the Swiss Constitution of 1874 is evident.

Influenced by the Social Democratic political elites, the constitution provides an interesting source of norms concerning socio-economic guarantees of individual citizens, being one of the first attempts to standardize fundamental social rights at the constitutional level. For example, classical fundamental rights were enshrined in the second chapter of the constitution. In a separate 13th chapter, the constitution recognized the socio-economic fundamental rights, such as the dignified existence, guarantees of the right to work etc. The fundamental rights of the unemployed were also enshrined. And importantly for that time, the constitution recognised women's right to vote.

The first constitution of the Georgian Democratic Republic was passed on 21st February 1921. Tragically, it was only in force for four days: in February 1921, during the Russian Civil War, the Red Army advanced into Georgia and brought the local Bolsheviks to power. The Georgian army was defeated and the Social Democratic government fled the country. It began the era of Sovietization in Georgia.

### The current version of the 1995 Constitution

After the restoration of independence in 1991, Georgia drafted its second constitution in 1995. It is closely tied to the 1921 constitution which can be seen most prominently in its preamble declaring „the historical and legal legacy of the constitution of 1921“. However, it was amended several times, and even a complete constitutional revision process was carried out three times: in 2004, in 2010 and in 2017/18. In all these three constitutional reforms, the form of government was changed. The first Georgian Constitution of 1921 provided for a parliamentary republic as the form of state. The 1995 constitution configured the form of government as a presidential republic modeled on the United States. In the course of the constitutional reform of 2004, a semi-presidential system of government was implemented which was emulating the French Constitution of 1958, but suffered from a very problematic functioning of the individual branches of power. After the constitutional reform of 2010, another step was taken in the direction of parliamentarism, but again with a very problematic design of the competences of parliament, the government and the president. The minimum

requirements of the principle of separation of powers were clearly violated.

After the [constitutional reform](#) of 2017-2018, Georgia now is a parliamentary republic with an indirectly elected president. The main constitutional principles – the rule of law, principle of democracy, principle of the social state and in the same time – economic freedom – have been mentioned occasionally in the first chapter. Until the constitutional reform of 2017/18, these essential constitutional principles were reinforced. Art. 78 of the constitution establishes a duty for constitutional bodies to take all measures within the scope of their competences to ensure the full integration of Georgia into the European Union and the North Atlantic Treaty Organization.

The modernised constitution of 1995 recognises the principle of the social constitutional state, but is not so clearly conceived in social-democratic terms. In this context, the constitution is not ideologically determined on the right or left. Direct democratic instruments are reduced to referendums and plebiscites, due to which no laws can be passed. The doctrine of parliamentary sovereignty applies only restrictively. However, as an obituary of current developments, the right to internet has been enshrined at the constitutional level recently.

Overall, the last constitutional reform was the most successful constitutional reform because the form of government was designed to create a classical parliamentary republic, without compromising the principle of separation of powers – a similarity shared with the first Constitution of Georgia of 1921. The only problem with regard to the principle of checks and balances is that it is a

parliamentary republic with a monocameral parliament. The constitution itself states that until the reunification of the state (including Abkhazia and the so-called South Ossetia – Tskhinvali region) the parliament shall remain mono-cameral.

## Final remarks

The first constitution of Georgia of 1921 was passed quickly and in a very difficult political situation. It did not even last a week. Nevertheless, the constitution had recognized, collected and mixed the best possible practice of constitutional doctrines of the time: republicanism, direct democracy, parliamentary form of government, Parliamentary control instruments against the government, a detailed catalog of fundamental rights and freedoms, including the broad spectrum of the basic social rights, prohibition of the death penalty, female suffrage, secularism principle (separation of church and state), recognition of the basic principles of the constitution, etc.

Ramsey McDonald, a prominent British politician, later twice Prime Minister of Great Britain, stated about this Constitution of Georgia of 1921: “I familiarized myself with its constitution, its social and economic reconstruction[,] and what I saw there, I wish I could see in my country too.”<sup>5</sup>

Only 100 years later, the Georgian legislator decided to return to the parliamentary republic. The constitutional reform of 2017-2018 transformed the form of government in Georgia into a classic parliamentary republic. This change is based on the inheritance of the first democratic republic of Georgia.

<sup>5</sup>Malkhaz Matsaberidze, *The Georgian Constitution of 1921: Elaboration and Adoption* 171 (2008).

Jannika Jahn

# Strong on Hate Speech, Too Strict on Political Debate

The ECtHR Rules on Politicians' Obligation to Delete Hate Speech on Facebook Page

doi: 10.17176/20230525-231123-0



Online hate speech is a topic that has gained importance in recent years. In 2021, according to the report of the Office for the Protection of the Constitution (*Verfassungsschutz*), there were approximately 7500 cases of insults and incitement to hatred from an extremist background in Germany, the vast majority of which had right-wing extremist content. The Grand Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) made an important ruling in this context on 15 May 2023 in *Sanchez v. France*. It decided that politicians' freedom of expression does not protect them from criminal liability for publishing hate speech that their Facebook friends had posted on their publicly accessible Facebook page and that they had not promptly deleted. The complainant, Mr Sanchez, was a local councilor who stood as mayor and as chairman of the regional parliament for the party then still called Front National (FN). The comments in dispute referred to the opposing political candidate. One of them read: "This Bigwig has turned Nimes into Algiers, there is no street without a kebab shop and a mosque; drug dealers and prostitutes rule supreme, no surprise that he has chosen Brussels as the capital of the new world order of Sharia...." In further comments, another person lamented the "drug trafficking and further criminality carried out by Muslims". French criminal courts fined the complainant alongside the authors of the comments for inciting hatred against persons of Muslim faith.

The challenge of this decision was to balance the right to freedom of expression of the complainant, who as an opposition politician had used his own Facebook page for election campaign purposes, with the protection of individual dignity and safety as well as public order against the publication of hate speech, which, according to the court, could have a particularly negative impact in times of election campaigning. The decision on the proportionality of the criminal liability imposed on the complainant was complicated by the fact that this case con-

cerned responsibility for comments made by third parties. The Grand Chamber took two significant decisions in this regard. It confirmed its jurisprudence on the limitation of political speech during election campaigns, if this speech qualifies as hate speech. It decided for the first time that users of social media can be held criminally liable for statements left by third parties on their profile pages, without this constituting a violation of Art. 10 ECHR. From a democratic theory and individual rights' perspective, I would endorse the first decision because it tackles the so-called "silencing" and "desensitization effect" of hate speech. The second decision, however, runs the risk of adversely affecting free political debate, especially when individual politicians are called upon to delete comments by third parties.

## Hate speech during election campaigns

With its decision, the Grand Chamber confirms that also during electoral campaign freedom of expression finds its limits in hate speech. As presented in the judgment, the ECtHR could rely on the legal situation in the Convention states for this purpose. While not all of them formally prohibit hate speech, the majority of them prohibit forms of "incitement to hatred". In comparison, the US Supreme Court had confirmed in 2017 in *Matal v. Tam* that the First Amendment protects hate speech. As Justice Kennedy pronounced, it should be left to the open and free societal debate to counter hate speech, as the state could otherwise use its authority to exclude the views of minorities or views that differ from that of the majority from public discourse.

The ECtHR bases its case law on the protection of human dignity. However, the ruling in *Sanchez v. France* can also be justified on the basis of democratic theory, more specifically the collective-democratic function of freedom of expression. Hate speech can exert psychologically mediated constraints on individuals of a particular so-

cial group. This can cause them to withdraw from public discourse (the so-called “silencing effect”, see [here](#) and [here](#)). Moreover, hate speech causes [desensitization](#), a loss of the ability to understand others’ pain. In a downward spiral, this can destroy a common basis for political communication on a general societal level beyond intergroup relations. Quite contrary to Justice Kennedy’s assumption, the regulative function of an open and free social debate then ceases to exist. Especially during election times, it is important that the debate includes as many viewpoints as possible so that voters can make informed decisions. Only then does democracy retain its constitutive openness to the formation of new majorities. In this respect, the Court’s approach of delimiting the right to freedom of expression where it openly descends into hate speech seems prudent.

At the same time, it remains the Court’s task to curb excessive or even abusive restrictions of freedom of expression. For this purpose, the Court should not defer as much as in this case to the legal assessment of domestic courts when it comes to classifying certain expressions as hate speech, even if the definition of hate speech contains a strong contextual element. While the Court must rely on domestic findings of fact, the question of whether a particular statement is likely to have a harmful impact on individual social groups and public order is for the Court to decide.

### Liability of politicians for comments by third parties on Facebook page

The Court’s finding that the criminal liability imposed on the applicant is compatible with Art. 10 ECHR risks having an adverse impact on the exercise of freedom of expression in its collective-democratic dimension. The Court is attentive to the negative impact that the imposition of criminal liability, or the lack thereof, could have on freedom of expression as well as on the rights of those affected by hate speech, including arguments such as self-censorship or the risk that the number of similar cases of online hate speech could increase. However, it does not reflect on the practical effect that the ruling creates a certain dilemma for politicians who, like the applicant, hold municipal office and use their Facebook page for political purposes: either they risk their own criminal liability for not deleting comments, or they risk unduly restricting the freedom of expression of third parties through so-called

“overblocking” by censorship or automatic filtering (on the “chilling effect” caused, see the dissent by judges *Wo- jyzceck* and *Zünd* as well as that of the [Chamber](#) decision; for automatic filtering, see [here](#)), which could potentially even give rise to administrative claims by third parties for the restoration of comments (cf. the case [Knight First Amendment institute v. Donald J. Trump](#)). Unlike commercial actors (cf. [Delfi AS v. Estonia](#)), not all politicians can rely on legal advice that would allow them to make reliable decisions in this regard. Imposing this not inconsiderable burden on politicians could therefore render the use of social media as a channel for public exchange unattractive.

Conversely, I would worry that the ECtHR has unduly ignored the risk that politicians could use the responsibility imposed on them as a justification to remove disagreeable comments – a means that could be quite effective in excluding other political opinions from political debates. The responsibility of politicians for an orderly public debate, as subsumed by the Court under the “duties and responsibilities” of Art. 10 (2) ECHR, might then threaten to slip into a content-based control of public debate by individual politicians. In doing so, it seems that the ECtHR expects the fox to guard the henhouse.

Overall, the Court does not sufficiently justify why the liability of a Facebook page operator, which it even describes as desirable (“should”, para. 185), is “necessary in a democratic society” (cf. the dissent of Judges *Wo- jyzceck* and *Zünd*). It fails to sufficiently answer the question why the imposition of criminal liability on the applicant is a necessary means to effectively counter online hate speech or to ensure effective legal protection against it. The obvious argument in favour is that an additional person is responsible for deleting such comments. However, it is questionable whether Metas’ obligation to cooperate in eliminating online hate crime, which is a punishable duty under Article 6 (7) of *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique*, does not already constitute an equally suitable, milder means, since it can ensure the rapid deletion of such comments. In any case, the effectiveness of the legal protection gained seems small. Given the seriousness of the interference with the right to freedom of expression, which enjoys increased protection during election campaigns, the balance of interests struck by the Court appears questionable.

Against this background, I would argue that a more

balanced approach would have required at least that the applicant be informed of the unlawful content as a necessary precondition for establishing criminal liability (see the separate opinion of Judges *Wojtyczek* and *Zünd*, cf. the [statement by the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression](#) et al, p. 2, cited by the ECtHR). Such a notification requirement would justify that the criminal liability imposed on the applicant due to his inaction is proportionate to the aim pursued. For such inaction deepens the violation of rights incurred by hate speech by perpetuating it. Seen in this light, the ruling would be in line with the case decided by the European Court of Justice on data protection (*Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, 5.6.2018, [C-210/16](#), referred to by the [Chamber](#)). Here, the CJEU held not only Meta but also the operator of the Facebook page as having a duty to protect the users' data. Since the operator

decided independently on the purpose and means of data processing, the CJEU found the associated data protection violations to be directly attributable to him. In a case like *Sanchez v. France*, such imputability can be reasonably established in relation to the failure to delete despite notification. Indeed, digital service providers such as Meta enjoy some liability privileges as far as the responsibility for illegal content published on their channels is concerned. In the European Union, the E-Commerce-Directive (Directive 2000/31/EC, transposed into French law in the *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*) has established the "notice and take down"-principle together with some host provider privileges. It expressly rejects a general monitoring obligation for host-providers and limits liability to cases in which they have positive knowledge of illegal content. To avoid inconsistencies, similar privileges must apply if a Facebook page operator is made equally responsible as a host-provider to delete unlawful content on their page.



Michael Meyer-Resende

# A Flawed Vote, Not a Horse Race

Turkey/Türkiye and the Dilemma of Electoral Legitimacy and Authoritarian Control

doi: 10.17176/20230523-140340-0



Hopes are high. The opposition may win. The authoritarian leader may lose. Change is in the air. Journalists from across the world arrive to write breathless reports on the momentous elections and the neck-to-neck race they are witnessing, to tell the story of change, the story of a new chapter.

But it won't be the story. There will be no new chapter. The opposition achieves a respectable result, but loses the elections. The incumbent wins. The old chapter is far from closed, on the contrary it continues, with seemingly renewed force and democratic legitimacy. I am talking about Turkey/Türkiye, where the incumbent, President Erdoğan, prevailed in the first round of the presidential election held on 14 May and is expected to win the run-off vote on 28 May.

Political scientists characterise Turkey and others in similar situations as "competitive authoritarian" states. They have a strongman (almost always a man) and often a dominant party. The leader and the party control all levers of state power, directly or indirectly, and often parts of the economy as well, mostly in corrupt ways. But, they hold competitive elections.

In the past, Russia and Venezuela were seen as competitive authoritarian regimes, but both have turned into more traditional authoritarian regimes in which the opposition has no chance to win whatsoever. Elections have become a façade.

Belarus showed how a competitive authoritarian regime can quickly turn itself into a repressive dictatorship if the electoral gamble does not work out. When President Lukashenko was widely believed to have lost the presidential election in 2020 and mass protests broke out, the regime cracked down. Use of security forces to put down protests is always a fallback option for the strongman.

## The opposition dilemma

Turkey knows extreme repression as well, as the large number of jailed journalists and activists testifies. But,

in parallel, the government maintains space for political competition. Opposition parties are able to campaign, generating significant support and pro-opposition media carries their message. The opposition creates hope and makes the elections interesting.

And in so doing, they provide something of great value to the authoritarian leader: legitimacy. If he is elected in competitive elections, he clearly enjoys real support and does not simply rely on brute force to stifle any opposition voice.

Read the international media since election day and you get the point: Erdoğan, the great campaigner, and his party, the AKP, still enjoy genuine and broad-based support. The opposition was disappointingly weak and picked the wrong presidential candidate in Kemal Kılıçdaroglu, who is an Alevi and belongs to a religious minority which most Turks do not trust. This is the gist of the reporting.

In the essential battle for national and international public opinion, these views and explanations are gold dust for perceptions of Erdoğan's legitimacy. They paint a picture of a normal election in which the results were not predetermined. A picture that overshadows the fact that conditions for an opposition defeat have been under preparation for more than a decade.

This is the dilemma for the political opposition in competitive authoritarian regimes: They have to create momentum for change. They must believe it is possible to win elections. If they don't believe this, their voters won't. If they don't exude confidence, journalists won't believe there is a possibility of change. So, the opposition cannot complain, all the time, about the unfair conditions in which they are competing. Otherwise, people will urge them to boycott the elections altogether.

Instead, the opposition must build the excitement of a horse-race. The dilemma continues beyond election day. If they only complain then about the unfair conditions, they look like bad losers. How unfair could the process have been if they seemed confident they could win? It is a

dilemma in which an opposition can only lose, and which provides a win-win scenario for the regime.

### Always stress the unfair conditions

It is difficult to avoid this dilemma, but there is something journalists, experts and officials from other countries can do: Always stress the unfairness of the conditions in which the elections are being held. Do not get carried away by the excitement of the race, focus on the fact that the race is not being run on level ground.

A good example is the statement by the official observation mission of the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). Its first [sentence](#) reads: “(...) voters had a choice between genuine political alternatives and voter participation was high, but the incumbent president and the ruling parties enjoyed an unjustified advantage, including through biased media coverage.”

The organization then highlights numerous shortcomings, including the election administration’s lack of transparency; a legal framework that “does not fully provide a sound legal basis for the conduct of democratic elections”; “public broadcasters [that] clearly favoured the ruling parties and their candidates, despite constitutional guarantees of impartiality”; and participation by unauthorized persons in the vote count, “raising concerns about its integrity”. Regrettably, it holds off drawing the only logical conclusion, that the election fell short of OSCE obligations for democratic election and lacked credibility, as more courageous observer missions have done in the past.

And there is one more shortcoming, probably the most decisive one: The opposition did not nominate its most promising candidate – Istanbul’s mayor Ekrem İmamoğlu. The ruling party employed endless shenanigans to take his 2019 mayoral victory away from him, but failed.

Then the courts kicked in. He was charged, convicted and sentenced to more than two years in prison and given a ban on holding public office, for insulting members of the Supreme Electoral Council. While he is not in prison – the case is under appeal – the opposition did not risk nominating him with this sword of Damocles hanging above his head. This is the real story of the Turkish elections – an opposition set up to fail.

### Same Problem in the EU: Hungary

This is not the first time the story of an election has unfolded in this way. It has been the story of many in the past, including Hungary last year. Its elections shared many characteristics with those in Turkey, though it is a less extreme case. In Hungary too the opposition united and had hopes of defeating the entrenched FIDESZ-elite. It also failed. In this case the OSCE observer mission concluded the elections were “well administered and professionally managed but marred by the absence of a level playing field”, listing numerous flaws, including biased public media, courts which did not provide effective remedies and a pervasive overlap of state and party.

Yet here again, the election was largely reported as a political horse race, rather than a flawed vote. In the EU, the Hungarian government is treated as a fully legitimate government with the focus of concern placed on the rule of law – as if democracy was not an equally foundational EU value.

In most of such cases, boycott is not an option. Opposition parties must keep participating, as it is their only chance of keeping hope alive. Sometimes they prevail – as they did in the 2019 Istanbul mayoral election. But we should not allow authoritarian governments to generate public legitimacy from such flawed elections. Instead, we must keep the focus on the flawed conditions, regardless of the distance between the horses at the end of the race.

Suzanne Vergnolle

# A New European Enforcer?

Why the European Commission Should Not Stand alone in the Enforcement of the Digital Services Act

doi: 10.17176/20230523-140352-0



As a key piece of the European Commission’s digital agenda, the Digital Services Act (DSA) is drawing a lot of attention from civil society, industry, and regulators. So far, aspects like implementation, particularly new due diligence obligations, including what an [audit](#) should look like, what services are [designated](#) as Very Large Online Platforms and Search Engines (VLOPs and VLOSEs), and [crisis protocols](#) received most attention. Less analysis, however, has been directed to the execution of the DSA’s [enforcement scheme](#). One particularly interesting development in that regard is the Commission’s current transformation from being the institution leading the DSA’s negotiations to the one enforcing it. On the occasion of the publication of a [new report](#) on possible collaborations between the European Commission and CSOs (Civil Society Organisations), this article explores the challenges faced by the Commission in this transformation. It also offers analysis on the growing trend where courts are “substituted” by specialised authorities which are entrusted with similar prerogatives than the ones traditionally given to the judiciary (thereafter referred to “judicial enforcement powers”).

By law, the European Commission is the executive power of the European Union and is supposed to have judicial enforcement powers. The few times the Commission is referred to being an enforcer is in the competition field. These powers were recognised by article 85 of the [Treaty of Rome of 1957](#), therefore tracing them back to the early days of the European Community. Entrusting the Commission with enforcement powers was deemed necessary at the time to ensure a unified application of rules necessary for the development of the internal market. The Commission is now the “[principal enforcer of the EU’s competition rules](#). As the judicial enforcer, the Commission has “the power and responsibility to investigate suspected anticompetitive conduct, to issue prohibition decisions, to impose fines, and to conclude binding agreements with companies”, all powers very similar

to the ones traditionally attributed to courts. Similarly to the enforcement system in competition law that relies on a “[combined working of the EU and national authorities](#)”, the DSA’s system relies on a multi-layered approach.

## Brief overview of the Digital Services Act’s multi-layered enforcement system

The DSA’s predecessor, the [e-commerce directive](#), strongly relied on self-regulatory initiatives by covered entities (art. 16 of the directive) and enforcement by Member States (art. 20 of the directive). While the DSA still relies on self-regulatory principles with due diligence obligations, its enforcement system has been substantially [revisited](#). Shaped by the delicate balance between harmonised and coherent enforcement on one hand and the Member States’ desire to exercise power over online actors directly on the other hand, the DSA outlines an intricate interaction between national enforcement and European authorities.

At the national level, each Member State [shall designate](#) a Digital Services Coordinator (DSC) who will be responsible for matters relating to supervision and enforcement of the DSA and will coordinate national enforcement with sectoral authorities. While the [DSCs](#) are presented as the main enforcers, they are left outside most of the enforcement against VLOPs and VLOSEs where the Commission “[has exclusive powers](#)” for the supervision of their due diligence obligations. On top of this dual system, the DSA sets up the European Board for Digital Services as an independent advisory group of Digital Services Coordinators, to be chaired by the Commission. Therefore, the DSA’s enforcement system, [learning from the pitfalls](#) of the one-stop shop approach of the General Data Protection Regulation (GDPR), establishes a multi-layered and multi-institutional approach where the Commission holds a crucial role. However, as the Commission’s services have not been built to embrace judicial enforcement duties, one might wonder if the Commission has (or will have) the resources to tackle this challenge

and meets the highest standards of independence and impartiality usually built-in in the court system.

### The European Commission as a new enforcer

Most disputes around the law's implementation are traditionally resolved by courts where trained magistrates apply and interpret the law. In contrast, an increasing number of legislations have been empowering specialised authorities with judicial enforcement duties. The data protection field illustrates this trend where legislators entrusted authorities outside of the court system to implement, interpret and enforce the law. Courts have a very modest role since they are only involved if there is a disagreement between the data protection authority and the plaintiff or the defendant. At the time, this system seemed justified because the field requires specific understanding of the technology, which often lacked in the traditional court system.

While specialised authorities present some benefits, such as [expertise and knowledge of the field](#), they also have their own challenges. Usually, there are two recurring concerns relating to specialisation: [myopia and politisation](#). Myopia because where agents working on a special legal field usually have a less systemic view of the general framework and pay less attention to the broader legal corpus. The [debates](#) between data protection authorities on Facebook's contractual legal basis is a good example of this challenge. Interpretation of what is "necessary for the performance of a contract" as laid down in [article 6 of the GDPR](#) would probably [have been a lot smoother](#) if the litigation had not been handled by data protection authorities which are not used to work on the interpretation of contracts but by the judiciary which has much broader experience and knowledge of this area. The enforcement of the DSA will be no exception to this challenge. Enforcers will need to build from the expertise located outside of their institution to avoid this myopia. The second difficulty associated with specialisation is politisation. As Professor Cooper Dreyfuss [points out](#), when issues are considered by generalist courts spread over the territory, "interest groups have limited ability to influence the direction of the law" and the "resources – money and power – of these groups must be spread over the entire judiciary". On the contrary, "neither resources-spreading nor influence-dilution would occur" for specialised authorities leading to greater risks of influence. Big technology companies' influence in Brussels is already

[well-documented](#) and recognised. The enforcement team at the Commission will certainly be an important target of such influence. Aside from these two recurring concerns, another question also arises: why should we keep on creating new specialised authorities and capture litigation from our traditional court system? The digital system is a great example of this specialisation trend where each specific sector has its own specialised enforcer. This over-specialisation creates silos in enforcement and might hurt the coherence of the law. Under the DSA, the "Commission" is the [sole authority](#) to supervise and enforce the specific obligations that apply only to the biggest providers. [Article 65](#) of the DSA refers broadly to the "Commission", without specifying which directorate will oversee enforcement. This role was attributed instantly to the Commission's team that negotiated the DSA, namely the Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (DG Connect). Historically, this [directorate](#) has mainly been developing and carrying out policies on digital economy as well as research and innovation initiatives. Therefore, new enforcement powers will require a swift and well-designed transition. That transition is a great opportunity for the Commission to put in place strong independence guarantees, draw on collective intelligence and explore expending collaborations with civil society.

### A key transition for the European Commission

While the concrete distribution of powers between the Digital Services Coordinators, the Board and the Commission will probably trigger its own difficulties, this article will only focus on the potential challenges facing the Commission as it becomes an enforcer. Two different points will be discussed: recruitment and collaboration.

#### *Recruitment*

While the DG Connect was drafting the DSA, it did not have to develop specific expertise in enforcement. It is therefore safe to assume that most of the current staff has no experience or special training in this area. To reiterate, in principle, most Commission directorates deal with crafting legislation – not with implementing the legal rules against private actors. This will probably prove difficult in the months to come because enforcement not only includes decision making but also involves monitoring, investigating, drafting, implementation of fair procedures. Evidently, training of justice professionals is considered "[an essential tool to ensure the correct and](#)

effective application of EU law” and as the DG Connect takes upon a similar role, it will be crucial to take into account these specific needs. One can therefore wonder, who will be the agents recruited and how they will be trained to execute their enforcement duties? Can we expect experienced lawyers who worked at the DG Comp to build up the ranks? Will trained magistrates come and join the effort? The first wave of [job openings](#) within the “Digital Services Act Enforcement Team” did not give much clarification. Four types of profiles were opened (legal officer, data scientist / technology specialist, economist, and policy officer for digital policies and regulations) for an estimate of 30 jobs over the year 2023. Looking closer at the legal officer position one might regret that it does not refer more explicitly to litigation experience. Among other experiences mentioned, the characteristics expected only briefly refer to “knowledge/experience of regulatory supervision and enforcement in any related domain” as an asset. Will that be enough to effectively guide enforcement against what can be expected army of trained and experienced lawyers working for the biggest online services?

Aside from the *stricto sensu* Enforcement Team, the [recent opening](#) of the European Centre for Algorithmic Transparency shows good potential for developing “in-house technical and scientific expertise to ensure that algorithmic systems (...) comply with the risk management, mitigation and transparency requirements in the DSA”. While strengthening DG Connect and opening an institutional structure to provide in-house expertise is an important step toward an effective enforcement of the DSA, it should not be the only step taken by the Commission.

#### *Collaboration*

The implementation of the DSA is a great opportunity for the Commission to create a system based on collaboration with [civil society and building upon outside ex-](#)

[pertise](#). Various references in the European Treaties (including for example [art. 11 of the TEU](#) and [art. 15 of the TFEU](#)) and in the DSA (including for instance [art. 40, 45, 46 and 47](#)) encourage collaborations outside of the institutional realm. Another strong argument is the preeminent role given to the protection of fundamental rights as well as the safety of users in the DSA (see notably [article 1](#)), both of which are at the core of many civil society organisations’ missions.

An efficient enforcement of the DSA can be achieved by broader collaboration mechanisms between the European Commission and CSOs as recently argued in a [recent report](#). One valuable way to do so could be by setting up an independent expert group on enforcement that should be composed by the Board and civil society actors, such as academics and CSOs. The creation of this group finds its roots in multiple references of the DSA, notably in [article 64](#) and recital 137 which require the Commission to develop Union expertise and capabilities. Once established, experts of this group could bring evidence-based information directly to the Commission and specific expertise on the protection of fundamental rights and the safety of users online. By establishing an expert group, the Commission will not only benefit from valuable expert knowledge but will also demonstrate its willingness to put in place an efficient enforcement system based on collective intelligence.

To sum up, while the Commission’s enforcement powers are expanding outside of the competition law field, one might wonder if the services are equipped to answer this challenge. One sure thing is that the Commission does not have to stand alone: civil society, particularly CSOs and researchers, can help shape an effective enforcement strategy and ensure that the DSA holds up to its promises.



Judith Bayer

# Medienfreiheit als europäische Tradition

Geschichte und Notwendigkeit des geplanten Europäischen Medienfreiheitsgesetzes (EMFA)

doi: 10.17176/20230519-140457-0



Über den Entwurf des Europäischen Medienfreiheitsgesetzes (EMFA) und seine Auswirkungen auf die Unabhängigkeit der Nationalstaaten im Bereich der Medien wird derzeit lebhaft diskutiert. Kritisch wird der Eingriff in den Medienmarkt und die Souveränität der Mitgliedstaaten kommentiert. Aus den verschiedensten Mitgliedstaaten war ein Vorwurf besonders häufig zu hören: Der Entwurf des EMFA sei der neuste Versuch Brüssels, gegenüber den östlichen Mitgliedstaaten mit Rechtsstaatlichkeit-Defizit aufzutreten, auch wenn das die Souveränität aller Mitgliedstaaten unterminiere. Dieser Beitrag stellt sich diesem Vorwurf entgegen. Oft wird nämlich vergessen, dass die Regulierung europäischer Medien zwecks Sicherung des Medienpluralismus weder eine neue Forderung ist, noch historisch einen engen Bezug zu den östlichen Mitgliedstaaten aufweist. Im Gegenteil, das Streben nach einer Harmonisierung des Medienpluralismus und der Medienfreiheit ist ein seit Jahrzehnten immer wiederkehrendes Vorhaben in der EU. Die EMFA als ‚neuesten‘ Versuch Brüsseler Einflussnahme auf Osteuropa darzustellen ist daher fischlich ahistorisch. Im Folgenden möchte ich erläutern, dass die Pläne für eine europäische Medienregulierung schon seit 35 Jahren bestehen, und ständig weiterentwickelt wurden, und aufzeigen, was – meines Erachtens – dabei alles auf dem Spiel steht.

## Starrer Widerstand

Pluralismus in den Medien wurde lange Zeit als eine reine Frage der Eigentumskonzentration verstanden. Aber bereits seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde diese Frage in ihrer Komplexität betrachtet: zum einen als das Vorhandensein mehrerer verschiedener Mediendienstleister oder Medienprodukte auf einem Markt, zum anderen als Vielfalt der von einem [Mediendienstleister angebotenen](#) Inhalte. Das Europäische Parlament (EP) hat sich in den letzten dreieinhalb Jahrzehnten [mehrfach mit dem Thema Pluralismus befasst](#). 1985 beschloss das EP eine [Entscheidung](#) zu den wirtschaftlichen Aspek-

ten des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk in der Europäischen Gemeinschaft. 1986 verabschiedete das EP erneut eine Entscheidung, in der Besorgnis über die schnell wachsende, zunehmend komplexe und supranationale Medienlandschaft zum Ausdruck kam. Die beiden darauf folgenden Entscheidungen des EP zur Änderung des Entwurfs der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ können ebenfalls in die Reihe der Entscheidungen eingeordnet werden, mit denen das EP seine [Bemühungen um eine pluralistische Gesetzgebung](#) zum Ausdruck brachte. In seiner Entscheidung vom 15. Februar 1990 hatte das EP die Kommission aufgefordert, Vorschläge für die Schaffung eines besonderen Rechtsrahmens für Medienfusionen und -übernahmen zu erarbeiten. Mit einer solchen Regelung [wollte das EP](#) (p.138) berufliche Mindeststandards im Journalismus, den Schutz der journalistischen Ethik, den Schutz kleiner Unternehmen vor Unterordnung und die Meinungsfreiheit für alle Medienschaffenden [sicherstellen](#). Anschließend schlug das EP in seiner Entscheidung vom 16. September 1992 die Einsetzung eines europäischen *Medienrates* vor, der für die Transparenz und die Stellungnahme zu Fusionen zuständig sein sollte. Als Reaktion auf diese Initiativen prüfte die Kommission die Möglichkeit, eine Richtlinie im Bereich des Pluralismus und der Medienkonzentration zu erlassen. Sie nahm jedoch eine eher skeptische Haltung ein: In ihrem [Green Paper](#) aus dem Jahr 1992 hieß es, dass die internationalen Eigentumsverhältnisse die Notwendigkeit einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung zum Medienpluralismus nicht rechtfertigten, insbesondere weil es in diesem Bereich neue nationale Gesetze gegeben habe (s. S. 81). Die Kommission äußerte ihre Besorgnis darüber, ob ein Eingreifen der EU nicht verfrüht wäre und die internationale wirtschaftliche Entwicklung behindern würde. Es wurde jedoch eingeräumt, dass die wachsende internationale Dimension des Medienmarktes zu den bereits bestehenden Faktoren hinzukommt, die „manchmal“ die Notwendigkeit von mehr Transparenz hervor-

rufen. Wie der inzwischen verstorbene Karol Jakubowicz **feststellte**, war das Green Paper von 1992 „eindeutig vom liberalen Pluralismus geleitet, wobei die unternehmerische Freiheit als vorrangig angesehen, und alles andere, einschließlich der demokratischen Ziele der öffentlichen Ordnung, fast als Ablenkung betrachtet wurde“. Wie man sieht, wurden die progressiven Ansichten von Wissenschaftlern und Politikern von der Kommission aufgehalten, um den Status quo zu schützen.

