

08/2023
August

Verfassungs blatt

DOI [10.17176/20231025-192136-0](https://doi.org/10.17176/20231025-192136-0)

Herausgegeben von Verfassungsbooks, Erstveröffentlichung der Inhalte auf [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)

Published by Verfassungsbooks, contents first published on [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)

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

© 2023 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz. Um den Lizenztext einzusehen besuche creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License. To view a copy of this license, visit creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

Inhalt Contents

Deutschland Germany

Klimaschutz Climate Protection

- Feichtner, Fischer-Lescano, Groß, Klinger, Krämer-Hoppe, Krajewski, Markard, Thiele, von Bernstorff*
Für eine völker- und verfassungsrechtskonforme Klimaschutzpolitik: Effektive Maßnahmen gegen die Erderwärmung statt Verwässerung des Klimaschutzgesetzes! 1246
- André Bartsch*
Konkordanz und Klimaschutz: Warum es nicht weiterhilft, jedes klimaschädliche Gesetz an Art. 20a GG zu messen 1249
- Lando Kirchmair*
Das Ende des Dornröschenschlafs: Warum jedes klimaschädliche Gesetz an Art. 20a GG gemessen werden sollte 1252

PKW-Maut car toll

- Joachim Wieland*
Er haftet: Schadensersatzpflicht eines Bundesministers bei Amtspflichtverletzung 1255
- Patrick Heinemann*
Er haftet nicht: Scheuer und die Maut-Millionen 1257
- Kilian Herzberg*
Planwidrige Regelungslücke Ministerhaftung: Das Schweigen des Bundesministergesetzes aus historischer Perspektive 1260
- Wolfgang Bader*
Scheuers missglückte PKW-Maut: Haftet nur der beamtete Staatssekretär? 1263

Verschiedenes Miscellaneous

- Heiko Sauer*
Die angehaltene Ausfertigung: Grenzen von Stillhaltezusagen und Hängebeschlüssen im Verfassungsprozess 1266
- Nicolas Ziegler*
Schrödingers BSI-Präsidentin?: Wie eine politische Beamtin eine unabhängige(re) Behörde leiten soll 1270
- Lorenz Wielenga*
Thüringen-AfD verbieten? 1274
- Kilian Wegner*
Über die sogenannte Clankriminalität: Kurze Kritik eines (Kampf-)Begriffs 1278
- Valentina Chiofalo*
Weil wir dich fürchten: Rassistische Fahrkartenkontrolle bei der BVG vor Gericht 1282

Europa Europe

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Andrea Procházková</i> How to Form the Czech Constitutional Court?	1285
<i>Anastasiia Vorobiova</i> The New Russian School: How Forced Labor and Propaganda are Returning to Russian School Curricula	1288
<i>Sakari Melander</i> How a Boat Trip to Estonia Challenged the Foundations of the Finnish Sentencing System	1291
<i>Jenny Orlando-Salling</i> Not With a Bang But a Whimper: Has Constitutional Supremacy in Malta Drawn Its Guns on the Primacy of European Union Law?	1294
<i>Ester Herlin-Karnell</i> A Plea for Proportionality: On the Burning of the Koran and Related Questions	1297
<i>Annick Pijnenburg</i> Team Europe's Deal: What's Wrong with the EU-Tunisia Migration Agreement?	1300
<i>Filip Konopczynski</i> One Act to Rule Them All: What Is At Stake In the AI Act Trilogue?	1303
<i>Michal Bobek, David Kosář</i> The Strasbourg Court Goes Astray: On Grosam v. Czech Republic	1308
<i>Léonie de Jonge, Anna-Sophie Heinze</i> How to Respond to the Far Right	1311
<i>Päivi Leino-Sandberg, Peter Lindseth</i> How Cohesion Became the EU's Vehicle for Economic Policy: Tracing the Hidden History of Article 175(3) TFEU	1314
<i>Nils Kohlmeier</i> Widerspruchsresponsive Nachhaltigkeit: Das Freihandelsabkommen der EU mit Neuseeland verpasst die Etablierung eines kritischen Nachhaltigkeitsbegriffs	1321
<i>Romy Klimke</i> Out of the Woods?: Human Rights and the New EU Regulation on Deforestation	1325

Welt world

Indien India

<i>Anmol Jain</i> On the State of Academia in India	1328
<i>Anmol Jain</i> An Attack on Indian Democracy: On the Bill to Curb the Independence of the Election Commission	1330

<i>Dana Schmalz</i> Schutzsuchende als Schleuser?: Grenzen des internationalen Rechts hinsichtlich der Kriminalisierung von Flucht	1334
<i>Niveditha Prasad</i> Trivialising Privacy through Tribunals in India: Analysing the Digital Personal Data Protection Act, 2023	1337
<i>Demian Iglesias Seifert</i> Has Right-Wing Populism Reached Argentina?	1340
<i>David Boss</i> “Blood On Your Hands”: Die rechtliche Dimension von Metaphern im Fall Zooey Zephyrs	1343
<i>David Boss</i> “Blood On Your Hands”: The Legal Dimension of Metaphors in the Case of Zooey Zephyr	1347
<i>Manuel Brunner</i> Un autre coup d’État en Afrique: Zum Putsch in Niger und zur Demokratieschutzarchitektur der Afrikanischen Union	1350

Feichtner, Fischer-Lescano, Groß, Klinger, Krämer-Hoppe, Krajewski, Markard, Thiele, von Bernstorff

Für eine völker- und verfassungsrechtskonforme Klimaschutzpolitik

Effektive Maßnahmen gegen die Erderwärmung statt Verwässerung des Klimaschutzgesetzes!

doi: 10.17176/20230831-182902-0



Berichte über Extremwetterereignisse in allen Erdteilen haben uns in den letzten Wochen noch einmal deutlich vor Augen geführt, welche Folgen die Klimaveränderung haben wird. Darum sind energische und wirksame Maßnahmen zur Reduktion des CO₂-Ausstoßes von größter Wichtigkeit für die Erhaltung der Grundlagen eines menschenwürdigen Lebens.

Das Bundesverfassungsgericht hat im März 2021 klargestellt, dass das Grundgesetz zu wirksamen Maßnahmen gegen die Erderwärmung verpflichtet. Diese Pflicht gilt auch gegenüber zukünftigen Generationen, deren Möglichkeiten, ihre Freiheitsrechte auszuüben, ohne entsprechende Maßnahmen erheblich beeinträchtigt würden.

Völkerrechtlich hat sich Deutschland konkret zu wirksamen Maßnahmen verpflichtet, um den Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2° C über dem vorindustriellen Niveau zu halten und Anstrengungen zu unternehmen, ihn auf 1,5° C zu begrenzen. Neben Deutschland haben sich 194 weitere Staaten durch die Ratifikation des Übereinkommens von Paris von 2015 zu diesem Ziel bekannt und dadurch deutlich gemacht, dass ein globaler Konsens besteht. Diese Verpflichtung hat das Bundesverfassungsgericht als Konkretisierung des in Artikel 20a Grundgesetz verankerten Klimaschutzziels angesehen und so die Einhaltung der völkerrechtlichen Vorgaben verfassungsrechtlich abgesichert.

Hierfür sind im Bundes-Klimaschutzgesetz konkrete Ziele sowie Mechanismen festgelegt, mit denen die schrittweise Erreichung dieses Zieles gewährleistet werden soll. Gegenwärtig ist aber eine Novelle geplant, die die sektorspezifischen Ziele schwächt. Damit sind die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in Gefahr, die verlangen „dass frühzeitig transparente Maßgaben für

die weitere Ausgestaltung der Treibhausgasreduktion formuliert werden, die für die erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse Orientierung bieten und diesen ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln“.

Die Auseinandersetzungen und fachwissenschaftlichen Debatten zum Klimaschutz werden derzeit von Diskussionen über bestimmte Protestformen, wie z.B. Straßenblockaden, überlagert. Dabei sind insbesondere Forderungen nach einer Verschärfung straf- und polizeirechtlicher Reaktionen beunruhigend und in vielen Fällen verfassungsrechtlich fragwürdig, denn das Versammlungsrecht schützt auch Protestformen, die disruptiv wirken und von der Mehrheit als Störung empfunden werden. Vor allem aber lenken diese Debatten von den dringend nötigen Auseinandersetzungen über die konkrete Umsetzung der verfassungs- und völkerrechtlichen Klimaschutzpflichten ab.

Vor diesem Hintergrund fordern wir als Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler des Verfassungs- und Völkerrechts die gesetzgebenden Organe des Bundes auf, das Klimaschutzgesetz nicht abzuschwächen. Wir fordern die Bundesregierung auf, ein effektives Klimaschutzprogramm mit ausreichenden Maßnahmen zur Einhaltung der Klimaschutzziele und damit der völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zu beschließen.

Erstunterzeichner*innen:

Prof. Dr. Isabel Feichtner, Universität Würzburg

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Kassel

Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück

Prof. Dr. Remo Klinger, HNE Eberswalde

Prof. Dr. Rike Krämer-Hoppe, Universität Regensburg

Prof. Dr. Markus Krajewski, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Nora Markard, Universität Münster
 Prof. Dr. Alexander Thiele, BSP Business and Law School Berlin

Prof. Dr. Jochen von Bernstorff, Universität Tübingen

Weitere Unterzeichner*innen

Prof. Dr. Jelena von Achenbach, Universität Gießen
 Prof. Dr. Andreas von Arnould, Universität Kiel
 Prof. Dr. Helmut Aust, Freie Universität Berlin
 Prof. Dr. Jelena Bäuml, Universität Lüneburg
 Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Susanne Baer, Humboldt-Universität zu Berlin
 Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, Hochschule Fulda
 Prof. Dr. Sigrid Boysen, Universität der Bundeswehr Hamburg
 Prof. Dr. Pascale Cancik, Universität Osnabrück
 Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Universität Greifswald
 Prof. Dr. Philipp Dann, Humboldt-Universität zu Berlin
 Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, Universität Rostock
 Prof. Dr. Kurt Faßbender, Universität Leipzig
 Prof. Dr. Anuscheh Farahat, Universität Erlangen-Nürnberg
 Prof. Dr. Michael Fehling, Bucerius Law School Hamburg
 Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld
 Prof. Dr. Sina Fontana, Universität Augsburg
 Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg, Universität Frankfurt am Main
 Prof. Dr. Thomas Giegerich, Universität des Saarlandes
 Prof. Dr. Christoph Goos, Hochschule Harz
 Prof. Dr. Alexander Graser, Universität Regensburg
 Prof. Dr. Dirk Hanschel, Universität Halle-Wittenberg
 Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School Hamburg
 Prof. Dr. Georg Hermes, Universität Frankfurt am Main
 Prof. Dr. Mathias Hong, Hochschule Kehl
 Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Universität Heidelberg
 Prof. Dr. Markus Kaltenborn, Universität Bochum
 Prof. Dr. Ann-Katrin Kaufhold, Universität München
 Prof. Dr. Andrea Kießling, Universität Frankfurt am Main
 Prof. Dr. Pia A. Lange, Universität Bremen
 Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel
 Prof. Dr. Markus Ludwigs, Universität Würzburg

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, Universität Flensburg

Prof. Dr. Nele Matz-Lück, Universität Kiel

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. Birgit Peters, Universität Trier

Prof. Dr. Niels Petersen, Universität Münster

Prof. Dr. Dr. Maximilian Pichl, Hochschule RheinMain

Prof. Dr. Arne Pilniok, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Dagmar Richter, Universität des Saarlandes

Prof. Dr. Michael Riegner, Universität Erfurt

Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach, Universität Salzburg

Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe, Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Dr. Sabine Freifrau von Schorlemer, Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Angelika Siehr, Universität Bielefeld

Prof. Dr. Dominik Steiger, Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter-Tobias Stoll, Universität Göttingen

Prof. Dr. Tarik Tabbara, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

Prof. Dr. Pierre Thielbörger, Universität Bochum

Prof. Dr. Emanuel V. Towfigh, EBS Universität Wiesbaden

Prof. Dr. Dana-Sophia Valentiner, Universität Rostock

Prof. Dr. Joachim Wieland, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Vertr.-Prof. Dr. Tim Wihl, Universität Erfurt

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gerd Winter, Universität Bremen

Prof. Dr. Johanna Wolff, Universität Osnabrück

Weitere Unterzeichner*innen nach Veröffentlichung

Prof. Dr. Kristina Balleis, Technische Hochschule Aschaffenburg

Asst. Prof. Dr. Hannah Birkenkötter, ITAM Mexiko/Humboldt-Universität zu Berlin

Dr. Maxim Bönemann, University of Michigan

Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim

Prof. Dr. Manuel Brunner, Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen

Dr. Andreas Buser, New York University / Freie Universität Berlin

Dr. Anne Dienelt, Universität Hamburg

Prof. Dr. Robert Frau, TU Bergakademie Freiberg
Dr. Andreas Gutmann, Universität Kassel
Dr. Nina Keller-Kemmerer, Universität Gießen
Prof. Dr. Lando Kirchmair, Universität der Bundes-
wehr München
Dr. Romy Klimke, Universität Halle-Wittenberg
Dr. Michael von Landenberg-Roberg, Humboldt-
Universität zu Berlin
Dr. Anna-Julia Saiger, Universität Freiburg
Prof. Dr. Lucia Sommerer, Universität Halle-

Wittenberg
Dr. Petra Sußner, Humboldt-Universität zu Berlin
Dr. Berit Völzmann, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Christian Walter, Universität München

*Wissenschaftler:innen des öffentlichen Rechts (Habi-
litand:innen, Postdoktorand:innen, Professor:innen), die
den Aufruf gerne mitzeichnen möchten, können sich an
mb[at]verfassungsblog.de wenden.*

André Bartsch

Konkordanz und Klimaschutz

Warum es nicht weiterhilft, jedes klimaschädliche Gesetz an Art. 20a GG zu messen

doi: 10.17176/20230830-182849-0



Lando Kirchmair hat auf dem Verfassungsblog [kürzlich vorgeschlagen](#), alle klimaschädlichen Gesetze an Art. 20a GG zu messen und einer Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen, solange Klimaziele weiterhin nicht eingehalten werden. Im Beitrag nicht explizit genannter, aber wohl gemeinter Maßstab für die Überprüfung klimaschädlicher Gesetze soll die Verhältnismäßigkeit bzw. Herstellung praktischer Konkordanz sein.¹ Dies lädt dazu ein, über die Folgen einer solchen Rechtfertigungsprüfung nachzudenken. Dabei zeigt sich jedoch – so die hier vertretene These –, dass der Maßstab der praktischen Konkordanz auf die Verteilungsprobleme des Klimaschutzes keine befriedigende Antwort gibt.

An dieser Stelle soll nicht weiter der Frage nachgegangen werden, ob sich – was fraglich ist – aus Art. 20a GG tatsächlich ein Rechtfertigungsvorbehalt für klimaschädliche Maßnahmen ergibt, wie Kirchmair vorschlägt²; dies wird im Folgenden als Prämisse unterstellt. Vielmehr sollen in diesem Beitrag die Folgen einer solchen Rechtfertigungsbedürftigkeit betrachtet werden.

Praktische Konkordanz als Ausgangspunkt

Nach dem Vorschlag Kirchmairs soll eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung bei der Prüfung klimaschädlicher Gesetze anhand von Art. 20a GG nur möglich sein, wenn sich das Gesetz auf Verfassungsgüter bzw. -prinzipien stützen kann, die das Gewicht der Klimaschutzverpflichtung überwiegen. Solche Konflikte zwischen verschiedenen Verfassungsrechtsgütern werden im deutschen Verfassungsrecht üblicherweise mit dem [Grundsatz praktischer Konkordanz aufgelöst](#). Ziel ist es dabei, den verschiedenen Verfassungsrechtsgütern im Einzelfall zu ihrer größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen und keinen „abstrakten Vorrang“ einzelner Verfassungsrechtsgüter zu postulieren.³

Zur Herstellung derartiger praktischer Konkordanz ist es erforderlich, die jeweils betroffenen Verfassungsrechtsgüter und deren Betroffenheit zu bestimmen. Hierzu ist insbesondere relevant, wie effektiv ein Rechtsgut durch eine Maßnahme geschützt oder beeinträchtigt wird und welche alternativen Maßnahmen es gibt. Nur in dem Gewicht und Bedeutung der Beeinträchtigung des *einen* Rechtsguts sowie der Grad der Förderung des *anderen* Rechtsguts bestimmt werden, kann eine Aussage über die Verhältnismäßigkeit bzw. praktische Konkordanz im Einzelfall getroffen werden.

Die Grenzen praktische Konkordanz bei Verteilungsfragen

Gerade diese Voraussetzungen stoßen bei der Verteilung knapper Güter aber an ihre Grenzen. Denn der Grad der Betroffenheit eines zu verteilenden Rechtsguts lässt sich durch eine Einzelmaßnahme innerhalb der zulässigen Grenze des zu verteilenden Gutes kaum bestimmen. Zwar lässt sich ggf. quantifizieren, wie sehr eine Maßnahme das gesamt zu verteilende Gut verbraucht. Hieraus lässt sich jedoch kein normatives Gewicht der Beeinträchtigung feststellen: Denn eingespart werden kann das Gut an vielen verschiedenen Stellen. Dabei ergibt sich aus dem betroffenen Gut selbst keine Präferenz dafür, wie und an welcher Stelle es zu verteilen ist. Für die Frage, ob *insgesamt* zu viel von dem Gut verteilt wird, ist jedoch die Zielbestimmung der sachnähere Ansatzpunkt für eine verfassungsrechtliche Kontrolle, nicht aber die einzelnen Maßnahmen, die jeweils eine multipolare Abwägung erfordern.

Dies lässt sich – unter umgedrehten Vorzeichen, nämlich der Verteilung einer Last – anerkanntermaßen etwa im Steuerrecht feststellen. Zu seiner Finanzierung muss der Staat Steuern erheben. Die Finanzierung des Staats-

¹Für das Österreichische Verfassungsrecht sieht Kirchmair dies explizit als den Prüfungsmaßstab an: ders./Krempelmeier, *Journal für Rechtspolitik* (JRP), 1/2023, 74 (89).

²Kritisch insoweit etwa Gärditz, in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht*, 100. EL 01/2023, Art. 20a GG Rn. 60 (2013).

³Klassisch: Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, S. 28.

haushalts stellt dabei ein **verfassungsrechtlich anerkanntes Rechtsgut** dar, mit dem Steuernormen gerechtfertigt werden. Dabei ist eine gewisse Gesamtsteuerlast erforderlich, um die notwendigen Staatseinnahmen zu erzielen. Für die Finanzierung des Haushaltes ist es **letztlich irrelevant**, ob die notwendigen Mittel durch Einkommensteuer, Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer oder eine andere Steuerart erhoben werden. Die Prüfung von einzelnen Steuernormen konzentriert sich dementsprechend auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG und nicht auf freiheitsrechtliche Abwägungen der Erforderlichkeit einer Steuer.⁴

Klimaschutz als Verteilungskonflikt

Bei dem hier fraglichen Klimaschutz handelt es sich um einen vergleichbaren Verteilungskonflikt. Nach dem Klimaschutzbeschluss des BVerfG liegt dem Klimaschutzgebot des Art. 20a GG der Gedanke zugrunde, dass ein Restbudget an CO₂-Emissionen besteht, die getätigt werden dürfen (Rn. 215 ff.). Nach dieser verfassungsrechtlichen Konzeption sind also Emissionen nicht per se zu unterlassen; sie müssen „nur“ insgesamt auf ein Niveau beschränkt werden, das mit dem Klimaziel des Art. 20a GG vereinbar ist. Eine Verpflichtung zu konkreten klimaschützenden Maßnahmen ergibt sich aus dem Beschluss hingegen nicht (Rn. 249).

Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses lässt sich dann aber das Gewicht einer klimaschädlichen Maßnahme (wie etwa des unterbliebenen Tempolimits auf Autobahnen) kaum sinnvoll bestimmen. Die Beeinträchtigung des Klimaschutzziels müsste im Hinblick auf sämtliche andere Maßnahmen, die auch klimaschädlich sind, betrachtet werden. Wieso sollte – am Maßstab des Art. 20a GG – von einer konkreten Maßnahme eine übermäßige Beeinträchtigung des Klimaschutzziels ausgehen, wenn andere Maßnahmen (etwa die Zulassung der Kohleverstromung) genauso das begrenzte CO₂-Restbudget zehren?

Das Problem, die Intensität einer konkreten Beeinträchtigung festzustellen, stellt sich genauso auf der Seite der zu berücksichtigenden Gegenrechtsgüter. Denn klimaschädliches Verhalten an einer Stelle zuzulassen muss nach dem Budgetansatz insgesamt mit einer Beschränkung klimaschädlichen Verhaltens an einer an-

deren Stelle korrespondieren; nur so lässt sich das Gesamtbudget einhalten. Dann müsste es aber einen verfassungsrechtlichen Maßstab geben, der erlaubt, die Intensität der Betroffenheit eines Rechtsguts festzustellen, um die verschiedenen Verhaltensweisen zueinander in Bezug zu setzen. Doch welcher verfassungsrechtliche Maßstab soll beantworten, ob die Freiheit, auf Autobahnen schnell zu fahren (die Autofahrer können sich auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG als Gegenrecht zum Klimaschutz berufen) höher zu gewichten ist als die Freiheit, mit dem Flugzeug in den Urlaub zu fliegen (jedenfalls die Fluggesellschaften könnten sich bei einem Verbot auf Art. 12 I GG berufen)? Ein solcher genereller inhaltlicher Vergleich würde die punktuell wirkenden⁵ Maßstäbe von praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit überfordern. Institutionell ist aus demokratischen Gründen eine solche planende, multipolare Zuweisung von Freiheitsräumen der Gesetzgebung und nicht dem Verfassungsgericht zugewiesen.

Soweit dagegen eingewendet wird, dass der Rechtfertigungsvorbehalt nur greifen soll, wenn (wie nach der aktuellen bundesdeutschen Klimapolitik) das zulässige CO₂-Budget überschritten wird, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Die insgesamt zu große Menge an Emissionen muss dann derart vermindert werden, dass sie sich auf das nach dem Budgetansatz Zulässige beschränkt. Und ebendiese Beschränkung der Gesamtemissionsmenge stellt sich auch als Verteilungskonflikt zwischen den insgesamt vorhandenen Interessen, CO₂ zu emittieren, dar. Nur bestehen eben insgesamt mehr Interessen, CO₂ zu emittieren als dies nach dem Budgetansatz möglich ist. Die notwendigen Beschränkungen müssen sich aus einer Verteilung des Restbudgets auf die CO₂-Emissionsinteressen ergeben. Der Verteilungskonflikt ist verschärft, aber nicht kategorial anders als bei Einhaltung des Restbudgets.

Im Übrigen erscheint fraglich, wie ein solcher Rechtfertigungsvorbehalt, der nach *Kirchmair* zur Verfassungswidrigkeit des fehlenden Tempolimits führt, prozessual ausgestaltet sein soll: Gerichte – sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch die einfachen Gerichte bei untergesetzlichen Normen – sind bei ihrer Entscheidung auf ihren Verfahrensgegenstand beschränkt. Sie können also nur punktuell einzelne Maßnahmen überprüfen; zu einer

⁴Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 1 (28 f.).

⁵Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 1 (30).

Gesamtplanung sind sie (abermals: aus demokratietheoretisch guten Gründen) weder befugt noch institutionell in der Lage. Dementsprechend hat auch das BVerfG im Klimaschutzbeschluss dem Gesetzgeber die Festlegung bzw. Determination des Ordnungsgebers für den Reduktionsminderungspfad über 2030 hinaus auferlegt (Rn. 261 ff.). Dass die (Un-)Zulässigkeit einzelner klimaschädlicher Normen dann aber von der – letztlich zufälligen – Frage abhängt, welche Maßnahme vor Gericht gebracht wird, überzeugt nicht.

Zielführender erscheint es, das Problem als Frage nach der Kontrolle von zusammenwirkenden (hier: klimaschädlichen) Einzelmaßnahmen und der – nach dem Klimaschutzbeschluss verfassungsrechtlich determinierten – verbindlichen Zielsetzung (hier: zum Klimaschutz) aufzufassen. Doch hier sind die anzuwendenden Maßstäbe – insbesondere ob staatliche Maßnahmen insoweit

der Kohärenz bedürfen – noch nicht geklärt, wie sich beispielsweise in der Corona-Pandemie bei der Kontrolle von erst im Zusammenspiel wirksamen Pandemiemaßnahmen gezeigt hat.⁶

Fazit

In Zeiten der voranschreitenden Klimakrise ist es ein hehres Anliegen, Art. 20a GG zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen. Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG hat sich auf die Kontrolle der Klimaschutzziele beschränkt und keine Vorgaben für *Maßnahmen* gemacht. Für die Kontrolle, ob Klimaschutzmaßnahmen ausreichen, ist hingegen die praktische Konkordanz kein zielführender Maßstab. Vielmehr braucht es anderer Maßstäbe, um das Verhältnis von Zielsetzung und Einzelmaßnahmen zu betrachten – und gerade dieses Verhältnis ist für die Kontrolle von Klimaschutzmaßnahmen relevant.

⁶Vgl. z.B. zur Diskussion während der Corona-Krise im ersten Ansatz Gallon/Mangold im Verfassungsblog.

Lando Kirchmair

Das Ende des Dornröschenschlafs

Warum jedes klimaschädliche Gesetz an Art. 20a GG gemessen werden sollte

doi: 10.17176/20230816-182857-0



Der Juli war wohl der heißeste Monat seit Beginn der Aufzeichnungen und der [Spiegel](#) konstatiert: „Die Erderwärmung zu bremsen ist die größte Herausforderung dieses Jahrhunderts.“ Der Fortschritt des Klimawandels ist rasant, dessen Folgen noch schlimmer als gedacht. Und dennoch wird national wie international nicht genug zur Bekämpfung der globalen Erderwärmung getan: „Das Tempo und der Umfang der bisherigen Maßnahmen sowie die aktuellen Pläne sind unzureichend, um den Klimawandel zu bekämpfen“, lautet das Resümee des Weltklimarats (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC).

Dieser Beitrag argumentiert, dass in derartigen Zeiten jedes klimaschädliche Gesetz unter grundgesetzlichem Rechtfertigungsdruck steht. Art. 20a GG verpflichtet nicht „nur“ den Gesetzgeber dazu, einen Emissionsminderungspfad zu normieren und die Gesamtheit der zugelassenen Emissionen in einem erträglichen Ausmaß zu halten. Vielmehr ist aufgrund der angespannten Lage *jedes* klimaschädliche Gesetz unter Rechtfertigungsdruck.

Klimaschutz und Grundgesetz

Nach Art. 20a GG „schützt“ die Bundesrepublik Deutschland bekanntermaßen „die natürlichen Lebensgrundlagen“. Diese Schutzbestimmung betont auch die „Verantwortung für die künftigen Generationen“, worin der Grundsatz des nachhaltigen Umgangs mit den Lebensgrundlagen zum Ausdruck kommt. Dass die Bundesrepublik die genannten Anliegen „schützt“, bedeutet rechtlich nichts anderes als eine Verpflichtung zum Inhalt dieser Schutzbestimmung.

Wissenschaftlich ist mittlerweile erwiesen, dass die rasante menschengemachte Erderwärmung u.a. zur Destabilisierung von Ökosystemen sowie zu Extremwetterereignissen mit all den bekannten negativen Folgen (Waldbränden, Überschwemmungen, Ernteausfällen, u.a.m.) führt. Die Berichte des IPCC lassen daran keinen wissenschaftlichen Zweifel.

Da die natürlichen Lebensgrundlagen nur im gebotenen Ausmaß geschützt werden können, wenn auch das Klima geschützt wird, ergibt sich aus dieser Schutzbestimmung eine Klimaschutzpflicht. Ohne Klimaschutz keine Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

Artikel 20a GG trägt allen Staatsorganen eine klare Schutzverantwortung für die natürlichen Lebensgrundlagen auf. Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Bestimmung nach langem Schattendasein auch erstmals im sog. „Klimabeschluss“ vom 24. März 2021 ([BVerfGE 157, 30-177](#)) Leben eingehaucht. Art. 20a GG verpflichtet den Gesetzgeber demnach dazu, einen Emissionsminderungspfad zu normieren, der mit dem 1,5-Grad-Limit in Einklang steht. Allerdings seien Art. 20a GG darüber hinaus keine konkreten Maßstäbe für einzelne Gesetze zu entnehmen. Das mag einer der Gründe sein, weshalb eine erste [Zwischenbilanz](#) der Auswirkungen dieses viel diskutierten Beschlusses äußerst nüchtern ausfällt. In der Tat, die Senkung der Treibhausgasemissionen in Deutschland (2022 um 1,9% laut [Bundesumweltamt](#)) reichen noch nicht aus, um das selbstgesetzte Ziel der Klimaneutralität bis 2045 zu erreichen. Und gegenwärtig ist im Klimaschutzgesetz-Entwurf anstatt einer Konkretisierung sogar eine Abschaffung der Sektorziele zu Gunsten einer „Jahresemissionsgesamtmenge“ geplant (§ 4 Abs. 1 und Anlage 2a des KSG-Entwurfs). Das zieht berechtigte [Kritik](#) auf sich, denn „[s]chon jetzt scheitert das Erreichen der Sektorziele am Unwillen einzelner Ministerien.“

Warum jedes klimaschädliche Gesetz unter Rechtfertigungsdruck steht

Die Einordnung von Art. 20a GG in den Kanon der als Staatszielbestimmungen und Verfassungsprinzipien bezeichneten Grundpfeiler des Grundgesetzes war nicht von der Absicht getragen, die neu eingeführte Bestimmung ihrer normativen Kraft zu entledigen. Lediglich die Notwendigkeit, diese Schutzverantwortung in Einklang mit anderen Verfassungsgütern und -prinzipien zu bringen, sollte dadurch zum Ausdruck kommen (Entwurf ei-

nes Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/6633 v. 20.1.1994, S. 6 f.).

Zwar steht im Grundgesetz nicht ausdrücklich, welche konkreten Klimaschutzmaßnahmen der Gesetzgeber zu treffen hat. Solche Konkretisierungen sind allerdings durchaus erkennbar, wenn man die Klimaschutzverpflichtung mit den traditionellen juristischen Auslegungsmethoden interpretiert.

Dies lässt sich – neben der schieren Notwendigkeit in der gegenwärtigen Misere – auch unter Bezugnahme auf die den Gesetzgebungsprozess begleitende Begründung zum Entwurf zu Art. 20a GG erhärten. Diese ist u.a. von der Absicht getragen, die „tatsächliche Durchsetzung“ des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen zu erwirken (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/6633 v. 20.1.1994, S. 5). Des Weiteren entnimmt man der Begründung die Einsicht, dass es sich beim Umweltschutz „um ein existentielles, langfristiges Interesse des Menschen“ handelt. „Die sich daraus ergebende ökologische Herausforderung an den Staat“, sie war bei „der Schaffung des Grundgesetzes noch nicht absehbar“ (ibid., S. 6).

Während Art. 20a GG – parallel zu den überschaubaren Anstrengungen, Umweltbelange tatsächlich zum ernsthaften Staatsanliegen zu machen – lange ein Nischendasein fristete, wird er angesichts der Handlungsnotwendigkeit zu einer zentralen Verfassungsnorm. Der zukunftsweisende Art. 20a GG ist der verfassungsrechtliche Rahmen für die Bewältigung der Klimakatastrophe durch den Gesetzgeber. Dies hat Konsequenzen für die Prüfung der Grundgesetzkonformität von einzelnen Gesetzen. Aufgrund der klimaschutzrechtlichen Notlage stehen klimaschädliche Gesetze und die davon betroffenen Emissionen unter Rechtfertigungsdruck, weil sie zur Gefährdung der von Art. 20a GG geschützten natürlichen Lebensgrundlagen beitragen. Können keine guten Gründe oder substantiellen Grundrechte für die Klimaschädlichkeit angeführt werden, ist das jeweilige Gesetz im Lichte des Art. 20a GG verfassungswidrig. Solange die Bundesrepublik eindeutig nicht auf 1,5-Grad-konformem Weg ist, stehen alle klimaschädlichen Gesetze unter verfassungsrechtlichem Rechtfertigungsdruck: Wenn es keine Rechtfertigung dafür gibt, dass ein Gesetz klimaschädlich ist, dann verstößt es gegen die Klimaschutzverpflichtung.

Nun mag erwidert werden, dass dies nicht die Intention hinter Art. 20a GG war. Die Schutzverantwortung

sei explizit so konzipiert, dass sie nur durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt bewerkstelligt werden darf. Mit anderen Worten, die Politik sollte die Umwelt schützen. Wie Sie das allerdings tut, könne nicht wirklich rechtlich überprüft werden, sondern ist dem politischen Gestaltungsspielraum überlassen. Das ist allerdings zu kurz gedacht. Denn diese Einschränkung ist Art. 20a GG nicht zu entnehmen. Sie entstammt der rechtswissenschaftlichen Dogmatik, und diese ist nicht unumstößlich.

Das Grundgesetz war ursprünglich ein Projekt mit Ablaufdatum. Und dennoch, oder gerade deswegen, hat es sich lange bewährt. Eine Reminiszenz dieser ursprünglich begrenzten Laufzeit war lange eine stärkere Ausrichtung auf die Vergangenheit – auf Kosten der Zukunft. Das änderte sich allerdings mit der deutschen Einigung und insbesondere mit Art. 5 des Einigungsvertrages. Das Grundgesetz wurde ergänzt und geändert und das Ablaufdatum aufgehoben. Anschaulich hierfür wurde die Rücksichtnahme auf zukünftige Generationen explizit mit Art. 20a GG 1994 ins Grundgesetz aufgenommen. Mit der deutschen Wiedervereinigung, so könnte argumentiert werden, wurde das Grundgesetz von der Übergangslösung endgültig zur originären Verfassung der Bundesrepublik Deutschland und damit zukunftsfähig gemacht. Damit wurde der Blick nach vorne gerichtet. Eine Konsequenz dieser Horizonterweiterung ist eine verstärkte Interpretation für zukunftsgerichtete Aufgaben. Dem Grundgesetz ist damit eine Dynamik eingeschrieben, die eine Anpassung an veränderte Lebensumstände in Deutschland und der Welt fördert. Gerade diese Fähigkeit hat das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz auch schon mehrfach entnommen.

Ein Beispiel zur Illustration: Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen

Regelungen wie § 3 Abs. 3 Z. 2 lit. c) der Straßenverkehrsordnung, aus welcher hervorgeht, dass die zulässige Höchstgeschwindigkeit für Personenkraftwagen und Motorräder außerhalb geschlossener Ortschaften 100 km/h beträgt und auf Autobahnen gar nicht gilt, sind vor diesem Hintergrund verfassungswidrig. Denn der stark erhöhte CO₂ Ausstoß bei hoher Geschwindigkeit ist längst wissenschaftlich erwiesen. Eine Rechtfertigung, diesen Emissionsausstoß gesetzlich zu erlauben, kann sich nicht auf Verfassungsgüter und -prinzipien stützen, die das

Gewicht der Klimaschutzverpflichtung überwiegen würden.¹

Dem steht auch nicht die kürzlich abgewiesene Verfassungsbeschwerde (BVerfG, Beschluss v. 15.12.2022, [Az. 1 BvR 2146/22](#)) entgegen, mit welcher ein Anspruch auf ein Tempolimit vor dem Bundesverfassungsgericht eingeklagt werden sollte. Entscheidend für die Abweisung der Beschwerde war laut Bundesverfassungsgericht bloß die nicht hinreichend substantiierte Darlegung der Grundrechtsverletzung (näher siehe [hier](#)).

Mit zunehmender Manifestation der rasanten Erderwärmung steigt das Rechtfertigungserfordernis für klimaschädliche Praktiken, die von Gesetzen gedeckt sind. Entscheidend ist allerdings, dass sich Art. 20a GG nicht nur auf die Gesamtheit der zugelassenen Emissionen bezieht, weil nur diese, nicht aber punktuellen Tun oder Unterlassen des Staates die Reduktionlasten insgesamt unverhältnismäßig auf die Zukunft verschieben würden (so aber BVerfGE 157, 30, Rn. 124 f. und 134; BVerfG, Beschluss v. 18.1.2022, [Az. 1 BvR 1565/21](#) u.a., Rn. 12). Ursächlich für die hohen Emissionen sind einzelne Praktiken und nicht eine Gesamtschau dieser Praktiken. Der politische Ermessensspielraum, welche Praktiken erlaubt werden und welche nicht, gilt nur so lange die Gesamtschau der Emissionen mit dem Staatsziel vereinbar ist. Ist dies nicht (mehr) der Fall, steht jede einzelne durch ein Gesetz gedeckte Praxis unter grundgesetzlichem Rechtfertigungsdruck. Zu überprüfen ist sodann jedes Gesetz. Gibt es für ein klimaschädliches Gesetz keine Rechtfertigung durch ein bestimmtes Verfassungsgut oder -prinzip, ist dieses grundgesetzwidrig.

Fazit

Das Grundgesetz verlangt Klimaschutz. Das ist in den Rechtswissenschaften weitgehend unumstritten. Wie weit die grundgesetzliche Klimaschutzverpflichtung reicht, allerdings nicht. Viele Jurist:innen verneinen konkrete Ableitungen aus Art. 20a GG für einzelne Gesetze. Hier wird hingegen argumentiert, dass die juristische Auslegung Konkretisierungsergebnisse hervorbringen kann, die durchaus Antworten liefern. Das ist im Grunde nichts Besonderes, kommt doch der Inhalt der meist knapp formulierten Bestimmungen im Grundgesetz fast immer erst nach methodisch sorgfältiger Interpretation ans Licht. Das Ergebnis der hier vorgenommenen Interpretation von Art. 20a GG lautet, dass die Klimaschutzverpflichtung wesentlich weiter reicht, als dies bislang auch in der Fachgemeinschaft (an)erkannt wurde. Eine Konsequenz dieser Auffassung ist, dass das nicht vorhandene Tempolimit auf deutschen Autobahnen grundgesetzwidrig ist. Es geht nicht darum, ob wir – zugegebenermaßen oftmals unangenehme – Maßnahmen zum Schutz des Klimas und zur Eindämmung der Erderwärmung gutheißen oder nicht, sondern welche der Maßnahmen besser oder schlechter, weniger oder stärker in gewichtige Rechtspositionen eingreifen als andere. Das ist für jedes klimaschädliche Gesetz zu beurteilen bis der Emissionsminderungspfad wieder mit dem 1,5-Grad-Limit in Einklang steht. Mit anderen Worten: der Gesetzgeber verliert seinen weiten Ermessensspielraum zur Umsetzung von Staatszielen solange die Staatsziele in der Gesamtschau akut gefährdet sind.

Für zahlreiche Gespräche, wichtige Hinweise und gemeinsame Arbeiten zu diesem Thema in Bezug auf Österreich (s. [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) danke ich Sebastian Krempelmeier.

¹Vgl. für eine ähnliche Argumentation zum Tankrabbatt und Art. 20a GG hier.

Joachim Wieland

Er haftet

Schadensersatzpflicht eines Bundesministers bei Amtspflichtverletzung

doi: 10.17176/20230805-224300-0



Bundesverkehrsminister Volker Wissing lässt gutachtlich prüfen, ob sein Amtsvorgänger Andreas Scheuer dem Bund 243 Millionen Euro Schadensersatz schuldet. Scheuer hatte Ende 2018 mit einem Betreiberkonsortium aus dem Unternehmen CTS Eventim und Kapsch einen Vertrag abgeschlossen, der einen pauschalen Schadensersatz von 500 Millionen Euro vorsah. Selbst die Unternehmen hatten angeregt, mit dem Vertragsschluss bis zu der Entscheidung des EuGH über die Vereinbarkeit der von der CSU so genannten „Ausländermaut“ mit Unionsrecht zuzuwarten. Wie von vielen Beobachtern vorhergesagt (zum Meinungsstand im Vorfeld *Nestler*), aber im Gegensatz zu den [Schlussanträgen](#) des Generalanwalts Wahl, [verwarf der EuGH](#) das deutsche Gesetz als unionsrechtswidrig. Anschließend kündigte Minister Scheuer die Verträge wegen Schlechtleistung. Das Konsortium verklagte den Bund daraufhin vor einem Schiedsgericht auf 560 Millionen Euro Schadensersatz. Das Schiedsgericht erklärte 2022 die Vertragskündigung für rechtswidrig. 2023 einigten sich die Parteien auf eine Schadenersatzzahlung des Bundes von 243 Millionen Euro. Kann der Bund diesen Betrag von Scheuer zurückfordern?

Amtspflichten eines Bundesministers

Die Mitglieder der Bundesregierung stehen nach § 1 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung ([Bundesministertgesetz](#)) in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis und damit in einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis zum Bund. Sie schwören bei Amtsantritt gemäß Art. 64 Abs. 2 iVm Art. 56 GG, dass sie den Nutzen des deutschen Volkes mehren und Schaden von ihm wenden werden. Zu ihren Amtspflichten gehört es nicht nur, ihre Amtsgeschäfte nach Gesetz und Recht zu führen, sondern auch Schaden vom deutschen Volk abzuwehren. Sie dürfen nicht gegen Unionsrecht verstoßen und das Volksvermögen nicht durch ihr Handeln gefährden. Diese Pflichten dürften in einem Rechtsstaat unbestritten sein, in dem die vollziehende Gewalt nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip an Ge-

setz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Mitglieder der Bundesregierung sind politisch verantwortlich, stehen aber nicht über dem Gesetz. Sind sie aber auch schadensersatzpflichtig, wenn eine Amtspflichtverletzung zu einem Vermögensschaden des Bundes führt?

Eine Schadensersatzpflicht eines Mitglieds der Bundesregierung bei Verletzung einer Amtspflicht wird oft bezweifelt – zu Unrecht. Aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt, dass ein Gläubiger Schadensersatz von einem Schuldner verlangen kann, wenn dieser schuldhaft eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich nicht nur auf das Privatrecht, sondern auch auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse. Das hat der BGH schon vor bald 50 Jahren entschieden (BGH NJW 1974, 1816 zur positiven Forderungsverletzung). Auch für das Beamtenverhältnis erkennt das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung einen beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruch an: „Als im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelndes und insofern „quasivertragliches“ Institut gewährleistet der beamtenrechtliche Schadensersatzanspruch Sekundärrechtsschutz für Pflichtverletzungen aus dem Beamtenverhältnis, wie dies § 280 Abs. 1 BGB für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht.“ (BVerwG NVwZ 2018, 1637 f. m.w.N.). Dabei geht es freilich um Ansprüche des Beamten gegen den Dienstherrn. Für Ansprüche in umgekehrter Richtung gilt § 75 BBG, der abschließend die Haftung des Beamten im Innenverhältnis gegenüber dem Dienstherrn regelt und diese auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

Wie zwischen Beamtinnen und Beamten auf der einen und dem Dienstherrn auf der anderen Seite das Beamtenverhältnis als ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis mit Haupt- und Nebenpflichten besteht, so begründet auch die Ernennung zum Mitglied der Bundesregierung ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis in Form eines Amtsverhältnisses zum Bund. Eine § 75 BBG entsprechende Regelung enthält das Bundesministertgesetz nicht. Insofern bleibt es bei dem allgemeinen

Rechtsgrundsatz, dass eine zu vertretende Verletzung von Pflichten aus dem Schuldverhältnis einen Schadensersatzanspruch nach sich zieht. Das häufig zu lesende Argument, mit seinem Schweigen schließe das Bundesministergesetz jegliche Haftung von Mitgliedern der Bundesregierung aus, vermag jedenfalls nicht zu überzeugen. Ein absichtsvoller Regelungsverzicht des Gesetzgebers darf nicht einfach behauptet werden, sondern müsste auf begründete Anhaltspunkte gestützt werden. Gründe für ein solches beredtes Schweigen sind bisher weder benannt worden noch sonst ersichtlich. Wenn der Gesetzgeber eine Schadensersatzpflicht von Mitgliedern der Bundesregierung selbst für vorsätzliche Amtspflichtverletzungen hätte ausschließen wollen, hätte er eine solche in einem Rechtsstaat schwer vorstellbare Regelung vielmehr ausdrücklich und nicht durch bloßes Schweigen treffen müssen. Auch für Mitglieder der Bundesregierung folgt deshalb eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Bund, wie dies § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB für vertragliche Schuldverhältnisse vorsieht.

Wollte man diese Schadensersatzpflicht verneinen, hätte das zur Folge, dass ein Mitglied der Bundesregierung selbst bei einer vorsätzlichen Schädigung des Vermögens des Bundes nicht zum Schadensersatz verpflichtet wäre, wenn nicht die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) oder der Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB) vorlägen – ein zumindest überraschendes Ergebnis, wenn man das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Grundgesetzes ernst nimmt.

Haftungsprivilegierung

Spannend ist die Frage, ob eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wie sie sich aus § 75 Abs. 1 Satz 1 Bundesbeamtengesetz für Beamtinnen und Beamte ergibt, auch für Mitglieder der Bundesregierung gilt, obwohl das Bundesministergesetz eine entsprechende Privilegierung nicht vorsieht, sondern die Haftung von Mitgliedern der Bundesregierung überhaupt nicht regelt. Die Privilegierung ergibt sich im Innenverhältnis zwischen Bund und Mitglied der Bundesregierung noch nicht aus Art. 34 Satz 2 GG. Dieser regelt nur die Haftungsbeschränkung beim Rückgriff im Falle einer Amtshaftung eines Beamten gegenüber Privaten (§ 839 BGB), aber nicht die Haftung eines Amtsträgers gegenüber seinem Dienstherrn aus dem Amtsverhältnis.

Es gibt durchaus erwägenswerte Argumente, die Haftungsprivilegierung aus dem Beamtenrecht auch auf Mitglieder der Bundesregierung zu erstrecken. Deren Entscheidungen haben oft große Bedeutung und sind nicht selten mit Vermögensrisiken verbunden. Andererseits haben Mitglieder der Bundesregierung ohne Probleme Zugriff auf profunde rechtliche Beratung. Entscheiden sie sich, mit ihrem Handeln begründete rechtliche Bedenken außer Acht zu lassen, übernehmen sie aber auch Verantwortung für ihr Tun und haften für grobe Fahrlässigkeit. Der Gesetzgeber müsste jedenfalls eine Haftungsprivilegierung ausdrücklich regeln. Das gebietet die Rechtssicherheit. Schweigen ist in diesem Fall nicht Gold, sondern reicht nicht aus.

Patrick Heinemann

Er haftet nicht

Scheuer und die Maut-Millionen

doi: 10.17176/20230805-224323-0



Anfang Juli teilte das Bundesverkehrsministerium mit, es werde extern prüfen lassen, ob der Bund Ex-Verkehrsminister Andreas Scheuer (CSU) wegen des gescheiterten Pkw-Maut-Projekts auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Zwar war die Maut ursprünglich nicht Scheuers Idee, sondern die seines Amtsvorgängers und Parteifreunds Alexander Dobrindt sowie des damaligen CSU-Vorsitzenden Horst Seehofer. Scheuer aber traf im November 2018 die Entscheidung, langfristige Verträge mit Unternehmen zum Aufbau der Maut-Infrastruktur zu unterschreiben. Zu diesem Zeitpunkt war nicht nur bereits das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) anhängig, das am 18. Juni 2019 zu dem [Ergebnis](#) führte, dass die Maut insbesondere EU-Ausländer unter Verstoß gegen Art. 18 AEUV diskriminiert. Vielmehr war die überwältigende Mehrheit der Rechtswissenschaft bereits zu dem Zeitpunkt, als das Verkehrsministerium die verhängnisvollen Verträge unterschrieb, von der Unionsrechtswidrigkeit des Projekts ausgegangen.

Nachdem der Bund in Umsetzung des EuGH-Urteils die fraglichen Verträge gekündigt hatte, forderten die vorgesehenen Betreiber Schadensersatz in Höhe von rund 560 Millionen Euro. Diese Summe konnte der Bund im Zuge eines Schiedsgerichtsverfahrens immerhin auf 243 Millionen Euro drücken, wie das Bundesverkehrsministerium Ende Juli dieses Jahres mitteilte. Amtsnachfolger Wissing (FDP) lässt jetzt durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Kanzlei prüfen, ob Scheuer dem Bund auf Schadensersatz in dieser Höhe haftet. So sehr man den kochenden Volkszorn vielleicht nachvollziehen kann – er allein bildet für ein solches Begehren noch keine Anspruchsgrundlage. Der Ex-Verkehrsminister muss voraussichtlich nicht haften – und dafür gibt es nicht nur rechtliche, sondern auch gute rechtspolitische Gründe.

Das kleine 1×1 des Schadensersatzrechts

Schadensersatzansprüche fallen im Grunde genommen in zwei Kategorien: Es gibt solche, die von einem bestimmten Rechtsverhältnis abhängen, also akzessorisch

sind, und nur innerhalb dieses Rahmens greifen. Solche Rechtsverhältnisse können zum Beispiel Verträge oder aber eben auch öffentlich-rechtliche Dienst- und Amtsverhältnisse sein. Und dann wiederum gibt es Schadensersatzvorschriften, die allgemein und unabhängig von einem solchen Rechtsverhältnis gelten. Das sind insbesondere Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlungen, also vor allem nach den §§ 823 ff. BGB.

Eine akzessorische Haftung aus dem Beamtenverhältnis sehen § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG für Bundesbeamte und § 48 Satz 1 BeamStG für Landes- und Kommunalbeamte vor. Allerdings sind Minister keine Beamte. Für das Rechtsverhältnis zu dem Staat, dem sie dienen, ist nicht das Beamtenrecht, sondern das jeweilige Ministergesetz maßgeblich. Im Fall von Andreas Scheuer kommt es also auf das Bundesministergesetz (BMinG) an. Bundesministerinnen und -minister stehen zum Staat in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis (§ 1 BMinG) und unterliegen anders als Beamte zum Beispiel keiner Disziplinargewalt (§ 8 BMinG). Anders als die gesetzlichen Vorschriften über das Beamtenverhältnis kennt das BMinG keine Haftungsvorschrift, die an das ministeriale Amtsverhältnis anknüpft. Bereits das historische Reichsministergesetz vom 27. März 1930 (RGBl. I S. 96) enthielt keine solche Regelung. Schon die Existenz eines besonderen BMinG zeigt, dass den Gesetzgeber die Vorstellung leitete, das Amt einer Ministerin (oder eines Ministers) sei etwas grundlegend anderes als das einer Beamtin (oder eines Beamten). Ministerinnen und Minister stehen innerhalb des ihnen zugewiesenen Ressorts vollverantwortlich an der Spitze der Exekutive (Art. 65 Satz 2 GG). Als politische Mandatsträger sind sie dem Parlament verantwortlich (siehe etwa Art. 43 Abs. 1 GG). Nicht selten müssen Regierungsmitglieder Entscheidungen unter Zeitdruck und auf Grundlage nur bruchstückhaft vorhandener Tatsachenerkenntnisse treffen. Es ist im Verfassungsinteresse, ihnen dabei weitgehende Entscheidungsfreiheit zu erhalten und sie in ihrer Entscheidungsfreude zu stärken. Deshalb spricht sehr viel dafür,

dass das BMinG zu einer Haftung von Bundesministern nicht zufällig, sondern beredt schweigt. Es hat in Bezug auf Andreas Scheuer eine gewisse Ironie, dass umgekehrt einzig und allein ausgerechnet Art. 7 Abs. 2 des Bayerischen Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Staatsregierung eine dem Beamtenrecht bis in den Wortlaut hinein entsprechende Haftungsvorschrift enthält. Daher dürfte weder die im BMinG anzutreffende Regelungslücke planwidrig noch die Interessenlage hinreichend vergleichbar sein, um § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG entsprechend heranzuziehen und die Haftung eines (ehemaligen) Bundesministers zu begründen.

Weder analoge Haftung noch Narrenfreiheit für Bundesminister

Joachim Wieland hat in einem [Interview mit dem SPIEGEL](#) und auf dem [Verfassungsblog](#) die Idee aufgegriffen, Andreas Scheuer könnte womöglich aus seinem Amtsverhältnis zur Bundesrepublik Deutschland (§ 1 BMinG) in entsprechender Anwendung der §§ 280 ff. BGB auf Schadensersatz haften. In der Tat wendet die Rechtsprechung das allgemeine vertragliche Schadensersatzrecht auf das Beamten- und sogar auch andere öffentlich-rechtliche Amtsverhältnisse an, berücksichtigt dabei aber die gesetzliche Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (§ 75 Abs. 1 Satz 1 BBG, § 48 Satz 1 BeamStG). Übertrage ich diese Überlegungen auf Ministerinnen und Minister, komme ich jedoch zu einem anderen Ergebnis als Joachim Wieland: Denn dann muss sich das beredte Schweigen des BMinG als Haftungsmaßstab innerhalb des ministeriellen Amtsverhältnisses auch bei einer analogen Anwendung der §§ 280 ff. BGB durchsetzen. Das bedeutet, dass eine Haftung von Ministerinnen und Ministern *unmittelbar aus ihrem Amtsverhältnis* in jedem Fall – also auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit – ausscheidet. Anderenfalls würde die gesetzgebende Entscheidung im BMinG unterlaufen, wonach eine zum ministeriellen Amtsverhältnis akzessorische Haftung schlicht nicht stattfindet.

Heißt das etwa, dass Bundesministerinnen und Bundesminister völlige Narrenfreiheit genießen? Gilt für sie das monarchische Prinzip des *rex non potest peccare*? Nein. Wie jeder andere auch haften Ministerinnen und Minister nach den Vorschriften des Deliktsrechts, also insbesondere den §§ 823 ff. BGB. Dabei geht es aber nicht um Fragen der Amtshaftung (§ 839 BGB), da in den fragli-

chen Konstellationen nicht ein Dritter, sondern der Staat selbst geschädigt ist. In diesem Zusammenhang ist die in § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG enthaltene Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz jedoch zugunsten der Ministerinnen und Minister entsprechend anzuwenden, soweit es um deliktische Handlungen in Ausübung ihres Amtes geht. Denn für Beamte geht die [Rechtsprechung](#) davon aus, dass § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG (bzw. § 48 Satz 1 BeamStG) sonstige Anspruchsgrundlagen insbesondere des Deliktsrechts vollständig verdrängt. Da das BMinG die Ministerinnen und Minister aber nicht schlechter stellen will, spricht vieles dafür, sie bei Anwendung der §§ 823 ff. BGB auf unerlaubte Handlung im Zusammenhang mit der Amtsausübung lediglich für Vorsatz und grobe, nicht aber für einfache Fahrlässigkeit haften zu lassen.

Verletzt eine Ministerin etwa vorsätzlich oder grob fahrlässig in Ausübung des Amtes das Eigentum oder ein sonstiges von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes absolutes Recht des Staats, so haftet sie ihm auf Schadensersatz. Ebenfalls kommt eine Haftung in Betracht, wenn ein Minister durch Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB dem Staat einen Schaden verursacht. Dabei müsste es sich aber um ein Gesetz handeln, das die Vermögensinteressen des Staats gerade auch im Verhältnis zu Dritten individuell schützen soll. Als eine solche Schutzvorschrift anerkannt ist insbesondere § 266 Abs. 1 StGB. Doch die zuständige Staatsanwaltschaft Berlin hat es im Fall von Andreas Scheuer abgelehnt, ein entsprechendes Ermittlungsverfahren auch nur zu eröffnen. Zur Begründung gab die Ermittlungsbehörde im Februar 2020 an, es lägen schon keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor, dass Scheuer den objektiven Treuebruchstatbestand verwirklicht hat; die mit Abschluss der Verträge im November 2018 eingegangenen Risiken seien nicht klar und evident wirtschaftlich unvertretbar. Darüber hinaus könnte man überlegen, ob nicht der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 Abs. 1 HGrG) ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB darstellt, gegen das Scheuer hier verstoßen haben könnte. Dass dieses Prinzip gelegentlich herangezogen wird, um *innerhalb eines Beamtenverhältnisses* ein Dienstvergehen (§ 77 Abs. 1 BBG, § 47 Abs. 1 BeamStG) zu begründen, spielt dabei keine Rolle. Denn Dienstpflichten, die für Beamtinnen und Beamten gelten, sind nicht das gleiche wie ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Hierfür müsste man viel-

mehr annehmen können, dass der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch dazu dient, den Staat vor Vermögensschädigungen durch Dritte im Außenverhältnis zu schützen. So gesehen spricht doch viel dafür, dass es sich eher um einen objektiven Rechtsgrundsatz staatlichen Binnenlebens denn um ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB handelt.

Bleibe noch zu überlegen, ob Andreas Scheuer dem Staat nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung auf Ersatz von 243 Millionen Euro haftet. Dazu müsste man dem Ex-Minister zunächst einmal mindestens Eventualvorsatz gerade in Bezug auf den Schaden nachweisen. Hat Scheuer die Schäden für möglich gehalten und sie billigend in Kauf genommen, sich also mit ihnen bereits im November 2018 abgefunden? Ich habe bei allem Verständnis für die Empörung des Publikums starke Zweifel, dass ein solcher Nachweis gelingen wird, wenn die Staatsanwaltschaft Berlin hinsichtlich der schädigenden Handlungen – den Vertragsschlüssen im November 2018 – von wirtschaftlichen Risiken ausgeht, die im Rahmen von § 266 Abs. 1 StGB noch vertretbar sind. Gegen einen Schädigungsvorsatz Scheuers spricht auch, dass der Generalanwalt am EuGH in seinem [Schlussantrag vom 6. Februar 2019](#) die Auffassung vertrat, die Maut sei mit dem Unionsrecht vereinbar. Darüber hinaus ist für mich auch zweifelhaft, dass man Scheuer die für eine Haftung nach § 826 BGB erforderliche Sittenwidrigkeit nachweisen kann. Die in diesem Zusammenhang üblichen Formeln etwa vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sind praktisch wenig brauchbar. Klar ist jedenfalls, dass das System des deutschen Deliktsrechts im Grundsatz von einer Haftung nur bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter bzw. Rechtsvorschriften ausgeht (§ 823 BGB). Eine Haftung für bloße Vermögensschäden, wie sie § 826 BGB ermöglicht, kann daher nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden. Gegen die Annahme von Sittenwidrigkeit spricht etwa, dass Scheuer – anders als etwa einige Fahrzeughersteller im Zusammenhang mit den Dieselabgasskandalen – nach allem was bekannt ist keine eigenen wirtschaftlichen Vorteile verfolgte.

Haftung nach bayerischem Vorbild ist nicht erstrebenswert

Mir ist klar, dass es weite Teile der Öffentlichkeit begrüßen würden, wenn Andreas Scheuer nun mit seinem Privatvermögen für die gescheiterte Pkw-Maut büßen müsste. So unbefriedigend das gegenteilige Ergebnis meiner juristischen Bewertung manchem erscheinen mag, sehe ich auch keinen Bedarf, die bestehenden Vorschriften zu ändern und etwa eine Haftung für Bundesministerinnen und -minister einzuführen, wie sie das bayerische Ministergesetz vorsieht.

Zum einen wäre der Nutzen einer solchen Haftung sehr begrenzt. Schäden in schwindelerregender Millionen- oder gar Milliardenhöhe lassen sich weder vernünftig versichern noch durch den Zugriff auf das Privatvermögen von Ministerinnen oder Ministern auch nur annähernd vollständig ersetzen. Umgekehrt schadet das Damoklesschwert einer Ministerhaftung der Entscheidungsfreiheit und -freude von Kabinettsmitgliedern, auf die effektives Regieren aber angewiesen ist. Vor allem aber ist es gerade nicht so, dass Ministerinnen und Minister unter keinen Umständen für Amtshandlungen haften. Nur sind die hohen Hürden für eine solche Haftung im Fall von Scheuer eben (noch) nicht erfüllt. Eine Ministerpräsidentin oder ein Bundesminister, der eine vorsätzliche Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) zulasten des Staats begeht oder den Fiskus vorsätzlich und sittenwidrig schädigt, steht für den entstandenen Vermögensschaden mit seinem Privatvermögen ein und wird hiervon auch im Falle einer Privatinsolvenz nicht frei (§ 302 Nr. 1 InsO). Das ist gerade mit Blick auf die politischen Entwicklungen in diesem Land, die Regierungsbeteiligungen verfassungsfeindlicher Kräfte fürchten lassen, ein beruhigender Befund: Weder könnten sie ihre demokratischen Amtsvorgänger ohne Weiteres für eine angeblich falsche Politik auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, noch das Vermögen der Bundesrepublik mit Anlauf schädigen, ohne sich selbst der Gefahr einer späteren Inanspruchnahme auszusetzen.

Kilian Herzberg

Planwidrige Regelungslücke Ministerhaftung



Das Schweigen des Bundesministergesetzes aus historischer Perspektive

doi: 10.17176/20230818-182913-0

Die Überlegungen im Bundesverkehrsministerium zur [Haftung von Andreas Scheuer](#) für die Kosten der gescheiterten Pkw-Maut, haben eine [Debatte](#) um die vermögensrechtliche Haftung von Bundesministern bei Amtspflichtverletzungen in Gang gesetzt. Ihren Kern bildet die Frage, ob das Bundesministergesetz zu dieser Frage planmäßig und beredt schweigt und dadurch eine Haftung aus dem Amtsverhältnis – statt nur aus dem Deliktsrecht – ausschließt. Dieser Debatte fehlt bisher eine historische Fundierung: Ob das Bundesministergesetz beredt schweigt, ist in erster Linie rechtsgeschichtlich zu beantworten.

Entstehung des Bundesministergesetzes

Ausgehend vom heutigen Stand der Gesetzgebung liegt es nahe, ein beredtes Schweigen anzunehmen: Das Bundesbeamtengesetz (§ 75), das Soldatengesetz (§ 24) und das Beamtenstatusgesetz (§ 48) kennen ausdrückliche Regelungen zur Haftung des Amtsträgers gegenüber dem Staat bei schuldhaften Amtspflichtverletzungen. Auch das Bayerische Ministergesetz (Art. 7 Abs. 2) enthält eine solche Norm. Trotz so vieler Vorbilder regelt das Bundesministergesetz zu dieser Frage nichts.

Da es seit der Einführung des Bundesministergesetzes keine grundlegende Reform gab, ist für die Frage des beredten Schweigens im Rahmen einer historischen Auslegung aber auf den Erlasszeitpunkt 1953 abzustellen. Das Bundesministergesetz datiert vom 17. Juni 1953 und das Bundesbeamtengesetz in seiner Ursprungsfassung, die bereits in § 78 die fragliche Regelung enthielt, nur knapp einen Monat später. Der zuständige Bundestagsausschuss legte Wert darauf, beide Gesetze im zeitlichen Zusammenhang zu verabschieden ([BT-Prot. 1/266](#), S. 13031B) und kannte daher beide Entwürfe. Auch insofern scheint ein beredtes Schweigen nahezuliegen.

Konkrete Hinweise im Gesetzgebungsverfahren gibt es aber nicht. Die Frage der Ministerhaftung wurde

nicht erörtert. Außerdem ist ein weiterer historischer Aspekt zu berücksichtigen: Das Bundesministergesetz entspricht in seiner Struktur – trotz teils deutlicher Abweichungen im Wortlaut – erkennbar dem [Reichsministergesetz](#) von 1930 (RGBl. I S. 96). Auch der Regierungsentwurf ([BT-Drs. 1/3551](#)) verweist immer wieder auf die Folie des Reichsministergesetzes. Bei der Erarbeitung des Entwurfes scheint man schlicht das Reichsministergesetz durchgearbeitet zu haben. Soweit nicht bewusst ein anderer Text gewählt wurde, wollte man die Rechtslage wie unter dem Reichsministergesetz wiederherstellen. Dass im Vergleich zum Entwurf des Bundesbeamtengesetzes eine entsprechende Regelung fehlt, braucht dabei nicht aufgefallen zu sein.

Vorbild Reichsministergesetz

Daher muss man noch einen weiteren Schritt zurückgehen. Schwiig das Reichsministergesetz von 1930 beredt zur Haftung von Ministern? Ausdrückliche Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren gab es auch hier nicht ([RT-Drs. 4/1466](#); [RT-Prot. 4/133](#), S. 4103D ff.).

Bis 1930 wurden die Reichsminister gesetzlich als Reichsbeamte behandelt. Das entsprach der Tradition des Kaiserreichs, in dem der Reichskanzler und seine Staatssekretäre (die den heutigen Ministern ähnelten) selbstverständlich als kaiserliche Beamte galten, vgl. §§ 25, 35 [Reichsbeamtengesetz 1873](#) (RGBl. S. 61). In der parlamentarischen Demokratie galt das nicht mehr als angemessen. Ein Reichsministergesetz sollte daher neben der vordringlichen Neuordnung der Amtsbezüge und Versorgung das ganze Amtsverhältnis neu und umfassend regeln ([RT-Drs. 4/1466](#), S. 6). Entsprechend dieser vom Beamtenstatus losgelösten Stellung führte das Gesetz in § 1 Abs. 2 ausdrücklich aus:

„Die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes, des Besoldungsgesetzes, des Beamtenhinterbliebenengesetzes und des Unfallfür-

sorgegesetzes für Beamte finden auf den Reichskanzler und die Reichsminister keine Anwendung; die in anderen Gesetzen und Verordnung allgemein für Reichsbeamte enthaltenen Vorschriften gelten auch für sie, soweit in diesem Gesetze nichts anderes bestimmt ist.“

Die Haftung der Reichsbeamten vor der NS-Zeit

Zu den Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes, die ausdrücklich ausgeschlossen wurden, gehörte aber keine dem § 75 BBeamtG entsprechende Vorschrift. Die Haftung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn war zu der Zeit im Reichsbeamtenrecht nicht kodifiziert. Die Rechtslage in dieser Frage war eher unübersichtlich.¹

Das Reichsbeamtengesetz verwies bezüglich aller nicht geregelten Fragen in § 19 Abs. 1 auf das Landesbeamtenrecht des jeweiligen Wohnsitzstaates des Beamten. Dass es eine Haftung des Beamten gab, setzte das Gesetz aber voraus, wenn es das sog. Defektenverfahren (§§ 134-148) regelte, in dem Kassenfehlbestände beigetrieben wurden. Es handelte sich dabei nur um Verfahrensvorschriften zur Durchsetzung eines materiellen Anspruchs (stRspr. z.B. [RGZ 92, 236, 237](#); [RG JW 1927, 1591](#)). Diesen materiellen Anspruch verstand man noch bis mindestens zur Jahrhundertwende als zivilrechtlichen und nicht den Amtspflichten zugehörig. Entsprechend sah man im Zuge der Kodifikation des Zivilrechts auf Reichsebene die Notwendigkeit für einen Vorbehalt zugunsten landesrechtlicher Regelungen. Dieser steht bis heute in Art. 80 Abs. 1 EGBGB.

Für einen Großteil des Reichs ergab sich die Haftung für jede Fahrlässigkeit aus §§ 88-91 II. Teil 10. Titel des [Preußischen Allgemeinen Landrechts 1794](#). Diese Normen regelten vor Inkrafttreten des BGB auch die Haftung gegenüber Dritten, bis sie durch § 839 BGB abgelöst wurde. Für die Haftung gegenüber dem Dienstherrn blieben sie aber bestehen, auch hinsichtlich der in Preußen wohnhaften Reichsbeamten ([RGZ 92, 236, 237](#)).

Wo es aber an landesgesetzlichen Regelungen fehlte, war das Reichsgericht bereit, Analogien zu bilden:

¹Zum folgenden: Kohde in: v. Roetteken/Rothländer, Beamtenstatusgesetz, Stand 3/2023, § 48 Rn. 3-7.

²Nachweise zum Meinungsstand zu Beginn der NS-Zeit: Weimar, JW 1933, 2255.

³Die amtliche Begründung (D.Reichs- und Pr.Staatsanzeiger 1937, Nr. 22) äußert sich zu den Reichsministern gar nicht, sodass offenbleiben muss, was die Gründe dafür waren und ob es beabsichtigt war.

⁴Der Abschnitt aus dem Deutschen Beamtengesetz „kann auf die Mitglieder der Bundesregierung auch sinngemäß keine Anwendung finden“, Regierungsentwurf BT-Drs. 1/3551, S. 6.

Das Beamtenverhältnis zeitige privatrechtliche Wirkungen und sei „quasikontraktischer Natur“, ein Schadenersatzanspruch ergebe sich mangels besonderer Bestimmungen in Analogie zum Dienstvertragsrecht in §§ 611 ff. BGB ([RG JW 1906, 551](#)).² Für Soldaten fehlte selbst der Verweis ins Landesrecht. Das Reichsgericht zog die „Rechtsähnlichkeit des Beamtenverhältnisses und der Beamtenhaftung“ als Anspruchsgrundlage heran; das Berufungsgericht hatte zuvor noch auf die Analogie zum Dienstvertrag abgestellt. Es galt: „Die vermögensrechtliche Verwaltung aber erfordert grundsätzlich, wenn nicht Ausnahmen besonders festgesetzt sind, auch eine vermögensrechtliche Haftung.“ ([RGZ 97, 243, 244](#)) Diesem Grundsatz des Reichsgerichts zufolge war nicht die Haftung aus dem Dienstverhältnis, sondern allein deren Rechtsgrundlage problematisch.

Erst 1936 während der NS-Zeit findet sich beim Reichsgericht eine klare Qualifikation der Haftung gegenüber dem Staat als öffentlich-rechtlich ([RGZ 151, 401, 404](#)) und 1937 mit dem [Deutschen Beamtengesetz](#) (RGBl. I S. 39; § 23) eine Kodifikation auf Reichsebene. § 156 Abs. 2, der die Anwendbarkeit des Deutschen Beamtengesetzes auf die Reichsminister zum Großteil ausschloss, ist dann auch die einzige Regelung, die ihrem Wortlaut nach die Haftung von Reichsministern klar ausschließt.³ Das Bundesministergesetz sieht sich aber nicht in der Tradition des nationalsozialistischen Ministerverständnis.⁴

Kein beredtes Schweigen der Ministergesetze

Aus der Perspektive des Reichstags 1930 war die Haftung des Amtsträgers gegenüber seinem Dienstherrn also keineswegs ein etablierter Regelungsgegenstand für Beamtengesetze. Es drängte sich nicht auf, diesen Fall im Reichsministergesetz in die eine oder andere Richtung zu regeln – zumal die praktische Relevanz für Minister auch gering erscheint. Auf der anderen Seite war die Haftung in allen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnissen auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift anerkannt. Nach vorherigem Rechtsstand waren Minister als Reichsbeamte ohne weiteres nach preußischem Landesrecht (bei Wohnsitz in Berlin) haftpflichtig. Eine Reduzierung dieser be-

stehenden Haftung wäre in besonderer Weise erwähnenswert gewesen. Das ist aber nicht geschehen.

Durch den ausdrücklichen Ausschluss der Anwendbarkeit des Reichsbeamtengesetzes (§ 1 Abs. 2 Hs. 1 RMinG), fehlte es an einer Verweisungsnorm auf die preußischen Regelungen. Das wurde aber schon Jahre vorher bei den Soldaten nicht als Hinderungsgrund angesehen, die Haftung im Ergebnis anzuerkennen. Den allgemeinen Rechtsgrundsatz, auf den das gestützt wurde, könnte man als allgemeine Vorschrift für Reichsbeamte i.S.d. § 1 Abs. 2 Hs. 2 RMinG⁵ verstehen.

Angesichts dessen muss bei historischer Auslegung angenommen werden, dass Minister unter dem Reichsministergesetz für ihre Amtspflichtverletzungen wie Beamte haftpflichtig waren. Das Bundesministergesetz hat sich dieser Regelung nur angeschlossen, auch wenn die systematische Umgebung des Beamtenrechts eine andere geworden war. Es sei dabei bemerkt, dass § 1 BMinG anders als § 1 Abs. 2 RMinG die Anwendbarkeit des Beamtengesetzes nicht ausdrücklich, sondern nur implizit durch eigenständige Regelung ausschließt⁶ und eine Analogie damit nicht dem Wortlaut widerspricht.

An dieser historischen Auslegung des Bundesministergesetzes ändert es nichts, dass 1961 ein Bayerisches Ministergesetz (Art. 7 Abs. 2) erlassen wurde, das eine ausdrückliche Haftungsregelung vorsieht. Diese Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht als un-

gewöhnlich besonders hervorgehoben, sondern nur mit einem Verweis auf das Beamtenrecht versehen (Bay-LT-Drs. 4/2525, S. 7). Außerdem ist der Bundesgesetzgeber nicht verpflichtet, seine Gesetze an den Stand der Landesgesetzgebung anzupassen.

Aus historischer Sicht spricht also das Schweigen des Bundesministergesetzes nicht gegen eine Haftung der Minister gegenüber dem Bund aus ihrem Amtsverhältnis – sei es analog zum Beamtenrecht oder zum **Vertragsrecht**, ggf. mit modifiziertem Haftungsmaßstab. Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor. Zur vergleichbaren Interessenlage wurde bereits **manches geschrieben**. Dabei wurden aber keine Probleme der Ministerhaftung deutlich, die über die bei hohen Beamten oder Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften hinausgehen und die die Rechtswissenschaft nicht ebenso durch Anwendung der Haftungsvorschriften mit Augenmaß bewältigen kann. Es sei an den sehr einsichtigen Satz des Reichsgerichts erinnert, dass „die vermögensrechtliche Verwaltung [...] grundsätzlich, wenn nicht Ausnahmen besonders festgesetzt sind, auch eine vermögensrechtliche Haftung [erfordert].“ (RGZ 97, 243, 244) Ob dafür das allgemeine Deliktsrecht ausreicht, das nicht einmal bei jeder vorsätzlichen Pflichtverletzung greift, was im Schuldrecht zwingend wäre (§ 276 Abs. 3 BGB), erscheint fraglich.

⁵Ausdrücklich genannt wurden im Regierungsentwurf BGB und ZPO (RT-Drs. 4/1466, S. 11 zu § 26 des Entwurfs).

⁶Die Begründung differenziert zwischen unanwendbaren „beamtenrechtlichen Vorschriften“ und anderen Gesetzen, in denen „ein allgemeiner Begriff des Beamten als Träger der öffentlichen Gewalt verwendet wird“ (Regierungsentwurf BT-Drs. 1/3551, S. 7), durchaus nicht unähnlich zu § 1 Abs. 2 Hs. 1 und 2 RMinG.

Wolfgang Bader

Scheuers missglückte PKW-Maut

Haftet nur der beamtete Staatssekretär?

doi: 10.17176/20230818-182926-0



Der Haftung des Bundes gegenüber den Betreiberfirmen der missglückten PKW-Maut hat die Frage aufgeworfen, ob das Ministergesetz anzupassen sei, um Regressansprüche zu ermöglichen. Der Status von Ministern soll nach Auffassung von Jörg Berwanger¹ und Patrick Heinemann zu Haftungsfreiräumen führen. Dafür gibt es jedoch keine überzeugenden Gründe. In alle Abläufe des Vertrages war neben dem früheren Minister Scheuer auch sein beamteter Staatssekretär Dr. Schulz eingebunden. Die im [Bericht des Untersuchungsausschusses](#) beschriebenen Tatsachen legen eine gemeinschaftliche Haftung nach § 826 BGB bzw. § 75 BBG nahe.

Als Bundesminister hatte Scheuer die Unterzeichnung von Verträgen mit dem Betreiberfirmen veranlasst, die er nach dem [Urteil des EuGH](#) kündigen musste. Am 05.07.2023 stimmte der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages einem Vergleich zu, der die Zahlung von 243 Mio. € vorsieht. Der Schaden des Bundes umfasst zudem Gutachter- und Prozesskosten, die vom Ministerium gegenüber dem MdB Victor Perli im November 2022 mit 26,4 Mio. € beziffert wurden.

Haftet der frühere Verkehrsminister?

Eine Haftung nach § 839 BGB setzt die Verletzung einer Amtspflicht voraus, die gegenüber einem Dritten besteht, also im Außenverhältnis und nicht gegenüber dem Dienstherrn. Soweit Verstöße gegen Haushaltsrecht vorlagen, genügen sie also nicht. Es ist daher unerheblich, dass ein Ersatzanspruch gegen den früheren Minister aus § 839 BGB zudem gem. Art. 34 Satz 1 GG durch eine gesetzliche Schuldübernahme des Bundes verloren ginge.

823 Abs. 1 BGB hilft auch nicht weiter, weil die Vorschrift keine Vermögensschäden schützt. Zu einem Ersatzanspruch käme der Bund daher nur bei einem Delikt

im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Die Maut-Verträge könnten den Untreuetatbestand des § 266 StGB erfüllen,² jedoch fehlt aktuell ein entsprechendes Ermittlungsverfahren.

Wider das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden

Die im Bericht des Untersuchungsausschusses festgestellten Umstände legen jedoch einen Ersatzanspruch aus § 826 BGB nahe: Die Vorschrift setzt nicht voraus, dass Pflichten gegenüber „Dritten“ verletzt wurden, kann also auch vom Dienstherrn Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht werden. Für die Innenhaftung wird sie auch nicht von § 839 BGB verdrängt.³

Mit „Sittenwidrigkeit“ meint die Vorschrift einen Verstoß gegen das „Anstandsgefühl“ aller billig und gerecht Denkenden (ständige Rechtsprechung). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Voraussetzung der Sittenwidrigkeit neben dem Vorsatz Relevanz hat. Wäre nicht jede vorsätzliche Schädigung des Bundesvermögens durch einen Minister automatisch ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl? Tatsächlich leitet die Rechtsprechung die Sittenwidrigkeit aus dem Verschulden ab: Der Schädiger muss zusätzlich ein besonderes Vertrauen genießen.⁴ Bei einem Bundesminister ist dies der Fall. Der Amtseid nach Art. 56, 64 Abs. 2 GG führt nach allgemeiner Meinung zwar grundsätzlich nur zu der Selbstverständlichkeit einer Bindung an Gesetz und Recht, jedoch darf man dem Eid auch eine ethische Verantwortung zumessen.⁵ Das ethische Versprechen „Pflichten gewissenhaft zu erfüllen“ führt regelmäßig dazu, dass eine vorsätzliche Schädigung des Bundes gegen das „Anstandsgefühl“ verstößt.

Zu einer anderen Einschätzung wird man nur gelangen können, wenn die Motivation das Verhalten recht-

¹Berwanger, Deutsche Pkw-Maut – Ein Fall für die Staatshaftung, NJOZ 2019, 1521 ff..

²Siehe zur Bewertung der Maut-Verträge: Krüger, wistra 2020, S. 401 ff..

³A.A. oder missverständlich Teichmann in Jauernig, § 826, Rnr. 1-3.

⁴Nachweise bei MüKoBGB/Wagner, § 826, Rnr. 31-33.

⁵Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 64, Rnr. 26-38.

fertigen kann, der Minister also subjektiv davon ausging, sich an den Amtseid zu halten. Der Untersuchungsausschuss beklagte, dass die Gründe für den Vertragsschluss unzureichend dokumentiert sind (aaO. S. 496). Der frühere Minister selbst nannte als Grund die von der Umsetzung des InfraAG zu erwartenden Mauteinnahmen (aaO. S. 208, 333). Diese Motivation ist jedoch in den Akten des Ministeriums scheinbar nicht ausreichend belegt und *prima facie* nachgeschoben. Zudem ist die Behauptung dieser Motivation inhaltlich nicht plausibel, weil die zu erwartenden Einnahmen in keinem Verhältnis zum Risiko des Vertragsschlusses standen; in diesem Sinne hatten der Bundesrat und der Normenkontrollrat in [Stellungnahmen zum Gesetzentwurf](#) ausgeführt, dass der Verwaltungsaufwand der Umsetzung die Einnahmen aufzehren könnte.

Eine Haftung nach § 826 BGB hängt demnach ausschließlich davon ab, ob Vorsatz nachzuweisen ist. Die Rechtsprechung hat Anforderungen an den Vorsatz relativiert. Es genügt wie im Allgemeinen bedingter Vorsatz, also die „billigende Inkaufnahme des Schadens“. Diesen leiten Literatur und ständige Rechtsprechung schon aus „Leichtfertigkeit“ ab, die auf Gleichgültigkeit und Gewissenlosigkeit schließen lässt.⁶ Für eine Leichtfertigkeit des Ministers spricht, dass er auf ein Angebot der Betreiberfirmen zur Verschiebung des Vertragsschlusses nicht einging.⁷ Entscheidend für die Annahme von Leichtfertigkeit ist jedoch, dass der Höhe des Schadens kein besonderes Gewicht bei der Entscheidung über den Vertragsschluss zukam. Der Untersuchungsausschuss hatte festgestellt, dass „keine Bemühungen unternommen wurden“, zu berechnen, welche Schäden den Betreiberfirmen im Falle einer Kündigung zur ersetzen wären (aaO., S. 470). In anderem Zusammenhang wird Vorsatz angenommen, wenn sich Verantwortungsträger über erkennbare Bedenken hinwegsetzen⁸ oder durch unterlassene Aufklärung vermeiden, dass aus einem Verdacht Gewissheit wird.⁹ Es spricht für Gleichgültigkeit, dass der Minister das Schadensersatzrisiko des Bundes und realistische Chancen auf Maut-„Gewinne“ nicht ins Verhältnis setzen ließ; vermutlich hätten hierbei nur entgangene „Gewinne“ für die Zeit einer Vertragsverschiebung angesetzt werden dürfen. Der Untersuchungsausschuss mo-

nierte insoweit, dass der „Risikoabwägung“ bei Vertragsschluss „eine höhere Bedeutung hätte zukommen müssen“ (aaO., S. 496-497), tatsächlich wird man von einem Abwägungsausfall sprechen müssen. Dem Vorwurf des bedingten Vorsatzes kann nicht entgegengehalten werden, dass ein Spruch des EuGH auch zugunsten des InfrAG hätte ausfallen können. Denn auf den Grad der Wahrscheinlichkeit eines EU-Rechtsverstößes kommt es nicht an, nachdem der Schaden in Folge eines bewussten Abwägungsdefizits eingetreten ist.

Regelungsbedarf für künftige Fälle

Zunächst gilt es festzustellen, dass der Status von Ministern eine Haftung für Vermögensschäden nicht ausschließt. Das ergibt sich schon aus Art. 34 GG, der einen Rückgriff für alle Amtspflichtverletzungen anspricht und damit den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff aufgreift, der auch Minister umfasst.

Das geltende Ministergesetz und seine Vorläufer (Reichsministergesetz vom 27.03.1930 und Deutsches Beamtenengesetz vom 26.01.1937) lassen sich nicht als bewusste Privilegierung in Haftungsfragen verstehen, weil sie finanzielle Ansprüche nur behandeln, soweit sie aus dem regulären Dienstverhältnis erwachsen. Es bleibt die Frage, ob es tunlich ist, Minister einem Haftungsrisiko zu unterwerfen.

Wegen der Garantenstellung von Ministern (s.o. zum Amtseid) würde eine Regelung analog § 75 BBG regelmäßig nur dazu führen, dass die Haftung bei grober Fahrlässigkeit eintritt und nicht erst bei Vorsatz. Ferner lohnt auch ein Blick darauf, für welche Aufgaben des Regierungsamtes eine Haftung überhaupt in Betracht kommt. Wichtige Aufgaben veranschaulicht § 15 der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GO BReg) mit der Vorbereitung von Gesetzen und Verordnungen, die kaum ein Haftungsrisiko mit sich bringt. Erst Recht gilt dies für Beschlüsse im Kollegium der Bundesregierung. Selbstverständlich gibt es auch Einzelfallentscheidungen, die zum Regierungsamt gehören (ein Beispiel nennt Art. 84 Abs. 5 GG; vgl. auch § 15 GO BReg). Einzelfallentscheidungen wird ein Minister jedoch tunlich mit der Administration seines Ministeriums beraten. Wo Entscheidungsgrundla-

⁶MüKoBGB/Wagner aaO. mit Nachweisen.

⁷vgl. die Zeugenaussagen zum Untersuchungsbericht, die mit Nichtwissen bestritten werden aaO. S. 74, 324-325, 515 ff..

⁸BGH WP 1987, 258; OLG Karlsruhe WM 1985, 941.

⁹Schüppen/Schaub Münchener Anwaltsbuch Aktienrecht, § 24 AktG, Rnr. 138

gen dokumentiert werden und plausibel bleiben, ist das Haftungsrisiko gering. Eine Ministerhaftung schadet der Entscheidungsfreiheit und -freude von Kabinettsmitgliedern daher nur bedingt.

Betrachten wir den Ausgangsfall, so würde sich eine grobe Fahrlässigkeit analog § 75 BBG nicht aus dem politischen Ziel einer Abgabe ergeben oder aus dem Verstoß gegen EU-Recht. Vielmehr stünden handwerkliche Mängel im Fokus, nämlich die Frage des Zeitpunkts eines Vertragsschlusses und der unzureichenden Ermittlung von Entscheidungsgrundlagen, also aus Standards der Administration.

Wenn Minister sich konkreten Vollzugsaufgaben annehmen ist das Haftungsrisiko eine natürliche Kehrseite im Ausgleich zu den Interessen des Gemeinwesens. [Jörg Philipp Terhechte](#) sieht eine Haftung von Ministern gar geboten, um Befugnisse mit Verantwortung zu legitimieren. [Joachim Wieland](#) leitet eine Haftung aus dem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis des Ministers ab.

Muss der beamtete Staatssekretär Dr. Schulz für den Schaden aufkommen?

Die PKW-Maut gibt allen Anlass auch die Haftung von Beamten zu prüfen. Die Präsidenten des Bundesamtes für Güterverkehr und des Kraftfahrt-Bundesamtes unterzeichneten die Verträge auf Veranlassung des Ministeriums¹⁰ und waren in die Vorverhandlungen mit den Betreibergesellschaften und in Abwägungsprozesse nicht ersichtlich eingebunden. Eine Remonstrationspflicht nach § 63 Abs. 2 BBG lag daher nicht nahe und daher auch keine grob fahrlässige Verletzung von Amts-

pflichten.

Anders verhält es sich bei Dr. Gerhard Schulz, dem früheren beamteten Staatssekretär des Ministers. Dieser war ausweislich des Untersuchungsberichtes in beinahe alle Vorgespräche mit den Bertreibergesellschaften eingebunden wie auch in die Frage, ob ein Vertragsschluss noch im Jahr 2018 erfolgen sollte (aaO, S. 496). Der Staatssekretär könnte sich auch nicht damit exkulpieren, dass der Wille oder eine Weisung des Ministers bestanden haben mögen, denn er hatte aufgrund der Umstände des Risikogeschäftes eine aus § 7 BHO resultierende Remonstrationspflicht, zumal er in Verwaltungsangelegenheiten regelmäßig ohne den Minister entscheidet (§ 6 Abs. 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien). Eine mangelnde Fürsorge des Ministers gegenüber seinem Staatssekretär – etwa durch Instrumentalisierung gegenüber den Präsidenten der nachgeordneten Behörden – würde daher nicht dazu führen, dass dieser sich beim Minister bzw. bei seinem Dienstherrn nach § 839 BGB/Art. 34 GG wieder schadlos halten kann. Eine Haftung aus § 75 BBG kommt in Betracht, weil es zu den Kernaufgaben des Staatssekretärs gehörte, auf die Korrektur des Abwägungsdefizits hinzuwirken.

Fazit

Schwierige rechtliche Bewertungen zu Sittenwidrigkeit und Vorsatz gefährden das Vertrauen in die Politik stärker als ein erweitertes Haftungsrisiko die Aufgabenerfüllung der Regierung beeinträchtigen kann. Rechtssicherheit durch eindeutige Regularien würde dem Gemeinwesen dienen. Eine Ergänzung des Ministergesetzes analog § 75 BBG wäre geboten.

¹⁰Weitere Einzelheiten zu den Verträgen bei Berwanger, aao..

Heiko Sauer

Die angehaltene Ausfertigung

Grenzen von Stillhaltezusagen und Hängebeschlüssen im Verfassungsprozess

doi: 10.17176/20230829-182906-0



Das Bundesverfassungsgericht verweist häufiger auf die „ständige Staatspraxis“, dass sich der Bundespräsident dazu bereit erklärt, ein Gesetz zunächst nicht auszufertigen, wenn ein Eilantrag gegen das Inkrafttreten gestellt wurde.¹ Derzeit scheint es im Rahmen des Eilverfahrens gegen die Zustimmung zur Änderung des Direktwahlakts (es geht um die Einführung einer unionsrechtlichen Sperrklausel für die Europawahl, s. [hier](#)) wieder eine solche Zusage zu geben. Meistens bleibt das Vorgehen informell und im Hintergrund, nur vereinzelt hat das Bundespräsidialamt eine Erklärung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht im Wege einer Pressemitteilung verlautbart (s. [hier](#)). Der Beitrag will aufzeigen, dass Stillhaltezusagen nicht prinzipiell problematisch sind, dass sie auf Grund ihres faktischen Stattgabeeffekts aber rechtlichen Anforderungen und auch Grenzen unterliegen.

Hintergrund der angehaltenen Ausfertigung ist, dass Eilanträge nach § 32 BVerfGG keine aufschiebende Wirkung haben, aber das Bundesverfassungsgericht nicht sofort nach dem Eingang des Antrags entscheiden kann. Auch wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache regelmäßig außer Betracht bleiben können, brauchen auch Entscheidungen auf Grund der „Doppelhypothese“ ihre Zeit – also die Abwägung der Folgen einer stattgebenden Eilentscheidung bei später ausbleibendem Hauptsacheerfolg mit den Folgen einer ablehnenden Eilentscheidung bei anschließendem Hauptsacheerfolg. Dadurch kann für den Antragsteller ein Zeitraum mit ungesichertem Zustand entstehen. Für dieses Problem bietet § 32 BVerfGG in der jetzigen Fassung keine Lösung.

Mögliche Lösungen

Stillhalteabreden

In dieser Lage liegt die Funktion einer Bitte des Gerichts, mit der Ausfertigung des Gesetzes zuzuwarten, in der Sicherung des Antragstellers gegen einen Rechtsverlust. Eine solche Absicherung ist allerdings oft gar nicht notwendig: Wird ein Gesetz für nichtig erklärt, ist es regelmäßig so zu behandeln, als habe es nie gegolten. Gegen zwischenzeitlich eingetretene Rechtswirkungen sind Betroffene damit (trotz der rechtserhaltenden Regelung für Einzelakte in § 79 II 1 BVerfGG) recht umfassend abgesichert. Besonderheiten bestehen jedoch dort, wo durch Gesetz einem völker- oder europarechtlichen Vorhaben zugestimmt wird: Wird auf Grund eines solchen Gesetzes gegenüber anderen Staaten bzw. der Europäischen Union² die Zustimmung Deutschlands erklärt, so wird die damit bewirkte Bindung von einer späteren Nichtigerklärung des Zustimmungsgesetzes nicht berührt. Hier also ist eine Absicherung gegen einen irreversiblen Rechtsverlust zwischen Eilantrag und Eilentscheidung notwendig. Darin bestehen der Anwendungsbereich und der gute Sinn von Stillhaltezusagen des Bundespräsidenten auf Bitten des Gerichts.

Da das Inkrafttreten eines Zustimmungsgesetzes die völkerrechtliche Bindung nicht selbst bewirkt, sondern ihre Herstellung nur erlaubt, könnte an Stelle des Bundespräsidenten auch die Bundesregierung „stillhalten“: bezogen auf die Ratifikationserklärung. Dass die Staatspraxis in eine andere Richtung gegangen ist, erklärt sich vielleicht dadurch, dass der Bundespräsident bei der Ausfertigung – ungeachtet der Diskussion um sein Prüfungsrecht – prinzipiell als neutrale Instanz wirkt, die mit dem Inkrafttreten des Gesetzes keine politischen Interessen verknüpft. Die Bundesregierung hingegen ist in den an-

¹ S. zuletzt BVerfGE 153, 74 (131) –Einheitliches Patentgericht I; 158, 210 (227) –Einheitliches Patentgericht II; 163, 165 (210) –ESM-Reform.

² Das betrifft den Sonderfall zustimmungsbedürftiger Unionsrechtsakte wie etwa beim Eigenmittelbeschluss nach Art. 311 III 3 AEUV oder beim Europawahlrecht nach Art. 223 I 2 S. 2 AEUV.

gesprochenen Fällen die Initiatorin des Gesetzentwurfs, und sie steuert ungeachtet der notwendigen parlamentarischen Mitwirkung den politischen Prozess rund um das jeweilige völker- oder europarechtliche Vorhaben.

Hängebeschlüsse

Die aus dem Verwaltungsprozess – auch dort wird mit Stillhalteerklärungen von Behörden gearbeitet – bekannte, in der VwGO allerdings nicht geregelte und nicht ganz unbestrittene Alternative besteht in einem Hängebeschluss: Damit verfügt das angerufene Gericht im Wege einer ersten (auflösend bedingten oder teils auch kurz befristeten) Eilentscheidung, dass bis zur eigentlichen Eilentscheidung das Handeln, das verhindert werden soll, nicht vorgenommen werden darf. Der einzige ausdrückliche Hängebeschluss des Bundesverfassungsgerichts³ erging im Eilverfahren über das Zustimmungsgesetz zum [Eigenmittelbeschluss 2020](#) (als Teil des Vorhabens „Next Generation EU“, s. [hier](#) und [hier](#)): Am 26. März 2021 hatte der Zweite Senat zunächst angeordnet, dass das Zustimmungsgesetz vorläufig nicht ausgefertigt werden darf. Mit der eigentlichen (ablehnenden) [Eilentscheidung vom 15. April 2021](#) erklärte er dann „die einstweilige Anordnung vom 26. März 2021“ für gegenstandslos. Warum es seinerzeit nicht zu einer Stillhalteabrede kam, ist nicht bekannt.

Kehrseiten der möglichen Lösungen

Nimmt man die Interessen der politischen Organe in den Blick, so zeigt sich, dass Stillhaltezusagen auch eine Schattenseite haben können. Wie lange ein Eilverfahren des Bundesverfassungsgerichts dauern kann und darf, ist nirgendwo festgelegt; es würde sich auch einer abstrakt-generellen Bemessung entziehen. Daher wird das Gericht bei einem Stillhalteersuchen den benötigten Zeitraum nicht verlässlich abschätzen können, und der Bundespräsident wird ihm auch keine zeitliche Vorgabe machen wollen. Deshalb sind nicht weiter spezifizierte Stillhaltezusagen verständlich. Doch sie bergen die Gefahr, dass ein völker- oder europarechtliches Vorhaben für einen längeren Zeitraum „angehalten“ wird. Das ist, wo

eine Eilentscheidung auf eine Stillhaltezusage folgte, in der Vergangenheit kaum passiert: Beispielsweise zeigen die knapp drei Monate, die im Fall des [ESM-Vertrags](#) im Sommer 2012 zwischen Stillhalteerklärung und [Eilentscheidung](#) lagen, ein großes Bemühen um Verfahrensbeschleunigung mit Blick auf die Dringlichkeit des Vorhabens und das Warten ganz Europas in der Euro-Krise. Unabhängig vom praktischen Vorgehen stellt sich aber die Frage, ob es rechtliche Vorgaben für Stillhalteabreden gibt. Drängender noch ist die Frage, ob sie zum Anlass genommen werden dürfen, auf die Durchführung eines Eilverfahrens zu verzichten und direkt in der Hauptsache zu entscheiden, wie es bei den Verträgen von Maastricht und Lissabon, beim ersten Durchgang des Verfahrens über das Einheitliche Patentgericht oder jüngst bei der ESM-Reform geschehen ist. Das Bundesverfassungsgericht selbst geht davon aus, dass eine Entscheidung im Eilverfahren „nicht veranlasst“ sei, wenn der Bundespräsident zum Stillhalten bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens bereit ist.⁴

Ob aber die beiden Verfassungsorgane wirklich eine das Eilverfahren (scheinbar) erledigende Stillhalteabrede treffen dürfen, wird zweifelhaft, wenn man genauer auf den Effekt einer solchen Abrede blickt: Das Absehen von einer förmlichen Eilentscheidung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Stillhalteabrede die Eilentscheidung nur dadurch erübrigen kann, dass sie ein funktionales Äquivalent einer Eilentscheidung ist: und zwar einer stattgebenden. Denn solange der Bundespräsident mit der Ausfertigung eines Zustimmungsgesetzes zuwartet, steht der Antragsteller so, als wäre dem Eilantrag stattgegeben worden. Faktisch ergeht eine zwischenzeitliche Regelung also durchaus – nur nicht im dafür vorgesehenen Verfahren des § 32 BVerfGG. Die gleiche Wirkung hat ein Hängebeschluss, der aber als gerichtliche Regelung für die Zwischenzeit näher am gesetzlichen Regelungsmodell zu liegen scheint.

Rechtliche Vorgaben und Grenzen

Diese faktische Stattgabewirkung veranlasst die Frage, ob es rechtliche Vorgaben und Grenzen für Stillhalteabre-

³Der Sache nach gab es auch früher bereits Hängebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, die aber nicht so bezeichnet wurden, s. BVerfGE 85, 127 (128) –nach 16 Tagen ersetzt durch die eigentliche Eilentscheidung; BVerfGE 88, 185 (186 f.) –befristet auf eine Woche; BVerfGE 99, 145 (155) –befristet auf 18 Tage; BVerfGE 104, 38 (39); 104, 39 (40); und 104, 41 (41) –„bis zur endgültigen Entscheidung über den Eilantrag“; und den Kammerbeschluss zu 2 BvR 1978/13 vom 27.03.2018 –„bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, längstens für die Dauer eines Monats“.

⁴S. BVerfGE 153, 74 (131) –Einheitliches Patentgericht I; 163, 165 (210) –ESM-Reform.

den und Hängebeschlüsse gibt.

Stillhalteabreden

Zunächst verlangt § 32 BVerfGG eine Entscheidung über Eilanträge. Wenn das Bundesverfassungsgericht, wie es vor allem in Kammerentscheidungen geschieht, schnell in der Hauptsache entscheidet und dabei aussprechen kann, dass sich der Eilantrag erledigt hat, ist das im Prinzip nicht problematisch: Die Beteiligten stehen hier nicht anders, als sie bei einer Entscheidung über den Eilantrag stehen würden – sie stehen sogar besser, wenn sie innerhalb kürzester Zeit eine endgültige Sachentscheidung bekommen. Problematisch wird es aber, wenn der Verzicht auf die Durchführung des Eilverfahrens nicht auf die Möglichkeit einer schnellen Hauptsacheentscheidung zurückgeht, sondern auf eine informelle Zwischenregelung, die faktisch wie eine Stattgabe im Eilverfahren wirkt. Würde in dieser Lage auf eine förmliche Eilentscheidung verzichtet, fiel unter den Tisch, dass für eine stattgebende Entscheidung gegen das Inkrafttreten eines Gesetzes – und zusätzlich mit außenpolitischen Implikationen – nach der ständigen Verfassungsrechtsprechung besonders hohe, hier gewissermaßen „doppelt hohe“ Anforderungen gelten. Einen Zustand herbeizuführen, für den diese Anforderungen eigentlich erfüllt sein müssten, ist deshalb nur vorläufig, d.h. bis zur Möglichkeit einer Entscheidung zulässig, in der dann geprüft wird, ob die strengen Voraussetzungen auch erfüllt sind. Ausfallen darf dieser Entscheidungsmaßstab wegen der faktisch stattgebenden Wirkung der Stillhalteabrede dagegen nicht. Ansonsten könnte ohne Berücksichtigung der Rechtspositionen und der politischen Interessen von Parlament und Regierung ein völker- oder europarechtliches Vorhaben ohne Folgenabwägung über längere Zeit aufgehalten oder sogar ganz verhindert werden. So lagen im ersten Durchgang des Verfahrens über das Einheitliche Patentgericht zwischen der Stillhaltezusage und der Bekanntgabe der **Hauptsacheentscheidung** knapp drei Jahre und im Verfahren über die ESM-Reform knapp eineinhalb Jahre.

Es bleibt die Frage, für wie lange eine Zwischenregelung mit faktisch stattgebender Wirkung herbeigeführt werden darf. Die Regelungen in § 32 II, V und VII BVerfGG ermöglichen zügige Eilentscheidungen, worin

⁵Dem entsprach im zweiten Durchgang des Verfahrens über das Einheitliche Patentgericht der Zeitraum zwischen der Stillhaltezusage (13.01.2021) und der Bekanntgabe der Eilentscheidung (09.07.2021).

⁶S. § 93d II 2 BVerfGG.

ein ohnehin selbstverständliches Beschleunigungsgebot zum Ausdruck kommt. In der Folge einer Stillhaltezusage muss auf diese Beschleunigung ganz besonderes Augenmerk gelegt werden, damit die faktische Zwischenregelung nicht länger aufrechterhalten wird als unbedingt nötig. Freilich bemisst sich gerade in komplexeren völker- und europarechtlichen Verfahren der angemessene Zeitraum für ein Eilverfahren sicherlich eher in Monaten als in Wochen. Die Frage nach einer maximalen Dauer von Stillhaltezusagen beantwortet § 32 VI BVerfGG implizit mit: Danach tritt eine einstweilige Anordnung nach sechs Monaten außer Kraft. Wenn aber eine gerichtliche Entscheidung anhand eines rechtlichen Maßstabs nach sechs Monaten ausläuft und dann durch eine erneute Entscheidung wiederum anhand dieses Maßstabs ersetzt werden muss, dann kann eine kriterienlose informelle Zwischenregelung auf keinen Fall eine Sicherungswirkung entfalten, die über diejenige einer gerichtlichen Entscheidung hinausgeht. Deshalb komme ich mit Blick auf § 32 VI BVerfGG zu dem Schluss, dass eine Stillhaltezusage nach längstens sechs Monaten ausläuft⁵. Das genügt praktischen Bedürfnissen, da auch in komplizierten Verfahren – das belegt das erwähnte Eilverfahren zum ESM-Vertrag – innerhalb von sechs Monaten eine wohl durchdachte Eilentscheidung jedenfalls auf der Grundlage einer Folgenabwägung getroffen werden kann. Im Übrigen spricht viel dafür, wegen der funktionalen Äquivalenz von Stillhalteabrede und stattgebender Eilentscheidung davon auszugehen, dass für eine einstweilige Anordnung, die einer Stillhalteabrede nachfolgt, nach § 32 VI 2 BVerfGG eine Zweidrittelmehrheit im Senat⁶ notwendig ist, weil schon die Stillhalteabrede faktisch wie eine erste Stattgabe wirkt.