Nach der Erstellung dieses Dokuments 1992 haben sich viele Umstände rasch und dramatisch verändert, sowohl im Bereich der Medien und der Informationstechnologie, als auch in den politischen und wirtschaftlichen Realitäten der Europäischen Union. Online-Medien wurden dominant, Plattformen entstanden und wuchsen ins Riesige, die Europäische Union gewann sechzehn neue Mitglieder und verlor eines von denen, um nur einige Veränderungen zu nennen. Nichts verdeutlicht den tiefgreifenden Wandel besser als die Tatsache, dass das **Grünbuch** von 1992 noch mit der Schreibmaschine erstellt wurde.

### Vorsichtige Schritte

Im Jahr 2007 hat die Kommission einen dreistufigen Ansatz eingeführt, um die Frage des Pluralismus auf der Grundlage eines umfassenderen Konzepts zu behandeln. Die drei Schritte umfassten (1) die Ausarbeitung eines weiteren Arbeitsdokuments der Kommissionsdienste, (2) die Durchführung einer unabhängigen Studie über Medienpluralismus, um systematisch objektive Indikatoren zu ermitteln und den Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten zu messen, und (3) eine Mitteilung der Kommission über die Indikatoren für Medienpluralismus in den EU-Mitgliedstaaten mit einer öffentlichen Konsultation. Die ersten beiden Schritte wurden abgeschlossen: Das **Arbeitsdokument** stellt einen konstruktiven Ansatz zur Stärkung des Medienpluralismus dar; und die wissenschaftliche Studie wurde durchgeführt, um das **Instrument** zur Beobachtung des Medienpluralismus zu entwerfen, das seither Jahr für Jahr konsequent angewandt wird und reichhaltige Informationen über den Stand des Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten liefert. Der dritte Schritt – die Mitteilung der Kommission über die Indikatoren für den Medienpluralismus in den EU-Mitgliedstaaten mit einer öffentlichen Konsultation – wurde jedoch nie verwirklicht. Im Jahre 2011 wurde dennoch eine High-Level Group on Media Freedom and

Pluralism (Hochrangige Gruppe für Medienfreiheit und Pluralismus) darum gebeten, einen komplexen Bericht mit Empfehlungen für die Respektierung, den Schutz, die Unterstützung und die Förderung von Pluralismus und Medienfreiheit in Europa zu erstellen. Der Bericht der High-Level Group empfahl einen **aktiven Ansatz**, der besagt, dass die Europäische Union eingreifen muss, wenn es in einem oder mehreren Mitgliedstaaten zu einer Einschränkung der Grundrechte oder des Medienpluralismus kommt. Im Gegensatz zum Grünbuch von 1992 wird in diesem neuen **Bericht** 2013 festgestellt, dass eine Harmonisierung der Marktregeln für die EU von Vorteil wäre. Es wird anerkannt, dass der Umfang der Kompetenzen der EU unzureichend ist, gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Gewährleistung der in den Verträgen gewährten Rechte ein Eingreifen der EU in diesem Bereich rechtfertigt. Der Bericht betonte, dass die geplanten Rechtsvorschriften das europäische Recht auf Bewegungsfreiheit sowie die im Vertrag verankerten Werte wie Demokratie, Menschenrechte und Pluralismus schützen würden, die eine stärkere Grundlage für die Gesetzgebung bildeten als die Charta allein.

Tatsächlich: Mit der Verabschiedung des Vertrags von Lissabon und der Charta wurden die Medienfreiheit und der Pluralismus zusammen mit anderen Freiheiten und Rechten erheblich gestärkt. Im **Artikel 2 des Vertrags** wurden die gemeinsamen Werte der Union deklariert, und die Charta wurde in Bezug auf das Recht der Europäischen Union und für die Institutionen der Europäischen Union als **verbindlich** erklärt. In diesem Sinne hat das Europäische Parlament 2013 eine **EntschlieÙung** verabschiedet, die argumentiert, dass die Gewährleistung der Medienfreiheit und des Medienpluralismus mit der Verabschiedung der Charta der Grundrechte rechtsverbindlich geworden ist, und **aufgrund deren** eine bessere Aufsicht und Durchsetzung der Medienfreiheit und des Medienpluralismus in der gesamten EU verlangt. Ferner forderte sie, dass bei der Überarbeitung der AVMSD Mindeststandards für den Schutz des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, Medienfreiheit und -pluralismus festgelegt werden und Regeln für die Transparenz von Medieneigentum, Medienkonzentration und Interessenkonflikten enthalten. Außerdem wird in der EntschlieÙung noch verlangt, die Unabhängigkeit der Journalisten zu gewährleisten und sie vor Druck, Einschüchterung und Belästigung zu schützen.

Im Jahr 2014 gelang es den Mitgliedstaaten im **Rat**,

sich auf einige Grundprinzipien der [Medienfreiheit und des Pluralismus in digitalem Umfeld](#) zu einigen. Dies war zwar ein kleiner Schritt, dessen Bedeutung jedoch nicht unterschätzt werden sollte. Die Staaten waren sich einig, dass ein hohes Maß an Medienunabhängigkeit und -pluralismus nicht nur für die Demokratie wesentlich ist, sondern auch zur Stärkung des Wirtschaftswachstums und dessen Nachhaltigkeit beiträgt. Dieses Memorandum zeigt zwar die Grenzen einer konsensbasierten Rechtsharmonisierung auf, weist aber auch darauf hin, dass die Mitgliedstaaten in den Grundprinzipien übereinstimmen und dass es möglicherweise zu einer schrittweisen Entwicklung einer gemeinsamen Politik kommen kann.

Als ein weiterer Schritt [richtete](#) die Kommission im selben Jahr die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für audiovisuelle Mediendienste (ERGA) ein, um eine kohärente Umsetzung in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, aber auch den Austausch bewährter Verfahren zu ermöglichen und den weniger unabhängigen nationalen Medienregulierungsbehörden (NMRA) die Möglichkeit zu geben, sich weiter von politischen Einflüssen zu distanzieren und ihre eigene [Unabhängigkeit](#) zu fördern.

## Krise und Entschlossenheit

Das Europäische Parlament veröffentlichte eine weitere Entschließung zu Medienpluralismus und Medienfreiheit im Jahre 2018, und noch im selben Jahr wurde die AVMD-Richtlinie überarbeitet, mit dem primären Ziel, sie an das Umfeld digitaler Plattformen anzupassen. Außerdem wurde eine Anforderung an die [Unabhängigkeit der Regulierungsagenturen](#) hinzugefügt, und Medienpluralismus wurde zu einem ihrer Ziele, sowie zum Ziel der Richtliniendurchsetzung erklärt.

Mit der COVID-19-Pandemie setzte eine akkumulierte Krise ein, die auf eine Periode stark sinkender Einnahmen folgte, sowie auf die datengesteuerten Geschäftsmodelle, von denen die dominierenden Plattformen profitierten. Der Rat der EU hat 2020 [erneut Schlussfolgerungen](#) zum Schutz eines freien und pluralistischen Mediensystems angenommen. Ferner stellte er fest, dass die Instrumente zur Gewährleistung des Medienpluralismus kontinuierlich überprüft und neu definiert werden müssen. Er forderte die Kommission auf, eine holistische politische Perspektive zu fördern, die rechtliche, politische und wirtschaftliche Variablen berücksichtigt, die für den Schutz des Medienpluralismus und der Medienfreiheit von Bedeutung sind. Diese Schlussfolgerung wurde fast

zeitgleich mit dem Europäischen [Aktionsplan für Demokratie](#) veröffentlicht.

Der Aktionsplan für Demokratie widmete einen wesentlichen Teil den Herausforderungen im Bereich der öffentlichen Kommunikation, und wurde noch am selben Tag von einem [Aktionsplan für Medien](#) und audiovisuelle Medien begleitet. Diese hat ein vielschichtiges [Programm](#) für die Medienlandschaft vorgesehen, um den Bedürfnissen der Öffentlichkeit besser gerecht zu werden, und sich an die digitale Transformation anzupassen. Der Demokratie Aktionsplan definierte die Stärkung der Medienfreiheit und des Medienpluralismus in der Europäischen Union als eine der wichtigsten Säulen der Demokratie.

Mit der Beschreibung dieser chronologischen Entwicklung wollte ich verdeutlichen, dass die Regulierung der Medienfreiheit und des Medienpluralismus ein sich langsam, aber ständig entwickelndes Projekt in der Europäischen Union gewesen ist. In den vergangenen zehn Jahren haben die wirtschaftlichen und politischen Entwicklungen das Thema in den Vordergrund gerückt und mehr Licht darauf geworfen, aber eine Harmonisierung der Medienpolitik stand schon seit Mitte der 1980er Jahre auf der politischen Agenda. Insbesondere Wissenschaftler und das Europäische Parlament haben diese Idee unterstützt.

## Was steht auf dem Spiel?

Es wurde schon vor Jahrzehnten erkannt, dass der wirtschaftliche und der soziale Aspekt der Medien nicht voneinander getrennt behandelt werden können. Sie sind eng miteinander verwoben und hängen in der Regel, obwohl nicht unbedingt, voneinander ab. Die Medien beherrschen die öffentliche Sphäre, und das ist eine prekäre Position für die politische Regierung. Deshalb ist die Regulierung und Aufsicht der Medien für sie so riskant. Idealerweise sollten die Medien in gleichem Maße von der politischen Macht, der wirtschaftlichen Macht und der Gesellschaft, die letztlich von ihrer Tätigkeit profitiert, entfernt sein.

Eine europäische Aufsicht über die Medien und ihre nationale Steuerung wird in allen Staaten je nach Art der Medienlandschaft unterschiedlich gesehen. Die Situation der (europäischen) Medien hat sich durch die Popularität der riesigen Kommunikationsplattformen dramatisch verändert. Facebook hatte [307 Millionen tägliche Nutzer](#) nur in Europa im Jahr 2022 (erstes Quartal). Dies ist unvergleichbar mit jeder Medienkonzentration auf dem

traditionellen Medienmarkt, wo die japanische Yomiori Shinbun mit ca. 10 Millionen Abonnenten weltweit den größten Abonnentenstamm hat, gefolgt vom Wall Street Journal mit 2,2 Millionen Abonnenten.

Die Werbeeinnahmen fließen diesen Plattformen zu und lassen die traditionellen Medienunternehmen ohne ausreichende und stabile Einnahmequelle zurück. Diese Umgestaltung des Medienmarktes hat zu **Versuchen** von Unternehmensfusionen geführt, die von manchen nationalen Wettbewerbsbehörden jedoch blockiert wurden und immer noch mit Misstrauen behandelt werden.

In das klassische Gleichgewicht zwischen Staat, Markt und Publikum, sind Riesenplattformen hineingestampft wie ein Moloch. Die Mitgliedstaaten allein werden nicht in der Lage sein, die Macht der Plattformen effektiv zu begrenzen, da sogar die EU als Ganzes eine relativ bescheidene Macht ihnen gegenüber aufweist. Die Rolle der Medienunternehmen innerhalb der gesamten Informationslandschaft bedarf daher einer *Neuinterpretation*. Grundsätzlich sollte keine einzige Einrichtung dominierenden Einfluss auf unsere Medien erlangen: weder die Nationalstaaten, noch die Plattformökonomie, noch die Kommission. Ein System, in dem sie sich gegenseitig kontrollieren, könnte indes potenziell ein stabiles Gleichgewicht erreichen. Letztlich sollten Gerichte über strittige Rechtsfragen entscheiden können.

Was schließlich auf dem Spiel steht, ist einen europäischen Diskursrahmen zu erhalten, der Einheit und Pluralismus behutsam ausbalanciert. Diese politische –

und diskursive! – Verschränkung von Einheit und Vielfalt ist wiederum das einzig tragfähige Fundament einer robusten Verteidigung europäischer Werte gegenüber der sich zuspitzenden geopolitischen Bedrohungslage. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Wohlstand, und Freiheit sind eng mit einer pluralen Medienlandschaft verbunden – und schon seit mehreren Jahrzehnten integraler Teil des europäischen Einigungsprozesses. Heutige Stimmen, die Brüsseler Vorschläge zu Medienpluralismus und Medienfreiheit als übergriffig diskreditieren, verkennen die Tradition und gesamteuropäische Bedeutung jener Vorschläge.

Medienfreiheit und -pluralismus werden derzeit durch die Vermachtungs- und Monopolisierungstendenzen der Plattformökonomie einerseits und andererseits durch eine feindselige, expansive, und antimoderne politische Ideologie bedroht. Wie sich bereits im amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf 2016 zeigte, vermögen es die Verfechter jener feindseligen politischen Ideologie durchaus geschickt die Online-Plattformen zu instrumentalisieren. Nur durch eine plurale und freie Medienlandschaft, sowohl in wirtschaftlicher als auch in politischer Hinsicht, kann ein informationelles Gegengewicht zu den Plattformmedien im europäischen Diskursraum erzielt werden. Das sollte dazu dienen, die demokratische Rolle der Medien in der gesamten EU, einschließlich des Ostens, zu bewahren.

Tahir Herenda

# Political Pluralism and the Camel's Back

The High Representative Unblocks the Federation of Bosnia and Herzegovina

doi: 10.17176/20230518-020242-0



On 27 April, the High Representative in Bosnia and Herzegovina, Christian Schmidt has [unblocked the appointment of the government](#) of the Federation of Bosnia and Herzegovina by overriding the veto of the largest Bosniak party, SDA. The party, [currently in opposition](#), had [blocked the appointment of the government](#). Schmidt's move could be a welcome breakthrough – [the country has been ridden by abuses of ethnic vetoes](#) ever since the Dayton Agreement. However, this specific imposition may have detrimental consequences for the future of political pluralism in Bosnia and Herzegovina, and any parties which want to outgrow the existing ethnic division.

## Balancing stabilitocracy and ethnic power-sharing

The Federation of Bosnia and Herzegovina (FB&H) is a consociation [within a larger consociation which is the state of Bosnia and Herzegovina](#). The Federation is *de facto* defined by two ethnic groups, Croats and Bosniaks, whereas in the state Serbs share power as well. Designed to end a war and ensure consensus between warring parties, the constitutional system is ridden with corporate power-sharing principles. The parliament of FB&H has two chambers, one consisting of elected representatives, the other of delegates from cantonal assemblies, which comprise ethnic caucuses. Both chambers have equal importance in confirming laws. However, only the ethnic caucuses have veto power. The government of FB&H is defined through the ethnic affiliation of the ministers (8 Bosniaks, 5 Croats, 3 Serbs). Additionally, there is a president of the FB&H, and two vice presidents, all three coming from different constituent peoples.

Natural consequence of such a constitutional design is a number of [formal and informal veto mechanisms](#). This principle of ethnic proportionality and/or parity has created a political race in which civic parties have an uneven playing field – [ethnic interests, ethnic vetoes and ethnic consensus are the leitmotifs of post-war Bosnia](#). All non-ethnic players are, to an extent, [incompatible with the current system](#), and struggle to gain popularity.

The elections of 2022 [carried a lot of weight on their shoulders](#). HDZ had blocked the Government of FB&H for four years, which meant that the 2014-2018 government – in which HDZ had its ministers – has covered the 2018-2022 period in technical mandate. HDZ has virtually held the FB&H hostage, asking for changes in the election system. Christian Schmidt (who was [by some deemed as a supporter](#) of HDZ in Croatia prior to his appointment) has rewarded their hardliner approach [by changing the Constitution of FB&H on election day, after the polls were closed](#). Despite the timing of the decision, the fact that his changes favored HDZ while ignoring the long standing issue of the position of Others, [was recognized as a sign of a stabilitocracy](#).

Ironically, [the breaking of this stalemate](#) brought about the current predicament – with this change, the former German Minister of Food and Agriculture has increased the number of the ethnic delegates in the House of the Peoples and introduced changes to the process of nomination of the president and the vice presidents of the entity. Changes originally introduced to [„improve the functionality of the institutions of the Federation“](#) have backfired fairly quickly after SDA took control of the Bosniak caucus in the House of the Peoples, which in turn named an SDA vice president, who denied his approval of the appointment of a new government. Although the election results have allowed for a majority to be formed without SDA, they have decided to use the ethnic veto mechanism to try and force themselves into power.

On 27 April, Schmidt overrode the SDA veto, and decided to enable the appointment of the new government without the SDA's vice president's approval.

Parallely to the unblocking of the government, the High Representative also announced the possibility of dismantling the veto of the vice president, by conditioning it with a 3/5 support in the House of the Peoples, a majority [seemingly carefully designed to allow HDZ to sustain any of its future vetoes](#), while not allowing the same for SDA.



In a country whose constitutional system is marked by blockages and deadlocks, removing one such blockage „from above“ seems logical<sup>1</sup> and reasonable – at the end of the day, the party that was blocking the process of forming the government represents only one part of the Bosniak electorate. This seems to be a significant fact for Schmidt. In [his speech](#) prior to the decision, as a particularly important circumstance, Schmidt mentioned the fact that unblocking is necessary because the existing FBiH government does not maintain the will of the voters. An uninformed reader would miss the fact that this failure to uphold the will of the voters has continued uninterrupted for the [previous four years without interventions](#), due to HDZ's blockade. However, the HDZ's blockade is seen as a blockade of the constituent people, not just one party. The Croat political spectrum in BiH is homogenized, with only one relevant party for negotiations. In contrast, the SDA, primarily supported by Bosniaks, does not have a monopoly on Bosniak votes (and ethnically non-aligned voters) and shares them with other ethnic and civic parties. Thus, when the SDA uses veto mechanisms, it is seen as pursuing its own party interests, not the protection of ethnic interest. Although aiming at changing the election system to ensure the strengthening of its position, HDZ' veto appears as a legitimate Croat veto, worthy of four years of stalemate.

### Is political pluralism sacrificed for stability?

As we have already seen, the power sharing qualities of the constitutional design create a disadvantage for non-ethnic/civic political parties. In a post-conflict atmosphere in which reconciliation still has not taken root, this corporate power-sharing has created a political arena in which ethnic outbidding is richly rewarded. By now, Bosnia and Herzegovina has become synonymous with centrifugal political parties who put their ethnic interest above anything else, including the functioning of the state. This ethnic echo-chamber which keeps deepening the divide was recognized fairly early by the OHR and the international community. Growing political pluralism to move away from purely ethnic political parties is one of the most important goals of the Office of the High Re-

presentative. In his report to the UN Secretary General, Carl Bildt stated that the essential goal is to [build a democratic society based on political pluralism](#). The Peace Implementation Council also cited the promotion of [political pluralism as one of the essential goals](#), and the 2000 election results were praised precisely because they indicated that the country had reached a [certain degree of political pluralism](#).

Improving pluralism is perfectly reasonable. Ethnic parties often question the existence of the state, and put ethnicity before the state. They are the so-called centrifugal forces that prevent effective cooperation between different parts of a divided society and thus actively contribute to blockages and setbacks. Therefore, the international community, at least nominally, stood for breaking the dominance of the political parties that essentially participated in the war (with HDZ and SDA considered as such *par excellence*) in Bosnia and Herzegovina.

Christian Schmidt, whose previous attempts have been criticized as [detrimental to political pluralism](#) is now turning the course of the international community by 180 degrees with his actions. His intervention on election day 2022 and the decision on 27 April send a clear message to the Bosniak electorate that Bosniak political parties cannot block like Croatian ones, because Bosniak votes are scattered across the political spectrum. HDZ's blocks are tolerated, and accommodations are made to suit their interest, while SDA's block are dismantled, simply because there is Bosniak plural competition. In the political climate of Dayton, which places ethnic harmony as a *conditio sine qua non*, and in daily political discourse in which the political future of Bosnia and Herzegovina constantly seems threatened, it is only logical that there will eventually be a reunion of Bosniaks around one party. Political pluralism, however, will not seem as a goal to be attained, but a naïve laying of ethnic veto weapons which others get to keep.

The creation of such a climate should not be a consequence of the actions of the OHR. In a society that still lives in a post-conflict context, regardless of the number of years that have passed since the war, favoring ethnic homogenization and eliminating political pluralism cannot

<sup>1</sup>There is a wider debate about whether the High Representative has the right to encroach on the FBiH Constitution as an autonomous law of the entity. –former USBiH judge Josef Marko has indicated earlier that changes to the FBiH Constitution are possible only exceptionally, if those changes are necessary for harmonizing the entity constitution with the state constitution. But bearing in mind that the High Representative ignored this dilemma when imposing a solution on election day, this debate was put aside in the following.

contribute to a better functioning of BiH in the long run. Political parties that want to act beyond the framework of ethnic divisions and deal with problems that are common to all ethnic groups in BiH are already discouraged as the constitutional system of both FBiH and BiH favors ethnic parties. While previous High Representatives often tried to amortize this circumstance, which is a product of the necessity of stopping the war in Bosnia and Herzegovina, the new High Representative seems to have decided to go all the way with ethnic homogenization, and to completely discourage political parties that want to outgrow ethnic

boundaries.

By tolerating an ethnic veto coming from HDZ, and swiftly acting when SDA abuses the veto, Schmidt has added more substance to allegations that the OHR and the [international community now prefer one ethnic party to the other](#). The political pluralism of the Bosniak electorate, which is far ahead of Serbian or Croatian pluralism and has long been under the burden of the Dayton constitutional arrangement, is hurt by this short-term stabilocratic approach. This decision may not necessarily be the last straw, but the camel's back is close to breaking.

Max Steuer

# The Dilemma of Technocracy

Governing in Slovakia ahead of the 2023 Early Elections

doi: 10.17176/20230516-181848-0



‘Caretaker PM **quits**’, ‘PM **replaced** by caretaker’, ‘central banker **to head** caretaker government’, ‘caretaker government **to be appointed**’, ‘president **picks** technocratic government’. These are a few examples of how Slovakia made headlines of international outlets in early 2023. At the time of writing, Slovakia’s pro-EU President Zuzana Čaputová was about to appoint a prominent economist and Vice-Governor of the National Bank of Slovakia Ľudovít Ódor to head a cabinet of generally respected experts with little to no partisan background after the ultimate resignation of PM Eduard Heger in the wake of a corruption scandal in his cabinet which had already lost the confidence vote in the legislature several months before. Beyond pointing to government problems, the headlines indicate that ‘caretaking’ and ‘technocracy’ are about to become the associations with Ódor’s cabinet. This is happening a few months before the general elections (to be held on 30 September 2023) which may mark Slovakia joining Hungary and Poland in an **illiberal takeover** in Central Europe. This post shows how the weaknesses of Slovakia’s constitutional design have fueled the present malaise, that may serve as lesson for ordering the relationship between the head of state, parliament and the executive in other parliamentary systems with a directly elected president.

## Caretaking of the Caretakers?

The current ‘caretaking narrative’ in Slovakia is a layered one, because the cabinet that is about to be replaced has already been governing without parliamentary (National Council) backing. PM Eduard Heger (who replaced PM and 2020 election winner Igor Matovič known for, among others, **mismanaging** the COVID-19 pandemic) lost the confidence vote in December 2022 after several months of minority government riddled with partisan conflicts.

With the **no-confidence** vote having taken place in December 2022, why are the next elections not held before September? This decision was endorsed by the President Zuzana Čaputová, who acquiesced to the preference

of the former coalition parties to hold the early elections in September, instead of in June. The implicit reason for this was the hope to give time and build up support for democratic forces to ‘recover’ from the failures of the 2020 coalition. However, opposition (mainly illiberal) parties appear to have **capitalized** on the narrative of ‘mistrust towards the people’.

Moreover, the Constitution stipulates that in case of a resignation, the head of state is obliged to temporarily allocate the portfolio of the resigned cabinet member to another cabinet member. Bringing in a new individual is not allowed. Given this impossibility to replace ministers in a cabinet governing without a confidence vote if they resign, positions got accumulated in the cabinet as more ministers resigned. Namely, PM Heger lead both the Ministry of Finance and the Ministry of Health. While, theoretically, another cabinet member could have been appointed instead of the PM, this shrinking of the cabinets without confidence further undermined their governing capacity and placed unrealistic expectations on single individuals to manage multiple ministries, each with extensive agendas.

Even more important from the perspective of constitutional design are the implications of the constitutional amendment from more than ten years ago. That episode started with a similar situation—a non-confidence vote to the centre-right cabinet of PM Iveta Radičová due to one of the coalition parties **unwilling to support** Slovakia’s **participation** in the European Financial Stability Facility. The EFSF vote finally **passed** with the support of Robert Fico’s party Smer-SD (which is the main illiberal threat to Slovakia in 2023), but Fico stipulated as a condition for his support to curtail the powers of the cabinet to govern without confidence until the early elections held a few months afterwards.

The result of this demand was the 2011 constitutional amendment which was **enacted** in a matter of hours with no public or expert discussion. The amendment **strengthened** the position of the head of state, as it allowed

them to appoint the same cabinet which has failed in a confidence vote, but with curtailed competences. Three types of competences were created: some retained by the cabinet ruling without confidence in full, others subject to presidential assent and yet others non-accessible to the cabinet altogether. Two implications of this amendment should be pointed out. Firstly, it gives validity to the arguments made by political scientist [Robert Elgie](#) and [others](#), that parliamentary systems with a directly elected president may easily end up being de facto semi-presidential ones. The [closest model](#) to capture the executive-legislative relationship in Slovakia post-2011 is that of [‘alternating presidentialism’](#) by prominent Italian political scientist Giovanni Sartori, but its Slovak variant is flawed as the system does not switch fully to presidential governance after a no-confidence vote.

Secondly, the competences that cannot be exercised by the cabinet without confidence even with presidential assent become essentially ‘locked’, until a new cabinet is appointed. This creates an inability to govern: a problem that became an acute reality in Slovakia during the ‘fighter jet controversy’ in March 2023.

### The Fighter Jet Episode

The controversy [arose](#) when Heger’s cabinet (without majority support in the legislature) decided to gift the MiG-29 fighter jets to Ukraine, in exchange for more valuable military equipment to be supplied to it later. This made sense not only from a symbolic point of view, as reinforcement of Slovakia’s support for the Ukrainians’ defence, but also from a utilitarian standpoint, as Slovakia had no use of the fighter jets, many of which were dysfunctional without proper maintenance not available in Slovakia, unlike in Ukraine. Yet, controversies arose concerning the constitutionality of the handover, without parliamentary consent, as most Slovak constitutional lawyers [categorized](#) the decision as a ‘principal question of domestic and foreign policy’, which [is](#) one of the ‘locked’ competences to cabinets that have suffered a no-confidence vote.

A former Slovak PM who helped achieve Slovakia’s EU accession [made himself heard](#) that ‘morality’ needs to trump ‘law’ on certain important occasions, triggering [backlash](#) from the constitutionalist community (and, unsurprisingly, [the opposition](#)). The fact that the cabinet [claimed](#) it had prepared its own analysis which showed the constitutionality of the decision but declined to publish that analysis did not help the credibility of this posi-

tion. I have [defended](#) the view that the ‘[substantive core](#)’ of the Slovak Constitution, its commitment to democracy and fundamental rights protection, may require setting aside the competence limitation that incapacitates decision making on urgent issues, and cautioned against quick juxtapositions of ‘morality’ running affront to ‘law’ in this case. However, the Constitutional Court could have been given the opportunity to state its authoritative position, even though it would not have been feasible to wait for its verdict before deciding, given the urgency of the military situation in Ukraine.

The ‘fighter jet dilemma’ illustrates the problems with the 2011 constitutional amendment and the competence curtailments it triggers, as well as the growing malaise of the Heger cabinet which, in its aftermath, was marked by, if not unconstitutional practice, then at least non-transparent decision making that lacks justifications. The mere existence of this amendment yields support for Slovak presidents to lean towards the appointment of new cabinets that at least stand a chance of winning a confidence vote and exercising the full scope of executive competences until the elections. This is particularly the case under conditions of grave external turmoil, a concept difficult to conclusively define but certainly including a full-scale war on the country’s borders.

### The Months Ahead: A Clash between Democracy and Technocracy?

The prospects of the first caretaker cabinet in modern Slovak history have rejuvenated a debate on democracy versus technocracy. The dominant language of technocracy and ‘caretaker cabinets’ could be [explained](#) by taking a historical perspective or by an existing affinity with Czechia which has had three such cabinets already (two of which even secured the confidence vote of the legislature). During the First Czechoslovak Republic in the 1920s and the 1930s, heads of states enjoyed particular political authority and political parties often welcomed a ‘break’ in governing responsibilities by the president appointing a replacement. These ‘caretaker’ cabinets have taken some difficult decisions in pivotal moments of that regime’s history, notably in invoking legal restrictions on rights in the name of preventing the rise of antidemocratic forces.

Normatively, however, there are more than two positions in the current debate, which is likely to feature notably in the 2023 electoral campaign. Not unlike when it

**unfolds** in relation to the functioning of the EU institutions, the first set of positions says that a cabinet that does not reflect the composition of the parliamentary majority in the legislature lacks democratic legitimacy, but there is a disagreement whether this is good or bad. Supporters of the cabinet point to the prospects of renewed trust in expertise and the need to ‘tame’ democracy with qualification especially when the regime is under threat of an antidemocratic overthrow. Opponents would see democratic legitimacy in the ‘caretaker’ cabinet too; it comes precisely from the directly elected president, and may only be boosted in case of a successful confidence vote.

As former President of the Constitutional Court (and current President of the Judicial Council) Ján Mazák **highlights**, the phrase ‘caretaker cabinet/government’ is not mentioned anywhere in the Slovak Constitution. The text does not differentiate between the legitimacy of a cabinet composed of the president’s nominees without a partisan background and those who have recently succeeded in general elections. In fact, upon presidential appointment, both cabinets enjoy the full scale of their powers during the first thirty days upon appointment, within which they need to obtain the confidence vote. If that does not happen (which is the likely scenario with the upcoming Slovak cabinet), the president can appoint them, but as a cabinet with constitutionally limited competences.

Moreover, this thirty-day window opens the possibility for the cabinet to take decisions which were impossible to take since December due to the ‘locking’ of some of the competences effectuated by the 2011 constitutional amendment. An example is the nomination of a judge to the General Court of the ECJ, since, **according to** the Slovak Constitutional Court, nomination of candidates for

international judges are a ‘principal question of domestic and foreign policy’, one of the ‘locked’ competences of a cabinet with curtailed powers. All in all, the ‘caretaker cabinet’ could be seen as democratically legitimate from a ‘textualist’ perspective as well.

## The Constitution’s Authority Deficit

The deficits in constitutional design (in this case, particularly the 2011 constitutional amendment) have made the ‘transitional’ period between Slovak cabinets arising from the general elections needlessly more difficult than it could have been. Of course, partisan actors could have avoided the manifestation of these deficits with more responsible attitudes; but constitutional design with foresight needs to account for lack of such responsibility.

Professor Miroslav Kusý, dissident against the state socialist regime and one of the few Slovak signatories of the oppositional **Charter 77** initiative of the Czechoslovak Socialist Republic **wrote** about the need for education on constitutionalism shortly after the break-up of (post-communist) Czechoslovakia in the early 1990s. Besides other problems, however, it is difficult to educate about a constitution that has not been systematically **thought through** when it was **designed**, and even more difficult to invoke public respect and commitment to it as an authoritative point of reference. The experience leading to the appointment of the first ‘presidential’ cabinet in the country’s history illustrates these more systemic issues, that are unlikely to be tackled even if pro-democratic actors were to succeed in the September elections.

*This contribution was supported from the SYLFF Research Grant No. 2022–484.*



Mark Dawson

# The National Case for Reforming the EU Treaties

doi: 10.17176/20230516-181858-0



It is now a year since the Convention on the Future of Europe set-out [a series of recommendations on reforming the EU](#), many of them emerging directly from ‘juries’ of EU citizens. These reforms prompted the European Parliament to call in a June 2022 Resolution for a new Convention to alter the EU Treaties. The response of the European Council to that step – both then and since – has been a big fat no. The EU is be-set by multiple policy crises, with several governments (the most recent being that of Emmanuel Macron) facing deep domestic political conflicts. A year long process of institutional reform, which would then require unanimous national agreement and is hence doomed to failure, seems the last thing national leaders need.

This has tended to frame the debate on Treaty reform. Those favouring it are the classical pro-Europeans who complain about the EU’s democratic deficit and argue that the EU needs ambitious new powers in areas like health and defence to face its current challenges. As a result, calls for Treaty reform are framed in [the language of ‘more Europe’](#) and the classical idea that EU states are more and more inter-dependent and therefore require closer political cooperation. The problem, however, with this framing is obvious: it appeals precisely to those already sympathetic to Treaty reform and alienates those who do not or see it only as a process where they might lose. This is even more problematic as the potential ‘losers’ are the very actors who carry a monopoly on actually instigating Treaty reform in the first place (the Member States). Serious pro-Europeans therefore have to first and foremost engage with the right question – what do the Member States have to gain in re-opening the Treaties (given its obvious political costs)?

In truth, Treaty reform in the EU is the exception rather than the rule. The EU carried the same Treaty from 1957 to 1986 and has also carried the same Treaty since 2007. In the twenty year period in between, ‘serious’ Treaty amendments happened five times (not including one failed attempt). In this short piece, I want to argue

that four arguments of either explicit or implicit importance in encouraging states to engage in Treaty reform in this ‘reform period’ are of decisive importance again now. Many of these arguments have already found their way into political discourse (for example into the [cautious opening of the German government to Treaty reform](#)) while others have not. The key to making the national case for Treaty reform may therefore lie in demonstrating to the Member States that these factors make opening-up the Treaties in their national interest.