Hängebeschlüsse

Meiner Auffassung nach steht das Instrument des Hängebeschlusses dem Bundesverfassungsgericht nicht zur Verfügung. Relevant wird die Frage nur, wenn eine sehr schnelle Eilentscheidung ausscheidet und eine Stillhalteabrede nicht zustande kommt. Warum sollte das Bundesverfassungsgericht hier dazu befugt sein, eine vorläufige Eilentscheidung zu treffen, die zwar die gleichen Wirkungen hat wie eine endgültige, die aber maßstabslos ergeht

und damit im freien Ermessen des Gerichts steht? Zugespielt: Darf das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz anhalten, ohne zumindest eine Folgenabwägung vorzunehmen? Dagegen spricht, dass § 32 BVerfGG Erleichterungen für schnelle Eilentscheidungen beinhaltet, nicht aber die Möglichkeit einer maßstabs- und prüfungslosen Eilentscheidung. Dagegen spricht weiter, dass die Abfassung von § 32 I BVerfGG klar in die Richtung einer alle Interessen berücksichtigenden Entscheidung weist. Schließlich sprechen die in § 32 III und IV BVerfGG vorgesehene Widerspruchsmöglichkeit und die Option des Gerichts, infolge eines Widerspruchs die Vollziehung seiner einstweiligen Anordnung auszusetzen, gegen eine jederzeitige amtswegige Ersetzung einer nur vorläufig gemeinten Eilentscheidung durch eine endgültige⁷. Deshalb gehe ich davon aus, dass Hängebeschlüsse einer gesetzlichen Grundlage im BVerfGG bedürften, die es gegenwärtig nicht gibt.

Schluss

Der fragmentarische Charakter der Prozessordnung des Bundesverfassungsgerichts lässt viele Fragen unbeantwortet. Dass die Praxis nach Lösungen sucht, um auftre-

tenden Problemen und Bedürfnissen gerecht zu werden, ist nicht zu kritisieren. Auch das Instrument der Stillhalteabrede zur Absicherung des Zeitraums zwischen Eilantrag und Eilentscheidung ist, wo ein Sicherheitsbedürfnis besteht, nicht als solches problematisch. Doch es sollte so eingesetzt werden, dass die Interessen der übrigen Verfassungsorgane berücksichtigt werden. Aus meiner Sicht führt das zum Auslaufen von Stillhaltezusagen nach sechs Monaten und zur Unzulässigkeit des Verzichts auf die Durchführung von Eilverfahren anlässlich solcher Zusagen. Sollte darin oder in der fehlenden Möglichkeit von Hängebeschlüssen keine bedarfsgerechte Rechtslage gesehen werden, könnte nur der Gesetzgeber daran etwas ändern.

Der Verfasser war an mehreren der angeführten Verfahren als Prozessbevollmächtigter beteiligt, er gibt hier aber nur seine persönliche Auffassung wieder. Die Überlegungen gehen zurück auf den Beitrag „Stillhalten im Verfassungsprozess“ in: P. Donath/A. Heger/M. Malkmus/O. Bayrak (Hrsg.), Der Schutz des Individuums durch das Recht, Festschrift für Rainer Hofmann, Bd. 2, 2023, S. 1117-1132.

⁷ Im Verwaltungsprozess ist die Lage nach § 80 VII VwGO, der trotz fehlender dortiger Bezugnahme auch auf das Verfahren des § 123 VwGO angewendet wird, m.E. eine andere.

Nicolas Ziegler

Schrödingers BSI-Präsidentin?

Wie eine politische Beamtin eine unabhängige(re) Behörde leiten soll

doi: 10.17176/20230824-182919-0



Mit Wirkung zum 1. Juli 2023 wurde Claudia Plattner neue Präsidentin des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI). Ihr Amtsantritt fällt auf einen denkbar spannenden Zeitpunkt. Hierfür gibt es zwei Gründe: Zum einen hat sich die Bundesregierung im [Koalitionsvertrag](#) (S. 16) vorgenommen, das BSI unabhängiger aufzustellen. Gleichzeitig hat der [Gesetzgeber](#) am 15. Juni 2023 den § 54 Abs. 1 des Bundesbeamtengesetzes (BBG) um eine neue Nr. 14 ergänzt, wonach die Präsidentin des BSI zukünftig politische Beamtin ist. Eine Abberufung wäre damit deutlich geräusch- und problemloser möglich als bei ihrem Vorgänger.

Dieser Beitrag will nicht Claudia Plattner kritisieren; die Personalie bekam vor Amtsantritt einhelliges Lob. Dieser Beitrag will vielmehr – um mit dem quantenmechanischen Gedankenexperiment Erwin Schrödingers zu sprechen – die paradoxe Rolle thematisieren, die Claudia Plattner bekommen hat: Sie soll eine zukünftig organisatorisch unabhängige(re) Behörde leiten und muss dabei wohl unbequeme Wahrheiten aussprechen, gleichzeitig kann sie als politische Beamtin aber nach § 54 Abs. 1 BBG jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden und entspricht damit dem Inbegriff der persönlichen Abhängigkeit. Die Anforderungen an ihr Amt zwingen sie – überspitzt gesprochen – in einen Überlagerungszustand vergleichbar mit Schrödingers Katze.

Um herauszufinden ob der Vergleich passt, braucht es einen Überblick welche Aufgaben das BSI hat und welche es bald bekommen könnte. Im Anschluss gilt es zu klären, warum man das BSI unabhängig machen will und ob die Unabhängigkeit wirklich die beste Lösung ist. Zum Schluss stellt sich die Frage, ob eine unabhängige Behörde von einer politischen Beamtin geleitet werden kann und sollte.

Welche Aufgaben hat das BSI und welche könnte es bald haben?

Die Geschichte des BSI seit 1991 ist geprägt durch einen stetigen Kompetenzaufwuchs. Der Aufgabenkatalog

des BSI in § 3 BSIG wird immer länger und der Trend ist noch nicht gebrochen. Gegründet als Bundesoberbehörde für die Informationssicherheit der Bundesverwaltung im Geschäftsbereich des Bundesinnenministeriums (§ 1 Satz 1 BSIG), ist das BSI mittlerweile zur maßgeblichen nationalen Behörde für alle Angelegenheiten der IT-Sicherheit gewachsen. Nicht nur die Sicherheit einzelner IT-Systeme, sondern die Sicherheit des gesamten Cyberraums ist mittlerweile Aufgabe des BSI. Zuständigkeiten hat das BSI im Bereich der IT-Sicherheit des Bundes, der Sicherheit Kritischer Infrastrukturen und digitaler Dienste und der Prävention und Bewältigung von Cyber-Vorfällen. Das BSI hat mit der Zeit zahlreiche Eingriffsbefugnisse erhalten und agiert nicht nur im Bereich der Produktsicherheit, sondern auch im Bereich der Gefahrenprävention inzwischen als „[Sonderpolizei im digitalen Raum](#)“. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 13 BSIG übernimmt das BSI auch unterstützende Tätigkeiten für zahlreiche Sicherheitsbehörden.

Nach den Plänen des Bundesinnenministeriums (BMI) wird das BSI schon in naher Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen: Nicht nur soll es zentrale Stelle der IT-Sicherheit des Bundes werden, sondern vergleichbar mit dem Bundeskriminalamt (BKA) auch eine Zentralstellenfunktion im Bund-Länder-Verhältnis bekommen. Hierzu bedarf es einer Änderung des GG. Auch die Umsetzung der im Dezember 2022 veröffentlichten Richtlinie über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union ([NIS-2-Richtlinie](#)) und der Entwurf des Cyber Resilience Act der EU werden dem BSI neue Aufgaben bringen. Wer an der Spitze des BSI sitzt, übernimmt zukünftig also eine enorm wichtige Behörde für die Sicherheit der digitalen Gesellschaft.

Das Misstrauen, die Schwachstellen und das BMI

Die Cybersicherheitscommunity fordert die Unabhängigkeit des BSI vom BMI, dessen Fach- und Rechtsaufsicht es untersteht, schon seit langer Zeit (siehe zu dieser Debatte bei [Herpig](#) sowie die Forderung der [Gesellschaft für](#)

Informatik). Neben anfänglichen Vorbehalten gegen das BSI aufgrund seiner Entwicklung aus der Zentralstelle für das Chiffrierwesen beim BND, gibt es heute eigentlich nur noch einen zentralen Grund für das Misstrauen, das bei der Forderung nach Unabhängigkeit immer mit schwingt: Der staatliche Umgang mit den Schwachstellen in Software, die für eine Infiltration der Systeme genutzt werden kann. Sowohl Cyberkriminelle als auch der Staat brauchen sie.

Das BSI als staatliche Meldestelle für entdeckte Sicherheitslücken steht hier zwischen den Fronten und versinnbildlicht die Doppelrolle des Staates in der IT-Sicherheit: Der Staat ist auf der einen Seite für das Funktionieren von Verwaltung, Wirtschaft und Gesellschaft in der digitalen Transformation auf sichere IT-Systeme angewiesen. Dafür müssen die Schwachstellen geschlossen werden und Meldestellen wie das BSI brauchen das Vertrauen der Entdecker:innen dieser Sicherheitslücken. Auf der anderen Seite ist der Staat für die Arbeit seiner Sicherheitsbehörden auf Schwachstellen in Hard- und Software zur Durchführung von Onlinedurchsuchung und Quellentelekkommunikationsüberwachung angewiesen. Fast alle an diesem Interessenkonflikt beteiligten Behörden finden sich im Geschäftsbereich des BMI: Das BSI soll für die Sicherheit des Cyberraums sorgen, während das Bundesamt für Verfassungsschutz und das Bundeskriminalamt von der Unsicherheit profitieren und der Zentralen Stelle für Informationstechnik im Sicherheitsbereich (ZITiS) sogar das aktive Arbeiten an dieser Unsicherheit unterstellt wird. Das BMI vereint unter seiner Aufsicht also Behörden mit gegensätzlichen Interessen. Der Unabhängigkeitsforderung liegt die Befürchtung zugrunde, dass das BMI im Zweifel der „analogen Sicherheit“ den Vorrang geben wird.

Für die Abwägung verschiedener Interessen ist eine oberste Bundesbehörde aber gerade da. Behörden die unabhängig voneinander in gegensätzliche Richtungen arbeiten kann niemand wollen. Dennoch ist man aber gut beraten das – keineswegs eingebildete – Misstrauen in der Cybersicherheitscommunity ernst zu nehmen. Nimmt es überhand, drohen Sicherheitsempfehlungen des BSI nicht mehr befolgt zu werden, oder die Bereitschaft von IT-Sicherheitsforschenden dem BSI im Rahmen seines Coordinated Vulnerability Disclosure(CVD)-Programms Schwachstellen zu melden sinkt, denn IT-Sicherheit ist schließlich Vertrauenssache! Ob eine Weitergabe der gemeldeten Schwachstellen stattfindet oder nicht, weiß die

Öffentlichkeit nicht. Aber dass das Recht dies nicht verhindert, schürt bereits Verdacht.

Leider ist der Verdacht dem BSI gegenüber nicht völlig aus der Luft gegriffen: 2015 wurde **öffentlich**, dass das BSI mindestens an der Systemsicherheit einer Remote Forensic Software (sog. Staatstrojaner) für das BKA beteiligt war.

Unabhängigkeit des BSI als Lösung?

Aber ist die organisatorische Unabhängigkeit der Behörde die beste Lösung für dieses Problem? Auf den ersten Blick spricht viel dafür: Die europäische Cybersicherheitsagentur ENISA ist nach Art. 3 Abs. 3 Cybersecurity Act (VO(EU) 2019/881) ebenfalls unabhängig, die DSGVO schreibt in Art. 52 DSGVO die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden vor und das Europarecht verlangt immer häufiger die Unabhängigkeit von ministerieller oder politisch-parlamentarischer Kontrolle. Zuletzt für die **Staatsanwaltschaften** oder bei der **Bundesnetzagentur**.

In Deutschland hingegen ist eine unabhängige Behörde eine Ausnahme, die gut begründet sein muss, denn das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, 2 GG fordert eine personelle Legitimation in einer ununterbrochenen Kette von den kleinsten Amtsträger:innen bis hin zum direkt vom Volk gewählten Parlament. Nach dem vorherrschenden Modell der Ministerialverwaltung geschieht dies über die Ministerien, deren Hausleitung dem Parlament gegenüber Rechenschaft schuldet. Eine organisatorisch unabhängige Behörde durchtrennt diese Kette.

Ausnahmen hierfür darf es nur geben, wenn die Aufgabe der Behörde eine unabhängige Wahrnehmung rechtfertigt und die Durchbrechung der Legitimationskette durch andere Kontroll- und Rechenschaftspflichten kompensiert wird (BVerfGE 151, 202 [293 f., Rn. 134]). Anerkannt ist das bspw. bei Zentralbanken, dem Bundesrechnungshof und Regulierungsbehörden. Das BVerfG hat jedoch auch klar gemacht, dass je höher die politische Tragweite der Aufgabe ist, desto weniger darf man sie Stellen übertragen, die Parlament und Regierung, letztlich also der Verantwortung der Politik, entzogen sind.

Die Resilienz und Verteidigungsfähigkeit im Cyberspace ist aktuell eine der wichtigsten politischen Fragen. Verständliche Unzufriedenheit mit den Lösungsansätzen der Politik sollte sich aber eher in Wahlentscheidungen der Bürger:innen niederschlagen, als die Aufgabe der Politik zu entziehen. Den zentralen Grund für das

latente Misstrauen anzugehen bedürfte auch gar keine Änderung im Organisationsrecht des BSI: Der Umgang mit Schwachstellen, die den Softwareherstellern noch nicht bekannt sind und daher noch keine Sicherheitsupdates verfügbar sind (sog. Zero-Days), müsste in einem transparenten und vertrauenswürdigen Verfahren geregelt werden, sodass sich IT-Sicherheitsforschende sicher sein können, dass ihre Arbeit nicht im Arsenal staatlicher Cyberwaffen landet. Ein sog. Vulnerabilities Equities Process (VEP) oder Schwachstellenmanagement wäre besser geeignet den Interessenskonflikt zu regeln, als ihn der Politik zu entziehen. Auf die Notwendigkeit einer solchen Regelung durch ein Gesetz hat das BVerfG 2021 in seinem Beschluss zu den IT-Sicherheitslücken (BVerfGE 158, 170) hingewiesen und die Ampelkoalition hat sich im Koalitionsvertrag (S. 109) zur Aufgabe gemacht ein Schwachstellenmanagement zu erarbeiten.

Nur für eine Aufgabe die dem BSI bzw. seiner Präsidentin zukünftig zufallen könnte, der eines Chief Information Security Officers der gesamten Bundesverwaltung (CISO Bund), wäre zumindest eine Abhängigkeit vom Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik im BMI zu vermeiden, da dessen Arbeit ja auch kontrolliert werden soll.

Kann eine politische Beamtin eine unabhängige Behörde leiten?

Mit der Leitung des BSI durch eine politische Beamtin kommt zur möglicherweise zukünftigen organisatorischen Unabhängigkeit eine weitere Besonderheit hinzu. Während die Unabhängigkeit Probleme mit dem Demokratieprinzip verursacht, vertragen sich politische Beamt:innen nur schwer mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG. Diese Dopplung organisationsrechtlicher Besonderheiten für das BSI und seine Leitung wäre einzigartig für eine deutsche Behörde.

30 Abs. 1 Satz 1 BeamStG beschreibt, dass politische Beamt:innen „ein Amt bekleiden, bei dessen Ausübung sie in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müssen“. Daher könnte die BSI-Präsidentin selbst bei atmosphärischen Störungen mit der Bundesinnenministerin in den Ruhestand versetzt werden. Aufgrund des Konflikts mit Art. 33 Abs. 5 GG dürfen nur sog. Transformationsämter, also „notwendige politische

Schlüsselstellen für die wirksame Umsetzung der politischen Ziele der Regierung, die auf eine aktive Unterstützung seitens der betreffenden Amtsträger angewiesen ist“ (BVerfGE 149, 1 [46, Rn. 84]) mit politischen Beamt:innen besetzt werden. Mit Ausnahme der eher technisch unterstützenden ZITiS sind nun fast sämtliche sicherheitsrelevante Behörden im Geschäftsbereich des BMI von politischen Beamt:innen geleitet. Diese Behörden haben allesamt großen Einfluss auf die innere Sicherheit und sind ohne Frage die wichtigsten Werkzeuge zur Umsetzung der Politik einer Innenministerin. Angesichts der nie dagewesenen Bedrohungslage im Cyberraum und der Bedeutung von IT-Sicherheit für das Funktionieren einer digitalen Gesellschaft hat Claudia Platner ein Transformationsamt inne: Sie ist das nötige Zahnrad zwischen der Cybersicherheitspolitik der Bundesregierung und der Verwaltung und daher auf das Vertrauen der Ministerin angewiesen. Das macht sie aber persönlich abhängig.

Eine abhängige Behördenleitung kann aber keine unabhängige Behörde leiten! Zweck einer unabhängigen Behörde ist es der Politik bestimmte Zugriffsmöglichkeiten zu nehmen und spezifischen Sachverstand voll zur Geltung zu bringen. Sei es die Durchsetzung nationaler Interessen bei Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts durch das Bundeskartellamt oder Einflussnahme auf die Kontrolle der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes durch den Bundesrechnungshof: Unabhängige Behörden tun Dinge, die der Politik unangenehm sein können. Ohne personelle Unabhängigkeit kommt der Sachverstand einer hochspezialisierten Behörde nur schwer zur Geltung, da der Sachverstand schon morgen seinen Posten verlieren könnte. Mit einer derart abhängigen Behördenleitung wie einer politischen Beamtin erhält die Politik auch wieder Einfluss auf Fragen, den eine organisatorische Unabhängigkeit der Behörde gerade verhindern wollte. Sobald Politik wieder Einfluss hat, schmelzen die Vorteile unabhängiger Institutionen: Wer jederzeit austauschbar ist, überlegt sich jedenfalls gut, ob er der Politik etwas zumutet. Als politische Beamtin ist die BSI-Präsidentin daher stark abhängig und als Leiterin einer unabhängigen Behörde untergräbt die vorgesehene politische Abhängigkeit der Präsidentin die Unabhängigkeit der von ihr geleiteten Behörde.

Neue Probleme bei der Organisation, alte Probleme der (Cyber)-Sicherheitspolitik

Claudia Plattner kann politische Beamtin sein, oder eine unabhängige Behörde leiten. Beides kann sie aber nicht! Blickt man zurück auf die Maßstäbe des BVerfG für unabhängige Behörden wird klar: Cybersicherheit betrifft uns alle. Jedes Gerät kann gehackt werden und jede Software hat Fehler. Cybersicherheitspolitik ist ein Nerd-Thema, aber von viel zu hoher Tragweite als es der Verantwortung der Politik zu entziehen. Das BSI sollte daher keine unabhängige Behörde sein!

Dass Claudia Plattner politische Beamtin wird macht angesichts dieser Bedeutung Sinn. Wenn sie jetzt noch kein Transformationsamt innehat, dann spätestens beim nächsten Kompetenzaufwuchs des BSI. Sie zur politischen Beamtin zu ernennen kam jedoch aufgrund des Misstrauens der Cybersicherheitscommunity zur fal-

schen Zeit. Zwar gründet dieses Misstrauen nur auf dem vagem Verdacht und der inneren Einstellung, dem BMI zuzutrauen, was die National Security Agency (NSA) in der Vergangenheit praktiziert hat. Aber das zweifellos vorhandene Misstrauen verschlimmert sich nur, wenn man der Öffentlichkeit signalisiert, dass Deutschlands oberste Cybersicherheits-Expertin jederzeit rausgeworfen werden kann. Vertrauensstiftend wäre es alleine gewesen, bei gleicher Gelegenheit auch einen Gesetzesentwurf für das Schwachstellenmanagement vorzulegen um den Verdacht auszuräumen.

Für die Situation von Claudia Plattner gibt es keine einfache Möglichkeit den Kasten zu öffnen und nachzusehen ob die Katze noch lebt. In das Innenverhältnis zwischen ihr und der Innenministerin kann keiner blicken. Aber es gilt: Sie ist entweder unabhängig oder abhängig. Ist sie abhängig, kann sie aber keine unabhängige Behörde leiten.

Lorenz Wielenga

Thüringen-AfD verbieten?

doi: 10.17176/20230817-182851-0



Der Blick auf den Deutschlandtrend ist beängstigend. Die AfD liegt bundesweit zwischen **19 und 23 %**, in **Sachsen** und **Thüringen**, wo am 01. September 2024 gewählt wird, bei 32-33 %. Gleichzeitig geben über **50 %** der Deutschen an, mit dem Funktionieren der Demokratie „weniger zufrieden“ oder „überhaupt nicht zufrieden“ zu sein, in den ostdeutschen Ländern sagen dies gar zwei Drittel der Befragten. Die deutsche Demokratie ist bewusst nicht allein eine deliberative, sie ist auch eine wehrhafte. Sie bietet einen Instrumentenkasten zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Der besonders radikale Thüringer Landesverband bietet Anlass, ein Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 II, IV GG „föderal zu durchdenken“.

Verfassungsrechtlich nicht aussichtslos, aber hürdenreich

Ein Verbot allein des Thüringer Landesverbands ist rechtlich möglich. Antragsberechtigt in einem Verbotsverfahren wären nach § 43 I BVerfGG alternativ der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung sowie nach § 43 II BVerfGG die Landesregierung Thüringens. Das Bundesverfassungsgericht kann nach § 46 II BVerfGG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit auf einen Landesverband als rechtlich bzw. organisatorisch selbstständigen Teil **beschränken**.

Zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit müsste die AfD Thüringen gemäß Art. 21 II GG „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden“. Angesichts des Demokratieprinzips, Art. 20 II 1 GG, sind diese Voraussetzungen eng auszulegen. Die freiheitlich demokratische Grundordnung ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enger als die Legaldefinition des § 4 II BVerfSchG und umfasst nur die für den freiheitlichen Staat unentbehrlichen Wesensmerkmale: die Menschenwürdegarantie, die gleichbe-

rechtigte Teilhabe aller Bürger:innen an der politischen Willensbildung als Ausfluss des Demokratieprinzips sowie die Unabhängigkeit der Gerichte und das staatliche Gewaltmonopol als Merkmale des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 III GG. Die AfD Thüringen müsste in aggressiv-kämpferischer Weise aktiv auf die Abschaffung eines dieser Wesenselemente oder deren Ersetzung durch eine andere Verfassungsordnung hinwirken (BVerfGE 144, 20 Rn. 550) oder nach ihrem politischen Konzept eine spürbare Gefährdung dieser Grundprinzipien verursachen (BVerfGE 144, 20 Rn. 556).

Das Thüringer Landesamt für Verfassungsschutz (AfV) hat die AfD Thüringen bereits im März 2021 gemäß § 4 I 2 Nr. 1 ThürVerfSchG als eine **erwiesenermaßen rechtsextremistische Bestrebung** gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung eingestuft. Das Bundesamt für Verfassungsschutz beobachtet die Bundespartei hingegen bislang nur als **Verdachtsfall**. Aufgrund des Parteienprivilegs liegt das Entscheidungsmonopol für die Verfassungswidrigkeit einer Partei allein beim Bundesverfassungsgericht, Art. 21 IV GG. Einschätzungen der Verfassungsschutzämter sind angesichts ihrer Natur als Exekutivorgane nicht gleich in judikative Kategorien übersetzbar. Die Pressefassung des **Verfassungsschutzberichts** des AfV bietet gleichsam sachliche Anhaltspunkte, die eine Verfassungswidrigkeit begründbar erscheinen lassen.

Dem Bericht zufolge zeigen die maßgeblichen Akteur:innen des Landesverbands keine Mäßigung in ihren politischen Äußerungen, wobei Aussagen von Funktionär:innen der Parteiführung dem Landesverband grundsätzlich ohne Weiteres zuzurechnen sind. Verfassungsfeindliche Positionen gegen die Menschenwürde sowie das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip seien die „beherrschende und weitgehend unumstrittene politische Ideologie“ (S. 18). Der beispielsweise im Verschwörungsnarrativ des „Großen Austauschs“ propagierte ethnisch-kulturelle Volksbegriff der Thüringen AfD (S. 18-24 des Berichts für weitere Beispiele) ginge von bio-

logischen und damit irreversiblen Ungleichheitsmerkmalen zwischen Menschen und Bevölkerungsgruppen aus. Dieser Volksbegriff ist – auch nach einem [Urteil des VG Köln vom 08.03.2022](#) – nicht „rein deskriptiv“, sondern mit „Wertungen“ verbunden, „die zu einer Abwertung zugewanderter Menschen führen“. In diesem Zusammenhang werden Aussagen des Co-Landessprechers Björn Höcke zitiert, die neben einem „zutiefst rassistischen Menschenbild“ jedenfalls „implizit Gewalt als Mittel“ bejahen. Beständig wiederkehrende oder kampagnenprägende Positionen verstoßen nach dem Bericht des AfV überdies gegen das Demokratieprinzip. So werde etwa die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik als vermeintlich diktatorisches System abgelehnt und aktiv das Vertrauen in die demokratische Wahl als angeblich manipulationsanfällig und künftig unfrei geschwächt (S. 25-26). Darüber hinaus erkennt der Bericht auch Angriffe auf das Rechtsstaatsprinzip (S. 26). So stellt der Co-Landessprecher Stefan Möller die Existenz effektiven Rechtsschutzes gegen „Übergriffe des Staates – also der regierenden Parteien“ in Abrede und sieht Richter:innen „von der herrschenden politischen Mehrheit sorgfältig ausgewählt und eingesetzt“. Damit negiere er die Unabhängigkeit der Judikative und ihre Kontrollfunktion als dritte Gewalt. Der Bericht beschreibt sodann den Geschichtsrevisionismus der Thüringen AfD, der sich in einer Opfer-Täter-Umkehr der nationalsozialistischen Verbrechen von der Spitze des Verbands hin in die Breite der Partei zeige (S. 27-29). Die Kombination aus völkischer Ideologie, rassistischem Menschenbild und Geschichtsrevisionismus legen meines Erachtens – trotz erkennbarer Unterschiede – eine Wesensverwandtschaft der Thüringen AfD mit dem Nationalsozialismus nahe, die ein Indiz für die Verfolgung verfassungswidriger Ziele ist (BVerfGE 144, 20 Rn. 598).

Im [NPD-Urteil](#) 2017 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Partei, die heute „Die Heimat“ heißt, verfassungswidrig ist. Trotzdem wurde die NPD nicht verboten. Das Gericht hat in einer restriktiven Auslegung des Art. 21 II GG zusätzlich das Kriterium der „Potentialität“ eingeführt und sich damit der Rechtsprechung des EGMR angenähert (s. [hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Statt eines Verbots hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit eröffnet, verfassungswidrige Parteien von der Parteienfinanzierung auszuschließen, was der verfassungsändernde Gesetzgeber in Art. 21 III, IV GG umgesetzt hat. Abgeleitet aus dem Wortlaut „darauf

ausgehen“ ist ein Verbot nur zulässig, „wenn konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 II GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann“ (BVerfG, EuGRZ 2017, 44 Rn. 585). Dies bemisst sich im Wege einer „wertenden Gesamtbetrachtung“ (der EGMR nimmt hingegen hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor) aus der Situation der Partei (Mitgliederbestand, Organisationsstruktur, Kampagnenfähigkeit etc.) und ihrer Wirkkraft in der Gesellschaft (Wahlergebnisse, Unterstützer:innen, Vertretung in Ämtern und Mandaten). Zu beachten ist insbesondere, dass ein Parteiverbotsverfahren eine Präventivmaßnahme bleibt (BVerfGE 5, 85 [142]; 144, 20 Rn. 585), weshalb die Schwelle für die Potentialität nicht zu hoch angesetzt werden darf. Einer konkreten Gefahr bedarf es nicht, konkrete Anhaltspunkte von Gewicht reichen aus. Eine greifbare Schwelle für die Potentialität zu bestimmen, bleibt schwierig.

Wenn die AfD nicht das Potentialitätskriterium erfüllt - wer dann?

Im Falle der AfD Thüringen wirft die Potentialität somit auch die juristisch kompliziertesten Fragen auf. Auf den ersten Blick scheinen die Voraussetzungen erfüllt. Die AfD erreichte bei der Landtagswahl 2017 in Thüringen 23,4 %, bei der Bundestagswahl 2021 wurde sie im Bundesland mit 24 % stärkste Kraft. In Sonneberg stellt sie seit kurzem den Landrat.

Bei genauerer Betrachtung werden jedoch die Schwächen des Potentialitätskriteriums deutlich. Wenn das Parteiverbot weiterhin zum Instrument der wehrhaften Demokratie gehören soll, geriete das Bundesverfassungsgericht bei einem Verbotsverfahren gegen eine Partei solcher Stärke gehörig unter Druck. Wenn die AfD die Potentialität nicht erfüllt – wer dann? Zugleich stellt sich rechtlich, aber gerade politisch die Frage, ob eine meistgewählte Partei eines Bundeslands verboten werden kann. So manövriert sich das Bundesverfassungsgericht mit der Potentialitätsrechtsprechung in eine Zwickmühle, in der Parteien entweder zu klein oder zu groß sind, um sie zu verbieten.

Darüber hinaus unterliegt die Schlagkraft einer Partei politischen Schwankungen. Die Potentialität kann in einer Geschwindigkeit zu- und abnehmen, die außerhalb der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts liegt. Mit

tauglichem Personal, einer professionellen Kommunikation und den entsprechenden exogenen Faktoren (insbesondere die soziale und wirtschaftliche Entwicklung sowie die innere und äußere Sicherheit) könnte wohl selbst die NPD/Die Heimat der Bundesrepublik ihre Vulnerabilität zeigen. Der mit der Potentialität zusammengedachte Ausschluss aus der Parteienfinanzierung als milderes Mittel („Parteiverbot light“) ist verständliche Konsequenz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es liegt nahe, das scharfe Schwert eines Verbots gegen eine politisch nahezu irrelevante Kraft als unangemessen zu bewerten. Allerdings entzieht der Finanzierungsausschluss den Verfassungsfeind:innen ihren Nährboden nur partiell, verkompliziert die Dogmatik des Art. 21 GG und gewährt dem Bundesverfassungsgericht ein im Parlamentarischen Rat für das Parteiverbot nicht vorgesehenes Rechtsfolgeermessen.

Unklar ist mit Blick auf die AfD Thüringen zudem, ob ein Landesverband allein das Potential hat, die freiheitlich demokratische Ordnung im Bund zu gefährden. Denkbar wäre auch, die freiheitlich demokratische Grundordnung auf Landesebene als gefährdet zu betrachten. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu beiden Punkten bislang nicht abschließend geäußert.

Im Falle einer Regierungsbeteiligung würde die AfD über den Bundesrat an der Gesetzgebung und der Verwaltung des Bundes mitwirken. Ferner wäre die AfD in der Ministerpräsidentenkonferenz und den Fachministerkonferenzen vertreten. Der Bundesrat ist an jedem Verfahren zum Erlass eines Bundesgesetzes beteiligt, bei den die Länder besonders berührenden Zustimmungsgesetzen sogar als gleichberechtigte Kammer. Die Funktionsfähigkeit der demokratisch legitimierten Länderkammer als eines der fünf ständigen Verfassungsorgane ist von zentraler Wichtigkeit für den Föderalismus und das Demokratieprinzip. Thüringen hat dort allerdings lediglich 4 der insgesamt 69 Stimmen. Ein unmittelbar rechtlicher Einfluss auf den Bund bliebe wohl überschaubar. Auch hat das Bundesverfassungsgericht die in Art. 79 III GG verankerten Prinzipien der Republik und des föderalen Bundesstaats ausdrücklich aus dem Topos der freiheitlich demokratischen Grundordnung ausgeklammert (BVerfGE 144, 20 [206]). Nichtsdestotrotz hätten bereits ein Besetzen und zu befürchtendes Zersetzen der demokratischen Institutionen Thüringens erheblich destabilisierende Wirkung im Bund und erst recht in Thüringen (für eine genaue Untersuchung dessen sei auf das

Thüringen-Projekt des Verfassungsblogs verwiesen).

Aber auch in Ermangelung einer Regierungsbeteiligung könnte die AfD das Potentialitätskriterium erfüllen. Hinreichende Wirkungsmöglichkeiten in der Gesellschaft, etwa durch Abgeordnete, genügen (BVerfGE 144, 20 [225]). Auch wenn alle anderen im Landtag vertretenen Parteien bislang eine Koalition mit der AfD ausschließen, dürfte sie bereits mit ihrer Präsenz und Rhetorik eine „Atmosphäre der Angst“ schaffen, die geeignet ist, „die freie und gleichberechtigte Beteiligung aller am Prozess der demokratischen Willensbildung zu beeinträchtigen“ (vgl. BVerfGE 144, 20 Rn. 588). Nicht unterschätzt werden darf auch eine potentielle weitere Normalisierung der Partei sowie ein Ermächtigungsgefühl in anderen Landesverbänden und der Bundespartei durch starke Wahlergebnisse auf Landesebene. In der Summe dürfte das Kriterium damit unabhängig von einer Regierungsbeteiligung erfüllt sein. Diese politischen und von volatilen Faktoren abhängigen Erwägungen zeigen jedoch die Schwierigkeit, die Potentialität zu operationalisieren.

Verfassungspolitisch brisant

Ein Parteiverbot ist der schärfste Eingriff in die Parteienfreiheit. Für eine freiheitliche Demokratie muss es *ultima ratio* bleiben. Einem Demokraten kann ein Parteiverbot daher nur Bauchschmerzen bereiten. Fatal wäre indes, in Verkennung der Gefahr verfassungsfeindlicher Kräfte die zur Verfügung stehenden Sicherungen nicht anzuwenden. Die Existenz des Parteiverbotsverfahrens ist eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung im Konflikt zwischen „keine Freiheit den Feinden der Freiheit“ und „Freiheit ist die Freiheit der Andersdenkenden“. Hat sich ein Staat grundsätzlich zur Möglichkeit eines Parteiverbots entschieden und sind die rechtlichen Voraussetzungen für ein Verbot gegeben, birgt eine fortwährende Nichtanwendung des Verbotsfahrens das Risiko, mangelnde Gefährlichkeit zu suggerieren. Lähmt sich die wehrhafte Demokratie aus Angst vor dem Selbstwiderspruch, wird das Damoklesschwert Parteiverbot zur Legitimationsquelle für Antidemokrat:innen.

Einerseits ist nicht alles, was rechtlich möglich ist, politisch ratsam. Das beträchtliche Instrumentalisierungsrisiko eines Verbotsverfahrens besteht unabhängig von seinem Ausgang. Ein Parteiverbot befeuert das Opfernarrativ der AfD, ein scheiterndes Verfahren ist der Harmlosstempel. Beides kann den demokratischen Parteien als Ausdruck politischer Ohnmacht ausgelegt werden. Ein

Verbotsverfahren gegen die – nach aktuellen Umfragen – stärkste Partei im Bundesland ist realpolitisch explosiv. Trotzreaktionen, Märtyrertum und eine weitere Abkehr vom Rechtsstaat seitens der Wählerschaft sind erwartbar, die politische Sprengkraft ist unabsehbar. Daher kann ein Verbotsverfahren nur Teil einer größer angelegten Strategie gegen politischen Extremismus sein. Entscheidender als die rechtliche bleibt die politische Auseinandersetzung.

Andererseits kann trotz dieser schwerwiegenden Bedenken ein Verbotsverfahren sinnvoll sein, wenn man sich seines Zweckes besinnt: Ein Parteiverbot ist niemals Gesinnungsverbot, es dient dem Schutz demokratischer Institutionen vor ihrer Zersetzung von innen. Will sich

„die Verfassung nicht durch den Missbrauch der von ihr gewährleisteten Freiheitsrechte zur Disposition stellen lassen“ (BVerfGE 144, 20 Rn. 425), muss sie Parlamente und Regierungsämter nach Möglichkeit von Verfassungsfeind:innen freihalten. Aufbauend auf der Prämisse, dass eine Demokratie Demokrat:innen braucht, muss man auch noch auf die abschreckende Wirkung eines Verbots hoffen dürfen.

Bei der Entscheidung über ein Verfahren verfügen die Antragsberechtigten über politisches Ermessen (BVerfGE 5, 85 [129]; 40, 287 [291 f.]). Einem rechtlichen Verfahren muss daher eine politische Debatte über die Chancen und Risiken vorweggehen. Diese braucht es jetzt.

Kilian Wegner

Über die sogenannte Clankriminalität

Kurze Kritik eines (Kampf-)Begriffs

doi: 10.17176/20230811-224230-0



Bereits seit Jahren ist das Phänomen der „Clankriminalität“ in der rechts- und kriminalpolitischen Diskussion in Deutschland omnipräsent und wird dabei sowohl von Medien als auch von weiten Teilen des Parteienspektrums als Inbegriff bekämpfungswürdiger Kriminalität und besondere Bedrohung für die Sicherheitslage in der Republik dargestellt. In den letzten Tagen geriet der Begriff im Zusammenhang mit einem „Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Rückführung“ aus der Feder des Bundesministeriums des Innern und für Heimatschutz erneut in die Schlagzeilen. Der Entwurf enthält unter anderem den Vorschlag, es in § 54 Abs. 1 S. 2 AufenthG als Regelbeispiel für eine besondere Schwere des Ausweisungsinteresses aufzunehmen, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Betroffene einer Vereinigung im Sinne des § 129 StGB angehört oder angehört hat. Entweder aus einem Missverständnis oder auf Grund einer entsprechenden (Hintergrund-)Kommunikation des Ministeriums der Presse gegenüber wurde dieser Vorstoß in den Medien als Maßnahme im Kampf gegen „Clankriminalität“ wahrgenommen, obwohl dieser Begriff im Entwurfstext selbst nicht auftaucht. „Innenministerium will Angehörige von Clans kollektiv abschieben“ titelte etwa die Süddeutsche Zeitung. Die Selbstverständlichkeit, mit der die meisten Beiträge zu dieser – auch noch aus anderen Gründen verunglückten – Debatte (mal wieder) auf den Begriff der „Clankriminalität“ zurückgreifen, gibt mir Anlass zum Widerspruch.

Was ist „Clankriminalität“? Definitionsversuche durch Polizei und Justiz

Die Kritik soll ihren Ausgangspunkt bei der Frage nehmen, wie „Clankriminalität“ überhaupt definiert wird. Während es an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung fehlt, sind hierzu die vom Bundeskriminalamt publizierten Bundeslagebilder „Organisierte Kriminalität“ sowie die in den Bundesländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Berlin seit einigen Jahren veröffentlichten Lagebilder „Clankriminalität“ tonangebend. Es können bei der Begriffsgenese grob zwei Phasen unterschieden werden:

Bis zur Veröffentlichung des Bundeslagebildes OK 2021 gab es zwar formell keine bundeseinheitliche Definition der „Clankriminalität“ und die einzelnen Behörden verwendeten im Detail voneinander abweichende Formulierungen, jedoch ähnelten diese trotzdem zumeist sehr stark der folgenden Formel aus dem Bundeslagebild OK 2018:

„Clankriminalität [...] ist die Begehung von Straftaten durch Angehörige ethnisch abgeschotteter Subkulturen. Sie ist bestimmt von verwandtschaftlichen Beziehungen, einer gemeinsamen ethnischen Herkunft und einem hohen Maß an Abschottung der Täter, wodurch die Tatbegehung gefördert oder die Aufklärung der Tat erschwert wird. Dies geht einher mit einer eigenen Werteordnung und der grundsätzlichen Ablehnung der deutschen Rechtsordnung.“

Das Bundeslagebild OK 2021 greift dann erstmals auf

¹Auf S. 23 des Bundeslagebilds ist vermerkt, dass in Niedersachsen abweichend von der „Bundes-Definition“ weiter ein eigener Begriff verwendet wird. Z. T. nehmen die Länder bestimmte „Gruppen mit gemeinsamem Abstammungsverständnis“ auch einfach wieder aus der Betrachtung von „Clankriminalität“ heraus, so z. B. Bayern für Italiener:innen (Gemeinsames Lagebild Justiz/Polizei zur Organisierten Kriminalität in Bayern 2021, S. 19.) Noch weiter geht NRW, das im Lagebild Clankriminalität 2021 ausdrücklich ankündigt, die Definition nur auf Menschen „mit türkisch-arabischstämmigen Migrationshintergrund“ und „Bezügen zum Libanon“ anzuwenden, was letztlich einer Nicht-Anwendung der Definition gleichkommt. Ähnlich ist es in Berlin, wo in den Lagebildern zur „Clankriminalität“ lediglich „arabischstämmige“ Menschen in den Blick geraten.

eine durch den Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz beschlossene (scheinbar)¹ bundeseinheitliche Definition zurück, die wie folgt lautet:

„Ein Clan ist eine informelle soziale Organisation, die durch ein gemeinsames Abstammungsverständnis ihrer Angehörigen bestimmt ist. Sie zeichnet sich insbesondere durch eine hierarchische Struktur, ein ausgeprägtes Zugehörigkeitsgefühl und ein gemeinsames Normen- und Werteverständnis aus.“

Clankriminalität umfasst das delinquente Verhalten von Clanangehörigen. Die Clanzugehörigkeit stellt dabei eine verbindende, die Tatbegehung fördernde oder die Aufklärung der Tat hindernde Komponente dar, wobei die eigenen Normen und Werte über die in Deutschland geltende Rechtsordnung gestellt werden können. Die Taten müssen im Einzelnen oder in ihrer Gesamtheit für das Phänomen von Bedeutung sein.“

Von der „ethnischen Herkunft“ zum „Abstammungsverständnis“: Ein Etikettenschwindel

Auffällig ist, dass der bis vor kurzem für das „Clan“-Konzept noch konstitutive Begriff der „ethnischen Herkunft“ in der neuen „bundeseinheitlichen“ Definition des BKA nicht mehr auftaucht und durch den Begriff des „gemeinsamen Abstammungsverständnis“ der Angehörigen einer sozialen Organisation ersetzt wurde. Hintergrund dieser Umstellung dürfte die vielfach geübte Kritik am Rückgriff auf die Kategorie der Ethnizität sein, der schon allein deshalb zum Scheitern verurteilt ist, weil es sich bei der Ethnie nach der heute vorherrschenden Auffassung in den Sozialwissenschaften um ein dynamisch-fluides Konstrukt handelt, dem eine Person teils von sich selbst, teils von außen zugeordnet wird und das sich im Laufe des Lebens verändern kann.² Die Vorstellung, man könnte Menschen auf Grund eines Substrats ihrer gemeinsamer Sprache, Kultur und Abstammung aus einer objektiven Perspektive in feste „Ethnien“ aufteilen, geht also

²Einführend Brubaker, Ethnizität ohne Gruppen, 2004, S. 16 ff.; Salzborn, Zeitschrift für kritische Theorie 22–23 (2006), S. 99; Sökefeld, in: Schmidt-Lauber (Hrsg.), Ethnizität und Migration. Einführung in Wissenschaft und Arbeitsfelder, 2007, S. 31 ff.

³Unrühmliche, nicht selten auch biologistisch geprägte Beispiele aus der Literatur hat Töpfer, (Dis-)Kontinuitäten antiziganistischen Profilings im Zusammenhang mit der Bekämpfung „reisender Täter, 2020 (online abrufbar unter <https://t1p.de/raf8m>), S. 13 ff. zusammengetragen; s. ferner Liebscher, KJ 2020, 3, 8 f., 14.

fehl.

Entsprechend hilflos sind denn auch die in zahlreichen polizeilichen Publikationen nachlesbaren Versuche gewesen, mit willkürlich zusammengestellten Bindestrich-Konstruktionen aus Begriffen wie „türkisch“, „arabisch“ oder „kurdisch“, die dann oftmals noch mit formal-juristischen Staaten- und Nationalitätsbezeichnungen („libanesisch“, wobei z. T. noch zwischen „echten“ und „unechten“ Libanesen differenziert wird) vermischt werden, „Ethnien“ zu kartographieren. Nicht selten bricht sich hier ein freihändiger Hobby-Orientalismus Bahn, der zu empirisch zumeist unbelegten „Kultur“-Behauptungen³ einlädt und ein Einfallstor für strukturellen Rassismus bietet.

Dieses Problem lässt sich offenkundig nicht beheben, indem man kurzerhand das Wort „Ethnie“ durch „Abstammungsverständnis“ ersetzt. Dass damit nur ein vordergründiger Etikettenwechsel und keine ernsthafte Abkehr von den hinter dem Begriff der „Ethnie“ stehenden Denkmustern verbunden ist, zeigt sich schon allein daran, dass „ethnisch“ aufgeladene Kategorien wie etwa jene der „Mhallamiye“- oder der „arabischstämmigen“ Kriminalität in den einschlägigen Behördenpublikationen aufrecht erhalten werden. Entlarvend ist ferner, dass es in keinem statistischen Werk über die „Clankriminalität“ eine Rubrik für „deutschstämmige“ „Clans“ gibt, obwohl ganz offensichtlich Tätergruppen existieren, die ein „gemeinsames deutsches Abstammungsverständnis“ haben und auch ansonsten die „bundeseinheitliche“ Clan-Definition erfüllen. Ungeschriebenes Merkmal der Definition ist also wohl, dass das „Abstammungsverständnis“ sich auf eine von den Behörden als „fremd“ empfundene „Abstammung“ beziehen muss.

Zur Untauglichkeit der „Ethnie“ bzw. des „Abstammungsverständnis“ als Anknüpfungspunkt repressiven staatlichen Handelns

Es lässt sich damit festhalten, dass das Label „Clankriminalität“ nach herrschendem Begriffsverständnis nur dann angebracht werden kann, wenn zunächst die „Ethnie“ oder „ethnische Abstammung“ bzw. das „Abstammungsverständnis“ der in Betracht kommenden Person

festgestellt wird.

Eine sozialwissenschaftlich zumindest nachvollziehbare Methodik zur Feststellung der „Ethnie“ bzw. dem „Abstammungsverständnis“ gibt es jedoch nicht. Die einzig realistische Option, nämlich eine Selbstauskunft der Betroffenen über ihre aktuelle ethnische Verortung bzw. ihr „Abstammungsverständnis“, wäre ebenso unpraktikabel wie datenschutzrechtswidrig. Es nimmt daher nicht Wunder, dass viele Behörden in ihrer Eigendarstellung einräumen, die an den Begriff der „Clankriminalität“ von ihnen angelegten Kriterien bei der statistischen Erfassung dieses Phänomens nur sehr selektiv oder (beim sog. „namensbasierten Ansatz“, bei dem schlichtweg alle Normverstöße von Menschen mit einem behördlich bestimmten Nachnamen als „Clankriminalität“ gewertet werden) überhaupt nicht abzurufen.

Viel schwerer wiegt, dass die Erfassung „ethnischer“ Merkmale bzw. des „Abstammungsverständnisses“ von Beschuldigten sowohl für die Prävention als auch für die Repression von Kriminalität wertlos ist. Insbesondere taugt sie jedenfalls dann nicht für die Erforschung der Ursachen von Kriminalität, wenn sie unabhängig von zahlreichen anderen (insbesondere sozio-ökonomischen) Faktoren erhoben wird, deren Auswirkungen auf die Kriminalitätsneigung verhältnismäßig gut erforscht sind, durch „ethnisch“ bzw. auf das „Abstammungsverständnis“ fokussierte Betrachtungen von Kriminalität aber ausgeblendet werden. Die Behauptung, dass es „Ethnien“ bzw. „Gruppen mit gemeinsamem Abstammungsverständnis“ gebe, deren Kriminalitätsneigung im Vergleich zu anderen „Ethnien“ bzw. „Gruppen mit gemeinsamem Abstammungsverständnis“ *per se* gesteigert sei, ist vielfach naturwissenschaftlich widerlegt worden und steht ideologisch in der Tradition der „Rassenforschung“.⁴

Der Schaden, den „ethnisch“ bzw. auf dem „Abstammungsverständnis“ basierte Kriminalpolitik anrichtet, ist dagegen enorm. Er reicht von einem unverhältnismäßigen Schüren rassistisch konnotierter, gruppenbezogener Kriminalitätsfurcht bei der Gesamtbevölkerung über fehlgeleitete, diskriminierende polizeiliche Handlungen bis hin zu den psychisch belastenden und sozial desintegrierenden Folgen der Stigmatisierung bestimmter Be-

völkerungsgruppen als „gefährlich“, der einzelne Menschen ohne Rücksicht auf ihr persönliches Verhalten ausgesetzt sind. Auf dem Feld der Ethnologie bzw. der Abstammungsforschung gibt es für die Kriminalwissenschaft und -politik also nichts zu gewinnen, aber viel zu verlieren.

Alternativen

Der Begriff der „Clankriminalität“ kann ohne weiteres durch die (ebenfalls nicht unproblematischen, aber entwicklungsfähigen) Konzepte der Banden- und der Organisierten Kriminalität bzw. der Netzwerk-Kriminalität ersetzt werden. Soweit die Begehung von Straftaten einen funktionalen Bezug zu einer familiären Verbindung hat, (z. B. durch arbeitsteiliges Vorgehen, die Nutzung der Verwandtschaftsbeziehung als Vertrauensbasis oder den Einsatz des Familiennamens als „Marke“), hält die OK-Forschung hierfür Modelle bereit.⁵ Auch die Neigung, den offenen Konflikt mit der Staatsmacht zu suchen (etwa durch Provokation sog. „Tumultlagen“) oder die Bevölkerung einzuschüchtern, könnte man ohne ethnische Grundierung als präzisierendes Merkmal in Betracht ziehen.

Fazit

Der Begriff der „Clankriminalität“ ist – gleichgültig welche der zahlreichen Definitionsvorschläge man heranzieht – von diffusen und nicht subsumtionsfähigen Merkmalen wie insbesondere jenem der „Ethnie“ oder der „ethnischen Abschottung“ bzw. neuerdings dem „gemeinsamen Abstammungsverständnis“ abhängig und basiert auf wissenschaftlich nicht fundierten Annahmen über „kulturelle Eigenheiten“ bzw. das „Gefahrenpotenzial“ bestimmter „Ethnien“ bzw. „Gruppen mit gemeinsamem Abstammungsverständnis“.

Soweit Definitionen von „Clankriminalität“ Anleihen beim Begriff der „Organisierten Kriminalität“ machen, ist das Verhältnis beider Begriffe ungeklärt⁶ und der Nutzen des „Clan“-Begriffs – von einer „ethnisch“ bzw. mit dem „Abstammungsverständnis“ konnotierten Abwertung der damit belegten Bevölkerungsgruppen abgesehen – nicht erkennbar. Soweit z. T. gänzlich auf einen Bezug zum

⁴Zur Kontinuität von „Rasse“-Ideologie im Konzept der „Ethnie“ instruktiv Liebscher, KJ (Heft 4) 2020, 529, 530 ff.; vgl. auch dies., Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus: Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, Berlin 2021, S. 412 ff.

⁵Instruktiv von Lampe, „Clans“, „Clankriminalität“ und „organisierte Kriminalität“, Berlin 2022 (online abrufbar), S. 25 ff.

⁶S. auch Kinzig, in: Engelhart/Kudlich/Vogel (Hrsg.), FS Sieber, Berlin 2021, S. 1391, 1409 f.

Begriff der „Organisierten Kriminalität“ verzichtet und auch Fälle von Alltagskriminalität und sogar Ordnungswidrigkeiten erfasst werden (wie etwa im Lagebild Clankriminalität NRW), ebnet dies den Weg in eine repressive Sonderbehandlung bestimmter ethnischer Minderheitengruppen.

Es wird vor dem Hintergrund der vorstehenden Kritikpunkte empfohlen, auf die Verknüpfung „ethnischer“ bzw. auf das „Abstammungsverständnis“ bezogener Merkmale mit Straftaten sowohl in der Polizei- und Justizarbeit selbst als auch bei deren öffentlicher Darstellung gänzlich zu verzichten und stattdessen kriminologisch fundierte(re) Begriffe zu verwenden. Diese Forderung ist dem erwartbaren Einwand ausgesetzt, die sog. „Clankriminalität“ zu verharmlosen und aus ideologischen Gründen („political correctness“) verschweigen zu wollen. Tatsächlich liegt aber gerade hierin ein ideologischer Reflex – nur unter den umgekehrten Vorzeichen: Für eine bestimmte Strategie der Innenpoli-

tik, deren Effektivität unbewiesen und zweifelhaft ist, wird bedingungslose, unkritische Zustimmung eingefordert. Wer in unsachgemäßer Weise mit dem Begriff der „Clankriminalität“ operiert, sagt eben im Zweifel nicht neutral „Was ist“, sondern schafft dadurch ein verzerrtes (Feind-)Bild der tatsächlichen Sicherheitslage. Dies mag nach den Regeln des politischen Handwerks zur eigenen Profilierung kunstgerecht sein, kann aber nicht auf kriminalwissenschaftlichen Beifall hoffen. *Tatsächliche* Fortschritte bei der Zurückdrängung krimineller Strukturen setzen eine sorgfältige Koordinierung von präventivem, repressivem und restitutivem (§§ 73 ff. StGB) staatlichem Eingreifen voraus, das durch eine entsprechende Ausstattung, Ausbildung und Besoldung der handelnden Beamt:innen sowie von unterstützenden sozial- und stadtentwicklungspolitischen Anstrengungen unterlegt sein muss. Holzschnittartige „Ethnien“- bzw. „Abstammungs“-Kunde und kriminalbiologisches Budengeläut können hierzu nichts beitragen.

Valentina Chiofalo

Weil wir dich fürchten

Rassistische Fahrkartenkontrolle bei der BVG vor Gericht
doi: 10.17176/20230808-224248-0



Bei der Fahrkartenkontrolle beleidigen Kontrolleur:innen in Berlin einen Schwarzen Mann rassistisch und verletzen ihn. Das Amtsgericht Berlin (Mitte) erkennt eine rassistische Diskriminierung im Rahmen der Deliktshaftung der BVG an – was zu begrüßen ist! Auf der anderen Seite zeigt der Fall die Schwierigkeiten der engen rechtsgutsbezogenen Prüfung des Deliktsrechts in Diskriminierungsfällen auf. Laut Gericht trägt der Kläger sogar eine Mitverantwortung für die Gesundheitsschädigung, obwohl das Geschehen klar als rassistisch erkannt wird. Mit dem LADG, dessen Anwendbarkeit das Gericht fälschlicherweise verneint, wäre das nicht passiert.

Der Kläger, ein Schwarzer Mann, gerät im Oktober 2020 in Berlin in eine Fahrkartenkontrolle am U-Bahnhof, die eskaliert. Drei Kontrolleur:innen drangsalieren den Kläger, nehmen ihm seine gültige Fahrkarte ab, posieren mit ihm für ein Selfie und beleidigen ihn währenddessen rassistisch. Sätze fallen, wie er solle „sich in Deutschland benehmen“ und „Black Lives Matter ist keine Ausrede“, er wird als „Schwarzkopf“ betitelt. Das Geschehen wird körperlich, nachdem der Kläger in Richtung der Kontrolleur:innen spuckt – ein Kontrolleur packt ihn darauf am Hals und fixiert ihn auf einer Bank. Schürfwunden am Arm und Bein sind die Folge, die Polizei muss die Situation auflösen.

Wie ein solcher Fall im Lichte des seit 2020 geltenden Landesantidiskriminierungsgesetzes (LADG) zu bewerten ist, entschied das Amtsgericht Berlin (Mitte) am 10.07.2023. Der Kläger begehrte von den Berliner Verkehrsbetrieben (BVG, #Weil wir dich lieben) 2000 Euro Entschädigung aufgrund einer rassistischen Diskriminierung nach §§ 2, 4 Abs. 1, 8 Abs. 2 LADG. Diesen Anspruch lehnte das Amtsgericht zwar ab, sprach dem Kläger schlussendlich trotzdem 1000 € Schmerzensgeld aufgrund einer rassistischen Diskriminierung und Gesundheitsschädigung im Rahmen von §§ 823, 831 BGB zu. Dabei müsse sich der Kläger, so das Gericht, das Spucken als Überreaktion und Provokation entgegenhalten lassen.

Ich möchte in diesem Beitrag positiv hervorheben,

dass das Amtsgericht Berlin (Mitte) eine rassistische Diskriminierung zumindest teilweise klar benannt und verurteilt hat, gleichzeitig aber den eingeschränkten Anwendungsbereich des LADG kritisch beleuchten.

Diskriminierungsverbot für das öffentlich-rechtliche Handeln des Landes Berlin

In Berlin gilt seit 21.06.2020 das LADG. Ziel des Gesetzes ist gemäß § 1 LADG, Chancengleichheit tatsächliche herzustellen und durchzusetzen, jede Form von Diskriminierung zu verhindern und zu beseitigen sowie eine Kultur der Wertschätzung von Vielfalt zu fördern. Das gewählte Mittel ist vor allem ein Diskriminierungsverbot für öffentlich-rechtliches Handeln des Landes Berlin. § 2 LADG normiert, dass kein Mensch im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns auf Grund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen und antisemitischen Zuschreibung, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der Sprache, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status diskriminiert werden dürfe.

Im Fall einer Diskriminierung hat der:die jeweils Betroffene u.a. einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung (§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 LADG). Verfahrenstechnisch ist nach § 8 Abs. 5 LADG der ordentliche Rechtsweg eröffnet, die Streitigkeiten werden somit an die Zivilgerichtsbarkeit verwiesen. Die vom Senat eingerichtete [Ombudsstelle](#) unterstützt und berät Betroffene kostenfrei bei der Durchsetzung Ihrer Rechte nach dem LADG, § 14 LADG.

Urteilsgründe: rassistische Diskriminierung im Rahmen von § 823 BGB, aber mit Verschulden?

In unserem Fall verneint das Gericht, dass das LADG anwendbar sei. Gemäß § 3 Abs. 1 LADG seien landesunmittelbare öffentlich-rechtlichen Anstalten nur dann über das LADG gebunden, soweit diese Verwaltungsauf-

gaben wahrnehmen. Eine Verwaltungsaufgabe liege nur vor, wenn öffentlich-rechtliches Handeln gegeben sei. Da die Fahrkartenkontrolle allerdings im Zuge eines privatrechtlichen Beförderungsvertrags zwischen der BVG und dem Kläger stattfindet, könne weder ein öffentlich-rechtliches Handeln, noch eine Verwaltungsaufgabe bejaht werden – und zwar auch dann, wenn die BVG eine Daseinsvorsorge ausführt. Nach den Ausführungen des Urteils liegt dann, wenn die Verwaltung privatrechtlich handelt, sog. „Verwaltungsprivatrecht“ vor. Anders sah das die [LADG-Ombudsstelle des Landes Berlin](#), die in dem Verfahren einen *Amicus Curiae* abgegeben hatte. Der Anwendungsbereich sei eröffnet, da die BVG als Anstalt des öffentlichen Rechts öffentliche Daseinsvorsorge erbringt und somit auch bei der Durchführung der Beförderungspflicht an öffentlich-rechtliche Vorgaben gebunden ist.

Das Gericht erkennt dem Kläger im Ergebnis 1000 € Schmerzensgeld aus §§ 823 Abs. 1, 831 BGB zu. Bei den Kontrolleur:innen, die für eine Berliner Sicherheitsfirma arbeiten, handele es sich um Verrichtungsgehilfen der BVG iSv § 831 BGB. Das Gericht identifiziert anschließend zwei Rechtsgutsverletzungen: eine Persönlichkeitsverletzung durch die rassistischen Beleidigungen sowie eine Gesundheitsbeeinträchtigung.

Das Gericht begründet dann am Maßstab des § 286 ZPO umfassend die eigene Überzeugungsbildung bezüglich der rassistischen Beleidigungen. Gestützt wurde die Klägeraussage durch Videoaufnahmen, die allerdings keinen Ton wiedergeben. Die entgegenstehenden Aussagen der drei Kontrolleur:innen konnten die Überzeugungsbildung des Gerichts nicht erschüttern. Schlussendlich attestiert das Gericht „nicht nur eine grobe Beleidigung des Klägers [...], sondern eine Verletzung der Menschenwürde und damit eine den Schmerzensgeldanspruch begründende schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung.“ Durchaus substantiiert setzt sich die Richterin dann mit dem Begriff des Rassismus auseinander. Dass sie jedoch als einzige Quelle „Wikipedia“ ausweist, markiert die Leerstelle, die Rassismus in der juristischen Aus- und Weiterbildung nach wie vor darstellt.

Die Körperverletzung des Klägers ordnet die Richterin als Gesundheitsschädigung ein, an dieser Stelle hält sie dem Kläger allerdings die „eigene Provokation durch das Spucken in die Richtung“ des Kontrolleurs entgegen. Dadurch sei der Kläger für die weitere Eskalation zumindest teilweise mitverantwortlich. Ein durchaus überraschendes und problematisches Votum, wenn man den gesam-

ten rassistischen Vorfall einheitlich betrachtet.

Ungenutzte Potenziale des LADG

Es ist begrüßenswert, dass das Gericht ohne die Beweiserleichterung des § 7 LADG oder § 22 AGG zu dem Schluss kommt, die rassistischen Beleidigungen haben auch tatsächlich stattgefunden. Auch ohne sonstige Zeug:innen wird dem Kläger folgerichtig Glauben geschenkt – und dass, obwohl die drei Mitarbeitenden die Vorfälle abstreiten. Durchaus ein Erfolg für den Kläger, dessen Aussage aber auch die Überwachungsvideos stützten. Die rassistischen Beleidigungen stellen, so die Richterin, einen schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Klägers dar, werden sogar als Würdeverletzung klassifiziert.

An dieser Stelle liegen aber auch die Probleme der Entscheidung. Die Begründungslast wäre bei Anwendung des LADG leichter gewesen, denn hier greift eine Vermutungsregelung (§ 7 LADG). Zusätzlich wäre im Anwendungsbereich des LADG der *gesamte* Geschehensablauf als diskriminierend zu bewerten, anstatt wie hier, die rassistischen Beleidigungen von der Körperverletzung abzuspalten. Dadurch reduziert das Urteil die zweite Geschehenshälfte zu stark auf die Gesundheitsschädigung, der rassistische Charakter des Gesamtgeschehens geht verloren. Statt auf die rassistische Interaktion der Kontrolleur:innen abzustellen, die schon damit begann, dass der Kläger ausgesondert und ihm seine gültige Fahrkarte abgenommen wurde und die erst in der Gesundheitsschädigung ihren Höhepunkt fand, wird der Ablauf künstlich in seine Einzelteile aufgeteilt. Auf der einen Seite steht dann die rassistische Beleidigung als Persönlichkeitsverletzung, scheinbar losgelöst davon die Körperverletzung als eigene deliktische Handlung ohne rassistische Einfärbung.

Für diesen zweiten Handlungsabschnitt wird dem Kläger sogar noch eine Mitverantwortung zugesprochen. Sein Spucken wird zuerst im Tatbestand des §§ 823, 831 BGB berücksichtigt, dann erneut beim Mitverschulden in der Schmerzensgeldberechnung erwähnt. Dabei ist nicht ersichtlich, inwiefern eine mögliche „Provokation“ des Klägers bereits im Tatbestand des § 823 BGB relevant ist. Grundsätzlich können Provokationen in der haftungsbe gründenden Kausalität berücksichtigt werden, allerdings nur dann, wenn unklar ist, ob der:die Anspruchsgegner:in eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung herausgefordert hat (Stichwort: Verfolgungsfälle). Hier liegt, so das Gericht selbst, allerdings der umgekehrte Fall vor. Ein

mögliches Mitverschulden kann daher nur in der Bemessung des Schadensersatzes eine Rolle spielen. Ob innerhalb des gesamten Geschehensablaufs das (auf den Boden) Spucken des Klägers wirklich als signifikantes Mitverschulden gewertet werden kann, ist fraglich, zumal § 254 BGB nicht eins zu eins anwendbar ist. Eine Kürzung um 1000 € hinsichtlich der begehrten 2000 € ist in Anbetracht der aggressiven und rassistischen Entgleisungen der Kontrolleur:innen fragwürdig. Auch hier war das Ergebnis mit dem LADG und einer einheitlichen Betrachtung des diskriminierenden Geschehens anders ausgefallen.

Warum nun ist das LADG nach der Rechtsauffassung des Gerichts nicht anwendbar? Für das Gericht ist maßgeblich, ob eine Verwaltungsaufgabe ausgeübt wird, was es aus § 3 Abs. 1 LADG herauszieht. Zwar rekurriert § 3 Abs. 1 LADG zwar auf Verwaltungsaufgaben, dieser Halbsatz bezieht sich allerdings primär auf die Judikative und Staatsanwaltschaft Berlins („Dieses Gesetz gilt für die Berliner Verwaltung, für landesunmittelbare öffentlich-rechtliche [...] Anstalten [...] sowie für die Gerichte und die Behörden der Staatsanwaltschaft [...], soweit diese Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.“ – Herv. durch Verf.). Die Aufzählung des § 3 Abs. 1 LADG unterbricht ein „sowie“, das verdeutlicht, dass nur für die Letztgenannten der Geltungsbereich über das Tatbestandsmerkmal „Verwaltungsaufgaben“ eingeschränkt werden soll. Das macht auch gerade aus einer Gewaltenteilungsperspektive Sinn. Es wird somit eine zusätzliche Tatbestandsvorsatzsetzung in § 3 LADG hineingelesen, die so nicht existiert.

Damit versteift sich das Gericht unnötigerweise auf die konkrete Rechtsnatur der Maßnahme, vorliegend zivilrechtlicher Art, und landet somit in der 2-Stufen-Theorie („Ob“ der Leistung ist öffentlich-rechtlich/

„Wie“ der Leistung ist privatrechtlich). Eine solche strenge Trennung widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, da ja gerade anerkannt wird, dass im Bereich der öffentlichen Verwaltung und der Daseinsvorsorge eine Diskriminierung im „Wie“ die Inanspruchnahme des „Obs“ signifikant beeinflusst. Bürger:innen können sich gerade nicht aussuchen, zu welcher Behörde sie gehen, welche Sachbearbeiter:innen ihnen zugeteilt werden oder mit welchem Verkehrsbetrieb sie fahren. Dies drückt sich auch im Begriff des Verwaltungsprivatrechts aus, den das Gericht wohl missversteht. Denn selbst wenn sich die Verwaltung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf das Zivilrecht bezieht, wird es vom öffentlichen Recht überlagert und modifiziert – das meint Verwaltungsprivatrecht.

Somit bleiben einige Folgefragen bei dieser Abgrenzung offen: Ist das LADG anwendbar, wenn ein Busfahrer sich aus rassistischen Gründen dagegen entscheidet, eine Person mitzunehmen? Lege ich, sobald ich eingestiegen bin, aber den Schutz des LADG ab? Oder gilt das LADG auch bei der Frage des Einsteigens (und somit der 1. Stufe, dem Ob) nicht, weil ich mich in der Anbahnung eines Beförderungsvertrags befinde? Schlussendlich erkennt das Amtsgericht Berlin (Mitte) zwar im Unterschied zur landgerichtlichen LADG-Entscheidung im [Plansche-Fall](#) die Diskriminierung grundsätzlich an. Trotzdem bleibt Luft nach oben und zu wünschen, dass Gerichte in künftigen Verfahren die Potenziale des LADG erkennen und nutzen.

Transparenzhinweis: Die Autorin absolviert ihre Referendariatsstation bei der Ombudsstelle für das Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz. Die Ombudsstelle hat im Verfahren einen Amicus Curiae eingereicht.

Anm. d. Red.: Nachträglich wurden zwei Datumsfehler korrigiert und die Gerichtsbezeichnung präzisiert.

Andrea Procházková

How to Form the Czech Constitutional Court?

doi: 10.17176/20230831-182922-0



Politically, summers in the Czech Republic are often quiet. This year is different. A newly elected president, Petr Pavel, is selecting almost all of the fifteen members of the Czech Constitutional Court („CCC“) during the next two years. Unexpectedly, Pavel’s selection process has sparked a great deal of controversy and discussion about how a president should choose constitutional judges. What happened? And what are the main lessons to be learned from the current situation in the Czech Republic?

New president, new rules

Former Czech President Miloš Zeman, who left office in March this year, had a very complicated relationship with the judiciary. Simply put, Zeman’s nomination process for the CCC was neither transparent nor predictable. The Czech Constitution says that Justices of the CCC are appointed by the President after confirmation by the Senate (Article 84(2) of the Czech Constitution). This means that the President should propose the name of a potential candidate, which is then submitted to the upper chamber of the Parliament, the Senate. The President needs the approval of a simple majority of senators (votes of more than half of those present) to appoint his nominee to a ten-year term.

Miloš Zeman had no publicly known rules for the selection of candidates for the CCC before submitting them to the Senate, and often came up with controversial and inappropriate proposals to complete the Court. This was not the case during the entire ten years of Zeman’s rule. The former President had a few appointments of constitutional judges of high quality. This was due to his good relationship with the President of the CCC, Pavel Rychetský, whom he knew very well from domestic politics (they sat together in the government when Zeman was prime minister in 1998-2002).

But in 2015, towards the end of Zeman’s first presidential term, a personal conflict arose between Pavel Rychetský and Miloš Zeman, mainly over Zeman’s increasingly populist statements on the migration crisis and his

support for pro-Russian policies. President Zeman stopped listening to his former friend and started proposing his own candidates. Who made it to the Court (or at least received a nomination) often depended on the relationship between the President and a candidate and whether the views of potential candidates suited the head of state, who often acted unconstitutionally or on the edge of the Czech Constitution. On the basis of these criteria, the person in question could be included in the list of jurists under consideration.

After the election of Petr Pavel in early 2023, Czech society and especially the legal community expected change. [Academics and political commentators called for a transparent, open and inclusive process of nominating future constitutional judges.](#) Moreover, a part of the Czech legal community, which has been among the critics of President Zeman’s unconstitutional behavior, saw an opportunity to propose the names of respected lawyers who were not considered during Miloš Zeman’s presidential term because of their opinions or active defense of the Constitution against his political pressure. A new president, who at the same time said he wanted to be the opposite of his predecessor, promised to introduce new rules. And that’s exactly what happened.

Two weeks after Pavel’s inauguration, the Office of the President announced [a process of selecting new members of the CCC.](#) Quick action was needed. President Pavel faced a difficult task: to select and appoint seven constitutional judges by the end of the year, and six more the following year. Petr Pavel created an „Advisory Board“ of six highly respected lawyers, headed by constitutional law professor Jan Kysela. However, there are also other well-known figures, such as former constitutional judges Eliška Wagnerová and Ivana Janů, former ombudsman and dissident Anna Šabatová (Šabatová left the Board when her son got an interview date as a possible candidate), and two leading scholars specializing in constitutional law from Czech law faculties with international experience, David Kosař and Marek Antoř. The

Board also includes a former member of the Senate as a link to the political reality of the upper house of the Czech Parliament.

The published document contains new criteria for the selection of future constitutional judges appointed by Petr Pavel. The Advisory Board should transform the CCC to be more diverse in terms of professional background, opinion orientation, and also more balanced in terms of gender representation. The task of the Board was first to draw up a list of potential candidates. The President also asked 23 professional institutions, such as Czech law faculties, the Czech Bar Association, the Union of State Attorneys, the Supreme Courts, and the Academy of Sciences of the Czech Republic, to suggest specific names.

Power struggle

The first three nominations in May 2023 already aroused great emotions among politicians and the professional public. Not so much because of the personalities of the proposed jurists, but because of the way they were selected. And these emotions did not go away with the next batch of nominations which were introduced during the summer. There are two main reasons why the new rules have been questioned in recent months.

First, critics of the selection process – mainly from the ranks of the Czech senators – have argued that although the selection of constitutional judges is a presidential prerogative, it is in fact carried out by the Advisory Board. The Advisory Board invites potential candidates for an initial interview and recommends whether the President should meet with them and formally nominate them. The will of the selected experts is therefore expressed in two stages – when the list of potential nominees is drawn up and before the final interview with the President. Nevertheless, some lawyers have met with Petr Pavel even though they were not recommended by the Advisory Board, and one candidate even became a constitutional judge without being „approved“ by the experts. Critics say the new procedure bypasses the will of the head of state, who in this case merely confirms a choice de facto made by experts on the Advisory Board.

Some academics describe the new rules as „technopopulism“. For example, [according to Jan Komárek](#), a professor in Copenhagen who is originally from the Czech Republic, Petr Pavel is trying to remove the political aspect from the selection of constitutional judges. Komárek also argues that in Germany or the United States, the selec-

tion of future members of the Constitutional Court is not seen as a purely professional process, but as a matter of party politics.

On the other hand, there is no unified political line among the critical senators. Traditionally, party affiliation does not play a significant role in voting on nominees. The influence of party politics has generally played a smaller role in the Czech political system than in Germany or the United States. This is mainly due to a record level of public distrust in the ability of political parties to govern the country, which is not only a consequence of the COVID pandemic, but also long-standing inability to address basic social problems such as pension reform or the digitalization of the state.

Secondly, the ideological and power conflict between the President and the Senate also plays a role in the debate about the current model for selecting constitutional judges. According to critics, the Advisory Board is „too leftist“ and the President „too progressive“. By contrast, the Senate is now considered a highly conservative institution, especially when it comes to ideological beliefs. This is also why senators would like to have a say in how the CCC should be composed and how the potential judges should think about certain constitutional issues. The senators had hoped that, with a new president whom the majority of the Senat publicly supported in the presidential election, they would have a greater say in the pre-selection of constitutional judges. [Some of them have said in the past that they wanted to suggest names themselves](#). But with the creation of the Advisory Board, they feel robbed of that role.

Their criticism should therefore be understood as an attempt to push through nominees to the CCC. The power struggle arose as a result of setting limits after the election of a new head of state and is manifested in the Senate's attempt to put like-minded people on the Court.

The next task

Despite this loud criticism, all nominations have so far been approved by the Senate. But it turns out that the debate about the future judges of the CCC is not over yet. There are still too many unresolved but crucial questions on the table. What should be required of constitutional judges? What are the qualities that we consider essential and that make us forgive other shortcomings? There is no clear consensus on who should be a constitutional judge and what are the main and most important requirements

for this role. Neither the senators nor the Advisory Body have a clear position on the issue. This is due to a lack of professional and political debate.

For many years, candidates for the CCC were not in the public eye. This is now changing, as more and more people – politicians and citizens alike – are becoming aware of the importance and power of the constitutional court's decisions. And at the same time, looking abroad, constitutional courts seem to be the place where important social issues are decided, especially when the political scene is blocked or too conservative compared to the rest of society. We recognize the far-reaching nature and significance of the United States Supreme Court's decision.

It is fair to say that the CCC operates in a legal and political environment different from that of the Supreme Court of the United States. Although Czech constitutional judges have also decided socially sensitive cases, [such as last year's transgender case](#), they make up only a small part of the CCC's caseload. The same applies to judicial decisions that are likely to affect the political system. Nevertheless, there is a perception in some parts of society and political representation that the constitutional courts are the place where some future disputes will be decided.

To sum up, the introduction of a model for the selection of constitutional judges is certainly a good step for the CCC. Especially when President Petr Pavel has no legal background. At the same time, the critics of the process are right on some points. The President says the new rules are more transparent. In fact, they are not. We may know the general rules of selection, but who makes the final list of candidates is already decided behind the scenes. In practice, there is no other way. But it is not credible to claim otherwise in public.

Nor do general criteria for an ideal nominee provide a satisfactory answer to the question of what we require of constitutional judges. This is evident not only in the deliberations over proposed names, but also in the power struggle between the Senate and the President, who have different ideas about the content of these criteria and which jurists embody them. Clarifying what we actually want from constitutional judges should now be the main task of the actors. This will be useful not only for other candidates for the position, but above all for the legitimacy of the CCC.

The initial version of this text contained some factual errors regarding the Advisory Board which have been corrected in this version.

Anastasiia Vorobiova

The New Russian School

How Forced Labor and Propaganda are Returning to Russian School Curricula

doi: 10.17176/20230828-182901-0



The beginning of the new school year in many countries of the former Soviet Union, including in [Russia](#), is celebrated on September 1st and is known as “Knowledge Day”. This day is marked by grand celebrations where schoolchildren, parents and teachers gather together. The children who are entering school for the first time are the stars of the day – dressed in black and white suits, carrying large bouquets, and listening to the school bell ring to mark their first lesson and their new status as “schoolchildren”. The new school year brings new textbooks and subjects for older students.

This year, however, September 1st will be unique as the new [educational amendments](#) enter into force in Russia and Russia-controlled territories (referring to the Ukrainian territories of Crimea, Kherson, Zaporizhzhia, Donetsk and Luhansk region currently under the effective control of the Russian Federation). These amendments introduce controversial changes to the educational process, which raise serious concerns about children’s rights and freedoms. These changes include new unified textbooks on history, the legalisation of children’s forced labour, and the continuation of “Conversations about the important” lessons with an enhanced militaristic element.

Federal programs and unified textbooks

As highlighted in my [previous post](#), in 2023, Russia introduced new federal unified programs for school subjects, such as history, geography, literature, and basics of life safety. These programs will come into full effect in September 2023, with new rules governing textbooks, the content of which is now under the complete control of the Ministry of Education. During the Summer of 2023, Russian Minister Sergey Kravtsov [presented](#) new history textbooks to the general public. Some experts have qualified these textbooks as “blurring the line between history and propaganda”.

In line with the new federal standard, the new [textbook](#) promotes “Russian military glory” and frames the

current war against Ukraine as a continuation of the Soviet Union’s struggle against the “Nazis”, claiming that Ukraine itself is inhabited by “Neo-Nazis”. Apart from the issue that having a single history textbook as such is problematic, another troubling aspect is the aim of such education, as not having a purely informative function or developing [critical thinking](#) but instil “a sense of pride and patriotism” with “readiness to defend the Fatherland”. This approach is contrary to the right to education and, in its core content and aims, can amount to “mnemonic indoctrination”.

Forced labour legalised: returning to the “good old Soviet times”

My parents once told me how during schoolyears in “good old Soviet times”, they were required to collect harvest on the fields (of course, without any compensation), clean their school premises, and even forge new items for their schools (such as chairs and desks). During the USSR, children aged 15 were [obliged](#) to participate in “socially beneficial labour”, although de-facto forced labour was prohibited. These practices very accurately illustrate the “[voluntold](#)” phenomena in the Soviet Union, where citizens were “encouraged” to perform some tasks for the government without the option of refusing, such as performing “socially useful work” like cleaning streets or collecting harvest.

Bringing children to work in kolkhozes (a form of collective farm in the Soviet Union) or collecting cotton in [hazardous conditions](#) was a [common practice](#). However, as early as 1967, some Soviet functionaries raised concerns about the deteriorating health of children collecting harvests that were generously covered by pesticides. These concerns were largely ignored because mandating children to work for the “benefit of the society”, according to one [Russian scholar](#), was considered a valuable educational tool to “instil the right Communist spirit”.

After the fall of Communism, these practices were abolished. In Russia, guarantees against forced labour were

enshrined in the [Constitution](#) and the Law on Education, prohibiting forced labour as such and requiring parents' written consent to engage children in labour activities during prescribed educational activities. However, in 2023 Russian parliamentarians decided to [amend](#) the definition of "upbringing" to include "industriousness" (original: *trudolyubije*) and a "responsible attitude towards labour". The previous version of Art. 34 of the Law on Education explicitly prohibited involving children in labour activities outside the regular curriculum without their parent's consent.

Since 1st September, 2023, children can be engaged in such activities under the general Labour Law requirements. These amendments are especially worrying as just in July 2023, the Russian news outlet "Nastojashee vremya" [reported](#) that students of the technical college in the Tatarstan region were producing combat drones used in the war against Ukraine, working 12-hour shifts and earning roughly 400\$ a month for their work. As the law does not specify which activities are considered "[socially useful labour](#)", the schools are given broad discretion in deciding how to engage children, and as of September 1st, parents are given no say in that regard.

Therefore, the Russian government is disregarding its obligations under [Art. 24 of the Convention of the Rights of the Child \(CRC\)](#) and [Art. 10 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights \(ICESCR\)](#) to adopt all possible measures to prevent children from exploitation and forced labour. There are also no guarantees that the Russian government will not exploit children for the Russian army's benefit by producing ammunition and clothing or engaging in patriotic activities.

These worries are justified. According to Russian MP [Olga Kazakova](#), under the new amendments, children can be involved in "activities of a patriotic character". During the 2022/23 school year, news outlets reported that children were sewing bags, gloves and [other items](#) for the Russian army, including [children with cerebral palsy](#) and children with [Down syndrome](#). The new law de facto allows using children for activities showcasing support for the Russian military personnel participating in the war against Ukraine. Even parents cannot prevent their children from participating in "events of a patriotic character".

Regrettably, international law's stance on mandating children to participate in such events is rather weak and mostly oriented towards parents' rights to have their children receive education in accordance with their own

convictions. For example, in the [Valsamis v. Grece](#) decision, the ECtHR's argued that a child's suspension from school for refusing to participate in a military parade due to religious convictions did not amount to a violation of the child's individual freedoms. The decision was [criticised](#) by prominent child rights scholars, as by focusing on the parent's rights and giving a value judgement about the "peaceful" nature of a military parade, it failed to acknowledge the individual stance of the child as being the right holder as such. If Russian children indeed are forced to participate in celebrations of, for example, days of Russian military glory or showcasing support for the Russian invasion of Ukraine, such practices can be seen as contrary to the individual rights of the child and not limited to parents.

"Conversations about important things" and other patriotic propaganda

In 2023 "Conversations about the important" lessons will be continued. Adopted in [2022](#) as a pilot project, this extracurricular activity, which is held as the first lesson every Monday, has become an effective propaganda tool. Although the classes were initially qualified as "voluntary", parents who did not want their children to attend faced harassment from school administration and were even [summoned](#) to the Russian police for allegedly neglecting their parental duties. Eventually, the Russian educational ministry [clarified](#) that attending these lessons is mandatory and [claimed](#) that implementing such lessons for the 2022/23 school year was a great success.

The content of these classes raises serious concerns. For example, in a [video](#) filmed for a lesson about the "Day Commemorating Genocide of the Soviet People" (19 April), the Russian historian A. Zvyagintsev drew parallels between the Second World War and the current war against Ukraine. More subtle messages are hidden in other methodological materials of the cycle, such as asking students to tell stories of relatives currently fighting in Ukraine or openly calling the current war a "liberation mission for the people of Donbas".

For the school year of 2023/24, Russian MP Yana Lantratova [suggested](#) showing videos titled "What are we fighting for" that tell stories about Russian servicemen currently fighting in Ukraine. It is also planned that these servicemen's stories will be used in the methodological materials for the [upcoming lessons](#) on "Special Forces

Day”, “National Unity Day”, “We Are Together”, “Heroes of Our Time”, “Defender of the Fatherland Day”. The ideological pressure is increasing: for example, a school principal from [the Perm region](#) who refused to hold these lessons and engage children in other propagandistic activities was recently fired. As a result, the upcoming school year will feature even more militaristic propaganda pre-approved and sanctioned by the government.

Conclusion

This is a brief overview of what lies ahead for Russian education in the upcoming school year. The new educational amendments only serve to strengthen the ideological component of Russian education. As [noted](#) by the Russian pedagogue Dima Zitzer, the consequences of these

aggressive policies, which are being instilled in children’s minds will take ages to overcome. Another question is for the relevant human rights bodies, especially those supervising the implementation of human rights agreements to which Russia is still a party and whose provisions prohibit Russia’s described innovations. However, for now, the neglect of children’s rights in Russia remains out of focus for international stakeholders. Such negligence can have far-reaching consequences, as an entire generation of young Russians is being brought up with belligerent rhetoric, hostility, and hatred towards neighboring nations. In light of the above, children’s rights and education should return from the periphery of human rights law and, in the words of [Freeman](#), children must finally be taken seriously.

Sakari Melander

How a Boat Trip to Estonia Challenged the Foundations of the Finnish Sentencing System



doi: 10.17176/20230823-182853-0

As is well known, the Gulf of Finland between Helsinki and Tallinn can be crossed by ferry in a few hours. While the journey takes longer on a private boat, it remains a favored passage for sailors and private vessel owners, especially on a sunny summer's day. In August 2015, a Finnish citizen opted for such a tour, travelling to Estonia and back with a pleasure boat. This turned out to be a very expensive trip for the traveller. Viewed from a broader vantage, his travel has not only shaken the foundations of the Finnish sentencing system but also shed new light on the requirements of proportionality that EU law may establish on national sentencing systems more generally.

Because the boatman did not carry his passport with him, he was fined. The boatmen objected to the penal order and the case proceeded to the district court and eventually to the Supreme Court of Finland, which requested a preliminary ruling from the European Court of Justice (ECJ). In its preliminary ruling (C-35/20, A, EU:C:2021:831), the ECJ found that the Finnish day fine system constituted a disproportionate sanction due to the considerably high total monetary amount of fines, which was influenced by A's income.

This post argues that the view on proportionality adopted by the ECJ is too narrow, and often in conflict with the broader requirements of proportionality adopted in national criminal justice systems. The proportionality of sanctions has been discussed in various ECJ rulings (see, e.g., already C-203/80, *Casati*, EU:C:1981:261, para 27 and C-68/88, *Greek Maize*, EU:C:1989:339, para 24, and more recently C-77/20, *K.M.*, EU:C:2021:112, paras 37–38). In its case-law, the ECJ naturally assesses proportionality from the viewpoint of the objectives of EU law in question. However, proportionality of criminal sanctions is a crucial principle that safeguards the justness of criminal justice systems and is guaranteed in various national constitutions and Article 49(3) of the EU Charter

for Fundamental Rights (on the history and theory behind the principle, with a visible critical undertone, see [here](#)). Whilst the ruling of the ECJ is justifiable from the point of view of EU law, its reasoning has fundamental repercussions on national criminal justice systems where proportionality is approached from a wider perspective.

Legal proceedings of the case

When the boatman returned to Finland, he underwent a border inspection. Although he owned a valid passport, he failed to present such to the authorities. He was, however, entitled to enter Finland since his identity could be confirmed using his driving license. Despite this he was issued a penal order for a petty state border offence because crossing the Finnish border without a valid identity card or passport is a criminal offence in Finland ([Chapter 17, Section 1 of the Finnish Penal Code](#)). The only available sanction for petty state border offence is a fine. The boatman was issued a 15-day fine, with the monetary amount of one day fine being 6 350 euros, based on his considerably high income. Thus, the total amount of the fine would have been 95 250 euros.

Because the boatman objected the penal order, the case eventually proceeded to the Supreme Court of Finland. The Supreme Court requested a preliminary ruling from the ECJ to verify whether the national penal provision was compatible with an EU citizen's right to freedom of movement and whether the punishment was proportionate from the viewpoint of EU law. In May 2023, the Supreme Court of Finland delivered its precedent (KKO 2023:35, [see the English summary of the case](#)), which illustrates several points of interest from a broader EU constitutional law perspective.

In its preliminary ruling of October 2021 (C-35/20, A, EU:C:2021:831) the ECJ found that EU law, specifically the freedom of movement guaranteed for Union citizens in Article 21 TFEU and specified in [Directive 2004/58/EC](#),

does not preclude national legislation criminalising such behaviour. However, the ECJ ruled that in these circumstances, the Finnish day fine system amounted to a criminal sanction that was not proportionate to the seriousness of the offence.

The day fine system in Finland

The day fine system was adopted in Finland already in 1921, replacing the previous system of fixed fines. The objective of the day fine system was to promote equality, as the fixed fine system was seen as treating individuals with better financial positions more leniently. To address this, the system was reformed so that the total amount of the fine is always dependent on the income of the offender (see Government's Proposal 36/1920 vp and [here](#)). Although the Finnish criminal justice system and its sanctions regime also include fixed fines for some petty offences, day fines are provided as a sanction for a significantly larger number of offences.

According to Finnish legislation, when the day fine system is applied, the total amount of the fine is assessed by sentencing the offender to between one and 120 day fines based on the blameworthiness of the act ([Finnish Penal Code Chapter 2a, Section 1](#)). The monetary amount of one day fine is set according to the solvency of the person, using the method of assessment prescribed in law ([Penal Code, Chapter 2a, Section 2](#)). There is no upper limit for either the monetary amount of one day fine or the total monetary amount of the sanction. The minimum monetary amount of a day fine is six euros. Thus, the total monetary amount of a sanction is calculated by multiplying the number of day fines by the monetary amount of one day fine. This means that if your monthly income is very high, the total amount of the fine will also be very high.

In its ruling, the Supreme Court of Finland recognized that the day fine system and the foundations on which the monetary amount of the day fine is determined belong to the fundamental principles of the Finnish criminal justice system. The system is designed to ensure that an individual's economic situation does not affect the severity of their criminal punishment, a principle that was specifically maintained during the comprehensive reform of the Finnish Penal Code (see, e.g., Committee Report 1976:72, p. 81). The Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament has also stressed the importance of equality in relation to monetary sanctions and noted that legislative changes that could alter the practical effect of a mone-

tary sanction differently based on the income of the defendant are of constitutional relevance ([Statement of the Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament 30/1998 vp, p. 3](#)).

Proportionality of the day fine system and EU law

In its preliminary ruling, the ECJ as such rightly stressed that crossing the border of the Member States without a valid travel document is a minor offence. However, the court found that when the total amount of the fine imposed from this minor offence typically consisted of 20 percent of the offender's net monthly income, and when the total amount of the fine imposed for the defendant in the case could be 95 250 euros, the severity of the sanction exceeded what is appropriate and necessary to achieve the objective of the offence ([C-35/20, A, EU:C:2021:831, paras 80–92](#)). The ECJ acknowledged that EU law does not preclude national rules on financial penalties from taking into account a person's ability to pay when calculating the amount of the sanction (para 91). However, it argued that when EU law is relevant in applying such sanctions, a sufficiently dissuasive penalty may be ensured by using less restrictive penalties, such as fixing fines at a lower percentage of monthly income and introducing a ceiling on the amount of fines (para 91).

With this finding, the ECJ shot an arrow to the very heart of the Finnish sentencing system and questioned one of the defining features of the Finnish day fine system. The Supreme Court of Finland must have faced a dilemma when considering how to reconcile this contradiction. On the one hand, it reiterated that the day fine system and the basic principles of calculating the monetary amount of a day fine belong to the foundations of the Finnish criminal justice system. On the other hand, it was obliged to somehow find a solution that would align the proportionality of the criminal sanction imposed with the requirements of proportionality under Directive 2004/38/EC and Article 49(3) of the Charter, as interpreted by the ECJ in its ruling.

The Supreme Court resolved the issue of proportionality in enhanced composition due to its fundamental importance. The majority was of the opinion that acceptable proportionality could be achieved by lowering the number of day fines. While the "normal punishment" for a petty state border offence had been 15 day fines, the majority lowered the number of day fines to 5. This also means – although the majority did not explicitly mention it

– that the blameworthiness of a “normal” petty state border offence was significantly reduced, as there were no special mitigating circumstances in the case that would have favoured the significant lowering of the number of day fines.

This is problematic from the perspective of the principle of proportionality, as the penalty value of a petty state border offence suddenly changed. While it could be argued that the penalty value of the said offence had previously been too high, the ECJ’s proportionality assessment focused on the total amount of the fine, not on the penalty value of state border offence.

In addition, the interpretation of the majority may still be problematic considering the proportionality required by the ECJ in its ruling. Even though the majority lowered the number of day fines from 15 to 5, the total amount of the fine imposed on A was still 58 310 euros, since his average net monthly income was 700 000 euros. Therefore, from the viewpoint of EU law, the total amount of the fine might still be deemed disproportionate.

The minority, consisting of two justices, held that the interpretation adopted by ECJ was best achieved by not applying the provisions on the calculation of the monetary amount of one day fine. This would have meant that the monetary amount of one day fine would have been set by its statutory minimum of 6 euros. The total sanction for a petty state border offence would have thus been 90 euros. Therefore, the interpretation adopted by the minority could also be criticized because it contradicts the foundational objective toward equality.

EU proportionality challenging the principles of sentencing

Case C-35/20 is a good example for the foundational and partly problematic effects of EU law on national criminal law. EU instruments often contain a provision that Member States must provide “effective, proportionate and dissuasive” sanctions for breaches of the instrument. Directive 2004/38/EC, Article 36, requires that sanctions shall be “effective and proportionate”. However, the view

on proportionality adopted in EU law in general and by the ECJ is a relatively narrow one and focused on the objectives of the EU instrument in question, as the case at hand effectively illustrates. In EU law there is also no metrics against which proportionality should be evaluated (the lack of metrics is, of course, a more general problem of the proportionality principle, see, e.g., [here](#)).

Proportionality of criminal sanctions is, however, a much more complex issue (see, e.g., [here](#)). In the philosophy of sentencing, proportionality has traditionally been divided into ordinal and cardinal proportionality. Ordinal proportionality means that persons convicted of crimes of comparable gravity should receive punishments of comparable gravity. Cardinal proportionality, on the other hand, deals with the overall magnitude of a penalty scale (see, e.g., [here](#)).

On the national level, the view on proportionality adopted by the ECJ affects both ordinal and cardinal proportionality: the penal value of state border crime decreases in relation to other offences that have previously seen to possess similar penal value (ordinal proportionality), and the “normal punishment” for a certain type of state border crime becomes more lenient (cardinal proportionality). Thus, the national consequences of proportionality considerations that are originally made from an EU perspective are far-reaching.

In addition, the proportionality considerations of the ECJ may lead to altering the foundations of national sentencing systems. If proportionality of criminal fines is assessed based on the total amount of the fine and if the fine is determined on the basis of the offender’s income level, this understanding of proportionality undermines the role of equality in sentencing. Given the considerable effects of case C-35/20 on the Finnish sentencing system, it is likely that the ruling will lead to more wide-reaching legislative changes, possibly resulting in the increased use of fixed fines, although the Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament has traditionally seen such fines to be more problematic from the viewpoint of equality than the day fine system.

Jenny Orlando-Salling

Not With a Bang But a Whimper

Has Constitutional Supremacy in Malta Drawn Its Guns on the Primacy of European Union Law?

doi: 10.17176/20230822-182903-0



The European Union's smallest Member State saw a significant [decree](#) delivered on primacy last month. Yet, even domestically, this bomb exploded in the middle of a desert; little to no noise came of it nationally or at the EU level. On the face of it, this is undoubtedly a major legal development – the first of its kind since Malta's EU accession in 2004. The flawed interpretation offered by the Court says much about the fundamental importance of constitutional reform and is not, as such, a sign of institutional anti-EU sentiment... yet. However, as the main (and practically only) [media report](#) on the case concluded, what happens next is anyone's guess. Constitutional reform in Malta must be put squarely back on the table before it's too late.

The bomb, in a nutshell

In a relatively concise ruling, and with significant procedural gymnastics used in its reasoning to contrive its conclusion, the case *Michael Christian Felsberger et vs TSG Interactive Gaming Europe Ltd* handed down a never-before-seen blow to the primacy of EU law. Delivered on 21 July 2023 by Mr Justice Toni Abela and decided in the First Hall of the Civil Court, the case concerns the enforcement of a [garnishee order](#) against a Maltese gaming company (as, supposedly, per [EU regulation](#)). This follows a judgement obtained in Austria against the company, which plaintiffs sought to enforce. Enforcement was blocked by the court, which made use of recent (and extremely [contentious](#)) amendments to the [Gaming Act](#) just this year that put into place what can only be described as a 'shield' that effectively grants gaming companies a slew of [immunities from legal action](#). The case remains unpublished on the Courts' portal, likely as Aquilina explains because it is a [decree, not a judgement](#); though this is arguably neither here nor there given that it's a landmark decision of enormous constitutional significance that should draw far more attention than it is doing currently.

The Maltese judgement argues that enforcement should not take place, the central line of argumentation against this containing multiple strained references to constitutional supremacy though it is not immediately obvious why the link is made other than to assert the predominance of national law as derived from the Constitution. The Court almost goes out of its way to point fingers at the Constitution, specifically Article 6, and in its closing paragraphs, asserts that the Court's ultimate "loyalty" is towards the Constitution against all other laws that are "inconsistent" with it (even, as specifically referenced, those that are supranational). Loyalty, in this context, seems to be deliberately chosen as a charged declaration of allegiance that stands out in the text. But it's perhaps not entirely wrong to point its fingers straight at the Constitution.

Currently, the conclusion reached in terms of the specificities of the case is likely to be appealed though it's not clear whether further efforts have been made in this regard.

Constitutional supremacy vs primacy of the EU?

Though the line of argumentation is fraught, the conclusion unequivocally asserts the Maltese Constitution's supremacy, as articulated in [Article 6](#), over the primacy of EU law. By way of a reminder, Article 6 states that:

Subject to the provisions of sub-articles (7) and (9) of article 47 and of article 66 of this Constitution, if any other law is inconsistent with this Constitution, this Constitution shall prevail and the other law shall, to the extent of the inconsistency, be void.

Not an easy 'little problem' to get one's head around given Malta's EU status even if similar assertions of supremacy exist across Europe (and beyond). Despite the self-evident tensions this created upon Maltese accession to the EU, to this day the Article has not been amended and

remains (in its current form) an arguably redundant relic inhabited of its colonial past. It has been described as an “[extant saving clause](#)” that the Court ignores completely – a mere declaration of principle that is to be considered implicit. Article 6 continues to be plagued by semantic ‘null’ vs. ‘void’ controversy that, as Xuereb points out, distinguishes it from other continental examples, another souvenir of [British constitutional influence](#). Thus, though [pliable](#), its function is arguably more symbolic – an outdated assertion of sovereignty – than anything given its present form as well as its limited scope and function. And, as can be seen in this decree, it can easily be manipulated.

Subsequent addition of [Article 65](#) to the Constitution of Malta established a dichotomy that has co-existed without much contestation since 2004. It continues to serve as a placeholder and reminder of the country’s obligations vis-à-vis the EU. The primacy of EU law emanates from the [European Union Act 2003](#). The Act incorporates the *acquis* into Maltese law through the European Union Act’s [Article 3](#). This stipulates that the Treaty and existing as well as future acts adopted by the EU are to be considered binding on Malta, becoming domestic law as per the conditions articulated in the Treaty. With this, any deviation, derogation, or incompatibility with the obligations the Act entrenches are considered without effect and unenforceable. As Sammut explains, similar to the procedure that established internal legal effect in the United Kingdom, which saw the enactment of the European Community Act 1972, the introduction of the European Union Act in Malta creates an international, Treaty-based obligation to comply with EU law – a breach of this would mean a violation of its Treaty [obligation](#).

It would not be premature for an observer to ask whether this is another ‘Polish scenario’ or whether Brussels will commence legal action against Malta. The jury’s out on this at this point. It will likely be met with pregnant silence from all sides until a possible appeal is filed and concluded. Article 6 remains intact and with great potential to be weaponized.

A constitution in need of an update

There have been several instances when constitutional reform in Malta has come up and been placed in stark focus, even as recently [as last year](#). Attempts have largely stalled. Apart from constitutional supremacy, there are

several areas where this is desperately needed, particularly in the separation of powers.

Even though the distinction *should* be made between the legal and political realms, in this case, it’s impossible not to consider them in tandem in a country as politically polarized as Malta, where politics is proximate to the people and thus still very much the [polarizing lifeblood of the nation](#). Separation of powers in Malta has long been a source of ire; it’s considered [weak](#), with checks and balances described by the Venice Commission as entirely ‘[missing](#)’. The government describes the three branches of government (executive, legislative and judicial) as functioning [separately but interdependently](#). There is interdependence and... interdependence. Still, it is critical to stay away from trite lines of argumentation that ignore the national context. Separation of powers, in a country with a relatively small population, is by no means a simple task and requires a hefty dose of realism. That doesn’t mean, however, that this argument should be used to thwart reform – impossible is a misnomer here.

The road ahead is long. In continuing to lack the fundamental constitutional reform needed, these remnants of colonial inheritance will continue to overwhelmingly empower the executive and will only lead to a recycling of the same problems already faced. Malta must choose to move forward, though. Without these boundaries drawn and a constitution that can withstand and facilitate Malta’s operability as a modern European state, it is only facilitating democratic degradation.

And it is not just the Constitution. Coupled with a [deteriorating justice system](#), reform, alongside significant investment in the legal system, is the only way forward. The Labour government – a formerly Eurosceptic party (one of two main parties in Malta) voted in for the third time in a row with a landslide victory in 2022 – is taking steps to address these [major flaws in the system](#). These are, however, not nearly as broad, hard-hitting or as deep as would be required to bring about [real change](#). The problem is not new – it has been simmering (and sometimes bubbling over) for decades. Its foundations were laid years ago; the environment it has enabled speaks for itself. The problem is politically colourless and needs to be targeted wholesale: a broken justice system and an out-of-date Constitution are a lethal duo.

Not anti-EU, ‘merely’ pro-industry

The problem with being pro-industry in general is that nothing takes place in a vacuum – decisions have consequences especially if they are viewed with blinkers on. And while this is true of any government policy anywhere, the Maltese case should sound alarm bells because policies are being elaborated within what has been described as a rapidly deteriorating legal system [such that is recognized and lamented by those who form part of it themselves](#). Blame may be placed on what some will argue is a ‘captured’ court. After all, in delivering a decree that supports the protections that the Government has sought to provide the gaming industry to ensure competitiveness, it seemingly steps in to preserve this policy line. However, no outcome has previously gone this far and describing the Maltese courts as captured would not do justice to what is happening on the ground. The courts are dysfunctional because they are severely [under-resourced](#). Judicial appointments have been described as [“the worst constitutional mess since independence”](#). The lack of efficiency, particularly in the civil and commercial areas, with clearance times being the longest in the EU, does not make for an environment that can make and preserve good legal practice, to say nothing of what it does to Malta’s competitiveness. Comparing the situation to other European examples does not help; it only conflates matters that would be best served by being taken at face value and considered carefully within their context. Issues are bottlenecking and the matter is potentially more explosive than ever be-

fore, with institutions unable to cope with modern realities (such as, for example, rapid population growth which is central to the country’s economic model). The development of its [democratic structures is lagging](#) and has made [little to no progress on the rule of law front](#).