## Enlargement

By the early 2020s, the EU thought it was done with enlargement, captured by the oft-used term ‘enlargement fatigue’. The Ukraine conflict, and simmering tensions in the Western Balkans, has however put enlargement firmly back on the (geo-)political agenda. Enlargement poses many of the same questions to EU leaders today as it did in the first rounds of enlargement in the 70s and 80s. Do you want to bring new Members in under existing institutional and legal arrangements, or do you want to change them to your advantage first before the new Members arrive? Successive Treaty reforms in the 80s, 90s and 2000s were also therefore about the dynamic between insiders and outsiders. This was most clear in the 2001 Nice Treaty where Member States commonly acknowledged that only a radical increase in QMV (and the insertion of what is now Art. 7 TEU) would make the EU ‘ready’ for the massive increase of members from 2004.

While the EU is unlikely now to face 10 new members in a single enlargement, there is no doubt that the entry of the Ukraine, or West Balkan states, would significantly diversify the Union and challenge its decision-making structures. A key element therefore in the national case for Treaty reform is to convince the Member States to make the necessary changes now or be forced to integrate new states into a framework that they know is likely to become increasingly dis-functional.

## Integration by ‘stealth’

This, however, was not the only factor driving the reform of previous Treaties. Many of those Treaties, particularly Maastricht and Amsterdam, focused on building new institutions to tackle policy challenges. Examples include the European Central Bank, the European External Action Service and the range of agencies built-up during the 90s and 2000s. Such independent institutions have become increasingly important since 2007. Lacking the legal powers to tackle dramatic new policy crises – such as the Euro, refugee and Covid crises – the EU has essentially had to read new powers into existing legal provisions. Much of this work has been done by independent bodies, the most obvious example being the ECB (which has interpreted its primary and secondary mandates as including a range of activities from quantitative easing to prioritizing carbon neutral assets). The Commission has of course been playing the same game, the most dramatic of which was its decision to build the Recovery Fund on the basis of the emergency powers provided through Art. 122 TFEU.

Much of the attention regarding these developments has focused on their legal effects (such as the objections of the German FCC to new EU economic powers). A more fundamental objection, however, may concern their political effects. Simply put, do the Member States wish to continue to allow EU institutions to independently and dynamically interpret their powers or instead *themselves* seek a clearer say in what EU institutions can do and what they cannot? To take the example of the recovery fund, while the Member States of course agreed to it in the harrowing context of the Covid pandemic, its desirability and legal permissibility in the medium-term is much more questionable (and requires addressing unresolved question such as how debt instruments should be financed and re-paid).

Treaty amendment has always, therefore, been not just about empowering the EU institutions but *controlling* them i.e. using Treaty reform to direct the EU’s policy priorities and tie institutions to the mandate the Treaty provides. By refraining from Treaty reform, the European Council is ceding significant power to other EU institutions, which can use moments of crises and emergency to *move integration forward* and mold policies in their own image. A useful analogy is the Single European Act of 1986 – facing decades of ‘integration through law’, the introduction of QMV through the SEA was also an act of

national empowerment, allowing the Member States to shape EU law through ‘positive integration’ (as an alternative to highly judicialized integration). This dynamic also applies today – can the Member States fully trust independent EU institutions to act in line with national interests, or are they better using the Treaty to place themselves back in the driving seat of long-term integration?

## Subsidiarity and re-balancing power

In truth, Treaty reform does not always succeed in this task of putting the states back in the driving seat. However a Treaty provision is framed, it is always open to interpretation. Into this interpretive space, EU institutions can (and in a way must) develop their own agency. It is precisely for this reason, however, that Treaty reform is also often used to establish certain *procedures* to render accountable EU policy-makers, or otherwise to attempt to return regulatory autonomy to the national and local levels. Each prior stage of Treaty reform contains examples of this – the Single European Act therefore established the basis for what is now known as ‘comitology’/committee control of delegation; Amsterdam saw the addition of a specific protocol on Subsidiarity; and Lisbon further refined that protocol (for example by establishing a mechanism for national Parliaments to reject Commission proposals). All of these mechanisms spoke to an explicit trade-off – the EU gets certain powers, but the national level also gets compensatory mechanisms to re-balance power where it is extended too far.

This speaks directly to the discussion over ‘integration by stealth’ above. Treaty reform would be a way to give greater teeth to existing mechanisms to allow for subsidiarity in EU law or to establish new mechanisms to do so. Pro-reformists need therefore to get their thinking caps on – what would be the kind of grand institutional bargain such that Member States (and important actors within Member States, such as Trade Unions or regional governments) – could be re-assured that they will still have meaningful voice in new areas of EU policy? This is particularly important given that many of the most pressing demands for reform (such as a shift away from unanimity in areas like foreign policy and defence) would reduce national voice.

## The Treaty’s substantive shadow

Lastly, there are two ways of thinking about such ‘voice’.

One is to think short-term i.e. is an EU policy on X in my interest as a Member State? The second is to think long-term i.e. can I develop a mode of EU integration that is to the long-term advantage either of my state or my political party? In this long-term mind-set, the extensive EU literature on ‘over-constitutionalisation’ is relevant. One of the very consequences of the Treaty being hard to change is that it casts an incredibly long shadow – we are essentially living now with the policy choices of the generation of political leaders in power in the mid 2000s.

Treaty change therefore provides a unique opportunity for political leaders not just to establish policies for the here and now but for the long-term. Much has been written about [the imprint of Christian democracy](#) on the original Treaties – the establishment of the EU therefore projected a model of ‘responsible government’ and free markets long after its initial proponents in the 1950s left office. Recent Treaty changes also reflect this – the Amsterdam Treaty thus significantly upgraded the level of social rights protection enjoyed under EU law largely because it co-incided with the election of a string of centre-left governments.

Establishing a new Treaty provides current governments with a massive substantive opportunity – it allows them to set the substantive parameters of the EU in a way that will be exceedingly difficult for future leaders to change (a lesson present leaders are well aware of). As is well known, the EU has a number of populist governments. The majority, however, cleave towards the political mainstream and would represent the main agenda-setter in any IGC or constitutional convention. EU leaders would be wise to look forward as well as back – what kind

of political leaders will lead the EU in 5-10 years and what kind of political and institutional constraints would the EU leaders of today prefer them to be under? The last argument for Treaty change now therefore speaks explicitly to the Treaties’ counter-majoritarian effects – by altering the Treaty, national leaders have a unique opportunity to give the future EU their own lasting imprint. This last national argument for Treaty reform is perhaps the most insidious (to be clear this is a tactical rather than normative argument!), but for that very reason important for proponents of reform to keep in mind: national leaders are conscious of their legacy and this can work in favour of EU reform as well as against it.

One need not always think of Treaty reform as a zero-sum game between the national and EU levels. At best, prior Treaties paved the way for policies that strengthened both levels alike. This piece has also ignored a further serious issue – even once the European Council agrees to open the Treaty reform box, the next perilous step is addressing conflicts *between* Member States over reform. Treaty reform requires, however, making the first step i.e. that the establishment of a new Treaty would not only allow the Member States to better achieve their political objectives but allow them to adequately control the direction of future integration. The truth is that national leaders – if they embark on Treaty reform – are taking a massive risk; first and foremost to their political careers. Asking those leaders to put Europe and country first is noble but it is also naïve. Those for a new EU Treaty need to be prepared to answer the question anyone asks before embarking on a risky new deal: what’s in it for me? There are still plenty of good answers to this question.

Balázs Majtényi, Júlia Mink, Zsolt Körtvélyesi

# Betrayal

The EU Fundamental Rights Agency's Unexpected Support for Authoritarianism in Hungary

doi: 10.17176/20230511-061714-0



Various EU bodies have started to appreciate the threat the anti-constitutional challenge poses to fundamental rights and the entire EU. The Fundamental Rights Agency (FRA), the body primarily tasked with watching over fundamental rights, chose a different path and committed to collaboration and to legitimizing an illiberal regime. As earlier contributors to FRA reports on Hungary, we felt the responsibility to call attention to this unfortunate development: The FRA recently [committed](#) to rely on reporting from two governmental-controlled institutions, the National University of Public Service and the Hungarian ombudsperson.

You might not be blamed for not being aware of its existence during the past years' rule of law and human rights crises, but the EU has a dedicated institution focusing on human rights issues, the FRA. We have even been contributing to its reports, hoping that they might feed into European institutional responses to the anti-constitutionalist turn that readers of this blog are well aware of. What we have witnessed instead is an EU body with a clear mandate to protect fundamental rights becoming complicit in legitimizing an authoritarian regime. We are now in the uncomfortable position to sound the alarm bell as researchers who have been documenting the backsliding, including as experts in FRA reporting up to this decision, and who are committed to the values of democracy, human rights, and the rule of law. Although the EU and its various bodies are sworn to protect these values too, the FRA made a move that shows such manifest complicity with the Hungarian regime that we could not remain silent.

We have to start with some background: The main task of the FRA is to conduct EU-wide research on various issues related to human rights protection. In order to be able to accomplish this, the FRA selects contributors to their reports via a multi-annual framework. Such a [call](#) was published in 2022 for the upcoming four-year reporting period. One bidder from Hungary this time was the

National University of Public Service which also listed the Office of the Commissioner for Fundamental Rights (the Hungarian ombudsperson). Both institutions have a track record of supporting backsliding that undermines fundamental rights, and both are entities captured by the Hungarian regime. The National University of Public Service is a higher education institution under close government control. Under the law, the person ultimately responsible for decisions related to the maintenance, administration and management of the NUPS is “the political director of the Prime Minister” (Art. 4 of [Act No. 132 of 2011](#)). This institution is known for receiving disproportionate funding, [partly from EU sources](#), in an environment where academia has been extremely [underfunded](#). [Reports](#) range from bogus projects legitimizing the government (under the label of ‘good governance’) to ousting colleagues with critical views or blocking promotions on similar grounds.

The Hungarian ombudsperson is a regime loyalist who fails to live up to the mandate of the institution he leads. The Hungarian Helsinki Committee reported on the systemic failures in [a detailed analysis](#). Based on these developments, the Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI) has downgraded the status of the Ombudsperson's office (Office of the Commissioner for Fundamental Rights) to “[B – partially compliant](#)” under the UN's Paris Principles. Similar issues have been noted by the Commission, in its 2022 Rule of Law report on the Hungarian situation: “[Concerns as regards the independence of the Commissioner for Fundamental Rights have been aggravated by the takeover of the responsibilities of the Equal Treatment Authority by the Commissioner.](#)”

In this light, it is surprising and disturbing to see the Fundamental Rights Agency picking these institutions specifically to provide information on the fundamental rights situation in Hungary. This could have been an omission, even if a major one, from the institution tasked



with providing ‘objective’ and ‘reliable’ information on the situation of fundamental rights in Member States. After all, we have all been witnessing how Hungarian developments took many EU institutions off-guard. But it has become clear that this was not an oversight: the FRA confirmed and stood by its decision even after these circumstances were brought to its attention through repeatedly submitted observations urging reconsideration. This comes at a time when other European bodies have realized, after over a decade of backsliding, the threat the Hungarian regime poses to the functioning of the EU. EU conditionality specifically includes the denial to recognize higher education institutions with compromised autonomies (adopted under [the rule of law conditionality decision on Hungary](#) and referring to [conflicts of interest and the transparent use of EU support](#)) for the purposes of EU academic support (Horizon and Erasmus programs). These concerns apply a fortiori to the National University of Public Service, which is under direct government control. If higher education institutions with politicians in their management and supervisory bodies cannot be considered independent enough to qualify as universities, this is undoubtedly the case with an entity under the command of the political director of the Prime Minister.

The FRA decision might have been motivated by budgetary considerations; the National University of Public Service has been lavishly funded from public (EU and national) funds, which allows for a lower bid than actors without similar backgrounds. (By the same logic, state funding could allow one to make a bid asking for no or symbolic compensation, leading to further savings.) However, this would only confirm that fundamental rights concerns are relegated to an, at best, secondary role under [the ‘best price-quality ratio’ that the call commits to](#). Add to this that the setup also goes against core EU principles on state aid: if would-be contractors can offer a fraction of the price because they receive funding from somewhere else, that undermines the idea of fair competition. The decision also indicates a structural problem that goes back to how the FRA functions, the direct influence of Member State governments, including the Hungarian one. The [Management Board](#) member from Hungary is Gergely Deli, rector of the National University of Public Service, which also raises conflict of interest questions. The rector, in his [declaration of interest](#) posted on the FRA website, declares that he has no interest to the choice of contractors, also specifically “in

calls regarding the selection of FRANET National Focal Points” (para. 4).

What the decision reveals about the FRA is also of concern because the problem can be contagious: As we have seen with other illiberal innovations, governments can learn from each other. We think that, after last year’s update to FRA regulations, more efforts are necessary from the Council to ensure that the Agency is capable of fulfilling its original mandate, even under a minimalist program, far from the role envisaged for the FRA as a possible [credible guardian of EU fundamental values](#). Note, for example, that the 2020 conditionality regulation specifically mentions the FRA: “The Commission could consult the European Union Agency for Fundamental Rights... if necessary for the purpose of preparing a thorough qualitative assessment.” (para. 16) The FRA undermined its own main mandate, which would have been to provide expertise to European decision-makers as they seek to make sure fundamental rights are protected. As it was defined in the relevant Article 2 of the Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights:

“The objective of the Agency shall be to provide the relevant Union institutions, bodies, offices and agencies and the Member States when implementing Union law with assistance and expertise relating to fundamental rights in order to support them when they take measures or formulate courses of action within their respective spheres of competence to fully respect fundamental rights.”

The present account does not rest on the implicit view that EU institutions are responsible for instigating systemic changes in Hungary. True, as concerned Hungarians, we couldn’t not notice how the financial and other support from EU membership has been contributing to the consolidation of the Hungarian regime. However, other bodies, from the Court through the Parliament to, ultimately, the Commission and the Council, have all started to take note of this common European responsibility. It is alarming to see the EU body primarily tasked with watching over fundamental rights failing utterly.

*Disclaimer: As indicated in the post, the authors were contributors and reviewers in the past to FRA reports, prior to the current decision, and were involved as applicants in*



the appointment in question.

---

**Note by the editor:** *The FRA was only given the opportunity to comment on the paragraph starting with “The FRA decision might have been motivated by budgetary considerations”. This is their answer:*

„Dear Max,

Please find below a comment from the EU Agency for Fundamental Rights (FRA):

**Public Procurement**

*The EU Agency for Fundamental Rights (FRA) has robust public procurement procedures and internal controls in place, as repeatedly confirmed by the regular audits carried out by the European Court of Auditors and the Internal Audit Service of the European Commission.*

*Under EU rules, private and public economic operators can bid for FRA calls for tenders. These tenders follow the basic principles of EU public procurement. The award criteria for EU procurement procedures are normally composed by two criteria, quality and price (in the EU jargon, most economic advantageous tender), weighting different percentages; in this specific case 60/40 respectively. The bidder obtaining the highest points combining these criteria wins the tender.*

*If during the evaluation, the evaluation committee considers that the financial offer is “abnormally low”, they proceed to an assessment of the offer and, if needed, the bidder may be requested to provide necessary justification of its prices.*

**Conflict of interest**

*FRA has in place comprehensive rules for prevention of conflict of interest concerning its Management Board and Scientific Committee Members.*

*The Agency runs on a regular basis a process for assessing the declarations of conflict of interest submitted by the members of the Management Board, which are updated annually or whenever there is any substantial change to the individual situation of a member.*

*This procedure is currently ongoing. Any potential cases of conflict of interest, or risks thereof, are discussed and decided during the regular meetings of the Management Board. The next meeting will take place on 25 and 26 May.*

**Independence of MB Members**

*Regarding the independence of FRA Management Board members – FRA’s Management Board brings together people with experience in the management of public or private sector organisations and knowledge in the field of fundamental rights from the Member States, the European Commission and the Council of Europe.*

*It is composed of:*

- *one independent person appointed by each of the 27 Member States of the EU and by each of the States holding observer status*
- *one independent person appointed by the Council of Europe*
- *two representatives of the Commission.*

*Please, also note that any information delivered by FRANET to FRA is checked for quality by FRA experts.*

*We hope our comment answers your request.*

*Best regards,*

*[Signature]“*

Alexander Kratz

# Gewaltenteilung vor Klimaschutz

Der französische Verfassungsrat marginalisiert die Gesetzesfolgenabschätzung

doi: 10.17176/20230501-204436-0



Nach ihrem [Pyrrhussieg in Sachen Rentenreform](#) wurde der französischen Regierung Ende vorletzter Woche vom *Conseil constitutionnel* (Verfassungsgericht, wörtlich Verfassungsrat) erneut der Rücken gestärkt (C.C., 20.4.2023, 2023-13 FNR). Anlass war ein Gesetzesentwurf zur massiven Aufstockung des Militärbudgets (*Loi de programmation militaire*), als französische Reaktion auf den russischen Angriffskrieg und als Versuch, das Zwei-Prozent-Ziel der NATO zu erreichen (kein exklusiv deutsches Problem).<sup>1</sup> Verfassungsrechtlich ging es dabei um die Frage, wie intensiv Gesetzesfolgenabschätzungen gerichtlich zu kontrollieren sind. Ein Blick nach Paris lohnt sich auch vor dem Hintergrund des deutschen Bestrebens, einen „Klimacheck“ für Gesetze einzuführen,<sup>2</sup> welcher vor ähnlichen verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten stehen dürfte.

## Trente-neuf quatre kontert Quarante-neuf trois

Der Missmut über Macrons Rentenreform ist enorm, gerade auch über die Art und Weise, wie sie mithilfe des *Quarante-neuf trois* (Art. 49 Abs. 3 *Constitution française*) durchgesetzt wurde. Dank diesem können Gesetze auch ohne Parlamentsmehrheit verabschiedet werden, wenn nicht ein Misstrauensantrag gleich die ganze Regierung stürzt. Auch wenn dieses Vorgehen schon seit 1958 in der Verfassung vorgesehen ist und bereits etliche Male genutzt wurde, steht es als undemokratisch in der Kritik.

Hinsichtlich des Gesetzesvorhabens zur Militärfinanzplanung versuchte nun die verärgerte Opposition ihrerseits, die Regierung mithilfe einer verfassungsrechtlichen Verfahrensvorschrift zu düpieren. Erst zum zweiten Mal überhaupt kam es zu einem Verfahren nach Art. 39 Abs. 4 der französischen Verfassung. Hiernach kann das Parlament ablehnen, einen Gesetzesentwurf auf die

Tagesordnung zu übernehmen, wenn das Organgesetz n° 2009-403 nicht eingehalten wurde.

Die Opposition berief sich nun darauf, dass eine zu oberflächliche Gesetzesfolgenabschätzung vorgelegt worden sei. Eine solche étude d'impact ist zu den wirtschaftlichen, finanziellen, sozialen und ökologischen Folgen von Gesetzesentwürfen der Regierung vorzulegen (Art. 8 Organgesetz n° 2009-403). So sei für den ca. 413 Mrd. € umfassenden Militärfinanzplan nicht aufgeschlüsselt, woher genau die 13,3 Mrd. € kommen sollen, die laut Regierung u.a. aus Immobilienverkäufen zu generieren seien. Zudem seien unter anderem die Umweltfolgen der Verlegung von Unterwasser-Pipelines nicht diskutiert worden. Die Regierung rief daraufhin den *Conseil constitutionnel* an.

## Macrons Wahlniederlage rächt sich

Dass Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* nun überhaupt herangezogen werden konnte, ist vor allem der Tatsache geschuldet, dass Präsident Macron im Juni letzten Jahres die absolute Mehrheit in der *Assemblée nationale* verlor. Seitdem regiert Premierministerin Élisabeth Borne mit einer Minderheitsregierung, die von der konservativen Partei Les républicains gestützt wird. Nur bei solchen Minderheitsregierungen wird Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* politisch relevant, da die Opposition nur dann die Mehrheit besitzt, um dem Gesetzesentwurf die Aufnahme auf die Tagesordnung zu verweigern.<sup>3</sup> Nun stimmte die Opposition einschließlich der Républicains für die Zurückweisung des Gesetzesentwurfs, was als Ausdruck des Unmuts über die Rentenreform auch in den Reihen der Républicains gedeutet werden kann.

Dabei sind Minderheitsregierungen in Frankreich seit der Verfassungsänderung 2002 unwahrscheinlich, weil

<sup>1</sup>Eine Graphik zum Verhältnis Militärausgaben-BIP und mit Zweifeln an der Erreichbarkeit des Zwei-Prozent-Ziels: Servière, *Programmation militaire 2024-2030 : encore insuffisante pour atteindre les 2% du PIB*.

<sup>2</sup>Dietsche, ZRP 2022, 21; Pressemitteilung des hessischen Umweltministeriums vom 27.1.2023 zum hessischen Klimagesetz, das einen „Klimacheck“ beinhaltet.

<sup>3</sup>De Montis, *La rénovation de la séance publique du Parlement français*, Paris 2016, Rn. 700.

diese die Wahlen von Präsident und Nationalversammlung zeitlich aufeinander abstimmt. Durch den Niedergang der Volksparteien könnten französische Minderheitsregierungen in Zukunft jedoch die Regel werden, die Rentenreform-Krise könnte ein Indiz für das Ende des sogenannten „*fait majoritaire*“ (französisch für Gewaltenteilung von Exekutive und Regierungsfraktion) sein, wie Nicolas Roussellier im französischen Blog Jus Politicum [schreibt](#).

Insofern könnte Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* künftig häufiger zum Einsatz gelangen, die Opposition könnte schwache Gesetzesfolgenabschätzungen nun regelmäßiger angreifen. Wünschenswert, könnte man meinen, schaut man darauf, für welche unterschiedlichen Ziele die Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland und Frankreich bereits eingesetzt werden sollte:

### Gesetzesfolgenabschätzungen gegen die Klimakrise

Die Gesetzesfolgenabschätzung geriet vor etwa 20 Jahren verstärkt in den Fokus der deutschen und französischen Rechtspolitik. Durch Begründungs- und Quantifizierungspflichten sollten die Regierungen veranlasst werden, ihre Gesetzesentwürfe detaillierter zu überdenken. Hierzulande sehen seit 2000 die §§ 43 I Nr. 5, 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) die Verpflichtung zur Gesetzesfolgenabschätzung vor, 2006 wurde zudem ein Normenkontrollrat errichtet. In Frankreich ergibt sich die Pflicht zur *étude d'impact* seit 2009 aus dem bereits genannten Organgesetz (Art. 8 Organgesetz n° 2009-403) und wurde verfahrensrechtlich durch Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* gestärkt. Damit sollten insbesondere der Gesetzgeber zur Sparsamkeit angehalten und Bürokratiekosten nach niederländischem Vorbild durch das interessante sog. [Standardkostenmodell](#) quantifizierbar gemacht werden.

Aktuell erfährt das Instrument der Gesetzesfolgenabschätzung trotz seiner viel kritisierten praktischen Bedeutungslosigkeit eine Renaissance. Die Ampel-Koalition möchte laut Koalitionsvertrag nicht nur einen „Klimacheck“ für Gesetzesentwürfe einführen, sondern zugleich natürlich auch, ganz im Zeitgeist, einen „Digitalcheck“ und einen „Gleichstellungs-Check“. Auf Bundesebene soll der Klimacheck noch im Klimaschutzgesetz verankert werden, in Hessen trat ein solcher „Check“ vor etwa zwei Monaten gemäß [§ 7 Abs. 3 Hessisches Klimagesetz](#) in Kraft:

Beschlüsse der Landesregierung über Gesetzesentwürfe und Verordnungen werden unter Abwägung der Auswirkungen auf die Klimaschutzziele nach § 3 [Hessisches Klimagesetz] gefasst. Die wesentlichen Abwägungen und Entscheidungsgründe sind in der Beschlussvorlage festzuhalten.

### Bürokratieabbau durch Bürokratie

In der Praxis hält sich der Nutzen solcher Gesetzesfolgenabschätzungen jedoch bislang in Grenzen. In Deutschland liegt dies bereits an ihrer normhierarchischen Verankerung. Nach herrschender Meinung ergibt sich aus dem Grundgesetz schon keine Begründungspflicht für Gesetze und erst recht keine Folgenabschätzungspflicht bereits im vorgelagerten Stadium des Gesetzesentwurfs. Vielmehr ist eine Folgenabschätzungspflicht lediglich auf Ebene der Geschäftsordnungen festgehalten, welche als Binnenrecht für Externe keine Rechtswirkung und als bloße Regierungsselbstregulierung in der Praxis keine Durchschlagskraft entfalten. Die prozessuale Rügbarkeit des hessischen Klimachecks wäre zu erörtern, da dieser immerhin auf Ebene eines formellen Landesgesetzes verankert ist (Abgrenzung Verwaltungs- und Landesverfassungsrechtsweg, Feststellungsklage?). Könnte die Opposition dann einen Gesetzesentwurf notfalls auf dem Gerichtswege stoppen?

Interessanterweise wird in Deutschland und Frankreich zudem dieselbe Methode angewandt, um keine Gesetzesfolgenabschätzung anfertigen zu müssen: Die Regierungsfractionen bzw. -abgeordneten (die wegen des freien Mandats keine solche Abschätzung vorlegen müssen) bringen die Gesetzesentwürfe anstelle der Regierung ein. Darüber hinaus wird in der Literatur die geringe bzw. schwankende Qualität der *études d'impact* bemängelt. Der französische *Conseil d'État* stellte 2016 in seinem Bericht [„Simplification et qualité de droit“](#) fest, dass sich trotz der *études d'impact* mitsamt ihren Begründungs- und Reflektionspflichten die Gesetzesqualität verschlechtert habe. Überraschend ist das nur bedingt, klingt es doch verdächtig nach einem Schildbürgerstreich, Bürokratieabbau durch neue Bürokratie zu betreiben.

In Frankreich ist die *étude d'impact* erstaunlich prominent eingeführt worden. Die Pflicht zur Erstellung einer solchen ist in einer sog. *Loi organique* (Organgesetz) verankert. In der Normenhierarchie sind solche Gesetze unterhalb der Verfassung, aber oberhalb gewöhnli-

cher formeller Gesetze (!) angesiedelt und können daher auch Prüfungsmaßstab bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle einfacher Gesetze sein.<sup>4</sup> Darüber hinaus ist die Pflicht über Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* gar in der Verfassung verfahrensrechtlich abgesichert.

## Die Gesetzesfolgenabschätzung wird kaltgestellt

Vergangene Woche entschied sich der *Conseil constitutionnel*, dieses verfassungsrechtliche Potential nicht auszuschöpfen und die *étude d'impact* nicht dauerhaft als wirksames Instrument der Verfassungswirklichkeit auszugestalten. Ohnehin war Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* schon dadurch nicht allzu wirksam, dass er, wie dargestellt, regelmäßig nur in Zeiten von Minderheitsregierungen relevant wird und innerhalb einer praktisch kurzen zehntägigen Frist aktiviert werden muss. Nun schwächt der *Conseil* ihn zusätzlich, indem er nur einen stark reduzierten Prüfungsmaßstab anlegt.

Unter Fortführung seiner bisher einzigen Entscheidung von 2014 (C.C., 1.7.2014, 2014-12 FNR) überprüfte der *Conseil constitutionnel* lediglich, ob überhaupt eine solche *étude d'impact* mit den Kategorien Wirtschaft, Finanzen, Soziales und Umwelt angefertigt wurde. Er verwies darauf, dass in diesem Verfahren eine vollständige Verfassungsmäßigkeitskontrolle nicht erfolgen könne (verständlicherweise, angesichts der kurzen acht-Tages-Entscheidungsfrist), zumal hierfür die Normenkontrollen nach Gesetzesverabschiedung zur Verfügung stünden. Angesichts dieser minimalen Kontrolle weise die *étude d'impact* zur Militärfinanzplanung eine „hinreichende Bestimmtheit“ auf.

Warum auch eine Überprüfung offensichtlicher Lücken in der *étude d'impact* nicht erfolgen kann, erläuterte der *Conseil constitutionnel* hingegen nicht. Dies war von Bertrand-Léo Combrade bereits 2014 kritisiert worden. Jedenfalls dürfte mit der aktuellen Entscheidung die Aktivierung des Art. 39 Abs. 4 *Constitution française* endgültig ihren Reiz verloren haben. Vertan sein könnte damit auch die Chance, die *étude d'impact* als wirksames Instrument des Klimaschutzes nutzbar zu machen, obwohl anders als in Deutschland in Frankreich bereits nach geltendem Recht auch die Umweltfolgen in der Gesetzesfolgenabschätzung darzustellen sind. Dies dürfte der *Conseil constitutionnel* in Kauf genommen haben, um in französischer Verfassungstradition die Exekutive zu

schützen.

## Verfassungsrat schützt die Regierung doppelt

Denn in den Blick zu nehmen waren auch die Auswirkungen auf die Gewaltenteilung durch eine scharfe Kontrolle der *études d'impact*.

Mit einer solchen hätte der *Conseil constitutionnel* das verfahrensrechtliche Arsenal der Opposition um ein obstruktives Instrument ergänzt. Mit größeren Erfolgsaussichten hätten in Zeiten der Minderheitsregierung dann die Oppositionsparteien regelmäßig schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens eben dieses verzögern können. Dass die parlamentarische Obstruktion der französischen Opposition nicht völlig fernliegt, zeigt die bis zu einer Verfassungsänderung im Jahr 2008 öfter auftretende (an Filibuster erinnernde) Taktik der Opposition, unzählige Gesetzesänderungsvorschläge vorzubringen, um Gesetze zu blockieren. Die Entscheidung wahrt insofern Handlungsspielraum und Reaktionsschnelligkeit der Regierung.

Auch angesichts der verfassungsprozessualen Implikationen scheint die Entscheidung nachvollziehbar. Eine strenge Prüfung der *études d'impact* hätte die verfassungsgerichtliche Kontrolle strukturell in doppelter Hinsicht ausgedehnt: Erstens hätte sich die Anrufung des *Conseil constitutionnel* bereits auf den Zeitpunkt der Einbringung des Gesetzesentwurfs vorverlagert. Zweitens könnte eine intensivere Kontrolle der Gesetzesfolgenabschätzung zu einer Zweckmäßigkeitskontrolle von Gesetzen mutieren, was im Sinne der Gewaltenteilung problematisch wäre. Insofern schützte der *Conseil constitutionnel* die Regierung vergangene Woche auch vor dem *Conseil constitutionnel*.

## Und wenn es eine andere Lösung gäbe?

Der *Conseil constitutionnel* scheint sich festgelegt zu haben. Und doch ist es denkbar, den *études d'impact* prozessual anderweitig Gewicht zu verleihen. So könnten die *études d'impact* auch nach Gesetzesverabschiedung im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 61 *Constitution française* Berücksichtigung finden. Dies hätte zudem den Vorteil, dass die Opposition das Gesetzgebungsverfahren hiermit nicht obstruieren kann.

Auch müsste dies nicht zwingend zur unerwünschten Zweckmäßigkeitskontrolle der Gesetze führen, wenn

<sup>4</sup>Marsch, in: ders./Vilain/Wendel (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin Heidelberg 2015, S. 265.

die Kontrolle der *études d'impact* auf einzelne Fälle beschränkt bleibt. Angeknüpft werden könnte hierbei an die Idee der Prozeduralisierung des Rechts: Diese betrifft jene Rechtsbereiche, in denen die Gerichte dem Gesetzgeber aus unterschiedlichen Gründen weite Spielräume belassen, auch um Zukunftsoffenheit zu gewährleisten. Kompensiert wird dies durch genauere Verfahrensvorgaben,<sup>5</sup> beispielsweise Gesetzesfolgenabschätzungen. Konkret kann also die Angemessenheits-

kontrolle etwas weniger streng ausfallen, wenn der Gesetzgeber belegen kann, dass er sich über die Erforderlichkeit der Norm und über etwaige Alternativen intensiv Gedanken gemacht hat, was er wiederum durch eine gehaltvolle Gesetzesfolgenabschätzung belegen könnte.<sup>6</sup> Vielleicht besteht bei Gesetzesfolgenabschätzungen also doch noch Hoffnung auf beides: Gewaltenteilung und Klimaschutz.

---

<sup>5</sup>Rauber, *Zukunftsorientierung und Prozeduralisierung im öffentlichen Recht*, AöR 143 (2018), 68, 102ff.

<sup>6</sup>Vgl. zu einem faktisch ähnlichen Vorgehen des EuGH im Bereich des Datenschutzes: Marsch, *Das europäische Datenschutzgrundrecht*, Tübingen 2018, S. 196ff.



Miriam Vollmer

# Die stille Transformation

Zur Novelle der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EU

doi: 10.17176/20230504-204541-0



Während sich die Republik über angebliche Heizungs- und Verbrenner-Verbote zerfleischt, fielen in Brüssel Entscheidungen: Am 25. April 2023 hat nach der finalen Abstimmung im Europäischen Parlament auch der Rat einer umfassenden Änderung der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG (EHRL) zugestimmt und Reichweite wie Ambitionsniveau des Emissionshandels noch einmal deutlich gestärkt. Damit ist nun klar, wie es mit dem zentralen Instrument des EU-Klimaschutzes weitergeht. Zeit für einen Überblick.