The outcome of the decree is a direct repercussion of an enabling legal space that does not provide sufficient checks and balances; it has more to say about the power, and hold, of the gaming industry domestically than a change in the relationship between Malta and the EU. So, plausibly, what this mostly communicates is that gaming is a major industry in Malta and a pro-gaming environment, one that gives Malta a competitive edge, will be preserved. This outcome would likely have come to pass under any government wanting to preserve this gaming cash cow. It seems that short-sighted pragmatism and realism will be seen to have seemingly won the day here rather than an activist anti-EU sentiment. And, though precedents are not part of Maltese law though they are not without [weight](#). What if this happens again? It’s bound to, given the lack of constitutional reform.

The Maltese government has not challenged the centrality of EU law or the importance of its relationship with the EU. That doesn’t mean it cannot *become* standard practice, and this is a subtext that cannot be ignored. Doing nothing will only result in the Maltese democracy sleepwalking further away from progress and much-needed reform. In the wrong hands, it will very likely spell disaster. And it would’ve happened not with a bang but a whimper – largely under the EU’s radar.

Ester Herlin-Karnell

A Plea for Proportionality

On the Burning of the Koran and Related Questions

doi: 10.17176/20230821-182913-0



In recent months the burning of the Koran in Sweden has caused headlines and severe anger in many parts of the Muslim world as well as bewilderment in most of the EU as to why Sweden continues to permit the practice. The Government is currently looking into how the law can be [changed](#) to include a ban on the burning of the Koran in the Public Order Act. In this blog post, I explain why it might be wise to do so and how this might be done. In particular, I argue that existing provisions within Swedish law permit a limitation of freedom of expression for security reasons or to avoid hate speech, and that it can be construed sufficiently narrowly by focusing on book burnings that occur in public. Moreover, I will suggest that the somewhat extreme position taken by Swedish courts when it comes to freedom of expression is at odds with their reluctance to defend individual rights in other contexts.

Freedom of Expression: An Unlimited Right?

There has recently been a surge of [actors](#) (predominantly far right activists) who have applied for permission to burn the Koran as a form of demonstration. The Swedish police has sought to limit permissions several times to burn holy books, claiming security threats. However, the national [courts](#) have consistently overturned their decisions, construing freedom of expression as an absolute right. This ignores that Swedish law permits limits on freedom of expression, including for reasons of national security (Swedish Basic law Chapter 2 Regeringsformen and the Public Order Act, Chapter 2:10). However, national [courts](#) construed the security exception in the Public Order Act to be concerned with the demonstration itself (i.e. the security at the actual act of burning), not the security threats resulting from the Koran burnings. Yet, this reading of the security limitation made by the courts is arguably unduly narrow.

Thus, it seems that people applying for permission to demonstrate by burning the Koran have not been Swedish citizens but as it seems have traveled to Sweden to burn

the Koran. The Government has pointed at [evidence](#) confirming that Russia and other actors are involved in some of the Koran burnings and in spreading a negative picture of Sweden on social media, possibly to sabotage its pending NATO application. Indeed, the Turkish President Erdogan [has postponed the ratification of the NATO application, among other reasons, because of the burnings of the Koran](#). While freedom of expression might include a right to burn the Koran, it is less clear whether this right should be extended to foreign actors.

Irrespective of these security related concerns, there is a second question of whether the burning of the Koran might classify as a hate crime under Swedish law. Sweden has criminalized hate crimes in the penal code (Chapter 16:8 Brottsbalken) and this includes hate speech i.e. [publicly expressed](#) hatred. The burning of the Koran can be taken to meet this definition, depending on the place where it takes place and the level of provocation. For example, burning something in your own home or burning it in an industrial complex without anyone there may not be considered a hate crime. In line with this, it has recently been [suggested](#) that implementing a ban on burning books in public spaces might solve the problem. This would mirror the limited right to use fire in public spaces that exists under Swedish law.

While freedom of expression is a cornerstone of a democratic state, it can and should be limited where it is both necessary and proportionate to do so. Of course, there are challenges with restrictions as they could be used in an overly broad way. However, not applying any of the restrictions that are permissible under the law is both naïve and disproportionate.

The Evisceration of the Right to Privacy: A Comparison

The overriding importance the Swedish courts afford freedom of expression stands in sharp contrast to their reluctance to attach any significance to the right to privacy, and the underlying dignity of the individual, when it comes to personal data available online. In particular,

Swedish law currently permits companies to buy personal data from the state and sell it online. This violates the EU Charter Article 8 and the GDPR as well as the right to dignity and privacy in the Swedish Constitution Ch 1:2 and Ch 2: 2 and 19. Yet, the practice has remained legal due to a quirk in the Swedish system that permits the purchase of a so-called voluntary [publishing licences](#), even if you are not a newspaper. These licenses allow companies to download personal data from tax authorities including, *inter alia*, everybody's date of birth, home addresses, relocation history, car ownership with information of the registration plate, civil status, names of co-habitants, and so on. The latter may also reveal an individual's sexual orientation. This personal data is re-published on various websites and is either used for making advertisement revenues or sold to third parties in some cases. The only way to be excluded from the online databases is to apply for hidden identity which is only granted if you can show there have been threats against you (e.g., a judgment or a police investigation). Otherwise, people are left at the mercy of the websites who may or may not agree to delete personal data.

The state uses the exception for journalism in the GDPR, but the selling of personal data to companies who then profit from selling it to third parties is not about freedom of expression, but a "freedom" to abuse access to private data. Recently, in a case against one of the major websites who sells personal data ([Mr Koll](#)) and refused to delete it, the lower instances refused to ask the EU Court of Justice or to otherwise to engage with the compatibility of the Swedish system with EU law on data protection. The Supreme Court sent [the case back](#) to the Court of Appeal for a new trial which should include the EU law dimension. While most people were hoping that finally a Swedish Court would ask the EU Court of Justice about the compatibility of Sweden's extremely broad exception to the GDPR which goes much further than protecting journalism, the company in question who refuses to delete information (Mr Koll) brokered a [deal](#) with the claimant outside court.

Sweden's Inconsistent Protection of Individual Rights

When contrasted with the current approach to freedom of expression in the context of Koran burning, there appears to be a senseless discrepancy in the legal system when it comes to the rights of the individual. Why is it that in some areas even when it amounts to a hate crime or a real

security threat the individual has (in practice) an unlimited right to burn the Koran, while in other areas the rights of the individual (privacy, data protection and even dignity) are totally disregarded? At the very least, the state ought to provide a justification. In the case of privacy and data protection, there must also be a serious engagement with how the Swedish law can be justified in light of the far-reaching EU law on data protection which takes precedence over national law.

It is currently the case that the law over-protects an individual right in one context, even where the right is abused by provocateurs to express hatred or might justifiably be limited by countervailing state interests. Meanwhile, in a different context, the individual right to be protected against commercial monetization of private information, which even leads to victimization by criminal organizations, is totally disregarded. While rights are not always treated the same by Courts, the current Swedish situation has led to two extreme approaches to individual rights protection, without offering a compelling justification for this discrepancy in the legal system. It is as if the courts lack a comprehensive jurisprudence of individual rights to begin with, because there is no use of proportionality.

What is needed is thus a revision and discussion of the legal framework when it comes to freedom of expression and individual rights more broadly, with the goal of creating a more consistent approach to the protection of individual rights across the full spectrum of rights. Freedom of expression is a cornerstone in a democratic state but to limit its exercise due to security or hate crime concerns are not inherently disproportionate. Likewise, data protection, privacy and dignity are constitutional rights under both EU law and Swedish law which are currently infringed upon in a disproportionate manner due to current, irresponsible practices regarding the handling and monetization of information. The current co-existence of these two extremes within Sweden's approach to protecting individual rights lacks any coherent explanation at the moment.

Moreover, an overly autonomy-focused approach that misses out on a duty of respect to others and fails to balance other interests and apply a proportionality test is not the right way to go. The law already permits limitations of rights, giving the courts the tools needed to restrict freedom of expression when necessary. With regard to the private data, however, the law on publishing licen-

se needs to be changed so it does not allow for companies to misuse it in contradiction to prevailing EU law on data

protection, privacy and dignity of the individual as well as Swedish constitutional law.

Annick Pijnenburg

Team Europe's Deal

What's Wrong with the EU-Tunisia Migration Agreement?

doi: 10.17176/20230821-182925-0



On 16 July 2023, the European Commissioner for Neighbourhood and Enlargement, Olivér Várhelyi, and Tunisia's Secretary of State of the Minister of Foreign Affairs, Migration and Tunisians Abroad, Mounir Ben Rjiba, signed a [memorandum of understanding](#) (MOU) on a 'strategic and global partnership' between the European Union (EU) and Tunisia. The signing followed a meeting in Tunisia between Tunisian President Kais Saied and 'Team Europe' (European Commission President Ursula von der Leyen, Italian Prime Minister Giorgia Meloni, and Dutch Prime Minister Mark Rutte). The agreement was preceded by a high-level joint [declaration](#) that concluded Team Europe's first visit to Tunis on 11 June 2023.

The MOU builds on [existing cooperation](#) between the EU and Tunisia, including on migration, and was concluded in the context of [increasing numbers](#) of people on the move travelling from Tunisia to Europe. It is also part of the growing trend to [externalise](#) migration control: in recent years, the EU and its Member States have concluded various migration control agreements with neighbouring countries, including the 2016 [EU-Turkey Statement](#) and the 2017 [Malta Declaration](#) that endorses the [MOU between Italy and Libya](#). Like its predecessors, the MOU with Tunisia has attracted significant criticism (see for example [here](#), [here](#) and [here](#)). Against this background, this blog post first clarifies what was agreed before explaining why the agreement is problematic both in terms of substance (what was agreed) and form (how it was agreed).

What was agreed?

The deal is built on five pillars: macro-economic stability, economy and trade, the green transition, people-to-people contacts, and migration. Each pillar contains various investment and cooperation projects, many of which will be funded by the EU. While the MOU remains vague on [financial figures](#), it is expected to involve considerable amounts, including €150 million in budgetary support for the Tunisian government and €105 million in training and technical support for Tunisia's border ma-

nagement. The EU also committed to providing Tunisia with €900 million macro-financial assistance under the condition that it agrees to an [IMF loan agreement](#). This financial aid is much needed in light of Tunisia's [struggling economy](#).

The MOU's migration paragraphs highlight the parties' intention to develop a holistic approach to address the root causes of irregular migration, including by promoting sustainable development in disadvantaged areas. A common priority is the fight against irregular migration to save lives and the fight against smugglers and traffickers. This echoes the language of the EU-Turkey Statement and Malta Declaration. The MOU further emphasises that Tunisia is not a country of destination for irregular migrants and only manages its own borders, which reflects Tunisia's unwillingness to receive third-country nationals returned by Europe and be perceived as managing Europe's borders. Indeed, the MOU covers the return of Tunisian irregular migrants from the EU to Tunisia and the return of (other) irregular migrants already in Tunisia to their country of origin, but does not include the return of other nationalities from the EU to Tunisia. On a positive note, Tunisia and the EU agree to further improve the coordination of search and rescue operations at sea, to increase the socio-economic reintegration of Tunisian returnees, and to promote legal pathways. The EU thus endeavours to facilitate the granting of visas by reducing delays, costs and administrative procedures, and both parties agree to work towards implementing a Talent Partnership to promote legal migration.

Why is the 'cash for migrant' deal problematic?

The EU-Tunisia deal is problematic for multiple reasons. First, it is unlikely to achieve the stated aim of saving lives and fighting against human smuggling and trafficking. Rather, if Tunisia will indeed clamp down on irregular migration, the agreement [risks](#) driving people on the move onto even more dangerous routes. As noted by [Van Liempt](#), tighter border controls increase people on the mo-

ve's dependence on smugglers and thus help support the very business they seek to combat, and it is likely that people on the move will travel along other routes. Indeed, more people on the move travel through Tunisia because Italy and the EU have dramatically intensified their support for Libyan border management since 2017.

The agreement has also received criticism for providing funding to an authoritarian ruler in exchange for migration control. Indeed, in July 2021, President Kais Saied [took executive control](#) of the country, and has since then granted himself unchecked powers to govern and legislate in a rolling power grab. The deal has thus been [criticised](#) for financing a dictator. In addition to ethical objections, there is also a risk that EU funding, rather than addressing the root causes of migration as it aims to do, in fact, contributes to more migration. For instance, in Sudan, the EU has been accused of funding the Rapid Support Forces (RSF) for migration control purposes, yet the RSF now fight in the armed conflict that broke out in April 2023 and which has displaced millions (see [here](#), [here](#) and [here](#)).

Like the migration deals with Libya and Turkey, the MOU refers to respect for human rights, dignity and international law. However, as noted by the Council of Europe [Commissioner for Human Rights](#), the fact that the agreement with Tunisia only includes very general language on human rights is concerning: there is no concrete indication regarding safeguards to protect the human rights of people on the move, nor does the MOU envisage any human rights monitoring mechanism. Yet, the [dire situation](#) of people on the move in Libya shows that general references to human rights in migration agreements do not suffice to ensure that their implementation is human rights compliant. Likewise, European funding does not include support for people on the move contained in Tunisia as a result of the agreement. In this regard, the Tunisian deal differs from the EU-Turkey Statement, which included €6 billion in support for Syrian refugees through the Facility for Refugees in Turkey.

In February 2023, President Kais Saied held a [speech](#) in which he said there had been a conspiracy to change Tunisia's racial makeup. The speech was followed by a [crackdown](#) on sub-Saharan people on the move. After violence erupted in the Tunisian port city of Sfax on 3 July, Tunisian authorities started [deporting](#) people on the move to the border with Libya. Since then, [hundreds of people on the move](#) have reportedly been forced to walk

into the desert without water or food, and dozens have [died](#). This highlights how controversial it is for the EU to sign an agreement with Tunisia, as it can be seen to legitimise and strengthen such practices: it suggests that the EU is so desperate to prevent arrivals that it is willing to pay any price, including migrant lives.

Who can be held accountable and how?

The nature of the agreement and the process leading to its conclusion are also problematic, and likewise symptomatic of broader trends in the migration field. This concerns the lack of clarity that surrounds [Team Europe](#), notably as regards the role of the Dutch and Italian prime ministers. While [Rutte](#) and [Meloni](#) have a clear political interest in being seen as the architects of this deal, it remains unclear what their effective contribution was. Formally speaking, the MOU is an agreement between the EU, represented by the European Commission, and Tunisia, while the funding comes from the EU budget, notwithstanding Rutte's and Meloni's role in creating it. In terms of accountability, this lack of clarity is problematic, as it implies that national politicians can be involved in bringing about a deal for which they cannot be held accountable.

Arguably more concerning is the informal nature of the agreement. Indeed, the [Treaty on the Functioning of the EU](#) (TFEU) specifies the procedure that must be followed when negotiating and concluding agreements between the EU and third countries. This requires, notably, the Council to obtain the consent of the European Parliament (Article 218(6)(a)(v) TFEU). Yet the MOU was signed by the Commission (rather than the Council) without having consulted the Parliament. It can thus be seen to sideline the Parliament and Council and circumvent the EU Treaties and their safeguards. Indeed, while Article 21 of the [Treaty on European Union](#) requires the EU's partnerships with third countries to be guided by democracy, the rule of law, and human rights, this can hardly be said to be the case for the MOU with Tunisia.

The political, non-binding nature of the MOU and the role of Team Europe in its creation is also problematic in terms of judicial review by the Court of Justice of the EU (CJEU), as provided for in Article 263 TFEU. Indeed, the CJEU's (much-criticised) [finding](#) that it could not review the legality of the EU-Turkey Statement because it had not been concluded by the EU does not bode well for holding the EU accountable for any human rights violations

that may arise as a result of the EU-Tunisia deal. This fits within the broader trend of **informalising** the EU's external action in the field of migration.

Conclusion

The MOU that was agreed on 16 July 2023 builds on earlier cooperation between the EU and Tunisia, and fits within the broader trend of externalising migration control through agreements with neighbouring countries. The 'cash for migrant' agreement illustrates how the EU seeks to address the migration challenge by financing neighbouring countries in order to prevent unwanted ar-

rivals. Like earlier deals with Turkey, Libya and Sudan, the agreement with Tunisia risks violating human rights and increasing migration rather than protecting the rights of people on the move and addressing the root causes of migration. It also creates significant obstacles in terms of accountability and risks making the EU subject to **black-mail** by an authoritarian leader. Yet European Commission President Ursula von der Leyen called the EU-Tunisia migration deal a **blueprint** for similar partnerships in the future. While it is too early to assess how the MOU will be implemented, in light of the foregoing, it is worrying that the EU considers it desirable to conclude similar agreements with other countries.

Filip Konopczynski

One Act to Rule Them All

What Is At Stake In the AI Act Trilogue?

doi: 10.17176/20230818-062853-0



The AI Act is marketed as the world's first comprehensive law regulating the development and implementation of artificial intelligence (AI). According to the EU officials, it will establish a legal framework for companies and institutions that create or use „intelligent“ algorithms that is aligned with the system of fundamental rights and democratic values. From the market point of view, as AI became one of the fastest-growing sectors in the emerging technologies, EU regulations will also impact the outcome of the battle for dominance over the single market fought over by the largest global information and communication technology (ICT) corporations. For regular people, the ultimate judgment of the act will depend on whether the new law manages to forbid, restrict or contain the abusive ways governments and large digital platforms develop, and apply AI-based tools capable of surveilling, discriminating, and manipulating citizens and consumers.

Although much of the initial hype over ChatGPT has already faded away, it would be a mistake if the media, academia and civil society let the AI Act off the hook just yet. As we enter the very final stages of the negotiations, Big Tech and Member State governments can still undermine much of the (relative) progress that has been achieved in the parliamentary improvements to the original draft by the Commission. The lack of transparency of the trilogue itself, intense corporate lobbying, and the electoral kerfuffle that the Spanish Presidency leading the work on the file has found itself to be, mean that the battle over European AI is still raging. Fortunately – thanks to the efforts of civil society – there are also reasons for optimism.

In order to better understand what's at stake, who are the main actors and their motivations, and how to make one's mind about all the conflicting claims we need to dive into the legal, economic and political aspects of the AI Act. The aim of this piece is to contextualize major milestones in the negotiations, showcase some of its critical features and flaws, and present challenges it may in the near future pose to people affected by “smart” models and systems.

The Legislative Context: From Nerds to ChatGPT to Apocalypse

At the start of the legislative process, the Act was of interest mainly to start-ups and ICT companies, lawyers, administrators, and a handful of politicians who wanted to ride the AI wave. Everything changed last fall thanks to OpenAI and ChatGPT, when applications based on large language models such as GPT3, Midjourney, and Stable Diffusion that allow for the generation and analysis of any text, code, image, or sound were made available to the wider public. ChatGPT quickly became the fastest-downloaded application in the history of the internet (only recently to be overtaken by Threads). It also achieved the unthinkable: transformed AI regulation into a fancy, almost populist topic for politicians.

Soon after the realization of the promising, often outstanding benefits of LLMs – the limits for their use in medicine, science, or process automation are still to be discovered – came awareness of the scale and gravity of the risks posed by autonomous systems. From the rule of law and democratic values angle, AI programs and devices allow for the mass creation of generated content and deep fakes ideal for propaganda or disinformation. Current LLMs also violate our privacy laws (the data on which the GPT model was trained on was very likely collected in breach of the GDPR). The list of legal, economic, or democratic threats is extensive, and includes copyright infringement, cybersecurity incidents, fraud and forgery, as well as discrimination encoded in algorithms, or their overall negative impact on our mental health.

The application of such models and systems by governments, particularly when fed by citizens' data already uploaded to the digital administrative services, could bring about an even more perilous future. Thanks to AI (particularly GPT and other LLMs), government agencies now can quickly access and process information from various sources, which previously was either impossible or at least extremely time- and cost-consuming. Profiling,

surveillance, discrimination, or persecution of political opponents have never been so easy and cheap, which is bad news for citizens but great for authoritarian governments around the world.

An incomplete Commission Proposal

To prevent such dark scenarios, the European Commission put forward a draft regulation in 2021 that would establish a legal framework for the development and use of AI in the EU. The proposed regulation, the Artificial Intelligence Act (AIA), is based on the principle of risk assessment.

When risk is insignificant, as in the case of most AI products and services, the obligations of companies and institutions that develop or introduce them are correspondingly minimal. In the case of generative AI or conversational chatbots, the AI Act puts an obligation to inform end users that they are not dealing with a person. Greater requirements appear when certain, invasive AI is to be used, particularly in education, critical resources and public utilities management, public administration, the judiciary, or the police. Such systems are to be considered high-risk, and their introduction to the market will require compliance with legal and technical standards and procedures. Finally, some AI applications have been considered so dangerous that they are to be completely prohibited on the market. Programs that manipulate our decisions, assess our behavior as citizens („social scoring“), or discriminate on the basis of biometric health or other sensitive data, as well as (most) “smart” systems designed to surveil us on the streets, airports, or malls are to be outright banned. Companies and institutions that violate these rules will have to face the removal of the product from the market, as well as financial penalties. The harshest of them are up to 7% of global annual turnover- an amount that can shake even the largest global tech companies.

The European Commission’s (EC) draft was followed by the member states’ General Approach hammered out in the Council. The version proposed by the Council at the end of 2022 postulates a different, narrower and more technical definition of AI. It explicitly mentions specific statistical, algorithmic and computational techniques (“using machine learning and/or logic- and knowledge based approaches”), which critics say may narrow the potential use of AI Act by making it less technologically future-proof. Regarding the approach towards high-risk

AI, an additional criteria of classification was added requiring the systems to pose a „significant risk“ for people’s health, safety and fundamental rights. This provision could constitute a potential gateway for a systemic lack of liability and accountability in the context of financial, information, and legal asymmetry between private or public institutions and consumers and individuals. The EU’s ambition to pave the way for a global, human-centered, ethical, and responsible AI framework is difficult to reconcile with an admission that a “moderate” risk for fundamental rights violation complies with the Union’s *aquis communautaire*.

The Council’s perspective was shaped through and eventually managed to incorporate first lessons learned about generative AI. At the Council level, at the very last moment, the category of „General Purpose AI“ entered the frame, however without profound alterations to the overall structure of the text.

Another major change adopted by the Council was an inclusion of a strong, blanket exemption of the area of „national security“ from the scope of the Act. Thus, activity of intelligence agencies and, in certain cases (e.g., anti-terrorist forces) the police, the prosecution and other law enforcement agencies was treated by the Governments of the Member States in the same manner as the military, and science and R&D.

A Motivated Parliament

The explosion of interest in AI after the premiere of ChatGPT led to lively discussions in the European Parliament, which resulted in the submission of several thousand amendments during the parliamentary work. The text adopted by the Members of the European Parliament (MEPs) differs significantly from the first draft of the Commission and the text accepted by Member State governments in the Council in the fall of last year. Thanks to the engagement of civil society organizations, MEPs equipped the Act with provisions aimed at ensuring that users are properly protected.

The list of prohibited AI applications has been extended to include criminal prediction, systems based on emotion recognition, and biometric categorization of individuals. Additionally, the catalogue of high-risk AI has been extended to include recommendation algorithms of large online platforms (VLOPs according to the DSA), systems utilized in electoral campaigns, and AI-powered

tools used in public administration for legalistic, procedural purposes. Transparency and monitoring obligations over high-risk AI systems are also to be increased by a mandatory registration in national, and EU (public institutions, VLOPs, systems operating in more than one country) database administered by the Commission.

High risks and foundation models

Even more importantly, high risk AI systems are to be assessed before being put on the market in terms of their impact on fundamental rights, health, or financial situation of affected persons. The introduction of the Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) framework, as well as major procedural rights for citizens into the text is a major improvement that would not be possible if not for the advocacy campaigns coordinated by NGOs within the European Digital Rights (EDRi) network.

The final stages of the European Parliament (EP) works also brought about changes addressing generative, multimodal AI such as GPT, Bard, and Bloom. MEPs agreed upon the introduction of a new term – “Foundation models“, an alternative to the “General Purpose AI” in the Council’s General Approach. Providers of such models would have to comply with the EU law, including in the field of privacy, prohibition of discrimination or copyright. The modification appeared at the very end of the negotiations, and (perhaps not surprisingly) the new category („models“ instead of „systems“) is relatively favorable for the leading AI companies. For instance, the catalog of penalties was revised, and in the worst case the provider responsible for infringements would be administered the lowest possible fine – 2% of the annual global turnover.

What’s still missing?

Even though the EP’s amendments to the AI Act are a significant improvement, concerns prevail. The biggest risk to the effective implementation of the AI Act is the potential inefficiency of the mechanisms that shall protect fundamental rights, especially civil and political rights.

Real-time biometric identification

The lack of consistency in the ban on biometric surveillance is an especially grave reason for concern. Real-time biometric identification (RBI), although still erroneous, is a dangerous technology. It allows people to be identified,

and traced in real time based on their appearance, movement, or other distinctive features. In order to be fully operational, the model on which RBI operates must be trained on huge datasets, including data of ordinary people. This technology itself is far from flawless, since there have already been several reports of innocent people have been detained or accused as a result of RBI ‘s mistakes. A total ban on RBI is vital, for even minor exceptions could lead to governments developing or buying such systems “just in case”. For that reason alone it is vital to block the adoption of this technology, even if it’s scope of application would be limited. The use of RBI in the area of migration policy or to categorize political dissenters as suspicious would be particularly dangerous.

Accountability, assessment, redress

Another concerning issue relates the agreement with Council’s changes to the categorization of high-risk systems, and the insertion of an ambiguous criterion of “significance” of potential harm to people. To add to the worse, It remains unclear how effective the risk assessment procedure can actually be given the EP’s draft equals third-party audits with the ones carried out in-house. Simply put, AI developers and organizations using AI shall self-police. In contrast, supervisory bodies will have limited time to deny the deployer’s registration application of potentially dangerous systems before they hit the market. As a result, the enhancement of the high-risk list may in the end prove irrelevant due to a (perhaps deliberately) erroneous classification, registration and oversight mechanisms. It is also not certain whether citizens will be effectively able to file complaints with the authorities or the courts against the decisions of AI systems, especially in cases when the deployer is a public entity. At the stage of implementing the new law, another major problem may be the lack of possibility for social organizations to represent people who have been harmed by AI, as well as the right for organizations to act in the public interest to prevent them from doing actual harm. Without the access to detailed, technical information as well as support of ICT specialists, exercising one’s rights may prove to be cumbersome.

Procedural Rights

The right to an explanation of a decision made using AI is also too narrow. Even in the most citizen-friendly version of the AI Act, an explanation is only possible in the case of

high-risk systems, such as those that analyze emotions, candidates in school recruitment, or AI used in the judiciary. As AI becomes an increasingly common element of products and services, such a legal limitation could significantly weaken consumer protection.

The too narrow scope of transparency obligations for providers and users of high-risk AI used by private entities is also a bad omen for the future. The current versions of the AI Act assume that high-risk systems created by private entities and used only within one country will be registered, and supervised in national databases. This not only reduces transparency, and provides an easy administrative route towards an abusive use of invasive AI systems capable of undermining the fundamental rights of individuals at a mass scale.

The Trilogue

The trilogue formally began immediately after the vote in the European Parliament. This means that the debate has been moved from the democratic premises (although the transparency and openness of the process leave much to be desired) to the realm of political haggling between national and EU-level politicians. The access to this process is strictly limited not only for the media, but also for representatives of civil society, academia, or the AI start-up community. The situation got even more complicated due to the snap elections in Spain, a country that holds the EU Presidency until the end of the year. Even if Sánchez' government manages to hold onto power, its ambitions regarding the AI Act may fall victim to internal politics, leading to the process being yet again delayed.

What is at stake?

The stakes in the trilogue from the perspective of rights of EU citizens are twofold. Some governments continue to opt for a blanket exemption for national security use cases from the scope of the AI Act at large. In practice, this would mean that whenever government officials consider someone or something a „threat to the national security“, it will have the discretionary power to decide whether or not the Act is applicable, thus denying individuals and groups affected by AI systems access to legal means securing their fundamental rights.

National Security Exemption

Weakening provisions protecting citizens' rights can be also achieved, should the parties reduce the list of pro-

hibited systems (especially in the case of tech used by migration and border control agencies or the police), exclude certain areas from the scope of the regulation altogether (intelligence agencies, law enforcement agencies), narrow down obligations for public institutions implementing (particularly high risk) systems, or allow the oversight mechanisms to remain solely within the control of national governments. Either way, such alterations would have profound implications, particularly for migrants, refugees and other non-EU citizens, marginalized communities and the underprivileged. For citizens of countries struggling with authoritarian tendencies, democratic backsliding, or human rights or rule of law violations the lack of effective legal protections, and independent oversight over AI systems used by governments could also translate to an even more perilous situation for minorities, opposition politicians, or civil society activists.

Big Tech's Lobbying

Secondly, big business has not yet had its final say. The very moment the trilogue officially took off, an open letter attacking the AI Act signed by over 150 representatives from European companies such as Airbus, Renault, Siemens (as well as Heineken, and Danone) was published. Its message is clear: we do not want what they portrayed as restrictive and innovation-stifling regulations. However, the main role in the private sector advocacy campaign regarding the Act is played by non-European companies: Microsoft, Alphabet and OpenAI. Officially, tech giants proclaim deep commitment to developing procedures based on ethical standards, building responsible artificial intelligence, and programs designed for the benefit of users. Behind the doors, however, as we learned from a [report](#) by the European Corporate Observatory, Google, Microsoft, and OpenAI are simultaneously spending big money on large-scale lobbying efforts aimed at ensuring that the AI Act imposes the least possible and least costly requirements on companies.

The main focus points of Big Tech lobbyists are the generative AI legal framework, and the obligations for importers, providers and deployers of high-risk systems. In both cases the ultimate goal is to limit the scope of responsibilities and legal liability and weaken compliance mechanisms (classification of systems as high risk, fundamental rights impact assessment, mandate and competences of the Commission and the national supervi-

sory authorities). Or, at the very least, complicate them to a point of procedural ineffectiveness or inaccessibility. Lobbying activities peaked during the [tournee](#) by none other than Sam Altman, who in June visited, and met with government officials in Brussels, [Warsaw](#), Madrid, and Munich. In addition to theorizing about the future apocalypse caused by sentient machines, the head of Open AI appealed for „global AI regulation“. What distinguishes the Act from international law within the UN framework is that as an element of the EU law it applies directly both to States, and the private sector companies. Although a global treaty on AI is desirable, its importance as well as feasibility should not be overestimated, especially now, on the verge of the introduction of a first international legal act dedicated to AI as technology.

Conclusion

The AI Act is not a brainchild of revolutionary activists and critical academics but a result of the Commission's attempt to foster the development of the European AI sector. As an element of the EU's new digital policy agenda, its main goal is to meet expectations of EU entrepreneurs by providing legal certainty within the single market and encourage public and private sector institutions to implement AI services fast, at a large scale, and without compromising security. Thus, most AI systems will not be subject to scrutiny, and large part of the Act is devoted to sandboxes – regulatory spaces in which a given model, system or AI program can be safely experimented

with and tested before meeting all requirements. Given new, significant funds allocated towards AI research and development in recent years by the Commission it is all the more incomprehensible why businesses are so unambiguously and vehemently critical of the Act.

Instead of pondering about far-fetched scenarios reminiscent of Stanley Kubrick's ‚2001: Space Odyssey‘, Sam Altman and other CEOs of leading AI companies, should address more realistic, short-term questions. Were datasets that GPT models were trained on compiled in breach of the GDPR? Does OpenAI or Microsoft (which at this point has incorporated GPT into its business model) intend to supply AI technology to governments that use AI to EU states with an ongoing record of violating democratic principles and the rule of law? Will Alphabet or Meta (continue to) export or just enable its potentially harmful products to countries without any effective human or civil rights protection?

An outcome of the Trilogue, in which the parties strike a deal based on limiting obligations related to the security, safety, and liberties of individuals affected by AI algorithms for both the government and the private sector is easy to imagine. Such agreement would make several tech executives happy, but come at the expense of citizens and consumers. For people living in countries that have been struggling with maintaining rule of law or human rights violations, and undergoing societal polarization even before the advent of generative AI, these consequences will be dire, if not irreversible.

Michal Bobek, David Kosař

The Strasbourg Court Goes Astray

On *Grosam v. Czech Republic*

doi: 10.17176/20230816-182923-0



On 1 June 2023, the Grand Chamber of the ECtHR concluded a saga that even experts of the Strasbourg Court might have overlooked. In the *Grosam* case, the alleged shortcomings in the disciplinary procedure involving a Czech enforcement officer (bailiff) have been addressed. Understandably, the case has not garnered much attention. The Czech Republic faces no democratic decay comparable to Poland and Hungary. No systematic attacks on judicial independence take place there. In fact, for better or worse, no major judicial reform has been adopted in the Czech Republic for more than a decade. Moreover, the *Grosam* case did not concern disciplining judges, a hot topic in the Luxembourg and Strasbourg Courts these days, but only enforcement officers (*soukromí exekutoři* in Czech).

Yet the *Grosam* chamber judgment was certainly *not* a routine case. The chamber judgment went to the core of the role of the ECtHR and, if it would have been allowed to stand, it could have seriously undermined the legitimacy of the whole system of the Strasbourg protection. The majority in the chamber judgment examined not only issues that were not raised in any manner in the domestic proceedings, but even matters which the applicant did not raise before the ECtHR itself. The majority thus acted *proprio motu*, de facto constructed the case for the applicant, then conducted an abstract review of Czech legislation, and ended up indicating general measures to be taken by the Czech Republic to correct the purported deficiencies. On top of that, the majority misrepresented the state of Czech law and stretched the existing ECtHR case law on judicial independence to develop standards unheard of in Europe so far.

All of this eventually forced the *Grand Chamber* to step in. In a nutshell, our argument is three-fold. First, we suggest that the majority in the *Grosam* chamber judgment violated the principle of subsidiarity and acted indeed, as the chamber minority stated, *ultra vires*. These grave failures were eventually remedied by the Grand Chamber. Second, the chamber judgment put forward an

extreme vision of judicial insulation in the name of judicial independence, both at the stages of judicial appointments, but also by effectively excluding any lay persons from participating in judicial decision-making. This part of the judgment, although formally set aside by the GC judgment, remains in the air, as it has not been contradicted on its merits. Finally, the chamber judgment exposed several structural shortcomings of the internal functioning of the European Court of Human Rights. [Elsewhere, we sought to flag them up with a couple of suggestions as to how one might approach them.](#)

Facts of the Case

The Minister of Justice launched a disciplinary action against Mr Grosam, an enforcement officer, before the Disciplinary Chamber for Enforcement Officers at the Supreme Administrative Court following a complaint made to the Ministry of Justice. The Supreme Administrative Court concluded that the (in)action of the enforcement officer in question amounted to grossly negligent conduct, and that Mr. Grosam had seriously breached his professional duties. It imposed a disciplinary measure in the form of a fine amounting to CZK 350,000 (approximately EUR 13,561).

After his constitutional complaint to the Czech Constitutional Court was rejected, Mr Grosam lodged an application to the Strasbourg Court. In his application, he claimed that the disciplinary proceedings before the Disciplinary Chamber at the Supreme Administrative Court fall within the “criminal prong” of Article 6(1) ECHR, that he was denied the right to appeal in criminal matters under Article 2 of Protocol No. 7, and that the Disciplinary Chamber violated the principle of presumption of innocence under Article 6(2) and several procedural rights under Articles 6(1) and 6(3)(d) of the Convention.

A Summary of the Majority Opinion in the Chamber Judgment

However, following a repeated series of questions posed to the parties by the ECtHR, the chamber majority re-framed the case's focus, shifting towards the structural independence and impartiality of the Disciplinary Chamber. Importantly, Mr Grosam neither raised these concerns before the Czech Constitutional Court nor in his initial application to the ECtHR.

By a 4:3 majority, the Court eventually considered that the *legal regulation* concerning the establishment of the Disciplinary Chamber for enforcement officers, which had heard and decided the applicant's case, did not offer sufficient safeguards guaranteeing the independence and impartiality of the lay assessors, and thus of the Disciplinary Chamber as a whole.

More specifically, the chamber majority found the "absence of sufficient safeguards" on four "grounds": (1) the absence of criteria for selecting nominees to lay assessors; (2) insufficient guarantees for lay assessors in the disciplinary panels against outside pressure; (3) lack of appearance of independence; and (4) the fact that two enforcement officers who were sitting as lay assessors in the 6-member disciplinary chamber were the applicant's direct competitors.

An Unusually Strong Dissenting Opinion

Judges Eicke, Koskelo, and Wennerström challenged the majority view with an unusually sharp joint dissenting opinion. In essence, the dissenting judges argued that the applicant's complaints should not even have been declared admissible. More specifically, they stated that the majority had exceeded its competence as (1) it had examined issues which were not in any manner raised by the applicant in the domestic proceedings; (2) it had examined matters which were not as such raised by the applicant even before the Court, but which were, instead, raised by the majority *ex proprio motu*, contrary to the established limits of the Court's judicial function; and (3) it had based its conclusions on an abstract review of the domestic legal framework and addressed issues which clearly had no bearing on the case in question, which, according to the Court's established case law, is not its task.

As a result, the dissenting judges concluded that the judgment entailed a deviation by the Court from the role imposed on it as an impartial adjudicator in cases brought

before it, that the decision amounted to an *ultra vires* act, that the majority had instrumentalized an individual application for purposes other than the adjudication of grievances actually presented to it by the applicant. One can hardly find a more scathing dissent in the Strasbourg Court's history.

The Grand Chamber Cleans Up the Mess

The Grand Chamber reviewed the chamber judgment unusually quickly and eventually reversed it. In a short technical judgment, it sided with the chamber minority and found the application inadmissible since the arguments regarding the absence of an "independent and impartial" tribunal, which the applicant introduced following the questions put to him by the chamber itself, were brought out of time.

This reversal is laudable as the chamber majority put the principle of subsidiarity on its head. The chamber majority acted as a first instance court, as it decided on issues that were not raised before domestic courts at all and were not even made by the applicant before the ECtHR, until he was enticed to do so by the, on all accounts leading, questions by the ECtHR itself. Moreover, it did not focus on the circumstances of the individual case. Instead, it conducted an abstract review of domestic legislation. In doing so, it did not cite any domestic commentary nor the relevant domestic case law and practice. In fact, it offered a very peculiar view and interpretation of domestic law as well as its context, which had nothing to do with reality.

Does It?

It can thus be argued that, although the chamber judgment exceptionally exceeded its competence, a concern raised by the dissenting judges, which prompted the Government to appeal the decision, has ultimately led to its reversal by the Grand Chamber. The Strasbourg system could thus be said to be working properly, with a problematic issue flagged up and then resolved.

Yes and no. As the Grand Chamber did not reach the merits stage, it did not engage with the specific views of judicial independence qua judicial insulation advocated by the chamber majority. That vision has three features. First, the *Grosam* chamber judgment used an expansive interpretation of the doctrine of appearances, coupled with an "abstract review" detached from the specific case, and the worst-case scenario hypotheticals ("what if"

or extreme prophylactic logic), which de facto means that anything and everything that one wants to challenge can be declared as violating judicial independence. Second, that approach will inevitably translate into extreme positions on substance, such as the idea that only judges can decide on matters concerning the discipline of the legal professions because members of other legal professions and other lay judges are never able to meet the same exalted standard of independence. Third, extending judicial independence to the “pre-selection” stage and requiring transparent, clear, and objective criteria even at this stage would mean that virtually any selection of judges by political bodies violates the Convention

The Grand Chamber did not address any of these issues. Naturally, from the point of view of the Strasbourg system, it did not have to, since it declared the initial application inadmissible. But the arguments against the Disciplinary Chamber in the chamber judgment still hang in the air and can be exploited by domestic actors who do not want a delicate balancing between judicial independence and judicial accountability. In fact, in the Czech domestic forum, the model that was based on sharing responsibility for judicial discipline as well as those of other legal professions, including enforcement officers, is unlikely to survive that “reputational hit” since the only “legal opinion” there is on the substance of the matter is that this is incompatible with the European Convention, coupled with the narrative that the original chamber judgment was reversed only “on technicality”. Needless to say that it is not only the Czech Republic, but also a number of other countries in Europe that foresee the inclusion of other legal professions into the decision-making on judicial discipline, typically before a tribunal with a mixed composition of judges and non-judges.

What is next?

The chamber treatment of the *Grosam* case raised many eyebrows. The majority acted ultra vires, misinterpreted domestic law, engaged in an abstract review of domestic legislation, and introduced an extreme vision of judicial independence. But the procedure before the ECtHR inclu-

ded further irregularities. It took more than nine years to deliver the chamber judgment, after long periods of inactivity and a series of guiding questions to the applicant. The final deliberation took only place when the term of two judges had expired, and the president of the chamber was a “hold-over” judge. In other words, the majority of the tiniest chamber majority was technically speaking “out of office” already.

Such a singular constellation might be used as an impetus for pondering on the internal functioning of the ECtHR to help prevent judgments such as *Grosam* from being reached. The measures might include increased individual accountability of judge rapporteurs; reconsidering the role of “lame-duck” judges; diffusing and thereby better controlling the role of national judges; a reflection on the practice of setting up the ECtHR’s sections and constituting the chambers; and introducing an internal red flag system. Some of those proposals have already been made by others, especially by [Judge Albuquerque](#). However, the *Grosam* saga, which brought a simple inadmissibility case to the Grand Chamber, shows that the ECtHR should take them more seriously than ever. [Our piece in the European Law Review](#) on the *Grosam* chamber judgment explores those suggestions in detail.

Conclusion

The Strasbourg Court has recently flexed its muscles in judicial governance issues. By creative interpretation of the notion of “tribunal established by law”, it has set new standards for, among other things, the selection of judges, the role of court presidents, the relocation and reassignment of judges, and case assignment. The key takeaway from these judgments ranging from [Astradsson](#) and [Grzęda](#) to [Tuleya](#) and [Lorenzo Bragado](#) is simple – the member states of the Council of Europe are bound to uphold the rule of law. The *Grosam* saga showed that the Strasbourg Court could be rather easily accused of preaching water but drinking wine itself. That is unacceptable. The ECtHR should abide by its own standards. If it fails to do so, it might end up drinking alone.

Léonie de Jonge, Anna-Sophie Heinze

How to Respond to the Far Right

doi: 10.17176/20230814-182858-0



Across the European continent, far-right parties are soaring in opinion polls. As the far right continues establishing its presence on the mainstream political stage, the urgency to address its rise and normalisation cannot be overstated. But which strategies are effective when and why?

From the margins into the mainstream

The success of the far right has been in the making for a long time. The [far right](#) is an umbrella term that captures the [growing links](#) between ‘(populist) radical right’ (illiberal-democratic) and ‘extreme right’ (anti-democratic) political actors. Ideologically, the far right is characterised by nativism and authoritarianism. Nativism is a xenophobic form of nationalism, which holds that non-native elements form a threat to the homogeneous nation-state. Authoritarianism refers to the belief in a strictly ordered society, where infringements against the ‘law and order’ are to be punished severely. As a result, far-right ideologies are exclusionary and hierarchical, often manifesting as a range of beliefs that are racist, sexist, anti-immigrant, and hostile towards LGBTQ+ communities.

While the onset of the COVID-19 pandemic appeared to take the wind out of the sails of far-right parties (particularly those in opposition), their decline in popularity [proved to be transient](#). In fact, since the beginning of the 21st century, the far right has shaken up party systems in almost every country in [Europe and beyond](#). Recent years have seen far-right parties assume governmental responsibilities in various countries, including Italy and Finland. Meanwhile, in Austria and Belgium, the Freedom Party (FPÖ) and the Flemish Interest Party (VB) are polling at approximately 25 percent.

Even countries that long seemed ‘immune’ now appear to have succumbed to the far-right spell: in Scandinavia, the Sweden Democrats (SD) – which were long treated as pariahs by media commentators and mainstream competitors – are now backing a minority coal-

ition. Despite suffering substantive electoral losses in the recent snap election, Spain’s far-right party Vox might become kingmaker in the coalition talks. In Germany, the *Alternative für Deutschland* (AfD) is soaring in the polls. Having marked its 10th birthday earlier this year, the party is currently celebrating the instalment of their first elected mayors at the local level.

The electoral advances of the far right have rekindled the age-old discussion on how to effectively address their presence. With elections around the corner at the European, national, subnational and local levels, the stakes are high. Germany is gearing up for elections in three eastern states – a region where support for the far right is [notoriously high](#). Meanwhile, citizens in Poland and the Netherlands are preparing to cast their votes in the upcoming parliamentary elections. Looking ahead to 2024, Belgium and Austria will follow suit. In the same year, the European Parliament elections are scheduled, where the far right is likely to solidify its presence.

Understanding the success of the far right

To answer the question of how to respond to the far right, we first need to understand the reasons behind its success, which are [complex and manifold](#). To begin with, individual attitudes play a major role – even though they are often neglected in media discourses. For instance, far-right support cannot simply be dismissed as ‘protest’ against the status quo, or dissatisfaction with particular policy items, such as the much-discussed ‘heating law’ in Germany or measures to curb nitrogen emissions in the Netherlands. Instead, opposition to immigration remains one of the key drivers behind far-right voting – although scholars have distinguished more [fine-grained attitudes](#), suggesting that immigration scepticism (i.e. wanting to reduce immigration) is a stronger predictor than xenophobia or racism.

While individual attitudes matter, they [do not automatically](#) translate into far-right support. Indeed, these attitudes need to be mobilised by far-right parties and ac-

tors. Generally speaking, far-right parties are more likely to succeed if they are able to present themselves as credible alternatives to mainstream parties. As with any party, an appealing programme, charismatic leader(s) and a solid organisation are key. In recent decades, many far-right parties have adopted features of the [mass party model](#) and developed policy positions on a wide range of other issues, including foreign policy, gender, and climate.

Crucially, the success of far-right parties is also contingent on the way in which they are perceived and received by other actors, notably [mainstream parties](#), [media practitioners](#), and [civil society actors](#). Together, they serve as gatekeepers who control the gateway to the political arena. As such, their behaviour is particularly important in determining the electoral trajectory of far-right parties in the earlier stages of their life span (i.e. before their initial breakthrough). But also *after* the far right has entered the political stage, responses from mainstream competitors, the media, and the general public continue to play an important role.

Strategies against the far right

From a purely theoretical perspective, [three strategies](#) can be discerned when confronted with a far-right challenger: demarcation, confrontation, and accommodation. First, mainstream parties (just like media practitioners) can opt to isolate the far right through demarcation (or *Abgrenzung* in German), for instance by treating them as pariahs, or by setting up a *cordon sanitaire* or 'firewall'. Second, established politicians might choose to engage with the far right by assuming a confrontational stance. For instance, they might demonise or stigmatise the far right, thereby openly distancing themselves from them. Similarly, journalists might seek to 'expose' them by showing their 'true face' (*ontmaskeren* in Dutch), or they can delegitimise these parties (and their policies) through unfavourable news coverage. Third, mainstream parties can opt to accommodate the far right, for instance by copying their views or policies or choosing to collaborate with them.

So which strategy is the most effective in countering the far right? History suggests that there is no 'silver bullet' in dealing with the far right. It very much depends on the context, as well as on the timing. [Austria](#) is an interesting case in this respect, as all these different strategies have been adopted at different times and by different actors, but none of them led to the long-term vanishing of

the far right. Mainstream politicians and popular media commentators often suggest that isolating the far right could risk confirming the populist claim that 'the elites' are unresponsive to the concerns of 'the people', thereby fuelling the populist fire. However, empirical evidence for this claim is scarce.

There is also mixed evidence for the confrontational and accommodative strategies. In theory, the latter could have a moderating effect by forcing far-right parties to tone down their rhetoric. This is what [Reinhard Heinisch](#) has called the 'filtration effect'. Earlier [studies](#) also suggested that by accommodating far-right contenders, centre-right parties could actually succeed in seizing some of their electoral support, particularly if the far-right challenger has acted as a junior coalition partner. This is also known as the 'black-widow-effect'.

However, more recent studies have shown that [adopting far-right positions](#) does not help to win back voters but in fact, contributes to legitimising the pariah's views and agenda. Similarly, including the far right in power to 'demystify' it has proven ineffective. Historical instances of far-right [government participation](#) have yielded a range of outcomes. But the bottom line is that the risks of collaboration outweigh the benefits: once in power, the far right can actively contribute to serious [democratic backsliding](#), as we have seen in Poland, Hungary, and the United States. Moreover, when far-right ideas are disseminated from a position of power, it accelerates the mainstreaming and normalisation of these ideas.

Where to go from here?

Although there is [no magic formula](#) on how to deal with the far right, insights from research enable us to outline some effective strategies and pitfalls to avoid. Evidence put forward by [Joost van Spanje and Nan Dirk de Graaf](#) indicates that engagement strategies (i.e. confrontation and accommodation) are most effective when combined with non-engagement strategies (i.e. demarcation). Drawing on evidence from nearly 300 election results in 28 Western European countries from 1944 to 2011, the authors show that copying (or 'parroting') a challenger party can work (i.e. it can decrease that party's support), but only if that party is also systematically isolated. This suggests that combining different strategies might be key to their overall effectiveness.

Moreover, evidence from [Belgium](#) suggests that demarcation can actually work. When a cordon is truly 'wa-

tertight' in the sense that the media universally deny access to far-right parties and mainstream parties clearly rule out any sort of cooperation, it can deprive the far right of the oxygen they need to grow and flourish. However, the effectiveness of the demarcation strategy ultimately hinges on its rigidity and **timing**. When a cordon is permissive (i.e. allowing *some* possibility for cooperation with far-right actors because they are not universally treated as pariahs), it is less likely to be effective. As **David Art** reminds us, 'even small cracks in the *cordon sanitaire* can have large consequences'. That is precisely why political parties should not make exceptions at any federal level – unlike CDU leader **Friedrich Merz**, who called for more pragmatic cooperation with the AfD at the local level a few weeks ago. In fact, the local level serves as a particularly important bulwark against the far right, as emphasised in a study by **Antonis Ellinas** on antifascist mobilisation in Greece.

At the same time, media coverage matters. In Germany and beyond, media commentators seem to be scrambling for the most sensational headline when it comes to the far right's recent high ratings in the polls (thereby ignoring normal margins of error). This, again, runs against what we know from existing research: when adhering to a strict demarcation, **media practitioners** can significantly hamper the far right's success, as shown in Wallonia.

Here to stay: dealing with the far right is a long-term challenge

Demarcation is admittedly easier before the far right has passed the 'threshold of relevance'. Many may therefore wonder how dealing with the far right will or should change after it has gained a solid foothold in the party system. Indeed, once a far-right party has won **parliamentary representation**, it effectively changes the parameters of party competition, and electoral fortunes become less dependent on the tactical manoeuvring of other players, including mainstream parties and the media. But that does not mean that the responses do not matter anymore. If anything, this is when the mainstreaming processes become even more relevant.

Since the far right is likely to be here to stay, learning how to deal with it will undoubtedly be a long-term challenge – but one that cannot be avoided. In the words of **Tim Bale**, 'once the toothpaste is out of the tube, the can of worms opened, the issues rarely go away'. The normalisation of the far right can be seen as one of the greatest threats that liberal democracies are currently facing. Instead of integrating far-right positions and frames, mainstream parties should thus focus on strengthening liberal democracy and **reclaiming the political agenda** on the basis of offering credible political alternatives. This involves staying true to their own story, getting back in touch with their core electorates, and creating strict boundaries on how much intolerance liberal democracies should tolerate. If these boundaries are not set, it becomes much easier for far-right actors to push them further and further.

Päivi Leino-Sandberg, Peter Lindseth

How Cohesion Became the EU's Vehicle for Economic Policy

Tracing the Hidden History of Article 175(3) TFEU

doi: 10.17176/20230814-104247-0



Three decades ago, the European Union (EU) made a fundamental choice to build an Economic and Monetary Union (EMU). But, as the Treaties made quite clear, its structure would be 'asymmetric'. Monetary policy would be supranationalized but economic policy would remain national. And for good reason—only the Member States possessed the necessary democratic and constitutional legitimacy to make economic and related fiscal policies. As the CJEU recognized in *Pringle* (para 64), 'Articles 2(3) and 5(1) TFEU restrict the role of the Union in the area of economic policy to the adoption of coordinating measures'.

Much of the legal bickering in the EU of the last fifteen years, and indeed longer, has revolved around the constraints that this Treaty-based asymmetric structure imposes. There was, in particular, growing frustration about the weak implementation of the country-specific recommendations under the SGP and the European Semester, the Union's main vehicles of economic policy coordination. The frustration was particularly acute regarding the euro-area Member States, whose economic-policy shortcomings—well on display in the euro crisis—resulted in substantial hardship and costs for other Member States. During the euro crisis, adjustment programs and their economic policy conditionality provided a powerful—though intergovernmental and, in many ways, problematic—way of gaining more say over individual member states' economic policies. The Union itself lacked tools with any equivalent traction.

Something quite remarkable, however, has happened over the course of the last four years. Cohesion policy—which had heretofore been a policy backwater, aimed at addressing regional disparities—has emerged as the EU's primary vehicle for reshaping economic and related fiscal policies in the Member States. In the EU's 2021-2027 Multiannual Financial Framework (MFF), the title '[Cohesion, Resilience and Values](#)' has turned into a massive area of Union spending, with €426.7 billion allocated to these policies under the MFF itself and an additional €776.5 billi-

on through [NextGenerationEU \(NGEU\)](#). The new regime redirects vast amounts of EU funding to national policy priorities with often little or no obvious connection to the traditional cohesion policy objectives of reducing disparities and the backwardness of least advantaged regions.

Through the [Recovery and Resilience Facility \(RRF\)](#)—whose sole legal basis, it should be remembered, is the flexibility clause in the Treaty's cohesion title, Article 175(3) TFEU—the use of cohesion policy has transformed supranational involvement in national economic and fiscal policymaking. Via the RRF, cohesion policy has become the basis 'money for reforms', regardless of whether the EU or the Member State hold legislative competence in the relevant area. Whereas previously the region served as the relevant unit of cohesion policy, now the focus is on the entirety of the Member State or indeed the EU as a whole.

As a result, cohesion policy and economic and related fiscal policies have morphed into one integrated policy field in which any economic or fiscal policy measure that can be plausibly described as a structural reform (primarily an area of Member State competence, subject to Union coordination) can now be reframed as a measure of EU cohesion policy (a shared competence) that can be supported by EU funds to incentivize compliance. How did this happen?

The Revolutionary Reinterpretation of Article 175(3) TFEU

One might respond 'Covid' (and hence NGEU) but that actually would not be exactly right. The basis of this constitutional transformation was in fact a revolutionary reinterpretation of Article 175(3) TFEU that *predated* NGEU. And that reinterpretation was undertaken by the legal services of the EU institutions largely outside of public scrutiny.

This post seeks to make this hidden legal evolution visible, by examining previously undisclosed legal analyses

of the Council Legal Service (CLS) on this crucial question. The CLS is the main source of legal advice that the Council and the European Council use when approving measures, and it is always present in Council decision making. Its advice is highly influential but seldom available for public debate and scrutiny, as the Council continues to insist on its confidentiality despite [consistent CJEU case law](#) to the contrary.

Before turning to that legal advice in earnest, however, let us make one thing clear: this blog post is not about the legality of the NGEU. That ship has clearly sailed, the moneys are now largely borrowed, disbursed, and spent, and there is little chance that they would, could, or even should ever be clawed back. What remains, however, open to debate—and indeed should be thoroughly considered—are the potential long-term consequences of the legal revolution.

Indeed, the idea has been floated (see, e.g., [here](#) and [here](#)) that Article 175(3) TFEU could serve as a basis for a non-emergency spending programme or even permanent fiscal capacity in the EU, without the need for further treaty change. While we share (politically) the hope that the EU might attain some kind of expanded and more permanent borrowing and spending capacities in the future, we question (legally and normatively) whether a heroic reinterpretation of Article 175(3) TFEU beyond all recognition is the right way to accomplish that goal. At the same time, we wish to make the [power](#) of institutional lawyers in engineering such a profound change visible for a critical examination. Hence this blog post.

The Roots of the Change: The RSP/RDT, EISF, and BICC

As part of the effort to support the adoption of NGEU in 2020, the CLS exceptionally – and [strategically](#) – published its [legal advice](#) on the emergency programme. This opinion focused exclusively on the compatibility of NGEU with the budgetary rules in Articles 310–311 TFEU, the suitability of the emergency rules in Article 122 TFEU as a legal basis for the EU's Recovery Instrument (EURI), and the compatibility of the overall programme with the no-bailout clause in Article 125 TFEU. It did not discuss the cohesion flexibility clause in Article 175(3) TFEU as a legal basis for the RRF.

Why did such a momentous legal reinterpretation receive so little attention? Perhaps because the CLS thought the issue was already debated and settled in favour of a broad reading. In the two years prior to the Covid crisis,

the Commission had advanced a number of (admittedly much smaller) proposals to create a so-called euro-area budget, all of which were based on Article 175(3) TFEU. The first, in 2018, was the €25 billion [Reform Support Programme](#) (RSP), of which €22 billion was to finance the reform delivery tool (RDT), designed to incentivise Member States to undertake structural reforms. The second, also in 2018, was the [European Investment Stabilisation Function](#) (EISF) that would have made available a €30 billion pot of loans and interest-rate subsidies for Euro area and ERM II Member States to finance public investments in economic downturns. In 2019, these two instruments were then folded together into a third proposal for a [Budgetary Instrument for Convergence and Competitiveness](#) (BICC) encompassing similar elements. However, while the two first proposals were based, in whole or in (overwhelming) part, on Article 175(3) TFEU, the BICC proposal was framed as a measure of economic governance, limited to the euro area states and based on Article 136(1)(b) TFEU in combination with Article 121(6) TFEU. Nonetheless, as we shall see below, the BICC envisaged a substantial component related to financing that was also to be based on Article 175(3) TFEU.

This legislative process, culminating in the BICC, was entering its final stages when the Covid crisis hit in spring 2020. Prior to this, the CLS had issued confidential opinions on all three, which seemingly settled the question of using a radically reinterpreted Article 175(3) TFEU as a legal basis for these sorts of initiatives. This entire process escaped any real scholarly attention, apart from this observation by [one of us](#) (writing with a different co-author) that this reading of Article 175(3) TFEU would exclude ‘*very few economic policy measures*’. This, in turn, ‘*rais[ed] the question of how to draw the border between economic policies and cohesion policies*’ without effectively emptying ‘*the field of economic policies of independent content*’.

Given our ongoing work on [how NGEU fits into longer term developments in EU law and politics](#), we made public access requests to both the Commission and the Council for access to the legal advice in consideration of the RSP/RDT, the EISF, and the BICC. The Commission's response to this request was implausibly small, identifying just a few documents involving minor technical amendments to draft proposals from the final stages preceding their formal approval, none of them illuminating. We find this response unconvincing—the Commission Legal Service must have been closely integrated into the develop-

ment of these innovative and legally transformative proposals by giving advice in various forms and formats. However, we are still waiting for a decision on our confirmatory application, which also specifically addressed the need to grant access even to [other than formal legal opinions](#), as well as the public interest involved in the legal transformation of the past years.

The Council's production in response to our requests was more forthcoming, albeit only after an initial refusal to grant full access, which the Council reversed upon a confirmatory application. The Council eventually granted access to four legal opinions: an [EISF opinion](#) of 15 January 2019, an [RSP opinion](#) of 19 February 2019, and a first [BICC opinion](#) dated 15 October 2019 and a second [BICC opinion](#) dated 23 January 2020. The first BICC opinion concerned the possibility of using an intergovernmental agreement and is not relevant for the pre-NGEU interpretation of Article 175(3) TFEU considered here. Following our requests, all four opinions are now publicly accessible in the Council's public register of documents.

These opinions provide a glimpse into what we might understand as the hidden pre-history of Article 175(3) TFEU as a basis for deep EU involvement in important aspects of national economic policy that was ultimately realized through NGEU. Instead of Treaty reform, the institutional legal services turned cohesion policy into the cavalry that rode to rescue, opening the door to altering Treaty-based competence allocations by way of the ordinary legislative procedure.

Article 175(3) TFEU—the Cohesion Flexibility Clause and the Existing Case Law

Article 175(3) TFEU is the flexibility clause in the cohesion title in the TFEU, authorizing the adoption of 'necessary' and 'specific actions' within the framework of cohesion policy but otherwise 'outside the Funds', i.e., those contemplated or specifically mentioned in Articles 174, 175(1) TFEU and/or 177(1) and (2) TFEU.

The key framing language for cohesion policy, first introduced into the treaties in the Single European Act of 1986 and still present in Article 174 TFEU, defines the purpose of this area of EU competence as '*reducing disparities between the levels of development of the various regions and the backwardness of the least favoured regions*'. Based on that language, one would think that the function of Article 175(3) TFEU would be rather limited,

tied to supplementing EU action under the existing structural and cohesion funds, whose regional-developmental purposes have been well-settled over decades of experience.

The CJEU's 2009 judgment in the case of the *International Fund for Ireland (IFI)* is to our knowledge the only case law extant on the use of cohesion's flexibility clause as a legal basis (in this case interpreting the substantively identical predecessor clause in Article 159(3) EC). In its ruling, the Court did not follow the AG's logic, which had stressed that the seemingly capacious term 'cohesion', when read in isolation, was '*a broad overall concept with imprecise contours*' (*IFI*, [Opinion of AG Bot](#), para 82). Instead, focusing on the phrase '*specific actions*' in the clause, the Court held that the flexibility provision only serves as the appropriate legal basis when the legislator could '*guarantee that all of the interventions [of the programme adopted under this provision] will in fact address the objectives that are specific to the [EU]'s policy on economic and social cohesion*' (*IFI*, para 62). This 'guarantee' obligation of the Union legislator, in turn, created a related obligation on the part of European institutions implementing any such programme, to '*prevent the use [of funds] to cover actions which, while complying with the objectives of [that programme], extend beyond the scope of the [Union]'s policy on economic and social cohesion*' (*IFI*, para 59).

The Court's combination of the 'guarantee' and 'prevention' obligations clearly constrained the discretion of the Union legislator as well as that of implementing administrative actors (both supranational and national) under Article 159(3) EC, and therefore also under Article 175(3) TFEU going forward. EU policy on economic and social cohesion thus has clearly defined limits, supporting the idea that not every policy measure with economic implications could be redefined as 'cohesion policy'.

Institutional legal opinions [typically include](#) analyses of the Court's existing case law and discuss its relevance for the matter at hand. But the institutional context in which each legal service works also matters. The legal service of the Commission—in line with the task of the master that it serves—remains more integrationist in its approach, focused on removing obstacles that the case law might pose. The CLS, by contrast, is generally believed to be more concerned with preserving Member State interests. But the CLS also enjoys strategic room for manoeuvre on this point. The 'will' of the Council is of-

ten difficult to discern, given the great variety of views among the Member States. As matter of political reality, that 'will' is often based on the views of the dominant or a few strong Member States that have reached an agreement on a particular issue sufficient to push it through. Identifying compromises and providing the legal language for realizing those agreements is where much of [power of the CLS](#) derives, even as it seeks to hold itself out as apolitical and impartial honest broker among all the Member States.

In its various opinions on the RSP, the EISF, and the BICC discussed below, the CLS clearly sought to exploit this strategic room for manoeuvre. Rather than operating within the confines of the 'guarantee' and 'prevention' obligations articulated by the Court in *IFI*, it seized on the more forgiving logic of the AG's opinion. The CLS opinions do not cite the relevant paragraphs of the *IFI* ruling (paras 59 and 62). And yet, the CLS was clearly aware of the ruling, as it indeed did cite and/or quote paragraphs 45, 52 and 53. This selective and highly strategic reading resulted in a significantly more expansive interpretation of Article 175(3) TFEU that is arguably in deep tension with what the Court actually held in *IFI*.

The CLS Opinion on the EISF of January 2019

We begin with the CLS opinion that was first in time: the EISF opinion dated 15 January 2019. To recall, the EISF was a Union loan facility that was to provide subsidised loans to Member States in economic trouble, to allow them to maintain adequate level of public investment. The CLS correctly acknowledged that, per the existing case law, 'cohesion cannot be used as an instrument to achieve the Union aims in other policy areas, such as economic policy' ([EISF opinion](#), para 28, quoting language from *IFI*, para 46). But in seeking nonetheless to blur the distinction between those two policy domains so as to avoid the implications of this prohibition, the CLS stressed that the 'notion of cohesion policy is particularly broad and inclusive' ([EISF opinion](#), para 35, citing *IFI 2009*, [Opinion of AG Bot](#), para 90). Instead of considering the actual wording of Article 174 TFEU, the CLS argued that the 'scope of Article 174 TFEU is not limited to specific sectors and is defined functionally – on the basis of its objectives – , rather than organically'. From this the CLS concluded that the Treaty 'leaves a large margin of discretion to the legislator as to how the cohesion aims should be achieved' ([EISF opinion](#), para 35). At the same time, the CLS remained strategi-

cally silent on the constraints on that discretion derived from the 'guarantee' and 'prevention' obligations that the Court had defined (*IFI*, paras 59 and 62).

In lieu of these requirements, the CLS advanced its own more forgiving analytical framework, grounded in what we might call the 'preponderant aim' test. To quote the opinion, the violation of the boundaries of Article 175(3) TFEU as a legal basis should turn on whether cohesion is 'be[ing] used with the preponderant aim' either 'to enhance the economic coordination between Member States' or 'of ensuring the stability of the euro area' ([EISF opinion](#), paras 29 and 31).

To avoid the rather obvious conclusion that this was precisely how the EISF was being used (which an objective analysis of the history of the prior decade or the programme's stated purposes would seem to warrant), the CLS then engaged in a rhetorical and analytical sleight of hand. Over a series of rather elliptical paragraphs ([EISF opinion](#), paras 12, 40-41, and 54-57), it found in effect that the infamous asymmetry in the EMU between centralized monetary policy and decentralized fiscal policy—eminently a question of economic policy of the most fundamental sort—along with derivative risks of 'asymmetric shocks' across the Member States which that structural and economic asymmetry created ([EISF opinion](#), paras 3, 11-13, 38-41, 44, 54-56), gave rise to 'vulnerabilities' that the Union legislator was empowered to address as a matter of cohesion under in Article 175(3) TFEU ([EISF opinion](#), paras 39 and 48). The CLS further underlines that the EISF financial support is to be used exclusively for purposes defined 'in the future common provision regulation for the cohesion policy, or social investment into education and training' ([EISF opinion](#), para 43).

As regards economic policy, what seemed decisive is that the regulation does not conflict or overlap with the EU's economic coordination procedures. More specifically, there is a complete silence on the fact that substantive economic policy and its consequences actually fall under Member States' national competence.

It is our view that, in upholding this choice of legal basis, the CLS engaged in a series of analytical manoeuvres that both ignored the *IFI* ruling quoted above while also transforming the concept of cohesion to such an extent that it did indeed effectively dissolve the boundary between it and general economic policy. In short, the CLS found that the Union had the tools to address the constitutional design of the EMU, but without the difficult

process of treaty change, as one might suppose would be necessary. Rather, it could be done through a back-door process of legally re-engineering the concept of cohesion to extend it to economic ‘vulnerabilities’ at the level of the Member State or EU as a whole arising out of the EMU’s asymmetrical design.

The CLS Opinion on the RSP of February 2019

A month later, the CLS issued the [RSP opinion](#) upholding Article 175(3) TFEU as the legal basis for the RSP and, more particularly, the RDT (as well as a similar ‘convergence facility’ for Member States in the ERM II). The RDT, as explained above, was designed to reward Member States with grants in exchange for implementing structural reforms deemed appropriate by the Union.

This new opinion proceeded according to a similar logic as the EISF opinion (indeed, it incorporated its foundational paragraphs by reference). The programme was once again designed to solve a problem that went to a core economic policy feature of EMU: the ‘*more intensive and effective policy coordination*’ envisioned by the Delors Report in 1989 (p 11, para 12) that eventually evolved into the (admittedly dysfunctional) European Semester system of the last decade.

The key feature of the RSP, grounded in Article 175(3) TFEU, were ‘*financial incentives for the implementation of non-investment related structural reforms by the Member States*’ ([RSP opinion](#), para 3; see also paras 9, 24-25, and 43). Reforms eligible for funding under the tool are those that ‘*aim at addressing challenges identified in the context of the European Semester*’ ([RSP opinion](#), para 11, quoting Article 8 of the Commission’s RSP Proposal). The justification for cohesion payments for such reforms depended on whether or not the action ‘*promot[ed] resilient economic and social structures in the Member States*’ ([RSP opinion](#), para 8). While approving the legal basis, the Council Legal Service made its use “*subject to a number of adaptations of provisions relating to i) the eligibility of reforms, ii) the assessment and allocation criteria for funding, iii) the governance and decision making, so that they constitute a genuine instrument of cohesion*” understood, now, in terms of resilience ([RSP opinion](#), para 64).

Promoting ‘*resilience*’ at the level of the Member State became, in effect, the hook on which the use of cohesion legal basis Article 175(3) TFEU ultimately hung. The aim of the RSP, the opinion found, was ‘*not to create the conditions for the optimal and proper functioning of the euro,*

thus its stability’; rather, it was ‘*to underpin the economic resilience of Member States*’ and hence was an exercise of cohesion policy as now expansively reinterpreted ([RSP opinion](#), para 48). This attempted distinction, of course, borders on the absurd. These two aims are really one and the same and trying to differentiate between them is rather nonsensical. But these are precisely the sort of mental gymnastics that the CLS’s proffered ‘*preponderant aim*’ test forced on its lawyers in order to support the RSP. Indeed, the opinion went so far as to claim that, if the money spent under the RSP advanced any of these aims, it should ‘*[i]n principle*’ be seen as ‘*earmarked for policies which are identified as cohesion*’ ([RSP opinion](#), para 28). The opinion included no mention of the fact that, substantively, the structural reforms to be promoted fall under Member State competence and form a core area of their democratic policies.

The CLS Opinion on BICC of January 2020

The reinterpretation of Article 175(3) TFEU reached its culmination in the CLS legal opinion of January 2020 on the BICC. The Commission had proposed the BICC in 2019 as a comprehensive vehicle for implementing a euro area budget, encompassing (and therefore also superseding) the earlier RSP and EISF proposals. The BICC sought to provide euro area member states with financial grants, not only as reward for reforms as in the RDT, but—as a nod to the EISF—also to finance public investments. It envisaged a process whereby member states would submit projects for reforms and investments, linked to National Reform Programmes, in this sense anticipating the NRRP process under the RRF.

The BICC’s specified legal bases were Articles 121(6) and 136 TFEU (authorizing establishment of multilateral surveillance procedures to coordinate budgetary and economic policies). However, there were [allusions in the publicly available record](#) on Council discussions of Article 175 TFEU also serving as a possible basis, at least in terms of financing. It is also the applicability of Article 175(3) TFEU that the Council Legal Service analyses in its opinion.

The challenge of using Article 175(3) TFEU to finance the BICC implicated a classic obstacle in the political economy of the EU budget—*juste retour*—or what would each Member State receive from the instrument relative to their contributions to the general EU budget. Relying on the approach created for the RSP, the BICC would al-

locate the funding based on a complex formula tied, *inter alia*, to relative population and GDP of each Member State (BICC opinion, paras 12-14). Several Member States were concerned that this allocation method thus ‘would incorporate a refunding or “juste retour” logic’ that ‘would put at jeopardy the cohesion [i.e., developmental] objectives of the instrument’ (BICC opinion, para 25).

The concern was entirely understandable in view of established understandings of cohesion policy as interpreted in the case law, notably the ‘guarantee’ and ‘prevention’ obligations (IFI, paras 59 and 62). Specifically with regard to the dimensions of the allocation criteria that suggested reliance on a ‘juste retour logic’, the Council Legal Service now concluded that those dimensions:

can be reconciled with the cohesion purposes of the proposal, bearing in mind the very specific nature of this cohesion instrument which aims at bringing convergence and competitiveness within the euro area through the implementation of reforms and investments. Actually, in an area so economically integrated as the one of the monetary union, the implementation of eligible reforms and investments by bigger economies (i.e., those with the higher share of GNIs) may have a more significant impact in bringing about the overall convergence and competitiveness of the euro area as a whole (BICC opinion, para 27).

Thus, the eclipsing of the traditional regional-developmental focus of cohesion policy in favour of the pursuit of more general economic policy goals like ‘convergence and competitiveness’ across the EU as a whole—which the Council legal opinions for the EISF and RDT had suggested—was now essentially complete. This is clearly evidenced by how the legal bases of cohesion and economic governance were used interchangeably by the Commission, with the blessing of the CLS, for more or less the same legislative proposal.

Conclusion: Toward a Permanent Fiscal Capacity Based on Article 175(3) TFEU?

This is where the matter stood when, in spring 2020, the demands of the Covid crisis led to the withdrawal of the BICC (and hence the RSP and EISF) in favour of the NGEU, the EURI, and the RRF. But those earlier efforts lived on as

models to be built upon in these new crisis instruments. As specified in the RRF proposal, for example, the new spending programme took ‘as a basis the latest text discussed by the co-legislators on the proposal establishing a Reform Support Programme ... and makes appropriate changes to it to reflect the revised objectives, and the adjusted delivery mode of the new instrument’.

We can only assume that the analysis of Article 175(3) TFEU as a purportedly adequate legal basis for these measures lived on as well. But certain obvious distinctions must be drawn. Whatever tenuous connections those earlier instruments had with cohesion (now radically redefined) were now effectively obliterated entirely in the RRF. That new instrument now sought to justify its extraordinary breadth—providing funds to support measures in essentially any policy domain regardless of the locus of legislative competence (national or supranational)—on the basis of Article 175(3) TFEU.

Beyond the substantive strain this reinterpretation placed on that provision, given the tenuous link to cohesion, there is also the question of scale. From the comparatively meagre €25 billion in grants for the RSP or €30 billion in loans and interest-rate subsidies for the EISF, the RRF upped the ante twelvefold to a total of €672.5 billion (at 2018 prices), distributed to all member states, as grants (up to a total of €312.5 billion in 2018 prices) and loans (up to a total of €360 billion in 2018 prices).

This transformation was accomplished without substantial public debate and only with limited analysis of risks and consequences. This approach raises considerable concerns regarding whether or how Article 175(3) TFEU, outside the emergency context of NGEU, might ever possibly serve as the basis of a more permanent fiscal and economic-policy capacity in the EU. These concerns include the impact of this provision’s radical re-engineering on Treaty-based allocations of economic-policy competence between the EU and the Member States, on respect for the principle of conferral, and on the more general dangers of ‘integration by stealth’ at the expense of democratic politics.

We believe that this re-engineering of Article 175(3) TFEU is simply too flimsy and tenuous a legal basis to bear the weight that a permanent regime would place on it. That flimsiness is not only a consequence of questionable reinterpretations or the massive scale of funding these reinterpretations are now meant to support. It is also a consequence of the broader institutional effects of this radi-

cal scaling-up. These earlier legal opinions (on which the RRF would apparently ultimately be based) make no mention, for example, of Member State competence to settle substantive policy choices or the role of [national parliaments](#). This is just one of many silences that need to be further explored from a consequential perspective. The legal opinions achieve an outcome perceived desirable in the institutions rather than providing a balanced description of the applicable constitutional framework (alas, an approach that is [hardly unprecedented](#) in the recent history of integration).

While the institutional legal services [routinely claim](#) that ensuring the quality and objectivity of their advice demands that they remain confidential, the opposite might in fact be true. These opinions need to be exposed to public debate and critique lest they undertake fundamental transformations without the requisite democratic and constitutional legitimation. Further analysis of these concerns, as well as many others, require more room than a mere blog post – even a long one – can provide. We look forward to expanding on them in the [larger project](#) of which this post is just a part.

Nils Kohlmeier

Widerspruchsresponsive Nachhaltigkeit

Das Freihandelsabkommen der EU mit Neuseeland verpasst die Etablierung eines kritischen Nachhaltigkeitsbegriffs

doi: 10.17176/20230810-224225-0



Am 09. Juli 2023 haben die Europäische Union und Aotearoa Neuseeland ein umfangreiches [Freihandelsabkommen](#) abgeschlossen, das die Europäische Kommission mit Blick auf Nachhaltigkeitsfragen als [ambitioniertestes Abkommen aller Zeiten](#) bezeichnet. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass der Regelungsumfang in vielerlei Hinsicht umfassender und progressiver ist als in anderen Abkommen. Dennoch sind Defizite bei der Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens auszumachen, die auch darin begründet liegen, dass das Nachhaltigkeitskapitel es nicht vermag, einen für seine Widersprüche sensibilisierten, kritischen Nachhaltigkeitsbegriff zu etablieren. Erkenntnisse der „[Contradiction Studies](#)“ können dazu beitragen, diese Lücke zu füllen. Mit dem Begriff der Nachhaltigkeit, wie er in dem Abkommen verwendet wird, sind Widersprüche verbunden. Erst deren Anerkennung ermöglicht es, diese Widersprüche auch auf rechtlicher Ebene mitzuverhandeln. Dazu muss das Streitbeilegungsverfahren unter Einschluss zivilgesellschaftlicher Akteur:innen effektiviert werden.

Gender und Freihandel: defizitäre Perspektiven

Vorschriften zu Handel und nachhaltiger Entwicklung finden sich im 19. Kapitel des EU-Freihandelsabkommen mit Neuseeland (in Folge: EU-NZ-FTA; Normen ohne Kennung sind solche des EU-NZ-FTA). Das Nachhaltigkeitskapitel enthält insgesamt 16 Unterabschnitte, die z.B. die Verbindlichkeit von multilateralen Arbeits- und Umweltübereinkommen zwischen den Parteien behandeln oder den Handel in Relation zu speziellen Regelungsgegenständen setzen.

Art. 19.4 etwa beinhaltet Vorgaben zu „Trade and gender equality“, die unter anderem auf die Förderung von Genderperspektiven in den Handels- und Investitionsbeziehungen der Parteien abzielen und dessen Wichtigkeit für inklusives ökonomisches Wachstum betonen. Gemäß Art. 19.4 Nr. 7 sind wāhine Māori (indigene Frauen Neuseelands) bei der Erarbeitung geschlechtergerechter Han-

delskonzepte einzubeziehen. Die Parteien sollen über das Abkommen hinaus zudem in multilateralen Foren wie der WTO kooperieren, um für geschlechtsbezogene Probleme im Welthandel zu sensibilisieren. Solche Vorgaben sind ein Novum. Im [Freihandelsabkommen der EU mit Südkorea](#) von 2011 finden sich solche Regelungen noch nicht; Bezüge zu Geschlechtergerechtigkeit bestehen lediglich über den Verweis auf die ILO-Kernarbeitsnormen, die die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf anordnen.

So begrüßenswert und wichtig die neuen Vorgaben im EU-NZ-FTA in ihrer politischen Dimension erscheinen, sind sie zugleich doch defizitär: Zum einen wird ausgeblendet, dass mit der Liberalisierung von Dienstleistungen (Art. 10.1 ff.), die im sozialen Sektor hauptsächlich von Frauen* ausgeübt werden, regelmäßig die Gefahr (weiterer) Prekarisierung einhergeht. Hierauf wurde bereits in der Debatte um TTIP [hingewiesen](#). Ein Freihandelsabkommen, das „Trade and gender equality“ ernst meint, müsste sich hierzu verhalten, etwa indem es unterstreicht, diese Effekte anzuerkennen und ihnen entgegenzuwirken. Die Ausgestaltung einer solchen Regelung könnte sich an Art. 19.4 Nr. 8 c) orientieren, der die Partizipation von Frauen in handelsbezogenen Berufsfeldern stärken soll, in denen diese oftmals unterrepräsentiert sind, „such as science, technology, engineering [...]“. Zum anderen ist der Blick auf eine lediglich binäre Geschlechtergleichheit zu einseitig. Es fehlen nicht-binäre, queere Perspektiven auf den Welthandel. [Claerwen O’Hara](#) hat treffend gezeigt, wie deren Einbeziehung für eine Kritik am Konsensprinzip der WTO fruchtbar gemacht werden kann und auf hiermit verbundene invisibilisierte Machtdynamiken zulasten von Staaten des globalen Südens aufmerksam gemacht.

Streitbeilegung: Nachhaltigkeitskapitel mitumfasst, aber nur partiell durchsetzbar

Bemerkenswert sind zudem die Regelungen zu „Trade and climate change“. Die Parteien verpflichten sich zur effektiven Umsetzung des Pariser Klimaschutzabkommens (Art. 19.6 Nr. 2). Das allein ist zugegebenermaßen noch wenig innovativ. Eine wesentliche Neuerung findet sich aber in der Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens. Die EU scheint die [berechtigte Kritik](#) an fehlenden Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Bestimmungen der Nachhaltigkeitskapitel jedenfalls teilweise angenommen zu haben. Im Freihandelsabkommen der EU mit Südkorea findet sich noch ein allgemeiner Streitbeilegungsmechanismus, der bei Nichtbefolgung der Entscheidung des Schiedspanels auch vorsieht, Handelspräferenzen zeitweise auszusetzen (Art. 14.11 Abs. 2 Freihandelsabkommen EU-Südkorea). Daneben ist ein kooperationsbasiertes Verfahren speziell für Vorschriften des Nachhaltigkeitskapitels (Art. 13.14 ff. Freihandelsabkommen EU-Südkorea) geregelt.

Dagegen enthält das EU-NZ-FTA ein allgemeines Streitbeilegungsverfahren („Dispute settlement“), das explizit auch das Nachhaltigkeitskapitel mitumfasst (siehe etwa Art. 26.3 Nr. 6). Leider ist der außerhalb des Nachhaltigkeitskapitels stehende Regelungskatalog zu „Māori trade and economic cooperation“ hiervon jedoch ausgenommen (Art. 20.7), was unter postkolonialen Gesichtspunkten besonders kritikwürdig erscheint. Art. 26.16 sticht im Kontext des Streitbeilegungsverfahrens heraus. Bei Verstößen gegen Regelungen zu „Multilateral labour standards and agreements“ und „Trade and climate change“ kann die das Panelverfahren initiiierende Partei *ultima ratio* Verpflichtungen aus dem Abkommen aussetzen. Dem geht gem. Art. 26.16 Nr. 1 a), b) beispielsweise voraus, dass die beschwerte Partei sich nicht imstande sieht, den finalen Report des Panels umzusetzen oder innerhalb einer bestimmten Frist keine entsprechenden Maßnahmen nachweist. Sodann können die Parteien Verhandlungen über akzeptable Kompensationen führen. Erfolgt dies nicht oder bleibt ergebnislos, greift der Aussetzungsmechanismus. Die Aussetzung muss in einem angemessenen Verhältnis zu der festgestellten Verletzung der jeweiligen Bestimmung stehen und erfolgt nur temporär, Art. 26.16 Nr. 5, 7. Erwähnenswert ist noch, dass bei schwerwiegenden Verstößen gegen das Pariser Klimaschutzabkommen angemessene Maßnahmen ergrif-

fen werden dürfen (Art. 27.4 Nr. 3) – ohne vorgelagertes Panelverfahren mit der Möglichkeit temporärer Aussetzung.

Der Sanktionsmechanismus des Panelverfahrens aber ist im Rahmen des Nachhaltigkeitskapitels auf festgestellte Verstöße gegen die beiden oben genannten Bestimmungen beschränkt. Wenngleich der Sanktionsmechanismus schon einen Fortschritt darstellt, wird dieser doch dadurch geschmälert, dass im Umkehrschluss alle anderen Bestimmungen des Nachhaltigkeitskapitels – z.B. auch diejenigen zu „Trade and gender equality“ – nicht umfasst sind. Es ist also nur partiell möglich, Entscheidungen des Schiedspanels über festgestellte Verstöße gegen Nachhaltigkeitskriterien sanktionsbasiert durchzusetzen.

Panelverfahren: Rolle zivilgesellschaftlicher Akteur:innen unterbelichtet

Das verhilft dem Panelverfahren zu umso mehr Bedeutung. Das ist im Streitbeilegungskapitel geregelt und geht einer temporären Aussetzung regelmäßig voraus. In allen Fällen, in denen eine solche Aussetzung nicht möglich ist, bleibt die Umsetzung der Entscheidung des Schiedspanels durch die jeweilige Partei die einzige Möglichkeit, einem Verstoß gegen Nachhaltigkeitsbestimmungen abzuwehren. Im Kontext des EU-Freihandelsabkommens mit Südkorea stand die Debatte über die Konkretheit und Überprüfbarkeit von solchen Entscheidungen im Vordergrund ([hier](#) und [hier](#)). Während es in Art. 13.15 Abs. 2 Freihandelsabkommen EU-Südkorea noch heißt: „Die Vertragsparteien *bemühen* sich nach besten Kräften, die Ratschläge oder Empfehlungen der Sachverständigen-Gruppe zur Durchführung dieses Kapitels zu *berücksichtigen*“, heißt es in Art. 26.13 Nr. 1: „The Party complained against shall take *any measure necessary* to comply *promptly* with the findings and recommendations in the final report [...]“ (Hervorhebungen: NK). Nicht nur müssen also alle notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, sondern Art. 26.14 Nr. 1 sieht als Regelfall vor, dass dies sofort geschehen soll – wenngleich die Parteien abweichend eine Ausdehnung der „reasonable period of time“ vereinbaren können (Art. 26.14 Nr. 4). Offen bleibt, wie „notwendige Maßnahmen“ definiert werden. Zudem verliert die Regelung im Lichte von Art. 27.4 Nr. 2 an Strahlkraft, wonach jede Partei die notwendigen Maßnahmen ergreifen muss, die Vorgaben des EU-NZ-FTA umzuset-

zen. Die Umsetzung der Empfehlung des Schiedspanel erscheint dann lediglich als Verpflichtung auf eine ohnehin bestehende Verpflichtung.

Laut eines [Factsheets der Europäischen Kommission](#) wird das Streitbeilegungsverfahren in Nachhaltigkeitsfragen mit einem „*involvement of civil society at various stages of the process*“ gekoppelt. Bei genauerem Hinsehen aber reduziert sich dieser Aspekt auf eine Nebenrolle. Das Monitoring der Umsetzung der Schiedspanel-Empfehlungen übernimmt gem. Art. 26.13 Nr. 3 b) i.V.m. Art. 24.4 Nr. 1 e) das „Committee on Trade and Sustainable Development“, das aus Repräsentant:innen der Parteien und von diesen zu bestimmenden „Co-Chairs“ besteht (Art. 24.4 Nr. 4). Die „domestic advisory groups“ dürfen den Parteien hierzu Beobachtungen mitteilen. Diese Gruppen bestehen aus einer Auswahl unabhängiger zivilgesellschaftlicher Akteur:innen, z.B. NGOs oder Gewerkschaften; im Falle Neuseelands sind Repräsentant:innen der Māori einzubinden. Ihre Rolle ist auf eine rein beratende beschränkt, die Parteien sollen Sichtweisen und Empfehlungen der Gruppen gem. Art. 24.6 Nr. 2 lediglich berücksichtigen. Dies gilt auch für die Einbindung in das Panelverfahren, die den Parteien obliegt (Art. 26.3 Nr. 6).

Daneben gibt es das „Civil Society Forum“, das von den Parteien zu etablieren ist, offen für die Teilnahme unabhängiger Zivilorganisationen sein soll und dazu dient, dass Mitglieder des „Trade Committee“ mit zivilgesellschaftlichen Akteur:innen in Kontakt treten sollen (Art. 24.7 Nr. 4). Insgesamt müssen zivilgesellschaftliche Akteur:innen zwar aktiv miteinbezogen werden, die Verwertung ihrer Anliegen bzw. Stellungnahmen aber bleibt weiterhin den Parteien überlassen.

Widerspruchsresponsiver Nachhaltigkeitsbegriff

Diese praktischen Defizite haben ihren theoretischen Ursprung darin, dass das EU-NZ FTA es nicht vermag, einen kritischen Begriff von Nachhaltigkeit zu etablieren.

Schon [hier](#) wurde hervorgehoben, dass die Definition von Nachhaltigkeit in Art. 19.1 Nr. 2 („economic development, social development and environmental protection, all three being interdependent and mutually reinforcing“) zu „Zielkonflikten [führt], welche zulasten der ökologischen Dimension aufgelöst werden.“ Ein kritischer Nachhaltigkeitsbegriff muss deswegen reflektieren, dass ökonomische Entwicklung in [Widerspruch zu sozialer Entwicklung und Umweltschutzaspekten](#) steht.

Nancy Fraser und Rahel Jaeggi betonen, dass Widersprüche der Ökonomie nicht immanent seien, sondern sich immer erst in Bezug zu „nicht-ökonomischen“ Hintergrundbedingungen ergäben, die die Ökonomie brauche, zugleich aber destabilisiere.¹ Einen Widerspruch buchstabiert Fraser unter anderem anhand des Beispiels der Natur aus: Kapitalistisch organisierte Ökonomien seien auf diese als Ressource angewiesen, vernichteten sie hierdurch aber gleichzeitig.² Die Nachhaltigkeitsdefinition des FTA EU-NZ – ähnlich der Präambel der [UN-SDGs](#) –, die Ökonomie, Ökologie und soziale Entwicklung ineinander gleichrangig verschränkt, ist dafür blind. Das passt zur Diagnose, dass sich Nachhaltigkeit als ursprünglich radikale Kritik herrschender Wachstumsökonomie zu einem hegemonialen Diskurs prinzipieller Versöhnbarkeit des Grundkonflikts ökonomischer und natürlicher Bestimmungen entwickelt habe.³

Der Begriff der Nachhaltigkeit muss daher für seine Widersprüche (re-)sensibilisiert werden. Dies gilt auch für Nachhaltigkeitskapitel, die sich in den Rationalitäten eines primär ökonomisch und auf den Abbau von Handelshemmnissen ausgerichteten EU-Freihandelsabkommens⁴ entfalten. Widersprüche als „*ein in sich unendlich Dissonantes, ein unendlich in sich selber Widerspruchsvolles*“⁵ sind nie auflösbar, sondern lediglich verhandelbar. Hierfür ist das Nachhaltigkeitskapitel des FTA EU-NZ widerspruchsresponsiv⁶ auszugestalten.

¹Fraser/Jaeggi, *Kapitalismus. Ein Gespräch über kritische Theorie*, Berlin 2020, S. 198 ff.

²Fraser, *Der Allesfresser. Wie der Kapitalismus seine eigenen Grundlagen verschlingt*, 2. Aufl. Berlin 2023, insbes. S. 136 ff.

³Schmieder, „Eingebaute Verantwortungslosigkeit“. Über Systembedingungen mangelnder Nachhaltigkeit, in: Henkel (u.a.), *Reflexive Responsibilisierung. Verantwortung für nachhaltige Entwicklung*, Bielefeld 2018, S. 181-194 (S. 186).

⁴Siehe auch Orbie, *EU Trade Policy Meets Geopolitics: What about Trade Justice?*, *Eur. Foreign Aff. Rev.* 2021, 197 (201).

⁵Vgl. Adorno, *Einführung in die Dialektik* (1958), Berlin 2010, S. 110.

⁶Zu responsivem Recht grundlegend Nonet/Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York (u.a.) 1978; siehe ferner Teubners Begriff reflexiven Rechts (Teubner, *Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, ARSP 1982, 13 ff.).

Widerspruchsresponsives Nachhaltigkeitskollisionsrecht

Widerspruchsresponsivität bedeutet, dass Normenkollisionen, die sich aus dem Nachhaltigkeitskapitel des FTA EU-NZ ergeben, zugleich als darüber schwebende „in der Weltgesellschaft institutionalisierte Rationalitätenkollisionen“⁷ verstanden werden, die aus den Widersprüchen zwischen ökonomischer Entwicklung einerseits und sozialer Entwicklung bzw. Umweltschutzaspekten andererseits resultieren. Ein widerspruchsresponsives Nachhaltigkeitskollisionsrecht schreibt diese Widersprüche in die zu verhandelnden Normenkollisionen ein. Seine Kritik ist *immanent-transzendent*: innerhalb des Nachhaltigkeitskapitels verortet, gleichzeitig darüberhinausgehend.⁸ Wie aber ist ein solches Kollisionsrecht auszugestalten?

Ein erster Schritt ist, die oben genannten Defizite zu beheben – insbesondere dahingehend, ein Streitbeilegungsverfahren zu etablieren, das alle Regelungen des Nachhaltigkeitskapitels umfasst und sanktionierbar macht (vgl. schon [hier](#)). Zudem muss das Schiedspanel die „notwendigen Maßnahmen“ zur Umsetzung seiner Vorgaben je im Einzelfall konkret definieren. Außerdem kann ausweislich der Bezugnahme auf die UN-SDGs in Art. 19.1 angedacht werden, bei Nichtumsetzung der Maßnahmen des Schiedspanels bzw. der Wirkungslosigkeit

von Sanktionen die Streitigkeit an den IGH zu verweisen.

In einem zweiten Schritt ist die Einbeziehung zivilgesellschaftlicher Akteur:innen auszubauen. Dies bedeutet nicht nur, die Verwertung ihrer Anliegen bzw. Stellungnahmen nicht allein den Parteien zu überlassen. Vielmehr müssen akkreditierte (i.S.v.: auf diesem Gebiet besonders fachkundige) zivilgesellschaftliche Akteur:innen (bspw. NGOs und Gewerkschaften) zwangsläufig Vertreter:innen in Panelverfahren entsenden dürfen, was über die *amicus curiae*-Regelung in Art. 26.21 Nr. 4 hinausgeht. Daneben muss das Streitbeilegungsverfahren einen eigenen Beschwerdemechanismus für zivilgesellschaftliche Akteur:innen vorsehen (so auch [hier](#) und einschränkend [hier](#) (S. 36 ff.)), die mittels eines ausdifferenzierten Initiativrechts eigenständig Verstöße gegen das Nachhaltigkeitskapitel rügen und im Panelverfahren überprüfen lassen können. Dieses Initiativrecht muss im Monitoring-Verfahren weiterwirken.

Erst ein widerspruchsresponsives Nachhaltigkeitskollisionsrecht erlaubt es, einen Nachhaltigkeitsbegriff zu etablieren, der seine Widersprüche nicht verschleiert, sondern sie auf rechtlicher Ebene verhandelt, insbesondere mithilfe zivilgesellschaftlicher Akteur:innen. Dies ist notwendigerweise ein permanenter und niemals abgeschlossener Prozess, der immer „im Kommen gehalten“⁹ werden muss.

⁷Fischer-Lescano/Teubner, *Regimekollisionen: Zur Fragmentierung des Globalen Rechts*, Frankfurt a.M. 2006, S. 56.

⁸Vgl. hierzu Fraser/Jaeggi (Fn. 1), S. 203 im Kontext externer Korrekturmöglichkeiten kapitalistischer Wirtschaft: „außerökonomische[s], aber innerkapitalistische[s] Außerhalb“.

⁹Angelehnt an Derridas „kommende Demokratie“, siehe z.B. Ders., *Schurken. Zwei Essays über die Vernunft*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 2019, S. 61 ff.

Romy Klimke

Out of the Woods?

Human Rights and the New EU Regulation on Deforestation
doi: 10.17176/20230803-224224-0



Large-scale deforestation not only accelerates climate change and biodiversity loss, it is also a serious threat to human rights. While the EU has pursued strategies to combat illegal logging since the early 2000s, it has mostly turned a blind eye to the adverse human rights effects of deforestation. The new EU Regulation on Deforestation (EUDR) acknowledges that human rights and the protection of forests are inextricably linked, but is this really a “major step for ‘deforestation-free’ trade”? This post provides a brief introduction to the EUDR, its most salient features, and critically, its weak points.

Rising demand for forest-risk commodities

In the past, massive deforestation cleared wide areas of the Northern Hemisphere, leaving Europe and North America a fraction of their former forest cover. Today, deforestation mainly takes place in countries of the global south, with tropical areas experiencing deforestation at the highest rates. Political interventions to decarbonize economies have resulted in an [ever-increasing demand for timber](#), which is set to quadruple by 2050. In search for substitutes to fossil raw materials, construction, packaging, heating, and other sectors have turned to timber as a panacea promising to solve multiple problems of resource shortage at once. But it is not only the consumption of timber that has reached unprecedented heights. In developed countries and emerging economies alike, the ever-increasing appetite for soy, beef, and palm oil, as well as other agricultural products, is often directly linked to the continuous loss of forests through conversion into agricultural land. While scientists struggle to grasp the full scope of its disastrous consequences for biodiversity, the adverse [effects of deforestation on human rights](#) are well-researched, including the rights of indigenous and other forest-dependent peoples, such as access to water, traditional medicine, housing, and land, and protection from forced eviction. Indigenous peoples are the principal guardians of the world’s remaining primary forests, and therefore disproportionately often the target of at-

tacks and human rights violations. However, the loss of forests as vital climate stabilizers and homes to countless species will eventually affect living conditions for humanity.

Shifting focus: From illegal logging to deforestation

It is against this background that the EU adopted the new [Regulation \(EU\) 2023/1115](#) “on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010” on May 31, 2023. The EU Deforestation Regulation (EUDR) presents a paradigm shift in European efforts to not only protect forests, biodiversity, and the climate but also to protect related human rights and the rights of indigenous peoples. It is also an attempt to fill legal loopholes left by the EU Timber Regulation No. 995/2010 ([EUTR](#)), which entered into force in 2013. In line with other regulatory instruments the world over, such as the [US Lacey Act](#), the EUTR was designed to combat illegal logging in accordance with the laws of the countries of origin. Yet, being legal in the country of harvest does not guarantee that logging is carried out in a socially or ecologically sustainable manner, especially if countries of origin deliberately choose to lower legal standards to facilitate access to their products to the EU market. While the EUDR keeps illegality as a criterion, it additionally requires businesses to exercise due diligence in ensuring that their products are deforestation-free, regardless of the legal system of the respective country of origin.

The EUDR in a nutshell

The EUDR will enter into application on December 30, 2024, thereby repealing the EUTR. Businesses will be prohibited from placing relevant commodities and products in EU markets unless they are deforestation-free, covered by a due-diligence statement, and have been produced in accordance with the relevant legislation of the country of

production (Art. 3). Small and medium enterprises are being granted an additional period of adjustment until June 30, 2025.

Putting together the list of relevant commodities and products proved to be a major sticking point in the negotiation process. The EUDR now covers cattle, cocoa, coffee, oil palm, rubber, soy, and wood, as well as products that contain, have been fed with, or have been made using these commodities. Contrary to the demands of environmental organizations, other raw materials and products such as maize and sugar cane were already excluded from the scope of the proposed regulation in advance. However, the scope of commodities will be under review within two years of entry into force (Art. 34 para. 2).

The EUDR also departs from the EUTR by opening up new avenues for individuals to push for stronger law enforcement, reflecting fundamental principles of the [Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental](#) (1998). Whereas the EUTR relied fully on competent national authorities to monitor compliance, the EUDR allows for any natural or legal person – [inside or outside the EU](#) – to submit substantiated concerns to these authorities whenever there are doubts about business compliance with the regulation (Art. 31). Notably, individuals shall have access to courts “to review the legality of the decisions, acts or failure to act of the competent authorities under this Regulation” (Art. 32). These provisions represent a huge step towards enforcing the right of access to justice in environmental matters, even though efforts by civil society and human rights organizations to include civil liability remained unsuccessful (see e.g. [here](#) and [here](#)).

Integrating human rights in anti-deforestation efforts

Whereas the EUTR does not contain a single reference to human rights (except, perhaps, very indirectly by considering products from areas where armed conflicts are prevalent, Art. 6 para. 1 (b)), the EUDR mentions “human rights” twelve times, both in the recitals and the operative section.

First, in comparison to the EUTR, the EUDR has significantly expanded the concept of relevant legislation in the country of origin. Henceforth, ‘relevant legislation’ also extends to labor rights and human rights as protected under international law, to the principle of free, prior, and informed consent (FPIC), including as set out in the

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and to anti-corruption laws (Art. 2 para. 40), provided that these standards are incorporated in national law. Conversely, there is no stand-alone requirement that production must comply with international human rights standards, as advocated for by the EU Parliament (see [here](#), Amendment 100).

Second, risk assessment carried out as part of the due diligence process shall take into account, inter alia, “the presence of indigenous peoples in the country of production or parts thereof”, as well as “concerns in relation to [...] violations of international human rights” (Art. 10 para. 2). Notably, the EUDR does not exclude the application of other EU legal acts that provide for more specific due diligence requirements with regard to human rights (see Recital 56).

Third, the EUDR establishes a country benchmarking system to classify countries as high risk, standard risk, or low risk. The “existence, compliance with, or effective enforcement of laws protecting human rights, the rights of indigenous peoples, local communities and other customary tenure rights holders” have been identified as criteria for the assessment (Art. 29 para. 4 (d)). However, it should be noted that the Commission has discretion (“may”) to consider human rights-specific information, even if it was specifically submitted by indigenous peoples or civil society organizations (Art. 29 para. 4 (a)). Contrary to [demands from the EU parliament](#), this leaves the benchmarking system susceptible to political interference and weakens the role that these actors could potentially play in sustainable forest governance (see e.g. [Lesniewska, 2016](#), p. 168f.). In addition, the classification of countries as high-risk could result in the [widespread disengagement of companies](#) from supply chains linked to deforestation, leaving smallholders and affected communities in a vulnerable position. Without access to the EU market and alternative options for income or support, [smallholders may be forced to turn to other consumer markets](#) without comparable standards to secure their subsistence, while deforestation persists.