## Wie funktioniert der EU-Emissionshandel überhaupt?

Die Grundidee des EU-Emissionshandels nach der EHRL ist simpel. Der Staat, hier die EU, legt jeweils periodenbezogen fest, wie viel t CO<sub>2</sub> die erfassten Akteure insgesamt emittieren dürfen. Diese Gesamtmenge nennt man das „Cap“. Die Gesamtmenge wird nun in elektronischen Zertifikaten verkörpert. Für jede t CO<sub>2</sub>, die in der EU legal emittiert werden darf, gibt es also ein (nummeriertes) Zertifikat.

Die Zertifikate werden auf die Mitgliedstaaten aufgeteilt, aber diese Aufteilung hat im Wesentlichen nur eine finanzielle Funktion. Die Mitgliedstaaten versteigern nämlich den größten Teil dieses Schatzes. Ein im Vergleich kleinerer Teil wird noch nach europaweit einheitlichen Regeln kostenlos zugeteilt. Die so auf den Markt gelangten Zertifikate sind aber in der ganzen EU handel- und nutzbar. Die erfassten Akteure – aber auch jeder andere, wie etwa Banken und Händler – können sie kaufen. Es handelt sich also auf der einen Seite um ein börsengehandeltes Gut wie jedes andere, dessen Preis nicht staatlich festgelegt wird, sondern der sich an der Börse entlang von Angebot und Nachfrage bildet. Derzeit schwankt der Preis zwischen 90 und 100 EUR. Da jedes Jahr weniger Zertifikate ausgegeben werden, werden diese absehbar immer teurer.

Auf der anderen Seite haben diese Zertifikate eine öffentlich-rechtliche Funktion. Es sind Genehmigungen, die die Emission jeweils einer emittierten t CO<sub>2</sub> lega-

lisieren. Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Emissionshandels fallen, müssen deswegen jedes Jahr zum 1. März einen Bericht an die jeweils zuständige nationale Behörde erstatten, in dem sie die Menge emittierter Treibhausgase berichten, und zwei Monate später eine entsprechende Anzahl von Zertifikaten an die nationale Behörde abführen, die sie vorher gekauft haben oder die ihnen nach europaweit einheitlichen Regeln kostenlos zugeteilt wurden. Kommen sie dem nicht nach, so wird neben der Abgabepflicht eine Strafzahlung von 100 EUR pro verspätetem oder ausgebliebenen Zertifikat fällig. Bei Emissionen im sechsstelligen Bereich schon bei einer nur mittelgroßen Industrie- oder Kraftwerksanlage würde ein solches Versehen ein Unternehmen normalerweise ruinieren.

Durch die Mengenbegrenzung ist gesichert, dass maximal so viel emittiert werden kann, wie vorher festgelegt wurde. Die wichtigste Zahl im Emissionshandel ist also allein das Cap, alle weiteren Detailregelungen machen den EU-Emissionshandel funktioneller, stabiler, vielleicht gerechter, sie sind aber an sich klimaschutzneutral. Die mit Abstand interessanteste Zahl bei jeder Neuregelung ist also die fortschreitende Verknappung der Zertifikate durch die Verkleinerung des Caps in jährlichen Schritten, dem sog. „linearen Faktor“.

Diese Minderung durch Verknappung zieht aber – so das Modell – keinen Verzicht auf Produktion und damit eine Wohlstandsminderung nach sich. Unternehmen werden durch die Verteuerung der Produktion durch den Zusatzfaktor Zertifikat vielmehr motiviert, zur Vermeidung immer weiter steigender Kosten in emissionsärmere oder -freie Technologien zu investieren.

## Der Emissionshandel wird größer!

Heute beteiligen sich in der EU rund 11.000 Industrieanlagen und Kraftwerke am Emissionshandel, außerdem gibt es ein separates System für europäische Flüge, das allerdings nur rund 2% der insgesamt erfassten Emissionen des ETS ausmacht. Künftig wird der Emissionshan-

del aber schlagartig deutlich größer: Zum einen wird die Seeschifffahrt einbezogen. Zum anderen sollen ab 2027 künftig auch Verkehr und Gebäude einbezogen werden. Auch die Abfallverbrennung soll künftig dem Emissionshandel unterliegen, aber das können die Mitgliedstaaten bis ins Jahr 2030 aufschieben.

Mit Verkehr und Gebäude kommen nun die beiden großen Sektoren ins System, die bisher zumindest auf EU-Ebene nicht durch eine Höchstmengenbegrenzung reguliert wurden. Anknüpfungspunkt dieses ETS II wird nicht – wie im bestehenden Emissionshandelssystem – der einzelne Emittent sein. Statt dessen werden (wie heute schon im BEHG) die Lieferanten von Benzin, Diesel, Heizöl, Erdgas und anderen fossilen Brenn- und Treibstoffen zu Berichterstattung und Abgabe verpflichtet. Diese beaufschlagen dann die Brenn- und Treibstoffe beim Verkauf, so dass der Kauf fossiler Brenn- und Treibstoffe für Kunden immer weniger attraktiv wird.

## Was ändert sich am Cap?

Aktuell schmilzt das Budget für die schon erfassten großen, genehmigungsbedürftigen Anlagen aus Industrie und Kraftwerkswirtschaft um jährlich 2,2%. Das Budget schrumpft also von 2021 bis 2025 um rund 10% gegenüber dem Vorniveau.

Diese allmähliche Verknappung des Caps nimmt künftig weiter Fahrt auf: Bis 2030 sollen die Emissionen insgesamt um 62% reduziert werden. Um dieses Ziel zu erreichen, wird von 2024 bis 2027 jedes Jahr das Budget um 4,3% abgesenkt. Ab 2028 wird die Abschmelzung auf 4,4% p. a. gesteigert. Damit findet die Verkleinerung um 10% künftig alle 2,5 Jahre statt. Bei gleichbleibendem Minderungspfad erreicht die Menge an ausgegebenen Zertifikaten 2040 damit die Nulllinie, so dass dann nur noch die Zertifikate aufgebraucht werden können, die schon im Umlauf sind.

Eine weitere Maßnahme ertüchtigt den anlagenbezogenen Emissionshandel schon seit 2019: Es gibt eine Art Bank unter Verwaltung der Europäischen Kommission, die Marktstabilitätsreserve. Wenn zu viele Emissionsberechtigungen im Umlauf sind, wird die ausgeschüttete Menge teilweise auf diesem Konto „zwischengeparkt“. Sind weniger als 400 Mio. im Umlauf, so dass die Preise in unerwünschtem Maße steigen, werden 100 Mio. aus der MSR ausgespeist.

Derzeit ist dieses Reservekonto prall gefüllt. Es gibt insgesamt also zu viele Berechtigungen. Die Gesamt-

menge soll deswegen abgeschmolzen werden, so dass die Gesamtmenge an Zertifikaten sich insgesamt verringert; 2024 werden 90 Mio. gelöscht, 2026 weitere 27 Mio. Sie kommen also nie auf den Markt. Insgesamt findet im anlagenbezogenen Emissionshandel damit eine deutliche weitere Verknappung statt. Das heißt: Die Preise sollen und werden steigen.

Bei den – nicht konvertierbaren – Zertifikaten für Gebäude und Verkehr findet überhaupt erstmals eine Verknappung statt. Es gibt zwar mit dem deutschen Brennstoff-Emissionshandelsgesetz (BEHG) seit 2001 ein auf Deutschland begrenztes Emissionshandelssystem, allerdings sind im BEHG bisher keine absoluten Mengenbegrenzungen vorgesehen. Die Preise sind vorerst gesetzlich festgelegt. Das wird künftig anders aussehen: Die EHRL sieht ein festes Budget vor, das jedes Jahr erst um 5,1% sinkt, dann ab 2028 um 5,38% gegenüber 2025.

Was das für die Preise bedeutet, ist weitgehend offen. Die EHRL erklärt ein anfängliches Preisniveau von 45 EUR für erstrebenswert, allerdings ist diese Grenze durch keinen Mechanismus garantiert. Wenn die 45 EUR erreicht werden, kann die Kommission weitere Zertifikate auf den Markt bringen, die aus einer eigenen Marktstabilitätsreserve für den ETS II stammen. Diese ist aber endlich. Das heißt: Wenn die Verbraucher nicht vor 2027 ihre Emissionen senken, etwa durch begleitende Maßnahmen wie Regulierungen im Heizungs- oder Gebäudebereich, ist es wahrscheinlich, dass schon in den ersten Jahren deutlich höhere Preise entstehen. Dieser Zusammenhang wirft ein anderes Licht auf die aktuellen Debatten über ordnungsrechtliche Maßnahmen, die Druck von der Nachfrageseite nehmen würden.

## Carbon Leakage

Das Problem jeder Regulierung emittierender produzierender Tätigkeiten ist die Gefahr, dass Anlagenbetreiber die EU verlassen oder dass Produkte außerhalb der EU günstiger, weil unreguliert, produziert und dann in die EU importiert werden, wo sie die einheimische Wirtschaft schwächen. In Summe werden Emissionen dann nicht verringert, sondern nur verlagert. Dieses Problem hat die EU bereits in der Vergangenheit erkannt und den Anlagenbetreibern in den betroffenen Branchen eine besonders hohe kostenlose Zuteilung zugestanden, als andere Branchen schon 0% oder nur 30% kostenlos per Verwaltungsakt zugeteilt bekommen haben. Manche Branchen erhielten auch direkte Zahlungen zum Ausgleich der

emissionshandelsbedingt gestiegenen Stromkosten.

An diesen Zuteilungen soll zwar an sich festgehalten werden, sie sollen aber drastisch sinken. Nur noch rund 50% der aktuellen Zuteilungen soll es durch mehrere Detailänderungen 2030 noch geben. Zudem soll die Zuteilung künftig an qualitative Anforderungen geknüpft werden, die mittelfristig auf eine Dekarbonisierung des Standortes abzielen, unter anderem durch eine Aufwertung des Energieaudits, und eine Bonus-Malusregelung. Das schon in der Vergangenheit nicht immer unkomplizierte Zuteilungsverfahren wird also für diejenigen Unternehmen, die noch Ansprüche auf Zuteilungen haben, künftig keineswegs einfacher. Außerdem wird die Kommission die Zuteilungen auch der Höhe nach überarbeiten, indem sie die Standards best verfügbarer Technik überprüft.

Der Schutz der europäischen Industrie vor Emissionsverlagerungen soll künftig also nicht in erster Linie durch Entlastungen der europäischen Industrie organisiert werden, sondern vor allem durch einen CO<sub>2</sub>-Zoll an den Außengrenzen. Dieser sogenannte Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) ist separat geregelt und soll durch eine äquivalente Belastung beim Import der erfassten Produkte dafür sorgen, dass es sich nicht lohnt, Europa zu verlassen und andernorts zu emittieren.

## Wie ist die Reform zu bewerten?

In der deutschen Öffentlichkeit, auch der Fachöffentlichkeit, wurde die Novelle der EHRL kaum rezipiert. Stattdessen konzentriert sich die Debatte auf ordnungsrechtliche Instrumente. Diese Fokussierung wird dem Emissionshandel nicht gerecht. Denn allein schon die Erweiterungen des Instruments bei gleichzeitiger drastischer Verknappung der verfügbaren Emissionen werden sehr schnell tiefgreifende Verhaltensänderungen nicht nur von Unternehmen, sondern auch von Verbrauchern auslösen. Allein die jährlichen Verknappungen um mehr als 5% bei Gebäude und Verkehr führen sehr schnell zu einer Angebotsverknappung, die in drastisch steigende Preise münden muss.

Dass die Verbraucher die Tragweite dieser dynamischen Entwicklung nicht antizipieren, zeigt die Debatte um das neu zu fassende Gebäude-Energiegesetz, GEG: Die vermeintlich günstige Lösung einer neuen Gasheizung wird von vielen Verbrauchern nicht über den voraussichtlichen Verlauf der Kostenstruktur über die Lebenszeit der Anschaffung modelliert. Immerhin ist ein Teil der Einnahmen für soziale Zwecke vorgesehen, so dass es Mittel gibt, bei den anstehenden Technologiewechseln zu helfen.

Dovilė Sagatienė, Andrii Nekoliak

# World War 2 Memories in Lithuania and Ukraine

Political and Legal Symbolism of May 9 in the New Era of War

doi: 10.17176/20230508-204521-0



On May 8, 2023, Lithuania and Ukraine, along with other European countries, meet the annual anniversaries of the end of World War 2 in Europe in 1945. Meanwhile, Russia holds a national holiday tomorrow on May 9 to commemorate the Soviet victory over Nazi Germany, which is the [most important holiday in Russia](#) and became a cult practice for uniting Russians after 2000. The anniversary finds Ukraine in the midst of fighting off present-day Russian aggression. Lithuania finds itself worrying about its defense, dealing with memory [incidents](#) and among the biggest supporters of [Ukraine](#). Russia, however, finds itself more isolated than ever and scaling back the celebration: According to Moscow because of expected ‘[drone strikes](#)’, but more likely due to ‘[fear of popular protests](#).’ This blog entry takes stock of legal measures by two nations to countervail Russia’s decades-long mnemo-political aggressiveness.

## Political and legal symbolism of May 9

Sharing a set of mnemo-political characteristics, both nations make a good case for a comparison. Erroneously, both nations are considered by the West to be ‘post-Soviet’ nations in a sense that implies that Ukraine and Lithuania both joined USSR voluntarily (while both were conquered and [incorporated](#) in the Soviet state). On the one hand, indeed, the Soviet experiences shaped immediate trajectories of legal transition in both nations. In the wake of national independence of 1990, Lithuania has adopted a [legal restorationist paradigm](#) to claim historical continuity of its statehood. As in other Baltic nations, the idea of restoring a historical Lithuanian state that existed between 1918-1940 prevailed and became a backbone of the post-1991 constitutional legal order in Lithuania. To the contrary, Ukraine had experienced a prolonged legacy of Soviet state-building even before World War 2. Therefore, enjoying less of political (and national) consensus about its Soviet past, Ukraine’s political elite chose

to proclaim the country a [legal heir of Ukrainian SSR](#) in 1991. While [some symbolic measures](#) to claim continuity between Ukrainian People’s Republic of 1917-1918 and post-Soviet Ukraine were attempted, these never amounted to becoming a constitutional law doctrine. Nevertheless, for both nations the issue of legal qualification and engaging with the Soviet past form a focal point of memory politics dynamics since the break-up of the Soviet Union.

When it comes to the intensity of World War 2, both countries became the main place of Nazi-Soviet combat as well as the main scene of the Holocaust perpetration. Moreover, the prolonged Soviet rule over both nations reverberated through present-day memory politics and legal controversies on how and whether to qualify ‘[Soviet genocide](#)’. In Lithuania, the post-WW2 crackdown on the national resistance invigorated the claims that genocide was committed against Lithuanians. In Ukraine, legal and political efforts were concerned with recognizing [Stalin’s regime-perpetrated famine of 1932-1933 as genocide](#). Moreover, following the expulsion of Nazi troops from Eastern Europe, both nations had nationalist anti-Soviet insurgencies in immediate post-war years. These war experiences add complexity to contemporary political and legal attempts of engaging with the past. In particular, the issues related to legal rehabilitation of ‘freedom fighters’, prosecuted during the Soviet crackdown on the insurgency movements (but who, on the other hand, might have been involved in the Holocaust themselves), were at the cruxes of [political competition](#) in post-independence Seimas of Lithuania and Verkhovna Rada of Ukraine.

Finally, Russia’s resurgent memory politics to descend Soviet-era historical narratives and project [Soviet war memory on neighbours](#) is a common geopolitical denominator for the region. In this sense, the Putin-era has been influencing much of the domestic dynamics in Lithuania and Ukraine already since the 2000s. Celebra-

ting May 9, an epitome of the Soviet war memory narrative, remains the reason for protracted public and political controversies in a region of Russia's mnemo-political aggressiveness.

For the Baltic nations, the symbolic date is a reminder that the victory over Nazism by the Soviet Union led to [half a century of occupation](#). Since 2005, the 60<sup>th</sup> anniversary, Lithuania has been refusing to celebrate the [pompous Moscow's 9 May commemoration](#), which contrasted with the representation of more than 150 foreign dignitaries, including 50 heads of state. Back at home, May 9 was always a day of tension among Lithuanian society, as Victory Day commemorations were organized every year in various Lithuanian cities and towns by Russian diplomats together with [Russian expatriates](#). In 2022, for the first time the rallies at a memorial for Soviet soldiers killed in World War 2 in Antakalnis Cemetery in Vilnius were not allowed by the municipality due to fear of [provocations](#). In 2023, the tensions are still obvious, as the statue of Lithuanian partisan leader was attacked on the [eve of May 8](#). Similarly, Ukraine's approach progressed from tacit reception of Soviet war memory in the 1990s towards memorialization of Soviet-era abuses. In Ukraine, rethinking the Soviet war memory since the mid-2000s led to taking definite legal steps in the aftermath of Russia's intrusion of 2014.

With the counter offensive of Ukraine at hand, which is promoted even by Russian [media](#) to show the dangers for the 'fortress', this year's celebrations in Moscow look gloomy. Avoiding to show the scale of losses [military power](#), some parades were [cancelled](#). Even last year the mood was better as the whole world was expecting to hear what is next for Ukraine and the [world](#). This year, instead of military parade or historical speeches, the international and domestic audiences are diverted by allegations of the '[assnation of Putin](#)' attempt.

## War symbols legislation before 2022

Among Baltic nations, Lithuania was the first to [ban](#) Soviet symbols in 2008 under the 'Lithuanian Code of Administrative Offences' together with Nazi symbols. In addition, the '[Assembly Law](#)' prohibited the display of Nazi Germany's, USSR or Lithuanian SSR flags, coats of arms, uniforms, symbols of Nazi or communist organizations, and the performance of the German, the USSR or the Lithuanian SSR's anthems.

In comparison to Lithuania, whose path towards legal

qualification of the Soviet past was more even, Ukraine had deferred the ban on Soviet (and Nazi symbols) only by 2015. Having emerged as a nation with a '[divided memory](#)', Ukraine's political elites spent considerable time to develop a consistent legal approach to the Soviet past. In 2015, Ukraine's parliament has adopted a batch of so-called [de-communicization laws](#) pursuing a range of legal and commemorative goals with regard to Ukraine's Soviet legacy. In a move to 'Europeanize' Ukraine's approach to war memory, [the Law on commemoration of World War 2](#) diversified the country's commemorative calendar. The new legislation established May 8 as the Day of Memory and Reconciliation, thus marking Ukraine's '[switch](#)' to common European understanding of the end of World War 2 and May 9 as the Victory Day – that is the Soviet-times Memorial Day reinterpreted as the day of Ukrainian contribution to the victory over Nazism rather than as of 'Soviet people' in the 'Great Patriotic War'. As [the recent survey](#) data shows, the devotion of Ukrainians to May 9 fell drastically after the Russian invasion in February 2022 with only 13% still considering it the 'most important' national holiday (in 2010, 58% said the same).

Along with the de-communicization laws, Ukraine has adopted an East-Central European memory paradigm of 'two totalitarianism' in its interpretation of the Soviet past. This interpretation argues equal criminality of Soviet and Nazi regimes in Ukraine's history. Epitomizing this historical narrative, [the Soviet and Nazi Symbols Law of 2015](#) aimed to reform the Soviet legacy in public space of Ukraine. By amending criminal code, the law forbade the "production, distribution, and public use of symbols of communist, national socialist (Nazi) totalitarian regimes, including such as souvenirs, public performance of anthems of the USSR, Ukrainian SSR, other union and autonomous Soviet republics or their fragments throughout the territory of Ukraine" as criminal offence. Following the adoption of the laws, the Ukrainian government supervised the process of '[de-communicization](#)' of [public space](#) by getting rid of Soviet-era symbols.

## War symbols legislation after 2022

Russian aggression against Ukraine in February 2022 further spiraled the mnemonic conflict between Ukraine and Baltic states on the one hand and Russia on the other ([joined by the latter's mnemo-political ally](#)). On April 21st, 2022, Lithuania was among the first in the region to explicitly ban new symbols of Russian war in Ukraine by amen-



ding the ‘[Lithuanian Code of Administrative Offences](#)’ and the ‘[Law on Assemblies](#).’ Accordingly, ‘symbols of totalitarian or authoritarian regimes used or used by these regimes to promote military aggression, ongoing or past crimes against humanity and war crimes’ are prohibited in Lithuania. The regulation specified that such symbols ‘shall in all cases be considered to be a two-colored (black and orange) Georgian (St. George’s) ribbon.’ Moreover, the ban also covers other symbols currently used by Russia to promote its war – the letters ‘Z,’ ‘V,’ and others.

In Ukraine, the public usage of the St. George’s ribbon was an [administrative offence](#) since 2017. On May 22, 2022, Ukraine’s parliament recognized the ‘Z’ and the ‘V’ as symbols of Russian military aggression and proclaimed Russia a ‘terrorist state’ with a [separate law](#). Moreover, the parliamentarians amended the criminal code instituting the responsibility for public propaganda or justification of the Russian aggression in Ukraine. The new [Article 258-6](#) of the Criminal Code forbade the usage of these symbols ‘Z’ and ‘V’ seen being equal to public propaganda of the aggression and being punished by restriction or

deprivation of liberty for up to 5 years.

### Why May 9 matters during the ongoing war

May 9 is a divisive reference point for the East European ‘[region of memory](#)’. For Russia, [its interpretation of Soviet war memory](#) provided a backdrop to exert very real aggressiveness towards the neighbors. In modern Russia, May 9 – the Victory Day – became not only the source of patriotic pride, but also of tangible imperial ambitions. Met with this uneasy geopolitical reality, Lithuania and Ukraine, both [post-colonial](#) and [post-genocidal](#) nations, have enacted war symbols legislation to countervail Russia mnemonically. After 2022, the Victory Day indicates the biggest fears of the Russia’s regime: to prevent showing vulnerability to the Russian society amidst ongoing war in Ukraine. For Lithuania and Ukraine, the future rests on the prospect of how the current war ends. The Ukrainian victory would have a profound liberating effect on [mnemonic affairs](#) across the region and, thus, should be thrived for and actively assisted.

Mahima Balaji

# A Win for LGBT Rights in Namibia

doi: 10.17176/20230529-231100-0



In the recent case of *Digashu and Seiler-Lilles* the Namibian Supreme Court was confronted with the interpretation of [Section 2\(1\)\(c\)](#) of the Immigration Control Act, 1993 (“ICA”). Specifically, the Court was asked to consider whether the term ‘spouse’ extended to same-sex couples lawfully married in foreign jurisdictions, for the purposes of immigration and citizenship rights in Namibia. In a welcome turn of events, the Court found that denying the recognition of same-sex spouses under the ICA was not only a violation of the right to dignity under the Namibian Constitution, but also amounted to unfair discrimination.

The judgement is a win for the rights of LGBTQIA+ persons in a jurisdiction where they remain mostly unrecognized. Instruments such as the [Criminal Procedure Act, 2004](#) allow for arrest without warrant of any person reasonably suspected of having committed sodomy (Ss. 43 and 44, read with Schedule I). Similarly, the Combating of Immoral Practices Act, 1980 has been used to sanitise public spaces from “immoral acts,” which itself is undefined by the Act. However, the term ‘any person’ under Sections 7 and 8 have been susceptible to harmful interpretations that persecute intimate relationships of persons of the same sex. It is in this context that the Namibian Supreme Court’s interpretation of the ICA must be read, and, in this post, I highlight some key take aways from the judgement that underscore why it is an important step in the right direction in its engagement with dignity and anti-discrimination law for LGBTQIA+ persons.

## Untethering the Precedent of Frank

First, the Court was confronted with the precedent of *Immigration Selection Board v Frank* (“Frank”), and whether it was bound by this case. *Frank* was a Supreme Court judgement that pre-dated the present case and it had reasoned that ‘marriage’ contemplated by the Namibian Constitution meant marriage between men and women only (p. 117). Consequently, homosexual relationships were automatically rendered subservient to heterosexual rela-

tionships. The High Court *a quo* in *Digashu* considered itself to be bound by *Frank*, which meant that spouses in same-sex marriages were excluded from [Section 2](#) of the ICA which allowed the authorities to refuse to recognise the parties’ respective spouses.

In quite a progressive turn, the majority before the Supreme Court, however, chose to distinguish the present case from *Frank* on two fronts. The first was factual as the applicants in *Frank* were same-sex partners committed in a long-term relationship, however, they had not concluded a lawful marriage in a foreign jurisdiction [81]. Hence, marriage when validly contracted itself had certain legal incidents that the Court in the present case was willing to protect. Second, the judges principally distinguished between the *ratio decidendi* and *obiter dicta* (that is, the primary versus subsidiary reasons) in *Frank*. It was reasoned that *Frank’s* case rested on a finding of whether [Article 18](#) rights had been breached under the Constitution. This was an administrative question that dealt with fairness and reasonableness of the administrative bodies. Consequently, the majority’s view concerning the recognition of same-sex relationships by the law, and when the same amounted to a universal partnership, remained subsidiary to the determination of the matter (i.e., it was merely *obiter*) [78]. This allowed the Court to side-step the judicial remarks in *Frank* where it was stated that Article 4(3) of the Namibian Constitution only contemplated heterosexual marriages (p. 116). This allowed the Court to separate the administrative question in the earlier case from the determination of the lawfulness of same-sex marriages and whether Namibian authorities were bound to recognise them.

## Comparativism as a Deliberative Resource

Significant portions of the judgement appear to rely on comparativism as a deliberative resource, while delineating Namibia’s unique constitutional path. It reflects a growing tendency amongst Namibian Courts to deploy a comparative approach when deciding critical constitutio-

nal questions. In *Jaco Kennedy*, for example, the Windhoek High Court considered the jurisprudence on Articles 14 and 15 of the Indian Constitution, whose provisions are in *pari materia* to the Namibian Constitution [41]. This was used to bolster the anti-discrimination analysis concerning the rights of undertrial prisoners. Recent examples also include the case of *Gustavo* before the Supreme Court, where Smuts J turned to cases from the South African Constitutional Court to highlight the intimate link between corruption and the rule of law [80].

In a similar vein, in the present case of *Digashu*, both the majority as well as the dissent use comparativism as a tool to legitimise their reasoning in different ways. Thus, the majority follows the general principle of common law that if a marriage is duly concluded in accordance with the statutory requirements in a foreign jurisdiction, it has been recognised in Namibia. For this, the Court's relied on developments in the US, the European Court of Human Rights ("ECtHR") and South Africa, which included a consideration of equal protection clauses being applicable to protect the rights of same sex partners. In this context, the Court concluded that there were no statutory bars relating to marriage (neither were objections such as grounds of public policy raised) which would preclude the operation of the common law principle [89]. After considering the jurisdictional developments which rooted concerns of dignity, equality, and freedom at the core of recognising same-sex marriages, the majority was able to identify a sound basis for the same being protected in Namibia.

Interestingly, the significance of comparativism for the purpose of judicial reasoning is also seen in the contrast between the doctrines adopted by the majority opinion and the dissenting judgement of Mainga J. Both consider the propriety of judicial interference in the sphere of recognition of same-sex relationships. While Mainga J appears to favour judicial deference to the legislature and relies on doctrines such as the margin of appreciation in the ECtHR to support his reasoning [176, 181, Mainga J, dissenting], the majority instead considered the doctrine of the separation of powers for the purposes of protecting fundamental rights [103]. It then turned to the South African Constitutional Court's case of *Dawood*, and confirmed the approach adopted by O'Regan J, who held that legislation violating the rights of individuals to enter and sustain permanent intimate relationships infringes their dignity [107]. This approach cemented the Su-

preme Court's interpretation of the term 'spouse' in the context of same-sex partners. Specifically, where there is a valid marriage, the right to dignity would be infringed upon where the ICA is interpreted in a manner that failed to recognise such a relationship, impairing the ability of spouses to honour their obligations to one another [108].

The use of comparativism by the Namibian Supreme Court in *Digashu* is evidence of an increasing degree of cross-fertilisation of concepts (or 'doctrine-swapping') in the field of anti-discrimination law whereby some jurisdictions export, while others import (oftentimes with modifications), various concepts in anti-discrimination law (see [here](#)). For example, the very concept of indirect discrimination began with the expression in the US case of *Griggs*, however, with time, it has found presence several other jurisdictions like India (*Nishita v UOI*), the ECtHR (*DH v Czech*), and South Africa (*MEC v Pillay*). In this context, this inter-jurisdictional conversation arguably allows judges to construct 'better' judgements by bolstering the legitimacy of their reasoning. Importantly, it does not involve blind deference, but rather involves a discussion to understand how varied approaches can be considered to best address pressing controversies in anti-discrimination law (more [here](#)). Particularly, the adoption of comparativism by both the majority and the dissent in *Digashu* showcases this very conversation. It allowed them to consider the development of 'rights' concerning same-sex partners, and how other jurisdictions have offered recognition and protection despite textual limitations.

## On Equality and Dignity

Finally, the Court's analysis under [Articles 8 and 10](#) of the Namibian Constitution, dealing with dignity and equality, is significant for adopting an effects-based test to assess the ICA's infringement on these constitutionally protected rights. This contrasts with considering an 'intention' approach where, to make out a case of disparate treatment, a plaintiff must establish discriminatory intent on part of the perpetrator (for example, *Washington v Davis*). By focusing on effect, the majority's analysis placed dignity at the core of protecting the rights of same-sex couples. Importantly, the reasoning also appears to confirm the right to dignity under [Article 8](#) as an *absolute* right under the Namibian Constitution, as opposed to being either a relative right or a principle.

This effectively means that where there is a clash of

claims and where a hierarchical order between dignity and other rights is established, dignity remains at the top of the hierarchy (more [here](#)). Interestingly, the majority firmly adopting this approach also confirms the textual mandate of [Article 8\(1\)](#) which maintains dignity as ‘inviolable’, and the Preamble recognising the “inherent dignity (...) of all members of the human family.” In this context, the Court assessed the impact of the differentiation between the way non-citizen spouses in a heterosexual marriage were treated in contrast to those in a same-sex marriage. The Court reasoned that the unfairness of discrimination was to be determined “*with reference to the impact upon the victim(s) discriminated against, the purpose sought to be achieved by the discrimination, the position of the victim(s) in society, [and] the extent to which their rights and interests have been affected and their dignity impaired.*” [122].

It is important to note that the term ‘spouse’ is undefined in [Section 2](#) of the ICA, and the differentiation was thus seen to have led to a “*profound impairment of (...) dignity at a deeply intimate level of their human existence*” [123]. Hence, the use of the frameworks of dignity and equality in this context allowed the Court to identify a legal hook for considering an anti-discrimination analysis in the absence of a protected ground (i.e., sexual orientation). Identifying dignitary harm was critical as it was sufficient that the effect of the ICA’s exclusion of certain spouses ran counter to the Constitution’s guarantees by unfairly discriminating against a class of persons, irrespective of whether such class has explicit mention under a protected ground of discrimination. It is important to mention that the legal conception of dignity is often

born out of the socio-political and legal pasts of various regimes, including drawing its core from historical experiences of totalitarian systems ([here](#)). The use of this legal hook in the present case demonstrates the willingness of the Court to consider the inviolability of dignity, irrespective of the textual limitations in the equality clause. For anti-discrimination cases to come, it would be interesting to see the Court’s analysis with respect to recognising and protecting persecuted minorities, and whether dignitary harm is at the core of such analyses.

## Conclusion

It is important to emphasize that the judgement only dealt with the narrow issue of the recognition of same-sex spouses under the ICA where the parties conclude their marriages in foreign jurisdictions. As such, it did not define the contours of constitutional protection that may apply to same-sex marriages more generally, nor did it speak to the validity of these being concluded within the territory of Namibia [134]. Nevertheless, the Namibian Supreme Court’s recognition of same-sex marriages contracted abroad is still a novel development, particularly given that Namibia still carries the legacy of the anti-sodomy law [inherited](#) from South Africa in 1920. Hence, the majority emphatically concluding that same-sex couples are to be accorded “the same degree of dignity, concern and respect that is shown to heterosexual couples” [132] is indeed a welcome change, and hopefully sets the tone for further developments that both recognise and better protect the rights of same-sex couples in the region.

Ryan Thoreson

# Florida and the New Assault on LGBT Rights

doi: 10.17176/20230523-140308-0



On May 17, Governor Ron DeSantis [signed into law](#) a raft of bills that will dramatically change the legal landscape for lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) people. While this marks the latest escalation of Florida's crusade against LGBT people, it is not an isolated case. As state legislative sessions across the United States draw to a close, the scope and severity of legislation regulating the lives of lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) people has been unprecedented. In 2023 alone, state lawmakers filed [more than 650 bills](#) aiming to restrict LGBT rights. In states where Republicans control both chambers of the legislature, often by wide margins, many bills have sailed into law with little scrutiny or opposition, with devastating consequences. This post maps the scope of current anti-LGBT panic across the US, contextualizes its rise, and evaluates the potential for legal protection under the current state of the law.

## Florida as a Case Study

DeSantis' attack on LGBTQ rights is particularly comprehensive and provides a useful case study to understand the scope and severity of the threat they are under. One law [criminalizes](#) medically indicated gender-affirming care for minors and even authorizes the state to seize custody of children whose parents help them obtain that care. It limits options for transgender adults as well, prohibiting the use of state funds for gender-affirming care and restricting which medical professionals can provide it. Earlier this year, Governor DeSantis [signed](#) a separate law permitting medical providers to refuse service based on their moral or ethical beliefs, threatening the rights and health of LGBT people, women, people living with HIV, and others.

Another law aimed at students in schools [redefines](#) "sex" to mean a person's sex assigned at birth, prohibits schools from asking about or being required to use students' pronouns, prohibits classroom discussions of sexual orientation and gender identity through the eighth

grade, requires sexuality education to include instruction that sex is "binary, stable, and unchangeable," and makes it easier for parents to object to classroom materials and have those materials removed. Proponents of these restrictions have continued to [smear their critics as "groomers,"](#) and publicly accused them of sexualizing or preying upon children for defending LGBT youth.

Other laws curb participation in public life. One [bans](#) transgender people from accessing restrooms consistent with their gender identity in a wide array of schools and universities, correctional facilities, and government buildings. Another [punishes](#) those who allow minors to witness "live adult performances," which advocates warned would be used to deter businesses from hosting drag events even if those events were family-friendly. One municipality already [cancelled its annual Pride parade](#) for fear that it might inadvertently run afoul of the new law.

## A New Anti-LGBT Panic

Florida is not alone in its Anti-LGBT Panic. In 2016, North Carolina banned transgender people from accessing bathrooms consistent with their gender identity, setting off [a firestorm of opposition](#). Businesses and organizations launched [\\$3.76 billion in boycotts](#), other states imposed [travel restrictions for state employees](#), proponents of the bill [suffered electoral defeat](#), and the state ultimately [reached a legal settlement](#) rolling back the bathroom ban.

For a period of time, concerns about the cost, unpopularity, and potential illegality of similar measures prevented them from becoming law. Around 2020, that changed. As lawmakers and the media fueled anti-LGBT rhetoric, significantly more bills were introduced, and some of those bills were enacted into law in spite of concerns about their constitutionality. Once the dam broke, other lawmakers enthusiastically followed suit.

As of May 2023, in 21 states, transgender students are [prohibited from participating in sports](#) consistent wi-



th their gender identity. In 19 states, at least some [best practice medical interventions are prohibited](#) for trans youth, and in five – [Alabama](#), Florida, [Idaho](#), [North Dakota](#), and [Oklahoma](#) – providing that care is criminalized as a felony. In nine states, transgender students are [banned from using school facilities](#) consistent with their gender identity. Florida is not the only place where the legal changes have been seismic; all of these laws have been enacted since 2020.

## Why Now?

The fixation on transgender rights is troubling but also puzzling. One recent study found that only [one half of one percent](#) of the U.S. public identify as transgender, and successful battles for transgender rights have long been fought without prompting this level of blowback.

Recent campaigns against LGBT rights should first be understood in historical perspective, as the latest in a long line of panics that capitalize on fear and a lack of understanding of LGBT people. One can think of the Briggs Initiative and Save Our Children campaigns in the 1970s that framed gay and lesbian adults as a threat to children, or Don't Ask Don't Tell and the framing of gay and lesbian soldiers as a threat to combat readiness and national security, or the raft of constitutional amendments in the early 2000s that situated marriage equality as a threat to heterosexual marriage. The last of these, the battle for marriage equality, not only culminated in a constitutional right to marry in [Obergefell v. Hodges](#), but in an apparent [sea change in public opinion](#) and increasing familiarity among the public with lesbian, gay, and bisexual people.

Far fewer Americans know a transgender person or understand transgender issues, and conservatives' sharp pivot in part reflects that demonizing transgender people or sensationalizing topics like gender-affirming care can resonate with voters in a way that rank homophobia rarely does. While data suggest that [8 in 10 people support laws](#) that protect LGBT people from discrimination in employment, housing, and public accommodations – including a strong majority of Republicans and a strong majority in every U.S. state – [recent polling](#) shows less support for trans inclusion in sport, gender-affirming care for minors, access to bathrooms consistent with a person's gender identity, and teaching about gender identity in schools. (Of course, this public opinion is itself influenced by recent attacks on transgender rights; the share of

respondents who said that sex is fixed at birth and cannot be changed has [increased from 2017 to 2022](#).)

Nor do efforts to stoke anti-transgender sentiment, in Florida or elsewhere, occur in a vacuum. Advocacy groups have found fertile ground in a political system that has become more polarized, more populist, and less responsive to public criticism. The number of competitive congressional seats [has shrunk](#) as a product of redistricting and partisan gerrymandering; this has also been [evident in many state legislatures](#) as parties in power have locked in maps that are favorable to their continuing dominance. (In Florida, for example, Republicans have [secured super-majorities](#) in both chambers of the legislature, allowing them to enact legislation without meaningful input from Democrats.) With seats safely in one party's hands, both state and federal lawmakers often have more to fear from primary challengers than they do from the opposition party in a general election. This dynamic is exacerbated by the [nationalization of state and local politics](#) through social media, partisan media, and fundraising platforms, [which too often create incentives for lawmakers to adopt extreme positions rather than seeking out opportunities for nuance and compromise](#). (The fact that Florida's anti-LGBT crackdown has occurred as Governor Ron DeSantis declares a "war on woke" and prepares to run for the presidency, for example, is not coincidental.)

A related consideration is the weakening of many of the institutions that have traditionally mediated populist impulses and bolstered civil rights. The [decimation of local journalism](#) and [the rise of overtly partisan media](#), the [proliferation of ideological interest groups](#) at the expense of professional expertise, and punitive efforts to bring business and the academy into line have all shaped the political landscape in recent years, with particularly deleterious effects on complex issues like gender-affirming care. This is evident in Florida as elsewhere, as Governor DeSantis has moved to [punish critics of recent anti-LGBT legislation, ban diversity, equity, and inclusion programming](#) in public colleges and universities, and [reshape the state's higher education system](#).

## Courts as Last Resort?

As checks on populist policymaking crumble, LGBT and civil rights activists have turned to courts for relief. Just seven years ago, the likely outcomes of these cases seemed clear: the Obama Administration [understood sex discrimination](#) to include discrimination based on gender

identity. The Trump Administration subsequently [rejected that understanding of sex](#), however, and rolled back administrative guidance protecting transgender people under that rationale.

The Obama Administration's rationale was best grounded in precedent and seemed like it would carry the day. Many [federal courts](#) had understood gender identity discrimination as a form of sex discrimination, and in the 2020 case of *Bostock v. Clayton County* the U.S. Supreme Court embraced that understanding to hold that Title VII of the Civil Rights Act protects LGBT employees from discrimination.

As recent anti-LGBT litigation has been challenged in court, however, it is not totally clear that that consensus will hold. [The judiciary shifted sharply rightward under President Trump](#), with the confirmation of numerous judges who had previously expressed skepticism or hostility toward transgender rights. It remains to be seen whether federal courts – including the Supreme Court – will adopt a sex discrimination rationale in these cases or will find ways to distinguish them from the employment context and uphold restrictions in other domains.

Litigation around access to bathrooms is illustrative. The [Fourth](#) and [Seventh](#) Circuits have both held that dividing bathrooms based on sex assigned at birth is a form of sex discrimination that is inconsistent with Title IX and the Fourteenth Amendment's Equal Protection Clause. At the end of 2022, however, the more conservative [Eleventh](#) Circuit disagreed and found that the practice comports with both Title IX and the Equal Protection Clause. The split between the circuits makes it far more likely that the Supreme Court will step in to resolve the question.

Other recent laws are working their way through the courts but have met resistance. Courts have enjoined the sports bans in [Idaho](#) and [Utah](#), and have stayed the sports ban in [West Virginia](#) pending appeal. They have enjoined at least part of the health bans in [Alabama](#) and [Arkansas](#) and issued a temporary restraining order against an emergency rule restricting gender-affirming care in [Missouri](#). Courts have also taken action to stop [Texas](#) from treating gender-affirming care as a form of child abuse, and to prevent [Tennessee](#) from enforcing a new law designed to deter performers and businesses from hosting drag performances.

But these challenges are still being adjudicated, and some – like challenges to [Florida's restrictions on classroom discussions of sexual orientation and gender identity](#) enacted last year – have been unsuccessful thus far. Some elements of the challenged laws, like prohibitions on exceedingly rare surgical interventions for transgender youth, have been allowed to stand. And even with [good precedent](#) affirming that [anti-trans discrimination is sex discrimination](#), the sheer volume of anti-LGBT legislation enacted this session and the rightward tilt of the federal courts make it likely that at least some of these recent laws will be allowed to take effect unless and until the Supreme Court intervenes.

As lawmakers in Florida and elsewhere move to curb LGBT rights, judicial intervention to shore up those rights is urgently needed. As Justice Gorsuch recognized in *Bostock*, there is a strong textualist rationale for understanding gender identity discrimination as a form of sex discrimination under federal law. But the hostility that has been evident in this past legislative session threatens more than just statutory guarantees of equality. Recent laws target the rights of LGBT people to manage their health care, to participate in public life, and to express and receive information.

Courts are beginning to recognize anti-transgender laws as constitutional violations, fueled first and foremost by animus toward transgender people and not by any genuine state interest that has suddenly arisen in the past three years. The Supreme Court has not yet gone that far; it has not expressly said how anti-transgender discrimination should be evaluated under the Equal Protection Clause, and its decision in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* invites skepticism that it will understand bodily autonomy and access to health care services as a fundamental right. But the Court has been [reluctant thus far](#) to intervene in lower court decision-making around transgender rights, allowing these cases to be litigated more fully. With the current composition of the Court, a great deal is riding on what district and circuit courts decide – and whether judges adjudicating these challenges can recognize that these laws are not carefully calibrated to respond to real problems, but are the products of an unprecedented political assault on LGBT rights that puts core constitutional values at risk.

Gustavo Prieto

# Ecuador's Mutual Death Clause

doi: 10.17176/20230529-231119-0



On May 17, Ecuadorian President, Guillermo Lasso, dissolved the National Assembly by activating a unique constitutional clause known as *muerte cruzada*, or ‘mutual death.’ Under this provision, added to Ecuador’s Constitution in 2008 but never before used, the President can dissolve the Legislative, call general elections, and rule by decree until a new Legislative and President are elected. The current situation is especially unprecedented because the President applied this constitutional clause just as the National Assembly initiated impeachment proceedings against him. The Legislature aimed to remove him from office due to embezzlement charges. The president continues to deny these charges, which he claims are politically motivated ([here](#), [here](#)).

Below, I briefly report on these recent events in Ecuador and the role of the Constitutional Court.

## Background

Continued tension between President Lasso and various opposition factions has characterized political life in Ecuador in recent months. [This tension has spilled over into the streets](#) and led to an ongoing dispute between the executive and the National Assembly.

In 2022, the [National Assembly tried to remove Lasso from power but did not obtain the necessary votes](#). In the last few weeks, the dispute between the two escalated when the National Assembly initiated yet another attempt to remove Lasso. This time, they demanded impeachment on alleged embezzlement charges, allegations that Lasso has denied. It was not clear if the opposition had enough votes to oust Lasso from power.

On 17 May 2023, while the impeachment process was underway, [Lasso, via a decree claiming a national state of “political crisis and domestic unrest”](#), decided to activate Article 148 of the Ecuadorian Constitution. This Constitutional clause is known as „mutual death“ [*muerte cruzada*] because it gives the Ecuadorian President unilateral power to send home the entire legislative branch with a single presidential decree. Indeed, once activated,

Article 148 requires that new elections be held for the President and the National Assembly. However, while the Assembly ends its functions immediately, the President remains in office, governing via decree, until all new office holders are elected.

## The Mutual Death Clause as Non-Reviewable

During the last decade, inside the Ecuadorian political sphere, the ‘cross death’ clause functioned as a sort of political „nuclear option“ for the President, offering more leverage as a threat than through its actual application. In the past, several previous presidents have considered ([here](#) and [here](#)) the possibility of using Article 148 to threaten the legislative. However, the clause was never used because of its unpredictable consequences. This time, once President Lasso was up against the wall, he triggered the mythic ‘mutual death’ clause (Article 148) to forego his impeachment trial while calling for early elections.

But is it constitutionally correct that an Ecuadorian President can instantly dissolve the entire legislative branch with a simple decree, *ipso facto*, and call for elections while staying in power? Last week, the answer given by the Ecuadorian Constitutional Court in its interpretation of Article 148 was, with some caveats, “yes”.

The text of Article 148 is the following:

The President can dissolve the National Assembly when, in his/her opinion, it has taken up duties that do not pertain to it under the Constitution, upon prior favorable ruling by the Constitutional Court; or if it repeatedly without justification obstructs implementation of the National Development Plan; or because of severe political crisis and domestic unrest.

This power can be exercised only once during the first three years of his/her term of office.

[...] Within at most seven days after the publication of the decree of dissolution, the National Electoral Council shall convene, for the

same date, legislative and presidential elections for the rest of the respective terms of office [...]

Since this is the first time that an Ecuadorian President has made use of this clause, its legal consequences remain unclear and the decision itself could fall outside of constitutional review. Different actors in the opposition have filed legal remedies before the Constitutional Court to stop the enforcement of the Presidential decree. The argument has been that the existence of a “*severe political crisis and domestic unrest*”, an essential condition for the application of the ‘mutual death’ clause was not fulfilled. Thus, opposition actors have claimed that the grounds for activating Article 148 cannot be entirely and subjectively determined by the President himself and that the Court has the obligation to assess if these conditions have indeed been met.

On 18 May 2023, the Constitutional Court dismissed, [in a series of judgments](#), all legal remedies filed against the ‘mutual death’ decree. The Court clarified the legal nature of Article 148 as a ‘self-judging’ clause outside of any constitutional or judicial review. The main argument of the Court was that Ecuadorian drafters of the Constitution explicitly chose to place Article 148 outside of any type of ‘judicial review’ favoring ‘democratic’ political control to be exercised only by Ecuadorian citizens through their vote at the polls. To sum up, an Ecuadorian president under the Constitution can subjectively determine that a “*political crisis and domestic unrest*” exist and thus trigger the ‘*mutual death*’ clause at any moment during the first 3 years of his/her term.

## The Road Ahead

The immediate consequences of the President’s activation of Article 148 and the Constitutional Court’s rejection of all allegations that this Executive Decree was unconstitutional are:

1. **The legislative branch has been effectively dissolved:** In practical terms, this means the national assembly is closed and all the 137 [former] legislators officially ended their terms on 17 May 2023.

2. **New, early, extraordinary elections will be held:** While Article 148 mandates that the National Electoral Council (CNE in Spanish) ought to call elections “*within at most seven days after the publication of the decree*”, it does not specify any other condition, leaving some leeway for the CNE to establish its own schedule based on Ecuador’s national electoral laws. The [CNE decided](#) that the elections would be held on August 20. If needed, a balloting was set for October 17, and the official results will be announced on November 30, 2023, which would be the last day of Lasso as President in case of losing the elections.
3. **The President continues to rule by decree:** Article 148 mandates that the President, *upon a prior favorable ruling issued by the Constitutional Court*, can issue decrees on ‘*urgent economic matters*’. This power makes the President the only legislator in the land, placing the Constitutional Court as the only institutional balance to his power.

The latest events make Ecuador a textbook example of Latin American constitutionalism: internal tension between an extensive bills of rights and the concentration of power in the President ([here](#)). On the one hand, the Ecuadorian Constitution of 2008 inserted an extensive and innovative bill of rights that included, for example, [the recognition of the ‘rights of nature’](#) among many others. On the other hand, the same Constitution concentrated power in the President providing him/her with unique ‘self-judging’ provisions, such as the Article 148 ‘cross death’ clause that could in turn endanger the fulfillment of those same rights.

In the next months, the Ecuadorian Constitutional Court will have to figure out how to resolve this tension. They undoubtedly bear the responsibility for developing clear legal standards that could come to limit the broad legislative power granted to the President by the same Constitution.



Mariana Velasco Rivera

# Can the Mexican Supreme Court Save Constitutional Democracy?

doi: 10.17176/20230513-061833-0



The last week of the legislative term in Mexico was just another showcase of the clear government's disdain for democratic institutions and the rule of law. At the end of April, MORENA, the party in government, used its legislative majorities to hastily pass a series of laws in violation of different procedural rules, including quorum rules. The [reports](#) and footage of the sessions in the two chambers made it abundantly clear that the legislators didn't know what they were voting on. In fact, in a gross display of how centralized decision-making is in Mexico, immediately after meeting with President López Obrador, MORENA Senators headed to the Senate's alternate venue<sup>1</sup> to pass 20 pieces of legislation in just a few hours. Just days before, the same pieces of legislation had been [proposed, voted and passed on the same day by MORENA representatives](#) in the Chamber of Deputies without observing the normal course of the legislative process (e.g., publication in the legislative gazette, legislative committee assessment, and reports) – even without letting MORENA members assess them.<sup>2</sup>

In terms of substance, the adopted legislation is widely varied and, thus, hard to thoroughly assess. The subject matter of the different laws passed includes, among other things, mining, the public health system, further delegation of public administration functions to the military, and deep changes to the government agency in charge of the promotion, support, and development of science and technology (CONACYT).

The practical implication of not observing the normal course of the legislative process is that the opposi-

on was effectively excluded from participating in it—e.g., the opposition didn't have access to the legislative proposals, the Senators from the opposition weren't present when the pieces of legislation were passed and it's not clear whether there was quorum to hold the session in the Senate. As such, the opposition is likely to bring a case before the Supreme Court on the grounds of violations of the constitutional principles of deliberative democracy and “due legislative process”.

The episode described above isn't uncommon in Mexico's legislative politics. The quality of the political-constitutional discourse is in great need of improvement to prevent such episodes from happening. It seems that the Supreme Court is the only institution that could contribute (and has been trying to contribute) to repair it. However, in the current political environment, Supreme Court interventions in political processes are becoming increasingly dangerous to the extent that its survival is at stake.

Of course, from a purely descriptive perspective, one could argue that party discipline and cohesion are not alien to constitutional democracy. After all, party systems are part and parcel of a contemporary democratic state. In ideal circumstances, a party voting en bloc to pass legislation addressing public needs wouldn't be problematic. Yet, from a normative perspective, this episode illustrates the scope, limits and fragility of fundamental tenets such as democratic deliberation and the separation of powers, which are fundamental to a functioning constitutional democracy. On paper, the Mexican constitution protects

<sup>1</sup>The legislative session couldn't take place in the regular venue because things turned confrontational in the Senate as MORENA Senators refused to follow through with the political agreement to fill a vacancy at the federal agency for transparency and access to information – Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI) – which has been blocking for over a year. The moment when it was clear that MORENA wouldn't follow through with the agreement, the opposition decided to occupy the Senate's floor to prevent the session from taking place.

<sup>2</sup>Two of the 20 legislative measures were in fact constitutional amendments. The constitutional amendments proposals, however, were not presented and voted on the same day as the rest of the legislative measures in the Chamber of Deputies. In this post, I will refer to the total 20 pieces of legislation even though the passage of the constitutional amendment would require a separate discussion as to how would they be impacted should the Supreme Court determines the legislative process unconstitutional in whole or in part.



the principles of democratic deliberation and the separation of powers, yet in practice, legislative and constitutional decision-making are highly centralized and anything but deliberative. As I argue [here](#) and [here](#), this is a long-standing problem that goes beyond party lines and is also present when it comes to formal constitutional change. In order to repair it, the quality of political-constitutional discourse would need to improve dramatically. The question is how?

### Can the Supreme Court help to improve the quality of political-constitutional discourse?

It seems that the Supreme Court is the only institution that could help improve the political-constitutional discourse by setting clear standards and rules regarding “due legislative processes”. Historically, the Supreme Court has been largely deferential in terms of violations to procedural rules in the legislative process. For a long time, legislative provisions would never be struck down due to violations of procedural rules only. As the political system became more plural (from the mid-90s onwards) and political minorities began to bring claims regarding their rights within the legislative body, the original deferential approach to procedural violations began to change. Accordingly, a tension between the deferential approach (i.e., the convalidation of most procedural violations) and the rights of political minorities emerged, and the result was a judicial doctrine according to which the former would generally prevail. However, the doctrine seems to be evolving towards a protective approach in terms of political minorities’ rights.

For instance, in August 2022, the Supreme Court unanimously decided to strike down (in abstract review) a set of amendments to the statute on telecommunications – *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión* – (Acción de Inconstitucionalidad 150/2017) exclusively on the grounds of violations of procedural rules of the legislative process. That is to say, the court did not engage in a constitutionality assessment regarding the substance of the challenged provisions. Moreover, just this week, in a 9-2 decision, the [Supreme Court struck down one of two parts of what has come to be known as “Plan B”](#) (i.e., the modification and adoption of a total of 6 pieces of legislation through which the government is, [among other things, seeking to undermine the electoral watchdog](#)) on the grounds of violations of procedural rules of the legis-

lative process only. In the view of the Court, such violations amounted to a breach of the constitutional principles of deliberative democracy and due legislative process. The Supreme Court is set to adjudicate the second part of the “Plan B” in the coming weeks, which will almost certainly suffer the same fate as the first part since the laws in question were passed in the same legislative process that the Court determined violated the principles of deliberative democracy and due legislative process.

In light of these court decisions, the reader could reasonably assume that, if constitutionally challenged, this will also be the fate of the 20 pieces of legislation passed in gross violation of the legislative process last April. In light of [Rosalind Dixon’s model of responsive judicial review](#), one could also even conclude that this is a case that could illustrate how courts in fact have the power to protect and enhance democracy. Though reasonable, this would be a mistaken assumption and conclusion. The Supreme Court, I am afraid, is far from being in a good position to create the right incentives for legislators to refrain from violating legislative procedure rules and improve the quality of the political-constitutional discourse in the legislative body. Instead, as a result of this week’s decision, at the time of writing the Supreme Court and the judiciary is being subject to a new wave of attacks of an unprecedented scale.

### The existential threat against the Supreme Court

As I argue [here](#), attacking the judiciary has become a regular feature in President López Obrador’s daily press conferences –which, at the same time, has already translated into worrying forms of protest against the judiciary, in particular [against Chief Justice Norma Piña](#). Unsurprisingly, this week’s decision translated into a new wave of attacks against the Supreme Court and the judiciary. But this time around is different: the attack is an existential threat.

A day after the decision of the Court on the “Plan B” was handed down, President López Obrador announced a clear objective for the general election in 2024 in his daily press conference: get a qualified majority in Congress to amend the constitution to overhaul the judiciary and replace all sitting Justices and judges for popularly elected ones. The idea found resonance in the members of his party in [Congress](#) as well as [governors](#), who have publicly endorsed it. In a matter of hours, abolishing the court as it exists today became an electoral promise. Legislators,

governors, and MORENA sympathizers are openly calling for votes to amass the required qualified majority in Congress in order to be able to amend the Constitution to fulfill such a promise (MORENA controls more than half of state legislatures already).

Unfortunately, things will only get worse for the Supreme Court as it is set to adjudicate the second part of the “Plan B” in the coming weeks, which as noted above will most certainly be struck down exclusively on the grounds of violations of legislative procedure rules. In this context, while the Supreme Court could strike down the 20 pieces of legislation that were illegally adopted last April if they were to be challenged, the cost of doing so

could be too high as such a decision will certainly further escalate the current attacks and threats. At this stage, the Supreme Court has little room for maneuvering to avoid an immediate escalation of attacks, i.e. it is constitutionally required to adjudicate on the second part of the “Plan B” in the next two months (before the general election process officially starts). If the 20 pieces of legislation passed last month are challenged before the Supreme Court, an eventual declaration of unconstitutionality will certainly give the government more ammunition to justify the need to abolish it. Only time will tell whether the Supreme Court will make it through the storm.

Emilio Peluso Neder Meyer, Thomas Bustamante

# Accountability in Brazil

Legal Developments After 8 January 2023

doi: 10.17176/20230508-204603-0



The end of Jair Bolsonaro's presidency is far from marking a return to normality in Brazil. After the [riots of 8 January](#), which aimed to create the conditions for a coup in Brazil, authorities and institutions had to deal with several turbulences and the issue of Bolsonaro's responsabilization has been a permanent concern.

Immediately after the invasion and destruction of the buildings of the Federal Supreme Court, the Presidency, and the National Congress on 8 January 2023, President Lula da Silva's government quickly responded with constitutional and legal measures to strengthen the role of institutions. To evaluate the efficacy of these responses, it is important to discuss how these institutions have been dealing with Jair Bolsonaro's legacy. Moreover, it is equally important to understand the challenges President Lula is facing, which are partly due to the difficulty to reach political compromises. The recent police raids that seized documents and devices in Bolsonaro's house, and arrested some of his direct aids, adds complexity to the situation, as we will attempt to explain.

## Controlling the attacks: The executive measures

A couple of hours after the attacks on the constitutional branches' buildings, President Lula issued a [decree](#) of federal intervention in the Federal District that administrates the city of Brasília, where the events took place, suspending part of the powers of the governor and indicating a temporary administrator to act as head of the Federal District's police and security forces. The decree was based on Article 34, number III, of the 1988 Constitution and showed that the government would not request any assistance from the armed forces. The Federal Government's reaction to the coup attempt abided by the rule of law and avoided any intrusive measure that could be interpreted as reaching beyond the boundaries of legality.

Part of the task of the government, in the aftermath of the attack, was to send a message of resilience and assurance to citizenry and the political institutions. In a symbolical appearance, in the day after the attack, Pre-

sident Lula, accompanied by governors of different Brazilian states and members of the Federal Supreme Court, [visited](#) the buildings that were destroyed in the attacks. Meanwhile, the administrator of the federal intervention ordered the police to arrest more than [2.000 supporters of Bolsonaro](#) on 9 January 2023, who participated in the attacks and were still camped in front of a military base. Some of them were [gradually](#) released depending on the gravity of their participation in the events.

The controversies surrounding what response to take on the night of 8 January illustrates the troubled relationship between civil and military officials in Brazil. Although the Minister of Defense, who legally commands the armed forces, defended that there should not be a conflict between policemen and hundreds of Bolsonaro's supporters who were camping outside military facilities in Brasília, the Minister of Justice advocated for immediate reaction. Ultimately, the decision was that they should be arrested the next day.

[Security video footage](#) would confirm that military officers (including the head of the Institutional Security Cabinet, a general indicated by Lula who would resign after the release of the videos) and policemen were extremely lenient with the violent demonstrators on the day of the attacks. They showed that Lula was right in dismissing the [army commander](#) one week after the coup attempt. These, however, are not enough to show the level of involvement of the armed forces in the violence against Brazilian constitutional democracy.

## The judicial oversight of the Brazilian democracy

The Federal Supreme Court also adopted several legal measures. Justice Alexandre de Moraes, the rapporteur of a large-scale investigation on digital militias that were harassing institutions at least since 2019 (the [fake news inquiry](#)), went further than Lula and [removed](#) the governor of the Federal District from office for ninety days. In addition, he [arrested](#) the Federal District's Secretary of Justice and former Bolsonaro's Minister of Justice (with

whom a plan for illegally declaring a [state of emergency](#) was found, which came to be known as the “[coup draft](#)”), as well as the local [commander](#) of the military police. In the following months, Moraes would arrest several other people involved in the coup attempt for crimes against the constitutional democratic state, including a former [lieutenant colonel](#). The decisions show that the Federal Supreme Court is willing to severely enforce the [criminal provisions](#) that aim at protecting the constitutional state against violent attacks that aim at seizing power.

One of the key aspects, however, of the judicial oversight of Brazilian constitutional democracy is the already mentioned “fake news inquiry”. Although several rulings were dependent on the proactive performance of Justice Alexandre de Moraes (who also happens to be the Chief Justice of the Electoral Superior Court), most of them were confirmed by the full bench of the Federal Supreme Court.

However, more recent events, in the past couple of days, caused further concerns. For instance, while a bill to prevent the dissemination of fake news was being debated in the Chamber of Deputies, Google used its main website to take a stand against the legislative proposition, posting a statement that the bill would make the “[internet worse](#)”. The company’s interference in the legislative debate was surely subject to criticism and its lobby [prevented](#) the bill from being debated by the Chamber of Deputies – a major defeat for Lula’s government. Nevertheless, Justice Alexandre de Moraes considered Google’s position as a threat to the rule of law that could be addressed by the fake news inquiry and subpoenaed its Brazilian CEO (like other big techs directors) to testify to the Federal Police.

Justice Alexandre de Moraes’s ruling mixes legislative and judicial procedures in a controversial way. While the fake news inquiry has played a capital role to respond to the attacks on Brazilian democracy, that does not entail that judicial authority shall be expanded in an uncontrollable way, with the risk of compromising the legitimacy of the court’s constitutional procedures.

### Jair Bolsonaro’s accountability

From the beginning, the involvement of former President Jair Bolsonaro has been under consideration. One must bear in mind that he left Brazil (and the presidency’s chair) before the end of his mandate and [returned](#) three months later. In his absence, beyond the coup attempt,

investigations moved on and started to produce results. Bolsonaro is currently facing [sixteen accusations](#) before the Electoral Justice for his constant attacks on electronic ballots and electoral institutions that can lead to his ineligibility for public office. He also needs to respond to criminal procedures that were at the Federal Supreme Court involving his [role](#) in COVID-19 health policies.

These later investigations gained momentum in the past couple of days, after a series of raids of the Brazilian Federal Police, on May, 3<sup>rd</sup> 2023, that searched former president Jair Bolsonaro’s house, seized his personal mobile phone, and arrested several of his aids, including a lieutenant-colonel that is regarded as his closest aid and worked in the Presidential Cabinet. Apparently, this investigation concerns a minor fraud in Bolsonaro’s and his daughter’s vaccination cards, but there is potential that the documents, devices, and data seized in the raid reveal more serious offences and a direct involvement of the former president.

This is, in fact, the case in which the judicial authorities have got the nearest to Jair Bolsonaro until now. The police raid is linked to an investigation into the fraud of Jair Bolsonaro’s and his daughter’s data on [vaccination cards](#). Allegedly, some of Bolsonaro’s aids produced fraudulent vaccination certificates for Bolsonaro and his daughter to travel to the United States, which were required by the US authorities during COVID-related travel restrictions. The police operation is a taint on his political support and maybe just the start of further accountability procedures, given that there appears to be evidence of further delicts in the messages exchanged between some of Bolsonaro’s aides. Nonetheless, again, there is a concern about the protection of the rule of law, since the police raid was also ordered by Justice Alexandre de Moraes in a request supposedly linked to the fake news inquiry, on the basis that the fraud was part of a [major disinformation](#) campaign on COVID-19 vaccination led by Bolsonaro.

That is not all for Bolsonaro. He will also need to face investigations for receiving [gifts](#) from the Saudi Arabia authorities consisting of several jewels between 2019 and 2021. He received million dollars Rolex and Chopard presents and allegedly incorporated them into his personal property, since they were not left by Bolsonaro in the presidency’s cultural heritage, only to be returned when they were discovered and some of them would also not be declared to the Brazilian fiscal authorities.

There are also investigations related to Bolsonaro’s

speeches against Brazilian democracy on 7 September 2021. In addition to his involvement with 8 January 2023 attacks, there seems to be [plenty](#) of room to hold him accountable.

### Dealing with Bolsonaro's legacy

The first days of the new presidential term were dedicated to starting to rebuild the 1988 Constitution's public policies and fundamental rights structures dismantled by Jair Bolsonaro. The new government recovered the participation of civil society representatives in [public councils](#), rebuild the [Human Rights Ministry](#), acted to remedy human rights violations committed [against](#) indigenous people, created a [fiscal bill](#) (still to be approved) to substitute a previous debt ceiling that will include the protection of socio-economic rights, and acted to address the coup attempt – especially trying to control military authorities. Nonetheless, the government is facing difficulties in its relationship with the National Congress.

During Bolsonaro's term, one of the most important forms to control his most outrageous policies was made by the National Congress. At first, the legislature rejected several decrees that aimed at expanding access to guns, reducing the oversight of financial crimes, and expan-

ding rural activities in indigenous lands. Later, however, Bolsonaro ceded to pork-barrel politics through the reinforcement of obscure parliamentary control over budgetary law with legislative amendments. Legislators could amend the budget with no clear explanation of how – and on which scale – the changes benefitted their constituencies. The so-called [secret budget](#) was struck down by the Federal Supreme Court. However, the conservative legislature elected in 2022 did not give good hopes for Lula's presidency.

Up to now, representatives and senators have kept asking for more participation in the executive branch and more direct influence on budgetary matters that can favor their particular interests. The absence of the secret budget is imposing a high political cost on Lula's administration. The result is that the [fake news bill](#) had its discussion suspended, to avoid a major defeat, and a decree on [basic sanitation](#) was rejected, all in the same week.

The scenario indicates that there is, still, space for political deadlock. Whereas Bolsonaro and his supporters were recently hit by judicial oversight, Lula must fight more difficult legislative political practices than the ones he faced at the start of the 2000s. In this sense, constitutional resilience and reconstruction in Brazil are far from reaching a stable stage.



Rodrigo Kaufmann

# Chile or the Impossibility of a Constitution

doi: 10.17176/20230509-163305-0



The second act of Chile's constituent process is ready to begin. Elections for the 50 members of the Constituent Council, in charge of drafting the text of a new constitution, took place this Sunday, May 7. The [results](#), a clear victory for the far-right *Republicanos*, may come as a surprise to many. Is it?

I argue that Chile's last decades has seen an open "political" use of the constitution, that is, a use of the constitution as means to influence or to some extent control the contingent political struggle for power between governments and opposition. From that perspective, the results are less surprising than what they may seem compared to the 2021 election for the Constituent Convention during the last failed process. The results also might show, however, that the fundamental distinction between constituent power and ordinary politics might be theoretically necessary but impracticable.

## Breaking Bad

A lot has been said already about Chile's current constitution. It was established in 1980 during Pinochet's dictatorship and was designed to petrify some of the main features of the regime put in place after the coup in 1973. What remains remarkable is how candidly that instrumentalization of the constitution was openly explained by its authors. Jaime Guzmán, murdered in 1991 by the leftist terrorist group *Frente Patriótico Manuel Rodríguez*, is generally seen as the driving force and main ideologist of the new constitution. In 1979, he published a short column called "[El camino político](#)" ("the political road"); in it, he advocates the idea that Chile's new regime should create a situation in which "if our adversaries govern, they should be forced to follow a course of action not very different from the one we would have preferred, because – a metaphor be allowed – the playing field already constrains the possible actions by the players such as to make it very difficult that they would act otherwise" ("*Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean con-*

*streñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque – valga la metáfora – el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario*").

This is, of course, nothing else than the explicit recognition that the new constitutional regime should be such that the scope of politics altogether should be limited to a set of alternatives not completely unpleasant to those in power during the dictatorship. And that the constitution should achieve precisely that. This is, indeed, the argument advanced by Fernando Atria, who has been advocating the need for a new Chilean constitution for many years now: The current constitution's original plan was to [neutralize politics](#). The liberal ideal of a constitution that limits the powers of the state or of governments is thus exaggerated up to the point of becoming a political farce: the set of institutionally available options is such that progressive political actors are left with the choice between developing a political discourse that they will, if elected, hardly be able to realize, or adapt to the conditions and moderate their political discourse accordingly, limiting the scope of what can be politically achieved.

## Emancipation

It was, in part, this rhetoric about the Chilean constitution that sparked the protests of 2019, which made the constituent process in 2021-2022 possible. Under the circumstances mentioned above, it is not entirely surprising that the constitutional question was processed by institutionalized politics only after the "social uprising" on the streets had fundamentally transformed the "playing field". Of course, the Chilean constitution in 2019 is fundamentally different from the one entering into legal force in 1980, but the constitutional practice that developed from it and the persistent symbolic dimension of a document never really accepted by the general population gave the calls for a new constitutional text particular

relevance.

What came after that is known. In the initial referendum on whether a constituent process should begin, the option for a new constitution won by a landslide; in the following elections for the Constituent Convention, the organ in charge of drafting the new text, a wide array of different shades of left won the 2/3-majority required to approve the text. Ironically, at least considering the radically opposed conditions under which the constitutions were drafted, the left was in the position to make the new constitution politically just as one-sided as Pinochet's constitution. A temptation which proved impossible to resist. The proposed draft had 388 articles, with roughly 100 of them dealing with fundamental rights, and contained detailed provisions aimed at radically transforming Chile's political, social, and cultural physiognomy. Again, under the draft, ordinary politics would have been confronted with a dilemma: Either devoting itself entirely to a mere execution of the constitution and its ambitious goals for the coming decades or rebelling against the constitutional substance in a struggle for constitutionally undefined spaces.

The fact that the draft text that resulted from the 2021-2022 process incorporated many of the left's political goals was, to some extent, a political vendetta. Daniel Stingo, one of the members of the Convention that most radically advocated this vendetta, put it this way: "[The great agreements are going to be defined by us now, and the rest will have to join us. Just to be clear. And 'us', that's everyone who is not the right](#)". But the course of action also went further in the political road announced by Jaime Guzmán: the constitution, understood as means to pursue political goals, as defining what politics can be about, and thus what the political opponent can do.

## Fall from Grace

The end of that first draft for a new constitution is also known: The text was rejected by more than 60% of Chileans in a referendum held in September 2022. It took months of hard negotiations to enable a second constituent process, which was conceived in radically different terms.

The process foresees different stages: The first one, during which an Expert Commission, elected by Congress, drafts a first proposal for a new constitutional text, is close to finishing; the second one, during which the Constituent Council will work on the proposal and define the

final draft, will soon begin. And as a result of the [elections held on May 7](#), this Council, in charge of preparing the final version of the new constitutional text, will be controlled by far-right, conservative Republicanos.

## Constitutional politics: necessary and impossible at the same time

What is one to make of these results? Within two years, Chile went from wanting the new constitution to be drafted by a strong left-wing majority, to wanting a far-right, conservative party to perform that very same task. Is this because politics is always irrational? Not necessarily. In fact, the results can very well be read as another chapter in the tradition that has been briefly sketched above: a decision on a constitution, or, for that matter, on who should draft it, is no different than ordinary politics, that is, than the election of representatives or presidents. It's all about different political forces trying to get a hold on power. If that happens through elected representatives, that's great, but even if it doesn't: constitutionally constraining the political adversaries to do something not very different from one's own political program will also do just fine. This is what the last decades in Chilean constitutionalism have been about.

In light of that, the dynamic that unfolded during the electoral campaign leading up to the elections for members of the Constituent Council can be hardly surprising. Polls showed that the interest in the new process had been falling. There is, certainly, some degree of constitutional fatigue after the first failed process. But there were also [doubts as to how the constitution will actually contribute to solving the country's problems](#). This could have been used to advance an idea that should be in everyone's interest but, given the understanding of a constitution as loot, actually is in no one's: the idea that a constitution needs to function at a certain distance from day-to-day politics and that its task is not to provide solutions for contingent political problems, but to generate the conditions that allow for the political system to do so. Instead, the reaction by political actors was the exact opposite: further politization of the campaign. And so, public security and migration, two of the most pressing issues right now in Chile, were at the very heart of it, notwithstanding the fact that, arguably, they require answers rather different than constitutional provisions. The "ordinary politization" of the electoral process went as far as hav-

ing right-wing parties, usually operating under the name of “*Chile Vamos*”, similar to “Let’s Go Chile”, changed their name to “*Chile Seguro*”, “Safe Chile”, to make the connection between public security and the election for the members of the Constitutional Council even more explicit. And, a Senator for *Renovación Nacional*, a moderate right-wing party, called for the elections of members of the Constitutional Council to serve as a [referendum on President Boric’s performance so far](#).

Under these circumstances, it’s hard to be optimistic about Chile’s constitutional future. Roberto Gargarella, a renowned Argentinian Professor, [writing after the referendum in September 2022](#), claimed that, since it was impossible to separate the question actually being voted upon from all other politically relevant questions, it was better to discard referendums on whether to adopt a constitution altogether. It is, in fact, difficult not to share the view that there is something fundamentally flawed about these elections and their disjunction between substance and form. But instead of dismissing referendums on constitutions, I would argue – not without recognizing the

naivety of this position – that what is needed is a broad, shared, and general understanding of what a constitution is, of its unique characteristics, and of its role within the system of constitutional democracies. Accordingly, an understanding should be developed as to why talking about constitutional matters is different than talking about general political matters, and, particularly, as to why it should be accepted that in some cases, the political irrelevance of the constitution is the way to protect the entire system. When drafting a constitution, the key question should be about a set of arrangements and institutions that allow us to institutionally process problems and not about offering solutions, imposed on the political adversaries.

In the case of Chile, the tendency to use the constitution as a political weapon quickly reminds of the end of García Márquez’ *Love in the Time of Cholera*: “And how long do you think we can keep up this goddamn coming and going?” One can only hope that the current process will produce a draft that allows for an answer different from that in the book.

Jorge Contesse

# Lithium and Constitutional Change

doi: 10.17176/20230516-181824-0



On 20 April 2023, Chile's President Gabriel Boric addressed the nation to announce the highly anticipated National Lithium Strategy. Boric announced the creation of a National Lithium Company (which must be enacted by Congress) and the establishment of public-private joint ventures, with a prominent role for the government. His speech began by referencing the nationalization of copper in the late 1960s and its completion in 1971 under President Salvador Allende.

The new lithium strategy has to be understood as something more than merely an economic proposal. It is part of a larger and elusive effort to reconfigure the State.

## Lithium is different

Lithium is key for the energy transition and the fight against climate change. It is used in laptops, smartphones, and electric vehicles, leading the EU, US, and UK to declare it a critical substance. The proportion of lithium used in batteries has risen dramatically, from 23% in 2010 to 71% at present. Chile is the world's second-largest producer (following Australia). The country is part of the "Lithium Triangle" with Argentina and Bolivia, which [holds over 75% of the world's supply](#).

Unlike copper, known as "[Chile's salary](#)", the government cannot grant lithium concessions. Private actors may only enter into lease contracts with the government. Why is this the only way private companies can participate in the industry? The reason lies in the Cold War's influence in Chile. In the 1970s, under General Augusto Pinochet's dictatorship, the military junta established a [radical neoliberal economic system](#), which privatized education, health, and social security. Critically, in 1979, the junta decreed that "[as required by the national interest ... lithium is reserved to the State](#)". The US treated lithium as key to nuclear energy development, leading Chile's junta to declare it strategic and requiring contracts to be [cleared by the country's Nuclear Commission](#). Health, pensions, and education could be privatized and copper extracted by private companies, but lithium was different.

This is why there was so much anticipation for President Boric's announcement of the government's Lithium Strategy.

The Strategy announcement received mixed reactions. Most of the international press rushed to qualify it as a "[nationalization](#)", overlooking that lithium has been Chilean for over four decades. The president of Chile's Confederation of Product and Commerce said he was "disconcerted" by the possibility of "a wave of nationalization", while his counterpart at the Federation of Chilean Industry spoke of a "sign of distrust" towards the private sector.

However, those involved in the lithium market (or have an interest in it) offer a different view. The CEO of the U.S.-company Albemarle praised the Boric administration as "[very thoughtful](#)" and described the strategy as „an opportunity“. Albemarle's representative in Chile highlighted the "legal certainty" of the announcement, by ensuring full respect for existing contracts. A senior analyst at The Economist Intelligence Unit believes that the strategy "[actually provides the private sector more opportunity than the existing framework because ... there would be more ability to partake in projects than currently exists](#)". Mining company Salar Blanco's general manager called it „good news for the country“, while Sorcia Minerals' Latin America president said it "[goes in the right direction](#)." Finally, the general manager of SQM, the main company operating in Chile's Salar de Atacama, which holds 90% of the country's lithium reserves, hoped to "[achieve a good agreement for the country, communities, and companies](#)."

## Reconfiguring the State

These views show that the lithium debate is linked to one of the most important current discussions: the redefinition of the State and the role of the private sector and communities in the country's development.

Chile is currently undergoing a decade-long effort to replace its Constitution, enacted by Pinochet in 1980. Af-

ter the resounding rejection of a constitutional proposal in [September 2022](#), a new iteration was set up — one in which political parties have attempted to retain the grip of the process by appointing a Committee of Experts. The Committee must draft a proposal that will be submitted to a fully elected Constitutional Council. The Council, dominated by right-wing delegates and with a national majority of delegates from the [far-right Republican Party](#), will deliberate on the proposal and offer a text for a vote by the Chilean people in December 2023. The current process is founded on twelve “[bases](#)” established by Congress to ensure that constitutional change remains within certain margins. One of the bases states that “Chile is a social and democratic State under the rule of law”, seeking to overcome the subsidiary State model of the 1980 Constitution. The “Social State” formula aims to guarantee benefits by ensuring social rights such as health, education, housing, and social security. To do so, it requires resources administered “[subject to the principle of fiscal responsibility](#)” as imposed by the same bases. The lithium strategy, which includes „[majority participation of the State](#)“ in “[projects](#)

[of strategic value for the country](#)”, is part of the reconfiguration of the State as “social and democratic” and requires financing to ensure its founding objective: social peace. The new State, which is currently seeking to outline its contours, must work in coordination with the private sector, ensuring clear, fair and competitive rules. At the same time, it must enable the country to move in a new direction by adding value and investing in knowledge and technology to move beyond being mere exporters of raw materials.

In his speech, Boric pointed out that the country “cannot afford to waste” the opportunity offered by having „the largest lithium reserves in the world“. He is right. At the same time, Chile must also seize the opportunity to equip a new State capable of achieving its goal of becoming a developed country.

As the new phase of the constituent process begins, it remains to be seen whether the Strategy will become part of a larger process of redefining the State or whether constitutional change will need to take new forms to respond to the demands of the Chilean people.



Britta Redwood

# Disney v. DeSantis Creates Strange Bedfellows

doi: 10.17176/20230524-140329-0



On April 26, 2023, Disney escalated its public feud with Ron DeSantis, Florida's current Governor and a 2024 presidential hopeful, by suing him and other lawmakers in federal court. The corporate behemoth, Florida's largest single taxpayer and one of the largest employers in the state, alleges that the Governor violated its constitutional rights by seeking to undermine its development contracts and change its leadership, thereby reducing the value of its property. The complaint turns on a series of legislative actions DeSantis took in response to Disney's tepid and rather anodyne criticism of the so-called "Don't Say Gay" bill he championed. Disney alleges these were "patently retaliatory, patently anti-business, and patently **unconstitutional**."

The context in which the case has arisen allows Disney to look like a brave defender of LGBTQAI+ rights facing down a Republican Governor who seems hellbent on destroying them. In reality, though, Disney is no liberal darling. For one, it only chose to offer feeble criticism of DeSantis' anti-LGBTQAI+ bill weeks after it passed, motivated by the persistent lobbying by both its employees and activists. More worryingly, however, the constitutional arguments the complaint makes and the context in which they are made—in a Florida federal court where the appeals bench is deeply conservative—open the door to buttress and expand a conservative reading of several constitutional provisions. If the case is appealed up to the Eleventh Circuit, where six of the eleven judges are Trump appointees, or further to the U.S. Supreme Court, where there is a conservative supermajority, the optics of finding in favor of Disney against DeSantis may provide some welcome political cover in an environment in which conservative judges have been increasingly accused of **judicial activism**.

## The "Don't Say Gay" Bill and Disney's Special Status

Disney's lawsuit has its roots in Florida's *Parental Rights in Education Act*, which prohibits the discussion of se-

xual orientation and gender identity in primary schools. Dubbed by its critics the "Don't Say Gay" bill, it also restricts these discussions at other grade levels if they are „not age-appropriate or developmentally appropriate for students“ and permits parents to bring suit against their child's school if they believe these discussions have occurred.

The bill drew immediate national attention and **sparked protests** across Florida and around the country even before it went into effect. Critics alleged that it amounted to censorship and sent a discriminatory message that LGBTQ status is "**inappropriate or wrong**." Yet, leadership at Disney remained quiet. Only after its employees called on the company to publicly denounce the legislation and weeks after the bill passed, then-CEO Bob Chapek offered a **tepid acknowledgment**, expressing to shareholders that he knew "many [were] upset that we didn't speak out against the bill." Chapek then also called DeSantis before he signed the bill to express his disappointment and invited him to meet some of Disney's LGBTQ+ employees to hear their concerns. Disney also signed a **statement** by the Human Rights Campaign ("HRC"), an LGBTQ advocacy group, denouncing the legislation in Florida and similar legislation in other states, and pledged five million dollars to organizations "working to protect" LGBTQ+ rights. But HRC rebuffed these gestures, **saying** they were too little, too late. Employees of Disney were also extremely critical; Disney writer Ben Siemon called Chapek's efforts a "**half-hearted triage**."

Nonetheless, it was enough to inspire retaliation by DeSantis and Republican lawmakers. Florida Republicans passed a string of laws designed to strip Disney of its power over the **Reedy Creek Improvement District**, a 25,000-acre area that employs 75,000 people. Within it, Disney operates much like a municipal government, maintaining full control over decisions about new construction and development and the authority to create roads and provide emergency services. The District was **created** by the state of Florida at the behest of Disney 55

years ago with the stated purpose of supporting tourism. Until [changes](#) recently ushered in by DeSantis, the board that oversaw the District [was selected](#) by the district's primary landowner, Disney.

Calling the agreement creating the Reedy Creed Improvement District “[a unique and special privilege](#),” DeSantis, together with Florida lawmakers, passed legislation that would replace the Disney-friendly board with a new Commission to be selected by the Governor. Anticipating this legislation, Disney worked quietly to strip DeSantis's Commission of all its power by creating a so-called [Declaration of Restrictive Covenants](#), which gives Disney final say on any alterations to the property and [binds in perpetuity](#). DeSantis' newly appointed commission [reacted](#) by threatening to eliminate the company's special tax status and build a prison next to the amusement park; it also signaled its intention to nullify the agreement Disney reached with the District in its waning days.

## The Complaint

On April 26, 2023, the same day the new commission met for the first time, Disney filed a [lawsuit](#) against Governor DeSantis and other Florida officials. It seeks to protect two contracts (one of which was the Declaration of Restrictive Covenants) concluded with the Reedy Creek Improvement District governing future development on Disney's property. These contracts effectively insulate Disney's long-term plans and development privileges from the Commission that DeSantis created and assembled.

### *The Contracts Clause*

[While much has been made of Disney's suit being an assertion of its free speech rights](#), the primary theory of its complaint focuses on the U.S. Constitution's [Contracts Clause](#). It prohibits States from passing “any... Law impairing the Obligation of Contracts,” including laws that would abrogate a local government's own contracts with private entities. DeSantis and the government of Florida, Disney alleges, not only failed to honor a preexisting contract, it violated the U.S. Constitution by voiding the agreement. This argument elevates the suit from a contractual dispute to a constitutional one.

A careful reader will note that Disney's complaint does not use any case law on the Contracts Clause from the last 100 years. Instead, it focuses on a construal that emphasizes the Clause's role in protecting freedom to contract that was prevalent until the 1930s. During this

time, known as the *Lochner Era*, the Supreme Court interpreted the Contracts Clause to vitiate state oversight and regulation of the marketplace, especially where this was aimed to protect laborers or consumers, such as through [minimum wage laws](#). When Congress began to pass legislation related to the New Deal—which included wide-ranging financial regulations and public support programs—the Supreme Court's inflexible reading of the Contracts Clause became implausible and began to give way. It later recognized that while the Contracts Clause is “[facially absolute, its prohibition must be accommodated to the inherent police power of the State to safeguard the vital interests of its people](#) [410].”

Disney's reliance on *Lochner Era* caselaw is understandable because the complaint maintains that DeSantis is not, in fact, exercising Florida's police power by undermining the contracts establishing Reedy Creek. This precludes the need for any balancing exercise to accommodate state interests. Still, Disney's choice to invoke the Contracts Clause in the first place and its reliance on caselaw from the *Lochner Era* opens the door to a conservative appeals court to change the existing Contracts Clause jurisprudence in a lasting way. Indeed, the last few years have seen hopeful business-owner plaintiffs flooding the courts with lawsuits challenging federally- or state-imposed COVID-19 protections for tenants and workers on freedom of contract grounds. Against this backdrop, [Disney's suit may be the case that breaks the camel's back](#). If this suit makes its way to an appeal—a distinct possibility—it will be heard before the 11<sup>th</sup> Circuit, where six of the eleven active judges are Trump appointees. Conservative judges are more likely to favor the interests of business over the state's interest to regulate. If given the opportunity, a higher court might push Contracts Clause jurisprudence in a direction that resembles how it looked during the *Lochner Era*.

### *The Takings Clause*

Disney's second cause of action is based on the Takings Clause. Found in the Fifth Amendment, it requires that owners whose private property is taken for public use be compensated. Disney argues that because the contracts concluded between itself and the Reedy Creek Improvement District “[secure valuable substantive rights in specific property](#),” the protections of the Takings Clause apply. The laws passed by the Florida legislature amount to an unconstitutional taking because they override those contracts. In making this argument, Disney quotes the

late conservative Supreme Court Justice Antonin Scalia, who wrote in a concurrence that “when the government uses its own property in such a way that it destroys private property, it has taken that property.” This, it would seem, is a shot across the bow in response to DeSantis’ threats to build a prison next to Disney’s parks. In this argument, and in its hat-tip to Scalia, Disney seems to be aligning itself with conservative arguments about the potentially destructive nature of regulating private property.

#### *The Free Speech Clause*

Disney’s free speech arguments have dominated most headlines covering this suit. In particular, the [company argued that both the state’s invalidation of its existing contracts and DeSantis’ reconstitution of Disney’s governing structure through legislation was retaliation for Disney’s statements about the „Don’t Say Gay“ bill \(pp. 66-71\). Disney described its lawsuit as a last resort “to protect its cast members, guests, and local development partners from a relentless campaign to weaponize government power against Disney in retaliation for expressing a political viewpoint unpopular with certain State officials \(p.2\).”](#)

The free speech guarantee prohibits the government from acting in retaliation for protected speech, even if its actions are otherwise legal. A governmental act is considered to constitute retaliation where it “[would likely deter a person of ordinary firmness](#)” from exercising their rights. So far, plaintiffs relying on this test have all been individuals—usually state employees or prisoners. But Disney, of course, is a corporation. For the notion that corporations are entitled to free speech rights, Disney unsurprisingly cites *Citizens United v. Federal Election Commission*. Decided in 2010, the Supreme Court’s conservative majority held 5-4 that because the First Amendment extends to corporations, they could not be prohibited from making contributions to political campaigns. *Citizens United* constituted a controversial expansion of corporate rights, and their ability to participate in the political life of the country. While it was perfectly appropriate for Disney to invoke *Citizens United* as helpful pre-

cedent, its use also serves to further entrench an understanding of corporate rights that has mostly been championed by conservatives.

### A Conservative Wolf in Progressive Clothing

Disney’s complaint put those who are rooting for the company in league with a host of judicial positions traditionally held by conservatives. It is strange for someone on the political left to highlight the First Amendment rights of one of the wealthiest and most powerful corporations in the world, however laudable or desirable its views may be in this particular case. It is equally strange to believe that Reedy Creek, which was created through what can only be described as “[an outrageous transfer of government power to a private entity](#),” should maintain its special self-governing and tax status. This is especially so when the legal argument that Disney uses to support this position is based on an early 20<sup>th</sup> Century reading of the U.S. Constitution that is hostile to exercises of the state’s police power, even if they advance general welfare.

Indeed, if the Eleventh Circuit hears this case on appeal and finds for Disney, a revival of the early-20<sup>th</sup> Century jurisprudence around the Contracts Clause could undermine the regulations that were extended by state governments during COVID-19. State employee plaintiffs who had their employment contracts terminated for refusing the vaccine mandate sued in [Massachusetts](#) and [Washington State](#) for violating the Contracts Clause, arguing that the vaccine requirement “[operat\[ed\] as a substantial impairment](#)” to their employment contracts. In another recent [example](#), landlord plaintiffs filed a complaint against the state of New York alleging that COVID-19 rent stabilization laws violated the Contracts Clause. So far, none of them were successful, yet this might change if Disney’s lawsuit progresses through the American court system.

Progressives who are watching this case can thus only hope that the long-standing relationship between Disney and the state of Florida compels the parties to settle soon.

Skip Mark, Mary Lind

# A Problem of Our Own Making

Understanding Child Labor in the United States

doi: 10.17176/20230513-181737-0



In 2023, Packers Sanitation [paid a fine of \\$1.5 million](#) for employing over 100 children in work environments involving dangerous machinery and chemicals across eight US states. [A New York Times investigation](#) also uncovered the prevalence of migrant children working in numerous industries across the US, including Ford, General Motors, J. Crew, Walmart, Ben and Jerry's, Whole Foods, and Target. Child labor has been identified in small and large companies nationwide, bringing the issue to national and international attention.

The United States is the only UN member state that has not ratified the UN Convention on the Rights of the Child (CRC). The failure to ratify the CRC has had severe (and predictable) implications for children's rights in the country. A [Human Rights Watch report](#) published in September 2022 found that no state has legal protections that scored higher than a „C“ on obligations listed in the UN Convention on the Rights of the Child (CRC). In measuring child labor, they focus on the agricultural sector, where not a single state has laws that align with the CRC.

The recent spotlight on US child labor has coincided with legislation to reduce child labor regulations. A recent report published by the Economic Policy Institute entitled [Child Labor Laws are Under Attack in States Across the Country](#) identified attempts across ten US states to roll back child labor protections in the past two years. Child labor protections are weakening in both Republican and Democratic states. Arkansas (HB 1410) eliminated age verification and parental permission; Iowa (HF 2198) lowered the minimum age of childcare workers (SF 167) and lifted restrictions on hazardous work, lowered the age to serve alcohol, extended work hours, and strengthened protection of employers from civil liabilities if children are hurt. Attempts to introduce a sub-minimum wage (such as Nebraska's LB 15 bill) that would pay children less than adults for the same labor are another example. At the federal level, a bipartisan bill was introduced to Congress in March of 2023 that would allow children to participate in logging under the [Future Log-](#)

[ging Careers Act](#) despite logging being a hazardous form of employment.

Why has there been an increase in child labor across the US? In many ways, this is the wrong question. Child labor has been a persistent problem in the US for decades. Scholars have pointed out that child labor was significant and increasing at the end of the 20<sup>th</sup> century (see [here](#) and [here](#)). Reporting child labor violations in the 21<sup>st</sup> century is also not new (see [here](#), [here](#), and [here](#)). The better question is why this is only just now receiving national and international attention when it hasn't before. We argue that this results from stagnant wages, growing inequality, and a labor awakening accelerated by the COVID-19 pandemic.

## What is child labor?

The conversation on child labor concerns the worst forms of child labor that harm a child's education and mental or physical well-being. Most children around the world engage in child labor. Being paid to do chores around the house is child labor, as is k-12 education, which is mandatory in most countries and unpaid. We need a definition of what counts as child labor and what does not. Here we use the criteria we apply in the [CIRIGHTS data project](#), which codes government respect for human rights worldwide. These rules incorporate International Labour Organization conventions (182, 138, 124, 78, 77) and recommendations (190, 146, 125, 79) about child labor.

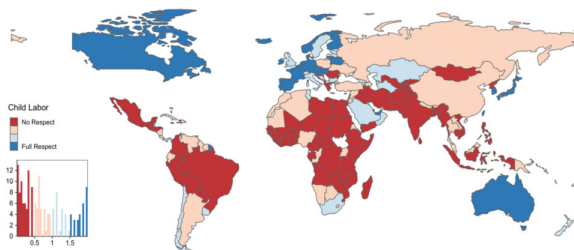
The CIRIGHTS data project defines child labor as:

- Children younger than 14 working in any job
- Children younger than 18 working aboard ships
- Children younger than 18 working in a dangerous occupation
- Children under 18 working at night (except for vocational training or apprenticeships)
- Children working without a clean bill of health
- Children employed during regular school hours
- Children who are sexually exploited, children ser-



ving in armed conflict, slavery, trafficking, debt bondage, and participating in illicit activities

Using this criterion, we score all countries (besides the US) for child labor between 1994 and 2021. We find that child labor has been [getting worse](#) and is one of the least respected human rights around the globe. The figure below is taken from our 2022 CIRIGHTS report. It shows the average respect for child labor in the 21<sup>st</sup> century. A score of two represents full respect and is indicated by a dark blue; a score of zero indicates widespread violations and is characterized by a dark red.



The United States scores below the median if we apply these same criteria to the United States. The 1938 Fair Labor Standards Act outlawed child labor, with many exceptions for the agricultural sector. As a result, child labor has always been a problem in agriculture. Child workers (alongside adult workers) have few worker rights protections in this sector. The ubiquitous child labor in the formal and informal sectors (as discussed in the New York Times piece) would put the US at the bottom of the developed world and on par with many autocratic nations in its legal protections and its protections in practice.

## Causes of Child Labor

A simplified explanation by [Swinerton and Rogers \(1999\)](#) identifies three sources of child labor: the cost of child workers is less than the cost of adult workers, families send their children into the workforce when they do not have enough income to support the family, and growing inequality which allows child labor to occur in developed countries.

Children can be employed cheaper than adults and are less likely to unionize than adults. This makes it more profitable to employ child workers compared to adult workers. As the national movement for a [\\$15 minimum wage began seeing victories, and union drives in companies like Amazon have been successful](#), labor costs have

increased. Employers could solve worker shortages by paying workers a higher wage, improving working conditions, and creating attractive jobs. An alternative is to make it easier to hire children, which suppresses the strength of labor movements, reduces wages, and is the current strategy of many US businesses.

Demand for child labor comes from business groups like the [National Restaurant Association, which helped spearhead Iowa's SF 167 bill](#). There is also a demand from conservative think tanks like the Foundation for Government Accountability, which has drafted or revised much of the legislation introduced in the past two years. Both lobbying efforts frame child labor as a parental rights issue. Child labor regulations then are seen as an overreach of the government. This argument is the same one that killed efforts to ratify the CRC. Much of this legislation is not aimed at outright saying child labor should be legal but rather removing the mechanisms for identifying and enforcing child labor regulations. For example, in Arkansas, after a public backlash against the [Youth Hiring Act \(HB 1410\) of 2023](#), they passed [SB390 in April 2023](#), increasing penalties and fines and adding criminal penalties. This strategy of reducing the ability to monitor and enforce child labor protections while marginally increasing penalties will likely be the strategy from now on.

The supply of child labor is largely driven by poverty. Families that would otherwise send their children to school are forced to choose between affording rent, medical treatment and bills, and other necessities and keeping their child out of the labor force. In the US, roughly [2/3rds of bankruptcy filings are tied to medical bills](#). The US is the only industrialized country [without a universal healthcare system](#), which has pushed many families into poverty. Since most employees' healthcare is tied to their job, being fired (including for health reasons) often leaves families unable to pay for medicine or medical expenses. This is one of the many economic strains on families that push children into the workforce. A weak social safety net, stagnant wages, growing inequality, and continual public education funding decline have all contributed to a growing child labor supply.

The US immigration system is another source of child labor. Undocumented workers are at risk of being deported and are economically vulnerable. If migrant children lose their job, they are much less likely to complain about labor violations than US adult workers. US Immigration



and Customs Enforcement (ICE) also ramped up its repression under the Trump administration. Migrants became even less able to take advantage of institutional protections than in the past. It is common knowledge that the food service industry in the US has a large undocumented population. If adult workers are unable or unwilling to work for low wages, then migrant children can be substituted. The historical inability of migrants to complain about labor rights violations and growing child migration has left migrant children at risk of deportation and poverty.

### Solutions to Child Labor Problems?

When the Convention on the Rights of the Child was created, the United States participated under former presidents Ronald Reagan and George H.W. Bush but ultimately failed to ratify the Convention. The argument for why the US did not ratify the treaty mirrors those the Foundation for Government Accountability has used (see above). When thinking about child labor, it is unsurprising that we are lagging behind the rest of the world. The US has only ratified 14 of the 189 International Labour Organization conventions, has not ratified the International Convention on Economic, Social, and Cultural Rights, and has generally not incorporated economic rights into its domestic legal framework.

The current approach to addressing child labor at the federal level revolves around increasing the penalties for firms. Current penalties are insufficient to deter firms from hiring children. The Packers Sanitation fine of \$1.5 million is about \$15,000 per child found working. Given

the firm's size, this fine is insufficient to deter future violations, let alone signal to other firms that child labor is too risky. A bipartisan House bill introduced in March 2023 aims to raise penalties to ten times their current level. A bill introduced in April 2023 aimed to increase the penalties to \$700,000 per violation and include up to 10 years of jail time for repeat offenders. Much of the federal effort to reduce child labor has been aimed at increasing the cost to businesses of hiring children. However, efforts to ban child labor or simply deal with business demands can make things worse. Simply raising fines is unlikely to reduce child labor. About 1,000 federal labor inspectors are responsible for monitoring all businesses across the country, making finding and enforcing these penalties unlikely in states that have rolled back child labor protections.

A comprehensive approach is needed to address both the supply, demand, and inequality that makes child labor possible. Any solution will be more complicated and require more discussion than is possible here. Choosing between what is politically feasible versus what is necessary to address the real causes of child labor is always an issue in politics. However, scholarly research has pointed to some policies which are effective such as improving worker rights and strengthening labor unions, improving the healthcare system, investing in education, strengthening the social safety net, liberalizing the immigration system, ratifying international human rights instruments related to economic rights, and addressing other children's rights in the country such as child marriage, corporal punishment, and juvenile justice issues.

Korey Silverman-Roati

# The Local Case Against Climate Deception

Cities, counties, and states in the U.S. score major procedural win in climate liability suits against fossil fuel companies

doi: 10.17176/20230513-181717-0



Over the last five years, cities, counties, and states across the U.S. have sued fossil fuel companies alleging that the companies violated state law in marketing their products as safe. Collectively, these cases are known as climate liability cases or climate deception cases. On April 24, the U.S. Supreme Court [declined to hear a petition](#) on whether the climate liability cases should be heard in state or federal court. As a result, 11 cases will be remanded to state court to move towards motions to dismiss, discovery, and trial. The Supreme Court's decision also helps plaintiffs in more than a dozen other cases argue that their cases against fossil fuel companies should be heard in state court, rather than federal court, and it may help spur more state court filings. This is a big win for the city, county, and state plaintiffs, after they engaged in a five-year fight to keep the cases in state court.

Several factors led to the Supreme Court's decision. They include (1) consensus in federal appellate courts that the cases belong in state courts; (2) strategic, state-law focused claims by the plaintiffs; and (3) the Department of Justice's (DOJ) brief supporting the plaintiffs' arguments. From here, the cases will move ahead in state court, with key developments to watch in Hawai'i and around the country.

## Background on the cases

Starting in 2017 with three cases filed in California, cities, counties, and states across the country filed suits against fossil fuel companies. In total, at least 25 cases have been filed in California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawai'i, Maryland, Minnesota, New Jersey, New York, Rhode Island, South Carolina, and Vermont. While there are some differences between the cases, broadly speaking, all of the government plaintiffs allege that the fossil fuel companies knew that their products would cause climate disasters, deceptively marketed them as safe, and as a result, taxpayers have been on the hook for billions to trillions of dollars in infrastructure repairs and adaptation expenses.

The specific claims raised in the cases can be grouped into two broad categories. First are cases that allege that the fossil fuel companies' deceptive practices amount to [violations of common law](#), like public nuisance, private nuisance, negligence, and failure to warn. Second are cases that allege the fossil fuel company activities [violate state consumer protection laws](#).

Nearly all of the state and local government plaintiffs filed their cases in state court. Fossil fuel company defendants responded by removing the cases to federal court. The fossil fuel company defendants vigorously fought to keep the cases in federal court because they viewed them as easier to dismiss in federal court. This is because they argue that the claims are actually federal common law claims and federal common law climate claims are displaced by the Clean Air Act. Local and state government plaintiffs want the cases to remain in state court, where they argue that climate nuisance claims are similar to past state law-based efforts to hold companies accountable for misleading the public about their products' harms, like those against tobacco companies.

The jurisdictional fight dragged out over five years. In May 2021, the Supreme Court [issued a decision](#) on one aspect of this fight – whether appellate courts could review all aspects of a federal district court's remand order, or whether appellate courts were limited in their ability to review. The Supreme Court sided with the fossil fuel company defendants, ruling that appellate courts could review all grounds of the remand order.

But the fossil fuel companies' procedural win proved fleeting. Five circuit courts of appeal, after considering all aspects of the remand orders, affirmed lower court decisions that the cases should be sent down to state court. In response, the fossil fuel companies filed petitions for a writ of certiorari to the Supreme Court in an attempt to have the high court overturn those rulings. The Supreme Court refused the petition. Just before this, a sixth circuit court, the Eighth Circuit, also affirmed a remand or-

der sending another case back to state court.

## The Supreme Court's decision to reject the petition

Like many decisions on petitions for writs of certiorari, the Supreme Court did not include any reasoning in its decision. The order stated only that Justice Alito did not participate in the decision, and that Justice Kavanaugh would have granted the petition. When the Supreme Court rejects such petitions, the rulings of the lower appellate courts stand. As a result, the [ruling in the Tenth Circuit Court of Appeal](#) to send the case back to state court will go into effect.

## Key factors in the Supreme Court's decision

While the Supreme Court did not issue an opinion or explain its reasons, the following factors were likely significant in its decision to reject the petition.

*Appellate courts across the country sent the cases back to state court*

The [First](#), [Third](#), [Fourth](#), [Eighth](#), [Ninth](#), and [Tenth](#) Circuits issued rulings that these climate liability suits should be remanded to state court. Supreme Court decisions on whether to grant petitions of writs of certiorari often turn on whether appellate courts are split on a question of law, and the Supreme Court's intervention is therefore needed to resolve that split. That wasn't the case here. While one appellate court, [the Second Circuit](#), did affirm a district court's granting of the defendant fossil fuel companies' motions to dismiss, that case was initially filed in federal court, meaning that the appellate court did not consider whether federal or state courts were the appropriate jurisdiction. Thus, no circuit split existed on the question of which courts should hear the cases. And the Supreme Court was likely strongly influenced by this backdrop of lower court legal consensus that the cases should be sent back to state court.

*Strategic pleading by government plaintiffs*

The appellate court decisions to remand the cases to state court turned on decisions over whether the plaintiff's claims, although framed as state law claims, actually arise under federal law. A key point of this analysis, known as [the Grable test](#), is whether the plaintiffs' claims necessarily raise a disputed and substantial question of federal law. This requires an analysis of the claims themselves. The plaintiffs strategically pled state law claims and refrained from adding federal causes of action to their

cases. They aimed to focus their claims on issues that state courts are used to hearing – whether the fossil fuel companies violated state common law and state consumer protection laws. The focus of plaintiffs' claims, and their arguments about them in court, ultimately persuaded district and appellate courts around the country that they did not raise federal interests that required federal court jurisdiction.

*Key filing by the Department of Justice*

Before rejecting the petition for writ of certiorari, the Supreme Court [asked the DOJ to weigh in](#) on whether the Supreme Court should take the case. On March 16, the DOJ [filed a brief](#) arguing that state courts are the proper jurisdiction to hear the governments' claims. As part of their reasoning, the DOJ argued that “no federal issue is ‘embedded’ within respondents’ own articulation of their claims.” In other words, the claims, as pleaded, do not rise or fall on their ability to prove violations of federal law. The DOJ also supported the argument that no circuit split existed between appellate courts. Given that the Supreme Court explicitly asked the DOJ to weigh in, it is likely that their analysis played a large role in the Court's denial of the petition.

The DOJ had taken a different position in [its brief](#) in the May 2021 Supreme Court case, writing that the claims “may well be” thought to arise under federal law for jurisdictional purposes. But, in this case, the DOJ wrote that, “[a]fter the change in Administration and in light of those intervening developments, the United States has re-examined its position and has concluded that state-law claims like those pleaded here should not be recharacterized as claims arising under federal common law.”

## Future developments in the climate liability cases

With the petition denial, observers of the cases will look to key developments in state court. The case that is widely viewed as the furthest along is [Honolulu v. Sunoco](#). In that case, the Hawai'i Circuit Court became the first state court in the nation to rule on a motion to dismiss in these climate liability lawsuits. The court rejected the fossil fuel companies' arguments, allowing the case to move forward (for more on the decision, see a previous blog [here](#)). The fossil fuel company defendants appealed the ruling to the Hawai'i Supreme Court, and on March 31, the Court agreed to hear the appeal.

More state courts around the country will begin to hear arguments on motions to dismiss. If the plaintiff

governments are successful, the cases will move towards discovery and trial. The plaintiffs will aim to use discovery to gather more evidence that the fossil fuel company defendants had knowledge of the climate harms arising from use of their products. They will also aim to bolster evidence of fossil fuel company actions taken to conceal

that knowledge from the public and deceptively market their products as safe.

*This article has been cross-posted with the [Climate Law Blog](#) of the Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School.*

Mark Deng

# On the Path of Destruction

How Two Generals Plunged Sudan Into Civil War - An Explanatory Note

doi: 10.17176/20230503-084541-0



Sudan has yet gain slipped into a civil war, costing hundreds of lives and forcing tens of thousands of people to flee the country. Fighting the war are two generals – Abdel Fattah Burhan of the Sudan’s Armed Forces and Mohamed Hamdan Dagalo of the Rapid Support Forces. This piece explains the background of this extraordinarily complex conflict and discusses its potential implications for the region and beyond. Bringing both military leaders to a negotiating table must now be the highest priority.

## Sudan - a country that has known civil wars

Since achieving its independence from the Anglo-Egyptian government (joint rule by Britain and Egypt) in 1956, Sudan went through intermittent periods of coups. To date, [Sudan has had 35 coups](#), including attempted coups. Of all the coups, the 1989 coup is perhaps the most memorable or consequential for the country. It was [executed by President Omar el-Bashir](#) – a Colonel in the Sudanese army at that time – against President Jaafar Nimeiri, who also [came to power in 1969](#) by the same means.

President Bashir [came to power with the backing of Islamic fundamentalists](#), that is, those who believe in Islam and Sharia Law as the basis of the government and the law. He ruled Sudan with an iron fist for three decades – until he was [overthrown in 2019](#) by the combined forces of civilian protesters and the Sudanese army. The protest started in 2018 after his [government announced a rise in fuel and bread prices](#).

## General Burhan and General Dagalo: Two military leaders who have locked horns

Two military forces colluded to remove President Bashir from power purportedly in support of a democratic rule the Sudanese populace demanded through sustained countrywide protests in 2019. The first is the [Sudan’s Armed Forces \(SAF\)](#), which is the country’s national military. The SAF is being led by [General Abdel Fattah Burhan](#) – a career soldier. He joined the army after [completing](#)

[military training in the 1990s](#). He proved himself to be a capable (and obedient) soldier, leading to [his rapid rise in the military rank](#): he became the Chief of Staff of the Sudanese army in 2018 and the Inspector General of the same army in 2019.

The second is [the Rapid Support Forces \(RSF\)](#), led by General Mohamed Hamdan Dagalo, known as Hemedti (Little Mohamed). Unlike General Burhan, General Dagalo is not a professional soldier. [He comes from a camel herding/trading background](#) – the so-called nomadic people – and has no formal education.

In the early 2000s, the [Justice and Equality Movement \(JEM\)](#) emerged as a strong rebel force from Western Sudan, predominantly Darfur. The JEM claims to [fight against the marginalisation](#) of the western region of Sudan and other injustices committed by the Sudanese government.

The [JEM intensified its attacks on the government positions in 2003](#). In its counter-attacks, the government deployed a [group of armed militias known as “Janjaweed”](#). (The Janjaweed militias – made up of Arab and non-Arab Sudanese – [emerged in the 1980s](#) when the Darfur region was experiencing one of its worst crises that led to a collapse of law and order. The militia was formed to provide protection and self-defence for the region).

Hemedti was [appointed the commander of the Janjaweed brigade](#) between 2003 and 2005 during which [he carried out mass atrocities against the civilian population in Darfur](#). In 2007, he [fell out with the government](#), citing unpaid salaries for his combatants. He soon [inked a peace deal with the government](#) in 2008, allowing him to return to the government. It was reported that around [3000 of his combatants were integrated into the Sudanese army](#) and were promised to be paid regular salaries.

In 2013, [President Bashir formed the RSF](#), made up mostly of the former Janjaweed militias. The [RSF was used to fight the SPLM-N](#) (Sudan People’s Liberation Movement-North – a remnant of the SPLM in South Sudan). The Bashir government passed a law in 2017 [to re-](#)



gularise the RSF's status but it was established as an independent security force – basically a presidential protection force. Hemedti was appointed as the RSF's commander.

## Ousting of President Bashir from power in 2019

As mentioned, the [Sudanese people staged mass protests in 2018](#) as a result of the rising living costs in the country, triggered particularly by the rise in fuel and bread prices. On 1 January 2019, several activist groups came together to [form the Forces of Freedom and Change \(FFC\)](#). The FFC led a sustained non-violent resistance against the government. On 6 April 2019, thousands of [people marched to the military headquarters](#) in Khartoum and sat-in.

This prompted a coordinated effort by the [SAF and the RSF to remove President Bashir](#) from power on 11 April 2019 (it is not clear whether the soldiers were sympathising with the civilians or whether they simply saw an opportunity that ought not to be missed). They then formed a [Transitional Military Council \(TMC\)](#) as an interim government. The citizens, however, [wanted a civilian government](#) and continued to protest in droves. With pressure from external actors, a [power-sharing agreement](#) was negotiated and signed between the TMC and FFC.

That agreement – the [Constitutional Charter for the Transitional Period of 2019](#) – established the Sovereignty Council as the transitional government of Sudan. The Sovereignty Council was made up of 11 members. 5 were military leaders appointed by the TMC and 5 were civilian leaders appointed by the FFC. The 11th member was a civilian leader appointed jointly by the TMC and FFC leaders (See article 11 of the Constitutional Charter above).

The [Sovereignty Council had a tenure of 39 months](#). The TMC's leader, General Burhan, chaired the Sovereignty Council for the first 21 months of the transitional period, and the FFC's leader, Prime Minister Abdalla Hamdok, was to chair the Sovereignty Council for the remaining 18 months (article 11 of Constitutional Charter).

The [Sovereignty Council was sworn in](#) on 21 August 2019 in Khartoum. However, in October 2021 [General Burhan dissolved the Sovereignty Council](#), saying infighting within the elements of the FFC was derailing the government. He established a [transitional military government](#) led by him and General Dagalo as his deputy.

They promised to [hold elections in 2023](#) to hand power over to a civilian leadership. As with any post-

conflict transition from military rule to democracy, there are many preconditions for elections. One is [integrating the RSF into the Sudanese military](#). As [per the reports](#), General Burhan and General Dagalo were [negotiating the integration of their forces together](#). However, [a question arose](#) as to who the leader of an integrated military should be. With the tenuous working relationship between the two leaders, [it became a point of contention](#), easily creating high tensions that led ultimately to [confrontations on 15 April 2023](#). Essentially, the two leaders are fighting for power.

As of the date of writing this piece, [more than 500 people have been killed and more than 4000 people have been displaced](#). Two ceasefires have been signed. However, they have hardly been respected, [with each side accusing the other of ceasefire violations](#).

## Implications from the crisis for the region and beyond

Already, the impact of the war is being felt in the neighbouring countries, particularly South Sudan. [More than 10,000 Sudanese have fled to South Sudan](#) and are sheltering in South Sudan's northern states, namely Upper Nile State and Northern Bahr el Gazal State. (South Sudan is in no position to host refugees).

Beyond the influx, there may be more severe consequences for South Sudan if the war drags on. For example, it could impact the oil export, as oil is mined in South Sudan and [exported through Sudan to the outside world](#). Both Sudan and South Sudan depend largely on oil export for their economies – almost entirely in the case of South Sudan.

There is also a fear that foreign governments with interests in Sudan may use the civil war to assert their influence by supporting either side to the war. Egypt, for example, is [alleged to be involved in the civil war](#) on the side of the Sudanese military forces. Saudi Arabia and United Arab Emirates (moderate Islamic countries) [may support the paramilitary forces](#) in an attempt to push back radical Islamism in Sudan as General Burhan is accused of [having links with radical Islamists](#) – something he unequivocally denies.

Western nations, particularly the United States of America, may be concerned about Russia's presence and influence in Sudan. The Wagner group – a private military organisation associated with the Russian government – was [deployed to Sudan in 2017](#) to provide military support to President Bashir and has remained there since. In

2020, [Moscow and Khartoum negotiated an agreement](#) to establish a Russian naval base in Port Sudan. The base was supposed to be constructed in 2021 but [General Burhan paused the plan](#) reportedly due to pressure from the US government.

### Is peace possible?

I was interviewed recently by the [Australian Broadcasting Corporation](#) and [Sky News Australia](#) about the crisis in Sudan. While I am no expert on conflict or the Sudanese political affairs, I stressed what I thought was imperative: restoring peace and stability to the country.

Foreign governments, specifically those closer to the warring parties, should use their rapport to get them to compromise for peace and save lives that are being lost practically daily. War, however long it may be fought or ideologically driven, can never be won. Take South Sudan as example. The people of South Sudan, led by the SPLM, fought the Sudanese government for two decades, costing both sides dearly in blood (and treasure). Despite their resolve, the South Sudanese did not win the war militarily. Rather, the warring parties in the end negotiated a peace agreement – the [Comprehensive Peace Agreement](#) (CPA) 2005. The CPA was, of course, made possible by several factors, including war weariness and external pres-

sure. The CPA put an end to the war and gave the South Sudanese the right to self-determination by which they decided to have their own independent country in 2011.

It is true, of course, that men hardly learn from history but if the Sudanese leaders were to learn from history, it would be the CPA and the solution it offered for what was feared as an intractable conflict, protracted as it was. Obviously, neither of the two Sudanese military leaders is fighting a revolutionary war like the South Sudanese were. The point, however, is that war is not inevitable.

### The way forward

The crisis in Sudan is deeply complex and it may take some time to be resolved. However, based on reports, it was triggered by a power struggle between General Abdel Fattah Burhan of the Sudan's Armed Forces and General Mohamed Hamdan Dagalo of the Rapid Support Forces.

It is incumbent upon these two leaders to recognise the destruction they are causing to their country and compromise for peace and stability. It is equally imperative for foreign governments and international organisations to use their leverages to bring the two leaders to a negotiating table. Only a negotiated peace agreement may bring an end to the war, not guns.

Markus Krajewski, Shuvra Dey

# Effective Human Rights Due Diligence Ten Years After Rana Plaza?

Assessing the complaint against IKEA and Amazon under the German Supply Chain Due Diligence Act

doi: 10.17176/20230510-181712-0



When Amin Amirul Haque, leader of the Bangladeshi trade union National Garment Workers Federation (NGWF), won the [International Nuremberg Human Rights Award in 2015](#) he came to Germany seeking support for his fight for better working conditions in the garment industry in his home country. Two years earlier, the collapse of the Rana Plaza building leading to the death of 1135 workers and more than 2000 injuries sent shockwaves through Germany when clothes made for Primark, Kik, or Benetton were found in the rubbles. Lawmakers and politicians promised to do everything possible to improve the working conditions in global supply chains. The German [Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains](#) (Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz, LkSG) of 2021 was a result of these promises.

Exactly ten years after the Rana Plaza disaster, Haque turned to Germany again and submitted [a complaint](#) on behalf of NGWF to the Federal Office for Economic Affairs and Export Control (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, BAFA) which oversees implementing the LkSG against two major international companies, IKEA and Amazon. The complaint was lodged with the support of two German non-governmental organisations, [FEMNET](#) and the European Center for Constitutional and Human Rights ([ECCHR](#)), and argues that IKEA and Amazon failed to exercise due diligence under the LkSG by refusing to sign the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (Bangladesh Accord) and its successor, the International Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry (International Accord). This first-ever publicly known complaint lodged under the LkSG raises several key legal questions and provides the BAFA with the chance to set a strong precedent for its supervisory duties.

In this post, we explore the relationship between the Accord and human rights due diligence and argue that joi-

ning the Accord is essential for fulfilling the due diligence obligations under the LkSG. We argue that Amazon seems to have violated the LkSG prima facie while IKEA's claim would have to be assessed in-depth by BAFA.

## The Bangladesh Accord and its successors

The [Bangladesh Accord](#) is a legally binding agreement between global brands, retailers, and unions to ensure safe and healthy working conditions for garment workers in Bangladesh. It was created in response to the Rana Plaza building collapse in 2013 and numerous other deadly factory fires in Bangladesh with the goal to create a safe working environment for workers. In order to achieve its goal, the Accord established and implemented mechanisms for conducting factory inspections, monitoring remediation, providing safety training, and resolving safety complaints.

After the expiry of the Bangladesh Accord in mid-2021, garment brands and global unions agreed to the new and expanded International Accord which came into force on 1 September 2021. Like its predecessor, the [International Accord](#) is a binding agreement between companies and trade unions aimed at improving the health and safety of workers in the textile and garment industry. The agreement incorporates the same components as the earlier Accord, including freedom of association, transparency, financial feasibility of remediation, safety committee training, worker awareness programs, and an independent complaints mechanism. The signatories of the agreement commit to the health and safety work already implemented by the [RMG Sustainability Council](#) (RSC) in Bangladesh and to expand the work to other countries based on feasibility studies.

The International Accord incorporates core features of [human rights due diligence](#) requiring signatory companies to identify and manage the human rights risks as-

sociated with their operations and to ensure the safety of their workers. The Accord facilitates an [inspection program](#) to identify risks and assess the adequacy of safety measures to ensure a safe workplace. The RSC is mainly responsible for carrying out initial inspections to assess fire, electrical and structural safety standards, as well as follow-up inspections to monitor remediation and potential new issues. The RSC also conducts inspections in response to safety complaints and incidents. As part of the remediation plan, the RSC's Chief Safety Officer (CSO) identifies the corrective actions required to bring a factory into compliance with building, fire and electrical safety standards. Once the corrective actions are identified, signatory companies require their suppliers to implement these corrective actions according to a defined schedule. The Accord also ensures that workers can raise concerns about health and safety risks safely and confidentially and includes provisions for establishing a [worker complaint process and mechanism](#). The RSC implements the complaints mechanism. Finally, key aspects of the program are publicly available and regularly updated online. This includes an aggregated list of all suppliers in Bangladesh and sub-contractors, written Inspection Reports, public statements by the CSO, and quarterly Aggregate Reports summarizing industry compliance data, findings, remedial recommendations, and progress on remediation and training.

While the International Accord is not without flaws, it is generally agreed that it constitutes best practice in the garment industries and may reduce adverse impacts on human rights by improving the working conditions in the industry.

### Due diligence obligations under the LkSG

The LkSG requires all German companies with more than 3,000 employees (1,000 as of 1 January 2024) to exercise due diligence with regard to human rights and environment-related risks in their supply chains. The due diligence obligations include, inter alia, preventive measures and taking remedial actions. The obligations generally only cover the company's own operations and its direct supplier. However, if the company has "substantiated knowledge" that violations of human rights- or environment-related obligations at indirect suppliers may be possible, the due diligence obligations also extend to indirect suppliers.

As both IKEA and Amazon have subsidiaries or branch

offices in Germany and employ well over 3,000 employees the LkSG applies to them. The pertinent human rights risks in the textile supply chain relate to the right to safe working conditions and the collective labour rights as enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as well as core ILO Labour Conventions which are included in the Annex to the LkSG.

In an [open letter](#) to IKEA and Amazon in November 2022 FEMNET and ECCHR stressed that the companies' failure to sign the Bangladesh Accord, despite its proven effectiveness in improving workplace safety, can be considered a breach of the human rights due diligence under the LkSG. The letter also pointed to concrete human rights risks in the supply chains of Amazon and IKEA and from not signing the Accord. Based on this and the well-known facts about the situation in the textile industry in Bangladesh, it is clear that Amazon and IKEA have substantiated knowledge of the pertinent human rights risks and are therefore obligated to extend their due diligence activities to their indirect suppliers in Bangladesh.

Section 6 LkSG specifies the duty to take appropriate preventive measures without undue delay. Vis-à-vis its suppliers, companies need to, inter alia, implement training measures and agree on appropriate control mechanisms to verify compliance with the company's human rights strategy. Companies also need to review the effectiveness of the preventive measures regularly and if the circumstances require a new assessment. If violations of human rights already occurred, companies are under the obligation to adopt appropriate remedial actions to prevent, end or minimise the extent of this violation as spelled out in Section 7 LkSG. If violations cannot be ended in the foreseeable future, the company must adopt a concept to end or minimise the violation. Such a concept can include joining forces with other companies in sector initiatives and sector standards to increase the company's leverage to influence the causes of harm. Considering that work-related human rights violations in the Bangladeshi garment industry have occurred in the past and are likely to occur in the future, companies with suppliers in that industry are under an obligation to take both preventive and remedial measures.

## Joining the International Accord as preventive and remedial measures under the LkSG

The International Accord requires its member companies to adopt standards and policies which are also required under the LkSG. Joining the Accord can therefore be seen as a preventive and remedial measure in the meaning of Articles 6 and 7 LkSG. However, the legal question which is at the heart of the complaint against IKEA and Amazon does not concern whether these companies could discharge their duties under the LkSG by joining the Accord, but whether they *have to* do so as the Accord is the most effective measure available to global brands with supply chains in Bangladesh. More generally, how much discretion and leeway do companies have in fulfilling their obligations? The key to the answer is that preventive and remedial measures need to be adequate and effective. If there is only one adequate and effective measure available, the company is obligated to take this measure. In such a case, the due diligence requirements are no longer obligations of conduct, but turn into obligations of result. BAFA would then need to impose the concrete measure on the respective company.

It is doubtful if BAFA will go this far in its first-ever case. Commentators have already assumed that [BAFA will not impose any concrete obligations](#) on IKEA and Amazon. Nevertheless, it is hoped that BAFA develops some

general standards which can be applied if global companies refuse to join an internationally recognised collective agreement which provides adequate preventive measures and remedies. It could be argued that if such agreements exist, as in the case of the International Accord, there is a rebuttable presumption that joining the agreement is the only adequate and effective measure. Such a presumption could be rebutted if a company can show that it implements alternative measures which are at least as effective. In the case at hand, IKEA claimed that [its own standards go far beyond the Accord requirements](#) and that it wants to remain independent of international agreements. Amazon has not explained why it decided not to join the Accord. Based on the standard suggested here, Amazon would therefore violate the LkSG *prima facie* while IKEA's claim would have to be assessed in-depth by BAFA.

## Conclusion

Do human rights due diligence laws contribute to a reduction of adverse human rights and environmental impacts? While it may be too early to answer this question empirically and thoroughly, it is clear these laws will deliver justice only if the implementing authorities take some bold decisions and are ready to transform due diligence requirements into concrete obligations of result.



Ahmed Elbasyouny

# National Dialogues as Constitutional Moments

The Design and Prospects of Egypt's National Dialogue Process

doi: 10.17176/20230518-020334-0



Following years of sustained criticism over its human rights record from [foreign governments](#), [UN officials](#) and [human rights watchdogs](#), Egypt's government has made a series of noteworthy decisions to address the situation over the last two years. It ended the nationwide state of emergency in force since 2017, launched a National Human Rights Strategy, appointed some reformists to the National Council for Human Rights, and reactivated the Presidential Pardon Committee which facilitated the release of several political prisoners. In April 2022, President Al-Sisi also announced a surprising call for a “*political dialogue on national priorities during the current phase.*” After a year-long wait, the National Dialogue launched on May 3. This post will explain why despite some promising features, it is unlikely to effectuate meaningful change, due to certain design flaws and the decision by its Board to preclude the possibility of constitutional change.

## Why Now?

The President's decision to initiate a national dialogue in Egypt was unexpected due to the consolidated nature of the regime. For years, the regime was able to navigate waves of international criticism and domestic dissent quite successfully, with opposition sidelined effectively inside the [parliament](#), and neutralized from the street and [digital space](#). As such, the initiative should not be understood as a political settlement, co-optation, or a mean legitimization of any sort, with no looming threat of domestic discord in sight. Instead, the timing of the dialogue appears to be driven by the unsettling economic and cost-of-living crisis, as evident by the surging of [food inflation to 60%](#) and the [devaluation of the currency](#) by 70% in one year, resulting from poor policy decisions and the aftermath of the Ukraine War. Holding a national dialogue, the government may hope, can attract new FDI and secure financing schemes from IMF decision makers. As a mechanism, it

enables blame-sharing suggesting that the opposition are equal partners with a formal role in the political process, despite facts to the contrary.

## A Controversial Process

The design of the process was subject to many controversies since its announcement. The National Training Academy (NTA), a subsidiary to the Presidency, was mandated to conduct the dialogue. The NTA's selection of the General Coordinator (who is the chairman of another subsidiary body to the Presidency) and the Head of Secretariat to run the Dialogue raised concern about the lack of consultation with the remaining organized opposition group in Egypt, the Civil Democratic Movement (CDM). In July 2022, the General Coordinator announced the formation of a [19-member Board of Trustees](#) tasked with administering the dialogue. The [CDM had asked](#) for half of the seats on the Board, however, in the end it only included 7 opposition figures and some independent academics.

A second controversy emerged during this stage regarding confidence-building measures. CDM insisted repeatedly on certain demands, [including the release of all political prisoners](#) prior to the start of the dialogue, as a condition for their participation. Although this demand was not met en masse in the end, the Board, in cooperation with the Pardon Committee and the Judiciary, secured the release of more than [1400 prisoner and detainees](#). Equally important, the atmosphere of the dialogue has created an impetus for reforming [pre-trial detention](#). Once a taboo in Egyptian politics, there is a now a near consensus across the political spectrum on the need to end this practice. Several politicians, [including Amr Mousa](#), the former Chairman of the 2014 constitution-making body and veteran Foreign Minister, and the General Coordinator of the Dialogue himself, have spoken during the Opening Session against it, making it a likely positive outcome of the Dialogue once it successfully con-

cludes.

The Board has divided the dialogue into three dimensions: political, economic, and social, and to three respective committees. Each committee is divided into certain subcommittees, discussing a total of 113 issues. The Political Dimension Committee for example is divided into five subcommittees: Political Parties, Civil Society and Syndicates, Political Rights and Political Representation, Local Government, and Human Rights and Public Freedoms. The current process in Egypt has five problematic design features that distinguishes it from other national dialogues experiences, *examined comparatively*: agenda-setting, the role of the government and size of participation, timing, nature of the outcomes, and the voting methods.

### Five Design Flaws

For one, the dialogue is not goal-oriented in that it lacks a clear normative objective such as a transition to democracy. Rather than setting up targeted negotiation around a particular goal, this unfocused approach renders the dialogue akin to a soap-opera-esque town hall meeting that jumps from one topic to the other. The inclusion of other economic and social issues from youth policy to national identity, departs from the original call of the president on the need of political reform, and further distracts participants from focusing on the reform of the fundamental rules of the game. According to the Board, of the 113 issues to be discussed in dialogue, 38% are to economic issues, 34% are social issues, and only 29% are devoted to political issues.

The second issue concerns the role of the government in the dialogue. In most national dialogues, governments participate as actors. In Egypt however, the government will only participate to observe and brief the participants and answer their questions. This creates an uneven power dynamic and positions the government as an above-politics body. It falsely frames the core of the political stagnation as between disagreeing political parties, and not between the government and the populace. When governments participate directly, this signals commitment and ensures that agreed-upon proposals have the potential to possess real political impact.

The divergence from the original goal of the dialogue (feature one) and the lack of participation of the government (feature two), have produced another nuanced problem. As the dialogue shifted to a society-society con-

versation rather than a high-level political negotiation, it created both qualitative and quantitative challenges in justifying limits on participation. The first concern refers to the participation of social groups and actors with no partisan agenda or political background whereas the the dialogue may not be the most appropriate forum for their demands, and the second refers to the danger of excessive participation and the potential to exceed even large-scale dialogue initiatives like the *3000-delegate Somalia's Djibouti Dialogue*.

A further concern is the absence of clear time frame and an expected end date of the dialogue. Such openness can undermine the effectiveness of the dialogue and its credibility amongst participants and observers. A similar problem concerns the seemingly non-binding nature of the Dialogue's outcomes. *In general, national dialogues* culminate in an agreement that may be subject to parliamentary vote or popular referendum, to strengthen the legitimacy of the outcome. In Egypt however, the recommendations of the National Dialogue are not binding, and will be submitted to the president who may then refer them to the Cabinet or the Parliament. A final issue concerns the voting methods. The Board has decided that each committee will deliberate by *unanimity rule*, and in case disagreement prevailed, all opposing opinions will be reflected in the Committee's final report, which will be submitted to the Board and the President. This deliberative model may lead to deadlocks, especially in the absence of deadlock-breaking mechanisms, and gives the president a broad margin of appreciation which could undermine reform efforts.

### The Question of Exclusion

There are two additional issues concerning the eternal challenge of democratic participation and constitutional design i.e., the problem of exclusion. The Board decided earlier that two groups will be excluded from the National Dialogue. The first group is those who used or incited violence. President Al-Sisi himself stated that the dialogue is open to all political factions, *except one* group – in reference to the banned Muslim Brotherhood (MB) which has been designated as a terrorist organization in Egypt since 2013 following a popular revolution in the same year. Whether the decision to exclude the MB based on this violence criterion is justifiable or a mere association fallacy is a subject of contention. What is crucial to recognize is that every national dialogue must de-

cide on the issue of exclusion carefully. Looking back at the implications of excluding Taliban and the Hizb-I Islami in the process laid out by the Bonn Agreement in Afghanistan, many consider it now an “[original sin](#)” and “[strategic mistake](#)”, as it planted the seed for their marginalization and eventual violent resurgence and comeback in August 2021. Counterfactually, the inclusion of a powerhouse like Taliban could have provided an opportunity to test the moderation thesis better in the context of constitution-building.

The second group to be excluded from the participation in the Dialogue, according to the Board in Egypt, are [those who do not accept the legitimacy](#) of the current 2014 Constitution. Although this in effect has no bearing on any other groups, as all groups, except the Muslim Brotherhood, do indeed recognize the legitimacy of the constitution, this condition highlights once again the limitation of political tolerance even in a dialogical site like this one.

### An Aborted Constitutional Moment

The Board’s approach to the Dialogue has gone beyond excluding parties that do not acknowledge the legitimacy of the 2014 constitutional order. The Board has announced on multiple occasions that the constitution itself is off-the-table for discussion, along with defense and foreign policy. Their rationale was that official channels for amending the constitution are already there, and that the dialogue is [not an alternative to state institutions](#). This argument by the Board can be easily dismissed since lawmaking as well is a prerogative of other state institutions, yet the Board was comfortable engaging in it while avoiding the tougher constitutional talk.

More fundamentally, however, the Board’s position ignores that national dialogues are constitutional moments by nature, and hence they arguably cannot, by design, rule out the possibility of a constitutional change. This does not mean that all national dialogues should practically have a clear constitution-making mandate or

function as was the case in [Yemen](#) or [Jordan](#)’s experiment with them. Rather, national dialogues – understood as a conscious, broad, and deliberative process committed to profound change of issues of common concern – are inherently moments of constitutional transformation, beyond formal amendment procedures.

National dialogues are capable of renewing and reviving the foundations of constitutional politics and even creating new governing norms and institutions. They represent the actualization of the social contract, not in its ahistorical sense, but *stricto sensu*. The Ackermanian view of the constitution understands it as a document that is continually shaped by the dynamism of engagement of citizens. National dialogues, although *manufactured* constitutional moments, still possess the potential to create inertia for profound constitutional transformation, as any other *organic* constitutional moment characterized by “[popular mobilization, led by political elites urging fundamental transformation](#)”.

Therefore, dismissing the possibility of a constitutional change in the context of a national dialogue process is both dangerous and misses the larger picture. It is dangerous because it reinforces the notion that the power to amend the constitution is *de facto* the *domaine privé* of the constitutional-maker-in-chief, which in Egypt is the president. Such a view is troubling in a country that has history of presidents tampering and meddling with term limits and judicial independence as was last seen with the [controversial 2019 amendments](#). Additionally, the proposition fails to understand the intimate relationship between constitutional moments and national dialogues. Without diving into the placement of sovereignty versus precommitment in constitutional theory, the idea that higher lawmaking is reserved for official channels alone is flawed. In the Egyptian context, even when the prospects of a constitutional change are not available during the National Dialogue, a separate but *organic* constitutional moment is bound to emerge in response, albeit gradually.

Akshat Agarwal

# Marriage Equality at the Doors of the Indian Supreme Court

doi: 10.17176/20230524-231152-0



A five-judge bench of the Supreme Court of India [recently heard](#) over 20 petitions seeking marriage equality. Lasting over ten days, India's apex court heard LGBTQ+ couples, activists, the Government of India, and various religious and civil society organizations on topics ranging from whether the Indian Constitution recognizes a right to marry to whether the court or the legislature is best placed to grant such a right, and if the court were to make a positive declaration – what would be the most effective means for granting marriage equality under existing Indian family law. As is evident from the copious amounts of comparative law and foreign judicial decisions cited by both the proponents and opponents of marriage equality during the hearings, Indian courts are not unique in facing these questions. However, the social context of LGBTQ+ rights in India and the current state of Indian family law may profoundly shape the court's final decision.

The significance of a positive declaration cannot be overstated. It would make India only the second country in Asia ([Taiwan](#) recognized marriage equality in 2019, while [Nepalese courts](#) have made moves towards recognition, but marriage equality is still not legal) to recognize LGBTQ+ marriages. As [India becomes](#) the world's most populous country this year, a favorable decision would also mean that an estimated [17.7% of the world's population](#) would come under a marriage equality regime which is more than the cumulative population of the [34 countries](#) that currently recognize such marriages ([17% of the global population](#)).

## LGBTQ+ Constitutional Rights in India

The struggle for LGBTQ+ rights in India can be traced back to the 1990s when the [first attempts](#) at legally challenging the criminalization of same-sex relationships were made. In common with countries with a history of British colonialism, India's [penal code criminalized](#) acts “against the order of nature.” After a protracted legal struggle that saw judicial back and forth between provincial High Courts

and the Supreme Court, the apex court finally decriminalized homosexuality in its landmark 2018 decision in [Navtej Johar v Union of India](#). This was preceded by another landmark decision in [NALSA v Union of India](#) in 2014, where the court recognized a constitutional right to gender identity, including identifying as third gender or non-binary, and recognized the socio-economic vulnerabilities of India's transgender communities whose presence has a long history in the subcontinent.

These decisions laid strong doctrinal foundations for the constitutional rights of sexual minorities based on principles of liberty, dignity, and equality. [NALSA](#) and [Navtej](#) not only recognized discrimination based on gender identity and sexual orientation but also added new dimensions to Indian equality jurisprudence by going beyond the [traditional test of classification](#). These decisions also recognized sexual orientation and gender identity as fundamental rights employing concepts of liberty and dignity. The court also recognized the equal constitutional citizenship of LGBTQ+ Indians and the necessity for “[constitutional morality](#),” the morality inherent in the norms of the Constitution, to trump social or public morality in such cases. The court's approach in its gender and sexuality cases has been remarkably forward looking and is an interesting contrast to the general [scholarly criticism](#) of the court's recent record of either being too deferential to executive decision-making or not taking up several constitutionally significant cases dealing with politically sensitive topics and civil liberties.

## LGBTQ+ Persons and the Law

Compared to the Supreme Court's expansive declarations, the broader process of legal and social inclusion of LGBTQ+ in India has been far more incremental. The court's transgender rights decision did stimulate Parliamentary activity and led to the enactment of the [Transgender Persons \(Protection of Rights\) Act, 2019](#). The legislation laid down procedures for the self-identification

of gender identity and created obligations for transgender welfare. Still, it also came under [heavy criticism](#) for requiring medical treatment for a change of gender (to identify as male or female) and for not providing [affirmative action](#). [Other areas of law](#), such as employment law, criminal law, and family law, have not been reformed to either recognize LGBTQ+ identities or their relationships.

Family law, in particular, poses a difficult challenge. Indian family law is a complex and plural framework comprising religious identity-based personal and secular family laws. Thus, India's major religious communities, Hindus, Muslims, Christians, and Parsis, are governed by their respective family laws that deal with everything from marriage to parenthood, including inheritance and specific aspects of property. Certain opt-in secular laws, such as the [Special Marriage Act, 1954](#), enacted to recognize inter-faith marriages, and the [Juvenile Justice Act, 2015](#), which allows for adoption outside personal law, exist as opt-ins, but there is no comprehensive secular framework. Invoking claims of both gender equality and religious freedoms, Indian family law has seen [perennial debates and political controversies](#) about law reform. The choice has often been presented as a binary between an all-encompassing civil code that erases religious identity and the persistence of discriminatory personal laws.

Moreover, unlike jurisdictions like the United States that saw a movement towards the recognition of [LGBT+ parenthood before marriage equality](#), India has not witnessed similar trends. Political and legal controversies around family law reforms have also meant that much of Indian family law remains gendered, with men and women being treated differently. At the same time, [feminists have made compelling arguments](#) for retaining many of these gendered provisions to account for the unique social realities of Indian women.

### Petitioners' Arguments and the Government's Response

Given the background of family law in India, it was no surprise that most of the 20 petitions focused on constitutionally challenging the provisions of the secular marriage law, the SMA. At the very outset of the hearings, the court too clarified that it would limit the current hearings only to the SMA. This hesitance on the part of the petitioners and the court comes from a [legal controversy](#) around subjecting religious identity-based personal laws to claims of constitutional rights that trace back to the

1950s. Even though this view is legally suspect, [the political stakes around the issue](#) have usually prevented the apex court from tackling it head-on.

The petitioners' arguments fall into two heads. The first set of arguments primarily focused on constitutional arguments building on the court's prior gender and sexuality jurisprudence. These arguments emphasized the recognition of a fundamental right to marry for LGBTQ+ persons and the fact that the gendered marriage provisions of the SMA discriminate based on sexual orientation and gender identity. In response, the government argued that the previous cases had largely focused on privacy rights which did not necessitate the inclusion of LGBTQ+ relationships in the social institution of marriage. Moreover, it also emphasized that the judiciary was not the right forum for making such a declaration, but due to the significance of the issue, such a determination should be made by Parliament after wide ranging consultations.

The second set of arguments focused on the practicalities of operationalizing marriage equality. Instead of calling for a declaration that the SMA be declared unconstitutional, many of the petitioners stressed on a constitutionally compliant judicial re-interpretation of the legislation to recognize LGBTQ+ marriages. Thus, the petitioners provided various workability models to interpret the SMA's gendered provisions in a gender neutral way. The government opposed such a re-interpretation as amounting to judicial legislation and pointed to the issue's polycentric nature, which was better suited for legislative deliberation.

[As I have argued before](#), locating marriage equality in India's secular marriage law poses several problems. First, solely focusing on secular law ignores the intersectional identities of religious LGBTQ+ Indians. Second, secular law and personal law remain inherently interconnected without a comprehensive secular framework on marriage. This means that even if the SMA is interpreted to recognize LGBTQ+ marriages, personal law remains relevant for other aspects of family law, such as parenthood and inheritance. Thus, merely locating marriage equality in the SMA does not lead to effective inclusion in family law. Third, the SMA remains gendered and proceeds on heterosexual substantive assumptions. For instance, the SMA provides different minimum ages of marriage for men and women and provides marital remedies like the restitution of conjugal rights.

During the proceedings, questions from the judges



and concerns raised by the government pointed to many of these issues. While some petitioners attempted to work around them through interpretive strategies, others stressed that recognizing LGBTQ+ marriage was a constitutional priority for the time being and that other issues could be addressed in the future.

### Potential Paths before the Supreme Court and the Limits of Judicial Decisions ~

Considering the strong doctrinal foundations of LGBTQ+ constitutional rights in India, the constitutional arguments for the recognition of marriage equality are compelling. The Indian Supreme Court's past approach on such issues also means that general separation of powers arguments that limit the scope of judicial review are unlikely to hold the judges back from ruling on the scope of LGBTQ+ rights and the recognition of marriage equality. [I have argued](#) that a potential Supreme Court declaration should be in the broadest possible terms and should account for family law generally rather than focus just on marriage. The court could thus recognize general LGBTQ+ relational rights that include a right to legal recognition of relationships such as marriage and promote the idea of LGBTQ+ family equality. Ruling in this way would not only account for marital relationships, but also cover questions of LGBTQ+ parenthood.

The issue of the most effective remedy, of course, poses much more complex questions. Based on the options discussed during the hearings, the court could pursue one of the following paths:

1. It could agree with petitioners and recognize both a constitutional right to marriage equality and read in such a right in the SMA through judicial re-interpretation of its provisions. If the court does follow this path, considering the granularity of family law issues it would be interesting to see how far it goes in reinterpreting the SMA and related family laws more generally.
2. It could declare constitutional rights but leave the question of implementation to the Parliament. [As I have argued](#), this approach recognizes that comprehensive family law reform questions necessitate legislative deliberation. Constitutional courts in other jurisdictions like South Africa have followed such an approach, where they delayed the imple-

mentation of their rulings to allow the Parliament to act in the interim. Under existing Indian law, the court is unlikely to issue a binding directive to Parliament, but it could delay the implementation of its judgement and allow the Parliament to legislate.

3. A third option that the court can consider in combination with the previous option is to issue certain minimum principles and procedures that govern issues of LGBTQ+ family law till the Parliament legislates. While the issuance of comprehensive judicial guidelines may appear surprising to comparative lawyers, the Indian Supreme Court has issued detailed rules in its decisions on [sexual harassment at the workplace](#) and [end-of-life care](#) in the past.
4. Lastly, considering the practical difficulties the court might just stop short of recognizing marriage but might only recognize the associational interests of LGBTQ+ persons, such as civil unions, while stressing the need for greater legal recognition of such marriage-like unions. This might be the lowest hanging fruit in the range of options available to the court.

Ultimately, irrespective of what the court finally does, the case also represents the inherent limits of judicial decisions. While constitutional declarations of rights have enormous legal and expressive value, especially when they concern the rights of minorities whose concerns legislatures are otherwise unlikely to take up, these declarations remain ineffective and weak without eventual active legislative involvement. The sheer granularity of family law implies that any judicial attempt at reinterpreting existing law or issuing guidelines might be less effective without subsequent legislation. Moreover, as the case of abortion in the United States painfully demonstrates, judicial decisions, if not followed by legislative and political consensus, remain weak and are subject to potential overruling. In India, judicial decisions have often stimulated political and legal activity as well as social discourse, which gives cause for optimism. Yet, given the inherent constraints of judicial decision-making, India's LGBTQ+ rights movement would do well to remember that any positive or negative decision may not be the end but only the start of a process of effective inclusion of LGBTQ+ relationships in Indian law.

Kuan-Wei Chen, You-Hao Lai

# Taiwan's Participatory Plans for Platform Governance

A new role model for global platform governance?

doi: 10.17176/20230510-181756-0



Platform regulation is not limited to Europe or the United States. Although much debate currently focuses on the latest news from Brussels, California, or Washington, other important regulatory ideas emerge elsewhere. One particularly consequential idea can be found in Taiwan. Simply put, Taiwan wants to, tacitly, democratize platform governance. Concretely, Taiwan wanted to establish a dedicated body that would facilitate public-private collaboration and enable ongoing citizen involvement in platform governance. Currently, the entire bill has been suspended due to controversies regarding other parts of the proposed bill. Nonetheless, policy-makers and researchers continue debating the crucial ideas presented here. Importantly, the coming months allow for broader and, hopefully, globalized debate as a political push to formally revive the proposal is expected after the Presidential election in early 2024. Further, the proposed Taiwanese model to advance and institutionalize user participation in platform governance offers globally important insights as the regime currently considered to be the global trailblazer – the EU Digital Services Act – has not (yet) designed a solid mechanism for citizen participation in platform rule-making.

The blogpost progresses in four steps. First, we briefly recap the currently dominating regulatory models for platform governance. Second, we explain in more detail Taiwan's highly controversial draft for a 'Digital Intermediary Services Act' (the 'DISA'). Then, we move to the two core points. These are, third, how the proposed act seeks to facilitate user participation and, fourth, how that participation might improve platform governance, especially platform rulemaking.

## The global regimes of platform regulation

Currently there are [several competing platform governance models](#), reflecting different perspectives on "regulation": (1) State regulation, that is, top-down, which

is the most traditional image of regulation; (2) Self-regulation, wherein the private sector (platforms) regulates itself; and, finally (3) Co-regulation, which also proliferated in recent years, wherein the state and platforms work together, typically with the state establishing the legal framework and the private sector setting up its own code of conducts and industry standards. The distinctions between those approaches are, of course, analytical and many practical examples feature aspects of regulation, self-regulation, and co-regulation.

It is worth noting that while much of the literature in this field takes only government and industry as the subjects of cooperation, in [the context of the EU](#), co-regulation has a broader [definition](#). In the EU, co-regulation refers to a "mechanism whereby a[n] [EU] legislative act entrusts the attainment of the objectives defined by the legislative authority to parties which are recognized in the field (such as economic operators, the social partners, non-governmental organizations, or associations)." Thus, the EU includes institutionalized civil society actors like NGOs into the potential stakeholders for co-regulatory measures. However, while this concept of a "[multi-stakeholder approach](#)" is being promoted (and has seemed attractive to many who are actively engaged in thinking about solutions to platform governance), civil society participation still rarely plays a significant role in many debates about platform governance in Europe and the United States.

In this context, debates about the above mentioned Taiwanese DISA provide ample fruit for thought for global discussions on platform governance.

## The controversies surrounding Taiwan's suspended DISA 2022

The DISA was proposed because Taiwan, similar to other democracies, faces various problems surrounding online platforms: disinformation, hate speech, polarization, and

filter bubbles, to name a few. In particular, Taiwan is at the front line of democracy when it comes to [the dissemination of disinformation from abroad](#). Taiwan's National Communication Commission (NCC) proposed the bill in question in June 2022, with the goal of creating a free, secure, and trusted online environment. The bill aimed to co-opt platforms as gatekeepers and to introduce greater accountability, especially via transparency-focused mechanisms like more explanatory obligations, including explanations of algorithms. So far, so good.

However, parts of the DISA [caused controversies](#) and were strongly criticized by opposition parties, platform operators, and the public. One of the biggest sources of controversy was the fact that the DISA gives the relevant government authorities the power to file for an "information restriction order", which would be then granted by a court. In case of emergency, there is also an "emergency information restriction order" designed to require courts to adjudicate removal orders within 48 hours. In essence, the idea reminds us of arrest warrants: the executive wants to make an arrest, a court grants the warrant. However, if danger is imminent, said court procedures are usually faster and may even become merely ceremonial. Therefore, many Taiwanese opposition politicians and society actors dismissed such emergency restrictions as dangerously reminiscent of state censorship and an excessive restriction on free speech. Facing significant criticism and pressure, the NCC eventually announced in September 2022 that the DISA would be suspended.<sup>1</sup>

### DISA 2022's Co-regulation design: jewel in a failed bill?

Nevertheless, the failed DISA 2022 still offers something worth digging deeper into. In its legislative description, the NCC highlighted the fact that DISA draws on the spirit of the EU Digital Services Act (DSA), but also emphasized

two main differences: the first was the emergency restrictions we just discussed. The second crucial aspect, however, was to establish a body dedicated solely to achieve co-regulation *through* public participation.

In fact, the DISA designed two main mechanisms for including civil society in co-regulation: a consulting mechanism (Articles 37 and 38) and a dedicated body (Articles 39 to 45) responsible for promoting platform self-regulation.

Referring to the EU DSA and the EU Audiovisual Media Services Directive, the Taiwanese DISA stipulated that the competent authorities should encourage online platforms to establish self-regulatory codes of conduct and – crucially – to set up or join a collaborative self-regulatory mechanism. Further, the DISA stipulated that the self-regulatory codes should include: (1) self-regulatory standards and procedures for content of advertisements; (2) restrictions on the content of display advertisements; and (3) the encouragement of quality production and the maintenance of pluralistic opinions in providing news services. The DISA stipulated that the standards and procedures in the first and second items shall be feasible and proportionate, set according to the scale of operation and service type, and not subject to prior restrictions such as uploading filters. Such provisions, more or less, mirror the EU approach, most prominently spelled out in the [DSA](#).

Yet, in one respect the Taiwanese proposal could be read as even more ambitious than the DSA. The DISA also introduced a consulting requirement for participation in the ongoing implementation process, requiring operators to include multi-stakeholder input in their formulation of self-regulatory codes of conduct and the collaborative self-regulatory mechanism. In plain language, those ominous 'multi-stakeholders' would be

<sup>1</sup>Various social groups, including opposition parties, NGOs, service providers, lawyers, and the public, strongly opposed the bill, predominantly because of said emergency restrictions. During public hearings, media coverage, and online discussions, they criticized that the unclear legal definitions would significantly increase the risk of speech censorship. When opposition surged in society, the most commonly circulated phrase on social media was „This comment has been deleted for violating DISA,“ mocking the potential silencing of many voices if the legislation would be passed. Leaders of the main opposition parties likened the bill to content censorship during Taiwan's authoritarian era and criticized the ruling party's intention to introduce „Internet martial law.“ Therefore, from political parties, civil groups, and academia to the general public, the tradition of civic constitutionalism in Taiwan drove countless people to root for the free expression and democracy to oppose this bill. The ruling party, which emphasized its role in safeguarding Taiwan's democracy, could not withstand the pressure of being accused of „reintroducing authoritarianism“ and eventually withdrew the bill entirely. From this dynamic process, if one were to take a positive view, it could be seen that in the operation of democracy in Taiwan, the views of industry and the people have their influence on policy-making, and perhaps this is where the vitality of democracy lies. After the current shelving of the bill, there is still a lot of discussion among officials, academics and the public, continuing to think about how to propose a more appropriate version of the bill, which would arguably include the participatory elements discussed here.

user-representative groups, civic groups, representatives of government agencies, interest groups, experts, and academics. However, on a cautionary note, these provisions were not intended to carry punitive legal effects when breached and do not specify how the process should incorporate stakeholder input.

What really makes Taiwan's proposed DISA different from the EU DSA, however, is the dedicated body designed to serve as a communicative forum for the public sector, industry, and civil society vis-à-vis the platforms. According to Article 39 of the DISA and its legislative description, this body is a forum for public-private collaboration chaperoning platforms' conduct and self-regulatory efforts. The body would be a consortium set up by the competent authorities. Its financial independence would be guaranteed by a maintenance fund.

It is worth emphasizing the mission of this body. Its most important role is setting out the principles for self-regulation, including protecting users' rights. The body itself is a forum for communication, with government, industry, and citizen representatives. Those actors shall work together to develop a reference code of conduct for the industry to follow. The draft described it is also as an "intermediary channel," providing the main channel of communication between industry and government, with the participation representatives of civil society. Accordingly, the (potential) Taiwanese approach to platform governance acknowledges, enables and institutionalizes citizen participation at least in contextual rule-making for online platforms.

To achieve the mission, DISA has established a board of directors within the body, whose membership will include representatives of relevant government agencies; academics and experts in digital communication; professionals in the fields of law, finance, and technology; representatives recommended by public associations related to digital intermediary services; and representatives of civic groups. The board has up to fifteen members, each serving a three-year term, leading the body's operation. In addition, there is an audit mechanism in place. The number and origins of its members, as well as their terms of office, are designed to include diverse actors beyond the companies themselves and government agencies in the governance of online platforms in Taiwan.

## What can we expect from co-regulation with civil participation?

The DISA combines all three ideal types of platform regulation: state regulation, self-regulation, and co-regulation. Self-regulation is a principle that is encouraged by the bill, with co-regulation designed in such a way as to support and complement self-regulation. We argue that a civil society- and participation-focused co-regulation model should be considered for further development in upcoming bills in Taiwan and beyond. That is for three reasons:

First, if we recognize that reclaiming user "autonomy" is a principle that must be valued in platform governance. Civic engagement can help increase user autonomy. When citizen participation in the decision-making process of platform governance is expanded and institutionalized, it expands each individual's ability to engage in decisions that affect them.

Second, when industries not only self-regulate but also incorporate different actors such as experts or civil-society groups in the decision-making process, the resulting regulatory scheme is likely to be more inclusive and more responsive to the realities and interests of the people who use online platforms. For instance, it ensures the formation of codes of conduct to include a broader range of perspectives, including an awareness of risk and a pluralistic understanding of threats to rights and democracy. Such a regulatory design can also contribute to the [efficiency and effectiveness](#) of governance by avoiding further problems with regulation that is not in line with the actual needs of the community.

Third, citizen engagement can balance the discretionary power of platforms in forming governance rules and managing risks. Furthermore, by ensuring civil-society participation, mechanisms for overseeing platforms' compliance (such as auditors) can be more independent and less susceptible to capture by the tech companies.

## Conclusion: A broader co-regulation approach as a valuable tool for platform governance

The Taiwanese government has placed considerable emphasis on its [digital-democracy policy](#) in recent years, combining [digital technology and citizen participation](#) in an attempt to build a more robust democracy. However, such an attempt has mainly been led by administrative

measures, and it still needs to be strengthened at the legal level. For example, while [civic technology](#)<sup>2</sup> has been used in [COVID-19 pandemic-control policies](#) and been (partly) appreciated by Taiwanese society and international media. However, said executive-focused measures' ambiguous legal basis raised accountability concerns. The enhancement of civic participation in governance as provided for by the DISA marked an attempt at institutionalizing the role of civil society in the decision-making process of technology governance. This article argues that this broader co-regulation approach offers promising ideas to operationalize democratic procedures and mechanisms in the digital age.

However, as said participation-focused body is currently only part of a shelved proposal, more theoretical and practical inquiry is needed. The necessity, independence and impartiality of said 'participation bodies' are also [questioned and discussed](#). Further questions how citizen representatives should be selected, or how to provide a stable and effective channel of expression in rule-making for a broad range of citizens outside the dedicated body, [requires ongoing consideration](#). We hope that this article contributes to further international dialogue on platform governance and the role of each and everyone of us in governing our digital future.

---

<sup>2</sup>Starting with a major protest movement in 2014, a group of citizens in Taiwan formed "civic tech hacker" groups such as g0v. They operate on the idea of open source and open government, trying to positively influence the digitisation of Taiwanese democracy. One of the main concepts is 'collaboration'. People are free to participate in various proposals, trying to make democracy more open from process to the outcome. Interestingly, Taiwan's current Digital Minister, Audrey Tang, is also involved. Many of the proposals are developing into public-private partnerships. For example, in the early days of the COVID-19 pandemic, a digital 'mask map' was developed in a very short time with the collaboration of the government and civic tech teams to let people know where they can buy masks. See also [here](#), [here](#), or [this report](#) for more explanation.



Anmol Jain

# 50 Years of Kesavananda Bharti

doi: 10.17176/20230509-163210-0



India is celebrating the 50<sup>th</sup> anniversary of the landmark *Kesavananda Bharti* decision this year, which concretized what we now call the ‘basic structure doctrine’. The doctrine emerged in a very challenging political environment of the 1970s, when the executive launched a frontal attack against the judiciary in its effort to establish a form of parliamentary sovereignty in India. Using the basic structure doctrine, the judiciary not only reaffirmed the idea of constitutional supremacy but also secured other crucial aspects of the Constitution, including the independence of the judiciary. However, 50 years on, with the election of a relatively strong and autocratic union government, the doctrine appears to be returning to a state of precariousness. This blogpost explains how the doctrine came into existence and details the controversies surrounding its creation and use. It emphasizes the important role it has played in preserving Indian democracy and argues that we must resist the BJP government’s current attack on the doctrine.

## The Basic Structure Doctrine

The basic structure doctrine provides that the power of the legislature to amend the Constitution is not plenary or unlimited. The legislature is a creature of the Constitution, and therefore, while exercising the ‘constituted power’ to amend it, the legislature cannot damage or destroy the basic features of the Constitution that are fundamental to its identity.

It is important to note that basic structure doctrine does not dictate that certain *provisions* of the Indian Constitution are unamendable or that the basic features identified at a certain point in time remain unamendable in eternity. The basic structure doctrine was developed precisely to negate such viewpoints. In *I.C. Golaknath* (1967), the Supreme Court held that the power of the Parliament to amend the Constitution does not extend to fundamental rights. Reversing this position, the *Kesavananda Bharti* court *clarified* (see conclusions of the majority opinions) that while the Parliament may amend every provi-

sion of the Constitution, it cannot amend them in a way that would destroy or damage the basic structure of the Constitution. Moreover, the Court consciously avoided using the term ‘change’. It instead used higher intensity terms like ‘destroy’ and ‘damage’, which indicates that the Parliament is also vested with the power to *change* the basic structure of the Constitution, though it cannot be upended. Therefore, if India witnesses a constitutional moment in the future where the citizens demand and the Parliament decide to replace the parliamentary system of governance with a presidential system or replace judicial review in certain situations with an equivalent independent and impartial review method, it would not be prohibited under the basic structure doctrine. Contrary to the criticisms that unamendability tacks the civilization to the ethos of the past (see pages 188-189), the basic structure doctrine allows space for constitutional transformations.

One criticism that the basic structure doctrine has faced over the years is the *anti-democratic elements* around its inception and use. Unlike the German Constitution, the Indian Constitution does not envisage any eternity clause identifying its basic features. Therefore, it is commonly argued that by inventing this doctrine, the judiciary has assumed to itself the power to decide the identity of the Constitution and the final vote on the constitutional amendments passed by the legislature.

Another factor that makes this criticism pressing is that the Court has yet to produce an exhaustive list of such features, perhaps to ensure flexibility at the time of judicial review and allow society to progress. In the *Kesavananda Bharti* decision, every judge deciding in favor of the basic structure doctrine presented their own list of basic features. For instance, Chief Justice Sikri noted that such features include the idea of constitutional supremacy, republican and democratic forms of government, separation of powers between three organs of the government, federalism, and secularism. Over the last 50 years, the Court has read other features of the Indian Constitu-

tion as part of the basic structure. These include the right of the citizens to seek judicial review, the right to equality, the right to life, and the independence of the judiciary. This practice creates uncertainty about the basic features of the Constitution and vests the judiciary with a form of whimsical authority over the legislature.

## The Politics of the 1970s and the Inception of the Basic Structure Doctrine

As noted above, the ideas around the restriction on the power of the legislature to dismember the Constitution – to use Professor Richard Albert’s phrase – using the amendment powers were first concretized by the Supreme Court in a 1967 decision called *IC Golaknath* (though the judges had made certain observations along similar lines in a previous case called *Sajjan Singh*). In response, the then Indira Gandhi government introduced several amendments to the Constitution in 1971 to nullify the effects of the *Golaknath* decision and limit the Court’s power to review constitutional amendments. At the same time, because the government had lost a few important cases in recent years, there were attempts to pack the court with favorable judges. In fact, there were rumors of not appointing Justice S.M. Sikri as the Chief Justice in 1971, breaking away from the tradition of appointing the senior-most supreme court judge as the Chief Justice of India. Though the government didn’t pursue this path, it did appoint nine judges during the tenure of Justice Sikri, all of whom but one, Justice HR Khanna, were the government’s nominees. Justice Khanna would go on to write a powerful dissent against the government’s decision to suspend habeas corpus and other fundamental rights during the national emergency of 1975-76.

*Kesavananda Bharti* involved a challenge to the amendments introduced in 1971. The Court decided the case with a razor-thin majority of 7:6. The judgment was pronounced on the last day of Justice Sikri’s tenure. The next day, the government finally broke away from the tradition and appointed a junior but favorable judge as the Chief Justice of India, superseding three senior judges, all of whom decided against the government in *Kesavananda Bharti*.

In 1975, after imposing a national emergency in India, the Indira Gandhi government introduced the 42<sup>nd</sup> amendment to the Constitution to nullify the effects of *Kesavananda Bharti*. However, the Court first reaffirmed

the basic structure doctrine in 1975 in *Indira Gandhi v. Raj Narain* and then struck down the relevant provisions of the 42<sup>nd</sup> amendment in *Minerva Mills* in 1980. By that time, the national emergency was lifted, and Indira Gandhi was voted out of power, thus, putting a stop to the government’s continuous assault on the idea of constitutional supremacy.

Having won this battle, in the next decade, the Court started asserting the power to appoint its judges to secure itself from further attempts of court packing. The process began in 1981 and culminated with the establishment of the collegium system of appointments. In 2015, when the Modi Government attempted to replace the collegium system with a 6-member judicial appointments commission that could possibly neutralize the primacy of the judiciary in appointments, the Court struck down the amendment using the basic structure doctrine. Therefore, with the inception of the basic structure doctrine, the Court maneuvered two actions – it saved the idea of constitutional supremacy and laid the foundations for securing its independence from the executive.

## Where the Doctrine Stands Today

Such success of the basic structure doctrine in creating friction in the path of the legislature to amend the Constitution beyond recognition has catalyzed the doctrine to travel globally. It has been adopted in several jurisdictions, including Bangladesh, Belize, Malaysia, Pakistan, Slovakia, and Taiwan. It has survived academic scrutiny, and given that we are in the age of abusive constitutionalism or autocratic legalism where the tools of constitutional change are frequently used by autocratic leaders to entrench themselves in power, the judges stand vindicated. The basic structure doctrine provides a critical external check against the abuse of the power to amend the Constitution.

Unfortunately, owing to the current political climate in India, the doctrine appears to be returning to a state of precariousness similar to that it experienced during its inception. However, the challenges are different this time. As noted in the previous section, in the 1970s, the challenge to the basic structure doctrine was primarily about institutional supremacy and the justificatory void for vesting the final say on the Constitution with the judiciary. Today, the biggest challenge to the doctrine comes not from any justificatory void but from its content. The ruling political executive desires its death and seeks

the emergence of the idea of parliamentary sovereignty to ensure that its ideological goals find no friction in the courts.

These intentions were laid bare in a few speeches delivered by senior constitutional authorities earlier this year. For instance, while addressing the 83<sup>rd</sup> All India Presiding Officers Conference, the Vice President [noted](#), “In 1973, a wrong tradition [the basic structure doctrine] was started. ... I cannot subscribe to that. Can the power of the legislature to amend the Constitution depend on a different institution? Can the Parliament allow its verdicts to be subject to another authority? ... This cannot be done. ... It is not appropriate for Indian democracy for any institution to invalidate any law passed by the Parliament. Otherwise, it would be difficult to state that we are a democratic nation.” (translated by the author). This position was later reiterated by the Speaker of the Lower House of Parliament.

Indeed, the ruling executive has made clear [that they consider parliamentary sovereignty the only basic feature of the Indian Constitution](#). Only by this reformed imagination could the BJP justify India’s constitutional transformation and align it with its Hindutva ideology while retaining the veneer of democracy. This challenge is real and certain, though currently weak due to the political weakness of the BJP (in numerical terms). But a lot depends on the upcoming 2024 general elections.

## Conclusion

Under the present Indian government, both the ideas of constitutional supremacy and judicial independence are

being threatened, thereby inviting a challenge to the appropriateness of the basic structure doctrine. While the current Chief Justice has called the doctrine the guiding [north star](#), senior government officials have hinted that a challenge from the executive is imminent. It is, therefore, important that people recognize the pragmatism that underpins the basic structure doctrine and the role it has played in strengthening Indian democracy. On the occasion of the golden jubilee of *Kesavananda Bharti*, it is important to clarify the doctrine’s essence, both by shedding light upon the circumstances in which it was developed and the role it has played in securing the Indian democracy from executive overreach. This does not imply that one needs to turn a blind eye to the [potential abuses](#) of the basic structure doctrine. These may include an overreach of judicial power and the rejection of legislative opinions on matters that are open to reasonable disagreements. I only call for a critical assessment that takes due appreciation of Indian politics, the lack of entrenched democratic culture, and the crucial moment that the country is going through today.

P.S. For scholars and readers interested in further studying *Kesavananda Bharti*, the Indian Supreme Court has released all documents related to the case, including the petition, written arguments, submissions, and the 11 opinions of the judges, on its website to mark its 50<sup>th</sup> year. They can be accessed here: [Supreme Court of India: The Basic Structure Judgment](#).

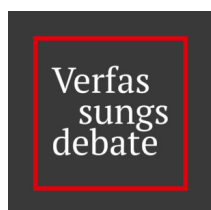
# About Us

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.

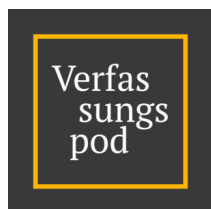
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



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](mailto: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](mailto: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](mailto: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