Human rights implications of forest-related terms and definitions

Moreover, the very definitions of forests and deforestation in the EUDR could have unintended side effects on human rights. For one thing, the exclusive focus on fo-

rests as defined in Art. 2 para. 4 EUDR could increase economic [pressure on other precious ecosystems](#), such as grasslands, savannahs, and other wooded areas. The Commission will consider extending the scope of the EUDR to other wooded lands (in 2024) and natural ecosystems (in 2025) in two consecutive review processes (see Art. 34). On the other hand, the EUDR could conflict with traditional ways indigenous peoples and other smallholders use forests for their livelihood. Here, the definition of deforestation is crucial. According to the EUDR, deforestation takes place whenever a forest is put to agricultural use, “including for agricultural plantations and set-aside agricultural areas, and for rearing livestock” (Art. 2 para. 3, 5). In line with [FAO policies](#), this definition includes agroforestry systems where crops are grown under tree cover (see Art. 2 para. 6 and Recital 37). Indigenous peoples around the world have long-standing traditions of agroforestry. For centuries, they have learned how to simultaneously grow crops, keep livestock, and protect their natural environment. By excluding agricultural uses such as these, the anti-deforestation approach of the EUDR not only makes it more difficult for indigenous peoples to maintain traditional practices, but it also conflicts with global forest landscape restoration initiatives (see e.g. the [Bonn Challenge](#)) which explicitly promote agroforestry as an ecological alternative to conventional commercial agriculture (see [here](#) and [here](#)).

Prioritizing cooperative approaches to end deforestation

Considering the current dynamics of international trade, one should be careful not to overestimate the potential impact of isolated unilateral measures such as the EUDR. Forest-risk commodities are increasingly exported to countries with little regard for their illegality or contribution to deforestation, such as China. [In the case of Brazil](#), the People’s Republic is already the biggest buyer market for soy and beef. To influence market dynamics, working in cooperation with producing countries, businesses, and civil society is indispensable. As highlighted by the EU Commission in its [2019 Communication on Fo-](#)

[rests](#), the EU is prepared to put partnerships front and center in its anti-deforestation efforts. Accordingly, Art. 30 EUDR provides a new mechanism for partnerships, the first of its kind under the umbrella of a unilateral trade instrument. It proposes various mechanisms of cooperation, such as structured dialogues, administrative agreements, and joint roadmaps to facilitate compliance with the EUDR, emphasizing in particular “the needs of indigenous peoples, local communities and smallholders” (Art. 30 para. 1). Respective processes shall take a multi-stakeholder approach (Art. 30 para. 2) and, *inter alia*, work to strengthen “the rights of forest-dependent communities, including smallholders, local communities, and indigenous peoples, whose rights are set out in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” (Art. 30 para. 3). How the EU makes use of the cooperative approach could turn out to be a deciding factor for the overall impact of the EUDR.

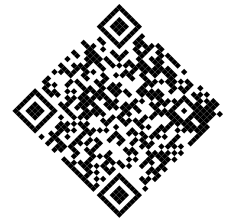
Towards an integrated approach?

Eventually, the success of the EUDR will be measured against the general decline in deforestation. Yet, in light of the considerations above, it is questionable whether or not the EUDR provides an adequate framework to stop forest loss. Effective forest protection and restoration depends upon an integrated approach that facilitates multi-stakeholder engagement and addresses the diverse root causes of deforestation. For instance, by focusing exclusively on agricultural use, the EUDR fails to address other relevant drivers of deforestation, that equally undermine the human rights of forest-dependent communities, such as mining for [coal and critical minerals](#). The upcoming review processes in the next two years will hopefully close some of the EUDR loopholes regarding product scope and relevant ecosystems. Insofar as the EUDR takes human rights in agricultural supply chains into account, it arguably does not place enough weight on them and instead assigns its consideration to the political discretion of the countries of production and the EU Commission. Whether the EUDR turns out to be a major step for deforestation-free *and* for human rights-sensitive supply chains remains yet to be seen.

Anmol Jain

On the State of Academia in India

doi: 10.17176/20230824-182854-0



Sabyasachi Das, an economist by training, writes a paper titled ‘[Democratic Backsliding in the World’s Largest Democracy](#)’. Das studies 11 closely contested seats during the 2019 general elections in India and finds their results disproportionality in favor of the BJP, India’s governing party. He notes, ‘the results point to strategic and targeted electoral discrimination against Muslims, in the form of deletion of names from voter lists and suppression of their votes during election, in part facilitated by weak monitoring by election observers.’ Das presents detailed evidence and uses econometric techniques to unravel this *potential* electoral manipulation and fraud.

An SSRN link to the paper was shared on Twitter, picked up and discussed extensively by the civil society and the opposition. As a result, Das’ institution, Ashoka University, [distanced](#) itself from the research before reportedly pressuring him to [resign](#) from his position. Now, in a concerning turn of events, the federal Intelligence Bureau paid a [visit](#) to the Economics Department. While the Department stands [by Das](#), the University’s Governing Body has failed its faculty by failing to provide a safe space for research. In reaction, another senior economist [resigned](#) from the University and several departments have written open letters against the Governing Body’s interference. This is the same institution that was embroiled in a similar controversy a few years back upon the [exit](#) of noted intellectual Pratap Bhanu Mehta.

Not many days before this controversy, a teacher in Pune named Ashok Sopan Dhole was [arrested](#) for allegedly making objectionable remarks against Hindu deities and ‘outraging religious feelings’ of the students after a video of his lecture went viral on the internet. Dhole could be heard commenting in the video about the presence of innumerable deities in the Hindu religion in contrast to the monotheism of Islam and Christianity.

In response to this alarming development, a professor [noted](#), “An incident of this kind shows how we are destroying the spirit of learning and unlearning through questions, counter-questions, dialogues, conversations

and differences. We are destroying what sustains a classroom – the efficacy of mutual trust. And we are destroying the spirit of studentship.” This comment reverberates with my first thoughts upon reading this story. The direction in which the Indian academia is progressing could not have been described better. These events support V-Dem Institute’s ‘[Academic Freedom Index](#)’, released earlier this year, which shows that academic freedom in India is in a constant decline.

These are not standalone events. I have personally experienced instances where the University administration canceled lectures and discussions, fearing governmental action. Several accounts have surfaced online in reaction to the Ashoka controversy discussing how the presence of state intelligence units during conferences and discussion sessions is a common phenomenon, particularly in state universities. The state-supported environment of fear around independent and critical thinking is pervasive and, sadly, effective.

During my conversations with a few law professors, one theme emerged as common – the chilling effect of a sense of fear about the potential repercussions of making comments that may sound critical of the incumbent government or its ideology. Teachers have become cautious about what discussions they could organize in their classes. This fear has intensified since the COVID-19 pandemic, as classes have shifted online, making it easier for students to record lectures and circulate them online, usually by presenting small bits divorced from their context to make the clip sound more controversial.

This is not the only thing wrong with Indian academia today. In terms of research support, India merely [spends](#) 0.7% of its GDP on research and development, considerably [less than](#) countries like the USA, Germany, and Japan, which spend around 3% of their GDP. To correct this situation, Parliament recently passed the [Anusandhan National Research Foundation Act, 2023](#), to inject about [6 billion USD](#) into the research industry over the next five years. However, instead of keeping the Research

Foundation distant from politics to support independent research, the Act creates a Governing Council largely populated by the members of the government. The Council is presided over by the Prime Minister, and its other members include two union ministers, four secretaries from different governmental departments, one member from the government's think tank NITI Aayog, and the Principal Scientific Advisor to the union government. In addition, the Act vests the Prime Minister with the power to nominate field experts to the Governing Council. With such a design, it is highly doubtful that the Research Foundation would support academic works critical of the government.

A recent controversy with the Director of the International Institute for Population Sciences offers a glimpse of how this will look like. IIPS operates under the Union Ministry of Health and Family Welfare, and in its recent report, it [contradicted](#) repeated claims made by the Prime Minister and BJP about the success of its cooking gas-related scheme and about India being open defecation-free. As a reward for these revelations, the government suspended the Director.

Something similar happened in 2019 when multiple members of the National Statistical Commission [resigned](#) in protest over, *among other things*, delays in releasing their findings about the increasing unemployment rate in India. This is at a time when scholars are noting that the Indian statistical system, which used to be one of its crown jewels, is breaking down and is facing a ['major crisis'](#).

In another related legal development this month, Parliament passed the [Indian Institutes of Management \(Amendment\) Act, 2023](#), making the President a "visitor" of every IIM in India and vesting them with considerable management powers. For instance, one provision provi-

des that "the Visitor may appoint one or more persons to review the work and progress of any Institute and to hold inquiries into the affairs thereof and to report thereon in such manner as the Visitor may direct. ... Upon receipt of any such report, ... the Visitor may take such action and issue such directions as he considered necessary in respect of any of the matters dealt with in the report and the Institute shall be bound to comply with such direction." This necessarily subjugates institutional freedom to the government's interest in avoiding any political embarrassment that independent research may result in.

Under the layer of policing power that these actions create, there is a lurking sense of cowardice and fear of losing control over the narrative about the efficacy of the government. The ruling regime fears data and arguments that could make it look weaker. It believes in controlling the public narrative by rhetoric and silencing anyone who attempts to defeat its rhetoric with facts and logic. The regime's minions are out there motivated by fear, expectation of reward, or belief in the BJP's ideology, making every effort to police and suppress independent and critical thinking. A functional democracy values its researchers, introspects when presented with distressing data, and responds with scientific evidence when challenged by works generated with ulterior motives. The first response can never be to humiliate the researchers with its state and political power and suggest that any work critical of the government is motivated by elements directed to 'defame India' and is sponsored by 'foreign interests'.

To those who believe in the [Indian Constitution](#), let's take a relook and read what it says:

"51A. Fundamental Duties. – It shall be the duty of every citizen of India – ... (h) to develop the scientific temper, humanism and the spirit of inquiry and reform ..."

Anmol Jain

An Attack on Indian Democracy

On the Bill to Curb the Independence of the Election Commission

doi: 10.17176/20230814-104226-0



Last week, the Indian government introduced a bill in Parliament providing for, *inter alia*, the mechanism for appointing Election Commissioners in India. The bill proposes the creation of a three-member Selection Committee composed of the Prime Minister, a Union Minister nominated by the Prime Minister, and the Leader of the Opposition to make recommendations to the President in this regard.

Election Commissioners, currently three in number, with one acting as the Chief Election Commissioner, constitute the Election Commission of India. It is a constitutionally recognized federal institution vested with all the powers related to matters pertaining to the election to Parliament, State Legislature, and the offices of President and Vice President. Apart from conducting elections and preparing and updating electoral rolls, its functions include registering political parties and resolving disputes between them. Given such crucial roles that the Election Commission plays, the proposed Executive-dominated Selection Committee raises several questions about the conduct of free and fair elections in India.

In the paragraphs to follow, I first discuss a recent Supreme Court decision that preceded the introduction of this bill and how this bill, as a response to the Court decision, is instructive to constitutional drafters. I then discuss the possible approaches the Supreme Court of India could adopt when the new legislation is challenged to push back against the Executive's undemocratic maneuvers.

The Indian Supreme Court's decision in Anoop Baranwal

Earlier this year, a five-judge constitution bench of the Indian Supreme Court handed a ruling on the appointment process of the Election Commissioners in India, effectively amending the constitutional provision in the interests of democracy. [Article 324\(2\)](#) of the Indian Constitution made a provision in this regard, stating:

“The Election Commission shall consist of the Chief Election Commissioner and such num-

ber of other Election Commissioners, if any, as the President may from time to time fix and the appointment of the Chief Election Commissioner and other Election Commissioners shall, subject to the provisions of any law made in that behalf by Parliament, be made by the President.”

As the Indian President is merely a ceremonial head of the Executive, the power to appoint Election Commissioners necessarily remained with the incumbent Prime Minister. In reaching its decision, the Supreme Court took cognizance of the drafting history of this provision and recommendations made by several commissions to change the appointment procedure. It also noted the critical role that the Election Commission plays in ensuring a level playing field between all political parties and conducting free and fair elections. Finding that the absence of parliamentary law in accordance with Article 324(2) creates a legislative vacuum that could impact people's right to vote and the Indian democracy, the Supreme Court held that henceforth, the appointment of the Election Commissioners should be made by the President on the recommendation of a Committee of three constitutional actors. It held that the appointments,

“shall be done by the President of India on the basis of the advice tendered by a Committee consisting of the Prime Minister of India, the Leader of the Opposition in the [Lower House of Parliament] and, in case, there is no such Leader, the Leader of the largest Party in the Opposition in the [Lower House of Parliament] having the largest numerical strength, and the Chief Justice of India.” ([Anoop Baranwal v. Union of India](#), ¶239)

Notably, the Court clarified that it is cognizant of the scheme of separation of powers and does not intend to legislate on behalf of the Legislature. This direction was

a stop-gap measure to redress the existing legislative vacuum, and it was to remain in force “till a law is made by the Parliament.”

A bill has now been introduced in Parliament to overturn the effects of the judgment. While retaining the idea of a Selection Committee making recommendations to the President, the bill substantively changes the composition of the Committee by replacing the Chief Justice of India with ‘a Union Cabinet Minister to be nominated by the Prime Minister.’ (Section 7) Given the numerical strength that the BJP carries in both Houses of Parliament, it is certain that this bill will sail through, and perhaps with minimal parliamentary deliberation despite its significance. Once passed, this law will virtually reinstate the original position of Article 324(2) and make the appointment procedure executive-dominated.

An Unguided Trust in the Future Legislature

Rosalind Dixon and Tom Ginsburg show in their 2011 paper that deferral or ‘deciding not to decide’ is a common constitutional drafting mechanism, particularly in the post-war African, South Asian, and Middle Eastern constitutions. Deferrals help drafters reserve certain constitutional questions to be deliberated by future legislatures for many reasons, including the incentive to avoid decision costs during the charged moments of constitutional making and error costs on account of informational asymmetries.

The Indian Constitution also contains several such provisions wherein important questions were left to be resolved by a future parliament ‘by law’. For instance, after having included a few provisions about the determination of citizenship in the immediate aftermath of the partition of India and Pakistan, the drafters left it to Parliament to legislate on all matters of citizenship going forward (see Article 11). Interestingly, the constituent assembly debates tell us that in the earlier iterations of this provision, the power deferred to the Parliament was only to make ‘further provisions’ on the issue of citizenship. However, later on, and for no detectable reason, the constituent assembly amended this provision to empower the Parliament to make ‘any provision’ on citizenship (see page 8). As I have argued elsewhere, this design change instituted an unguided delegation of power to the legislature and allowed future parliaments to shift Indian citizenship laws from the principle of *jus soli* to that of *jus sanguinis*.

Similar is the story of Article 324(2). A reading of constituent assembly debates (pages 27-49) on the drafting of this provision suggests that establishing an independent Election Commission was one of the primary goals for including provisions related to the Election Commission in the Constitution. There were even suggestions to make parliamentary approval by a two-thirds majority prerequisite for appointing Election Commissioners. While the drafters duly noted and agreed upon the underlying theme of independence, parliamentary approval was not included to avoid situations wherein appointments could be delayed due to parliamentary recess and other such factors. It was believed that a future parliament would deliberate and decide appointment mechanisms for an independent Election Commission, and presidential appointment could work as a temporary mechanism. However, the constituent assembly failed to put any guidance or checks on the power of the legislature in this regard and drafted the provision in this manner: ‘subject to any law made in that behalf by Parliament,’ necessarily giving rise to the possibility of the current proposed law.

Therefore, it wouldn’t be wrong to state that the current situation is the creation of a flawed design of Article 324(2). What makes it more incomprehensible, at least to me, is that the assembly guarded against the possibility of abuse by Parliament in a subsequent provision. Article 326 guarantees universal adult suffrage in India and specifically provides that no eligible citizen can be denied their right to vote by a parliamentary law on grounds other than that of ‘non-residence, unsoundness of mind, crime or corrupt or illegal practice.’ Compared to Article 324(2) or Article 11, the deferral in Article 326 is guided, limiting the maneuvering possibilities available to Parliament.

This shows that deferrals are a risky drafting tool. If adopted, they should be designed with the necessary guidance for future legislatures. Otherwise, they not only present open opportunities for the introduction of undemocratic or autocratic legislation but, more importantly, they also make it harder for the judiciary and other guarantor institutions to push back against such technically valid but substantively undemocratic exercise of power. In these situations, the only way in which pushback can succeed is when these institutions can win public trust on normative grounds, which may be very difficult in the age of populism. Therefore, it is recommended that deferrals must, at the minimum, be drafted with normative inter-

temporal control.

What could the Indian Supreme Court do if (when?) the law is challenged?

It is true that the plain reading of Article 324(2) and the Supreme Court decision suggest that the Parliament is within its right to legislate the appointment of Election Commissioners. However, I argue that when Article 324(2) is interpreted in light of its drafting history and the institution of the Election Commission analyzed against the role it performs in a democracy, one could read limitations on the manner in which the Parliament could exercise its legislative powers. These limitations would suggest that the current proposed law is unconstitutional.

I present three-fold arguments in this regard. *First*, a study of India's constitutional history would show that there was a visible change in the structure of power distribution and the role of the Executive with the introduction of the Constitution of India. As the Supreme Court also discussed at length, the subject of elections and other related matters were consciously taken out from the Executive's domain and vested in an independent Election Commission, a body duly recognized in the Constitutional text. While the decision on the appointment procedure was deferred, there was a near-unanimous agreement that for the success of the Indian democracy and confidence in its electoral processes, the Election Commission must function independently of the Executive. As Dr. BR Ambedkar noted in the Constituent Assembly,

“... the House affirmed without any kind of dissent that in the interests of purity and freedom of elections to the legislative bodies, it was of the utmost importance that they should be freed from any kind of interference from the executive of the day. ... so far as the fundamental question is concerned that the election machinery should be outside the control of the executive government, there has been no dispute. What [draft] article 289 does is to carry out that part of the decision of the Constituent Assembly. It transfers the superintendence, direction and control of the preparation of the electoral rolls and of all elections to Parliament and the Legislature of States to a body outside the executive to be called the Election Commission.” (§18)

In addition to creating a separate body, the Constituent Assembly also decided to centralize the powers related to elections within a single federal Election Commission to avoid any form of influence of the incumbent state governments in the state elections. Ambedkar recognized that these changes were a ‘radical’ break from the past but ‘necessary’ to the Indian constitutional project. The current proposed law shows imprints of colonial-era thinking and is an attempt to abuse the gaps in the constitutional drafting for undemocratic goals.

Second, the Supreme Court based its intervention in *Anoop Baranwal* on the principle of constitutional silence, which allows the court to fill the legislative gaps in the interests of justice. As the Court noted,

“... there is no magic formula [for the separation of powers] and what it all amounts to is, the need to maintain a delicate balance [of power among the three branches]. While, it is true that, ordinarily, the Court cannot, without anything more, usurp what is purely a legislative power or function, in the context of the Constitution, which clothes the citizens with Fundamental Rights and provides for constitutional goals to be achieved and inertia of the Legislative Department producing a clear situation, where there exist veritable gaps or vacuum, the Court may not shy away from what essentially would be part of its judicial function.” (§210)

It is important to note what the Court considered as the ‘vacuum’ to be filled with its stop-gap solution. The Court noted, at §220, that ‘the vacuum in the case of Article 324(2) is the absence of the law which Parliament was contemplated to enact.’ One paragraph above, the Court had already clarified that a law in this regard ‘could not be one to perpetuate what is already permitted namely appointment at the absolute and sole discretion of the Executive.’ It reemphasized this again, at §227, by stating,

“the vacuum exists on the basis that unlike other appointments, it was intended all throughout that appointment exclusively by the Executive was to be a mere transient or stop gap arrangement and it was to be replaced by a law made by the Parliament taking away the exclusive power of the Executive. This conclusion is clear and inevitable and the absence of

law even after seven decades points to the vacuum.”

The proposed law does nothing to address this vacuum. On the contrary, it goes against the express opinion of the Court. It enacts a law that reinstates the original Article 324(2) and virtually makes the appointment mechanism an exclusive domain of the Executive. It also reinstates the apprehensions that an Executive-minded Election Commission would affect the conduct of free and fair elections, independent disposal of the Commission functions concerning political parties, and the exercise of an individual’s right to vote. It was only to address these concerns that the Court intervened in the first place. The proposed law fails to address any of these concerns, making it an unconstitutional exercise of power.

Lastly, there is a clear argument against an Executive-dominated Election Commission from the idea of democracy. The Indian Constitution constitutes a republic based on the idea of representative democracy, wherein freedom of thought and association allows for the creation of political parties that contest to lead constitutional

institutions for a temporary period, only to cede power to its rivals in case the electorate demands so. If the Election Commission does not perform elections independently, the manifestation of representative democracy gets corrupted.

Concluding Remarks

The Election Commission, considered a fiercely independent institution, has been losing credibility for some time in India (for instance, see [here](#), [here](#), and [here](#)). The Supreme Court’s intervention was, therefore, crucial and urgent. Replacing the Chief Justice with a Union Minister in the Selection Commission shows that in proposing this law, the government had no incentive but to create an Executive-friendly Election Commission. India will vote to constitute its 18th Lok Sabha in less than a year. The Parliament is incapable of making any efforts to stop this Executive aggrandizement. It will now be up to the Supreme Court to decide if it gives a pass to the Executive for openly disregarding the Constitution and its ruling or makes a timely intervention.

Dana Schmalz

Schutzsuchende als Schleuser?

Grenzen des internationalen Rechts hinsichtlich der Kriminalisierung von Flucht

doi: 10.17176/20230822-182926-0



In Frankreich wurden am vergangenen Mittwoch zwei sudanesishe Männer verhaftet, nachdem sie einige Tage zuvor ein Bootsunglück im Ärmelkanal [knapp überlebt](#) hatten. Für einen im Gegenzug reduzierten Preis sollen sie aktiv an der Überfahrt mitgewirkt haben. Strafbar als Schleuserei? Es ist nicht der erste Fall, in dem sich die Frage nach dem internationalen rechtlichen Rahmen für eine Anklage von Migrant:innen selbst im Zusammenhang mit illegaler Einreise und Schleuserei stellt. In Griechenland werden Migrant:innen inzwischen systematisch und oft in rechtsstaatlich fragwürdigen Verfahren wegen der minimalen Mithilfe bei einer Überfahrt angeklagt und verurteilt, wie [Borderline Europe dokumentiert](#). Die Vorgaben aus dem [Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migrant:innen auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität](#) und in gewissem Maße auch dem Pönalisierungsverbot der [Genfer Flüchtlingskonvention](#) setzen solchen Praktiken der Kriminalisierung von Flucht aber enge Grenzen.

Das Bootsunglück im Ärmelkanal

Die Überfahrten von Migrant:innen über den Ärmelkanal mit kleinen und oft überbesetzten Booten haben seit 2018 [stark zugenommen](#). In Großbritannien haben Politiker:innen in den letzten Jahren mit verschiedenen Maßnahmen versucht, die Ankünfte zu verringern. Noch im Januar kündigte Rishi Sunak die Parole „[stop the boats](#)“ als zentrales politisches Vorhaben an. Neben Politiken der versuchten Abschreckung, wie dem Transfer von Asylsuchenden nach Rwanda, dem der Court of Appeal Ende Juni einen Riegel vorgeschoben hat, setzt Großbritannien auch auf Zusammenarbeit mit Frankreich. Dort soll möglichst verhindert werden, dass Boote überhaupt zur Überfahrt aufbrechen. Diese politische Lage bildet den Hintergrund für die Verhaftungen der vergangenen Woche.

Das Bootsunglück, um das sich die Anschuldigungen drehen, ereignete sich in der Nacht vom 11. auf den 12.

August. Ein Schlauchboot war auf dem Weg von Frankreich nach Großbritannien mit rund 65 Passagieren gesunken, mindestens sechs davon starben bei dem Unglück. Die Bootsinsassen waren Migrant:innen, ein Großteil davon Afghan:innen. Die zwei verhafteten Sudanesen, einer davon gerade erst 17 Jahre alt, sollen [laut LeMonde](#) für fahrlässige Tötung und sowie für [bandenmäßig organisierte Beihilfe zur illegalen Einreise](#) angeklagt werden. Mit ihnen angeklagt werden zwei irakische Staatsangehörige, welche sich nicht auf dem Boot befanden und die Überfahrt organisiert haben sollen.

Die beiden Sudanesen seien gleichzeitig Opfer und Mitverursacher des Dramas, [heißt es in LeMonde](#). Worin die genaue Mitwirkung bestand und inwiefern die beiden Migrant:innen wirklich Mitverursacher des Schiffsunglücks waren, sind bislang ungeklärte Tatsachenfragen. Doch daneben verweist der Fall auf eine generelle rechtliche Frage: Inwieweit dürfen Staaten in ihrem Kampf gegen Schleuserei Migrant:innen selbst anklagen? Wie verhalten sich die Vorgaben des internationalen Rechts, insbesondere Flüchtlinge zu schützen, zu den staatlichen Möglichkeiten, illegale Einreise zu verhindern, und den Vorgaben hinsichtlich der Bekämpfung von organisierter Kriminalität?

Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migrant:innen

Schleuserei, im Deutschen synonym verwendet mit Schlepperei, wird als die gezielte Ermöglichung von illegaler Einreise aus einem finanziellen Interesse verstanden. Abzugrenzen ist sie also erstens von Fluchthilfe: Akten, bei denen Menschen nicht aus finanziellen, sondern humanitären Motiven bei der Ein- oder Ausreise geholfen wird. Zweitens ist Schleuserei von [Menschenhandel](#) abzugrenzen, bei denen Menschen unter Zwang oder sonst gegen ihren Willen an einen anderen Ort verbracht werden. Schleuserei findet meist unter Ausbeutung der Zwangslage von Migrant:innen statt, nicht selten in Verbindung mit physischer Gewalt und mit massiven Gefahren. Im internationalen Recht wird Schleuse-

rei dementsprechend als Aspekt der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität verstanden: Ein Zusatzprotokoll zum [Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität](#) betrifft die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg.

Dieses [Zusatzprotokoll](#) ist eindeutig im Schutzzweck: Es geht um den Schutz von Migrant:innen, nicht um den Schutz von Staaten gegen irreguläre Einreisen. So spricht die Präambel von der „Notwendigkeit, den Migranten eine menschliche Behandlung und den vollen Schutz ihrer Rechte zu gewähren“ und äußert sich besorgt darüber, „dass die Schlepperei von Migranten das Leben oder die Sicherheit der betroffenen Migranten gefährden kann“. Das Protokoll macht Vorgaben, was Staaten unter Strafe stellen sollen, um Schleuserei zu verhindern, und richtet sich daneben auf die zwischenstaatliche Zusammenarbeit bei diesem Ziel. Konkret verpflichtet das Protokoll Staaten, Schleuserei, den Versuch derselben sowie die Teilnahme daran zu sanktionieren (Art. 6 Abs. 1, 2). Außerdem sollen Staaten die Gefährdung des Lebens oder der Sicherheit von Migrant:innen, sowie ihre unmenschliche oder erniedrigende Behandlung unter Strafe stellen (Art. 6 Abs. 3).

Was aber ist mit der Sanktionierung von Migrant:innen selbst? Einerseits stellt das Protokoll strafrechtliche Mindestanforderungen auf, es hindert Staaten also nicht, weitergehende Tatbestände festzulegen, wie es in Art. 6 Abs. 4 ausdrücklich heißt. Andererseits legt das Protokoll in Art. 5 gesondert und vor den anschließenden Sanktionierungsvorgaben fest, dass Migrant:innen nicht nach dem Protokoll strafrechtlich dafür verfolgt werden können, „dass sie Gegenstand der in Artikel 6 genannten Handlungen wurden“. Migrant:innen sind die durch die Regeln gegen Schleuserei Geschützten, nicht die dadurch Adressierten.

Nun kann man argumentieren, dass Art. 5 des Zusatzprotokolls nur die strafrechtliche Verfolgung „nach dem Protokoll“ untersagt, aber nicht eine sonstige strafrechtliche Verfolgung nach nationalen Vorschriften. Der Wortlaut gibt das her; zugleich steht das Zusatzprotokoll in einem klaren Kontext, bei dem strafrechtliche Sanktionierung und Zusammenarbeit mit Schutzanliegen hinsichtlich der Sicherheit von Migrant:innen eng verwoben sind. Die Präambel könnte diesbezüglich nicht deutlicher sein und das Protokoll stellt eine klare Abgrenzung auf: Migrant:innen sind diejenigen, welche erst durch ih-

re Zwangslage Gegenstand von Schleuserei werden und durch die kriminellen Aktivitäten ausgebeutet und gefährdet werden. Ihrem Schutz sind die Vorschriften verschrieben und sie sollen gerade nicht durch die Hintertür selbst durch diese Vorschriften sanktioniert werden. Diese Lesart vertreten auch der UNHCR (z.B. [hier](#) und [ausführlich hier](#)) und [Wissenschaftler](#).

Das Pönalisierungsverbot der Genfer Flüchtlingskonvention

Die klare Abgrenzung, dass Migrant:innen nicht durch Vorschriften gegen Schleuserei selbst kriminalisiert werden dürfen, wird daneben auch durch den Gedanken des Pönalisierungsverbots im internationalen Flüchtlingsrecht gestützt. Das Pönalisierungsverbot ist in Artikel 31 Abs. 1 der [Genfer Flüchtlingskonvention](#) niedergelegt und untersagt Staaten, „wegen unrechtmäßiger Einreise oder Aufenthalts [...] Strafen gegen Flüchtlinge [zu] verhängen“. Schon bei der [Erstellung des Konventionstextes](#) war deutlich, dass Flüchtlinge selten überhaupt die Möglichkeit zur legalen Einreise haben. Insofern ist das Pönalisierungsverbot eine notwendige Folge der Entscheidung, dass Flüchtlinge ein Recht haben, Schutz zu suchen.

Das Pönalisierungsverbot wirkt dabei auch für Personen, für die noch nicht geklärt ist, ob es sich um Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention handelt, da eine Anerkennung als Flüchtling deklaratorisch ist und immer erst nach Abschluss eines Verfahrens feststeht. Auch für diejenigen, deren Antrag letztlich abgelehnt wird, die diesen aber in gutem Glauben und nicht evident rechtsmissbräuchlich gestellt hatten, wirkt das Pönalisierungsverbot (in diesem Sinne auch schon [Fischer-Lescano/Horst 2011](#)).

Voraussetzung nach dem Wortlaut ist, dass es sich um Personen handelt, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem sie in Gefahr sind. Das muss nicht zwingend der Herkunftsstaat sein, denn Migrant:innen können auch in einem Transitstaat wiederum einer Verfolgung im Sinne der Flüchtlingskonvention ausgesetzt sein. Für Schutzsuchende, die durch Libyen kommen, ist das beispielsweise regelmäßig anzunehmen. Daneben schließt auch nicht jede Durchreise durch einen anderen Staat die „Unmittelbarkeit“ aus ([so das Bundesverfassungsgericht 2014](#) in 2 BvR 450/11), sondern lediglich der Fall, dass ein Flüchtling sich bereits in einem anderen

Staat niedergelassen hatte. Jedenfalls ist das Pönalisierungsverbot also für jeden Einzelfall zu prüfen, eine Kriminalisierung von Asylsuchenden ohne genaue Prüfung ihrer individuellen Umstände schließt es aus.

Das umfasst auch diejenigen Schutzsuchenden, die selbst in irgendeiner Weise bei der Überfahrt mitgewirkt haben. Bei den in der [Studie](#) von Julia Winkler und Lotta Mayr für Borderline Europe dokumentierten Fällen ging es um kleine Mitwirkungshandlungen wie das Steuern eines Boots oder eines Autos. Unabhängig von der Frage, ob solche Handlungen überhaupt tatbestandsmäßig unter Beihilfe zur illegalen Einreise fallen können, schließen sie die Geltung des Pönalisierungsverbots jedenfalls nicht aus. Vorrangig sind diese Personen selbst Schutzsuchende, selbst wenn sie sich aktiv an der Ermöglichung der irregulären Einreise beteiligen. Soweit das Pönalisierungsverbot gilt, darf eine Handlung, die wesentlich der eigenen Flucht dient, nicht zugleich Anlass zur Strafverfolgung sein.

Die Bekämpfung der Schleuserei - zurück in rechtsstaatliche Bahnen und weg von falschen Zielsetzungen

Insgesamt widersprechen also Maßnahmen, die mit dem angeblichen Ziel, Schleuserei zu bekämpfen, Schutzsuchende selbst zum Ziel von Strafverfolgung machen, den

Grundentscheidungen des internationalen Rechts. Sofern es wirklich um die Eindämmung organisierter Kriminalität geht, sind diese Maßnahmen daneben auch politisch fehlgeleitet.

90% der irregulär in Europa Ankommenden wurden laut Europol bei ihrer Einreise durch Schleuser unterstützt. So legt es auch die EU-Kommission in dem neuen [Aktionsplan gegen die Schleusung von Migranten \(2021-2025\)](#) zugrunde. Aber weder höhere Strafdrohungen noch verstärkte internationale Zusammenarbeit in der Verfolgung werden dem Phänomen ein Ende setzen. Das Geschäft bleibt profitabel, solange die irreguläre Einreise für die meisten die einzige Möglichkeit ist, in Europa Asyl zu beantragen, und solange Staaten es immer weiter erschweren, auch nur die Außengrenzen Europas zu erreichen.

Die Menge an Schiffsunfällen auf den Routen nach Europa ist immens. Allein im Mittelmeer verloren in diesem Jahr [über 2000 Menschen](#) beim Versuch, Europa zu erreichen, ihr Leben. Es greift zu kurz nach jedem Unglück nur reflexhaft die skrupellosen Praktiken von Schleuser:innen zu beklagen. So dramatisch die Ausbeutung und Gefährdung von Migrant:innen durch organisierte Schleuser:innen ist, so sehr gehört das Fehlen anderer, sicherer Fluchtmöglichkeiten zu den Ursachen der vielen Todesfälle an Europas Außengrenzen.

Niveditha Prasad

Trivialising Privacy through Tribunals in India

Analysing the Digital Personal Data Protection Act, 2023

doi: 10.17176/20230821-182851-0



On 11th August 2023, India's Digital Personal Data Protection Act, 2023 ('DPDP Act') has received Presidential assent. The Act's passing is critical in light of increasing concerns about data security and surveillance in India, including allegations that the government has illegally been using [spyware](#) against activists. Moreover, the government and its agencies are major data fiduciaries, having access to various identification and biometric data that have in the past been [breached](#) on a large scale. Given this, it is vital that the DPDP Act is able to function effectively and independently against the government in cases of non-compliance. In this piece, I argue a novel provision bestowing appellate jurisdiction on a Tribunal that lacks both the necessary expertise and independence is likely to hinder this goal.

The DPB's Appellate Tribunal

The DPDP Act, like its previous draft, creates an adjudicative authority, namely, the Data Protection Board of India ('DPB'). The DPB, under Section 27 of the Act, is [empowered](#) to inquire into complaints made or intimations given to it regarding personal data breach by a data fiduciary. The Chairperson and other members of the Board are to be appointed by the Central Government. Further, the salaries, tenure and conditions of service are to be determined by the Central Government. Together, these provisions effectively curb the independence of the DPB, especially considering that the Central Government and its agencies are major data fiduciaries against whom complaints may be made. It is important to note that the [previous draft of the Bill](#), released in 2022, also contained similar provisions that enabled the Central Government to exercise vast powers in determining the composition, tenure, service conditions of the Board. Despite [commentators](#) noting that this impinges on the independent functioning of the Board, no substantial change has been made to the current Act to alleviate these concerns.

In fact, the DPB's lack of independence has been exacerbated due to the appellate mechanism now set up under the Bill. In particular, the DPDP Act provides for the Telecom Disputes Settlement and Appellate Tribunal ('TDSAT') as the Appellate Tribunal. This is a significant deviation from the [2022 draft](#) which had declared the relevant High Court as the appellate body for decisions taken by the DPB. No reason has been given for this change. This matters because the new appellate body is likely to further undermine the DPB's capacity to act as an effective and independent watchdog, safeguarding the individual's right to privacy. The core problem, in this respect, is the Tribunal's failure to conform to the principles of independence and expertise laid down by the Indian Supreme Court.

The Chequered History of Tribunals

Tribunals like the TDSAT were originally constituted to bypass the [case backlog and time-consuming procedures](#) in High Courts and the Supreme Court. Further, Tribunals were necessary to resolve disputes that [require specialised knowledge](#), such as tax or environmental matters. While the need for expertise and efficiency is beyond dispute, Tribunals have often been criticised for their lack of independence and for stripping jurisdiction from High Courts. Regarding the former, the manner of constituting Tribunals is markedly different from appointment of judges to High Courts. Members of the judiciary are appointed by a [process](#) headed by the higher judiciary, which minimizes the likelihood of them being biased towards the Executive. By contrast, Tribunal membership is largely determined by the Executive (like in the present case). The Government may 'pack' them with expert members who are favourable to the government, a major litigating party before Tribunals. The terms and conditions of their service is also dependent on the Union Government's rules, unlike the service conditions of judges, which is pro-

vided in the Constitution itself. The problem is exacerbated by the fact that the jurisdiction of the High Courts has [consistently been stripped away](#) and bestowed upon Tribunals instead.

These issues in the structure and working of Tribunals has received judicial scrutiny. The Supreme Court in [L Chandra Kumar](#) held that Tribunals are indeed necessary because of their technical expertise but they cannot be deemed equivalent to High Courts because of the weaker protections to independence present in their structure (§78). Over time, the judiciary has sought to strengthen the functioning and independence of Tribunals. In [Union of India v R Gandhi](#), the Supreme Court, noting the premise behind Tribunals, held that the technical members should be persons with expertise in a field relevant to the purpose behind setting up a Tribunal (§59). If the technical members do not have the relevant expertise, the Tribunal will be unconstitutional for encroaching upon the powers and jurisdiction of the judiciary (§90). Further, Tribunals must have a judicial member who can ensure fairness in adjudication (§59). Significantly, the Court also struck down a provision in the Companies Act that mandated a maximum term of office for three years with a retirement age of 65 years for members of that relevant Tribunal. The reasoning of the Court was that in specialised Tribunals, a term of three years would not be sufficient for the members to acquire the required knowledge and expertise. The provisions also ended up making Tribunals a post-retirement haven for bureaucrats occupying positions of technical members. This is because no expert professional would leave their thriving careers to become a technical member for a short tenure of three years (§120[ix]). The overall inference from *R Gandhi* is that Tribunals must reflect both technical expertise and adjudicative competence, apart from being independent in their functioning. Yet, in the present instance, both technical expertise and independence are gravely compromised.

The TDSAT: Encroachment Disguised as Efficiency

The TDSAT is a creature of the Telecom Services Regulatory Authority Act, 1997 ('TRAI Act'). The context of the legislation itself is clear – it seeks to protect both telecom service providers and its users. Consequently, the TDSAT is an adjudicative body for disputes that may arise between a licensor and licensee, two or more service providers or between a service provider and consumers. It is

evident therefore, that the TDSAT's purpose has no relevancy to the purpose of an appellate body under the DPDP Act, which as mentioned above, is to adjudicate on cases of data breach.

Further, the members of the TDSAT do not have expertise on data protection and governance. To illustrate, as per, Section 19 of the DPDP Act, the DPB's members are required to possess special knowledge or practical expertise in data governance, administration or related fields of law, governance and regulation. At least one member must be an expert in law. The underlying premise of these qualifications is that adjudication must be in tune with principles that are relevant to the specific field of data privacy and protection. It follows that the premise must apply even in the case of a body that hears appeals from the DPB.

By way of comparison, the [Companies Act 2013](#) sets up both a Tribunal of first instance and an appellate Tribunal. The technical member of the appellate Tribunal, like the members of the first instance Tribunal, must have specialised knowledge and experience in matters related to company law (Section 411 of the Act). The same is true of the Securities Appellate Tribunal ([Section 15M\(2\)](#) of the SEBI Act) and the Income Tax Appellate Tribunal ([Section 252\(2A\)](#) of the Income Tax Act). But unlike these appellate Tribunals, the TDSAT is a generalist body in the context of data protection. Under Section 14C of the TRAI Act, its Chairperson is a retired Supreme Court judge or Chief Justice of a High Court and its members are persons who have been Secretary to the Government of India or occupants of similar posts or persons who are 'well versed in the field of technology, telecommunication, industry, commerce or administration.'

Moreover, it is evident that the TDSAT does not pass the muster of the principles in *R Gandhi*. Section 14D of the TRAI Act clearly mandates a tenure of three years for its members. Thus, the members, apart from being non-experts, will not be able to acquire the requisite knowledge considering their short tenure. If the rationale behind a Tribunal is to provide adjudication guided by expertise, then the TDSAT is indefensible. As per the principle in *R Gandhi*, since the Tribunal does not in fact possess adequate expertise in the context of data protection, it is unconstitutional for encroaching upon the jurisdiction of the judiciary.

The TRAI Act also sets a retirement age of 65 years for its members. This renders Tribunal membership a 'sun-

set' jobs for retired civil servants, who typically retire at the [age of 60](#). This practice has already been scrutinised for its repercussions on [judicial independence](#). Along similar lines, this can have [great effects](#) on both the functioning of the civil service and that of the Tribunal to which they are appointed due to the perverse incentives it may create for civil servants. Thus, to attain these post-retirement jobs at Tribunals, bureaucrats tend to [pander](#) to the government or a ruling party during the time of their service, instead of functioning as a neutral, objective administrator. This in turn, raises questions about their functioning while in an independent adjudicatory body after retirement.

As a result of these design flaws, the Tribunal will not be able to inspire public trust and confidence in its

adjudication on critical issues of constitutional import. This is the exact situation that *R Gandhi* sought to repel. While the Chief Justice of India is indeed consulted in the process of selection of members, [recent doubts](#) around judiciary-executive snugness in India mitigates the safeguard that such consultation may present. The TDSAT cannot therefore function as a sufficiently independent adjudicatory body. The factors explained above clearly indicate that the appellate structure provided for in the DPDP Act is not just flawed but likely unconstitutional. Given that the DPB and the TDSAT must adjudicate in cases involving the government as a non-compliant data fiduciary, the lack of independence and expertise does not bode well for the fundamental rights of India's citizens.

Demian Iglesias Seifert

Has Right-Wing Populism Reached Argentina?

doi: 10.17176/20230818-182853-0



Last Sunday, August 13, Argentina held elections to determine the candidates who will run in next October's national presidential elections. In a surprising turn of events, the far-right candidate [Javier Milei](#), an outsider that started in politics around 2019, surged ahead in the preliminary elections, sending shockwaves through Argentina's political landscape. Milei won the election with about 30% of the total vote. The candidates in the main opposition coalition, United for Change (a conservative centre-right movement), obtained 28% and the current governing coalition [Union for the Homeland](#) (Peronist, centre left coalition) 27% of the votes, respectively.

In this blogpost, I argue that disillusionment with the political establishment, extremely high inflation and rising crime are core reasons driving Milei's surprise success at the ballot box.

The Stakes

Within Argentina's constitutional system, the President, who is directly elected every four years, '[is the supreme head of the Nation](#), head of the government and is politically responsible for the general administration of the country'. In that sense, the Presidential election defines the country's direction more than in parliamentary systems. Milei, a fervent admirer of ex-President [Donald Trump](#), has advocated for the elimination of Argentina's central bank, contends that the climate crisis is a fabrication, labels sex education as a manoeuvre to dismantle the institution of the family, supports the legalization of the trade of human organs, and aims to simplify the process of firearm ownership. His electoral success is particularly concerning, given Argentina [hyper-presidentialist](#) tradition. Thus, as [Gargarella](#) and [Stringer](#) explained, the President has not just the power to issue decrees under various circumstances but a long tradition of Presidents using these powers extensively to appoint [supreme court judges](#), rip up media law and to initiate new policy by decree, [bypassing the legislative power](#). If Milei were to win

the presidential election in October, he would have these tools at his disposal to implement his agenda and thereby drastically change Argentina's political orientation.

Milei's electoral success is in line with Argentina's long history of voting for populist leaders. Thus, since the administration of Perón from 1946 to 1955 and 1973-1974, [Peronism \(a populist entity straddling the spectrum from centre-left to centre-right\) has constituted the political mainstream in Argentine politics](#), with only few and short intervals where the Radical Party or Cambiemos (United for change, a conservative centre-right coalition) were in power. However, since the return to democracy in 1983, the nation has not experienced a victory by a [far-right political party](#), with power predominantly shifting between these established political poles. With Milei's electoral rise, this longstanding pattern appears to be on the verge of transformation.

[Cass Mudde](#) has suggested that there is a distinction between populism as it occurs in Europe, on the one hand, and in Latin America, on the other. The former has been described as mainly right-wing, conservative, traditionalist and authoritarian in both rhetoric and behaviour. The second, by contrast, shares an authoritarian impulse but has been described as primarily left-wing and socially inclusive. However, something is changing. [Milei's](#) victory is a sign that Argentina is joining the global trend of right-wing populism. The country that used to be a bastion of left-wing populist governments, historically under the banners of Peronism, seems thereby to be following the patterns observed in other countries of the region such as Brazil, Chile and El Salvador. What has been the reason for this change?

Disillusionment, Inflation and Crime

One of the main explanations for Milei's triumph is the growing disillusionment among the population with the traditional political class. For decades, Argentine citizens have experienced a series of broken promises and corrup-

tion scandals that have undermined trust in conventional political parties. **Corruption** convictions against Peronism's leaders, coupled with the **opposition's** lack of reflexes when it was their turn to govern, have eroded voters' trust in the established parties.

At the same time, Argentina is currently facing one of its most severe crises. The value of the Argentine peso has sharply dropped, with yearly **inflation** exceeding 115 percent. Additionally, almost 40 percent of the population is living in poverty, and the nation is grappling with the challenge of repaying its \$44 billion debt to the International Monetary Fund. Finally, **widespread security issues** have arisen and there is no answer from the government.

Polls show a striking prevalence of frustration with how crime is handled and support for punitive criminal justice measures. Regarding the economic situation, the sense of fatigue about inflation is clear in all the surveys around the country. Participants also mentioned a lack of representative political candidates as a driving factor, especially among the younger electors. The name of Milei is repeatedly mentioned by **young voters, angry** at the lack of opportunities for economic advancement, job instability and lack of future perspectives. Indeed, polls show that half of the people who support Milei are under 30 years old and agree with the candidate's anti-system discourse and the feeling of disappointment towards politicians, or the „caste“ as Milei calls **them**.

Their enthusiasm for Milei as a candidate reflects general voter fatigue with regards to the political parties that have governed Argentina for the past three decades. During this period, the country has experienced alternations in power between different parties, but many citizens feel that their economic problems have not been effectively solved, no matter who is in office. In particular, the level of economic development is low, public services are neglected and inflation is rising so fast that many workers are poor because their salaries are not being updated at the same rate. Peronism's lofty stated goals have not translated into decent living conditions for those who used to be its voters. Milei has thus been able to take advantage of a situation of collective fatigue by ostensibly providing solutions to the very problems that mainstream politics has not been able to solve.

In this respect, his campaign promises include shutting down the central bank, trimming public employment, decreasing taxes, transitioning to a dollarized economy to address inflation concerns and foste-

ring a more open labour market to create additional opportunities. He also advocates for lowering the age of criminal liability and legalizing gun ownership to tackle **criminality**. Despite the vagueness of these solutions and the absence of detail on their practical implementation, they appear to have swayed voters. Milei's stance holds intrigue within the Latin American context, as he avoids leaning on **authoritarian** rhetoric and refrains from explicitly opposing any societal sector. His ambiguity concerning social matters like migration or minority rights prevents easy categorization akin to figures like Bolsonaro or Trump, who both employ a characteristic anti-establishment populist discourse. Simultaneously, his political agenda with the emphasis on economic matters, particularly his championing economic freedom and private property, reflects the core of current societal dissatisfaction. At the same time, Milei is likely benefitting from his novelty and the resulting absence of social censure that burdens established parties as a result of their past governmental failures to address critical social needs.

Argentina: The Next Domino to Fall to Right-Wing Populism?

The phenomenon of a far-right candidate winning in Argentina is not unique in the region. In recent years, we have witnessed the rise of far-right leaders and movements in several Latin American countries. These leaders often present themselves as anti-establishment voices that challenge political elites and promise to restore security, order and national sovereignty. The cases of Bolsonaro and Bukele are the most resonant but not the only ones. **Chile and Uruguay** also show some tendencies to this trend. In a world characterized by economic and social uncertainty, this rhetoric clearly resonates strongly with those who feel marginalized and neglected by the traditional political **system**.

While the triumph of an extreme right-wing candidate in Argentina's primary elections represents a significant change in the political landscape, it is important to analyse this phenomenon with caution. We must wait until October to see if this trend continues and how society responds in the national elections. History has taught us that the rise of extremist politicians can have unpredictable and potentially dangerous consequences for stability and social cohesion as we saw when hundreds of support-

ers of the country's former leader Jair Bolsonaro attacked the Parliament in [Brazil](#) or the mass detentions that violated human rights, with 2% of adults arrested in [El Sal-](#)

[vador](#). It is crucial to consider the ramifications of these victories for individual liberties, human rights and the democratic system as a whole.

David Boss

“Blood On Your Hands”

Die rechtliche Dimension von Metaphern im Fall Zoey Zephyrs

doi: 10.17176/20230803-104311-0



Metaphern sind nicht nur rhetorisches Stilmittel. Sie sind auch ein bedeutender Teil der Rechtswirklichkeit. Dass die Wirkungen, die sie nach sich ziehen können, sogar rechtsstaatliche und demokratische Risiken bergen, zeigt ein Blick über den Atlantik. Die juristische Auslegung ermöglicht gegenwärtig jedoch keinen treffenden Zugriff. Daher ist ein Umdenken notwendig.

Der Fall und sein Kontext

Die Transperson Zoey Zephyr ist Abgeordnete im House of Representatives des US-Bundesstaates Montana. Im April diesen Jahres fand dort eine hitzige Debatte um sog. gender-affirming Care für Jugendliche statt. Zu einer solchen Art von Fürsorge zählen neben medizinischen oder chirurgischen Maßnahmen auch solche, die sich speziell auf die psychische Gesundheit fokussieren. Die Mehrheit der Vertreter*innen in Montana House of Representatives sind Republikaner*innen. Sie stellten sich gegen eine derartige Form von Gender affirmativer Hilfe.¹

Zephyr warf dieser Mehrheit vor, dass sie „Blut“ an ihren Händen hätte. Daraufhin verweigerte Zephyr eine Entschuldigung und ist seit dem 20. April daher für die restlichen Sitzungen 2023 „barred from the floor“, also ihres Rederechts beraubt. Die Metapher des Bluts an den Händen der republikanischen Abgeordneten wurde so zur *conditio-sine-qua-non* ihres disziplinarrechtlichen Ausschlusses. Wie kann jedoch eine Metapher juristisch zu einem Sitzungsausschluss führen? Begriffsästhetisch passend wurde dieser Ausschluss aus der Verletzung der parlamentarischen Regeln des „decorum“, also der Schicklichkeit oder Anstandsregeln, hergeleitet. Es handele sich dabei nämlich um „hateful rhetoric“ (siehe für einen entsprechenden Überblick [hier](#)). Auch der Deut-

sche Bundestag kennt in [§ 38 seiner Geschäftsordnung](#) eine entsprechende Formulierung, die zum Sitzungsausschluss ermächtigt. Die Norm beinhaltet sogar selbst eine Metapher, wenn sie von der „Ordnung oder Würde des Bundestages“ spricht.

Der daraufhin von Zephyr eingeschlagene Weg zum District Court auf Erlass einer einstweiligen Anordnung blieb erfolglos. Richter Mike Menahan begründete sein Urteil gegen die Wiederherstellung des Rederechts für die restliche Legislaturperiode Anfang Mai mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Das, was Zephyr fordere, [würde das Gericht dazu zwingen, auf eine Weise in legislative Kompetenzen einzugreifen, welche die Befugnisse des Gerichts überschreite](#). Dem Montana House of Representatives komme [die exklusive, verfassungsrechtlich garantierte Befugnis zu, seine Mitglieder*innen zu disziplinieren](#).

Der Fall fügt sich dabei passgenau als Bindeglied zweier aktuell in den USA zu beobachtenden Tendenzen ein. Einerseits erfolgt [eine stark zunehmende Verabschiedung von Anti-Trans-Gesetzesentwürfen](#). Allein das laufende Jahr kennt 80 solcher Entwürfe. Andererseits lässt sich feststellen, dass das parlamentarische Disziplinarrecht zum Ausschluss nicht-republikanischer Meinungen – speziell gegenüber Kolleg*innen marginalisierter Gruppen – instrumentalisiert wird. So wurde neben der Trans auch die [BIPOC-Community in Tennessee](#) mit dem dortigen „decorum“ vertraut gemacht. Als Teilnehmende eines Protestes im Tennessee House of Representatives für strengere Waffengesetze anlässlich eines Massenschießerei an einer Nashviller Schule wurden Justin Jones sowie Justin Pearson „expelled“. Die ebenfalls protestierende, aber weiße Demokratin Gloria Johnson hatte hinge-

¹Erstaunlicherweise stellen entsprechende Maßnahmen nur dann ein Problem dar, wenn sie in der Diskussion um Trans-Rechte aufkommen. Demgegenüber werden sie nicht nur völlig selbstverständlich, sondern in der überwiegenden Mehrheit von Cis-Personen genutzt. Künstliche Derivate des zu den Steroiden zählenden „männlichen“ Sexualhormons Testosteron, Anabolika, werden zum Muskelaufbau genutzt. Eine kleine blaue Pille soll zur allzeitigen „Männlichkeit“ verhelfen. Die vielen und ebenso problematischen Bilder von „Weiblichkeit“ führen zu Brust- und Lippenvergrößerungen, aber auch zum Rasieren der Achselhaare. Vgl. dazu Schall, Theodor E./Moses, Jacob D, Gender-Affirming Care for Cisgender People, The Hastings Center Report 53 (2003), Issue 3 May-June, S. 15-24.

gen keinerlei Konsequenzen zu tragen.

Das (Sprach-)Bild und seine Wirkung

Wie wirkt nun aber eine Metapher? Losgelöst von linguistischen, semiotischen oder kognitionspsychologischen Prämissen² zeichnen sich Metaphern dadurch aus, dass sie ein bildliches Moment schaffen. Oftmals wohnt ihnen dabei ein Vergleich inne, der nicht auf ein tautologisches „wie“ zurückgreifen muss. Das unterscheidet Metaphern von der deskriptiven Feststellung, die man nutzt, wenn jemand tatsächlich Blut an den Händen hat. Das Interessante dabei ist, dass im Falle der Beschreibung das entsprechende Bild mit den Primärsinnen erkennbar ist oder war. An einem Punkt wird irgendjemand Blut an Händen gesehen haben. Die metaphorische Wirkung geht indes über bloße Beschreibung hinaus. Sie vermittelt eine andere Form von Sinn. Die Sinnlichkeit der Metapher ist einerseits abgeleitet über das ursprüngliche visuelle Bild. Sie ist andererseits aber auch originär sinnlich, da sie einen eigenständigen Sinngehalt aufweist. Sie ruft nämlich ein Bild hervor, das nie mit den Augen gesehen werden kann. Im konkreten Fall ist dieses Bild das Blut an den Händen jener Abgeordneten, die gegen gender-affirming Care votiert haben. Metaphern ermöglichen folglich eine besondere Form sinnlichen Erkennens.

Es geht nun aber nicht darum, sich vorzustellen, wie mehrere Dutzende Republikaner*innen mit blutbeschmierten Händen herumstehen. Die Metapher eröffnet vielmehr eine eigenständige Deutungsebene. Dabei handelt es sich jedoch um keine grenzenlose Mehrdeutigkeit. Denn bereits die Umstände erlauben eine gewisse Begrenzung. Die Worte Zephyrs sind im Zusammenhang damit gefallen, dass der Zugang zu Gender affirmativer Fürsorge das hohe Suizidrisiko von sich als trans identifizierenden Jugendlichen erheblich senkt. Dies zeigten [entsprechende Studien](#). Zephyr selbst twitterte dazu im Nachgang, dass alle Abgeordneten und der Governor einen entsprechenden notärztlichen Brief erhalten hätten. In diesem wird explizit das diskutierte Gesetzgebungsverfahren als Faktor für den Suizidversuch einer jugendlichen Transperson angeführt. Der Brief ist ihrem [Tweet](#) angehängt.

Die Metapher dient also, durchaus kontraintuitiv,

²Für einen kognitionspsychologischen Ansatz im Recht s. grundlegend Damler, Daniel, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.

³Gabriel, Gottfried, Präzision und Prägnanz. Logische, rhetorische, ästhetische und literarische Erkenntnisformen, Münster 2019, S. 16.

dem Gegenteil einer „schwammigen“ Unbestimmtheit. Sie verleiht den präzisen Fakten der Studien nämlich Prägnanz. Indem sie Assoziationen hervorruft, werden die Zahlen anschaulicher und neu verknüpft. Das Leid der jugendlichen Trans-Personen gerade im Zusammenhang mit dem Vorwurf an die Angeordneten wird vorstellbarer. Prägnant bedeutet im ursprünglichen Wortsinne „bedeutungsschwanger“. Erst im übertragenen Sinne wird daraus „bedeutsam“ oder „bedeutungsvoll“. Auf den Punkt gebracht: „Der Ausdruck ‚prägnant‘ ist selbst ‚prägnant‘.“³

Die Jurist*innen und ihre Auslegung

Von der Wirkung der Metapher an sich führt der Weg zur Frage nach ihrem rechtlichen Verständnis. Eröffnet die Metapher eine selbständige Deutungsebene, dann gilt es diese zu interpretieren. Rechtswissenschaft ist hermeneutische Wissenschaft. Ihre Allzweckwaffe ist die Auslegung. Um also zu einem juristisch vertretbaren Ergebnis zu kommen, wird, zumindest in Deutschland, klassischer Weise nach Wortlaut, Systematik, Telos und Historie einer Norm gefragt. Doch die Frage nach dem Wortlaut einer Metapher ist buchstäblich sinnlos. Es geht weder um die tatsächlichen Hände noch um tatsächliches Blut an eben jenen. Wenig eindeutig stellt sich der Befund auch bei der historischen Auslegung dar, wengleich eine Kulturgeschichte der Metapher der blutigen Hände im Recht durchaus interessant wäre. Wie ist der Sinn und Zweck zu bestimmen und auf wen stellt man ab? Auf die sprechende Person oder ein Leitbild einer*s „objektiven“ Dritten? Lediglich die Systematik erscheint als Frage nach den Umständen und Zusammenhängen der Aussage plausibel. Es zeigt sich ein Heer ungeklärter Fragestellungen und doch stehen nicht nur Gerichte täglich vor der Aufgabe: Wie begegnet man der Metapher im Recht?

Nun handelt es sich im gegebenen Fall um keine Norm wie bei der „Würde“ § 38 GOBT, sondern um eine Aussage im Rahmen der parlamentarischen Debatte. Wenig überraschend stellt sich die Aufgabe mit metaphorischen Aussagen umzugehen, im öffentlich-rechtlichen Kontext vor allem im Bereich der Kommunikationsgrundrechte. Es geht um die Grenzen der Meinungsfreiheit oder den spezielleren Kunstbegriff. Die richterliche Außengrenz-

ziehung des Erlaubten spielt sich dabei zwischen verbotener Schmähkritik und meinungsfreundlicher Interpretation ab. Doch für die Behandlung bildlicher Figuren, wie Metaphern sie darstellen, gibt es keine transparenten Grundsätze im Umgang. Wie kommt das? Das Recht als Textwissenschaft ist **voll mit ihnen**. Die „juristische Person“ ist eine, die „Ewigkeitsgarantie“ und die „ökologische Person“ hoffentlich bald auch. Wird an der offenen Konkretisierung durch sprachliche Bilder ein methodischer „blinder Fleck“ offenbar? Denn die Extreme sind klar: Auf der einen Seite steht die Zensur der interpretierenden, auf der anderen die Flucht in die Metapher der äußernden Person.

Das verdeutlicht **ein inneramerikanischer Vergleich**. Als die texanischen Demokraten im Jahr 2021 aus Protest gegen neue Wahlgesetze das Quorum verfehlten, wetterte der Republikaner Greg Abbott, dass ihre Abwesenheit auch die Verabschiedung eines Kriminalitätsgesetzes verhinderte. „Die Demokraten haben Blut an ihren Händen, weil sie nicht aufgestanden sind und ihre Arbeit nicht gemacht haben“, sagte er. Es existiert also auch die Begehungsform „Blut an den Händen“ durch Unterlassen. Als Alabama im vergangenen Jahr die Abschaffung der staatlichen Genehmigungen für das Tragen von verdeckten Handfeuerwaffen anstrebte, wandte sich die damalige Abgeordnete Merika Coleman, eine Demokratin, direkt an ihre Kollegen: „Und ich sage Ihnen, dass einige von Ihnen Blut an Ihren Händen haben werden, wenn dieses Gesetz verabschiedet wird.“ In Florida soll laut dem demokratischen Senator Jason Pizzo im Rahmen einer Debatte manchmal sogar mehr als einmal am Tag von Blut an den Händen die Rede sein. Ausgeschlossen wurde hingegen keine*r. Entschuldigen musste sich auch niemand.

Steht an dem einem Ende der hermeneutischen Leiter die bloß noch absurde Funktion der Wortlautgrenze beim Verständnis von Metaphern, so findet sich hingegen die teleologische Betrachtung am anderen. Sie birgt das größte Risiko. Sie ist genuin Sinngebung. Das heißt die interpretierende Person entscheidet sich vielmehr für einen zu gebenden Sinn als diesen zu erkennen. So kann die teleologische Auslegung maßgeblich im beschriebenen Dilemma zu einer zensierenden Deutung durch die auslegende Stelle führen. Denn wenn *Sinn* und Zweck das Ergebnis von Auslegung darstellen, wie können sie gleichzeitig ihr Mittel sein? Die bildliche Wirkung einer Metapher ist nie nur passiv-rezeptiv, sondern immerzu auch aktiv-gestaltend: A stellt sich etwas vor und schafft mit

einer Metapher davon gleichzeitig eine Vorstellung von etwas. B stellt sich unter der Vorstellung von A Metapher wiederum etwas vor und kreiert darauf aufbauend eine eigene Vorstellung. In ihrer Prägnanz ist die Metapher somit nie aussageartig „wahr“ oder „falsch“, wie es demgegenüber die juristische Subsumtion unter Begriffe vorgibt zu sein. Sie hat eine eigenständige Potenz. Womöglich bereitet sie gerade daher dem Obersatz eine solche Schwierigkeit.

Die neue alte Hermeneutik: Lernen, juristisch Bilder zu lesen

Der erste Schritt ist also anzuerkennen, dass die heutigen Jurist*innen im Umgang mit mehr als nur Gesetzen geschult werden muss. Dann erst kann es darum gehen, Metaphern als solche und im Recht zu würdigen; über ihre Zusammenhänge nachzudenken und zu begründen, nachzufragen, zu korrigieren. Eine Auslegung, Hermeneutik, die das berücksichtigt, kann einen treffenden Zugriff bieten. Die Hermeneutik ist nämlich mehr als eine Methodik der Rechtsdogmatik. Hermes war der Götterbote. Er verkündete göttliche Botschaften an menschliche Ohren. Schon hierbei kann es sich offensichtlich nicht bloß um ein deskriptives Mitteilen gehandelt haben. Mit Gadamer ist es daher die grundsätzliche Leistung der Hermeneutik, einen Sinnzusammenhang aus „**einer anderen Welt**“ zu übertragen. So funktioniert auch die Metapher. Sie überträgt das anthropomorphe Konzept der Würde auf die Institution Bundestag. Die Metapher schmiert organisches Blut an die anorganischen Zahlen einer Studie. Um also der Bedeutung der Metapher im Recht gerecht werden zu können, muss die juristische Auslegung sich diesem Verständnis von Hermeneutik öffnen. Das Recht benötigt eine Hermeneutik bildlicher Figuren.

Metaphern konkretisieren einen Sachverhalt bildlich. Insoweit ähneln sich Metapher und juristische Auslegung. Die Idee der juristischen Auslegung ist es ebenfalls, ein konkretisierendes Verständnis zu ermöglichen: einer Norm, einer Aussage, von Symbolen im weiteren Sinne wie **Emoticons**. In der Folge ist daher das Verständnis von Metaphern durch Auslegung ein notwendigerweise konkretes. Denn Metapher ist nicht gleich Metapher. Sie ist kontextabhängig. Ebenso wenig ist der rechtliche Kontext immer der gleiche. Das institutionelle Setting in der parlamentarischen Debatte unterscheidet sich von einer

verfassungsgerichtlichen Beurteilung einer Meinung, der Diskussion in einem rechtswissenschaftlichen Text oder der Auslegung einer Willenserklärung. Jedenfalls den ersten beiden ist als Schauplatz und sein Mittel die Garantie eines demokratischen Minderheitenschutzes gemein. Damit unterscheiden sich mithin die Wertungskorrektive. § 133 BGB erkennt zwar treffend, dass es nicht darum geht, „an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“ Eine metaphorische Aussage muss sich aber prinzipiell an der Schutzbedürftigkeit des Empfangenden messen lassen. Ebenso ist in personaler Hinsicht entscheidend, ob ein legislatives Organ republikanisch geführt ist oder eine konservative Zweidrittelmehrheit das höchste Gericht des Landes besetzt. Ohne ein entsprechendes Bewusstsein kann aber auch kein Risiko erkannt

und folglich keine Handlungsgrundsätze entwickelt werden, die dann wiederum transparent kontrollierbar würden. Ansonsten öffnen sich Tür und Tor im Metaphorischen für eine fast „unbegrenzte“ Auslegung – insbesondere im Bereich solcher Generalklauseln wie des „decorum“. Dann geht es nicht mehr um die bildliche Wirkung des Blutes an den Händen, sondern die bildliche Wirkung in den tatsächlich falschen Händen.

Metaphern sind mehr als rhetorische Stilmittel. Sie sind auch ein bedeutender Teil der Rechtswirklichkeit. Dass die Wirkungen, die sie nach sich ziehen können, sogar rechtsstaatliche und demokratische Risiken bergen, zeigt ein Blick über den Atlantik. Sollte Justitia auf dem ästhetischen Auge daher wirklich blind bleiben?

David Boss

“Blood On Your Hands”

The Legal Dimension of Metaphors in the Case of Zooezy Zephyr

doi: 10.17176/20230803-104332-0



Metaphors are not just rhetorical devices. They are also a significant part of legal reality. A look across the Atlantic shows that the effects they can have even entail risks for the constitutional democracy. At present, however, legal interpretation does not allow an accurate grasp. Therefore, a rethinking is necessary.

The Case and Its Context

The transperson Zooezy Zephyr is a member of the House of Representatives of the US state of Montana. In April of this year, a heated debate took place there about so-called gender-affirming care for minors. This type of care includes not only medical or surgical interventions, but also those that focus specifically on mental health. The majority of lawmakers in the Montana House of Representatives are Republicans. They opposed such a form of gender-affirming aid.¹

Zephyr accused this majority of having „blood“ on their hands. Zephyr then refused to apologize and, as of April 20, has therefore been „barred from the floor“ - deprived of her right to speak for the remainder of the 2023 legislative session. The metaphor of blood on the hands of the Republican representatives thus became the *conditio-sine-qua-non* of Zephyr’s disciplinary expulsion. However, how can a metaphor legally lead to an exclusion from the session? This exclusion was derived from the violation of the parliamentary rules of „decorum“, i.e., propriety or decency. It was a matter of „hateful rhetoric“ (see here for an [overview](#)). The German Bundestag also knows a corresponding formulation in [§ 38 of its rules of procedure](#) (GOBT), which authorizes the exclusion from the session. The norm even contains a metaphor its-

elf when it speaks of the „order or dignity of the Bundestag.“

Zephyr’s subsequent path to the District Court for an emergency motion was unsuccessful. Judge Mike Menahan based his ruling against restoring speech rights for the remainder of the legislative session in early May on the principle of separation of powers. What Zephyr was asking for, he said, “[would require the court to interfere with legislative authority in a manner that exceeds this court’s authority](#)”. The Montana House of Representatives [had the exclusive, constitutionally guaranteed power to discipline its members](#).

The case fits perfectly as a link between two tendencies that can currently be observed in the USA. On the one hand, there is [a sharp increase in the number of anti-trans bills being passed](#). In the current year alone, 80 such bills have been passed. On the other hand, it can be observed that parliamentary disciplinary law is instrumentalized to exclude non-Republican opinions – especially regarding colleagues of marginalized groups. Thus, in addition to the trans community, the [BIPOC community in Tennessee](#) was also made familiar with the local „decorum“. As participants in a protest at the Tennessee House of Representatives for stricter gun laws on the occasion of a mass shooting at a Nashville school, Justin Jones as well as Justin Pearson were expelled. Gloria Johnson, a white Democrat who was also protesting, did not face any consequences.

The (Linguistic) Image and Its Effect

But how does a metaphor work? Detached from linguistic, semiotic, or cognitive psychological² premises, me-

¹Surprisingly, corresponding measures only pose a problem when they come up in discussions about trans rights. In contrast, they are not only used as a matter of course, but in the vast majority of cases by cis persons. Artificial derivatives of the „male“ sex hormone testosterone, anabolic steroids, are used to build muscle. A small blue pill is supposed to help achieve all-time „manliness“. The many and equally problematic images of „femininity“ lead to breast and lip enlargements, but also to the shaving of armpit hair. Cf. Schall, Theodor E./Moses, Jacob D, Gender-Affirming Care for Cisgender People, The Hastings Center Report 53 (2003), Issue 3 May-June, pp. 15-24.

²For a cognitive psychological approach to legal analogies, see fundamentally Damler, Daniel, Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken, Berlin 2016.

taphors are characterized by the fact that they create a pictorial moment. Often a comparison is inherent in them, which does not have to resort to a tautological „like“. This distinguishes metaphors from the descriptive statement one uses when someone actually has blood on their hands. The interesting thing is that in the case of description, the corresponding image is or was recognizable by the primary senses. At one point, someone will have seen blood on hands. The metaphorical effect, however, goes beyond mere description. It conveys another form of sense. The sensuality of metaphor is on the one hand derived via the original visual image. On the other hand, it is also originally sensual since it has an independent sense. Namely, it evokes an image that can never be seen with the eyes. In the concrete case, this image is the blood on the hands of those lawmakers who voted against gender-affirming care. Metaphors thus enable a special form of sensual cognition.

But it is not a matter of imagining dozens of Republicans standing around with their hands covered in blood. Rather, the metaphor opens an independent level of interpretation. However, it is not a matter of boundless ambiguity. For the circumstances already allow for a certain limitation. Zephyr's words have come up in the context of how access to gender-affirming care significantly lowers the high risk of suicide among minors who identify as trans. [Relevant studies](#) have shown this to be the case. Zephyr herself tweeted about this in the aftermath, saying that all deputies and the governor had received an emergency medical letter to that effect. This letter explicitly cites the legislation under discussion as a factor in the suicide attempt of a trans minor. The letter is attached to her [tweet](#).

The metaphor thus serves, quite counterintuitively, the opposite of a vague indeterminacy. Indeed, it lends pithiness („Prägnanz“) to the precise facts of the studies. By evoking associations, the numbers become more vivid and newly linked. The suffering of young trans people, especially in the context of the accusation, becomes more imaginable. The German term „Prägnanz“ in the original sense of the word means „pregnant with meaning“. Only in the figurative sense does it become „significant“ or „meaningful“. The English adjective „pregnant“ has preserved this double meaning. In a nutshell, the expression „Prägnanz“ is itself „pregnant“.³

³See Gabriel, Gottfried, Präzision und Prägnanz. Logische, rhetorische, ästhetische und literarische Erkenntnisformen, Münster 2019, p. 16.

The Jurists and Their Interpretation

From the effect of the metaphor itself, the path leads to the question of its legal understanding. If the metaphor opens an independent level of interpretation, then it must be interpreted. Legal science is hermeneutic science. Its all-purpose weapon is interpretation. Thus, to arrive at a legally justifiable result, the wording, systematics, telos, and history of a law are considered, at least in Germany. But the question of the wording of a metaphor is literally meaningless. It is neither about the actual hands nor about actual blood on those hands. The findings are not very clear when it comes to historical interpretation either, although a cultural history of the metaphor of bloody hands in law would be quite interesting. How are the meaning and purpose to be determined and to whom does one refer? To the person speaking or a model of an „objective“ third party? Only the systematics seems plausible as a question about the circumstances and contexts of the statement. The result is a number of unresolved questions, and yet it is not only the courts that are confronted daily with the task: How does one deal with metaphor in law?

Now, in the given case, this is not a law or statute as opposed to the „dignity“ in § 38 GOBT, but a statement in the context of parliamentary debate. Unsurprisingly, the task of dealing with metaphorical statements arises, in the context of public law, especially in the area of fundamental communication rights. It is about the limits of freedom of expression or the more specific concept of art. In Germany, the judicial outer demarcation of what is permissible plays out between prohibited defamatory criticism and opinion-friendly interpretation. But for the treatment of figurative ideas, as metaphors represent them, there are no transparent principles in dealing with them. Why is that? Law as a textual science is [replete with them](#). The „legal person“ is one, the „eternity clause“ in article 79 section 3 of the German Basic Law and the „ecological person“ hopefully soon. Does the open concretization through linguistic images reveal a methodological „blind spot“? For the extremes are clear: on the one hand there is the censorship of the interpreting, on the other the flight into the metaphor of the expressing person.

A [domestic American comparison](#) illustrates this.

When Texas Democrats failed to pass a quorum in 2021 in protest of new voting laws, Republican Greg Abbott railed that their absence also prevented passage of a crime bill. „The Democrats have blood on their hands for failing to step up and do their job,” he said. So, you can also commit the act of „blood on their hands” by omission. When Alabama sought to eliminate state permits to carry concealed handguns last year, Merika Coleman, a Democrat, addressed her colleagues directly: „And I tell you, some of you are going to have blood on your hands because this piece of legislation passes.” In Florida, according to Democratic Senator Jason Pizzo, there was sometimes even talk of blood on hands more than once a day during a debate. No one, however, was excluded. Nobody had to apologize either.

If at one end of the hermeneutic ladder stands the merely absurd function of the literal meaning in the understanding of metaphors, the teleological view, on the other hand, is found at the other. It holds the greatest risk. It is genuinely sense-making. That means the interpreting person decides rather for a sense to be given than to recognize it. Thus, teleological interpretation can lead decisively, in the described dilemma, to a censoring interpretation. For if meaning and purpose are the result of interpretation, how can they at the same time be its means? The figurative effect of a metaphor is never merely passive-receptive, but also active-formative: A imagines something and simultaneously creates an idea of something with a metaphor of it. B imagines something again under the idea of A’s metaphor and creates his own idea based on it. In its pithiness, the metaphor is thus never propositionally „true” or „false”, as, in contrast, the legal subsumption under precise terms pretends to be. It has an independent potency. This is possibly the reason why it causes such a difficulty for the syllogistic major premise.

The New Old Hermeneutics: Learning to Read Legal Images

The first step, then, is to acknowledge that today’s jurists need to be trained to deal with more than just laws. Only then can it be a matter of appreciating metaphors as such and in law; of thinking about and justifying their contexts, of inquiring, of correcting. An interpretation, hermeneutics, that take this into account can offer an apt access. Indeed, hermeneutics is more than a methodology of legal dogmatics. Hermes was the messenger of the

gods. He announced divine messages to human ears. Already here it obviously could not have been merely a descriptive communication. With Georg Gadamer it is therefore the fundamental achievement of hermeneutics to transmit a context of meaning from „another world”. This is also how metaphor works. It transfers the anthropomorphic concept of dignity to the institution of the Bundestag. The metaphor smears organic blood on the inorganic numbers of a study. Thus, in order to do justice to the importance of metaphor in law, legal interpretation must open itself to this understanding of hermeneutics. Law needs a hermeneutics of figurative ideas.

Metaphors concretize a fact figuratively. In this respect, metaphor and legal interpretation are similar. The idea of legal interpretation is also to enable a concretizing understanding: of a norm, of a statement, of symbols in a broader sense such as emoticons. In consequence, the understanding of metaphors through interpretation is a necessarily concrete one. For metaphor is not metaphor. It is context dependent. Nor is the legal context always the same. The institutional setting in parliamentary debate is different from a constitutional court’s assessment of an opinion, the discussion in a scholarly text, or the interpretation of a declaration of intent. At any rate, the first two have in common, as its setting and its means, the guarantee of democratic protection of minorities. Thus, the valuation standard differs. While § 133 of the German Civil Code aptly recognizes that it is not a matter of „adhering to the literal sense of the expression.” However, in private law a metaphorical statement must in principle be measured against the need for protection of the recipient. Similarly, in personal terms, whether a legislative body is Republican-led, or a conservative two-thirds majority occupies the highest court in a country is crucial. Without a corresponding awareness, however, no risk can be recognized and consequently no principles of action can be developed, which would then in turn become transparently controllable. Otherwise, the door is opened in the metaphorical for an almost „unlimited” interpretation – especially in the area of such general clauses as the „decorum”. Then it is no longer a matter of the figurative effect of the blood on the hands, but of the figurative effect in the actually wrong hands.

Metaphors are more than rhetorical devices. They are also a significant part of legal reality. A look across the Atlantic shows that the effects they can even entail risks for the constitutional democracy. Should Justitia therefore really remain blind in the aesthetic eye?

Manuel Brunner

Un autre coup d'État en Afrique

Zum Putsch in Niger und zur Demokratieschutzarchitektur der Afrikanischen Union

doi: 10.17176/20230801-104236-0



Am **26. Juli 2023** setzten Angehörige der nigrischen Präsidialgarde Präsident Mohamed Bazoum fest und verkündeten seine Absetzung. Gleichzeitig wurden die Landesgrenzen geschlossen, die Arbeit der staatlichen Institutionen ausgesetzt, eine Ausgangssperre verhängt und die Schaffung einer Militärjunta verkündet. Es war bereits der fünfte Militärputsch in dem Staat seit der Unabhängigkeit von der Kolonialmacht Frankreich im Jahr 1960. Niger war eines der letzten Länder der Sahelzone, das noch über eine demokratisch gewählte Regierung verfügte. Seit 2021 wurden in Staaten der Region wie in Guinea oder im Sudan die Zivilregierungen durch das Militär entmachtet. Mali und Burkina Faso erlebten allein in den Jahren 2021 und 2022 sogar jeweils zwei Putsch; in Guinea-Bissau und Niger wurden in diesem Zeitraum solche unverfassungsmäßigen Regierungsumstürze versucht. Diese Ereignisse führten dazu, dass die Region inzwischen auch als „**coup belt**“ bezeichnet wird. Diese Häufung von Staatsstreichern legt es nahe, dass die Demokratieschutzarchitektur der Afrikanischen Union (AU) für den Umgang mit solchen Ereignissen und zu deren Verhinderung nicht ausreichend ist. Ein solches Urteil wäre allerdings vorschnell, obwohl Veränderungen im System notwendig sind.

Reaktionen auf und Gründe für Staatsstrieche in Afrika

Der Putsch in Niger wurde – wie in solchen Fällen üblich – sogleich von politischen Akteuren der regionalen und der internationalen Gemeinschaft wie der **AU**, der **Westafrikanischen Wirtschaftsgemeinschaft** (ECOWAS), der **Weltbank**, den **Vereinten Nationen** (UN) und der **Europäischen Union** (EU) sowie von **verschiedenen Staaten** verurteilt. Die ECOWAS, deren Mitglied Niger ist, versuchte, durch eine diplomatische Mission die Putschisten zur Rückkehr zu demokratischen Verhältnissen zu bewegen. Der Staatspräsident von Benin, Patrice Talon, unternahm im Namen der Organisation noch am Tag des Putsches eine **Mediationsmission** nach Niger, seine Schlichtungsbemühungen scheiterten jedoch.

Die **Gründe für die Machtergreifung** des Militärs sind vielfältig. Während der erst 2021 ins Amt gekommene Bazoum als wichtiger Verbündeter des Westens galt und Niger als **Stabilitätsanker** in der Sahelzone wahrgenommen wurde, war die Regierung in der Bevölkerung unbeliebt. Rund 40 Prozent der 26 Millionen Einwohner*innen des Landes leben in extremer Armut; Niger rangiert im **Human Development Index** der UN regelmäßig im untersten Bereich. Die Regierung von Bazoum konnte trotz dieser Situation das Steigen der Lebenshaltungskosten nicht aufhalten. Zudem wurden die Regierungskreise als inkompetent und korrupt wahrgenommen und immer wieder Vorwürfe der Selbstbereicherung erhoben. Ein weiterer Punkt der Besorgnis ist die fragile Sicherheitslage in dem afrikanischen Staat. Dort agieren islamistische Aufständische von Al-Qaida, dem Islamischen Staat und Boko Haram in weiten Landesteilen sehr offen, obwohl die nigrischen Sicherheitskräfte in der Vergangenheit Ausbildung und materielle Unterstützung durch die Vereinigten Staaten, Frankreich und die Türkei erhalten haben.

Diese und ähnliche Motive finden sich in Bezug auf die betreffenden Regierungen und Staaten ebenfalls im Kontext anderer militärischer Machtübernahmen in Staaten auf dem afrikanischen Kontinent wieder. Die Vielzahl solcher Palastrevolten steht allerdings dem allgemeinen politischen Klima dort diametral entgegen. So ergaben regelmäßige **Umfragen** des pan-afrikanischen Meinungsforschungsinstituts Afrobarometer in den Jahren 2011 bis 2021 in 30 Staaten eine gleichbleibend gute Akzeptanz für demokratische Regierungsführung in den Bevölkerungen.

Diese Präferenz für demokratisches Regieren spiegelt sich aber wiederum nicht in Indizes von Nichtregierungsorganisationen hinsichtlich der tatsächlichen demokratischen Verhältnisse in den Staaten Afrikas wider. Im **Democracy Index** von The Economist für das Jahr 2022 weisen gute Werte lediglich Mauritius, Botswana, Kap Verde, Namibia, Ghana und Lesotho auf; der Senegal, der stets

als Musterbeispiel für Demokratie in Afrika galt, rutschte in den letzten Jahren ab. Staaten wie Kamerun, Guinea, Burundi, Eritrea, Äquatorialguinea, die Demokratische Republik Kongo und die Zentralafrikanische Republik finden sich auf den hintersten Rängen.

Der Weg zu einem Antiputschinstrumentarium für Afrika

Putsche gegen Regierungen, seien sie demokratisch gewählt oder selbst durch militärische Mittel an die Macht gekommen, sind in den Staaten Afrikas indes kein Phänomen der jüngeren Zeit. Seit der Dekolonisierung wurden in Afrika [mehrere hundert Putsche und Putschversuche](#) unternommen. Zwischen 1960 und 1990 waren Staatsstrieche sogar die vorherrschende Form des Regierungswechsels auf dem Kontinent. Die regionale Staatengemeinschaft behandelte solche Geschehnisse zunächst regelmäßig noch als innere Angelegenheiten der betroffenen Staaten. Putsche und Putschversuche wurden hauptsächlich dann von Seiten der Organisation für Afrikanische Einheit (OAU), der Vorgängerin der heutigen AU, verurteilt, wenn sie mit Hilfe von Söldnern durchgeführt (z.B. in Bezug auf die Seychellen 1982, dazu [hier](#), S. 450 bis 459) oder wenn imperialistische Motive erkannt wurden. Dies begründete sich daraus, dass Antikolonialismus nach ihrer [Charta](#) ein tragender Zweck der OAU (Art. II Nr. 1 lit. [d]) war und Söldneraktionen und -interventionen sich in Afrika seit den Ereignissen um die Unabhängigkeit der ehemaligen Kolonie Belgisch-Kongo¹ im Jahr 1960 derart gehäuft hatten, dass im Jahr 1977 im Rahmen der OAU eine [Konvention zur Beseitigung des Söldnertums](#) verabschiedet wurde. Letztlich fehlte der OAU jedoch ein echtes Mandat, um Staatsstreich zu beugen.

Diese Betrachtungsweise von Putschen und anderen Formen des Regierungswechsels, die den Prinzipien des Verfassungsrechts der jeweiligen Staaten zuwiderlaufen, wandelte sich mit der globalen Demokratisierungswelle seit dem Ende des Kalten Krieges jedoch erheblich. Die negativen Folgen von Putschen für die soziale, politische und wirtschaftliche Entwicklung der betroffenen Staaten und auch die damit einhergehende Unterminierung der Organisation selbst drängten die OAU zum Handeln. Der damalige Generalsekretär Salim Ahmed Salim sprach sich in dieser Zeit sehr klar dafür aus, dass sich die OAU stärker

bei der Lösung von Konflikten in Afrika engagieren müsse. In der Folge wurden die Machtergreifungen des Militärs etwa in Burundi (1993 und 1996), in Lesotho (1994), auf den Komoren (1995), auf São Tomé e Príncipe (1995) sowie in Niger (1996) durch die Organisation verurteilt und Missionen entsandt, die auf diplomatischem Wege eine Wiederherstellung verfassungsgemäßer Verhältnisse erreichen sollten. Dieser Wandel in der Politik der OAU ließ keinen Zweifel mehr daran, dass Staatsstrieche inzwischen als schwerwiegende Bedrohung für die Demokratisierungsbemühungen in Afrika und als Besorgnis für den gesamten Kontinent galten.²

Nach dem Staatsstreich auf den Komoren im Jahr 1995 – es war bereits der vierte Putsch gegen eine Regierung des Inselstaates in der Straße von Madagaskar seit Erlangung der Unabhängigkeit von Frankreich im Jahr 1975 – wurden durch die OAU dann auch Maßnahmen ergriffen, um eine Architektur für die Organisation gegen verfassungswidrige Machtergreifungen zu schaffen. Es wurde ein Unterausschuss eingesetzt, der vorschlug, dass in Fällen zukünftiger Staatsstrieche der OAU-Generalsekretär für die Organisation auf Grundlage vorbestimmter Kriterien und Verhaltenslinien Maßnahmen ergreifen sollte. Diese Empfehlung war der Grundstein für weitere Diskussionen in der Angelegenheit, die sich über die zweite Hälfte der 1990er Jahre hinziehen sollten. [Auf dem Treffen der Staats- und Regierungschefs der OAU-Mitglieder in Algier im Jahr 1999](#) wurde dann entschieden, dass Mitgliedstaaten, in denen nach dem Treffen des Ministerates der OAU im Jahr 1997 in Harare Regierungen auf verfassungswidrigem Wege an die Macht gekommen waren, bis zum nächsten Treffen wieder verfassungsmäßige Zustände herstellen sollten. Dieser Zeitpunkt wurde gewählt, da der Ministerrat auf diesem Treffen die bis dahin [stärkste Verurteilung eines Staatsstreiches](#) ausgesprochen hatte, nämlich bezüglich der Entmachtung von Präsident Ahmad Tejan Kabbah in Sierra Leone. In der Entscheidung wurde nicht nur der Putsch verurteilt und zu einer sofortigen Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung aufgerufen, sondern es wurden auch alle afrikanischen Staaten und die internationale Gemeinschaft als Ganzes ermahnt, die neue Regierung des Landes weder anzuerkennen noch ihr Unterstützung zukommen zu lassen; zudem wurden die politischen Führungs-

¹Heute: Demokratische Republik Kongo, von 1971 bis 1997: Zaïre.

²Vgl. Antonia Witt, *Undoing Coups: The African Union and Post-coup Intervention in Madagascar*, London/New York/Dublin 2020, S. 46 ff.

persönlichkeiten der ECOWAS ersucht, der Bevölkerung von Sierra Leone bei der Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung im Land Hilfe zu leisten.³ Zudem wurde der Generalsekretär durch die Entscheidung von Algier mandatiert, in diesen Staaten die Entwicklungen aktiv zu verfolgen und bei Programmen unterstützend tätig zu werden, die darauf gerichtet seien, in den betreffenden Ländern wieder verfassungsmäßige und demokratische Regierungen zu etablieren. Die Entscheidung wurde allerdings von verschiedenen Seiten kritisiert. Auf der einen Seite standen die damaligen Präsidenten von Nigeria und Sambia, Olusegun Obasanjo und Frederick Chibula, die eine entschlosseneren Haltung in Putschfragen forderten und allen verfassungswidrig an die Macht gekommenen Regierungen in Afrika rückwirkend die Anerkennung entziehen wollten. Auf der anderen Seite riet der Präsident Südafrikas Thabo Mbeki zu einem gemäßigeren Ansatz, der diese Regierungen auf dem Weg zurück in die Demokratie mit einbeziehen wollte.⁴

Den großen Schritt hin zu einer Antiputscharchitektur tat die OAU dann im Jahr 2000 mit der Verabschiedung der **Lomé-Erklärung** über einen Rahmen für die Reaktion auf verfassungswidrige Regierungswechsel. Dieses Dokument, das von dem 1995 eingesetzten Unterausschuss erarbeitet worden war, legte vier Elemente für diese neue Architektur fest:

1. Gemeinsame Werte und Prinzipien demokratischen Regierens: Hierin inbegriffen sind Bekenntnisse zur Verabschiedung demokratischer Verfassungen, Respekt für die Verfassung und für Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und unabhängige Gerichte, Förderung von politischem Pluralismus, anderen Formen partizipativer Demokratie und der Zivilgesellschaft, das Prinzip des demokratischen Machtwechsels und die Anerkennung der Rolle der Opposition, die Organisation von freien und regelmäßigen Wahlen sowie der Schutz und die Förderung der Grund- und Menschenrechte, insbesondere im politischen Prozess.
2. Eine Definition verfassungswidriger Regierungswechsel: Hierunter fallen militärische Staatsstreich, Regierungswechsel, die durch Söldnerinter-

ventionen und bewaffnete Dissidenten oder Rebellen herbeigeführt werden und die Verweigerung der Machtübergabe durch Amtsinhaber*innen an Wahlsieger*innen nach freien und fairen Wahlen.

3. Maßnahmen zur Reaktion auf verfassungswidrige Regierungswechsel: Hierzu zählen die Verurteilungen der definierten Machtergreifungen durch die politischen Organe der Organisation, die Gewährung einer sechsmonatigen Phase zur Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung unter Suspendierung des betreffenden Staates von den politischen Aktivitäten der Organisation sowie nach Ablauf des Zeitraums die Verhängung begrenzter und gezielter Sanktionen (z.B. Verweigerung von Visa gegenüber Beteiligten an einem verfassungswidrigen Regierungswechsel, Reduzierung von Regierungskontakten, Handelsbeschränkungen).
4. Errichtung eines Unterausschusses zur Überwachung der Einhaltung von Maßnahmen, die die Organisation in Fällen verfassungswidriger Regierungswechsel trifft.

Recht und Politik der AU bei verfassungswidrigen Regierungswechseln

Der in Lomé erarbeitete Rahmen wurde völkervertraglich in die Architektur der AU, die 2002 die OAU als panafrikanische Organisation ablöste, überführt und teilweise modifiziert. Art. 4 lit. (p) ihres **Gründungsaktes** erhebt die Verurteilung und Zurückweisung von verfassungswidrigen Regierungswechseln zu einem Funktionsprinzip der Regionalorganisation. Nach Art. 30 des Gründungsakts darf es Regierungen, die durch verfassungswidrige Mittel an die Macht gekommen sind, nicht erlaubt werden, an den politischen Aktivitäten der AU teilzunehmen. Diese Regelungen werden durch Vorschriften in der **Afrikanischen Charta über Demokratie, Wahlen und Regierungsführung** flankiert. Nach Art. 25 Abs. 1 ist als Sanktion für einen verfassungswidrigen Regierungswechsel die Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte in der AU vorgesehen. Die Definition eines verfassungswidrigen Regierungswechsels aus der Lomé-Erklärung wurde in Art. 23 beibehalten, jedoch um eine weitere Modalität ergänzt,

³Die ECOWAS führte tatsächlich eine Militäroperation durch, um die Militärjunta zu vertreiben, vgl. hierzu Karsten Nowrot/Emily W. Schabacker, *The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone*, in: *American University International Law Review* 14 (1998), S. 321–412.

⁴Vgl. Witt (En. 2), S. 50 ff.

nämlich jede Verfassungs- oder Rechtsänderung, die dem Prinzip des demokratischen Regierungswechsels zuwiderläuft. Die Entscheidung über die Sanktionierung steht nach Art. 7 lit. (g) des [Protokolls über seine Errichtung](#) dem Friedens- und Sicherheitsrat der AU zu.

Eine Suspendierung von Niger nach den jüngsten Ereignissen steht noch aus. Der Militärjunta wurde eine [Frist von 15 Tagen](#) eingeräumt, um wieder verfassungsgemäße Zustände herzustellen. Sollte diese Frist ablaufen, ohne dass sich die politischen Verhältnisse im Land geändert haben, wird die Suspendierung höchstwahrscheinlich in Übereinstimmung mit der [üblichen Praxis der AU](#) in solchen Fällen erfolgen. Seit der ersten Aktivierung des zuvor beschriebenen Mechanismus im Jahr 2005 anlässlich eines Militärputsches in Mauretanien hat die AU regelmäßig von der Suspendierungsmöglichkeit Gebrauch gemacht, allerdings fast ausschließlich bei Machtergreifungen des Militärs. Suspendierungen betrafen seither etwa Guinea (2008 und 2021), Madagaskar (2009), Mali (2012 und 2020), Ägypten (2013), die Zentralafrikanische Republik (2013) oder den Sudan (2019 und 2021). In anderen Fällen, die ebenfalls unter die Definition von verfassungswidrigen Regierungswechseln fallen würden, wurden Suspendierungen bisher selten verhängt. Der bedeutendste Fall war bisher die Suspendierung der [Elfenbeinküste](#) im Jahr 2011 bezüglich des Machtkampfes zwischen dem Sieger der Präsidentschaftswahl von 2010 Alassane Ouattara und dem Amtsinhaber Laurent Gbagbo, der eine Amtsübergabe verweigerte. Die Suspendierungen werden regelmäßig aufgehoben, wenn wieder verfassungsgemäße Zustände eingetreten sind. Dies nimmt die AU insbesondere dann an, wenn eine Zivilregierung aufgrund einer Wahl ins Amt gekommen ist oder der Sieger einer freien und fairen Präsidentschaftswahl die Amtsgeschäfte tatsächlich effektiv übernehmen kann.

Die Suspendierungspraxis der AU ist dabei nicht unkritisch zu betrachten. Zum einen ist sie nicht immer stringent. So wurde etwa keine Suspendierung im Jahr 2016 gegen [Gambia](#) verhängt, obwohl sich nach der Präsidentschaftswahl Amtsinhaber Yahya Jammeh weigerte, das Amt des Staatsoberhauptes an den Wahlsieger Adama Barrow zu übergeben. Die Situation bezüglich [Ägyptens](#) zeigt zum anderen, dass das gegenwärtige Sanktionsregime der AU nicht immer geeignet ist, die Verfestigung der durch einen Putsch geschaffenen politischen Realitäten zu bekämpfen. Im Jahr 2013 putschte das ägyptische Militär unter Feldmarschall Abd al-Fattah as-Sisi ge-

gen die demokratisch gewählte Regierung unter Präsident Mohammed Mursi. Nach der Präsidentschaftswahl im Folgejahr, bei der sich as-Sisi durchsetzen konnte, wurde die Suspendierung aufgehoben. Dies geschah, obwohl Art. 25 Abs. 4 der Afrikanischen Charta über Demokratie, Wahlen und Regierungsführung vorsieht, dass es Verantwortlichen für einen verfassungswidrigen Regierungswechsel nicht erlaubt werden darf, an Wahlen teilzunehmen, die die demokratische Ordnung wiederherstellen sollen, oder eine Entscheidungsposition in den politischen Institutionen einzunehmen.

Der Weg in die Zukunft

Trotz aller Probleme im System können die Anstrengungen der AU und ihrer Vorgängerin bei dem Umgang mit verfassungswidrigen Regierungswechseln durchaus als [Erfolg](#) gesehen werden. Lag die durchschnittliche Zahl der Staatsstriche in Afrika bis zum Ende des Kalten Krieges noch bei 2,2 im Jahr, hat sich diese Anzahl zwischen 2000 und 2019 auf 0,8 verringert. Diese Reduzierung kann unter anderem der von der AU oft beschworenen Null-Toleranz-Politik in Bezug auf verfassungswidrige Regierungswechsel zugeschrieben werden. Putschisten in Afrika ignorieren nur sehr selten die Suspendierungen durch die AU oder stellen die Legitimität der Forderungen der Organisation nach der Rückkehr zu verfassungsgemäßen Verhältnissen in Frage.

Auch wenn die beschriebenen Mechanismen für eine Junta ein erhebliches Sanktionspotenzial bedeuten, sind sie allein nicht ausreichend, um der Gefahr von Militärputschen oder anderen verfassungswidrigen Wechseln der Regierung entgegenzuwirken. Dies wurde durch die AU [erkannt](#). Daher sind viele politische Führungspersonlichkeiten in Afrika darum bemüht, pro-demokratische Verfahren innerhalb der Organisation zu befördern. Die AU und die African Governance Architecture – ein Stakeholderforum zur Förderung guter Regierungsführung und von Demokratie – haben Maßnahmen gegen verfassungswidrige Regierungswechsel zu einem Hauptarbeitsfeld ihrer Tätigkeit erklärt.

Das Potenzial für Reformen ist vielfältig. Da Putsche in Afrika immer wieder vom Militär oder von anderen Sicherheitskräften ausgehen, muss hier ein Fokus der entsprechenden Bemühungen liegen. In den bewaffneten staatlichen Kräften müssen die Werte von Demokratie und ihrer Institutionen stärker verankert werden, um die Resilienz gegen die Versuchungen der gewalttätigen

Machtübernahme zu stärken. Ein weiterer Punkt, der der AU zu einem größeren Abschreckungspotenzial gegenüber verfassungswidrigen Regierungswechseln verhelfen könnte, wäre das Inkrafttreten des [Protokolls zur Ergänzung des Gründungsaktes der AU](#). Das Protokoll aus dem Jahr 2003 sieht vor, dass der Organisation das Recht zur militärischen Intervention in einem Mitgliedstaat zustehen soll, wenn dort ein „serious threat to [the] legitimate order“ besteht, um Frieden und Stabilität wiederherzustellen (Art. 4 lit. [h]). Allerdings haben noch nicht zwei Drittel der 55 Mitglieder der AU eine Ratifikationsurkunde hinterlegt, was nach Art. 13 des Protokolls aber für dessen [Inkrafttreten](#) erforderlich ist.

Um die Zwangswirkungen des Demokratieschutzregimes zu steigern und das Abschreckungspotenzial für die Zukunft zu erhöhen, bedarf es zudem einer verbes-

serten Abstimmung zwischen der AU und den regionalen und internationalen Akteuren hinsichtlich von Sanktionen gegen verfassungswidrig an die Macht gekommene Regierungen. Im Falle Nigers bildet sich aber nun eine breite Allianz gegen die Putschisten. Ein wichtiger Partner für die AU in Westafrika ist dabei die ECOWAS, die selbst über eine starke Demokratieschutzarchitektur verfügt. Diese hat der Junta ein [einwöchiges Ultimatum](#) gesetzt und angekündigt, nach dessen erfolglosem Ablauf alle nötigen Maßnahmen zu ergreifen, um die verfassungsmäßige Ordnung in Niger wiederherzustellen, was auch den Einsatz militärischer Gewalt beinhalten könne. Die EU hat ebenfalls bereits reagiert. Sie will die neue Militärregierung [nicht anerkennen und hat Fördermittelzahlungen ausgesetzt](#).

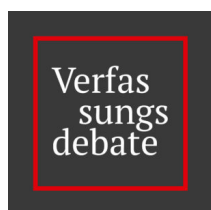
About Us

Verfassungsblog is an academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

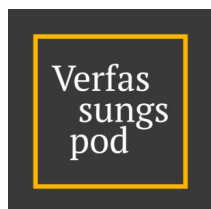
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



The blog timeline is the centrepiece of Verfassungsblog. It is where we publish expert analyses and comments on topical events and developments in constitutional law and policy, usually on a daily basis. Keeping up not only with what is happening in Germany, Europe, and the world but also with the constant stream of submissions we receive, requires a substantial number of qualified staff. In order to finance the editorial team we strive for support from libraries and institutions as indispensable partners for Verfassungsblog. At the moment, 24 libraries and institutions as well as the Library Consortium of Saxony support our work with annual payments, usually committing for three years (see who supports us on our [website](#)). If you are a researcher or a librarian who thinks that your institution should support up-to-date, high-quality, and Diamond OA content then do get in touch via oa@verfassungsblog.de.



We primarily rely on the academic community in order to fund our debates. We have also been able to secure funding from various foundations in order to be able to host blog symposia. The debates usually comprise 10 to 15 articles that discuss and engage with cutting-edge research put forward by scholars. If you have an idea for a blog symposium – and, ideally, the funding – please don't hesitate to get in touch via symposium@verfassungsblog.de.



Our podcast Verfassungspod is a deep dive into specific legal issues of topical relevance. Weeks and months of research, interviews with experts, scripting, and cutting go into each episode which comprises several parts. In order to finance this labour-intensive format we currently rely on the support of Steady supporters who want to continue listening to and learning about the windings of constitutional law and policy.



Our weekly editorial is published on the Verfassungsblog website and sent out as a newsletter to more than 13,000 subscribers. It carries three places for advertisement to announce calls for papers, job opportunities and the like. If you wish to place an ad and reach the German, European, and global professional readership of Verfassungsblog, then send us an e-mail via advertise@verfassungsblog.de.

You can support Verfassungsblog's work by making a [donation](#).

Find all our journal issues on [Verfassungsblog.de/blatt](https://www.verfassungsblog.de/blatt).

We also have open access books available. Check them out at [Verfassungsblog.de/books](https://www.verfassungsblog.de/books).

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL