

07/2023

Juli

Verfassungs blatt

Verfassungsbooks
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20231023-103808-0](https://doi.org/10.17176/20231023-103808-0)

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

Kommunalpolitik Local Politics

- Michael Brenner*
Scharfes Schwert oder bloßes Gesetzeslametta?: Das Gebot der Verfassungstreue von Landräten auf dem Prüfstand 1065
- Sarah Schulz*
Verfassungstreue in der thüringischen Kommunalpolitik: Zur Einordnung des Falles Sesselmann 1069
- Sabine Kropp*
Entsicherte Verfassung?: Was eine Veränderung der Ministerpräsidentenwahl in Thüringen bewirken könnte 1072
- Isabelle M. Kutting*
Kommunale Wahlprüfung als Trumpf der Demokratie?: Zur Frage des richtigen Zeitpunkts der Überprüfung der Verfassungstreue kommunaler Wahlbeamter 1076

Bundesverfassungsgericht Federal Constitutional Court

- Christian Walter, Kathrin Tremml*
Waffenungleichheit im Verfassungsprozess: Zum unbefriedigenden Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit Befangenheitsanträgen 1080
- Johannes Gallon*
Macht das Bundesverfassungsgericht nun Heizungspolitik?: Oder die verfassungsrechtliche Suche nach der richtigen Zeit 1084
- Florian Meinel*
Legitimation contra Verfahren: Der Beschluss des BVerfG zur parlamentarischen Beratung des Gebäudeenergiegesetzes 1088

Vergesellschaftung Communization

- Anna-Katharina König, Sophie Oerke*
Eine goldene Brücke zur Vergesellschaftung: Teil 1 zum wegweisenden Abschlussbericht der Berliner Expert*innenkommission 1093
- Georg Freiß, Timo Laven*
Vergesellschaftungsverzögerungsgesetz: Teil 2 zum wegweisenden Abschlussbericht der Berliner Expert*innenkommission 1097
- Daniel Haefke*
Verschleppte Vergesellschaftung: Der Abschlussbericht der Berliner Expertenkommission und die Hermeneutik des Verdachts 1100

Verschiedenes Miscellaneous

- Paul J. Glaben*
Verantwortung und Vertrauen: Zur Weigerung der Ampel-Fraktion, einen „cum-ex-Untersuchungsausschuss“ einzusetzen 1104
- Paula Ciré, Philipp Schönberger*
Schiff mit Schlagseite: Warum die Änderung des Klimaschutzgesetzes die Klimaziele gefährdet 1107
- Sebastian Wolf*
Sozial, aber egal?: Die Sozialwahl 2023 zwischen korporativer Demokratie und symbolischer Partizipation 1111
- Thomas Biebricher*
Die AfD der CDU: Freidemokratisierung und Rechtspositivismus als Paradigmenwechsel im CDU-10 Punkte-Programm 1114
- Isabel Lischewski*
Kulturkampf macht Schule 1118
- Stefan Talmon*
Die „freie internationale Ordnung“: Der neue Kampfbegriff der Nationalen Sicherheitsstrategie gegen China 1121

Europa Europe

Ukraine Ukraine

- Helmut Philipp Aust*
Cluster Munition and International Law: Ukraine's Use of Cluster Munition and its Implications for Allies Like the Federal Republic of Germany 1125
- Helmut Philipp Aust*
Streumunition und Völkerrecht: Zur Verwendung von Streumunition durch die Ukraine und die Folgen für verbündete Staaten wie die Bundesrepublik Deutschland 1127
- Matthew Gillett*
The Kakhovka Dam and Ecocide: A Convergence of International Criminal Law, International Humanitarian Law, International Environmental Law, and International Human Rights Law? 1130

Datenschutz Data Protection

- Marco Blocher*
Rechtsgut Datenschutz?: Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverletzungen nach Art. 82 DSGVO im Lichte von EuGH C-300/21 1135
- Benedikt Buchner, Jürgen Kühling*
Das Ende des Daten-Eldorados: Kartell- und Datenschutzrecht gehen Hand in Hand im Meta-Urteil des Europäischen Gerichtshofs 1139
- Hannah Ruschemeier*
Competition law as a powerful tool for effective enforcement of the GDPR 1142

Polen Poland

- Pekka Pohjankoski*
Contesting the Ultimate Leverage to Enforce EU Law: Poland brings annulment actions against the Commission's powers to recover penalties by offsetting 1145
- Tomasz Tadeusz Konciewicz*
Why Europe Must Never Forget about the Polish Constitutional Court: On the Importance of European Institutional Memory 1148
- Til Leichsenring*
Poland's Extended Disciplinary System 1151

<i>Johanna Mittrop, Jonas Grundmann</i> Changing Tides in European Election Law: A German Constitutional Law Perspective on the New Threshold Clause for the Election of the European Parliament	1154
<i>Johanna Mittrop, Jonas Grundmann</i> Vorzeichenwechsel im Europawahlrecht: Zur neuen unionsrechtlich vorgegebenen Sperrklausel bei der Wahl des Europäischen Parlaments	1157

Verschiedenes Miscellaneous

<i>Marlene Stiller</i> Mourning the Dead While Securitizing the Sea	1160
<i>Ruth Rubio Marín</i> Advancing Reproductive Rights: On the Spanish Constitutional Court's 2023 Landmark Abortion Case	1163
<i>Patricia Wiater</i> A Human Rights Breakthrough in Sports Law?: The ECtHR Chamber Judgment in Semenya v. Switzerland	1166
<i>Lukas Schaugg, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Suzy Nikièma</i> Im Rücktritt geeint: Zur Empfehlung der Europäischen Kommission, koordiniert vom Energiecharta-Vertrag zurückzutreten	1169
<i>Andi Hoxhaj</i> Securitizing the Economy: The European Economic Security Strategy as a "Zeitenwende" in the EU's Foreign and Economic Policy	1173
<i>Tilman Hoppe</i> Judges and Organized Crime: Why the ECtHR Upheld the Dismissal of a Senior Judge	1176
<i>Jarne De Geyter</i> The EFTA Court vs Liechtenstein's Constitutional Court: Who should the national court pledge allegiance to?	1179
<i>Andrii Nekoliak, Elizaveta Klochkova</i> Weaponizing Russia's Memory Law: On Russia's Mnemonic Dissidents	1182
<i>Erika Farkas, András Kádár</i> Restoring the Rule of Law By Breaching It: Hungary's Judicial Reform and the Principle of Legality	1184
<i>Harun Išerić, Maja Sahadžić</i> Perils from Within and Without: The Constitutional Court of BiH Under Pressure	1187
<i>Christian Calliess</i> Reform the European Union for Enlargement!: Proposals to Prevent an 'Overstretch in Integration'	1190
<i>Sarah de Heer</i> A Scandal on AI in Administration, Again: Fortifying Fundamental Rights in the Age of AI	1195
<i>Janja Simentić Popović</i> The Dangers of Conflation	1198
<i>Emilio Peluso Neder Meyer, Thomas Bustamante</i> Bolsonaro Faces the Rule of Law	1201
<i>Pielpa Ollikainen</i> A Taxonomy of Standing: On René Repasi v the European Commission	1204

<i>Rivka Weill</i> The Folly of the Israeli Government in Restricting Reasonableness	1207
<i>Aeyal Gross</i> An Unreasonable Amendment: The Constitutional Capture in Israel	1209
<i>Rivka Weill</i> Did Israel Lose its Sanity?: The Struggle over the Reasonableness Doctrine	1213

<i>Roman Kollenberg</i> Warum Fehlinformation, Desinformation und Hassrede nicht gleich behandelt werden sollten: Zur Herausforderung differenzierter Begriffsverwendungen im geplanten UN-Verhaltenskodex für Informationsintegrität auf digitalen Plattformen	1216
<i>Dovilė Sagatienė</i> Challenging the ‘Post-Soviet’; Label and Colonial Mindsets: NATO Summit in Vilnius	1219
<i>Valentin Feneberg</i> Unsichere Vermutung: Die politische Verfolgung syrischer Militärdienstverweigerer	1222
<i>Maria O’Sullivan</i> Constraining Executive Discretion in the ‘Public Interest’: What Two Recent High Court Cases Show About Immigration Law and Judicial Review in Australia	1225
<i>Mark A. Graber</i> Harvard’s Diversity Chicken Comes Home to Roost	1229
<i>Joshua Malidzo Nyawa</i> From Symbolic Constitutionalism to Real Constitutionalism: Taming imperial presidency in Kenya’s CAS Judgment	1233
<i>Mark Buse</i> The Supreme Court v. the Administrative State: The Next Chapter in the Major Questions Saga	1236
<i>Leonid Sirota</i> A Constitution without Constitutionalism: Re-thinking the “digital constitutionalism” debate	1239
<i>Isabel Feichtner</i> Tiefseebodenbergbau und Planetares Denken	1242

Michael Brenner

Scharfes Schwert oder bloßes Gesetzeslametta?

Das Gebot der Verfassungstreue von Landräten auf dem Prüfstand

doi: 10.17176/20230728-132154-0



In einer demokratischen Wahl ist der AfD-Politiker und Landtagsabgeordnete Robert Sesselmann zum Landrat von Sonneberg gewählt worden. Während an der Rechtmäßigkeit des Wahlvorgangs keinerlei Zweifel bestehen, gibt das Ergebnis der Wahl doch Anlass, darüber nachzudenken, ob und wie Personen, die der freiheitlichen demokratischen Grundordnung feindselig gegenüberstehen, von der Teilnahme an einer Wahl ferngehalten werden können. Das Thüringer Kommunalwahlrecht sieht dafür in § 24 Abs. 3 ThürKWG eine Verfassungstreueprüfung vor, die der AfD-Kandidat Sesselmann jedoch vorläufig bestanden hat. Ist die Norm ernstgemeint oder bloßes Lippenbekenntnis? Der erste Praxistest zeigt: § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG ist zu dünn, um effektives Instrument der wehrhaften Demokratie zu sein.

Ein Szenario, das sich keiner wünscht ...

Man stelle sich vor, Sesselmann wäre in einer ordnungsgemäß durchgeführten demokratischen Wahl zum Landrat gewählt worden, doch nach seiner Wahl wäre das Landesverwaltungsamt zu der Erkenntnis gelangt, dass der Gewählte nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten und hätte ihn deswegen des Amtes enthoben. Der Aufschrei wäre zweifelsohne groß: Sesselmann würde als Märtyrer gefeiert werden, dem sein Wahlsieg „gestohlen“ worden wäre. Seine Partei gewönne weitere Sympathien, könnte in Zukunft vielleicht erhebliche Stimmengewinne für sich verbuchen. Bei einer Wiederholung der Wahl würde möglicherweise ein AfD-Kandidat bereits im ersten Wahlgang mit deutlicher Mehrheit gewählt werden – und müsste ggf. wieder aus dem Amt entfernt werden.

Umso mehr bietet dieses Szenario Anlass, darüber nachzudenken, ob nicht bereits im Vorfeld einer solchen Wahl Sorge dafür getragen werden kann, dass nicht auf dem Boden des Grundgesetzes stehende Personen erst gar nicht zur Wahl antreten dürfen. Maßstab einer solchen Prüfung ist das geltende Kommunalwahlrecht.

Die Verfassungstreue kommunaler Wahlbeamter

Und hier richtet sich der Blick zwangsläufig auf § 24 Abs. 3 S.1 ThürKWG, der aufgrund von § 28 Abs. 2 ThürKWG auch für Landräte gilt, die als Wahlbeamte eine Doppelstellung einnehmen, da sie sowohl Mandatsträger als auch Beamte sind. Nach Maßgabe dieser Bestimmung kann diejenige Person nicht gewählt werden, die nicht „die Gewähr dafür bietet, dass sie jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes und der Landesverfassung eintritt.“

Stellt man auf den Wortlaut der Norm ab, so lässt sich schon aus der in die Zukunft weisenden, vor allem aber auf den Wahlvorgang abstellenden Formulierung „... kann nicht gewählt werden ...“ schlussfolgern, dass eine Person, die nicht auf dem Boden des Grundgesetzes und der Landesverfassung steht, nicht gewählt werden kann, mithin erst gar nicht zur Wahl antreten darf. Das Gesetz stellt insoweit eine eigenständige Wählbarkeitsvoraussetzung auf, die der Wahlausschuss zu beachten hat. Interpretationshilfe mag auch § 26 Abs. 1 S. 2 BWahlG leisten, wonach der Kreiswahlausschuss Kreiswahlvorschläge zurückzuweisen hat (sic!), wenn sie 1. verspätet eingereicht sind oder 2. den Anforderungen nicht entsprechen, die durch das BWahlG und die BWO aufgestellt sind. Diese bundesrechtliche Formulierung im Blick, lässt sich auch § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG dahingehend interpretieren, dass ein Wahlbewerber, der nicht auf dem Boden des Grundgesetzes steht, eben gerade nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ihm mithin eine zentrale Wählbarkeitsvoraussetzung fehlt.

Da jedoch § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG im Rahmen der Zulassung von Robert Sesselmann zur Wahl offensichtlich keine weitere Bedeutung beigemessen wurde, lautet die zentrale Frage: Kommt § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG rechtsverbindlicher Charakter zu oder stellt die Norm lediglich ein leeres und der Umsetzung gar nicht zugängliches Lippenbekenntnis dar? Wollte der Gesetzgeber le-

diglich unverbindliche Gesetzeslyrik fabrizieren, getreu dem Motto: Ich zolle zwar der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes verbal Respekt, meine es mit dem Kampf gegen Verfassungsfeinde aber dann doch nicht so ernst? Mit einem bloßen Papiertiger, der aber keine Zähne hat, kommt man Verfassungsfeinden kaum bei. Ob § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG tatsächlich bloßes Gesetzeslametta darstellen soll und in diesem Sinn interpretiert werden kann? Ernstliche Zweifel hieran sind jedenfalls angebracht.

Die Überforderung des Wahlausschusses

Doch selbst wenn man die Norm ernst nimmt, so erscheint doch fraglich, ob das Verfahren zur Aufstellung der Wahlbewerber bei einer Landratswahl nach geltender Rechtslage in einer Art und Weise ausgestaltet ist, dass der Ausschluss eines potenziell verfassungswidrigen Bewerbers – ein überaus weitreichender Eingriff in eine demokratische Wahl – rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Und auch hier sind erhebliche Bedenken anzumelden.

In dem der Wahl vorgelagerten Verfahren prüft der Wahlleiter zunächst die eingereichten Wahlunterlagen, bevor anschließend der Wahlausschuss, der aus dem Wahlleiter als Vorsitzendem und vier von ihm berufenen Wahlberechtigten als Beisitzern (§ 4 Abs. 1 S. 4 ThürKWG) besteht, über die Zulassung des betreffenden Wahlvorschlages abstimmt und einen entsprechenden Beschluss erlässt. Mit Blick auf die eindeutige Formulierung des § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG wird man jedenfalls zunächst davon ausgehen müssen, dass das Kriterium der Verfassungstreue neben formalen Aspekten auch zum Prüfprogramm des Wahlausschusses zählt. Mit anderen Worten: Der Wahlausschuss ist gesetzlich verpflichtet, die Wählbarkeit der zur Wahlzulassung anstehenden Bewerber zu prüfen, auch mit Blick auf das Kriterium der Verfassungstreue.

Die Prüfungspflicht mit dem Argument beiseite schieben zu wollen, dass der Ausschuss personell nicht in der Lage sei, diese Aufgabe zu erfüllen, dürfte jedenfalls in den Fällen kaum überzeugen, in denen bereits hinreichende Indizien für eine Verfassungsfeindlichkeit des Wahlbewerbers erkennbar sind, etwa durch entsprechende Pressemeldungen. Fraglos wird man dem Wahlausschuss auf der Grundlage der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung nicht die Verpflichtung auferlegen können, jeden Bewerber und jede Bewerberin gewissermaßen auf Herz und Nieren zu überprüfen; dafür werden ihm

die persönlichen und sachlichen Ressourcen ebenso fehlen wie die notwendige Zeit. Doch für den Fall, dass bereits aussagekräftige Kriterien für eine mögliche Verfassungswidrigkeit erkennbar sind – wie etwa Presseberichte, Hinweise Dritter, Beschwerden oder ähnliches –, wird man durchaus verlangen können, dass der Wahlausschuss genauer hinschaut. Und da seit zwei Jahren bekannt ist, dass der Verfassungsschutz den AfD-Landesverband Thüringen als „erwiesen rechtsextremistisch“ einstuft, war mit Blick auf die Kandidatur von Herrn Sesselmann davon auszugehen, dass zumindest evidente Erkenntnisse vorlagen, die eine genaue Prüfung des Kandidaten erforderlich gemacht hätten – jedenfalls eine genauere als diejenige, die der Wahlausschuss innerhalb lediglich einer Woche vorgenommen hat.

Allein die Mitgliedschaft in dem vom Verfassungsschutz beobachteten Landesverband hätte indes auch bei dieser Prüfung nicht ausgereicht, Sesselmann die Zulassung zur Wahl zu verweigern (zu den beamtenrechtlichen Anforderungen an die Verfassungstreue ausführlicher [Nitschke](#)). Der Wahlausschuss wäre über diesen Anfangsbefund hinaus gehalten gewesen, im Rahmen seiner Möglichkeiten und innerhalb der ihm zustehenden Frist weitere Aspekte zu ermitteln und in seine Entscheidung einzubeziehen. Wäre er dann zu dem Schluss gekommen, dass Sesselmann nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, so hätte er die Zulassung zur Wahl versagen müssen. So der eindeutige Gesetzeswortlaut.

Doch wird man konzedieren müssen, dass der Wahlausschuss bei genauer Betrachtung mit dieser Prüfung wohl in vielfacher Hinsicht überfordert gewesen wäre. Weder hätte ihm hinreichender juristischer Sachverstand zur Verfügung gestanden noch hätte er angesichts begrenzter personeller, sachlicher und zeitlicher Ressourcen eine vertiefte Prüfung hinsichtlich einer möglichen Verfassungsfeindlichkeit Sesselmanns vornehmen können. Sein die Zulassung zur Wahl ausschließendes Votum stünde deshalb stets auf wackeligen Beinen, die eine hinreichende Sachverhaltsermittlung vermissen lassen. Dem Rechtsstaat wäre daher mit einer solchen Entscheidung sicherlich ein Bärendienst erwiesen worden.

Nur ergänzend sei angemerkt, dass Sesselmann, wäre ihm die Zulassung zur Wahl durch den Wahlausschuss verwehrt worden, ja keinesfalls rechtsschutzlos gestellt gewesen wäre. Ihn allerdings auf die Wahlanfechtung und Wahlprüfung nach §§ 31, 32 ThürKWG verweisen zu wol-

len, vermag nicht zu überzeugen. Davon abgesehen, dass § 31 ThürKWG auf zur Wahl zugelassene Bewerber und § 32 ThürKWG auf die Berichtigung des Wahlergebnisses abstellt – Konstellationen, die sich von der Nichtzulassung zur Wahl unterscheiden –, würde man einem Bewerber effektiven Rechtsschutz i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG und insbesondere die ggf. rechtlich gebotene Teilnahme an der Wahl vorenthalten, wollte man keinen gerichtlichen (Eil-)Rechtsschutz ermöglichen. Dann wäre es Aufgabe des

angerufenen Verwaltungsgerichts gewesen, neben der Mitgliedschaft in der AfD weitere, in der Person Sesselmanns liegende Aspekte zu ermitteln, die seine Verfassungswidrigkeit hätten begründen können – oder eben nicht. Ein Verfahren vor einem unabhängigen Gericht wäre über den Vorwurf der Parteilichkeit oder Parteinarbeit erhoben gewesen, auch wenn ein solches Vorgehen im Hinblick auf seine Dauer nicht unproblematisch wäre und den gesamten Wahlvorgang belasten würde.

Erkennbarer Reformbedarf mit Blick auf § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG

Festzuhalten gilt es daher, dass der in § 24 Abs. 3 ThürKWG enthaltene Satz 1, auch wenn sein Anliegen eindeutig ist, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten letztlich zu dünn ist, um einem Bewerber die Kandidatur an einer demokratischen Wahl vorzuenthalten – auch im Hinblick darauf, dass bei einer solchen Wahl im Regelfall die Wählerinnen und Wähler das letzte und entscheidende Wort haben sollen. Wollte man daher auf Grundlage der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung des § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG einen Bewerber von der Teilnahme an der Wahl ausschließen, so würde man sich unter verschiedenen Aspekten – Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzip, Normenklarheit – auf äußerst dünnem Eis bewegen. Dies aber bedeutet, dass der Gesetzgeber gefordert ist, das Verfahren zur Aufstellung von Wahlbewerbern schärfer zu konturieren.

Folgende Aspekte wären daher bei einer Neufassung der Norm zu bedenken:

- Die bisher dünnen, in § 4 Abs. 1 S. 4 ThürKWG enthaltenen Vorgaben für die Besetzung des Wahlausschusses müssten konkretisiert werden. Zu denken wäre etwa daran, die Anzahl der Juristen in dem Gremium zu erhöhen. Auch wäre vorstellbar,

dass ein Richter dem Gremium zwingend angehören müsste.

- Vorkehrungen müssten auch dagegen getroffen werden, dass der Wahlausschuss selbst mit Personen besetzt wird, die ihrerseits nicht auf dem Boden des Grundgesetzes stehen. Auch die Mitglieder des Wahlausschusses müssen mithin die Gewähr dafür bieten, dass sie auf dem Boden des Grundgesetzes stehen und jederzeit für dieses wie auch für die Thüringer Verfassung eintreten. Mit anderen Worten: Sie dürfen nicht Türöffner für verfassungsfeindliche Wahlbewerber sein.
- Den Mitgliedern des Wahlausschusses muss hinreichend Zeit eingeräumt werden, um ggf. Vorwürfen oder Indizien der Verfassungsfeindlichkeit ausführlich nachgehen zu können. Zu überlegen ist daher nicht nur, die Frist für die Zulassung zu verlängern, sondern auch, dem Wahlausschuss mehr Personal zur Verfügung zu stellen. Beispielsweise könnte man Mitarbeiter des Landesverwaltungsamtes für kurze Zeit abordnen.
- Zu erwägen wäre zudem, die Kriterien für die Nichtzulassung eines Kandidaten zur Wahl transparenter zu machen und gesetzlich festzulegen. Bei dieser Beurteilung werden sämtliche Aspekte heranzuziehen sein, die das Bundesverfassungsgericht als Kennzeichen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung identifiziert hat. Hierzu zählen – mindestens (so ausdrücklich BVerfGE 2, 1/12 f.) – die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition. Zu eng gefasst erschiene es jedenfalls, den Gewählten einem „Demokratietest“ zu unterwerfen, wie dies in zahlreichen Medien nach der Wahl Sesselmanns zu lesen war. Das Demokratieprinzip ist sicherlich ein wesentlicher Bestandteil unserer freiheitlichen Verfassungsordnung, nicht zuletzt deshalb, weil es durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG gegen jegliche Abschaffung gefeit ist. Doch ist der Überprüfung eines Gewählten die ganze Palette der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu-

grunde zu legen. Treffender, weil weitaus aushörender und der Sache deutlich besser gerecht werdend wäre es daher gewesen, wenn insoweit von einem „Verfassungstest“ gesprochen worden wäre.

- Zudem müsste eine Überarbeitung des Gesetzes klarstellen, dass die Mitgliedschaft in einer vom Verfassungsschutz als verfassungswidrig eingestuft Partei alleine für die Versagung der Wahlzulassung nicht ausreicht, sondern dass weitere, in der Person des Bewerbers liegende Aspekte bei der Entscheidung berücksichtigt werden müssen. Ausschließlich auf die Mitgliedschaft abzustellen, dürfte nicht zuletzt im Hinblick auf eine nachfolgende gerichtliche Klärung nicht ausreichend sein. Daher müssten weitere Aspekte hinzukommen, die den Schluss der Verfassungsfeindlichkeit untermauern würden, was im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu ermitteln wäre. Hat sich der Betreffende explizit verfassungsfeindlich geäußert? Hat er dies in der Öffentlichkeit getan, auf Parteiveranstaltungen, im privaten Umfeld? Hat er sich in schriftlicher Form verfassungsfeindlich geäußert? Wird gegen ihn, etwa wegen Volksverhetzung und wegen der Verherrlichung nationalsozialistischen Gedankenguts, strafrechtlich ermittelt? Es gilt, ein – möglichst ge-

richtsfestes – Gesamtbild der Person zu zeichnen, aus dem sich erschließt, ob der Vorwurf stichhaltig und die Entfernung aus dem Amt gerechtfertigt ist.

- Schließlich müsste klargestellt werden, dass ein nicht zur Wahl zugelassener Bewerber gegen eine ablehnende Entscheidung des Wahlausschusses Rechtsschutz – selbstverständlich auch einstweiligen Rechtsschutz – vor den Verwaltungsgerichten begehren kann.

Fazit

Abschließend ist festzuhalten, dass der Thüringer Gesetzgeber gut beraten wäre, im Hinblick auf zukünftige Wahlbewerbungen möglicherweise verfassungsfeindlicher Kandidaten das ThürKWG in einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Weise nachzuschärfen, § 24 Abs. 3 S. 1 ThürKWG aus der Sphäre bloßer Verfassungsliturgie herauszuholen und dafür Sorge zu tragen, dass nicht auf dem Boden des Grundgesetzes stehende Bewerber für das Amt des Landrats zukünftig erst gar nicht zur Wahl antreten können. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass dem Fall Sesselmann aller Wahrscheinlichkeit nach weitere, ähnlich gelagerte Konstellationen nachfolgen werden.

Sarah Schulz

Verfassungstreue in der thüringischen Kommunalpolitik

Zur Einordnung des Falles Sesselmann

doi: 10.17176/20230714-231136-0



Die Wahl des AfD-Kandidaten Robert Sesselmann zum Landrat in Sonneberg erregte viel Aufsehen. Der Erfolg des AfD-Kandidaten Hannes Loth bei der Bürgermeisterwahl in Raguhn-Jeßnitz schon weniger. Am meisten debattiert wurde jedoch die Überprüfung der Verfassungstreue von Sesselmann, mehr noch als die Konsequenzen seiner Wahl für den Landkreis. Nun wurde bekannt, dass Sesselmann den „Demokratie-Check“ bestanden hat. Das [Landesverwaltungsamt](#) als Rechtsaufsichtsbehörde kam zu dem Schluss, dass der Kandidat [nach beamtenrechtlichen Maßstäben](#) die Gewähr dafür bietet, sich jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung (fdGO) einzusetzen. Die beamtenrechtliche Verfassungstreue ist ein Mittel der wehrhaften Demokratie. Obwohl mit der nationalsozialistischen Machtübernahme und dem Weimarer Scheitern begründet, schaffen ihre Instrumente es nicht, rechte Bedrohungen frühzeitig wahrzunehmen und zu verhindern. Im Gegenteil, in der Tendenz sind sie demokratieverkürzend, und wenden auch schon in ihrer [rechtsgeschichtlichen Genese](#) den Blick nach links; die Rechten lassen sie gewähren. Der Fall Sesselmann verdeutlicht dies aufs Neue.

Verfassungstreue und fdGO

Der umständliche juristische Sprachgebrauch des Gewährbietens wird im [Beamtenrecht](#) mit Verfassungstreue oder politischer Treuepflicht umschrieben. Die Begriffe sind aber nicht deckungsgleich und nicht synonym zu verwenden. [Treue ist nicht Gehorsam](#), sondern beinhaltet ein Ermessen nach bestem Wissen und Gewissen sowie Können. Die politische Treuepflicht findet vor allem dann Anwendung, wenn es keine Verfassung gibt.

In Monarchien ist Herrschaft durch personale und traditionale Treuebeziehungen legitimiert. Hier ist ein persönliches Treueverhältnis der Mitglieder des staatlichen Apparates unabdingbar für dessen Stabilität. Mit der Entstehung und Entwicklung moderner Staatlichkeit und ih-

rem Verwaltungsapparat wird dieses Treueverhältnis abstrakter, aber nicht weniger relevant für stabile Verhältnisse. Mit Bezug zur Verfassung wird auf eine Wertordnung und damit eine rationale und nicht mehr auf eine charismatische oder traditionale Herrschaft abgestellt.

Mit Blick auf das Grundgesetz lässt sich behaupten, dass dies im Wesentlichen in das Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung (fdGO) übersetzt wurde. Die fdGO ist der zu schützende Kern der wehrhaften Demokratie. Oft hat der Verweis auf sie letztbegründlichen Charakter. Sie wird in vielen Rechtsbereichen als potenzielle Ausgrenzungsmöglichkeit angeführt; sie ist ein wert aufgeladener Rechtsbegriff, der repressiv eingesetzt werden kann. Als Formel mit Verweis auf demokratische Staatsorganisationsprinzipien ist sie aber rationaler und abstrakter formuliert als die traditionale Bindung an einen Monarchen.

Eine erste Legaldefinition der fdGO wurde in den Referentenentwürfen und Gesetzgebungsprozessen zum BVerfGG und 1. StÄG 1950/51 vorgelegt. Insbesondere im Strafrecht prägte der inzwischen erstarkte Ost-West-Konflikt die Zielrichtung der [fdGO-Definition](#). Der Blick in die jüngere nationalsozialistische Vergangenheit stellte sich zunehmend. Das BVerfG übernahm im [SRP-Verbot](#) schließlich im Wesentlichen die Definition aus der Strafrechtsnovellierung von 1951 (vgl. § 88 StGB i.d.F.v. 1951). Mit dem Fokus auf die Würde des Menschen, die sich durch Demokratie und Rechtsstaat verwirklichte, löste das BVerfG in seinem [Urteil zur NPD von 2017](#) die fdGO etwas aus ihrer vom Kalten Krieg geprägten antikommunistischen Entstehungsgeschichte und etatistischen Stoßrichtung. Obwohl sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Auslegung der fdGO weiterentwickelt und liberalisiert hat, wird oft noch die Definition des SRP-Verbots [zitiert](#) (vgl. bspw. Wagner, *öAT* 2021, 183f.). Im NPD-Urteil wird die fdGO im Kern durch einen Dreiklang aus Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat charakterisiert. Das BVerfG be-

zeichnet diese Grundsätze als „schlechthin unverzichtbar“ (Rdnr. 529) für einen freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat.

Was Preußenschlag und Radikalenerlass gemeinsam haben

Was zeigen historische Ereignisse über fdGO und Verfassungstreue? Sie offenbaren die Fragwürdigkeit von Treuebekennnissen, die Illiberalität von Personalprüfungen und dass Demokratie durch repressive Abwehr nur schwer zu schützen ist. Zwei Beispiele möchte ich anführen.

Interessant ist der sogenannte „Preußenschlag“ des Präsidialkabinetts von Franz von Papen. Nach dem „Altonaer Blutsonntag“ 1932 verhängte von Papen über Preußen den zivilen und militärischen Ausnahmezustand. Die eskalierte SA-Demonstration im Juli 1932 durch Hamburg Altona war der Vorwand für die Reichsregierung, die preußische Regierung aufzulösen. Weniger erforscht ist, wie sofort begonnen wurde, die Verwaltung insbesondere in den ostpreußischen Gebieten umzubauen. Preußen war das „letzte Bollwerk der Republik“ (Ingo Müller, Vortrag 17. Juli 2022), gerade weil in Preußen durchgängig die Weimarer Koalition regiert hatte und somit die Verwaltung Stück für Stück demokratisiert worden war. Der Preußenschlag war auch eine „Säuberung der preußischen Innenverwaltung von Republikanern“ (Ingo Müller, ebd.). Mit diesem Coup wies von Papen auch für den Nationalsozialismus den Weg zur Machtübernahme. Der nationalsozialistische Staatsstreich bediente sich des Wortlautes der Papeschen Notverordnungen und der Legalitätsbehauptung. Durch letztere konnte der – ohnehin in weiten Teilen (national-)konservativ oder monarchistisch eingestellte – **Beamtenapparat für die Nationalsozialisten als neue Machthaber gewonnen werden**. Die Loyalität oder, eben etwas strenger, die Treue der Mitglieder der Verwaltung zum bestehenden politischen System und seinen Regularien ist zentral für sein Fortbestehen. Mit dem neu besetzten preußischen Verwaltungsapparat war nicht mehr viel Gegenwehr zu erwarten.

Ein zweites Beispiel ist der Radikalenbeschluss des Jahres 1972. Dieser Beschluss der Ministerpräsidenten

der Bundesländer wird heute als historische Folie zur Bewertung der Verfassungstreueprüfung herangezogen. Auch als konservative Reaktion auf die 1968er-Bewegung wurde beschlossen, dass Personen, bei denen Zweifel an der Treue zur Verfassung, mithin für das Eintreten für die fdGO bestünden, nicht in den öffentlichen Dienst übernommen werden konnten. **In den Bundesländern entwickelten sich diesbezüglich unterschiedliche Praktiken.** Zumeist fand regelhaft eine Abfrage bei den Landesämtern für Verfassungsschutz statt. Wenn Zweifel auftraten, wurden die Bewerber:innen zu einem Gespräch vorgeladen, in dem sie die Zweifel auszuräumen hatten. Obwohl der Beschluss formal auf linke und rechte Gruppen zielte, waren insbesondere Mitglieder der DKP und der K-Gruppen von der Praxis betroffen. Verwaltungsleitlinien und Vorgaben für die Anhörungen in **Hamburg** beispielsweise zeigen, dass nur auf das linke Spektrum gezielt wurde und für Bewerber:innen von rechts nicht einmal passende Fragen für die Anhörungen vorbereitet waren. Unter dem Stichwort „Berufsverbote“ wurde diese Überprüfungspraxis, die mehrheitlich Berufsgruppen im Erziehungs- und Bildungsbereich betraf, selbst international kritisiert.

In der historischen Rückschau ist es insbesondere interessant, dass augenscheinlich das **frühere NS-Personal** keine Bedrohung für die sich etablierende Bundesrepublik darstellte, etwaige Kommunist:innen hingegen schon.¹ Dieser Umstand allein zeigt, dass die Kritik an der illiberalen Praxis der wehrhaften Demokratie, wie sie beispielsweise von **Helmut Ridder** oder **Ingeborg Maus** vorgebracht wurde, nicht von der Hand zu weisen ist. In der Tendenz sind Überprüfungsmaßnahmen und Treuepflichtvorgaben illiberal und repressiv, insbesondere wenn die Informationen nachrichtendienstlich erlangt werden.

Neuer Trend: Verfassungstreue als Schutz vor der AfD?

Was bedeutet diese Geschichte der Verfassungstreue nun für die thüringische Kommunalpolitik des Jahres 2023? Nun ja, auch heute ist die Verfassungstreue der Beamten:innen zentral für die Bundesrepublik. Mit Blick auf die rechte Landnahme der AfD ist Besorgnis angezeigt. Die Erfolge Robert Sesselmanns und Hannes Loths bei den Kommunalwahlen werden nicht die letzten der AfD

¹Obwohl sich der Rechtsterrorismus spätestens seit den 1970er Jahren verstärkt organisierte und Anschläge durchführte, lag der behördliche Fokus auf linken Gruppierungen. Viele rassistische Anschläge sind unbekannt und oft auch kaum ermittelt: Vgl. https://lisa.gerda-henkel-stiftung.de/rassismus_und_geschichtswissenschaft_manthe

gewesen sein. Die Umfragewerte für die kommenden Landtagswahlen zeigen, dass die AfD weiter zulegt. Das Ergebnis der Verfassungstreueprüfung von Robert Sesselmann zeigt vor allem, dass dem Vormarsch der AfD mit den juristischen Mitteln der wehrhaften Demokratie nur begrenzt beizukommen ist. Eine Mitgliedschaft in der AfD, selbst im thüringischen Landesverband, ist augenscheinlich noch kein hinreichendes Kriterium für den Ausschluss von einem Amt in der Kommunalpolitik. Die Abwägung zwischen Parteienprivileg und Treuepflicht wurde hier zugunsten der liberaleren Seite aufgelöst.

Das kann man auch gutheißen. Welche Folgen hätte ein anderes Ergebnis gehabt? Das Landesverwaltungsamt kann nicht nach politischen Konsequenzen entscheiden. Eine Aberkennung der persönlichen Eignung Sesselmanns für das Landratsamt hätte wahrscheinlich Entrüstung unter seinen Wähler:innen ausgelöst. Nur zu gut hätte dies in die Erzählung von der AfD als wahre Oppositionspartei, die von den „Altparteien“ ausgegrenzt wird, gepasst. Medial dagegen die sachliche Deutungshoheit zu gewinnen, scheint ein Kampf gegen Windmühlen.

Nun ist Sesselmann Landrat in Sonneberg. Wie es im Landkreis weitergeht, bleibt zu beobachten. Wie sich das rechte Hegemoniestreben in Thüringen weiterent-

wickelt, zeigte sich jüngst im Gesetzgebungsprozess zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren. Mit Blick auf die Definition von „Verfassungsfeinden“ im öffentlichen Dienst sagte ein AfD-Abgeordneter in der [Sitzung des Innenausschusses des Bundestages am 12. Juni 2023](#): „Vielleicht ist Björn Höcke nächstes Jahr schon Innenminister in Thüringen und damit Dienstherr des Verfassungsschutzes. Dann schauen wir mal...“ Diese Andeutung ist eine Warnung, man könnte sie auch Drohung nennen. Sie verweist auf die historisch oben beschriebene Problematik von Verfassungstreuregelungen bzw. der wehrhaften Demokratie: Sie lassen sich nach politischen Vorzeichen umdefinieren.

Der rechten Hegemonie in manchen ländlichen Räumen wird nicht mit einer Verfassungstreueprüfung von Kommunalpolitiker:innen beizukommen sein. Das ist eine politische Auseinandersetzung, die nicht auf der juristischen Ebene entschieden wird. Eine mühselige, aber nachhaltige Strategie wäre der Ausbau sozialer und kultureller Infrastruktur, die Förderung von Mobilität und Gesundheitswesen sowie eine finanzielle Stärkung der Kommunen auch mit Blick auf die Herausforderungen des Klimawandels. Auf juristische Abwehr ist nur bedingt Verlass – das zeigt die Vergangenheit.

Sabine Kropp

Entsicherte Verfassung?

Was eine Veränderung der Ministerpräsidentenwahl in Thüringen bewirken könnte

doi: 10.17176/20230713-230945-0



Im Bundesland Thüringen treten die Folgen der wachsenden Polarisierung und Fragmentierung des Parteiensystems spätestens seit den Wahlen zum achten Landtag am 27. Oktober 2019 besonders plastisch zutage. Vor diesem Hintergrund verdient ein verfassungsverändernder Gesetzesvorschlag der CDU-Fraktion im Thüringer Landtag, der die Wahl des Ministerpräsidenten im dritten Wahlgang regelt ([Drs. 7/1628](#)), besondere Aufmerksamkeit. Obschon er nur kleinere Stellschrauben bewegt, könnte er schützende Elemente der parlamentarischen Demokratie entsichern.

Am 20. Februar 2020 kam es bei der Wahl zum Ministerpräsidenten zu einem Eklat. Angesichts der schwierigen Mehrheitsverhältnisse wollte sich der Spitzenkandidat der Linken, Bodo Ramelow, von seiner Partei, der SPD und den Grünen im dritten Wahlgang zum Ministerpräsidenten einer Minderheitsregierung wählen lassen.¹ Durch ein wahltaktisches Manöver wurde schließlich Thomas Kemmerich (FDP), dessen Partei mit 5,0 % die schwächste parlamentarische Kraft im Landtag abgab, mit den Stimmen aus FDP, AfD und CDU ins Amt gewählt. Seine Regierungszeit währte ganze 28 Tage. Die am 4. März 2021 schließlich gebildete Minderheitsregierung von Bodo Ramelow ist seither in der Gesetzgebung auf die parlamentarische Kooperation mit der CDU angewiesen. Die Zusammenarbeit im Landtag blieb schwierig und von Konflikten gezeichnet; mehrfach kam es zur punktuellen Zusammenarbeit der Parteien in der Opposition unter Einschluss der rechtsextremen AfD. Angesichts der jüngeren Entwicklungen, die in Sonneberg am 25. Juni 2023 in der Stichwahl einen der AfD angehörigen Landrat ins Amt brachten, sowie der letzten [Umfrageergebnisse vom Juli 2023](#), welche die AfD als die weitaus stärkste politische Kraft in Thüringen ausweisen, stellt sich die Frage

umso drängender: Wie kann der Modus der Ministerpräsidentenwahl ausgestaltet werden, damit der Landtag eine handlungsfähige parlamentarische Regierung hervorbringt? Schließlich: Wie effektiv sind in dieser Hinsicht die bestehenden Sicherungen des demokratischen Verfassungsstaats?

Der Gesetzentwurf zur Neuordnung der Ministerpräsidentenwahl

Besonders aufschlussreich ist in dieser Hinsicht ein verfassungsändernder Gesetzentwurf, den die CDU-Fraktion am 23. September 2020 in den Thüringer Landtag einbrachte und der sich derzeit noch in der Beratung befindet.² Die Initiatoren des Gesetzentwurfs ([Drs. 7/1628](#)) nahmen die Regierungskrise von 2019 zum Anlass, um Änderungen an Art. 70 Abs. 3 der Verfassung Thüringens, welcher die Wahl des Ministerpräsidenten regelt, vorzuschlagen. Der Entwurf sieht Folgendes vor: Vor dem zweiten Wahlgang solle eine „Denkpause“ von maximal vierzehn Tagen als mögliches zeitliches Fenster eingebaut werden, um die Fraktionen bei schwierigen Mehrheitsverhältnissen im Landtag zu einer eingehenden Beratung zu bewegen. Daneben präzisiert der Entwurf die Anforderungen an den dritten Wahlgang, der es ermöglicht, dass ein Ministerpräsident ohne parlamentarische Mehrheit ins Amt kommen und eine Minderheitsregierung gebildet werden kann. Bisher sieht die Verfassung vor, dass der Bewerber gewählt ist, der im dritten Wahlgang „die meisten“ Stimmen auf sich vereinigt. Art. 70 Abs. 3, Satz 6 soll dem [Entwurf](#) zufolge nun so ausgestaltet werden, dass, sofern nur ein einzelner Bewerber zur Wahl steht, er oder sie mehr Jastimmen als Neinstimmen auf sich verein muss.

¹Art. 70, Abs. 3 Satz 3 der Thüringer Verfassung ermöglicht dies gemäß seiner geltenden Fassung („...ist gewählt, wer die meisten Stimmen erhält“).

²Zum Stand der Dinge siehe Thüringer Landtag –Parlamentarischer Ablauf (thueringer-landtag.de). Für eine ausführlichere Analyse des Gesetzes, die diesem Blog zugrunde liegt, vgl. Sabine Kropp, Reformen nach dem Mikado-Prinzip? Das verfassungsändernde Gesetz zur Änderung der Ministerpräsidentenwahl im Freistaat Thüringen (2020). *Zeitschrift für Gesetzgebung* 38 (2), 159-174.

Mit letzterem Vorschlag, der auf den ersten Blick nach einer überschaubaren Anpassung aussieht, können schwerwiegende Folgen verbunden sein. Die Parteienlandschaft in Thüringen ist „segmentiert“, was bedeutet, dass keine allgemeine Koalitions- und Bündnisfähigkeit zwischen den Parteien besteht. Die Zahl der möglichen Regierungskoalitionen ist begrenzt. Bislang schlossen alle Parteien eine Koalition mit der AfD aus. Koalitionen zwischen CDU und der Linken sind aufgrund der Unvereinbarkeitsbeschlüsse der CDU ebenfalls nicht möglich. Angesichts der Stärke der AfD gäbe es also derzeit keine realistische Option für eine Mehrheitsregierung. Gleichwohl erlaubte das verfassungsändernde Gesetz der CDU, das Zustandekommen einer Minderheitsregierung zu verhindern. Es ließe zu, dass sich eine negative (relative) Mehrheit gegen den Kandidaten einer Minderheitsregierung formiert, ohne dass diese einen eigenen Kandidaten mithilfe einer formalen Koalition zu wählen gewillt ist. Tritt ein solcher Fall ein, wäre die Regierungsbildung im dritten Wahlgang gescheitert.

Welchen Ausweg böte die Thüringer Verfassung in einem solchen Fall? Theoretisch könnten die Abgeordneten das Selbstaufhebungsrecht des Landtags nach Art. 50 Abs. 2 der Verfassung bemühen, um in anschließenden Neuwahlen die Mehrheitsverhältnisse vom Wahlvolk erneut klären zu lassen. Allerdings kann man nicht unbezweifelnd davon ausgehen, dass ein neuer Urnengang wirklich zu stabileren Verhältnissen führt. Die Wählerschaft könnte die bestehenden Verhältnisse bestätigen, oder das Votum könnte dem Land sogar noch schwierigere parlamentarische Verhältnisse beschicken. Zudem stellt die für die Selbstaufhebung erforderliche Zweidrittelmehrheit eine hohe Hürde dar. Die Abgeordneten gingen das Risiko ein, ihr Mandat zu verlieren. Sie müssten ihre eigenen Karriereinteressen dem Gut einer – auch nur vermutlich – stabileren Regierung nachordnen. Der 2021 schon einmal gescheiterte Versuch des Thüringer Landtags, eine Selbstaufhebung herbeizuführen, verdeutlicht, dass man eine solche Bereitschaft nicht ohne Weiteres voraussetzen kann.

Folglich ließe die im Gesetzentwurf vorgeschlagene Regelung – in Kombination mit dem nur schwierig zu aktivierenden Selbstaufhebungsrecht – eine höchst problematische Blockadesituation zu, ist doch die Dauer der Regierungsbildung in der Thüringer Landesverfassung, im Unterschied z.B. zu Sachsen (vier Monate, Art. 60 Abs. 3 Verfassung Sachsen), zeitlich nicht begrenzt. Anders als

im Grundgesetz ist in den Verfassungen der Länder auch kein Staatsoberhaupt (Bundespräsident) vorgesehen, das bei unklaren Mehrheitsverhältnissen abwägen könnte, ob es nach dem dritten Wahlgang einen Minderheitskanzler ernennt oder den Bundestag auflöst (GG Art. 63 Abs. 4, Satz 1). Schließt eine langwierige Regierungsbildung an eine gescheiterte Wahl des Ministerpräsidenten an, müsste in Thüringen die in der vorangegangenen Wahlperiode gewählte geschäftsführende Regierung (Art. 75 Abs. 3, Thüringer Verfassung), die dann allerdings über keine parlamentarische Mehrheit verfügte, weiter amtieren. Im ungünstigen Fall eines sich weiter selbst blockierenden Parlaments könnte dieser Zustand theoretisch sogar bis zum Ende der (neuen) Wahlperiode andauern.

Würde ein solches Szenario Realität, wären die demokratiepolitischen Implikationen gravierend. Denn eine geschäftsführende Regierung hält sich mit Entscheidungen zurück, um die nachfolgende Regierung nicht über Gebühr zu binden. Dem „Versteinerungsprinzip“ zufolge werden ausscheidende Kabinettsmitglieder in einer geschäftsführenden Regierung nicht ersetzt, was deren Übergangscharakter verdeutlicht. Die Gestaltungs- und Leistungsfähigkeit einer geschäftsführenden Regierung bleibt beschränkt. Dem Prinzip der „Diskontinuität“ zufolge sind laufende Gesetzgebungsprozesse ab der Wahl des neuen Parlaments unterbrochen; in der vergangenen Legislaturperiode nicht beschlossene Gesetze müssten also erneut in den blockierten Landtag eingebracht werden.

Nicht weniger problematisch ist, dass der das parlamentarische Regierungssystem prägende Funktions- und Vertrauenszusammenhang zwischen Parlament und Regierung außer Kraft gesetzt würde, bliebe eine geschäftsführende Regierung über eine längere zeitliche Strecke im Amt. Diese Regierung wäre noch durch den alten, nun jedoch abgewählten Landtag legitimiert. Sie geht somit gerade nicht aus dem Wählerwillen hervor, der zu einer veränderten Zusammensetzung des neuen Landtags geführt hat. Die Wählersouveränität wäre beschädigt. Mit anderen Worten: Eine geschäftsführende Regierung ist eine Übergangslösung, aber keine echte parlamentarische Regierung. Der Ministerpräsident einer geschäftsführenden Regierung kann im Landtag keine Vertrauensfrage stellen, und das Parlament kann das scharfe Schwert des konstruktiven Misstrauensvotums nicht gegenüber der Regierung ziehen. Auch in dieser Hinsicht liegt der Schluss nahe, dass eine Auflösung des Landtags geboten

wäre, sollten im dritten Wahlgang, wie im Gesetzentwurf vorgesehen, mehr Neinstimmen als Jastimmen für einen einzelnen Bewerber abgegeben werden. Dies könnte zumindest den Druck auf die Fraktionen erhöhen, eine Lösung auf der Grundlage des gegebenen Wahlergebnisses zu suchen.

Die vorgeschlagene Regelung lädt gerade in einem so stark polarisierten Parlament wie dem Thüringer Landtag zu destruktiven parlamentarischen Strategien ein. Was dies hypothetisch zur Folge haben könnte, lässt sich anhand der jüngsten Umfrageergebnisse verdeutlichen.

Was wäre, wenn?

Legt man die [Umfragewerte vom Juli 2023](#) zugrunde, ergäbe sich für die Verteilung der Mandate im Thüringer Landtag folgendes Bild: Die AfD käme auf 33 von 88 Sitzen, auf die Linke und die CDU entfielen jeweils 20 Mandate. Die SPD erhielte 10, die Grünen 5, die FDP wäre nicht mehr im Parlament vertreten. Es könnte keine Mehrheitsregierung ohne die Linke oder die AfD gebildet werden; die CDU schließt allerdings Bündnisse mit beiden Parteien aus. Das rot-rot-grüne Bündnis, so es denn weiter amtierte, ginge geschwächt aus den Wahlen hervor und bliebe, sofern sich keine andere Regierungskonstellation abzeichnet, gleichwohl weiterhin auf die Tolerierung der CDU im Parlament angewiesen. Umgekehrt bedürfte die CDU auch in einer Minderheitskoalition mit der SPD und den Grünen der parlamentarischen Tolerierung durch die Fraktion der Linkspartei, um Gesetze verabschieden zu können. Jedwede Minderheitsregierung stünde also schwierigen parlamentarischen Verhältnissen gegenüber. Wie konfliktuell diese sind, belegen derzeit die zähen Verhandlungen zwischen Rot-Rot-Grün und CDU um den Landeshaushalt für 2024. Die AfD profitiert nicht nur von der eingeschränkten Handlungsfähigkeit der Minderheitsregierung, sondern auch von den Schwierigkeiten der CDU, deren Rolle in Landtag zwischen gestalterischer Mitverantwortung und Opposition oszilliert. Die Thüringer Verhältnisse verstärken den Vertrauensverlust in die demokratischen Institutionen und die Unzufriedenheit mit den etablierten Parteien, was letztlich auf das Konto der AfD einzahlt.

Die CDU-Landtagsfraktion hat offiziell stets eine Zu-

sammenarbeit mit der AfD ausgeschlossen. Gleichwohl kam es in der Vergangenheit im Thüringer Landtag immer wieder zu einer punktuellen Zusammenarbeit mit der AfD. Würde das in Rede stehende verfassungsändernde Gesetz Realität, könnten CDU und AfD mit ihrer rechnerischen Mehrheit im Landtag – rein theoretisch – einer rot-rot-grünen Minderheitskoalition mehr Neinstimmen als Jastimmen bescheren. Dieser Fall könnte z.B. eintreten, wenn die CDU-Fraktion nicht zu einer einheitlichen Position findet. Doch auch ein CDU-Einzelbewerber wäre im dritten Wahlgang nicht vor einer Niederlage gefeit, käme es – und sei es nur zufällig – zu einer negativen (relativen) Mehrheit anderer Parteien im Landtag. Zu bedenken ist, dass die Stimmabgabe bei der Wahl des Ministerpräsidenten geheim erfolgt (Art. 70, Abs. 3 Thüringer Landesverfassung), was das freie Mandat der Abgeordneten und ihre Unabhängigkeit gegenüber der Fraktionsführung stärkt. Umgekehrt kann gerade *wegen* der geheimen Stimmabgabe ein von der Fraktionslinie abweichendes Stimmverhalten nicht den einzelnen Abgeordneten zugerechnet werden, was gerade in Thüringen immer wieder zu Überraschungen bei der Wahl von Ministerpräsidenten geführt hat, die trotz parlamentarischer Mehrheit nicht im ersten Wahlgang gewählt wurden.³ Diese hypothetischen Überlegungen mögen als Unkenrufe gelten. Sie müssen auch nicht Wirklichkeit werden, sie sind jedoch auch nicht allzu weit von dieser entfernt.

Die Büchse der Pandora geschlossen halten

Demokratische Verfassungen sollten zentrale Prinzipien und Normen unabhängig von bestehenden politischen Konstellationen wirksam schützen können. Zu diesen Prinzipien zählen die Wählersouveränität und die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament. Der hier besprochene Gesetzentwurf würde diese schützenden Regeln jedoch entsichern. Er könnte die Regierbarkeit des Landes potenziell weiter verkomplizieren. Denn der Gesetzentwurf zur Ministerpräsidentenwahl schließt destruktive – und sei es auch nur zufällig zustande gekommene – Stimmgemeinschaften und längere Phasen eingeschränkter Regierungsfähigkeit nicht aus.

Für unsere Argumentation ist es letztlich unerheb-

³Bereits 2009 fehlte Christine Lieberknecht (CDU), im ersten und zweiten Wahlgang mit 44 von 88 Stimmen jeweils eine Stimme für die absolute Mehrheit, obwohl die spätere Koalition aus CDU und SPD gemeinsam über 48 Mandate verfügte. Auch 2014 wurde Bodo Ramelow nicht im ersten, sondern erst im zweiten Wahlgang mit 46 von 91 Stimmen (als einziger zur Wahl stehender Kandidat) zum Ministerpräsidenten gewählt.

lich, ob die oben skizzierten Szenarien tatsächlich die wahrscheinlichste Option darstellen. Es mag auch nicht die Standardsituation sein, dass im dritten Wahlgang ein Einzelbewerber antritt. Eine Verfassung setzt aber Verhaltensanreize: Angesichts des fluiden Parteiensystems kann niemand zuverlässig vorhersagen, ob einzelne politische Kräfte diese Anreize nicht zu einem späteren Zeitpunkt zum Schaden der parlamentarischen Demokratie ausnutzen. Gerade die Ministerpräsidentenwahl von 2019 ist ein Lehrstück, dass es im Interesse politischer Akteure liegen kann, die Institutionen der parlamenta-

rischen Demokratie in einem formal korrekten Verfahren zu beschädigen. Sicherlich: Auch gut verfasste Institutionen sind nur dann dauerhaft stabil, wenn sie von einem konstruktiven Verhalten der politischen Akteure unter setzt sind. Man muss die Büchse der Pandora jedoch nicht ohne Not öffnen.

Die Autorin wurde vom Verfassungsausschuss des Thüringer Landtages um eine gutachterliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf gebeten, die Sie unentgeltlich gegeben hat.

Isabelle M. Kutting

Kommunale Wahlprüfung als Trumpf der Demokratie?

Zur Frage des richtigen Zeitpunkts der Überprüfung der Verfassungstreue kommunaler Wahlbeamter

doi: 10.17176/20230712-231152-0



Im Rahmen der Wahlprüfung für kommunale Wahlbeamte steht der demokratische Rechtsstaat in Thüringen zwischen Skylla und Charybdis. Da die kommunalwahlrechtlichen Anforderungen nicht erst für die gewählte Kandidatin gelten, sondern auch schon für die Zulassung der Wahlvorschläge, besteht bereits in diesem Stadium des Wahlverfahrens die Gefahr einer Fehlentscheidung. So könnte etwa ein Bewerber fälschlicherweise schon gar nicht zur Wahl zugelassen werden. Ein nachträglicher Eingriff wiederum führt unter Umständen zur Aufhebung des bereits geäußerten Wählerwillens.

Eine eindrucksvolle Illustration dieses Dilemmas liefert aktuell die Überprüfung einer Landratswahl in Südtüringen. Nachdem der AfD-Politiker und Landtagsabgeordnete Robert Sesselmann in der [Stichwahl vom 25.06.2023 zum Landrat des thüringischen Landkreises Sonneberg gewählt](#) wurde, kündigte das Landesverwaltungsamt Thüringen an, dessen Eignung unter anderem wegen seiner Mitgliedschaft in dem [vom Verfassungsschutz als „erwiesen rechtsextremistisch“ eingestuften](#) AfD-Landesverband zu überprüfen. Nur eine Woche nach Amtsantritt verkündet das Landesverwaltungsamt am 10.07.2023, es sehe [„derzeit keine konkreten Umstände \[...\], die von hinreichendem Gewicht und objektiv geeignet sind, eine ernsthafte Besorgnis an dessen künftiger Erfüllung der Verfassungstreuepflicht auszulösen“](#). Schon die Ankündigung rief lautstarke Kritik hervor: Dass im Anschluss an die Wahl die Wählbarkeit eines Kandidaten geprüft werden soll, wurde als [„Demokratie-Check“](#) bezeichnet – ein ambivalenter Begriff, der einerseits zutreffend beschreibt, dass eine Wahlbewerberin auf ihre demokratischen Grundwerte (Verfassungstreue) gecheckt wird, andererseits aber unaufhaltsam Wasser auf die Mühlen der AfD gießt. Denn die Überprüfung kann unter Umständen den bereits abgeschlossenen Wahlpro-

zess korrigieren.

Eine genauere Betrachtung der kommunalwahlrechtlichen Rahmenbedingungen offenbart, dass es sich bei der Wahlprüfung gerade um ein Instrument zur Wahrung und nicht zur Beschädigung von Demokratie handelt. Der Blick auf die verfahrensrechtliche Ausgestaltung relativiert einen Großteil der an den Behörden geübten Kritik und zeigt, dass die gesetzgeberische Entscheidung in Thüringen die Chronologie des nun beschrittenen Weges vorzeichnet.

Die Prüfung durch den Wahlleiter und den Wahlausschuss

Die Rechtsgrundlage des durchgeführten Wahlprüfungsverfahrens bildet § 32 II ThürKWG. Hiernach kann die Rechtsaufsichtsbehörde von Amts wegen prüfen, ob die Wahlvorschriften bei Vorbereitung und Durchführung der Wahlen eingehalten worden sind und damit ihrer Aufgabe nachkommen, die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zu überwachen. Liegt der Fehler des Wahlverfahrens in der fehlenden Wählbarkeit einer Kandidatin, so ist die Wahl nach § 32 II 4 i.V.m. § 31 II 4 ThürKWG für ungültig zu erklären und bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine Nachwahl durchzuführen, § 33 IV 1 ThürKWG. Andernfalls bleibt der gewählte Kandidat im Amt.

Nachdem die Wahlvorschläge eingegangen sind, vollzieht zunächst die Wahlleiterin eine Vorprüfung nach Aktenlage anhand der eingereichten Wahlunterlagen, die sich in erster Linie auf „Mängel“ formeller Art, wie insbesondere einen Verstoß gegen § 18 ThürKWG, bezieht. Dabei enthält das Gesetz im Übrigen keine klaren Regelungen, welche Anforderungen an die Person des Wahlleiters zu stellen sind.¹ Ausgehend von dieser Vorprüfung stimmt der Wahlausschuss – bestehend aus dem Wahlleiter als Vorsitzenden und vier von ihm berufenen Wahlbe-

¹Schneider in: Thüringer Kommunalwahlgesetz (ThürKWG) 2019, § 4, S. 17.

rechtigten als Beisitzer (§ 4 I 4 ThürKWG) – über die Zulassung des jeweiligen Wahlvorschlags ab und erlässt einen entsprechenden Beschluss. Dieses Verfahren nach § 17 ThürKWG soll die Beachtung der Wahlvorschriften gewährleisten, zu denen nach der Legaldefinition des § 31 I ThürKWG das ThürKWG selbst sowie die ThürKO zählen.

Neben diversen formalen Anforderungen findet sich im ThürKWG dabei die nach § 28 II ThürKWG grundsätzlich auch für Landräte – die als Wahlbeamte eine Art Zwitterstellung zwischen Mandatsträger und Beamten einnehmen, vgl. § 2 I ThürKWBG und § 106 I ThürKO – geltende Bestimmung des § 24 III ThürKWG. Demzufolge kann diejenige Person nicht gewählt werden, die nicht „die Gewähr dafür bietet, dass sie jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes und der Landesverfassung eintritt“. Eine Mitgliedschaft in einer bisher nicht für verfassungswidrig erklärten Partei ist nicht ausreichend, um dieses Kriterium abzulehnen, vielmehr wird eine **umfassende Einzelfallprüfung der jeweiligen Person** vorausgesetzt.

Wenn auch dieses Erfordernis grundsätzlich zum Prüfungsmaßstab zählt, so ergibt sich bei realistischer Betrachtung, dass der Wahlausschuss eine umfassende Prüfung dieser Voraussetzung mangels personeller und zeitlicher Ressourcen nicht leisten kann. Nachdem die Überprüfung im Fall Sesselmann überraschenderweise lediglich ungefähr eine Woche gedauert hat, könnte man auf die Idee kommen, dass es nicht allzu viel Aufwand bedürfte, um thüringische Wahlausschüsse in die Lage zu versetzen, die Prüfung selbst vorzunehmen. Mit diesem Schluss würde man jedoch eine Pauschalisierung vornehmen, die der Vielzahl möglicher Einzelfallgestaltungen vermutlich nicht gerecht würde. In rechtlicher Hinsicht ziehen außerdem die Grundrechte des aktiven und passiven Wahlrechts den Befugnissen des Wahlausschusses Grenzen.² Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, dass die Überprüfung der Anforderungen des § 24 III ThürKWG gänzlich entfällt. Vielmehr bleibt die Pflicht des Wahlausschusses bestehen, in seinem Beschluss eine eindeutige Sachlage, aufgrund derer es an der Wählbarkeit einer Bewerberin evident fehlt, zu berücksichtigen. Damit ist der Prüfungsmaßstab bei der Zulassungsentscheidung betreffend die kommunalen Wahlvorschläge skizziert. In einem vergleichbaren Kontext

²Vgl. hierzu auch BayVerfGH NVwZ-RR 1993, 569, 571; VGH München Beschl. v. 3.8.2009 –4 ZB 08.3169, BeckRS 2009, 43492, Rn. 7.

³BayVerfGH NVwZ-RR 1993, 569, 573.

stellt der Bayerische Verfassungsgerichtshof fest: „Fehlerhafte Entscheidungen des Wahlausschusses hat der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen und der anschließenden Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde im Wahlprüfungsverfahren unterworfen.“³

Rechtsaufsicht als Risiko-Kompensation

Wie aktuell in Thüringen zu beobachten, wird die Rolle der Rechtsaufsichtsbehörde in diesem Verfahren als ein nachträglich agierendes Kontrollorgan verstanden. Dementsprechend wurde das Landesverwaltungsamt als Rechtsaufsichtsbehörde gem. § 118 II ThürKO erst nach Abschluss der Wahl tätig.

Man könnte vermuten, dass die Wählbarkeit deshalb erst nachträglich umfassend überprüft wurde, weil die Wahlprüfung nach § 32 II ThürKWG den Status der gewählten Kandidatin als Wahlbeamtin voraussetzt, den erst die Annahme der Wahl herstellt. Dies regelt § 2 I ThürKWBG, demzufolge außerdem eine Ernennung entfällt. Allerdings stellt sich die Pflicht der Gewähr des Eintretens für die freiheitlich demokratische Grundordnung (fdG) in § 24 III ThürKWG als ein gesondertes Kriterium neben dem der beamtenrechtlichen Eignung dar, das zusätzlich bereits Wählbarkeitsvoraussetzung ist. Für den Zeitpunkt der Wahl hat die Rechtsaufsichtsbehörde nun eine Entscheidung getroffen. Eventuelle zukünftige Verstöße unterliegen damit der regulären beamtenrechtlichen Ahndung.

Für die nachträgliche Rolle der Rechtsaufsichtsbehörde spricht indes, dass es sich bei Wahlleiter und Wahlausschuss um zur Neutralität verpflichtete Wahlorgane handelt, die im Lichte des kommunalen Selbstverwaltungsgrundsatzes (Art. 28 II GG) möglichst eigenverantwortlich handeln sollen. Aus Gründen der Akzessorietät gilt zwar für die Rechtsaufsicht der gleiche Prüfungsmaßstab wie für den Wahlausschuss. Allerdings wird angenommen, dass im Rahmen der Entscheidung des Wahlausschusses grundsätzlich kein Raum für rechtsverbindliche rechtsaufsichtsbehördliche Maßnahmen besteht. Damit geht zwangsläufig eine Einschränkung der üblicherweise bestehenden Reichweite der Legalitätskontrolle durch die Rechtsaufsicht einher, welche mit der Sonderstellung begründet wird, die dem Wahlorgan in dieser Selbst-

verwaltungsangelegenheit im zusätzlich besonders geschützten Bereich demokratischer Wahlen zukommt.

Die auf den ersten Blick demokratiefreundlichere frühe Nichtzulassung eines i.S.v. § 24 III ThürKWG nicht wählbaren Bewerbers durch den Wahlausschuss birgt dabei zudem das schwerwiegende Risiko, eine gerichtlich – auch im Eilrechtsschutz – nicht korrigierbare Fehlentscheidung zu treffen.⁴ Gemäß der Regelung des § 17 V ThürKWG sind Beschlüsse des Wahlausschusses, in denen Einwendungen nicht abgeholfen wird, nur im Wege der Wahlanfechtung und Wahlprüfung (§§ 31 und 31 ThürKWG) nachprüfbar. Das beschränkt das Verfahren zunächst auf das wahlrechtliche Instrumentarium und sperrt den Rechtsweg für die von dem Beschluss Betroffenen bis zu einer Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde. An der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG bestehen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Zweifel.⁵

Die umfassende nachträgliche Überprüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörde betrifft allein diejenige Kandidatin, die die Wahl gewonnen hat. Demgegenüber birgt eine Vorfeldkontrolle mit möglicher Nichtzulassung zur Wahl die Gefahr einer Annullierung derselben im Rechtsschutzwege, ohne, dass es auf den Wahlerfolg ankäme. Entsprechend ausgeweitet wäre der von der Entscheidung beschwerte Personenkreis, der die Wahl nachträglich angreifen könnte.

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit und im Interesse eines ökonomischen Verfahrens kann die Angreifbarkeit der Wahl allein durch die gewählte Kandidatin daher als zusätzlicher Vorteil begriffen werden.

Vorgeschaltete Beratungspflicht als Chance?

Es zeigt sich also, dass thüringische Wahlausschüsse die vollständige Eignungsprüfung nicht leisten können – und sollen. Anderenfalls müsste man die Wahlausschüsse für die Entscheidung über das Erfordernis des § 24 III ThürKWG qualitativ entsprechend ausstatten und sinnvollerweise auch eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit einrichten, um die Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen Korrektur des Wählerwillens zu minimieren. Dies wäre im Hinblick auf die Intention der Gewährleistung

eigenverantwortlich agierender Wahlorgane auf kommunaler Ebene wohl nur konsequent. Trotzdem stünde dem entgegen, dass der Wahlvorbereitungsprozess zeitlich begrenzt ist.

Wenn daher also keine echte Alternative zu der Inkaufnahme der Fehleranfälligkeit des Zulassungsverfahrens inklusive erst nachträglicher rechtsverbindlicher Korrekturmöglichkeit besteht, stellt sich die Frage, ob der damit einhergehende Effekt sog. Demokratieverdrossenheit möglicherweise dennoch hätte gemindert werden können.

Ins Blickfeld tritt vor diesem Hintergrund der bisher kaum beachtete Absatz 1 der Wahlprüfungsvorschrift des § 32 ThürKWG. Dieser betrifft den Zeitpunkt vor der Wahl und bestimmt, dass die Rechtsaufsichtsbehörde „bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahlen auf die Einhaltung der Wahlvorschriften hinzuwirken“ hat.

Als besondere Ausprägung des Unterstützungsprinzips, den § 116 ThürKO für die Aufsichtsbehörden zugunsten der beaufsichtigten Stellen in Form einer Soll-Vorschrift normiert, statuiert § 32 I ThürKWG explizit die Pflicht, auf die Einhaltung der Wahlvorschriften hinzuwirken, worunter in erster Linie die Beratung der Wahlorgane verstanden wird.⁶

Hieran lässt sich die These knüpfen, dass der Gesetzgeber mit dieser besonderen Ausprägung der Beratungspflicht den für den Zeitraum vor der Wahl allgemein angenommenen Verzicht auf klassische Aufsichtsmittel kompensieren wollte.

Wie nicht nur die Binnensystematik der Norm zeigt, ist die vorgesehene Beratung dem Instrument der Wahlprüfung nach Absatz 2 des § 32 ThürKWG vorgeordnet. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber der Rechtsaufsicht ein spezielles Instrument an die Hand gegeben, um einerseits der Eigenverantwortlichkeit der Wahlorgane und andererseits der Legalität des Wahlverfahrens Rechnung zu tragen. Es bietet unter Umständen die Möglichkeit, das Spannungsfeld zu lösen, bevor überhaupt der Gang zur Wahlurne erfolgt.

Nun ist nicht bekannt, inwiefern von dieser Möglichkeit im konkreten Fall Gebrauch gemacht worden ist. [Der Beschluss des Wahlausschlusses zur Zulassung des Wahlvorschlags Sesselmann erging am 09. Mai 2023](#). Weder

⁴Vgl. hierzu auch VG Weimar, Beschluss vom 01.06.1999 –6 E 1324/99.We.

⁵BVerwG, NVwZ 1992, 489, 490.

⁶Schneider in: Thüringer Kommunalwahlgesetz (ThürKWG) 2019, § 32, S. 92.

wurde von einer Konsultation der Rechtsaufsicht durch die Wahlorgane des Landkreises Sonneberg berichtet, die durch eine solche in einem doch eher atypischen Fall wie dem vorliegenden von der Fachkompetenz der Rechtsaufsichtsbehörde womöglich hätten profitieren können; noch ist bekannt, dass sich die Rechtsaufsichtsbehörde im Vorfeld der Wahl oder der Stichwahl in den Prozess beratend involviert hätte. Letzteres entspräche dabei vermutlich am ehesten der Stoßrichtung des § 32 I ThürKWG, da in der Formulierung „hat [...] hinzuwirken“ ein aktivisches Element zweifellos erkennbar ist.

Ein Königsweg ist nicht in Sicht

Doch auch unter Ausschöpfen des Potentials des § 32 I ThürKWG bleibt fraglich, ob ein solches Vorgehen das Kernproblem gelöst hätte. Gesetzt den Fall, dass der Wahlausschuss aufgrund der Beratung durch die Rechtsaufsichtsbehörde davon Abstand nähme, einen Wahlvorschlag zuzulassen, stünde der Vorwurf des „Demokratie-Checks“ vermutlich weiterhin im Raum. Statt der nachträglichen Korrektur des Wählerwillens sähe man sich in diesem Fall mit einer vor der Wahl gerichtlich nicht überprüfbaren Limitierung der zur Wahl stehenden Kandidatinnen konfrontiert, die wohl nicht weniger verfassungspolitische Sprengkraft besäße. Außerdem birgt die möglicherweise folgende Überprüfung wiederum das weiter gespannte Risiko der Annullierung der Wahl. Das bringt es mit sich, Wahlvorschläge im Interesse der Grundrechte des aktiven und passiven Wahlrechts sowie des

Rechts der Parteien auf Aufstellung ihrer Kandidatinnen im Zweifel zunächst zuzulassen. Gleichwohl ist die Bedeutung der sachgemäßen Prüfung, ob ein Bewerber auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung steht, nicht zu überschätzen – handelt es sich doch um ein unverzichtbares Instrument zum Schutz der Demokratie.

Nicht zuletzt wegen des zu verzeichnenden bitteren Nachgeschmacks wird man über die Zweckmäßigkeit der Verfahrensgestaltung weiterhin politisch streiten. Positivrechtlich hat sich der Thüringer Gesetzgeber jedoch in sich stimmig dafür entschieden, die umfassende Prüfung komplexerer wahlrechtlicher Voraussetzungen, wie die der Wählbarkeit nach § 24 III ThürKWG, aus dem Zulassungsverfahren weitgehend auszuklammern. Wollte man sich politisch für eine vorgezogene Kontrolle entscheiden, bedürfte es dann allerdings einer tiefgreifenden Reform des gesamten Wahlvorbereitungsprozesses inklusive einer Stärkung der Rolle der Rechtsaufsicht sowie der Aufnahme eines gerichtlichen Kontrollverfahrens.

Im Sonneberger Fall hat die nachträgliche Kontrolle keine tatsächlichen Konsequenzen für den gewählten Kandidaten. Ähnlich gelagerte Fälle werden jedoch folgen. So stellt die AfD auch bei der Bürgermeisterwahl am 10. September im thüringischen Nordhausen einen Kandidaten. Als Präzedenz hat der Fall Sesselmann nun jedoch sicherlich bewirkt, das Gefühl der Überraschung hinsichtlich der Wehrhaftigkeit der Demokratie beim Wahlbürger in Zukunft zu mindern.

Christian Walter, Kathrin Tremml

Waffenungleichheit im Verfassungsprozess

Zum unbefriedigenden Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit Befangenheitsanträgen

doi: 10.17176/20230713-111126-0



„Gegenstandslos“ – so lautet das [Verdikt des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts](#) über den Antrag des Deutschen Bundestags auf Ablehnung von Bundesverfassungsrichter Peter Müller im Verfahren über eine Wahlprüfungsbeschwerde der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gegen den Umgang des Bundestags mit Wahlfehlern im Land Berlin bei den Wahlen zum 20. Deutschen Bundestag. Nachvollziehen kann man dieses Ergebnis nur, wenn man weit in die Tiefen des Verfassungsprozessrechts eindringt. Und auch dann ist die Begründung denkbar formal: Einen Ablehnungsantrag können, so der Zweite Senat, nur Verfahrensbeteiligte stellen. Diese Stellung komme dem Bundestag im Verfahren der Wahlprüfungsbeschwerde nicht zu und er könne sie wegen des objektiven Charakters dieser Verfahrensart auch nicht durch Beitritt erlangen. Er sei lediglich anhörungsberechtigt. Der vom Bundestag erklärte Beitritt sei damit unzulässig und in Ermangelung eines zulässigen Beitritts sei der Antrag auf Ablehnung des Richters Müller „gegenstandslos“.

Diese Begründung klingt nicht nur formalistisch; sie ist es auch. Einen Gegenstand des Ablehnungsgesuchs gab es ja durchaus. Stein des Anstoßes war eine [Interviewaussage von Bundesverfassungsrichter Müller](#) über die Berliner Wahlpannen („Sowas hätte man sich vor einigen Jahrzehnten vorstellen können in irgendeinem diktatorischen sogenannten Entwicklungsland, aber doch nicht mitten in Europa, mitten in Deutschland.“). Mit dem beschriebenen prozessualen Argument verweigert das Bundesverfassungsgericht nun eine Antwort auf die Frage, ob diese Äußerung die Besorgnis der Befangenheit in einem Verfahren über die so kritisierten Wahlpannen begründet oder nicht. Das ist nicht nur in der Außenwirkung unglücklich, weil die im Raum stehende materielle Frage der Befangenheit des Berichterstatters offenbleibt. Es überzeugt auch prozessual nicht, denn der Charakter der Wahlprüfungsbeschwerde als rein objektives Beanstandungsverfahren vermag nicht zu begründen, warum

dem Bundestag kein Recht auf Richterablehnung zustehen sollte. Mit seiner Entscheidung verstärkt der Zweite Senat eine ohnehin im geltenden Prozessrecht angelegte Unwucht, die sich aus der unterschiedlichen Rechtsstellung von Verfahrensbeteiligten einerseits und lediglich Anhörungsberechtigten andererseits ergibt. Anstatt diese Unwucht im Rahmen der Rechtsanwendung nach Möglichkeit auszugleichen, treibt der Senat sie durch die Anwendung auf das Verfassungsorgan Bundestag sogar auf die Spitze.

Die Unterscheidung zwischen Verfahrensbeteiligten und Anhörungsberechtigten bei der Richterablehnung

Worum geht es prozessual? Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz regelt nicht, wer berechtigt ist, einen Antrag auf Ablehnung einer Richterin oder eines Richters zu stellen (vgl. den Wortlaut von [§ 19 Abs. 1 BVerfGG](#)). Ganz überwiegend wird aber davon ausgegangen, dass nur Verfahrensbeteiligte einen solchen Antrag stellen können. Dahinter steht die Vorstellung, dass nur die Verfahrensbeteiligten ein entsprechend starkes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben. Für kontradiktorische Streitigkeiten leuchtet das ohne Weiteres ein. Dort stehen sich beide Seiten gleichberechtigt gegenüber. Beide Seiten haben dann als Verfahrensbeteiligte auch das Recht zur Richterablehnung. Schwieriger ist die Situation bei Verfahrensarten, bei denen ein eindeutiger Gegner fehlt. Dies ist insbesondere bei der Verfassungsbeschwerde, aber eben auch bei der Wahlprüfungsbeschwerde der Fall. In beiden Verfahrensarten wird die prozessuale Situation so gedeutet, dass der/die Beschwerdeführer/in mit seiner/ihrer Beschwerde lediglich den Anstoß für eine Überprüfung der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung liefert. Deshalb werden sie als „objektive Beanstandungsverfahren“ bezeichnet. In diesen Verfahrensarten ist der/die Beschwerdeführer/in verfahrensbeteiligt

und verfügt über alle prozessualen Rechte, also auch die Möglichkeit der Richterablehnung nach § 19 BVerfGG. Allerdings fehlt es auf der anderen Seite an einem/einer Antragsgegner/in. Die im Ausgangsverfahren unterlegene Seite oder die für den angegriffenen Akt verantwortliche staatliche Stelle tritt nicht als „Partei“ in den Prozess ein. Stattdessen wird lediglich ein Anhörungsrecht begründet, das die Möglichkeit eröffnet, eine Position in das Verfahren einzubringen. Weitergehende prozessuale Rechte bestehen nicht.

Bei der Verfassungsbeschwerde besteht für Verfassungsorgane eine ausdrückliche Beitrittsmöglichkeit (§ 94 Abs. 5 Satz 1 BVerfGG), die dann zur vollen Stellung als Verfahrensbeteiligte führt, also auch ein Recht zur Richterablehnung beinhaltet. Für die Wahlprüfungsbeschwerde fehlt es dagegen an einer entsprechenden Regelung, weshalb das Bundesverfassungsgericht den Beitritt in der vorliegenden Entscheidung für unzulässig erachtet hat (Rn. 16 ff.) und auch eine analoge Anwendung nicht für angebracht hält (Rn. 20 ff.). Die Konsequenz ist, dass der Bundestag dem Verfahren der Wahlprüfungsbeschwerde nicht beitreten und daher auch keinen Befangenheitsantrag stellen kann. Lässt man sich auf diese sehr formale Perspektive ein, so ist die Begründung prozessual jedenfalls nachvollziehbar.

Verdeckt kontradiktorische Streitigkeiten - das Beispiel der Verfassungsbeschwerde

Bei genauerem Hinsehen wird die formale Herangehensweise aber der tatsächlich hinter vielen verfassungsrechtlichen Streitigkeiten stehenden Interessenlage nicht gerecht. Nicht selten werden kontradiktorische Streitigkeiten im Gewand eines objektiven Beanstandungsverfahrens geführt. Am Beispiel der Verfassungsbeschwerde lässt sich zeigen, dass die Vorstellung einer rein objektiven Kontrolle ohne „Parteien“ nicht passt. In der Rechtswirklichkeit vieler Urteilsverfassungsbeschwerden wird vor dem Bundesverfassungsgericht der bisherige fachgerichtliche Rechtsstreit mit Argumenten des Verfassungsrechts fortgeführt. Das ist besonders deutlich in den vom [Bundesverfassungsgericht als „mehrpulige Grundrechtsverhältnisse“](#) bezeichneten Konstellationen, in denen sich beide Seiten auf Grundrechte berufen. Bei der Verfassungsbeschwerde gesteht das BVerfGG allein dem Beschwerdeführer oder der Beschwerdeführerin automatisch die Stellung eines Verfahrensbeteiligten zu. Der

oder die Begünstigte des Ausgangsverfahrens ist dagegen nur anhörungsberechtigt und hat – anders als Verfassungsorgane – auch keine Möglichkeit, über einen Beitritt den Status als Verfahrensbeteiligte/r zu erlangen (§ 94 Abs. 3 i.V.m. § 94 Abs. 5 Satz 1 BVerfGG). Dies führt zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass die im fachgerichtlichen Verfahren obsiegende Seite verfassungsprozessual schlechter steht als die dort unterlegene Partei. Hier müsste aus Gründen der prozessualen Waffengleichheit eine Erstreckung des Ablehnungsrechts auch auf den/die Begünstigte/n des Ausgangsverfahrens erfolgen. Bislang ist das aber nicht der Fall.

Die Wahlprüfungsbeschwerde durch eine Bundestagsfraktion als verdeckt kontradiktorische Streitigkeit

Wie der vorliegende Streit um die Folgen der Berliner Wahlpannen offenlegt, stellen sich auch bei der Wahlprüfungsbeschwerde vergleichbare Probleme. Antragstellerin ist mit der CDU-/CSU-Bundestagsfraktion eine Oppositionsfraktion im Bundestag. Darin liegt im zweistufigen Wahlprüfungsverfahren nach [Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 GG](#) eine wichtige Besonderheit. Das Wahlprüfungsverfahren sieht auf der ersten Stufe eine Kontrolle durch den Bundestag vor (Art. 41 Abs. 1 GG). Diese Kontrolle setzt einen Einspruch gegen die Wahl voraus. Einen solchen Einspruch können jede/r Wahlberechtigte und bestimmte institutionell mit der Organisation von Wahlen befassete Stellen (wie etwa die Wahlleitungen) erheben, nicht aber Fraktionen oder Minderheiten im Bundestag (vgl. [§ 2 Abs. 2 WahlprüfungsG](#)). Eine Beteiligung von Fraktionen oder einer Minderheit von mindestens einem Zehntel der Bundestagsabgeordneten kommt vielmehr erst auf der zweiten Stufe der Wahlprüfung in Betracht, der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gegen die Entscheidung des Bundestags über den Einspruch ([§ 48 Abs. 1 BVerfGG](#)). Hieran zeigt sich, dass § 48 BVerfGG ein spezifisches Element von Oppositions- und Minderheitenschutz gegen die Wahlprüfungsentscheidung des Bundestags vorsieht. In der Gegenüberstellung von Mehrheit und Minderheit liegt ein kontradiktorischer Ausgangspunkt, der dann – systemwidrig – in der Wahlprüfungsbeschwerde in ein „objektives Beanstandungsverfahren“ überführt wird. Die ursprünglich einmal materiell vorhandene Frontstellung geht entgegen den Ausführungen des Zweiten Senats ([Rn. 28](#)) hierdurch nicht verloren.

Eine solche Frontstellung spielt erkennbar für den

konkreten Rechtsstreit um die Korrektur der Fehler bei den Wahlen in Berlin eine zentrale Rolle: Während sich die Regierungsfractionen für eine eng auf mandatsrelevante Fehler in einzelnen Wahlkreisen beschränkte Korrektur entschieden haben, wollte die Opposition eine weitergehende Korrektur erreichen. Hinter diesen unterschiedlichen Positionen stehen politisch zunächst einmal unterschiedliche Erwartungen an das Ergebnis einer möglichen Wiederholungswahl. Die Auseinandersetzung wurde aber auch mit unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu Ziel und Mitteln der Korrektur von Fehlern bei der Wahl geführt. Sowohl für die enge Begrenzung auf die alleinige Korrektur von mandatsrelevanten Fehlern in einzelnen Wahlkreisen wie auch für eine vollständige Wahlwiederholung bei einer hinreichend großen Zahl von hinreichend schweren Fehlern lassen sich verfassungsrechtliche Argumente finden. Derartige Argumente sind in der Debatte im Bundestag kontrovers von Abgeordneten der Opposition und von Abgeordneten der Regierungsfractionen ausgetauscht worden ([BT-Plenarprotokoll 20/66 vom 10. November 2022, S. 7656 ff.](#)). Es geht deshalb an der praktischen Realität jedenfalls des konkreten Rechtsstreits vorbei, wenn man ihn als rein objektiv einordnet.

Gerade weil ein verdeckt kontradiktorischer Streit vorliegt, führt die alleinige Qualifikation des Beschwerdeführers/der Beschwerdeführerin als verfahrensbeteiligt zu einer problematischen Unwucht in den prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten. Das zeigt eine hypothetische alternative Befangenheitskonstellation: Nehmen wir einmal an, ein Mitglied des Zweiten Senats hätte in einem Interview die Ansicht geäußert, die Wahlpannen in Berlin seien in ihren Auswirkungen doch gar nicht so schlimm gewesen und die ganze Aufregung sei völlig unverständlich. Wegen einer solchen Äußerung hätte die Beschwerdeführerin als Verfahrensbeteiligte ohne Weiteres einen zulässigen Befangenheitsantrag stellen können. Warum ein solches Recht nur der Antragstellerin als Oppositionsfraction zustehen soll, nicht aber der Mehrheit des Bundestages, will nicht einleuchten. Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verlangt vielmehr auch hier die Gleichbehandlung.

Fazit: Selektive Zuerkennung von Ablehnungsrechten als Problem der prozessualen Waffengleichheit

Als Fazit muss man damit festhalten: Mit seiner formalistischen Verknüpfung des Rechts der Richterableh-

nung mit der Beitrittsmöglichkeit in der Wahlprüfungsbeschwerde verschärft der Zweite Senat ohnehin bestehende Probleme der prozessualen Waffengleichheit in den vermeintlich objektiven Beanstandungsverfahren. Dass er dabei den Deutschen Bundestag in einem Nebensatz vom gleichberechtigten Verfassungsorgan zu einer Art Vorinstanz ohne eigenständige prozessuale Mitwirkungsrechte herabstufte ([Rn. 18](#)), macht die Begründung noch zusätzlich angreifbar. Der Bundestag entscheidet doch nicht vergleichbar einer gerichtlichen Vorinstanz, sondern ihm wird wegen seiner besonderen verfassungsrechtlichen Stellung die Möglichkeit der Selbstprüfung eingeräumt. Selbst wenn man mit den hinter der Entscheidung stehenden Erwägungen einen förmlichen Verfahrensbeitrag für unpassend hält, so wäre es angesichts der besonderen prozessualen Situation des vorliegenden Verfahrens und des Wortlauts von [§ 19 Abs. 1 BVerfGG](#) möglich und richtig gewesen, dem Bundestag auch ohne förmliche Qualifikation als Verfahrensbeteiligter ein Ablehnungsrecht zuzugestehen.

Der Eindruck einer übertrieben formalistischen Herangehensweise wird noch verstärkt, wenn man die vorliegende Entscheidung in den Kontext der [Entscheidung](#) über die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes im Verfahren der Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidung des Berliner Landesverfassungsgerichts über die Wiederholung der Senatswahlen stellt. In diesem Verfahren war der gleiche Befangenheitsvorwurf vorgetragen worden. Auch hier hatte der Senat es aus formalen Gründen abgelehnt, sich mit der Frage auseinanderzusetzen. Die Beschwerdeführer hätten nur auf den Inhalt des Interviews hingewiesen, aber keinen förmlichen Befangenheitsantrag gestellt ([Rn. 101](#)).

Ein Gericht, welches das Prozessrecht mit so wenig Sinn für die hinter ihm stehenden materiellen Konfliktlagen anwendet, darf sich nicht wundern, wenn in der Öffentlichkeit der ungute Eindruck entsteht, es setze sich nur widerwillig mit Fragen seiner eigenen Befangenheit auseinander. Dies gilt umso mehr, als gerade Verfassungsorgane bislang sehr zurückhaltend mit dem Instrument der Richterablehnung umgegangen sind. Wenn es dann aber ausnahmsweise doch einmal zu einem solchen Antrag kommt: Wäre es da nicht – um auch nur den Anschein der Befangenheit beim Umgang mit der eigenen Befangenheit zu vermeiden – wünschenswert, eine Entscheidung in der Sache zu bekommen? Stattdessen wird der Zweite Senat nun in der kommenden Woche über die

Wahlprüfungsbeschwerde unter der federführenden Mitwirkung eines Berichterstatters verhandeln, von dem un-

klar bleibt, ob in Bezug auf seine Person die Besorgnis der Befangenheit besteht. Befriedigend ist das nicht.

Johannes Gallon

Macht das Bundesverfassungsgericht nun Heizungs politik?



Oder die verfassungsrechtliche Suche nach der richtigen Zeit

doi: 10.17176/20230710-231128-0

Mit einem am Mittwoch, den 5. Juli 2023, um 21:27 per Pressemitteilung [angekündigten](#) Beschluss unterbrach das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die parlamentarische Verabschiedung des Gebäudeenergiegesetzes, die für Freitag den 7. Juli 2023 vorgesehen war. Damit schaltet sich das BVerfG mit weitreichenden Folgen in das Gesetzgebungsverfahren des wohl umstrittensten Gesetzgebungsvorhabens der Ampelkoalition aus diesem Jahr ein. Der Beschluss betrifft nur das Gesetzgebungsverfahren, nicht den Inhalt des Gesetzes. Der Zweite Senat nimmt im einstweiligen Rechtschutz eine Folgenabwägung vor. Mit fünf zu zwei Stimmen konstruiert das BVerfG neue und weitgehende verfassungsrechtliche Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren.

Schon im Urteil zur [Parteienfinanzierung](#) aus dem Januar 2023 deutet der Zweite Senat des BVerfG an, angemessene Mindestzeiträume für die Gesetzgebungsverfahren aus der Verfassung ableiten zu können. In der Verfassung fehlen jedoch Anhaltspunkte für solche Mindestzeiträume, sodass das Gericht mit ihrer Bestimmung funktional überfordert ist. Etabliert sich die angedeutete Rechtsprechungslinie, hat sie das Potential die Gesetzgebungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland grundlegend zu verändern.

Was ist passiert?

Seit Monaten [diskutiert](#) die Ampel über das Gebäudeenergiegesetz, überwiegend außerhalb der am [verfassungsrechtlich formalisierten Gesetzgebungsverfahren](#) beteiligten Gesetzgebungsorgane. Lange nach Beginn der politischen Debatte eröffnete die Bundesregierung im April 2023 das formalisierte Gesetzgebungsverfahren, indem sie dem Bundesrat einen [Gesetzesentwurf](#) zuleitete.¹ Der

Bundestag begann Mitte Mai seine Beratungen und überwies den Entwurf an den Ausschuss für Klimaschutz und Energie.²

Nach Beginn des formalisierten Verfahrens stritten die Koalitionsfraktionen in informellen Gesprächszusammenhängen weiter über das Vorhaben. Eine Einigung ergab sich erst im Juni 2023. Um den Kompromiss zeitnah ins formalisierte Verfahren einzubringen, wählte die Regierungskoalition den Weg des Omnibusverfahrens: Sie legte eine neunzigseitige [Formulierungshilfe](#) mit den Änderungen am ursprünglichen Gesetzentwurf vor, den die Abgeordneten der Koalitionsfraktion am Freitag, den 30. Juni 2023, in den Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Bundestages einbrachten. Im Einklang mit der Geschäftsordnung des Bundestages gab der Ausschuss am Mittwoch, den 5. Juli, eine [Beschlussempfehlung zur Änderung der Gesetzesvorlage](#) ab, die dann nach dem Zeitplan am Freitag den 7. Juli 2023 abschließend in [zweiter](#) und [dritter Lesung behandelt](#) werden sollte. Das Verfahren entsprach eingeübter Staatspraxis und der Geschäftsordnung des [Deutschen Bundestages](#).

Verfassungspolitisch [ärgerlich](#) ist dagegen, dass der Gesetzestext in dieser Praxis erst spät an die Opposition und die Öffentlichkeit gelangt, sodass die öffentliche Diskussion hauptsächlich nur auf Grundlage von politischen Absichtserklärungen erfolgen kann. Im Ergebnis bleibt nur wenig Raum für eine fundierte öffentliche Deliberation über das Gesetzgebungsvorhaben vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens.

Der Unionsabgeordnete Heilmann (CDU) [sah in der schon länger eingeübten Praxis](#) nicht nur ein Ärgernis, sondern auch eine [Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte](#) als Abgeordneter und strengte ein Organ-

¹Das gesamte Gesetzgebungsverfahren lässt sich im Datenbank-Informationssystem des Bundestages nachvollziehen: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-änderung-des-gebäudeenergiegesetzes-zur-änderung-der-heizkostenverordnung-und/298723>.

²Eine ausführliche Schilderung der Geschichte findet sich in der Pressemitteilung des BVerfG (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-063.html>).

streitverfahren gegen den Bundestag inklusive Eilantrag vor dem BVerfG an.

Der nach § 31 Abs. 1 BVerfGG rechtsverbindliche Beschluss ist am 10. Juli um die Abendzeit noch nicht veröffentlicht. Das BVerfG **teilte lediglich mit**, dass es dem Bundestag aufgegeben habe, „die zweite und dritte Lesung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung“ nicht in der am 5. Juli laufenden Sitzungswoche durchzuführen – der genaue Entscheidungstenor fehlt.

Wie begründet das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung?

Der Beschluss ist als einstweilige Anordnung ergangen. Der Entscheidungsmaßstab ergibt sich **aus § 32 Abs. 1 BVerfGG**. Danach kann das BVerfG einen Zustand vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile geboten ist.

Dazu legte das Gericht zunächst **Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG** aus. Es leitete aus dem anerkannten Grundsatz der Gleichheit der Abgeordneten ein Beratungsrecht aller Abgeordneten ab. Diese Auslegung entspricht dem **herkömmlichen Verständnis** des verfassungsrechtlichen Abgeordnetenstatus, der nicht nur Stimmrechte, sondern auch Beratungsrechte enthält (**Payandeh, VVDStRL 81, 171 [177 ff.]**). Das BVerfG hielt darüber hinaus fest, dass es über die Bindungen aus dem Grundsatz der Gleichheit der Abgeordneten für die Ausgestaltung der Gesetzgebungsverfahren noch nicht entschieden habe und würdigte die Bedeutung der Verfahrenautonomie der Parlamentsmehrheit, auch in der Form der eingehaltenen Geschäftsordnung des Bundestages.

Die Pressemitteilung führt sodann aus, dass

„einiges dafür [spricht, JGa], dass die Verfahrenautonomie die Parlamentsmehrheit nicht von der Beachtung des durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Status der Gleichheit der Abgeordneten entbindet und das Abgeordnetenrecht verletzt wird, wenn es bei der Gestaltung von Gesetzgebungsverfahren ohne sachlichen Grund gänzlich oder in substantiellem Umfang missachtet wird.“

Das Gericht deutet an, dass sich über formale Beratungsrechte hinausgehende materielle Bindungen für die Dauer und den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens aus dem Recht der Abgeordneten ergeben können. Die

Rechtsfrage könne aber im einstweiligen Rechtsschutz nicht entschieden werden, daher bliebe der Ausgang im Hauptsacheverfahren offen. Die Entscheidung über die einstweilige Anordnung müsse in einer Folgenabwägung ergehen.

Dafür stellte das BVerfG nach den üblichen Maßstäben zwei Rechtsgüter gegenüber: auf der einen Seite den möglicherweise ungerechtfertigten Eingriff durch das BVerfG in die Autonomie des Parlaments durch eine der Untersagung der Beratung des Antragsgegenstandes, auf der anderen Seite die möglicherweise irreversible Verletzung des vom Antragssteller geltend gemachten Rechts auf ausreichende Beratung des Antragsgegenstandes. Zentrales Entscheidungskriterium für die Folgenabwägung des Gerichts war das geplante Inkrafttreten des Gesetzes zum 1. Januar 2024: Das Gesetz könne auch später noch verabschiedet werden. Aufgrund der möglichen Verschiebung misst das Gericht dem Interesse des Parlaments an der Verabschiedung nur geringes Gewicht zu.

Was sind die Folgen der Entscheidung?

Der Beschluss ist eine Stärkung der Rechte der (einzelnen) Abgeordneten (vgl. **Krüper**). Bestätigt der Zweite Senat in der Hauptsacheentscheidung seine Tendenz und konstruiert aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Recht auf angemessene Lesezeit, wird sich das Gesetzgebungsverfahren im Bundestag erheblich verändern (vgl. **Meinel**): es wird sich verlangsamen, um den Abgeordneten mehr Zeit zur Beratung und Meinungsfindung zu ermöglichen. Damit einher geht eine scheinbare Stärkung des Parlaments gegenüber der Regierung. Aufgrund der komplexen Sachzusammenhänge ist nicht zu erwarten, dass sich die enge informelle Zusammenarbeit von Bundesregierung und Koalitionsfraktionen auflöst – die Abgeordneten der Regierungsfaktionen werden auch weiterhin aus Ressourcengründen darauf angewiesen sein, Formulierungshilfen der Bundesregierung in den parlamentarischen Prozess einzubringen.

Erkennt das BVerfG ein Organrecht einzelner Abgeordneter auf eine Mindestlesezeit aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG an, ermöglicht es einzelnen Abgeordneten oder der Opposition Gesetzgebungsvorgaben noch vor Abschluss des Verfahrens überprüfen zu lassen und nach politischer Opportunität aufzuhalten. Das BVerfG hätte nicht nur eine neue Aufgabe, sondern gäbe nicht zuletzt rechtsextremen Abgeordneten eine Steilvorlage, demokratisch legi-

timierte Gesetzgebung zu skandalisieren.

Das BVerfG würde sich vor allem selbst in das Zentrum des politischen Geschehens rücken. Es hätte nicht nur retrospektiv über die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu urteilen, sondern würde nach Anrufung im Organstreitverfahren schon vor Ende in das Gesetzgebungsverfahren eingreifen. Zwar lässt sich die Bedeutung eines verordneten Beratungsaufschubes für die inhaltliche Ausgestaltung im Falle des Gebäudeenergiegesetzes noch nicht absehen. Sie kann empirisch erst nach endgültiger Verkündung des Gesetzes durch Vergleich des dann verabschiedeten Gesetzes mit dem aktuell diskutierten Entwurf festgestellt werden. Doch liegt die Annahme nahe, dass sich nach verfassungsgerichtlicher Intervention in das Verfahren auch Änderungen am Inhalt des Gesetzes ergeben werden.

Eilgesetzgebung in der Parlamentarischen Praxis oder wieviel Zeit ist genug?

In erster Linie müsste das BVerfG aus der Verfassung einen Maßstab entwickeln, welche Mindestzeiten für die Beratung eines Gesetzentwurfes vorzusehen sind. Diese sind der Staatspraxis bisher fremd. Eilgesetzgebung und kurze Beratungszeiten sind kein neues Phänomen und unter anderem aus der Gesetzgebung in der [Eurokrise](#), der [Corona-Pandemie](#) und der [Parteienfinanzierung](#) bekannt. Bis Januar 2023 interessierte sich das BVerfG nicht besonders für die Geschwindigkeit der Gesetzgebungsverfahren. So finden sich weder in den Entscheidungen zum [Eurorettungsschirm](#) (Dauer des Gesetzgebungsverfahrens im Bundestag: [5 Tage](#)) noch zur Bundesnotbremse zur [Bekämpfung der Corona-Pandemie](#) ([8 Tage](#)) Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Bedeutsamkeit der Verfahrensdauer.

Erstmalig in seiner Entscheidung im Januar 2023 zur [Parteienfinanzierung](#) ([10 Tage](#)) hob das Gericht die Bedeutung der Ausgestaltung der inneren Gesetzgebungsverfahren im Bundestag hervor (Rn. 90–103) und mahnte insbesondere die Möglichkeit zur Verarbeitung der Informationen durch die Abgeordneten an (Rn. 93). Ohne jede verfassungsrechtliche Herleitung schlug das Gericht eine Einzelfallprüfung anhand des konkreten Gesetzgebungsverfahrens (Umfang, Komplexität, Dringlichkeit, Entscheidungsreife) und der sonstigen Arbeitsbelastung des Parlaments vor. Auch wenn diese Fragen in der Entscheidung zur Parteienfinanzierung letztlich nicht [ent-](#)

[scheidungerheblich](#) waren, bleiben viele Fragezeichen: mit welchem verfassungsrechtlichen Maßstab kann das Verfassungsgericht Komplexität (anschaulich am Beispiel des Bundeswehreinsetzes [Meinel](#)), Umfang, Dringlichkeit (vgl. schon [Janisch](#)) und Entscheidungsreife bewerten? Mit welchem verfassungsrechtlichen Maßstab will das Gericht die Arbeitsbelastung der Parlamentarier*innen in einem arbeitsteiligen Parlament zur Grundlage einer Entscheidung machen?

Wagt sich das Verfassungsgericht in dieses Feld vor, muss es nach Anrufung für jedes Gesetzgebungsverfahren einen Zeitraum bestimmen können, der den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Für das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zum Gebäudeenergiegesetz hieße das: Wann ist verfassungsrechtlich genug Zeit vergangen, um die neunzigseitigen Änderungsanträge der Koalitionsfraktionen zu verarbeiten? Nähme man die allgemeine Lebenserfahrung zur Grundlage, könnte man auf die Idee kommen, dass bei selbst bei einer Lesegeschwindigkeit von 5 Seiten pro Stunde, also einer Nettolesezeit von 18 Stunden, der Zeitraum von einer Woche eigentlich genügen müsste. Doch ist dies dem BVerfG im vorliegenden Fall erstens zu kurz. Und zweitens ist die allgemeine Lebenserfahrung ein denkbar schlechter verfassungsrechtlicher Maßstab.

Leider lässt sich auch das vom Verfassungsgericht aufgestellte Kriterium der Dringlichkeit kaum verfassungsrechtlich ausfüllen. Ich möchte behaupten: In jedem Fall lassen sich verfassungsrechtliche Argumente für die Dringlichkeit eines Gesetzgebungsvorhabens konstruieren. So z. B. die [Schutzpflicht für Leib und Leben](#) aus [Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG](#) für die Bekämpfung der Pandemie. Beim Gebäudeenergiegesetz ließe sich z. B. der Vertrauensschutz derjenigen Bürger*innen anführen, in deren Rechte durch das Gesetz eingegriffen wird. Haben sie mehr Zeit für die Vorbereitung nach einem früher verabschiedeten Gesetz, wäre der Eingriff in ihre Rechte milder.

Setzt das Gericht den angedeuteten Weg fort, wird es immer in die Situation kommen, die Dringlichkeit eines Vorhabens und seine verfassungsrechtliche Bedeutung in einen im Einzelfall genügenden Zeitraum übersetzen zu müssen. Konsequenter müsste es dabei auch berücksichtigen, zu welchem Zeitpunkt ein Gesetzgebungsverfahren eingeleitet wurde und in welchem politischen Umfeld die Gesetzgebung stattfindet. Die Verfassung hält dafür aber weder Maßstab noch Zeitrechner bereit.

Primat der Politik und die Parlamentsautonomie

Sie muss es auch gar nicht: denn die Frage der Dringlichkeit ist genau so wie jene der Entscheidungsreife in ihrem Kern eine politische Frage – die nicht mit den Mitteln des Verfassungsrechts vorbestimmt werden kann. Das Grundgesetz richtet Organe ein, die demokratisch legitimiert und anhand politischer – nicht verfassungsrechtlicher – Maßstäbe über die Dringlichkeit von Gesetzgebungsvorhaben entscheiden können, z. B. der Bundestag. Dieser hat sich auch zur Sicherung von Minderheitsrechten autonom eine Geschäftsordnung gegeben. Die Frage der Dringlichkeit kann auch funktional für den Einzelfall nur dort entschieden werden, nicht vom BVerfG.

Diesen Befund trägt auch der Text des Grundgesetzes, welches an anderer Stelle abstrakt Zeiträume vorbestimmt und nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängig macht. So gelten z. B. gemäß [Art. 76 Abs. 2 S. 2 und S. 3 und Abs. 3 GG](#) sowie [Art. 77 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GG](#) zum Schutz von Organrechten bestimmte Fristen bei der Durchführung von Gesetzgebungsverfahren. Diese Fristen sind abstrakt vorbestimmt und in Wochen angegeben. Der Umkehrschluss aus diesen explizit vorbestimmten Fristen zum Schutz von Organrechten muss ergeben, dass sie – weil nicht festgeschrieben – für Abgeordnete und deren Rechte aus [Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG](#) nicht vorgesehen sind.

Die Formalisierung des Gesetzgebungsverfahrens: ein falscher Weg

Die Verlagerung deliberativer Prozesse bei der Gesetzgebung in informelle Foren ist aufgrund fehlender Transparenz verfassungspolitisch ärgerlich. Sie ist aber weder neu noch ein verfassungsrechtliches Problem für die demokratische Verfasstheit des parlamentarischen Regie-

runngssystems. Auch stehen für die Meinungsbildung innerhalb der Opposition ein großes Bündel an Werkzeugen zur Verfügung, um die Gesetzgebung zu beeinflussen. Von diesen hat sie auch im Fall des Gebäudeenergiegesetzes Gebrauch gemacht.

Das BVerfG ist weder dazu legitimiert, die politischen Dringlichkeit von Gesetzgebungsvorhaben zu bestimmen noch ist es funktional in der Lage, am Maßstab der Verfassung angemessene Zeiträume für die Behandlung von Gesetzgebungsverfahren im Bundestag zu diktieren. Die Verfassung bietet keine Anhaltspunkte für entsprechende Maßstäbe, sondern überlässt die Ausgestaltung der Gesetzgebungsverfahren der Politik, die Kategorien wie Komplexität, Entscheidungsreife und Dringlichkeit anhand außerrechtlicher, politischer Maßstäbe bewerten kann.

Setzt das BVerfG diesen Weg fort, stellt es grundsätzlich jedes Gesetzgebungsverfahren unter das Verdikt der Verfassungswidrigkeit – da bis zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung über den Einzelfall offenbleibt, ob die Mindestanforderungen an den Zeitraum des Gesetzgebungsverfahrens erfüllt sind. Das Verfassungsgericht würde sich damit selbst in eine noch zentralere Rolle der politischen Auseinandersetzung bringen.

Sollten sich diese Rechtsprechungslinie verstetigen, wäre politisch darüber nachzudenken, das durch Auslegung vom BVerfG konstruierte Problem durch eine [Verfassungsänderung](#) aus dem Weg zu räumen und einen (hinreichend kurzen) Mindestzeitraum für die Beratung im Bundestag im Grundgesetz ausdrücklich festzuschreiben. Das Verfassungsgericht wäre dann wieder aus dem Spiel.

Dieser Beitrag ist vorläufig; sollten sich durch die ausstehende Veröffentlichung des Beschlusses neue Gesichtspunkte ergeben, wird er aktualisiert.

Florian Meinel

Legitimation contra Verfahren

Der Beschluss des BVerfG zur parlamentarischen Beratung des Gebäudeenergiegesetzes

doi: 10.17176/20230709-231025-0



Es liegt auf der Hand, dass und warum die Verletzung von Verfahrensvorschriften die Ergebnisse von politischen Verfahren in Mitleidenschaft ziehen und Organrechte der Beteiligten verletzen kann. Warum allerdings umgekehrt auch deren akkurate Beachtung einen Verfassungsverstoß darstellen kann, ist nicht unmittelbar einsichtig. Der [Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Juli](#) zum letzten großen Gesetzgebungsverfahren vor der Sommerpause hat deswegen prinzipielle Bedeutung. Denn die Regelungen der parlamentarischen Geschäftsordnung wurden bei der Beratung des Gesetzes zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz, GEG) ausnahmslos eingehalten; darüber sind sich Regierungskoalition, Opposition und BVerfG einig.

Was sehen diese Regelungen vor? Das sogenannte innere Gesetzgebungsverfahren, die Beratungen von Gesetzentwürfen innerhalb des Bundestages, ist nicht im Grundgesetz geregelt, sondern in der Geschäftsordnung des Bundestags. Sie wurde in der konstituierenden Sitzung der 20. Wahlperiode am 26. Oktober 2021 bei Enthaltung der AfD mit den Stimmen aller übrigen Fraktionen nach eingehender Aussprache ohne Änderungen angenommen ([Plenarprotokoll 1. Sitzung, S. 14](#)). Termin und Tagesordnung der Sitzungen werden danach im Ältestenrat vereinbart (§ 20 Abs. 1 GOBT). Er ist nach dem Spiegelbildlichkeitsprinzip besetzt (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 12 GOBT). Deswegen liegt die Hoheit über die Terminierung von parlamentarischen Beratungen bei der Mehrheit. Davon gibt es eine Reihe von Ausnahmen, die der Opposition Zugang zur Tagesordnung für ihre Anträge sichern sollen. So kann eine Fraktion, die einen Gesetzentwurf nach Art. 76 Abs. 1 GG oder einen anderen Beschlussantrag eingebracht hat, drei Wochen nach der Verteilung der Drucksache dessen Beratung im Plenum verlangen (§ 20 Abs. 4 GOBT). Auch die Behandlung von Antworten der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen liegt nicht im Ermessen der Mehrheit (§§ 101 S. 2 und 3; 102 S.

2 GOBT).

Bei Gesetzesvorlagen ist eine gewisse zeitliche Streckung des inneren Gesetzgebungsverfahrens nur durch § 81 Abs. 1 GOBT vorgeschrieben: Zwischen der Annahme der Beschlussempfehlung durch den Ausschuss und dem Beginn der zweiten Lesung müssen in der Regel zwei Tage liegen. Zwischen der zweiten und dritten Lesung ist eine Frist nur dann zu wahren, wenn das Ergebnis der zweiten Lesung, bei der anders als bei der dritten im Plenum Änderungsanträge grundsätzlich zulässig sind (vgl. § 82 Abs. 1 S. 1 mit § 85 Abs. 1 S. 2 GOBT), von der Beschlussempfehlung abweicht. Ist das, wie in der Regel, nicht der Fall, kann die dritte sogleich auf die zweite Lesung folgen (§ 84 S. 1 Buchst. a und b GOBT).

Die Entdeckung der Langsamkeit

Obwohl all diese Regelungen eingehalten wurden, hat das BVerfG das Verfahren durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung angehalten und dem Bundestag untersagt, die für den 7. Juli geplante zweite und dritte Lesung durchzuführen. Es hat damit einen im [Urteil vom 24. Januar 2023 zur Parteienfinanzierung](#) entwickelten, damals aber nicht entscheidungstragenden Maßstab scharfgestellt, wonach die verfassungsrechtlich gebotene Dauer der Gesetzesberatung von der „Berücksichtigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalles sowohl hinsichtlich des konkreten Gesetzentwurfs (Umfang, Komplexität, Dringlichkeit, Entscheidungsreife) als auch hinsichtlich weiterer, die Arbeitsabläufe des Parlaments bestimmender Faktoren (Bearbeitung sonstiger Gesetzesvorlagen oder anderer Parlamentsangelegenheiten)“ abhängig sein soll.

Der Beschluss ist bis dato unveröffentlicht (§ 32 Abs. 5 BVerfGG); vielleicht als performative Beglaubigung des Senats, der dem Parlament die Gravitas langsamer Verfahren und ruhiger Beratung vor Augen führen will. Die Begründung des Gerichts ist daher bisher nur der Pressemitteilung zu entnehmen. Sie beruht auf dem Argument, Art. 38 Abs. 1 GG gewährleiste nicht nur das Recht

der Abgeordneten, über Vorlagen abzustimmen, sondern auch das Recht zu beraten, was eine hinreichende Information über den Beratungsgegenstand voraussetzt. Das wiederum sei nur gewährleistet, wenn die Abgeordneten die Informationen nicht nur erlangen, sondern diese auch verarbeiten können: „Die gleichberechtigte Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung umfasst daher das Recht der Abgeordneten, sich über den Beratungsgegenstand auf der Grundlage ausreichender Informationen eine eigene Meinung bilden und davon ausgehend an der Beratung und Beschlussfassung des Parlaments mitwirken zu können.“ (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Januar 2023, 2 BvF 2/18, Rdnr. 93). Deswegen spreche „einiges dafür“, dass der Gestaltungsspielraum der Parlamentsmehrheit überschritten wird, wenn parlamentarische Verfahren „ohne sachlichen Grund gänzlich oder in substantiellem Umfang“ abgekürzt werden (Rdnr. 96).

Dass das Gesetzgebungsverfahren zum GEG von der Koalition politisch nicht überzeugend geführt wurde, bestreitet selbst sie nicht. Ob es schon deswegen die Bürgerkriegs-Etiketten verdient, die ihm teilweise selbst in der veröffentlichten Fachmeinung angehängt wurden („Es wird finster im Land, wenn Gesetze nach Guerilla-Taktik entstehen“, so Hinnerk Wißmann in der FAZ), darf man gleichwohl bestreiten. Warum findet die verfassungsrechtliche Entdeckung der Langsamkeit gerade in der Klimaschutzpolitik statt, nachdem die gedrängten Gesetzgebungsverfahren in der Finanz- oder der Corona-Krise als Zeichen der Handlungsfähigkeit des parlamentarischen Regierungssystems gutgeheißen wurden? Dass politische Entscheidungen in der Klimaschutzpolitik überhaupt nur noch unter den Bedingungen massiver strategischer Krisenkommunikation möglich sind, zu deren innerer Logik nun einmal die künstliche Verdichtung von Entscheidungszeit gehört, ist nicht die Schuld des Bundeswirtschaftsministers, des Ältestenrates oder auch nur der Koalition. Der Unterschied ist nur, dass die aberwitzige mediale Mobilisierung des Häuslebauermilieus gegen den „Heiz-Hammer“ (BILD) weder der Geschäftsordnung des Bundestages noch dem verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot unterliegt.

Vier dogmatische Einwände

In der Sache überzeugt der Beschluss des BVerfG aus wenigstens vier Gründen nicht. Sie hängen miteinander zusammen in der um institutionelle Fragen wenig bekümmerten Methode der Rechtsprechung, Geschäftsord-

nungsrecht (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) nach dem Vorbild von Grundrechtseingriffen an Art. 38 Abs. 1 GG zu messen – und demonstrieren beispielhaft die Fragwürdigkeit jener Lesart des Geschäftsordnungsrechts.

1. Die Entscheidung anerkennt jedenfalls im maßstäblichen Ausgangspunkt ein verfassungsrechtliches Recht auf parlamentarische Verfahren gegen die Geschäftsordnung, das der bundesverfassungsgerichtlichen Kasuistik bisher fremd ist und das sich mit Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG auch schwerlich vereinbaren lässt. So ist zu Recht anerkannt, dass Verstöße der parlamentarischen Mehrheit gegen die Geschäftsordnung trotz deren nach herrschender Meinung bloßer „Innenwirkung“ zugleich einen Verfassungsverstoß bedeuten können, wenn Antrags-, Rede- und Mitwirkungsrechte der Opposition betroffen sind. Der minderheitenschützende Gedanke der Selbstbindung durch Geschäftsordnungsrecht legt das nahe. Warum es aber einen potenziellen Verfassungsverstoß darstellen soll, genau nach der Geschäftsordnung zu verfahren, ist weitaus schwieriger zu begründen. Auch der Antragsteller hat der Geschäftsordnung schließlich zugestimmt und damit zumindest zu diesem Zeitpunkt die Frist von zwei Tagen in jedem Fall für ausreichend gehalten. Prozessual handelt es sich insofern um einen Antrag, dessen Gegenstand das Unterlassen der Parlamentsmehrheit ist, zugunsten des Antragstellers mit Zweidrittelmehrheit von der Geschäftsordnung im Einzelfall abzuweichen oder diese zu ändern.
2. Die Herleitung und Bedeutung des vom Senat aus Art. 38 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechts auf angemessene lange Informationsverarbeitung bleibt auch materiellrechtlich unklar. Weder das Rede- und Mitwirkungsrecht nach Maßgabe von politischer Proportionalität und Geschäftsordnung noch das Antragsrecht im Plenum oder das Recht auf Beratung im Ausschuss und erst recht nicht das Stimmrecht in Plenum und Ausschüssen wurden durch das Verfahren in Frage gestellt. Diese Rechte bringen Art. 38 Abs. 1 GG jeweils in einer sehr unterschiedlichen Dimension zur Geltung: bei der Verteilung knapper Plenarzeit, beim Zugang zur Tagesordnung, bei der Ermittlung von Abstimmungsergebnissen. Die parlamentsrechtliche Trennung

dieser Mitgliedschaftsrechte, die eine sehr unterschiedliche rechtliche Reichweite haben, hat einen zentralen und unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grund: Erst die Differenzierung des mitglied-schaftlichen Status in einzelne Rede-, Antrags-, Beratungs- und Stimmrechte garantiert den Zwang zur parlamentarischen Arbeitsteilung, zur Spezialisierung der Fachpolitiken, kurz: zu jener institutionellen „Sachlichkeit“ des Gesetzgebungsverfahrens, die der Senat jetzt durch die Verschleifung jener Rechte zu einem allgemeinen Recht auf Informationsverarbeitung gegen die Handhabung der Geschäftsordnung in Stellung bringt. Nicht überzeugend ist auch die dogmatische Konstruktion dieses Rechts und seiner Beeinträchtigung: Zwar wird das Recht der ausreichenden Zeit als individuelles Statusrecht geschützt; verletzt soll es allerdings nicht etwa nur dann sein, wenn konkreter Zeitmangel bestand, sondern schon, wenn die Beratung ohne sachlichen Grund verkürzt wurde. Das schließt logisch ja nicht aus, dass die Zeit im konkreten Fall sehr wohl ausreichend war; etwa weil die Republik monatelang öffentlich über alle Facetten, alle rechtlichen und technischen Alternativen der Dekarbonisierung von Gebäudeheizungen debattiert hat.

3. Das maßgebliche Kriterium, das nach der Auffassung des Gerichts zur verfassungsrechtlich notwendigen Verlängerung der Fristen nach der Geschäftsordnung führen kann, ist die „Komplexität“ einer Vorlage. Komplex war die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie in Sachen GEG deswegen, weil dem Ausschuss erst am 30. Juni eine Formulierungshilfe des Ministeriums mit einer 94-seitigen Synopse der Änderungsvorschläge nebst einem 14-seitigen Begründungsteil vorgelegt wurde. Die Vielschichtigkeit einer Sache kann aber nicht durch die Zählung der Seiten ermittelt werden; alles andere wäre bürokratische Juristenlogik. Im Sinne einer politischen Verantwortungsethik wird man im Gegenteil bei der Komplexität vor allem auf die Komplexität der Entscheidungsfolgen abstellen. So kann die parlamentarische Entscheidung über einen Antrag der Bundesregierung auf den Einsatz der Bundeswehr in einem bewaffneten Konflikt, für den nach dem Parlamentsbeteiligungsgesetz gar keine Fristen (§ 3 Abs. 1 PBetG:

„rechtzeitig“) gelten, zwar sehr kurz, aber viel komplexer sein als jede energierechtliche Regelung. Es gibt kein sachliches Argument, das Recht auf Informationsverarbeitung vor allem als Recht auf das Lesen von Änderungssynopsen, nicht aber auf das Nachdenken über die Folgen zu verstehen.

4. Die Rechtsprechung des BVerfG hat unabsehbare Folgen für das Ausschussverfahren im Bundestag, von denen nur zu hoffen ist, dass das Gericht sie genügend bedacht hat. Nach bisheriger, jahrzehntelanger parlamentarischer Praxis gilt die Vorbereitungsfrist des § 81 Abs. 1 S. 2 GOBT auch bei weitreichendsten Änderungsanträgen in der Beschlussempfehlung, selbst bei einer Totalrevision der überwiesenen Vorlage, sofern sie nur mir ihr im Sachzusammenhang steht (§ 62 Abs. 1 S. 2 GOBT). Das sichert den Abgeordneten größtmöglichen Einfluss auf die Gesetzgebungsarbeit. Nach Lage der Dinge müsste künftig bei weitreichenden Änderungsanträgen in der Ausschussberatung in Rechnung gestellt werden, dass parlamentarische und politische Zeitpläne durch das Recht auf Informationsverarbeitung anderer Abgeordneter torpediert werden können. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn Art. 38 Abs. 1 GG, wie es die Entscheidung vom Januar 2023 zur absoluten Obergrenze der Parteienfinanzierung andeutet, einen gleitenden Maßstab verlangt, der jede starre Frist generell ausschließt, und je nach Umfang, Komplexität, Dringlichkeit und Entscheidungsreife mal mehr eine kürzere, mal eine längere Frist verlangt, das Terminierungsrecht der Mehrheit also unter den Vorbehalt einer verfassungsgerichtlichen Missbrauchskontrolle gestellt wird. Das würde starke Anreize setzen, Gesetzentwürfe in den Ausschüssen möglichst wenig zu verändern. Der Einfluss der Abgeordneten auf die Gesetzgebung wäre damit nicht gestärkt, sondern stark geschwächt.

Drei Auswege sind denkbar; keiner von ihnen wäre ein Fortschritt:

- a. Zumindest theoretisch wäre es denkbar, weitreichende Änderungen im Ausschuss formal aus der Beschlussempfehlung herauszuhalten und stattdessen als Änderungsanträge in der zweiten Lesung einzubringen. Das würde die Frist von immerhin 2 + 2 Tagen nach §§ 81 Abs. 1 und 84 S. 1 Buchst. b

GOBT auslösen, aber zu einer Überlastung des für Textarbeit denkbar schlecht geeigneten Plenums führen.

- b. Eine naheliegendere Lösung bestünde darin, die Frist des § 81 GOBT generell zu verlängern; vielleicht bis hin zu jenen 14 Tagen, die der Antragsteller, der Abgeordnete Thomas Heilmann, für mindestens wünschenswert hält. Würde eine solche Frist ausnahmslos gelten, fiel das Parlament als Ort für eilige Gesetzgebung in kritischen Situationen (Reminder: Covid, Bankenkrise) allerdings aus. Würde eine solche Frist nur bei weitreichenden Änderungsanträgen ausgelöst, könnte dies nicht nur für Änderungsanträge aus dem Regierungslager gelten. Die Opposition hätte es dann in der Hand, den parlamentarischen Kalender ihrerseits durch weitreichende Änderungsanträge im Ausschuss zu obstruieren. Es müsste also für jede Art von Beratungsfrist großzügige Ausnahmen geben, deren Anwendung wiederum verfassungsgerichtlich angreifbar wäre.
- c. Der dritte denkbare Ausweg bestünde darin, die Gesetzesberatung im Ausschussverfahren analog zur bekannten Begrenzung von Änderungsvorschlägen des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 GG) von vornherein materiellrechtlich auf „überschaubare“ Änderungen der überwiesenen Vorlage zu beschränken. Eine solche Beschränkung von Änderungsempfehlungen in der Ausschussbefassung und damit die Einschränkung des Befassungsrechts aus § 62 Abs. 1 S. 2 GOBT würde zwar das rechtliche Risiko rascher zweiter und dritter Lesungen senken. Keines der die Rechtsprechung zum Vermittlungsausschuss tragenden Argumente ist allerdings auf das Verhältnis von Plenum und Ausschüssen übertragbar: Insbesondere ist das Ergebnis der Ausschussberatung anders als im Falle des Vermittlungsausschusses nicht gegen weitere Änderungsanträge immunisiert (§ 82 Abs. 1 S. 1 GOBT). Mit Art. 38 Abs. 1 GG lässt sich dieser Ausweg deswegen ebenso wenig begründen wie mit Art. 77 Abs. 1 GG.

Der Unterschied zwischen Mehrheitsprinzip und Populismus

Schließlich: Für welches Problem soll die Rechtsprechung eigentlich eine Lösung sein? Für die Beschleunigung der Krisentendenzen der Gegenwart wohl kaum.

Auch die Regierung kann sich im Hinblick auf die Unterstützung ihrer eigenen Fraktionen Verfahren wie das zum GEG nur in Ausnahmefällen leisten; die institutionellen Sicherungen sind hier in der Regel recht stark. Sollte hinter der Rechtsprechung die paradoxe Zielvorstellung stehen, zur Versachlichung parlamentarischer Verfahren dadurch beizutragen, dass die spezialisierte Fachpolitik im Ausschuss zugunsten des Plenums zurückgedrängt wird, beruft sie sich dabei zu Unrecht auf das Prinzip der Mehrheitsentscheidung (Art. 42 Abs. 2 GG). Diesem ist nämlich schon dadurch Rechnung getragen, dass die Ablehnung eines Antrags keine Begründung in der Sache erfordert. Wer sich warum auch immer unzureichend informiert fühlt, kann schon aus diesem Grund mit nein stimmen. Verfehlt die Vorlage dann die Mehrheit, geht das Verfahren von vorne los. Das Mehrheitsprinzip ist aber kein Recht auf einen Zeitgewinn für die plebiszitäre Mobilisierung gegen ein Gesetzgebungsverfahren, wie ihn das BVerfG der Opposition jetzt eingeräumt hat.

Dieser Gesichtspunkt führt zu einem letzten Zweifel an der inneren Redlichkeit der ergangenen einstweiligen Anordnung. Gemeint ist damit nicht die in der öffentlichen Diskussion sofort von interessierter Seite gestellte Frage der Parteilichkeit des Gerichts. Sie führt im Regelfall nur zu unergiebigem Motivforschung. In einem Punkt allerdings ist die Parteilichkeit des mit 5:2 Stimmen ergangenen Beschlusses konkret und fragwürdig. Der Berichterstatter, der Richter Peter Müller, hat jüngst in einer auch sonst äußerst aufschlussreichen CDU-Parteitagrede verkündet, die Pariser Klimaziele seien ohnehin nicht mehr zu erreichen, deshalb müsse jetzt mehr über Anpassung an den Klimawandel und die Sicherung des Wohlstands gesprochen werden. Gegenüber dem Umstieg auf elektrische Wärmeerzeugung, der im Zentrum des GEG steht, wird Müller in der lokalen, bemerkenswerterweise aber nicht in der überregionalen Presse wie folgt zitiert ([Saarbrücker Zeitung v. 15. April 2023](#)): „Strombasierte Prozesse heißen in der Situation, in der wir jetzt sind: mehr Kohlekraftwerke, mehr fossile Energien, mehr CO₂, mehr Klimawandel und nicht weniger. Das ist die Wahrheit, über die man in diesem Land doch noch reden können muss.“ Mit rationalen Entscheidungsprozessen in einer Demokratie habe das nach Auffassung des Richters Müller, so der Zeitungsbericht weiter, „vergleichsweise wenig“ zu tun. „Am Ende ist der Umwelt nicht geholfen, dem Industriestandort Deutschland aber geschadet.“ Vor dem Rede- und Beratungs-

recht der Abgeordneten in Sachen Gebäudeenergiegesetz stand also der erklärte Redebedarf des (Wut-)Bürgers und (Sachlichkeits-)Richters Peter Müller. Dass es der Senat in dieser Situation offenbar versäumt hat, ausgerechnet gegenüber dem Berichterstatter auf den fälligen und nach den **eigenen** Maßstäben **des Senats** auch offensichtlich begründeten Selbstablehnungsantrag nach § 19 Abs. 3 BVerfGG hinzuwirken, wirft kein gutes Licht auf den Beschluss.

Dieser Beitrag ist vorläufig; sollten sich durch die ausstehende Veröffentlichung des Beschlusses neue Gesichtspunkte ergeben, wird er aktualisiert.

Transparenzhinweis: Der Autor ist Bevollmächtigter des Landtags Nordrhein-Westfalen in einem Organstreitverfahren gegen die kurzfristige Änderung der Tagesordnung beim parlamentarischen Verfahren zur Feststellung einer Haushaltsnotlage im Jahr 2023 (Aktenzeichen: NW-VerfGH 42/23).

Anna-Katharina König, Sophie Oerke

Eine goldene Brücke zur Vergesellschaftung



Teil 1 zum wegweisenden Abschlussbericht der Berliner Expert*innenkommission

doi: 10.17176/20230707-231202-0

Seit einigen Wochen steht die Berliner Landesregierung in den Schlagzeilen, weil sie die bereits geplante Verkehrswende der Innenstadtbezirke aktiv blockiert. In den kommenden Monaten wird sich der CDU-geführte Senat nun mit einem weiteren transformativen Projekt auseinandersetzen müssen, das ihn an die Grenzen seiner politischen Komfortzone bringen dürfte: Das der Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“.

Ziel der Initiative ist es, die Wohnbestände von Unternehmen zu vergesellschaften, die im Land Berlin über 3000 Wohnungen halten und diese profitorientiert bewirtschaften. Die betroffenen Wohnungen sollen dauerhaft in eine Anstalt des öffentlichen Rechts überführt und im Anschluss gemeinwohlorientiert vermietet werden. Die Möglichkeit einer solchen Vergesellschaftung ist ausdrücklich in Art. 15 GG vorgesehen, der es erlaubt, gegen Entschädigung Grund und Boden zum Zwecke der Vergesellschaftung in Gemeineigentum zu überführen. Im September 2021 stimmten die Berliner*innen im Rahmen eines [Volksentscheids](#) mehrheitlich dafür, einen Gesetzentwurf zur Durchführung einer solchen Vergesellschaftung zu erarbeiten. Mit Art. 15 GG mobilisierten sie dabei eine Grundrechtsvorschrift, die in den vergangenen Jahrzehnten fast vollständig in Vergessenheit geraten ist und noch nie Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens war.

Nicht zuletzt aufgrund der Unsicherheit im Umgang mit Art. 15 GG setzte der Berliner Senat im Frühjahr 2022 unter Führung der damals regierenden Bürgermeisterin Franziska Giffey eine Expert*innenkommission ein, welche die rechtliche und praktische Umsetzbarkeit des Vergesellschaftungsvorhabens prüfen sollte. Mit insgesamt [13 Mitgliedern](#), darunter 10 Jurist*innen sowie Expert*innen für Stadtforschung, Infrastrukturwirtschaft und Genossenschaftsökonomie war die Kommission interdisziplinär und hochkarätig besetzt. Vergangene Wo-

che veröffentlichten die Kommissionsmitglieder nun ihren [Abschlussbericht](#), der in Bezug auf Art. 15 GG die wohl bedeutsamste Veröffentlichung der vergangenen 70 Jahre ist. Eine deutliche Mehrheit der Kommissionsmitglieder hält das Vorhaben der Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ für verfassungsgemäß. Der Bericht schlägt eine Brücke zwischen bisher unversöhnlichen Rechtsverständnissen des Art. 15 GG – ein innovativer Kompromiss, den auch das Bundesverfassungsgericht wählen könnte. Im Folgenden soll dieser näher beleuchtet werden.

Ein zeitgemäßer Kompromiss zwischen konfligierenden Verfassungsverständnissen

Mit der Möglichkeit, Privateigentum in kollektive Eigentumsformen zu überführen, hält Art. 15 GG die Verfassung für nicht-kapitalistische Wirtschaftsformen offen – ein Verfassungsprinzip, das heute gemeinhin unter dem Begriff der „wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes“ bekannt ist. Während in den 1950er Jahren selbst unter konservativen Verfassungsrechtler*innen anerkannt war, dass der Vergesellschaftung ein eigenständiger Verfassungswert zukommt,¹ wurde Art. 15 GG im Verlauf der Jahrzehnte zunehmend als bloße Eingriffsbefugnis in das Privateigentum verstanden. Auch innerhalb der Berliner Expert*innenkommission wurden diese divergierenden Verständnisse über die Rechtsnatur des Art. 15 GG vertreten.

So bezeichnen zwei Kommissionsmitglieder Art. 15 GG im Abschlussbericht als ein „demokratisch-soziales Grundrecht“ bzw. als „demokratische Offenhaltungsnorm“ (Rn. 118). Die Vorschrift garantiere demnach einer demokratischen Mehrheit, die Verteilungsverhältnisse im eigentumsrechtlichen Bereich gestalten zu können. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis des Privateigentums gegenüber anderen Eigentumsformen ist der Verfassung da-

¹Vgl. beispielsweise Ipsen, VVDStRL 10 (1952), S. 74 (102 ff.).

nach nicht zu entnehmen. Deshalb ist auch ein Eingriffs-Abwehr-Denken zugunsten privater Eigentumspositionen Art. 15 GG nach diesem Verständnis fremd.

In einem Sondervotum verstehen drei Kommissionsmitglieder die Vergesellschaftung demgegenüber ausschließlich als Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG (Sondervotum, S. 111 f.). Privatnützige Eigentumsformen genießen demnach einen klassisch abwehrrechtlichen Schutz gegenüber dem sozialisierenden Gesetzgeber und seien insofern verfassungsrechtlich priorisiert.

Vor dem Hintergrund dieser konfligierenden Grundrechtsverständnisse hat der Abschlussbericht nun einen grundrechtstheoretischen Mittelweg eingeschlagen. Die Kommissionsmehrheit versteht Art. 15 GG sowohl als wirtschaftspolitische Offenhaltungsnorm als auch als Eingriffsmöglichkeit in das Privateigentum. Sie erkennt die Vergesellschaftung von Privateigentum damit als eigenständigen Zweck an, berücksichtigt andererseits aber auch den Eingriffscharakter, den ein solches Vorhaben gegenüber betroffenen Eigentümer*innen hat. Art. 15 GG ist demnach ein eigenständiges Rechtsinstitut, das zwischen Grundrechtseingriff und demokratischem Gestaltungsrecht steht. Dieses Rechtsverständnis ist im Vergleich zu den Auslegungsvorschlägen der 1940er und 50er Jahre weniger radikal, allerdings durchaus zeitgemäß. Zeitgemäß, weil sich in Deutschland in den vergangenen 75 Jahren eine soziale Marktwirtschaft etabliert hat, in der das Privateigentum an Grund und Boden weitgehend unhinterfragt zum politischen *Status quo* geworden ist. Zeitgemäß auch, weil die Grundrechtsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts seit vielen Jahrzehnten von einem Eingriffs-Abwehr-Denken geprägt ist, das auch die Auslegung der Eigentumsgarantie in Art. 14 GG erfasst hat.

Der grundrechtstheoretische Kompromiss des Abschlussberichts schlägt sich in einigen dogmatischen Innovationen und praktischen Umsetzungsvorschlägen nieder. Hervorzuheben sind hier insbesondere der Umgang der Kommissionsmehrheit mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung, ihre Berechnung der Entschädigungshöhe sowie der Hinweis, dass eine Vergesellschaftung gem. Art. 15 GG auch kapitalmarktorientierte Wohnungsunternehmen erfassen kann.

Ein Novum: Die Modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung

Bereits in mehreren vorangegangenen Gutachten sowie im [Zwischenbericht](#) der Expert*innenkommission vom Dezember 2022 zeichneten sich verschiedene Auffassungen darüber ab, ob und inwiefern Vergesellschaftungen i.S.d. Art. 15 GG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen müssen.

Ein Teil der Kommission hält den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mangels Eingriffscharakters des Art. 15 GG für nicht anwendbar. Auch die Kommissionsmehrheit geht auf die Besonderheit des Art. 15 GG als eigenständiges Rechtsinstitut ein, dessen primärer Zweck gerade in der Überführung privatnütziger Eigentumsformen in eine gemeinwohlorientierte Wirtschaftsform liege. Weil dadurch allerdings auch nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützte subjektive Rechte entzogen werden könnten, stelle Art. 15 GG gleichzeitig einen Eingriff dar, der einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müsse. Die Kommissionsmehrheit versteht die Vergesellschaftung also als nicht-rechtfertigungsbedürftigen Selbstzweck und als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff zugleich.

Dieser grundrechtstheoretische Mittelweg führt die Kommission dann zu einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung: Sie begreift die Vergesellschaftung einerseits als eigenständigen legitimen Zweck. Andererseits bezieht sie auch sonstige mit dem Vergesellschaftungsvorhaben verfolgte Ziele in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein – wie beispielsweise die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichend bezahlbarem Wohnraum. Zusammen bilden diese Ziele ein sogenanntes Zweckbündel (Rn. 149). Offen lässt die Kommission allerdings, ob der Selbstzweck der Vergesellschaftung und die dahinterstehenden Zwecke kumulativ oder nur alternativ erforderlich sind. Da das Berliner Vorhaben ohnehin mehrere Zwecke verfolge, komme es hierauf laut Abschlussbericht nicht an (Rn. 140 f.). Die Erforderlichkeitsprüfung könne von Natur aus jedenfalls nur in Bezug auf externe Zwecke durchgeführt werden, die nach einem neu entwickelten Kriterium der „Offensichtlichkeit“ zu einer abgeschwächten Kontrolldichte führe. Nach diesem Kriterium müssen gleich geeignete Mittel zur Verfolgung dieser Gemeinwohlziele *offensichtlich* milder als eine Vergesellschaftung sein. Über diese abgeschwächte Prüfung trägt die Kommission ihrem Verständnis Rechnung, dass bereits die Vergesellschaftung als solche ein verfassungsrecht-

lich anerkannter Zweck ist. Auch im Rahmen der Angemessenheit fällt dieser eigenständige Vergesellschaftungszweck ins Gewicht. Art. 15 GG bringe hier einen gewissen Abwägungsvorsprung zugunsten von Allgemeininteressen zum Ausdruck. So betont die Kommission den weiten Prognosespielraum des Gesetzgebers, der sich damit begründen lasse, dass eine Vergesellschaftung i.S.d. Art. 15 GG stets komplex sei (Rn. 195 ff.). Zudem dürfe der Umfang der Eigentumseingriffe nicht *per se* negativ gewichtet werden, da Legalvergesellschaftungen naturgemäß auf einen großen Umfang angelegt seien (Rn. 179). Anhand dieser Maßstäbe bewertet die Kommission das Berliner Vorhaben schließlich als verhältnismäßig (Rn. 145 ff.).

Diese modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung kann durchaus als dogmatische Innovation des Abschlussberichts bezeichnet werden. Die Kombination aus Selbstzweck (Art. 15 GG als Offenhaltungsnorm) und externen Zwecken (Art. 15 GG als Eigentumseingriff) führt hier zu einer Aufweichung der klassischen Eingriffs-Abwehr-Dogmatik die sich nicht in einer herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung abbilden lässt.

Sozialstaatsorientierte Entschädigungszahlungen

Auch bei der Beurteilung der Entschädigungszahlung wird die Rechtsnatur von Art. 15 GG relevant. Nach Art. 15 S. 2 GG sind im Fall einer Vergesellschaftung die Maßstäbe der EnteignungsentSchädigung aus Art. 14 Abs. 3 S. 3 und 4 GG entsprechend anzuwenden, welche eine gerechte Interessenabwägung vorsehen. Die Eigenständigkeit des Vergesellschaftungsartikels schlägt sich nun laut Abschlussbericht in einer Interessenlage nieder, die sich von Enteignungssachverhalten unterscheidet (Rn. 209, 226). So müsse, anders als bei einer Enteignung, für eine Vergesellschaftung nicht vom Verkehrswert ausgegangen werden. Eine Entschädigung könne daher auch deutlich geringer ausfallen, wobei die genaue Entschädigungsberechnung dem Gesetzgeber obliege.

Im Abschlussbericht werden dafür drei alternative Berechnungsmodelle aufgezeigt (Rn. 231 ff.). Die Entschädigung könne sich nach der fiskalischen Leistbarkeit der öffentlichen Hand richten. Rein fiskalische Interessen seien ausnahmsweise dann als Belange der Allgemeinheit in der Abwägung zu berücksichtigen, wenn das Vergesellschaftungsvorhaben seiner Art nach ansonsten nicht rea-

liert werden könne. Diese Auslegung stütze der strukturelle Charakter der Vergesellschaftung, der auch umfangreiche Vorhaben zur Umgestaltung der Wirtschaft fiskalisch nicht verunmöglichen soll. Alternativ könne die Entschädigung auch anhand eines hypothetischen Verkehrswerts bemessen werden. Dieser würde auf Grundlage von potenziell möglichen Schrankenbestimmungen berechnet werden, die grundsätzlich nach Art. 14 Abs. 1 GG entschädigungslos hinzunehmen sind. Als eine solche potenzielle Schrankenbestimmung führt die Kommission beispielsweise die öffentliche Wohnraumbewirtschaftung an (Rn. 243). Die Einführung einer solchen Gesetzgebung würde den Verkehrswert der jeweiligen Grundstücke verringern, woran sich die VergesellschaftungsentSchädigung dann orientieren könnte.

Als besonders innovativ erweist sich der Vorschlag einer sozialstaatsorientierten Entschädigungsbemessung, die von Mieterträgen einer gemeinwirtschaftlichen Bewirtschaftung ausgeht. Die Mieten müssten sich dabei nach der Bezahlbarkeit für kleine und mittlere Haushalte richten. Die Einbeziehung dieser sozialstaatlichen Erwägungen in die Entschädigungsberechnung entspricht der dogmatischen Einordnung der Vergesellschaftung als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips.² Ein rein abwehrrechtliches Eigentumsverständnis, bei dem die Entschädigung grundsätzlich vom Ersatz des Verkehrswertes ausgeht, wird damit aufgegeben.

Vergesellschaftung kapitalmarktorientierter Wohnungsunternehmen

Dass der Abschlussbericht Art. 15 GG einen eigenständigen Verfassungszweck beimisst, äußert sich nicht zuletzt auch in einem praktischen Vorschlag zur Umsetzung des Berliner Vergesellschaftungsvorhabens. So enthält der Bericht den Hinweis, dass eine Vergesellschaftung auch den Wohnbestand kapitalmarktorientierter Unternehmen erfassen kann (Rn. 327 ff.). Anstatt eine Vergesellschaftung an der Bestandsgröße von 3000 Wohnungen festzumachen, erlaubt es Art. 15 GG also auch, an die Unternehmensausrichtung anzuknüpfen.

Mit diesem Vorschlag reagiert die Kommission auf die zunehmende „Finanzialisierung“ des Berliner Wohnungsmarktes, d.h. auf die kapitalmarktorientierte Bewirtschaftung von Wohnungen. Kapitalmarktorientierte Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass sie Wohn-

²Schliesky, in: Bonner Kommentar GG, Art. 15, 153. Aktualisierung 2011, Rn. 4.

immobilien ausschließlich als Vermögenswerte halten, die einen möglichst hohen Gewinn erwirtschaften sollen (Rn. 336). Da dieser Gewinn sodann ausgeschüttet wird, führt die Kapitalmarktorientierung nachweislich zu einer Wohnraumbewirtschaftung mit steigenden Mieten, die auf geringe Instandhaltungs- und hohe Modernisierungskosten angelegt ist. Die profitorientierte Verwertung von Grund und Boden kommt in diesen Unternehmen gewissermaßen in ihrer Reinform zum Ausdruck.

Da die Vergesellschaftung bezweckt, ein solches rein privatnütziges Verwertungsverhalten zu beenden, erfasst sie gerade kapitalmarktorientierte Unternehmensformen. Umgekehrt können gemeinnützig wirtschaftende Wohnungsunternehmen – wie Genossenschaften und landeseigene Unternehmen – von einer Vergesellschaftung ausgenommen werden (Rn. 303 ff.). Der Vorschlag der Kommissionsmehrheit lässt sich insofern als eine zeitgemäße Auslegung des Art. 15 GG verstehen. Die Kommissionsmitglieder adressieren hier die sozialen Folgen der Finanzialisierung und berücksichtigen ein neues privatwirtschaftliches Phänomen, das bei Inkrafttreten des Grundgesetzes so noch nicht absehbar war.

Das transformative Potenzial des Grundgesetzes

Wie das Kommissionsmitglied Anna-Katharina Mangold in einem [Interview](#) äußerte, dürfte die Vergesellschaftung „eines, wenn nicht das wichtigste verfassungsrechtliche Projekt unserer Zeit“ sein. Der Kommissionbericht entwickelt das transformative Potenzial des Art. 15 GG und schlägt dabei eine Brücke zwischen bisher unversöhnlichen Grundrechtsverständnissen. Der Bericht dient damit nicht nur als Wegweiser für eine Transformation des Berliner Wohnungsmarktes. Er offenbart ganz grundsätzlich den Spielraum, den das Grundgesetz unserer Demokratie überantwortet hat, um dem Grundkonflikt zwischen privater Gewinnmaximierung und öffentlicher Daseinsvorsorge zu begegnen. Inwiefern die Berliner*innen das wirtschaftspolitische Potenzial des Art. 15 GG realisieren werden, bleibt indes eine offene Frage.

In Teil 2 gehen Georg Freiß und Timo Laven der Frage nach, ob und inwiefern in Berlin nun tatsächlich eine Vergesellschaftung durchgeführt wird.

Georg Freiß, Timo Laven

Vergesellschaftungsverzögerungsgesetz

Teil 2 zum wegweisenden Abschlussbericht der Berliner Expert*innenkommission

doi: 10.17176/20230707-231148-0



*In Teil 1 analysieren Anna-Katharina König und Sophie Oerke den Abschlussbericht der Expert*innenkommission.*

Nach dem Ergebnis des Volksentscheids entschied sich die damalige rot-rot-grüne Regierung dazu, eine Kommission mit Expert*innen mit der Erstellung eines Gutachtens über die Verfassungsmäßigkeit der Vergesellschaftung zu beauftragen, **das nun vorgelegt wurde**. Das Gutachten, das Katharina König und Sophie Oerke in Teil 1 ausführlich besprechen, trifft auf Skepsis der neuen schwarz-roten Regierung. **Der regierende Bürgermeister Kai Wegner** kündigte entsprechend dem **Koalitionsvertrag** ein „Vergesellschaftungsrahmengesetz“ an, dessen genauer Inhalt bislang noch unbekannt ist, das aber jedenfalls keine unmittelbare Vergesellschaftung bewirken soll. Hinter dem Rahmengesetz steht das Kalkül, eine verfassungsgerichtliche Kontrolle zu erzielen, bevor tatsächliche Vergesellschaftungsmaßnahmen ergriffen werden. Aus diesem Grund soll das Rahmengesetz auch erst mit zwei Jahren Verzögerung in Kraft treten. **Wegner kündigte bereits an**, er sei sich „**ziemlich sicher**“, dass „Gerichte“ zu dem Schluss kommen würden, dass ein Vergesellschaftungsgesetz verfassungswidrig sei. Mit diesem Plan begibt sich der Senat sowohl verfassungsrechtlich als auch politisch auf einen Irrweg.

Der Weg nach Karlsruhe mit (eigentlich) leeren Händen

Das vom Koalitionsvertrag vorgesehene Gesetz soll „einen Rechtsrahmen und objektive qualitative Indikatoren bzw. Kriterien für eine Vergesellschaftung nach Art. 15 GG in den Geschäftsfeldern der Daseinsvorsorge (z. B. Wasser, Energie, Wohnen) sowie Grundsätze der jeweils erforderlichen angemessenen Entschädigung definier[en]“ und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (Koalitionsvertrag, S. 50 f.). Der Plan der Landesregierung, eine verfassungsgerichtliche Kontrolle durch den Erlass eines Rahmengesetzes zu erreichen, ist verfassungsprozessrechtlich bedenklich und nicht geeignet, zur Klärung inhaltlicher Fragen beizutragen. Die Folgen

des Verfahrens werden lediglich im Bereich des Politischen liegen.

Dadurch, dass eine Sozialisierung nach Art. 15 GG nur durch ein eigenes Gesetz möglich ist, kann das Rahmengesetz allenfalls als Selbstverpflichtung des Landesgesetzgebers für künftige Sozialisierungsgesetze verstanden werden. Eine Sozialisierung, die die Voraussetzungen des Rahmengesetzes nicht einhält, würde dieses als *lex posterio* verdrängen. Es führt weder zu unmittelbaren Rechtsfolgen noch zu einer Bindung des Gesetzgebers. Ein Rahmengesetz auf Bundesebene würde immerhin eine Bindungswirkung gegenüber den Ländern entfalten und könnte zu einer Sperrung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG führen.

Verbot widersprüchlichen Handelns als Zulässigkeits-sperre?

Der naheliegende Weg nach Karlsruhe führt über eine Verfassungsbeschwerde von Wohnungskonzernen wegen möglicher Grundrechtsverletzungen. Nach Maßgabe des Koalitionsvertrags soll sich das Rahmengesetz jedoch nicht auf eine bestimmte Branche und erst recht nicht auf einzelne Unternehmen beziehen. Die für die Verfassungsbeschwerde erforderliche gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit könnte daher nicht aus dem Rahmengesetz selbst, sondern allenfalls in Verbindung mit den politischen Ereignissen hergeleitet werden. Dies genügt nach den bisherigen Maßstäben der Rechtsprechung nicht den Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Der erfolgsversprechendste Weg führt daher über eine abstrakte Normenkontrolle (**Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG**) nach Karlsruhe. Sowohl Kai Wegners Landesregierung als auch die Bundestagsfraktionen von CDU, FDP, AfD kämen hier als Antragstellerinnen mutmaßlich in Betracht.

Ein Antrag auf Normenkontrolle gegen ein Gesetz des eigenen Landesparlaments beinhaltet einen nicht unerheblichen Selbstwiderspruch. Denn auch wenn es sich bei der abstrakten Normenkontrolle nicht um ein kontradik-

torisches Verfahren handelt, wird teils von der jeweiligen Landesregierung als „natürlichem Antragsgegner“ gesprochen.¹ Zwar werden Gesetze durch die Landesparlamente, nicht die Landesregierungen erlassen, sodass ein Normenkontrollantrag durch die Landesregierung aus der Perspektive der Gewaltenteilung zunächst unproblematisch scheint. Dies lässt allerdings außer Acht, dass die Gesetzesentwürfe in der Regel von den Landesregierungen ausgearbeitet und mit den Stimmen der sie tragenden Fraktionen verabschiedet werden. Ein solches – in zivilrechtlichen Worten – *venire contra factum proprium* könnte auf Ebene des objektiven Klarstellungsinteresses berücksichtigt werden. Die Überzeugung von der Nichtigkeit indiziert das im Regelfall, was mit der besonderen Verpflichtung der Antragsteller*innen zur Verfassung begründet wird.² In Fällen eines gegen ein eigenes Gesetz gerichteten Antrags könnte diese Vermutung durchbrochen sein. Schließlich hat die Landesregierung nicht bloß nachträgliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit, sondern erlässt ein möglicherweise verfassungswidriges Gesetz gerade mit dem konkreten Plan einer späteren abstrakten Normenkontrolle. Für diese Fälle sieht § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ein sogenanntes Normbestätigungsverfahren vor, das aber voraussetzt, dass das Gesetz zuvor durch ein Gericht oder eine Behörde wegen Zweifels an der Verfassungsmäßigkeit nicht angewandt wurde. Da die Sozialisierung nur durch ein eigenes Gesetz erfolgen kann, werden diese einfachrechtlichen Voraussetzungen nie erfüllt sein.

Daneben könnte auch eine Bundestagsfraktion den Antrag auf abstrakte Normenkontrolle einlegen. Bei einem Antrag der Unionsfraktion wäre der Widerspruch zumindest weniger offensichtlich. Doch ist es äußerst unüblich, dass eine Bundestagsfraktion ein Normenkontrollverfahren gegen Gesetze der eigenen Landesregierungen anstrebt. Dabei handelt es sich allerdings eher um ein politisches als um ein rechtliches Problem. Der Antrag einer Bundestagsfraktion wäre daher nicht *per se* unzulässig.

Der fehlende Regelungsgehalt des Rahmengesetzes

Schließlich stellen sich bei einem Normenkontrollverfahren auch auf Ebene der Begründetheit diverse Fragen. Fällt der konkrete Bezug zu – zumindest potenziell – be-

troffenen Unternehmen weg, beschränkt sich die Prüfung auf die allgemeine Verfassungsmäßigkeit des Rahmengesetzes. Dieses soll aber lediglich regeln, dass der Bereich der Daseinsvorsorge Gegenstand der Vergesellschaftung sein kann, die Verhältnismäßigkeit gewahrt und eine angemessene Entschädigung gezahlt werden soll. Damit ergänzt das Rahmengesetz Art. 15 GG lediglich um Voraussetzungen, die selbst nach restriktivsten Interpretationsansätzen verfassungsrechtlich unproblematisch zulässig sind. Aufgrund der hohen Komplexität kann eine verfassungsrechtliche Überprüfung von Vergesellschaftungsmaßnahmen nur bei unmittelbarer Anwendung und konkretem Sachverhalt als zielführend erachtet werden. Im Bericht der Kommission zeigt sich, dass die zentralen Fragen innerhalb der einzelfallbezogenen Abwägung liegen: Auch das Sondervotum geht davon aus, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung weniger enge Maßstäbe als bei Enteignungen wahren muss und eine Entschädigung unterhalb des Verkehrswertes möglich sei (Sondervotum, S. 124 f.). Die Autoren messen dem Eigentum lediglich auf Abwägungsebene größeres Gewicht zu und erkennen nicht an, dass schon die Vergesellschaftung selbst bereits einen legitimen Zweck darstellt (Abschlussbericht, Rn. 140 f.). Nach den Plänen für das Rahmengesetz wären also auch die nach dem Sondervotum vorgesehenen Voraussetzungen gewahrt. Für die Prüfung eines Rahmengesetzes bedeutet dies, dass es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verfassungsgemäß sein wird. Die für die Verfassungsmäßigkeit relevanten Fragen liegen erst in einem Bereich jenseits des Rahmengesetzes, wenn für die Umsetzung eine konkrete Abwägung vorgenommen und eine Entschädigungssumme festgelegt wird. Sollte der Senat davon ausgehen, dass schon das Rahmengesetz verfassungswidrig wäre, würde dies dazu führen, dass *de facto* jede Vergesellschaftung für verfassungswidrig gehalten würde. Dem Art. 15 GG würde damit effektiv der Anwendungsbereich abgesprochen.

Über die mangelnde Sinnhaftigkeit hinaus ist der Plan des Senats auch institutionell problematisch. Eine *ex ante*-Prüfung eigener Gesetze war ab 1953 über ein Gutachtenverfahren aus § 97 BVerfGG a.F. möglich, wurde aber bereits drei Jahre später wieder abgeschafft. Das Vorgehen des Senats muss daher unter dem Verdacht stehen, diese gesetzgeberische Entscheidung zu unterlaufen und

¹v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 93 Rn. 119

²BeckOK BVerfGG § 76, Rn. 13

könnte einen problematischen Präzedenzfall dafür darstellen, die Grenzen des Verfassungsrechts auf „sicherem Wege“ über den Erlass von inhaltslosen Rahmengesetzen auszuloten. Das Bundesverfassungsgericht scheint daher gut beraten zu sein, eine solche Praxis von vornherein mit dem Hinweis zu unterbinden, man möge ihm doch Gesetze vorlegen, die auch tatsächliche Wirkung entfalten und sich nicht mit abstrakter Maßstabildung begnügen.

Die unwillige Koalition

Dass der Senat nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts nicht enthusiastisch beginnt, die Vergesellschaftung umzusetzen, vermag in Anbetracht der öffentlich kundgetanen Ablehnung nicht überraschen. Vielmehr scheint man sich nicht allzu weit aus dem Fenster zu lehnen, wenn man in der Verabschiedung eines Rahmengesetzes eine **Verschleppungstaktik** zu erkennen meint.

Das Verhalten der schwarz-roten Landesregierung wirft im Hinblick auf den zum Ausdruck gebrachten Volkswillen Fragen auf. Zwar verpflichtet der Beschlussvolksentscheid die Landesregierung nicht dazu, eine Vergesellschaftung tatsächlich umzusetzen, doch würde sie sich dem Willen von 57,6 % der abstimmenden Bevölkerung entgegensetzen. Im Ergebnis der Neuwahlen im Februar 2023 zugleich eine Ablehnung der Vergesellschaftung zu sehen, würde die Motivation für die Wahlentscheidung einseitig verkürzen. Wenn eine Umsetzung der Vergesellschaftung unterbleibt, müssen sich Senat und Abgeordnetenhaus dem Vorwurf aussetzen, den ausdrücklichen Willen der Bevölkerung zu missachten.

Nach dem bisherigen Plan ignoriert die Regierung den Volksentscheid allerdings weder vollständig, noch bemüht sie sich ernsthaft um eine Umsetzung. Darin kann das Dilemma der Regierung ausgemacht werden: Einerseits würde eine Absage an die Sozialisierung einen Bruch mit dem deutlich geäußerten demokratischen Willen bedeuten, andererseits stellt die Vergesellschaftung in den Augen der Union einen „**verfassungswidrigen Irrweg**“ dar, in dem Franziska Giffey eine nicht zu überschreitende „**rote Linie**“ sieht. Man könnte durchaus verleitet sein, im Rahmengesetz einen vernünftigen Mittelweg erkennen zu wollen, schließlich sind ein Großteil der Rechtsfragen rund um Art. 15 GG verfassungsgerichtlich ungeklärt. Die äußerst ungeschickte Umsetzung und die zweifelhafte verfassungsrechtliche Relevanz des Vorhabens führt jedoch nicht dazu, dass wesentliche Fragen geklärt werden können. Stattdessen ermöglicht es der Re-

gierung genau das Beabsichtigte: Das Thema könnte für zwei Jahre von der politischen Landkarte verschwinden, ohne dass der Vorwurf der vollständigen Missachtung des Wähler*innenwillens erhoben werden kann.

Was bleibt?

Eine Vergesellschaftung der Berliner Wohnungskonzerne dürfte damit trotz stattgebenden Gutachtens jedenfalls in dieser Legislaturperiode unrealistisch sein. Wenn das Abgeordnetenhaus schon im Voraus an der Verfassungsmäßigkeit des eigenen Gesetzes zweifelt, muss gleichzeitig die Sorge davor bestehen, dass die Landesregierung es nicht hinreichend sorgfältig ausarbeiten wird. Sollte es wegen handwerklicher Mängel für verfassungswidrig erklärt werden, könnte die Berichterstattung – wie etwa beim Berliner Mietendeckel – den **Eindruck erwecken**, das Gesetz sei auch inhaltlich verfassungswidrig.

Doch umsonst war die Arbeit der Kommission sicherlich nicht. Es handelt sich im Umfang, Tiefe und Kreativität um den wichtigsten Text zu Art. 15 GG seit der Staatsrechtslehrertagung von 1951. Wenn sich zu einer Norm, die meist als „**Verfassungsfossil**“ oder Vorschrift im „Dornröschenschlaf“ bezeichnet wird, eine mit renommierten Staatsrechtslehrer*innen besetzte Kommission für ein Jahr auseinandersetzt, ist dies schon an sich ein historischer Prozess. Darüber hinaus wird auch der Inhalt, der zahlreiche Neuerungen enthält, dafür sorgen, dass das Gutachten den Diskurs der nächsten Jahre bestimmt.

Und auch aus politischer Sicht bleibt die Arbeit wertvoll. Die Befürworter*innen der Initiative haben nun ein gewichtiges Argument für die Verfassungsmäßigkeit ihres Vorhabens gewonnen. Damit ist verhindert, dass das Thema in die Bedeutungslosigkeit fällt. Nachdem ähnliche Initiativen auch in **anderen Städten** und in Bezug auf **RWE** entstanden sind, werden diese vom Abschlussbericht der Kommission ebenfalls profitieren. Wenn Vonovia, die Deutsche Wohnen zwischenzeitlich übernommen haben, wenige Tage nach der Veröffentlichung des Berichts eine **Anhebung der Mieten von etwa 42.000 Haushalten** in Berlin ankündigt, ist nicht davon auszugehen, dass das Thema Wohnen in absehbarer Zeit an Aufmerksamkeit verlieren wird. Für die sozialen Bewegungen ist der Bericht also von unschätzbbarer Bedeutung, für den juristischen Diskurs erhellend; für die Politik erhöht er den Druck noch weiter.

Daniel Haefke

Verschleppte Vergesellschaftung

Der Abschlussbericht der Berliner Expertenkommission und die Hermeneutik des Verdachts

doi: 10.17176/20230705-231133-0



Manche Siege haben einen schalen Beigeschmack. Seit jeher haben die Initiator*innen und Befürworter*innen des Volksentscheides zur Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen („Deutsche Wohnen & Co enteignen“) die Ansicht vertreten, ihr Vorhaben sei verfassungskonform. Knapp zwei Jahre nach Erfolg des Volksentscheides stimmt dem nun die vom Berliner Senat eingesetzte Expertenkommission in ihrem [Abschlussbericht](#) zu. Allerdings ist die Einsetzung der Kommission selbst Teil einer Verschleppungstaktik des Berliner Senats, der den Volksentscheid inhaltlich ablehnt. Die Einsetzung der Kommission, der Abschlussbericht und die Reaktionen auf ihn sind jeweils geprägt von einer verbreiteten Art verfassungspolitisch zu argumentieren, einer „Hermeneutik des Verdachts“, die die Verschleppung durch den Senat erst ermöglicht. Diesem Argumentationsmuster sind sämtliche beteiligten Akteure – Vergesellschaftungsbefürworter*innen, -gegner*innen und rechtswissenschaftliche Expert*innen – verfallen. Es birgt aber für sie alle Risiken.

Eine performative Expertenkommission

Zur Erinnerung: Eine deutliche Mehrheit (59,1% der gültigen Stimmen) sprach sich im September 2021 für den Volksentscheid der Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ aus. In dem Entscheid wurde der Berliner Senat aufgefordert, „alle Maßnahmen einzuleiten, die zur Überführung von Immobilien in Gemeineigentum erforderlich sind“, wobei sich die Initiative ausdrücklich auf die Möglichkeit der Vergesellschaftung nach Art. 15 GG bezog. Große profitorientierte Wohnungsunternehmen sollten demnach sozialisiert und fortan demokratisch verwaltet werden. Der Entscheid war parallel zu der Wahl zum Berliner Abgeordnetenhaus (und der Wahl zum Deutschen Bundestag) abgehalten worden. In den anschließenden rot-grün-roten Koalitionsverhandlungen stellte der Umgang mit dem Ergebnis des Volks-

entscheides ein besonderes Hindernis dar, insbesondere zwischen der Linken (pro Umsetzung) und der von Franziska Giffey geführten SPD (contra Umsetzung). Damals einigten sich die Parteien darauf, bevor sie einen potenziellen Gesetzesvorschlag erarbeiten, eine Expertenkommission einzusetzen. Der Einsetzungsbeschluss erfolgte im März 2022. Ein gutes Jahr später, am 28.06.2023, stellte die Kommission nun ihren Abschlussbericht vor. In diesem hält sie mehrheitlich ein Umsetzungsgesetz für verfassungsrechtlich realisierbar.

Auf den ersten Blick sieht das nach einem klaren Sieg für die Befürworter des Volksentscheides aus. Entsprechend fiel auch die Reaktion der Initiative aus: „Heute ist ein historischer Tag für Berlin“, so [Sprecherin Constanze Kehler](#), da die Kommission klargestellt habe, die Umsetzung des Entscheides sei „rechtssicher“. Allerdings lässt letztere Aussage dem Bericht eine zu große Bedeutung zuteilwerden. Eigentlich müsste man, zugegebenermaßen einer Mobilisierung weniger zuträglich, konstatieren: „Eine Gruppe renommierter Personen mit verfassungsrechtlicher Expertise interpretiert die entscheidenden rechtlichen Normen, insbesondere Art. 15 GG, so, dass der Entscheid umgesetzt werden kann.“ Das ist ganz sicher mehr als nichts. Was im gesellschaftlichen Diskurs als vertretbar und was als unvertretbare Interpretation der Verfassung gilt, ändert sich im Verlaufe der Zeit. Verfassungsinterpretationen, die einst *off the wall* (also außerhalb dessen, was als legitime Auslegung gilt) erschienen, können *on the wall* werden (und umgekehrt).¹ Der Abschlussbericht belegt nachdrücklich, dass das Vergesellschaftungsvorhaben im derzeitigen Diskurs *on the wall* ist.

Was der Bericht hingegen nicht belegt, ist die „Rechtssicherheit“ des Vorhabens. Warum das so ist, offenbaren die Punkte, zu denen unterschiedliche Auffassungen innerhalb der Kommission vertreten wurden und die letztlich auch zu mehreren Sondervoten führten. Sie

¹Siehe insgesamt Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, 2011.

betreffen insbesondere die Fragen, (1) ob und – wenn ja – zu welchem Grad die Vergesellschaftung nach Art. 15 GG einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt, (2) welcher Maßstab an die zu zahlende Entschädigung anzulegen ist und (3) ob Art. 23 der Verfassung von Berlin, der im Gegensatz zum Grundgesetz nicht von Sozialisierung spricht, eine Sperrwirkung gegenüber Art. 15 GG entfaltet oder zumindest landesgesetzliche Sozialisierungsbestrebungen begrenzt.² Auch diese Auffassungen werden im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs prominent vertreten (unter anderem von den Autoren der Sondervoten), auch sie sind *on the wall*. Entscheidend für die „Rechtssicherheit“ wird aber sein, wie sich eine ganz andere Gruppe von Expert*innen positionieren wird: die Verfassungsrichter*innen in Berlin und Karlsruhe.

Dass diese sich mit den drei Fragen beschäftigen werden, ist abzusehen. Während die Expertenkommission ihrer Arbeit nachging, kam es infolge der Ungültigerklärung der Abgeordnetenhauswahl durch den Berliner Verfassungsgerichtshof zur Wiederholungswahl. Nach dieser ging die SPD als Juniorpartner eine Koalition mit der CDU unter Kai Wegner ein, womit der Senat nun fest in offener Opposition zur Umsetzung des Volksentscheides steht. Wegner kündigte nach Erhalten des Abschlussberichtes an, zunächst ein Vergesellschaftungsrahmengesetz zu prüfen, das zudem ohnehin erst mit Verzögerung in Kraft treten soll, damit das Bundesverfassungsgericht Zeit hat, über die Verfassungsmäßigkeit entscheiden zu können. Der Senat will also ein Gesetz vorschlagen, an dessen Verfassungskonformität er selbst offen zweifelt, und das er – es wird spannend sein, wie – daher in Karlsruhe prüfen lassen möchte mit der kaum verhohlenen Hoffnung, dort würden die Zweifel geteilt. Die politische Taktik des Berliner Senats ist dabei, erst recht nach dem Regierungswechsel, maximale Verzögerung. Erst soll ein Vergesellschaftungsrahmengesetz geprüft, dann gegebenenfalls verabschiedet, dann vom Verfassungsgericht geprüft werden und dann erst gelten. Frühestens danach könnte es zu einer Umsetzung des Volksentscheides kommen – muss es aber nicht. Auch die Expertenkommission ist rückblickend ganz in einer Linie mit diesen Verzögerungsbemühungen zu sehen.

Der Senat hatte der Kommission den Auftrag gestellt,

²Ein weiteres Sondervotum von Christian Waldhoff befasst sich mit der Frage, ob neben Genossenschaften und gemeinnützigen Wohnungsunternehmen auch nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtete kirchliche Wohnungsunternehmen und Wohnungsunternehmen von Religionsgemeinschaften von der Sozialisierung ausgenommen werden müssen.

³Duncan Kennedy, „A Political Economy of Contemporary Legality“, in: *The Law of Political Economy*, edited by Poul F. Kjaer,

(1) die Verfassungskonformität der Umsetzung des Volksentscheides zu untersuchen und (2) mögliche rechtssichere Wege einer Vergesellschaftung zu erkunden und dazu Empfehlungen vorzulegen. Zu der Kernfrage nach der Verfassungskonformität waren die wesentlichen verfassungsrechtlichen Argumente längst bekannt und ausgetauscht (auch auf dem Verfassungsblog befassten sich schon 2021 [hier](#) und [hier](#) Beiträge mit den drei Fragen, zu denen es bis zum Schluss in der Kommission zwar eine deutliche Mehrheit, allerdings gerade keinen Konsens gab). Auch welche Expert*innen welche Positionen vertreten, war vorher weitgehend kein Geheimnis. Interessanter ist der, medial deutlich weniger beachtete, zweite Teil des Auftrages, der sich mit dem wie und nicht dem ob einer verfassungskonformen Umsetzung befasst. Hierzu entwickelt die Kommission relevante und auch teilweise neue Ansätze, etwa zur Entschädigungsberechnung oder auch der Möglichkeit einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Doch wieder liegt der Fehler bereits im Einsetzungsbeschluss, wenn er suggeriert, die Expert*innen könnten nicht nur mögliche Wege aufzeigen, sondern gerade auch „rechtssichere“. Er vermischt verschiedene Aspekte der Rechtsberatung: Vorschläge zur Ausgestaltung der Umsetzung einerseits (dafür muss man die Umsetzung wollen) und vermeintliche objektive Expertise zur richtigen Auslegung der Verfassung andererseits. So präsentiert sich das Zwischenschalten der Kommission, insbesondere sofern er das ob der verfassungskonformen Umsetzung betrifft, in erster Linie als performativer Teil einer größerer Verschleppungstaktik.

Verfassungsrecht, Vergesellschaftung und die Hermeneutik des Verdachts

Warum diese Taktik durchaus funktioniert, hat mit der dominanten deutschen Verfassungskultur zu tun. Die Diskussion um die Vergesellschaftung wird, seit Erfolg des Volksentscheides, oft als eine verfassungsrechtliche geführt. Die beidseitige Rhetorik ist dabei geprägt von einer „Hermeneutik des Verdachts“. Mit diesem Begriff beschreibt Duncan Kennedy die dominante Rechtskultur der Gegenwart. Sie sei geprägt von folgender Argumentationsstruktur: (1) Die Gegenseite hat die falsche Antwort aus versteckter ideologischer Präferenz, obwohl (2)

es eine entgegenstehende richtige Antwort gibt.³ Mit dem zweiten Aspekt, dem Betonen der richtigen und unideologischen Antwort, geht Kennedy über die eigentliche Bedeutung der „Hermeneutik des Verdachts“ bei Paul Ricœur, von dem er den Begriff übernimmt, hinaus. Erst dieser zweite Aspekt macht den spezifischen Charakter des Rechtsdiskurses aus. Auch wenn Kennedy in seiner Analyse insbesondere die US-amerikanische Kultur im Blick hat, sollte die Argumentationsstruktur in Deutschland den meisten bekannt vorkommen. Meine Intuition ist, dass hierzulande der erste Aspekt – insbesondere die Vehemenz des Ideologievorwurfes – oft schwächer ist, der zweite Aspekt – nicht zuletzt aufgrund des geringeren Einflusses von Rechtsrealismus und seinen Nachfolgern auf die juristische Ausbildung – dafür noch ausgeprägter.

Natürlich sind nicht alle Interpretationen einer Rechtsnorm gleich haltbar. Manche erscheinen so abwegig, dass sie wohl immer *off the wall* bleiben werden. Ein wichtiger Beitrag der Rechtswissenschaft ist es, solche Ansätze auszusortieren und gleichzeitig verschiedene denkbare Argumentationen zu entwickeln. Es ist dann Aufgabe der Gerichte, konkret eine der Argumentationen zu wählen und anzuwenden. Regelmäßig wird der Horizont der Möglichkeiten durch vorherige Rechtsprechung, also eine früher präferierte Auslegung, begrenzt, auch wenn Gerichte immer wieder entscheiden können, diesen Horizont zu sprengen. In der verfassungsrechtlichen Vergesellschaftungsdebatte, die weitgehend ein Auslegungstreit um Art. 15 GG ist, stehen jedoch deutlich mehr Argumentationswege offen. Das liegt daran, dass es zu diesem nie angewandten Grundgesetzartikel keine substanzielle Verfassungsrechtsprechung gibt, an der man sich orientieren könnte.

Die Wahl zwischen Auslegungen von Art. 15, das wird insbesondere an dem Streit über die Verhältnismäßigkeitsprüfung deutlich, ist auch eine Wahl zwischen gesellschaftspolitischen Grundsatzfragen. Man interveniert in die Krise eines allseits als dysfunktional empfundenen großstädtischen Wohnungsmarktes, indem man bestimmte Krisenantworten erlaubt oder verbietet. Eine (weniger) restriktive Interpretation des verfassungsrechtlich Möglichen ist dabei eine Entscheidung für (weniger) restriktive Grenzen der demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten von Wirtschafts- und Sozialpolitik.

Cambridge, 2020, S. 89-124; Duncan Kennedy, „The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought“, *Law and Critique*, 25/2, S. 91-139.

Dem zutiefst politischen Charakter dieser Wahl zwischen Alternativen, und dem bewussten oder unbewussten Einfluss politischer Präferenzen, können sich die Mitglieder der Expertenkommission nicht entziehen. Insofern trägt das stete Beharren der überwiegend mit Rechtswissenschaftler*innen besetzten Kommission unter Führung der früheren Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin, man liefere ausschließlich (unstreitig ausgiebig vorhandene) verfassungsrechtliche Expertise und keine politische Einschätzung nur zur allgemeinen Hermeneutik des Verdachts bei. Auch die Verfassungsrichter*innen, sollten sie sich irgendwann mit der Frage befassen, werden zwangsläufig eine politische Entscheidung treffen, indem sie sich für eine Interpretation entscheiden.

Riskante Politik - für alle Beteiligten

Die politische Debatte um Vergesellschaftung als eine verfassungsrechtliche zu führen und dabei einer Hermeneutik des Verdachts zu verfallen, bietet für alle beteiligten Akteure zwar kurzfristig attraktive Vorteile, aber langfristig beträchtliche Risiken. Die auf den ersten Blick größten Profiteure dieser Argumentationsstruktur sind die Mitglieder der rechtswissenschaftlichen Elite, zumal sie dank ihrer Expertise den Schlüssel zur Unterscheidung falscher (und ideologischer) und wahrer (und unideologischer) Interpretationen zu besitzen scheinen. Das Bestehen darauf, objektiv auszulegen und keine Auslegung zu wählen, schmälert und überschattet, was rechtswissenschaftliche Expertise gerade leisten kann: Argumentationswege entwickeln und antizipieren, welchen Weg Gerichte einschlagen werden. In der Expertenkommission wurden, wie vom Einsetzungsbeschluss gefordert, diese Aspekte jedoch vermengt.

Für die Initiative eröffnet die Hermeneutik des Verdachts insbesondere die Möglichkeit, entgegenstehende Verfassungsinterpretationen als falsch und ideologisch abzulehnen. Gegner können so als interessengesteuerte Sprachrohre der großen Wohnungsgesellschaften kariert werden. Das Problem in dieser Argumentationsstruktur ist jedoch das gleichzeitige Bestehen auf eine alternative wahre Interpretation. Diese Rhetorik funktioniert nur solange man die rechtswissenschaftliche Elite sowie später die Gerichte auf seiner Seite weiß. Sie gibt sich gleichzeitig zufrieden mit einer Entpolitisierung der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der

Vergesellschaftung. Dabei geht es um eine konkrete Intervention in verschiedene Interessenkonflikte auf dem Berliner Wohnungsmarkt: Vermieter gegen Mieter, Eigenbesitzer gegen Mieter, *Have* gegen *Have-Nots*, Alte gegen Junge, Alteingesessene gegen Zugezogene.

Kommen wir abschließend zu jenen politischen Akteuren, die die Umsetzung des Volksentscheides ablehnen. Hier zeigt sich anhand der Expertenkommission eindrücklich, wie nahe Chance und Gefahr einer Hermeneutik des Verdachts beieinander liegen. Nur der vielerorts geteilte Glaube, eine Gruppe von Expert*innen könne die wahre Interpretation der Verfassung finden, konnte le-

gitimieren, die Kommission als einen weiteren Schritt in die Verschleppungstaktik des Berliner Senats einzubauen. Diese Taktik besteht dabei nicht darin, eine unvermeidliche Vergesellschaftung möglichst lange aufzuschieben. Vielmehr verschiebt der Senat den Zeitpunkt nach hinten, in dem er sich dazu bekennen muss, die Vergesellschaftung nicht durchführen zu wollen, obwohl eine Mehrheit für sie gestimmt hat. Er hofft, dafür lieber juristische als politische Argumente anbieten zu können. Zumindest das, und hier zeigt sich die Gefahr für die Vergesellschaftungsgegner*innen, hat der Kommissionsbericht zunächst erschwert.

Paul J. Glaben

Verantwortung und Vertrauen

Zur Weigerung der Ampel-Fraktion, einen „cum-ex-Untersuchungsausschuss“ einzusetzen

doi: 10.17176/20230706-231107-0



Der 5. Juli 2023 wird als ein historischer Tag in die bundesdeutsche Parlamentsgeschichte eingehen. Zum ersten Mal wird im Deutschen Bundestag ein von der qualifizierten Minderheit beantragter Untersuchungsausschuss nicht eingesetzt. Obwohl die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion über das nach Artikel 44 Abs. 1 Satz 1 GG notwendige Quorum eines Viertels der Mitglieder des Parlaments verfügen, konnten sie sich nicht mit der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses zu den sog. cum-ex-Geschäften durchsetzen. Die parlamentarische Mehrheit der Ampelfraktionen machte verfassungsrechtliche Bedenken geltend und lehnte den Einsetzungsantrag ab. Die Einwände der Ampelfraktion können in ihrer Pauschalität jedoch nicht überzeugen. Sie widersprechen nicht nur der Parlamentspraxis, sondern verkennen auch, dass sich Untersuchungsausschüsse des Bundes jedenfalls mittelbar mit Landesbehörden beschäftigen können.

Befassungs- und Untersuchungskompetenz sind deckungsgleich

Der Untersuchungsausschuss sollte aufklären, warum, auf wessen Weisung oder mit wessen Unterstützung die Hamburger Finanzbehörden die zu Unrecht erstatteten Steuern in Millionenhöhe von der M.M. Warburg & CO Bank nicht zurückfordern wollten. Verfassungsrechtlicher Streit herrscht jedoch darüber, ob es sich dabei überhaupt um einen zulässigen Untersuchungsgegenstand handelt. Art. 44 Abs. 1 GG normiert die Pflicht zur Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, wenn ein Viertel der Abgeordneten dies beantragt. Die Verfassung schweigt indes zum Kompetenzbereich eines solchen Ausschusses und zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Untersuchungsgegenstände. In der Praxis hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass Befassungskompetenz und Untersuchungskompetenz des Bundestages deckungsgleich sind. Konkret: Alle Angelegenheiten, mit denen sich der Bundestag befassen darf, darf er

auch untersuchen. Die Frage lautet also auf den Punkt gebracht: Womit darf sich der Bundestag als Kontrollorgan befassen?

Vertikale Gewaltenteilung wird nicht tangiert

Nach Auffassung der Mehrheit des Bundestages nicht mit dem Verhalten von Länderbehörden, jedenfalls nicht unmittelbar. Dies sei ein Verstoß gegen die vertikale Gewaltenteilung, also gegen das Bundesstaatsprinzip. Das Handeln der Hamburger Finanzbehörden aufzuklären sei allein Sache eines Untersuchungsausschusses der Hamburger Bürgerschaft. Und dieser Untersuchungsausschuss existiere bereits. Parallele Untersuchungen seien insoweit nicht zulässig.

So pauschal ist diese Argumentation mit einem Fragezeichen zu versehen. Zum einen widerspricht sie der Parlamentspraxis. Insbesondere in den letzten Jahren haben beispielsweise parlamentarische Untersuchungen zum NSU und zum Terroranschlag auf dem Berliner Breitscheidplatz zu parallelen Ermittlungen von Untersuchungsausschüssen der Länder und des Bundes geführt. In der Sache ging es mit der inneren Sicherheit sogar um Kernbereiche der Länderkompetenz. Zum anderen sind beim Vollzug von Steuergesetzen Kernkompetenzen der Länder, die deren Eigenstaatlichkeit betreffen, nicht betroffen. Vielmehr geht es um Fragen des reinen Verwaltungsvollzugs. Dieser hat treuhänderisch seitens der Länder für den Bund zu erfolgen. Es geht um Geld, das (auch) dem Bund zusteht. Eine amtlich tolerierte Steuerverkürzung trifft daher nicht nur das handelnde Land, sondern auch den Bund. Denn die Kapitalertragssteuer, um die es hier geht, steht als Gemeinschaftssteuer Bund und Ländern zu. Daher werden die Länder im Wege der Bundesauftragsverwaltung tätig. Sie unterstehen der Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle des Bundes, namentlich des Bundesfinanzministers.

Pflicht der Länder zum Steuervollzug - Keine Ersatzvornahme des Bundes

Die Länder haben keinen Ermessensspielraum, ob und wie sie diese Steuergesetze vollziehen. Vielmehr sind sie zum Steuervollzug verpflichtet. Der Bund seinerseits hat weder ein Selbsteintrittsrecht noch das Recht zur Ersatzvornahme, wenn ein Land dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Ihm bleibt im Wesentlichen das Instrument der Weisung, wovon der Bundesfinanzminister im Fall der M.M. Warburg & CO Bank auch Gebrauch gemacht hat. Der Bundestag als Kontrollorgan der Regierung und als Haushaltsgesetzgeber hat ein Interesse daran, zu erfahren, was beim Vollzug von Steuergesetzen auf Länderebene schiefgelaufen und wie es zum Verlust „seiner“ Einnahmen gekommen ist oder dieser Verlust drohte. Welche Stellen haben aus welchen Gründen den Vollzug nicht oder nur verspätet sichergestellt? Was waren die Motive dafür? Von wem ging die Initiative für das Vollzugsdefizit aus?

Mittelbare Kontrolle der Länderbehörden bei Bundesauftragsverwaltung

Insoweit steht die herrschende Meinung in der Rechtslehre auf dem zutreffenden Standpunkt, dass eine mittelbare Kontrolle der Länderbehörden zulässig ist. Im Kern darf der Bundestag Feststellungen zum Verhalten von Länderbehörden treffen, diese aber nicht politisch bewerten. Denn wie soll er wissen, ob der Bundesfinanzminister vorschnell oder zu spät von seinem Weisungsrecht Gebrauch gemacht hat, wenn er zum Geschehensablauf in den Ländern keine Feststellungen treffen darf?

Zudem ist es dem Bundestag unbenommen, aufgrund festgestellter Mängel im Landesvollzug eine Gesetzesbis hin zu einer Verfassungsänderung anzustreben, wonach beispielsweise der Vollzug von Steuergesetzen künftig durch bundeseigene Behörden erfolgt. Dazu kann der Bundestag einen Untersuchungsausschuss in der Mischform einer Kontroll- und einer Gesetzgebungs-enquete einsetzen. Letztere hat die Aufgabe, nach Abhilfemöglichkeiten für die im Rahmen der Kontrollen-enquete festgestellten Defizite zu suchen. Auch wenn die Entwicklung künftiger Verfahrensweisen in der Parlamentspraxis regelmäßig Aufgabe parlamentarischer Enquetekommissionen ist, so besteht jedoch keine Sperrwirkung gegenüber einem Untersuchungsausschuss. Das Parlament ist frei, welches Instrument es wählt. Eine Grenze liegt

dort, wo die Gesetzgebungs-enquete im Sinne einer Motivlüge nur vorgeschoben ist, um sich mit Vorgängen zu befassen, die außerhalb der Kompetenz des Bundestages liegen. Dass die Notwendigkeit von Handlungsempfehlungen seitens des Untersuchungsausschusses gerade anhand problematischer Einzelfälle untersucht wird, liegt dabei auf der Hand. Eine Befassungskompetenz des Bundestages unter diesen Prämissen zu verneinen, überzeugt daher nicht.

Politische Verantwortung und politisches Vertrauen als Kehrseiten

Dies gilt auch für den zweiten Komplex, die Prüfung der personell-politischen Integrität des Bundeskanzlers. Parlamentarische Kontrolle zielt nicht in erster Linie auf rechtliche, sondern auf politische Verantwortung der Exekutive ab. Politische Verantwortung greift weiter als rechtliche Verantwortung. Ihr Bezugspunkt ist die Pflicht, „im Sinne des Ganzen gut und richtig zu handeln.“ Politische Verantwortung ist die Kehrseite des politischen Vertrauens.

Der Bundeskanzler ist auf das politische Vertrauen der Abgeordneten angewiesen. Die Möglichkeit des Misstrauensvotums nach Artikel 67 GG und die Vertrauensfrage nach Artikel 68 GG belegen dies. Ob der Kanzler dieses Vertrauen verdient, richtet sich nicht nur nach seinem Verhalten im aktuellen Amt, sondern bezieht auch frühere amtliche Funktionen mit ein – ganz gleich, ob auf Länder- oder kommunaler Ebene. Daher darf ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss des Bundestages dieses Verhalten in den Blick nehmen und untersuchen. Er ist nicht auf die Amtsführung des Bundeskanzlers in diesem Amt beschränkt. Maßgeblich ist allein, ob ein früheres Verhalten Rückschlüsse auf die derzeitige Amtsführung zulassen oder das politische Vertrauen in die Person einschränken könnte. Die im Einsetzungsantrag aufgeworfenen Fragen, die sich mit der Rolle des heutigen Bundeskanzlers als Erster Hamburger Bürgermeister befassen, sind daher ebenfalls von der Befassungskompetenz des Bundestages gedeckt. Sie können mithin Gegenstand einer parlamentarischen Untersuchung sein.

Keine Teileinsetzung gegen den Willen der Antragsteller

Soweit der Einsetzungsantrag sich mit Fragen der Zusammenarbeit von Bundes- und Länderbehörden befasste, ließ die parlamentarische Mehrheit erkennen, dass sie

insoweit zur Einsetzung des Untersuchungsausschusses bereit sei. Dem steht allerdings § 2 Abs. 2 PUAG entgegen. Danach darf der Einsetzungsbeschluss den im Einsetzungsantrag bezeichneten Untersuchungsgegenstand nicht gegen den Willen der Antragsteller verändern. Es besteht ein sog. Bepackungsverbot und darüber hinaus, wie hier maßgeblich, ein „Verschlankungsverbot“. Ein besonderes Problem stellt sich jedoch, wenn die Mehrheit Teile des Einsetzungsantrags für verfassungswidrig hält. In diesem Fall regelt § 2 Abs. 3 PUAG – zumindest dem Wortlaut nach – die Verpflichtung der Mehrheit, den Untersuchungsausschuss unter Beschränkung der Teile, die der Bundestag mehrheitlich nicht für verfassungswidrig hält, einzusetzen. Auf die Zustimmung der Antragsteller käme es in diesem Fall nicht an. Dies würde bedeuten, dass sich die qualifizierte Einsetzungsminorität zunächst nicht gegen einen „Untersuchungsausschuss light“ zur Wehr setzen könnte. Ihr bliebe nur das Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.

Diese Auslegung von § 2 Abs. 3 PUAG überzeugt jedoch nicht. Sie trägt dem Minderheitenschutz nicht hinreichend Rechnung. Denn letztlich zwingt sie der qualifizierten Minorität einen Untersuchungsgegenstand auf,

der sich beispielsweise nur mit Nebenaspekten oder auch politisch uninteressanten Fragen befasst. So wäre es hier, wenn sich die Untersuchung auf die Zusammenarbeit von Bundes- und Länderbehörden beschränken müsste. Von daher ist es konsequent, dass die Mehrheit von einer Teileinsetzung abgesehen hat, da die Antragsteller damit nicht einverstanden waren.

Wie es weitergeht

Nach der Ablehnung des Einsetzungsantrags kann die qualifizierte Einsetzungsminorität ein Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anstrengen. Dessen Entscheidung darf mit Spannung erwartet werden. Denn die hier aufgeworfenen Fragen zur parlamentarischen Untersuchungskompetenz des Bundestages – insbesondere in Bezug auf Länderbehörden und Regierungsmitglieder – sind in den hier interessierenden Zusammenhängen bisher verfassungsgerichtlich nicht geklärt.

Der Autor nahm als Sachverständiger an der Anhörung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages zum dem Einsetzungsantrag der CDU/CSU-Fraktion teil.

Paula Ciré, Philipp Schönberger

Schiff mit Schlagseite

Warum die Änderung des Klimaschutzgesetzes die Klimaziele gefährdet

doi: 10.17176/20230801-012203-0



„Wir haben das Schiff wieder auf Kurs gebracht.“ Mit diesen Worten stellte Klima- und Wirtschaftsminister Robert Habeck Mitte Juni 2023 gleich [zwei große klimapolitische Projekte](#) der Bundesregierung vor: Zum einen sollen durch eine Änderung des Klimaschutzgesetzes (KSG) langfristige, grobmaschigere Treibhausgasreduktionsziele angesteuert und die rechtlichen Konsequenzen ihrer Verfehlung angepasst werden. Zum anderen wurde nunmehr das eigentlich für „spätestens Ende 2022“ angekündigte [Klimaschutzprogramm](#) (KSP) der Bundesregierung mit konkreten Klimaschutzmaßnahmen vorgelegt.

Damit befindet sich das Schiff aber wohl kaum wieder „auf Kurs“ einer verfassungskonformen Klimaschutzpolitik. Nach der eigenen Wirkungsabschätzung des Wirtschaftsministeriums wird auch mit den vorgeschlagenen Maßnahmen das Ziel für 2030 um etwa 200 Mio. t. CO₂eq verfehlt. „Wir schließen 80 Prozent der Klimalücke, aber 80 Prozent sind nicht 100“, konstatierte auch Robert Habeck tags darauf [bei Anne Will](#) (Min. 23:50).

Anzuerkennen ist immerhin der Versuch, die eigene Politik in bildhafter Sprache zu erklären. Statt von Maßnahmenpaketen, Reduktionspfaden, und Governance-Strukturen zu sprechen, bemüht Habeck das Bild eines Schiffes, das auf Kurs gebracht werden müsse. Dieses Bild ist zutreffend – aber auch der eingeschlagene Kurs?

Alle im selben Ruderboot

Das Schiff, auf dem wir uns als Gesellschaft im Kampf gegen die Klimakrise befinden, ist wohl kaum ein Kreuzfahrtschiff. Die vor uns liegende Transformationsaufgabe verlangt einen enormen Krafteinsatz aller Menschen an Bord, ein Ruderboot erscheint daher treffender.

Das Ziel der Fahrt ist klar: Paris. Sowohl das Völker- als auch das Verfassungsrecht geben vor, dass wir den Hafen der Klimaneutralität erreichen müssen – und zwar bevor die globale Durchschnittstemperatur infolge des Klimawandels die 1,5°-Grenze überschritten hat ([BVerfG](#), Rn. 119f). Die verbleibende Zeit dafür ist nach vielen ver-säumten Jahren [denkbar knapp](#).

Um die rechtzeitige Ankunft am Ziel sicherzustellen, gibt das KSG Route und Zeitplan vor: Nach § 3 Abs. 1 KSG muss es bis spätestens 2045 anlanden und auf dem Weg für 2030 und 2040 definierte Koordinaten passieren. Außerdem bestimmt das KSG, wer in der Bundesregierung in welchem Zeitraum wie stark rudern muss und was passiert, wenn das Boot nicht schnell genug voran- oder vom Kurs abkommt (§§ 4, 8 KSG). Diese Regelungen für ein koordiniertes Vorgehen will die Bundesregierung nun modifizieren.

Verfassungsrechtlich gebotene Kurskorrektur

Zunächst ist daran zu erinnern, dass schon die aktuelle Zielsetzung des KSG nicht ausreicht, um das verfassungsrechtlich determinierte Ziel rechtzeitig zu erreichen. Denn wir wissen, dass die Zielkoordinaten des KSG zu großzügig sind und eigentlich ein schnelleres Vorankommen erforderlich ist. Der Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), dessen Berechnungen auch das BVerfG als maßgeblichen Orientierungspunkt für die Bewertung der staatlichen Klimaschutzmaßnahmen herangezogen hat ([BVerfG](#), Rn. 229), kam im Juni 2022 in seiner [Stellungnahme](#) (S. 15) zu dem Schluss, dass unser „CO₂-Budget für einen Beitrag zur Begrenzung der globalen Erwärmung auf 1,5 °C bereits in den nächsten ein bis fünf Jahren [...] durch die im KSG festgelegten Mengen überschritten wird.“ Das KSG lasse Emissionen in einem Umfang zu, die die Zielsetzung des Pariser Übereinkommens „deutlich übersteigen“ und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Temperaturanstieg von 2°C führen ([SRU](#), S. 15). Die verbindliche Zielvorgabe ([BVerfG](#), Rn. 235) würde damit verfehlt. Verfassungsrechtlich wäre es also angezeigt, den Fahrplan des KSG noch einmal weiter zu straffen.

Schwächung des Nachsteuerungsmechanismus

Statt einer Verschärfung der Zielsetzung schlägt die Bundesregierung jedoch Änderungen an der Steuerungsarchitektur des KSG vor – und erhöht damit die Gefahr, die Klimaziele zu verfehlen. Um ein Ziel anzusteuern, ist

ein regelmäßiger Abgleich (monitoring) der eigenen Position und Fahrtrichtung mit dem Fahrplan erforderlich (compliance). Werden gesetzte Zielkoordinaten nicht erreicht, müssen Richtung bzw. Geschwindigkeit angepasst werden (Nachsteuerung). In diesem Sinn teilt das KSG in seiner jetzigen Fassung einzelnen Sektoren (vgl. Anlage 1) verbindliche jährliche Emissionsmengen zu (§ 4 Abs. 1, Anlage 2). Die tatsächlichen Emissionen werden jährlich ermittelt und geprüft (§ 5 KSG). Wird die zulässige Emissionsmenge in einem Sektor überschritten, muss das zuständige Bundesministerium nachsteuern und dazu ein Maßnahmenpaket („Sofortprogramm“) vorlegen, welches die Zieleinhaltung künftig wieder sicherstellt (§ 8 Abs. 1 KSG). Beschlossen werden diese Maßnahmen dann von der Bundesregierung (§ 8 Abs. 2 KSG).

Dass dieser Nachsteuerungsmechanismus mangels politischen Willens bei Teilen der Bundesregierung bislang nicht gut funktioniert hat, wurde bereits ausgiebig diskutiert ([hier](#), [hier](#)) und ist Gegenstand laufender Verfahren am OVG Berlin-Brandenburg ([hier](#), [hier](#)). Am 17. Juli 2023 hätten Verkehrs- und Gebäudesektor wegen Überschreitung der Sektorziele im Vorjahr erneut Sofortprogramme vorlegen müssen. Die zuständigen Ministerien begnügten sich jedoch mit einem Verweis auf das bestehende Klimaschutzprogramm der Regierung. Zumindest für den Verkehrssektor sind die darin enthaltenen Maßnahmen aber offenkundig nicht ausreichend; sie reduzieren die Klimaschutzlücke im Verkehr von derzeit 271 Mio. t. im besten Fall auf 120 Mio t. (KSP, S. 4).

Statt den Korrekturmechanismus des KSG angesichts dieser offenkundigen Defizite effektiver zu gestalten, will die Bundesregierung ihn in mehreren Punkten verändern und dadurch im Ergebnis abschwächen.

Gesamtbetrachtung statt Sektorziele

An die Stelle der Sektorziele sollen künftig die „Jahresemissionsgesamtmengen“ treten (§ 4 Abs. 1 und Anlage 2a des KSG-Entwurfs, im Folgenden KSG-E). Die Sektorziele bleiben als Referenz für das nachträgliche *monitoring* zwar erhalten, für die *compliance* und Nachsteuerung entscheidend soll jedoch eine Gesamtbetrachtung aller Emissionen sein. Diese Änderung würde das Resortprinzip und damit die klare Verantwortungsverteilung innerhalb der Bundesregierung als zentrale Maxime schwächen. Der Entwurf begründet die diesbezüglichen Änderungen mit der Möglichkeit, Über- und Unterschreitungen zwischen den Sektoren auszugleichen. Eine Um-

verteilung von Emissionsmengen zwischen den Sektoren und wechselseitige Hilfe ist allerdings auch bereits jetzt möglich (vgl. § 4 Abs. 5 und § 8 Abs. 2 S. 1-2 KSG). Vor allem aber besteht in den Sektoren, die bislang ihre Ziele eingehalten haben, kaum Spielraum, noch mehr zu leisten und damit Defizite in anderen Sektoren auszugleichen. Demgegenüber müsste für eine Rückkehr auf den KSG-Kurs die Schlagzahl im Industriesektor um den Faktor 10, im Verkehrssektor sogar um den Faktor 14 erhöht werden ([hier](#), S. 15). Davon sind beide Sektoren bislang weit entfernt. Um die Zielvorgabe für 2030 zu erreichen, müssen also alle Sektoren ohnehin am Limit rudern.

Ex ante-Betrachtung als Auslöser der Nachsteuerungspflicht

Auslöser der Nachsteuerungspflicht soll künftig nicht mehr die Zieleinhaltung *ex post* für das zurückliegende Jahr sein, sondern die zukünftige Emissionsentwicklung *ex ante*, wie sie sich aus den künftig jährlich zu erstellenden Projektionsberichten des Umweltbundesamtes ergibt (vgl. § 5a KSG-E). Es soll also nicht mehr nach hinten geschaut werden, um festzustellen, ob das Boot im vergangenen Jahr die gesetzte Wegmarke passiert hat, sondern nach vorne, ob der Fahrplan in Zukunft eingehalten wird. Positiv daran ist, dass so Fehlentwicklungen vorausschauend entgegengewirkt werden kann, anstatt erst bei nachträglich festgestellter und für die Zukunft nicht immer aussagekräftiger Kursabweichung zu handeln (vgl. [Expertenrat](#), Rn. 133).

Nur die 2030-Prognose zählt

Die Pflicht zur Nachsteuerung soll aber erst greifen, wenn die Projektionen eine Überschreitung der aggregierten Jahresemissionsgesamtmengen von 2021 bis 2030 ergeben. Es ist nach dem Regelungsgedanken also unerheblich, ob die in Anlage 2a KSG-E definierten jährlichen Wegpunkte tatsächlich rechtzeitig passiert werden. Dieser Ansatz birgt die Gefahr einer Verlagerung von Reduktionslasten in die Zukunft. In der nahen Zukunft erlaubt er ein gemüthlicheres Rudern, wenn nur versprochen wird, der Rückstand werde durch größere Kraftanstrengungen gegen Ende des Jahrzehnts – wenn die jeweils Verantwortlichen gar nicht mehr am Ruder sitzen – wieder aufgeholt. Schon jetzt plant die Bundesregierung – entgegen Wortlaut und Zweck von § 8 KSG – im Gebäudesektor weitere Zielüberschreitungen für die Jahre 2023-2027,

die im Jahr 2029 durch einen großen Sprung ausgeglichen werden sollen (Expertenrat, Rn. 17. Die Prognose für diesen „Schlussprint“ beruht jedoch auf zu optimistischen Annahmen über die Wirkung der Maßnahmen, die eine Zielerreichung tatsächlich nicht erwarten lassen (Expertenrat, Rn. Z10, Z11, Z14, 70, 91, 100).

Verzögerte Nachsteuerung

Besonders fragwürdig ist der Vorschlag, die Pflicht zu einer Kurskorrektur aus § 8 KSG-E erst bei Feststellung einer prognostizierten Zielverfehlung in zwei aufeinanderfolgenden Jahren greifen zu lassen. Für diese Regelung liefert die Gesetzesbegründung keinen sachlichen Grund. Es ist nicht verständlich, weshalb nicht bei der ersten Feststellung einer Kursabweichung reagiert, sondern die Wiederholung der Zielverfehlungsprognose abgewartet werden soll (s.a. Expertenrat, Rn. 191). Vielmehr verschleppt die damit verbundene Verzögerung eine Nachsteuerung mit dringend notwendigen Klimaschutzmaßnahmen.

Zudem lässt der Entwurf eine möglicherweise unbeabsichtigte, aber eklatante Regelungslücke: Der Nachsteuerungsmechanismus gilt nur bis 2030 (vgl. § 8 Abs. 1 KSG-E). Um ihn für den Zeitraum danach weiterzuführen, bedürfte es einer erneuten Gesetzesänderung. Das sollte im parlamentarischen Prozess unbedingt korrigiert werden.

Verantwortungsdiffusion

Wird eine Nachsteuerung erforderlich, so soll diese nicht mehr primär in dem Sektor erfolgen, in dem zu langsam gerudert wird. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KSG-E müssen alle Ministerien Maßnahmen zur Nachsteuerung vorlegen, „insbesondere“ die für die Überschreitung verantwortlichen. Das soll die Gesamtverantwortung der Bundesregierung beim Klimaschutz stärken. Tatsächlich würde jedoch mangels Zuweisung klarer Verantwortlichkeiten mit diesen Änderungen der Handlungsdruck von den einzelnen Ressorts genommen. Es droht ein wechselseitiges Fingerzeigen statt entschiedenem Gegensteuern, wenn keiner der Beteiligten individuell in die Pflicht genommen wird. Schon jetzt scheitert das Erreichen der Sektorziele am Unwillen einzelner Ministerien. Auch der Expertenrat für Klimafragen weist nachdrücklich darauf hin, dass sich mit der Aufgabe des Ressortprinzips die „Gefahr des Verharrens in angestammten technologischen Pfaden

erhöhen, somit einen rechtzeitigen Wechsel zu aus klimapolitischer Sicht erforderlichen Lösungen verzögern“ wird (Rn. 193).

Abwendungsmöglichkeit der Nachsteuerungspflicht

Schließlich hat sich die Bundesregierung in § 8 Abs. 1 S. 2 KSG-E eine Hintertür eingebaut, mit der sie eine Nachsteuerungspflicht abwenden kann, indem sie von sich aus zusätzliche Maßnahmen beschließt. An einer damit geförderten früheren Reaktion auf absehbare Zielverfehlungen ist aus Sicht effektiven Klimaschutzes nichts auszusetzen. Allerdings besteht diese Möglichkeit ohnehin, da verabschiedete und in Kraft gesetzte Maßnahmen bereits in die Projektionsdaten einfließen sollen und so verhindern können, dass die Nachsteuerungspflicht überhaupt ausgelöst wird (vgl. § 2 Nr. 10 KSG-E). Problematisch ist weiterhin, dass eine Prüfung des Expertenrats – anders als bei den Nachsteuerungsmaßnahmen gem. § 8 Abs. 1 S. 1 KSG-E – nicht vorgesehen ist. Das birgt die Gefahr, dass sich die Regierung künftig von der Nachsteuerungspflicht durch Maßnahmenbeschlüsse freikaufte, deren Wirkung keiner wissenschaftlichen Überprüfung unterzogen wurde.

Insgesamt wird durch die Änderung von § 8 KSG-E der zentrale Steuerungsmechanismus aufgeweicht. Das erhöht die Gefahr einer (weiteren) Zielverfehlung erheblich. Das Fehlen einer effektiven Governance-Struktur könnte zwar durch einen starken Kapitän ausgeglichen werden. Letztlich hängt es hierfür aber vor allem von Person und Prioritäten der jeweiligen Kanzler*in ab, wie sehr sie, nicht zuletzt über die Richtlinienkompetenz in Art. 65 Satz 2 GG, ihre Steuerungsaufgabe wahrnimmt. Die Zielerreichung droht damit von einer rechtlichen Pflicht zu einer Frage politischer Opportunität zu werden.

Gefahr der Einflussnahme auf die Projektionsdaten~

Eine zweite grundlegende und für die Klimaziele gefährliche Problematik: Nach § 5a S. 1 KSG-E sollen die Projektionsdaten nunmehr nicht mehr vom Umweltbundesamt, sondern in dessen Auftrag von einem Forschungskonsortium erstellt werden, über dessen Zusammensetzung sechs Ministerien und das Bundeskanzleramt entscheiden. Das ist deshalb brisant, weil die Projektionsdaten künftig eine Schlüsselrolle spielen sollen: Sie sind nicht mehr nur entscheidend für das wissenschaftliche Monitoring der Klimapolitik, sondern auch Auslöser für

den rechtlichen Nachsteuerungsmechanismus (§ 8 Abs. 1 KSG-E). Schon die bisherige Erstellung der Daten im Auftrag der Bundesregierung birgt die Gefahr der Einflussnahme und damit der „compliance by modelling“ (Expertenrat, Rn. 184). Dass nunmehr die betroffenen Ressorts über die Zusammensetzung des für die Projektionen zuständigen Gremiums entscheiden, erhöht die Gefahr politischer Einflussnahme weiter. Zudem ist nicht geregelt, was passiert, wenn sich die Ressorts nicht einigen. Das öffnet eine weitere Tür zur Verzögerung oder sogar Blockade der Nachsteuerung. Ohne die Projektionsdaten wäre eine Navigation aber nicht möglich. Damit läge es letztlich am *good will* und der Einigungsfähigkeit der Bundesregierung, ob und wie der Steuerungsmechanismus des KSG funktioniert. Das erhöht das Risiko weiter, dass Deutschland nicht einmal seine aktuell gesteckten, unzulänglichen Zielkoordinaten erreicht.

Gefahr für die intertemporale Freiheitsausübung

All diese Aufweichungen sind auch verfassungsrechtlich problematisch. Die drohende Zielverfehlung steht im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Klimaschutzgebot. Zudem droht mit der Abschwächung des KSG eine weitere Verzögerung der Transformation hin zur Klimaneutralität. Treibhausgasminderungslasten werden in die Zukunft geschoben. Genau dies kann nach dem BVerfG zu einer Verletzung von Freiheitsrechten führen: Der Schutz intertemporaler Freiheitsausübung verlangt laut BVerfG, dass die mit Grundrechtseingriffen einhergehende Minderung von Treibhausgasen gleichmäßig und voraussehbar über die Zeit verteilt wird (BVerfG, Leitsatz 4).

Fazit

Das KSG spart selbst keine einzige Tonne CO₂, koordiniert aber den dafür erforderlichen gemeinsamen Kraft-

akt. Diese Spielregeln aufzuweichen, macht eine Zielerreichung weniger wahrscheinlich: Die Klimakrise nimmt immer weiter an Fahrt auf – Anfang Juli erlebten wir die weltweit heißeste Woche seit Beginn der Wetteraufzeichnungen. Gleichzeitig stehen Wirtschaft und Gesellschaft erst am Anfang der Transformation. Schon die erste Zielkoordinate für 2030 werden wir nach Einschätzung des Expertenrats nur noch mit einer massiven Beschleunigung rechtzeitig erreichen. Dabei wissen wir, dass das Rudern mit zunehmender Dauer immer anstrengender wird.

Gerade in einer Demokratie braucht es für die Bewältigung der Klimakrise einen verbindlichen und transparenten Rahmen. Denn ein über Wahlperioden kurzfristig organisierter Prozess läuft „strukturell Gefahr [...], schwerfälliger auf langfristig zu verfolgende ökologische Belange zu reagieren“ (BVerfG, Rn. 206). Das Klimaschutzgesetz muss daher sicherstellen, dass wirklich alle Wirtschafts- und Gesellschaftsbereiche auch unter zunehmendem Stress koordiniert den vollen Krafteinsatz bringen. Vorschläge, wie das KSG in diesem Sinne verbessert werden könnte, liegen durchaus vor (siehe z.B. [hier](#)). Der vorgelegte Gesetzesentwurf leistet dazu keinen wirksamen Beitrag – im Gegenteil. Die Bundesregierung führt uns die klimapolitische Unzulänglichkeit ihrer Novelle sogleich vor Augen, indem sie ein unzureichendes Klimaschutzprogramm verabschiedet, welches eine massive Klimaschutzlücke bis 2030 belässt. Diese deutliche Schlagseite des Schiffs löst jedoch in absehbarer Zeit keine Korrekturmaßnahmen aus. Im Ergebnis verspielt die Regierung damit wertvolle Zeit, die für eine rechtzeitige Ankunft in Paris schlicht fehlt.

Sebastian Wolf

Sozial, aber egal?

Die Sozialwahl 2023 zwischen korporativer Demokratie und symbolischer Partizipation

doi: 10.17176/20230726-132130-0



Waren Sie am 31. Mai 2023 auch so gespannt auf das Ergebnis dieser bundesweiten Wahl, zu der etwa 52 Millionen Menschen stimmberechtigt waren? Nein? Dann liegt das vielleicht daran, dass die Sozialwahl nicht nur „frei, geheim und öffentlich“ ist (§ 45 Abs. 2 S. 1 SGB IV), sondern auch relativ unbekannt und unbeachtet. Zwar gab es in Städten wie Berlin große Werbeplakate mit dem roten Briefwahlumschlag, es gab eine zentrale [Webseite](#) („Für eine starke Gemeinschaft. Deine Stimme. Deine Wahl“) sowie verschiedene Aufrufe und Informationskampagnen der einzelnen Sozialversicherungsträger. In der Mitgliederzeitschrift von Deutschlands größter Krankenkasse warb der Politikwissenschaftler Karl-Rudolf Korte beispielsweise mit der Aussage, angesichts multipler Krisen sei „jede Art, neu mitentscheiden zu können, im Moment hochattraktiv“ (Die Techniker Das Magazin 4/2023, S. 15). Die Mehrzahl der gesetzlich Versicherten sowie Rentnerinnen und Rentner in Deutschland sah das allerdings nicht so. Die Wahlbeteiligung bei den einzelnen Versicherungsträgern reichte von mageren 20,12% bei der DAK bis zu bescheidenen 23,45% bei der TK.

Dabei sind die Kompetenzen der Selbstverwaltungsorgane keineswegs ohne Bedeutung. Die Sozialparlamente beschließen nicht nur „die Satzung und sonstiges autonomes Recht des Versicherungsträgers“ (§ 33 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Sie entscheiden bei den Krankenkassen etwa auch über Grundsatzfragen, die Zusammensetzung und Kontrolle des hauptamtlichen Vorstands, den Haushalt, besondere Leistungen jenseits des für alle Kassen verbindlichen Katalogs sowie die Höhe des jeweiligen Zusatzbeitrags. Außerdem ernennen die Verwaltungsräte die Mitglieder der Widerspruchsausschüsse, die bei Streitfällen zwischen Krankenkasse und Kassenmitglied über Leistungsbewilligungen entscheiden. Bei den Aktivitäten der gewählten ehrenamtlichen Sozialparlamente geht es also ganz konkret auch um den Umfang von Gesundheits- und Sozialleistungen und das Geld der gesetzlich Versicherten – bis hin zu der Frage, wieviel jeden Monat als Krankenkassenbeitrag vom Bruttolohn abgezogen wird.

gen wird.

Das Prinzip der Selbstverwaltung hat im deutschen Gesundheits- und Sozialsystem eine lange Tradition. Die Politik nimmt sich hier zurück, delegiert Aufgaben und gibt einen gesetzlichen Rahmen vor, den insbesondere die Sozialversicherungsträger ausfüllen. Deren Handeln wird traditionell nicht allein von hauptamtlichen Managern nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt, sondern auch von Vertreterinnen und Vertretern der jeweiligen Versicherungsmittglieder nach demokratischen Prinzipien mitgestaltet. Aus einer Governance-Perspektive ist die Soziale Selbstverwaltung ein Modell zwischen staatlich-hierarchischer Regulierung einerseits und Steuerung primär durch Marktmechanismen andererseits. Die wichtigsten diesbezüglichen Regelungen finden sich als Verfassung der Sozialversicherungsträger im [vierten Abschnitt des SGB IV](#).

Die Sozialwahl, die alle sechs Jahre als reine Listen- und Verhältniswahl stattfindet, kann man als drittgrößte Wahl in Deutschland nach den Bundestags- und Europawahlen bezeichnen. Die Sozialparlamente setzen sich paritätisch aus Versicherten- und Arbeitgebervertreterinnen und -vertretern zusammen, bei einigen Krankenkassen auch überwiegend aus Delegierten der Versicherten. Karl-Rudolf Korte schreibt: „Sozialpolitik und die Sozialwahlen als Teil davon stabilisieren die Qualität unserer Demokratie in Deutschland“ (ebenda). Möglicherweise ist es um diese in der Bundesrepublik seit 70 Jahren bestehende Demokratiestabilisierungsinstitution aber gar nicht mal so gut bestellt, wenn zuletzt fast 80% der Stimmberechtigten von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch machten.

Problempunkte des Sozialwahlsystems

Der Gesetzgeber hat sich vor der Sozialwahl um einige mehr oder weniger innovative Wahlrechtsregelungen bemüht. So konnte dieses Jahr zumindest teilweise erstmals nicht nur per Briefwahl, sondern auch elektronisch gewählt werden. Bei der TK beispielsweise stimm-

ten ungefähr zehn Prozent der Wählenden auf diese Weise ab. Vorschlagslisten für die Wahl der Krankenkassenverwaltungsräte mussten jeweils mindestens 40% weibliche und männliche Kandidierende enthalten (hinsichtlich der Renten- und Unfallversicherungsträger konnte man sich allerdings nur zu einer Soll-Bestimmung durchringen). Aktiv wahlberechtigt sind Versicherungsmitglieder schon ab 16 Jahren.

Zwar gibt es sozialwahlrechtliche Aspekte, die nicht so recht überzeugen, etwa die Fünf-Prozent-Sperrklausel (hier muss ja keine Regierungsstabilität gefördert werden) oder eine gewisse Begünstigung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden bei der Zulassung von Vorschlagslisten. Die Hauptprobleme für die offensichtliche Unattraktivität der Sozialwahl liegen aber vermutlich nicht im rechtlichen Bereich.

Viele Menschen in Deutschland wissen wohl schlicht nicht, was die Sozialparlamente der Versicherungsträger eigentlich machen und wie sie ihr Leben tangieren können. Zudem wurde in den Medien kaum über die Sozialwahl berichtet. Außerdem fand kein ansprechender oder aktivierender inhaltlicher Wettbewerb zwischen den verschiedenen Listenvorschlägen statt; die Kurzfassungen der Wahlprogramme der beispielsweise bei der TK angetretenen vier Listen wirkten programmatisch ziemlich identisch oder austauschbar. Einen personenorientierten Wettbewerb gab es auch nicht, denn die ehrenamtlichen Kandidierenden kennt außerhalb ihrer jeweiligen Gruppierungen praktisch niemand.

Bei der Deutschen Rentenversicherung Bund konnte man zwischen 13 Listen wählen, und die Wählenden verteilten ihre Stimmen auch mehr oder weniger breit. Anders sah es bei den Krankenkassen aus: Hier war das Wahlangebot an unterschiedlichen Listen nicht so üppig, und abgesehen von der Barmer gewann jeweils nicht zum ersten Mal eine Stammliste der jeweiligen Versichertengemeinschaft mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen, im Fall der KKH die KKH-Versichertengemeinschaft e. V. mit sagenhaften 81,93%. Kompetitive Demokratie stellt man sich irgendwie anders vor.

Wahl ohne Wahlhandlung?

Fragwürdig erscheint auch, dass manche Versicherte bei der Sozialwahl einmal wählen durften, einige zweimal und wieder andere gar nicht – abhängig von ihrer Rentenversicherung und ihrer Krankenversicherung. In der

gesetzlichen Rentenversicherung gab es nur bei der DRV Bund eine echte Wahl, nicht aber bei den regionalen Rentenversicherungsträgern. Unter den Krankenkassen konnten lediglich die Mitglieder der Ersatzkassen Barmer, DAK, HKK, KKH und TK an einer Urwahl teilnehmen. Bei allen anderen Sozialversicherungsträgern gab es „Friedenswahlen“ bzw. „Wahlen ohne Wahlhandlung“. Wenn die Arbeitgeber- und Arbeitnehmergruppen jeweils nur so viele Kandidierende benennen, wie Sitze in den betreffenden Sozialparlamenten zu vergeben sind, findet keine Wahl im eigentlichen Sinne statt; mit Ablauf des 31. Mai 2023 galten diese Bewerberinnen und Bewerber als gewählt.

Diese Praxis ist sozialrechtlich abgesichert (§ 46 Abs. 2 SGB IV), erscheint demokratiethoretisch aber wenig befriedigend. Eine einzige Vorschlagsliste oder ein abgestimmter Vorschlag, bei dem verschiedene Gruppierungen die Mandate vorab unter sich aufteilen: Das weckt ungute Erinnerungen an Einheits- oder Blocklisten bei den Pseudowahlen vergangener politischer Systeme auf deutschem Boden, und von dem eingangs zitierten sozialgesetzlichen Ziel freier und öffentlicher Wahlen bleibt dann auch wenig übrig.

Andererseits lässt sich natürlich fragen, ob sich der organisatorische und finanzielle Aufwand einer bundesweiten Sozialwahl bei den sechs genannten Sozialversicherungsträgern noch lohnt, wenn die Wahl der Sozialparlamente bei einer so deutlichen Mehrheit der betreffenden Versicherungsmitglieder auf Desinteresse stößt. Würde man hier ebenfalls „Friedenswahlen“ einführen, könnte man immerhin wenigstens Geld der Versicherten sparen. Doch so technokratisch-effizienzorientiert soll hier nicht argumentiert werden. Vielmehr ist dem Gesundheitswissenschaftler Bernard Braun beizupflichten, „dass Betroffenenbeteiligung an Bedeutung gewinnt, die Selbstverwaltungsorgane sollten daher weiter belebt und gestärkt werden“ ([Pressemitteilung des vdek vom 18.1.2023](#)).

Wiederbelebung der Sozialwahl

Wer in der deutschen Sozialverfassung mit ihren partizipatorischen Elementen der korporativen Selbstverwaltung nicht nur ein originelles Relikt sieht, sondern ein potenziell zukunftsfähiges Element politikfeldspezifischer Demokratie, sollte sie bekannter machen und sich vermehrt für ihre Wiederbelebung und Reform einsetzen. Impulse gegen den Bedeutungsverlust der Sozialwahl

können und sollten von verschiedenen Ebenen und Akteuren ausgehen. Auf der Makroebene sollte die Bundespolitik den Handlungsspielraum der Sozialparlamente nicht schmälern, sondern eher vergrößern. Die fünf Krankenkassen, die Urwahlen abhalten, könnten noch breiter dafür werben. In der regulatorisch gewollten Konkurrenz der Krankenkassen wäre es für sie möglich, die Abhaltung echter Selbstverwaltungswahlen auch als Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Kassen herauszustellen.

Die Mitglieder der Sozialparlamente könnten ihre jeweilige Basis noch wesentlich umfangreicher und proaktiv über ihre Kompetenzen und ihre praktische Arbeit informieren. Es liegt auch maßgeblich an ihnen, die Sozialwahl attraktiver zu gestalten: Die verschiedenen Listen müssten Wahlvorschläge präsentieren, die sich inhaltlich und vielleicht auch personell deutlich stärker voneinander unterscheiden als bisher, damit für die Wahlberechtigten besser erkennbar ist, weshalb erstens die Teilnahme an der Sozialwahl und zweitens die Wahl einer bestimmten Liste für sie sinnvoll sein könnte.

Eine wesentliche Rolle kommt wohl den Medien zu. Würden sie verstärkt über die Sozialwahl berichten, könnte dies zu mehr Wissen in der Bevölkerung über die Soziale Selbstverwaltung führen und eine höhere Wahlbeteiligung zur Folge haben. Allerdings erscheint die Sozialwahl medienökonomisch kaum relevant: Wettbewerb zwischen vertrauten Parteien, Konflikte zwischen Regierungsmehrheit und Opposition oder Skandale um bekanntes Politikpersonal – all das gibt es hier nicht. So bleiben die Sozialparlamente wohl auch in Zukunft eher im Schatten der Medienaufmerksamkeit.

Schließlich liegt nicht nur bei den haupt- und ehrenamtlichen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern, sondern auch bei den Versicherten sowie Rentnerinnen und Rentnern selbst eine gewisse Verantwortung. Diesbezüglich formulierte der TK-Vorstandsvorsitzende Jens Bas im Vorfeld der Sozialwahl schlicht und treffend: „Demokratie funktioniert nur, wenn wir unser Mitbestimmungsrecht auch nutzen“ (Die Techniker Das Magazin 4/2023, S. 2).

Thomas Biebricher

Die AfD der CDU

Freidemokratisierung und Rechtspositivismus als Paradigmenwechsel im CDU-10

Punkte-Programm

doi: 10.17176/20230724-132139-0



Man hat lange darauf warten müssen, dass sich die CDU unter ihrem neuen Vorsitzenden zumindest einmal zu einem programmatischen Zucken hinreißen lässt, was sie nun in Form der unglücklich treffend betitelten ‚*Agenda für Deutschland*‘ getan hat, die sich nun einmal mit AfD abkürzen lässt. In mancherlei Hinsicht enthält der 10-Punkte-Plan, den CDU und CSU nun gemeinsam vorgelegt haben, Wohlbekanntes. Dennoch ist diese Agenda insofern aufschlussreich, als sich in ihr ein Trend zur *Freidemokratisierung* der Union dokumentiert, der in den 1990er-Jahren begann und dessen Effekte sich in der DNA der Christdemokratie mindestens ebenso so stark abgelagert haben wie die vermeintliche Sozialdemokratisierung der Union. Und es spricht vieles dafür, dass der freidemokratische Trend mit dem halberneuerten Führungsspann Merz/Linnemann noch weiter an Fahrt aufnimmt. Das paradoxe Resultat könnte darin bestehen, dass es nun diejenigen sind, von denen sich viele in der Partei eine Schärfung des konservativen Profils erhofft haben, die geradezu das Gegenteil bewirken: die stille Verabschiedung von konservativen Fundamentalüberzeugungen.

Hier wächst nicht unbedingt zusammen, was zusammengehört

Um diese These im Hinblick auf die Agenda plausibel zu machen, ist es sinnvoll, einen kleinen Schritt zurück zu treten und sich das Verhältnis von Konservatismus und Liberalismus vor Augen zu führen, wie es im Mainstream der Union seit den frühen 1970er-Jahren und spätestens mit dem Ludwigshafener Grundsatzprogramm von 1978 ausbuchstabiert wurde mit dem sich die CDU unter der Führung von Kohl und Generalsekretär Biedenkopf nicht nur organisatorisch, sondern auch substantiell als moderne Volkspartei der rechten Mitte aufstellte. Hier wurde (abermals) bekräftigt, dass die CDU mitnichten eine rein konservative Partei sei. Ihre tragenden Säulen seien daneben die christliche Soziallehre und eben auch der Liberalismus (mit dem die Christdemokratie zumindest in der

gesellschaftspolitischen Dimension in der Nachkriegs-ära noch erkennbar gefremdet hatte). Deutsche Christdemokratie war seitdem ihrem Selbstverständnis nach also ein *liberalkonservatives* Amalgam, das auch durch die entsprechenden Wortmeldungen aus konservativen Intellektuellen-Milieus Zuspruch erhielt. Worum es der Christdemokratie ging, war demnach ein weiteres Mal die Überwindung scheinbarer Gegensätze, die eben nicht nur auf der gesellschaftlichen Ebene versöhnt werden sollten (Stichwort: Tarifpartnerschaft statt Klassenkampf), sondern auch auf der ideologischen. Aber mit diesem Projekt einer liberalkonservativen Synthese hat sich die Christdemokratie bis heute auf ein schwieriges, wenn nicht gar aporetisches Unterfangen eingelassen, denn hier wächst nun einmal nicht unbedingt zusammen, was zusammengehört. Schließlich steckt trotz aller möglichen Affinitäten im Versuch der Verzahnung von liberalen und konservativen Elementen auch ein immenses Widerspruchspotenzial: Ökonomisch gesprochen impliziert Liberalismus beispielsweise zumeist Kapitalismus und dieses Regiment der schöpferischen Zerstörung, wie es übrigens sinngemäß auch schon Marx lange vor Schumpeter bezeichnete, verträgt sich angesichts seiner disruptiven Dynamik *per se* nicht besonders gut mit dem Erhaltungsimpuls des Konservativen. Natürlich kann man versuchen, diese Not in eine Tugend umzudeuten, indem man argumentiert, dass Liberales und Konservatives hier bewusst in der jeweiligen Widersprüchlichkeit gegeneinander in Stellung gebracht werden, um sich gegenseitig zu mäßigen und in Schach zu halten. Aber die Gegensätzlichkeit dieser Komponenten auszugleichen und auch dafür zu sorgen, dass Liberales und Konservatives halbwegs im Gleichgewicht bleiben, stellt eine nicht zu unterschätzende Herausforderung für die Christdemokratie dar – womit wir bei der AfD wären, also dem Positionspapier der Union.

Abkehr vom Böckenförde-Diktum

Denn wenn man sich das Papier mit den diversen Punkten ansieht, von denen der ein oder andere im Übrigen den Eindruck macht, dass er auch aufgenommen wurde, damit am Ende eine runde Zahl steht (der 8-Punkte-Plan hat sich nie wirklich durchgesetzt), dann kann man sich des Eindrucks einer liberalen Schlagseite kaum erwehren. Natürlich kommt kein Unionspapier ohne die obligatorische Forderung nach besserer, effizienterer, härterer und am besten präventiver Bekämpfung von Kriminalität aus, die routiniert Code-Wörter wie ‚Clan-Kriminalität‘ mit dem Problem fehlgeschlagener Integration verknüpft. Aber abgesehen von solchen konservativen Dauerbrennern enthält das Papier doch zunächst einmal auffällig viel Supply-Side-Economics: Steuern runter für Wirtschaft und Private und auch grundsätzlich keine weiteren Belastungen für Unternehmen, die zudem einen Strompreis zahlen sollen, der ihre Wettbewerbsfähigkeit nicht beeinträchtigt. Nun ist auch diese generisch liberale wirtschaftspolitische Positionierung mitnichten eine Kehrtwende für die Union, aber in der Vergangenheit wurden dem bisweilen auch noch andere Akzente zur Seite gestellt. Der Arbeitnehmerflügel befindet sich jedoch angesichts der Freidemokratisierung der Union schon seit 25 Jahren in der Defensive und erlebte 2003 in Form des dezidiert neoliberalen Leipziger Programms sein Waterloo. Endgültig hellhörig wird man dann ganz zu Ende des Papiers, wo nämlich doch recht deutlich wird, welche Stunde nun geschlagen hat: „Wir wehren uns gegen eine moralische Einengung des öffentlichen Diskurses. Nicht Kommentarspalten, Ideologien oder Moralvorstellungen sind Maßstab für die individuelle Freiheit, sondern einzig und allein unser Grundgesetz.“

Dies ist für eine christdemokratische Partei eine in mancherlei Hinsicht bemerkenswerte Pointe. Kluge Konservative waren sich seit jeher bewusst darüber, dass sich keine Rechtsordnung, jedenfalls nicht die einer liberalen Demokratie, aus sich selbst heraus erhält, sondern bestimmter Voraussetzungen bedarf – Böckenförde anyone? – zu denen auch Wert- und Moralvorstellungen gehören. Und natürlich kann man sich auch fragen, warum dann alles notwendigerweise auf die individuelle Freiheit als das Maß aller Dinge hinauslaufen muss, wenn der Individualismus, der durch diese Freiheiten ermöglicht wird, auch immer mal wieder gerade von konservativer Seite problematisiert wurde. Es verblüfft auch, wie hier

Moralvorstellungen und Ideologien weggewischt werden, als ob es sich um suspekte und spekulative Sujets handelte, deren Nebelschwaden aber von der strahlenden Klarheit eines für sich stehenden Grundgesetzes aufgelöst werden. Dabei waren es natürlich vor allem konservative Rechtsgelehrte, die einst die Vorstellung ins Spiel brachten, man habe es beim Grundgesetz auch mit einer objektiven Wertordnung zu tun und damit ausdrücklich legale und moralische Sphären miteinander verkoppelten. Zudem können ja gerade Konservative das Grundgesetz selbst auch als Ausdruck bestimmter moralischer Vorstellungen verstehen – Stichwort: Christliches Menschenbild – und darauf hinzuweisen, dass womöglich auch bei der Interpretation auslegungsbedürftiger grundgesetzlicher Normen die ein oder andere Moralvorstellung eine Rolle spielen könnte – abermaliges Stichwort: Christliches Menschenbild.

Freiheit ist, wenn ich mache, was immer ich will

Und das sind noch nicht alle Fragezeichen, die ein solch dürrer Rechtspositivismus provoziert. Die Verhandlung von Wert- und Moralvorstellungen, ja, oftmals sogar die Reduzierung aller möglicher Zusammenhänge auf die Frage von Moral, Wert und Charakter, war schließlich einst die ureigenste Domäne des Konservativen – und keineswegs nur im 19. Jahrhundert. Die Älteren werden sich entsinnen, dass die Union Anfang der 1980er-Jahre mit der Agenda einer ‚geistig-moralischen‘ Erneuerung antrat und suggerierte, dass die damalige Wirtschaftskrise eigentlich im Kern eine moralische Krise war: Gegen die korrosiv-subversiven Werte von 1968 sollten nun die Werte von 1948, von Wiederaufbau und Wirtschaftswunder, mobilisiert werden. Bekanntlich versandete dieses Projekt recht bald, aber man muss daran erinnern, dass es hier durchaus noch darum ging, Subjekte zu formen, wie man es heutzutage wohl ausdrücken würde; nicht von ungefähr spielte die Frage der Erziehung (konservatives Stichwort: Mut zur Erziehung) seit den 1970er-Jahren eine prominente Rolle in den ‚neo-konservativen‘ Diskursen darüber, was gegen den Wertewandel bzw. –verlust zu tun sei.

Und wem das alles immer noch zu 20. Jahrhundert ist, um noch als Maßstab zu dienen, dem seien die diversen Iterationen der Leitkultur-Debatte ans Herz gelegt, die sich ja durchaus bis in die jüngere Vergangenheit zog und sowohl von Merz und Linnemann, als auch von Schönbohm und De Maiziere aufgeworfen wurde. Wie mokier-

te man sich damals, wenn von (links-)liberaler Seite damals die trockene Replik lautete, dass die einzige Leitkultur der BRD das Grundgesetz sein könne. Ausdrücklich insistierte man darauf, dass das Grundgesetz allein nicht als Orientierung ausreiche, gehe es doch um wirkmächtige ungeschriebene Normen und Konventionen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Man kann mit guten Gründen die Vorstellung einer mehr oder weniger kodifizierten Leitkultur für bedenklich halten, aber der Blick auf das Sozialleben und seine Integrationsmechanismen, die der Position zugrunde liegt, scheint mir plausibler zu sein, als dass Gesellschaften allein durch Rechtsordnungen integriert würden.

Halten wir also fest, dass gerade die Schlussformulierungen der AfD, der Agenda für Deutschland, nachdrücklich einen schon lange anhaltenden Trend zu Freidemokratisierung der Union bekräftigen. Freidemokratisierung, das ist, wenn die individuelle Freiheit zum zentralen Referenzpunkt wird und Vorstellungen von Tugenden und Werten nun zur reinen Privatsache oder einfach für irrelevant erklärt werden. Wo von Moral die Rede ist, wittert der Konservative von heute immer schon die bevormundende Moralisierung und schlägt sich auf die Seite des Liberalen, für deren heutige politische Repräsentanten die altehrwürdige Unterscheidung Lockes zwischen Freiheit und Zügellosigkeit immer mehr an Bedeutung zu verlieren scheint: Freiheit ist, wenn ich mache, was immer ich will. Und nicht wenige der kulturkämpferischen Tiraden der Union werden ja gerade im Namen eines solchen geradezu aggressiven Freiheitsverständnisses vorgetragen: Ich heize wie ich will, esse was ich will, fahre was ich will und rede wie ich will – alles andere ist eigentlich schon eine Art weicher Totalitarismus. Damit scheint sich die Freidemokratisierung der Union, die ja wirtschaftspolitisch zwischenzeitlich schon sehr weit fortgeschritten war und dann vor allem durch die großkoalitionären Handlungszwänge und die Strategie der asymmetrischen Mobilisierung wieder etwas zurückgeschraubt wurde, mittlerweile auch auf einer grundsätzlicheren Ebene zu manifestieren. Es stellt sich also tatsächlich die Frage, inwieweit im liberalkonservativen Mix die jeweiligen Ingredienzen noch einigermaßen austariert anzutreffen sind oder das politische Aroma der Union nicht mittlerweile doch stark nach Freidemokratie schmeckt. Und mit dem neuen Führungsduo der CDU dürfte sich dieser Trend mitnichten umkehren. Dass sowohl Merz als auch Linnemann zu marktliberalen Vor-

stellungen neigen, darf man ohnehin voraussetzen. Aber auch darüber hinaus ist der liberale Zungenschlag mittlerweile deutlich zu hören. So hat Linnemann kürzlich in einem Beitrag für die [WELT](#) seine Auffassung von Konservatismus skizziert und angesichts der Tatsache, dass es auch hier immer wieder darum ging, dass man die Menschen so nehmen müsse, wie sie sind, die individuelle Freiheit das Maß aller Dinge ist, die Leute selbst am besten wüssten, was gut für sie ist und Politik immer nur die vorletzten Antworten kenne, musste man sich aufrichtig fragen, welcher historische Zufall eigentlich dafür verantwortlich war, dass Linnemann in der CDU und nicht in der FDP gelandet ist – jedenfalls war es schwer, den Punkt in Linnemanns Verständnis von Konservatismus zu identifizieren, an dem Liberale sagen würden, dass ihnen das zu konservativ sei.

Liberal mit Schlupflöchern

Nun kann man diese Entwicklung aus (links-)liberaler Perspektive in gewisser Weise sicherlich begrüßen: Ist doch schön, wenn sich die Konservativen nicht mehr als Tugendwächter gerieren und den Leuten nicht mehr vorschreiben wollen, wie sie zu leben haben. Aber erstens ist die Zurückhaltung in Sachen Moral und Lebensführung in der Union dann letztlich doch auffallend selektiv, wenn nicht sogar scheinheilig: Nein, wir wollen den Leuten nicht mehr sagen, wie sie ihr Leben führen sollen – außer wenn es darum geht, Cannabis zu konsumieren, über die eigene sexuelle Identität autonom zu entscheiden oder auch eine Schwangerschaft abzubrechen. Die Liste ließe sich problemlos verlängern und hier zeigt sich eine Union, die auf Kulturkampf setzt, der nun wiederum gar nicht im Namen der individuellen Freiheit geführt wird. Nicht, dass es hier um triviale Entscheidungen ginge; man versteht schon, dass das der Konservative intuitiv nicht der Willkürfreiheit des Einzelnen überantworten möchte, aber wenn schon Freidemokratisierung, dann eben auch konsequent. Und zweitens fragt man sich, ob der Union nicht etwas Wichtige verloren gehen würde, wenn sie sich nun ostentativ auf den normativen Individualismus zurückzieht, der die Entscheidungen des einzelnen für sakrosankt erklärt und nur noch das Grundgesetz als Maßstab akzeptieren will. Krisenzeiten wie die unseren sind geprägt von Erfahrungen des Verlusts und der Desorientierung und dementsprechend ist Krisenmanagement keine rein materielle Sache, sondern auch eine Frage der Orientierung, die geboten, und

dem Sinn, dem der Verlust gegeben wird. Jedenfalls haben das gerade Konservative immer wieder so gesehen. Doch diese Sinn- und Orientierungsangebote schafft man nicht mit dem Verweis auf das Grundgesetz; etwas tiefer wird man schon schürfen müssen. Es wird sich zeigen, ob

die CDU entsprechende Ambitionen zumindest in ihrem Grundsatzprogramm an den Tag legt, das vor der Europawahl nächstes Jahr verabschiedet werden soll – den Vorsitz der Programmkommission hat übrigens Carsten Linemann.

Isabel Lischewski

Kulturkampf macht Schule

doi: 10.17176/20230713-231009-0



In Sachsen dürfen [fürderhin](#) auch Kooperationspartner*innen von Schulen keine geschlechtergerechten Sprachformen unter Verwendung von Sternchen etc. verwenden. Das hat das sächsische Kultusministerium in dieser Woche „klargestellt“, nachdem es bereits vor zwei [Jahren](#) die Verwendung sogenannter „verkürzender“ Spielarten des Genderns (also andere als die Verwendung von binären Wortpaaren wie „Schülerinnen und Schüler“ oder neutraler Begriffe wie „Jugendliche“) an den dortigen Schulen verboten hatte. Das CDU-geführte Ministerium setzt damit dazu an, den Kulturkampf gegen geschlechtliche Vielfalt und feministische Ideen aus dem schulischen Kontext heraus weiter in die Gesellschaft zu tragen – ein Projekt, das auch in dieser jüngsten Form erheblichen grundrechtlichen Bedenken begegnen muss.

Bereits die ursprüngliche, den innerschulischen Kontext betreffende Regelung kann bei Lichte betrachtet keinen Bestand haben. Schüler*innen können unter Umständen sogar ein Recht darauf geltend machen, dass geschlechtliche Vielfalt im schulischen Kontext explizit abgebildet wird und insbesondere auch ihre eigenen Ausdrucksformen diesbezüglich respektiert werden. Ein Verbot bestimmter Formen gendergerechter Sprache folgt demgegenüber keinem denkbaren rechtlich tragfähigen Impetus, Kinder- oder Elternrechte zu schützen.

Das schulische Umfeld hat eine besondere Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung

Schüler*innen begegnen – und das wird oft genug bereits unterschlagen – Formen des Genderns in der Schule auf zweierlei Ebenen: als Angesprochene und auch als Sprechende.

Ob durch (staatliche) Anreden, die die Genderidentität einer Person missachten, lediglich „Befindlichkeiten“ verletzt werden (so wohl BGH-Richter Allgayer, NJW 2022, 452; s. auch das BGH-Urteil zum [Sparkassenformular](#)) oder doch eher das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. [hier](#) und [hier](#) und hier), ist eine komplexe Frage, die hier nur umrissen werden kann. Jedenfalls

aber lässt sich – auch auf Basis des „[Bundesnotbremse II](#)“-Beschlusses – eine besondere Bedeutung des schulischen Umfelds für die spezifisch kindliche Persönlichkeitsentwicklung statuieren. Selbst wenn also einerseits kein kontextunabhängiges Recht auf sprachliche Akzeptanz der Genderidentität bestehen sollte, stellt sich die Situation in der Schule schon aufgrund des besonderen Bildungs- und Schutzauftrags und ihres nunmehr verfassungsrechtlich explizierten Beitrags zur Persönlichkeitsentwicklung durchaus anders dar. Verstärkt wird die Position der Schüler*innen als Angesprochene natürlich noch durch die Gleichheitssätze.

Aber Schüler*innen sind auch als Sprechende von Sprachregelungen betroffen, etwa wenn bestimmte Formen des Genderns in Schularbeiten negativ bewertet werden oder ihnen etwa im Rahmen von Projekten wie Schulzeitungen, Wettbewerben und anderen Veranstaltungen verboten wird, in einer bestimmten Art und Weise zu sprechen. Es ist klar, dass im Rahmen von Bewertungssystemen für Rechtschreibung und Grammatik eindeutige Maßstäbe für richtig und falsch herangezogen werden müssen. Allerdings läuft diese Rechtfertigung dort ins Leere, wo eine bestimmte Schreibweise – wie beim Gendern – offensichtlich nicht aus Unwissenheit, sondern ganz bewusst gewählt wird, um einen bestimmten Ausdruck etwa eines nichtbinären Genderverständnisses zu ermöglichen. Soweit sich Schüler*innen in nicht unmittelbar benoteten, möglicherweise auch explizit an die Öffentlichkeit gerichteten Projekten äußern, verstärkt sich noch die Einwirkung ihrer Grundrechte (zur strittigen Frage, ob die Verwendung bestimmter Formen des Genderns für sich eine Meinungsäußerung darstellt, s. auch weiter unten).

Warum geschlechtergerechte Sprache das schulische Neutralitätsgebot nicht verletzen kann

Dass der Staat „von Verfassungen wegen nicht gehindert [ist], Regelungen über die richtige Schreibung der deutschen Sprache für den Unterricht in den Schulen zu tref-

fen“, wissen wir seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtschreibreform (BVerfGE 98, 218-264). Allerdings bedeutet diese Entscheidung im Gegenzug nicht, dass *jede* Art der staatlichen Intervention ohne weitere Rechtfertigung möglich ist.

An dieser Stelle muss ich betonen, dass das sächsische Kultusministerium zur Rechtfertigung seiner Regelung keine explizit verfassungsrechtlichen Maßstäbe heranzieht, sondern – der Kultusminister*innenkonferenz folgend – auf die Ziele der Verständlichkeit von Sprache und die derzeit geltenden Empfehlungen des Rats für deutsche Rechtschreibung verweist. Dem Bekenntnis zur „geschlechtersensiblen Erziehung“ – das mit diesem Ansatz jedenfalls bezüglich nichtbinärer Genderverständnisse ein Lippenbekenntnis bleibt – folgt also lediglich die achselzuckende Behauptung, das mit dem Gendern wäre aber halt irgendwie zu schwer und nicht so hübsch. Auch eine tiefergehende verfassungsrechtliche Rechtfertigung muss aber meines Erachtens im Ergebnis misslingen.

So war Anfang dieses Jahres (VG Berlin, Beschl. v. 24.03.2023 – VG 3 L 24/23) ein Berliner Vater mit dem Versuch gescheitert, seine beiden Kinder im Eilrechtsschutz vor den Schrecken des „Genderns“ oder gar – *horribile dictu* – der Critical Race Theory in der Schule zu schützen. Er berief sich, was die Rechte der Kinder betraf, u.a. auf den sogenannten [Beutelsbacher Konsens](#), der ein Überwältigungs- und Indoktrinationsverbot, die Beachtung kontroverser Positionen in Wissenschaft und Politik im Unterricht und die Befähigung der Schüler*innen, politischen Situationen selbst zu analysieren, betont (vgl. auch näher Wrase APuZ 14/15/2020, 10). Zu Recht sah das Berliner VG diese richtigen Grundsätze dadurch, dass individuelle Lehrkräfte bestimmte Formen des Genderns wählten, nicht gefährdet, insbesondere wenn sie diese Praxis durch entsprechende Diskussionen usw. im schulischen Kontext begleiten.

Auch stellte das Verwaltungsgericht in überzeugender Weise klar, dass keine Verletzung des schulischen Neutralitätsgebots vorlag. Dieses folgt nach der verbreitetsten Ansicht aus dem elterlichen Erziehungsrecht in Verbindung mit der staatlichen Schulzuständigkeit (Art. 6 II iVm 7 I GG; s. auch die jeweiligen Schulgesetze der Länder – welche Rolle hier eigene Rechte der Schüler*innen spielen könnten, wird standardmäßig leider nicht erläutert). Das Gericht betont zunächst, dass es im Verwenden der fraglichen Formen des Genderns keine politische Mei-

nungsausäußerung sieht – eine durchaus streitbare Position in der aktuellen Diskussionslage, der jedoch im Ergebnis jedenfalls insoweit zuzustimmen ist, dass dies „sich nicht ohne weiteres zwingend abstrakt generell durch eine bestimmte Ausdrucksweise ausnahmslos feststellen, sondern nur bezogen auf den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der weiteren Begleitumstände“ bewerten lässt – zumal in Kontexten, in denen die Verwendung möglicherweise „lediglich dem Umstand geschuldet ist, dass in den betreffenden Klassen Kinder unterrichtet werden, die in einer genderneutralen Weise angesprochen werden möchten“.

Gewichtiger ist meines Erachtens der zweite Schritt in der Argumentation des VG: „Selbst wenn [...] die Verwendung genderneutraler Sprache eine Zuschreibung einer bestimmten politischen Richtung ermöglichen sollte [...], wären die oben genannten Grenzen hierdurch nicht überschritten. Dies folgt nicht nur daraus, dass [...] genderneutrale Sprache zunehmend Eingang in die Öffentlichkeit findet, sondern sich andererseits auch genauso Widerstand gegen die Verwendung von genderneutraler Sprache bildet. Folglich kann mittlerweile auch durch die Nichtverwendung von genderneutraler Sprache ebenso eine politische Zuschreibung in Betracht kommen. Vor diesem Hintergrund dürfte es den Lehrkräften bei lebensnaher Betrachtung zunehmend kaum möglich sein, ihren Sprachgebrauch so auszugestalten, dass er keine derartige politische Zuschreibung mehr zulässt.“ Mit anderen Worten: Sprache ist nie neutral, und nur weil eine bestimmte Sprechweise eine längere Tradition hat, ist sie nicht unpolitisch – vielmehr verdeutlichen neu aufkommende Sprachformen die gesellschaftliche Gewordenheit von Sprache.

Vorbild USA: Die Erweiterung des Genderverbots auf Kooperationspartner*innen folgt dem rechten Playbook

Zusammenfassend lässt sich an dieser Stelle also sagen, dass nicht nur nichts gegen, sondern sogar einiges für die konsequente Verwendung bestimmter Sprachformen spricht, die ein nichtbinäres Geschlechterverständnis explizit abbilden, auch und gerade im schulischen Kontext. Insbesondere gibt es kein Recht, gendersensibler Sprache nicht ausgesetzt zu werden (vgl. hierzu auch zivilrechtlich LG Ingolstadt, Urt. v. 29.07.2022, 21 U 5235/22; Besprechung von Valérie Suhr in DIVRUW 1/2023, 30-32). Viele Befürworter*innen gendersensibler Sprache wür-

den zustimmen, dass die derzeit im Deutschen geläufigen Formen noch nicht zufriedenstellend sind – was kein Grund sein kann, sie zu *verbieten*.

Mit der „klarstellenden“ Erweiterung des schulischen „Genderverbots“ auf Kooperationspartner*innen von sächsischen Schulen wird die grundrechtliche Gemengelage je nach dem entsprechend erweitert: z.B. um die Kunst- und Meinungsfreiheit, die Freiheit von Forschung und Lehre, Persönlichkeitsrechte, die Berufsfreiheit und in jedem Fall mindestens die Allgemeine Handlungsfreiheit der jeweiligen Personen oder Organisationen (s. schon jetzt den Fall des Theaters [Plauen-Zwickau](#), das sich gegen ein kommunales „Genderverbot“ auf Grundlage seiner Kunstfreiheit wehrt). An den obigen Überlegungen, wonach Verbote bestimmter gendersensibler Sprachformen im schulischen Kontext nicht haltbar sind, ändert das ohnehin nichts.

Die Diskussion, welche potenziellen Kooperationspartner*innen sich im Einzelnen auf welche Rechte berufen können, sollte aber vor allem nicht davon ablenken, wer von dem Verbot mit höchster Wahrscheinlichkeit am meisten betroffen sein wird und mutmaßlich ganz bewusst avisiert wurde: queere Jugend- und Unterstützungsorganisationen (vgl. z.B. die [SCHLAU-Initiativen](#)). Vereine und sonstige Strukturen, für die die Abbildung von Vielfalt auch durch die Verwendung gendersensibler Sprache ein Pfeiler ihres Selbstverständnisses und Teil ihrer Aufklärungs- und sonstigen Arbeit ist, werden Vertragsklauseln gegen „das Gendern“ schlicht nicht unterschreiben können – eine perfide Form indirekter Diskri-

minierung, die je nach Kontext auch Berufs-, Meinungs- und Vereinigungsfreiheit berühren kann.

Noch 1975 hat das Bundesverfassungsgericht Homosexualität neben Geschlechtskrankheiten und Missbrauch unter die „sozialethische[n] Probleme der menschlichen Sexualität sowie strafrechtliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend und über sexuelle Vergehen“ gefasst, über die die Schule im Rahmen des Sexualkundeunterrichts unterrichten darf und soll (NJW 1975, 1879). Doch schon in den frühen Entscheidungen zu diesem Thema findet sich die Grundidee wieder, dass die Schule ein Ort sein muss, in dem Kinder und Jugendliche in altersgerechter Weise über die Vielfalt sexueller und Genderidentität unterrichtet werden. Sieht man die „Genderverbote“ in diesem größeren Kontext und im Hinblick auf die Arbeit, die queere Organisationen in diesem Bereich in Zusammenarbeit mit Schulen und anderen Institutionen leisten können, zeigt die sächsische „Klarstellung“ ihr wahres Gesicht: Das Playbook, nachdem derzeit in den USA Queerness – etwa in Gestalt der Kunstform des Drag – unter dem Vorwand des Schutzes von Kindern [angegriffen](#) wird, ist weder neu noch ein Alleinstellungsmerkmal US-amerikanischer rechte Bewegungen. Der von deutschen Konservativen mit ungebrochener Verve geführte, durchaus massentaugliche Stellvertretungskampf gegen das „Gendern“ lässt sich hier aufs Feinste und zugleich Subtilste mit der Zurückdrängung von geschlechtlicher und sexueller Vielfalt aus dem öffentlichen Raum verbinden.

Stefan Talmon

Die „freie internationale Ordnung“

Der neue Kampfbegriff der Nationalen Sicherheitsstrategie gegen China

doi: 10.17176/20230703-231120-0



Am 14. Juni 2023 stellten Bundeskanzler Olaf Scholz und Mitglieder seines Kabinetts die erste **Nationale Sicherheitsstrategie (NSS)** Deutschlands mit dem Titel „Wehrhaft. Resilient. Nachhaltig. Integrierte Sicherheit für Deutschland“ vor. Das 73-seitige Dokument skizziert den Ansatz der Bundesregierung, die Sicherheit des Landes zu gewährleisten und es gegen äußere Bedrohungen zu stärken. Die NSS enthält 21 Verweise auf das „Völkerrecht“, das sechzehnmal im Zusammenhang mit „freier internationaler Ordnung“ oder einfach nur „internationaler Ordnung“ verwendet wird. Die „freie internationale Ordnung“ wird damit zu einem Schlüsselkonzept der neuen Strategie und macht zugleich deutlich, dass die Frage der (zukünftigen) internationalen Ordnung zu einem neuen Schlachtfeld der geopolitischen Auseinandersetzung geworden ist.

Die USA legen vor, Deutschland zieht nach

Deutschland hatte zuvor vor allem den Begriff einer „regelbasierten internationalen Ordnung“ favorisiert. Obwohl dieser Begriff noch sechsmal in der NSS vorkam, wurde er durch den neuartigen Begriff der „freien internationalen Ordnung“ verdrängt. In der deutschen Fassung der NSS tauchte der Begriff der „freien internationalen Ordnung“ dreizehn Mal auf, darunter einmal in der Kombination „freie und regelbasierte internationale Ordnung“. In der NSS heißt es zum Beispiel:

„Unsere Außen- und Sicherheitspolitik ist einer freien internationalen Ordnung auf Grundlage des Völkerrechts und der Charta der Vereinten Nationen verpflichtet.“

„Wir treten ein für eine freie internationale Ordnung auf Grundlage der Charta der Vereinten Nationen, der universellen Menschenrechte und des Völkerrechts. Wir engagieren uns für den Multilateralismus und für die Stärkung der Vereinten Nationen. Den Versuchen, die Welt in Einflussphären einzuteilen,

stellen wir das positive Modell einer solchen regelbasierten Ordnung entgegen.“

„Den Wettbewerb mit Staaten, die einer freien internationalen Ordnung auf Grundlage des Völkerrechts und der Charta der Vereinten Nationen entgegenstehen, nehmen wir selbstbewusst an; die Folgen der Systemrivalität nehmen wir ernst und berücksichtigen sie in unserer Politik. Wir verteidigen die freie und regelbasierte internationale Ordnung, die unsere Werte und Interessen schützt, mit Entschiedenheit. ... Darüber hinaus bemühen wir uns gezielt um die Zusammenarbeit und neue Partnerschaften mit Staaten, die ... wie wir für eine freie internationale Ordnung auf Grundlage der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts eintreten. ... In der EU und zusammen mit unseren transatlantischen und globalen Partnern stellen wir den Versuchen, Einflussphären zu etablieren, das positive Modell einer freien internationalen Ordnung auf Grundlage des Völkerrechts entgegen.“

In der deutschen Außen- und Sicherheitspolitik ist das Konzept einer „freien internationalen Ordnung“ neu. In einer **Rede von Bundesaußenminister Guido Westerwelle** im Juni 2013 findet sich lediglich ein Hinweis auf eine „freiheitliche und auf festen Regeln gegründete internationale Ordnung“ als elementare Voraussetzung dafür, dass wir Frieden und Wohlstand auch in Zukunft mehreren können.

Das Konzept einer „freien internationalen Ordnung“ in der deutschen NSS lässt sich auf den „**United States Strategic Approach to the People’s Republic of China**“ zurückführen, einen Bericht, der von der US-Regierung unter Präsident Donald Trump am 20. Mai 2020 gemäß des Genehmigungsgesetzes für die nationale Verteidigung aus dem Jahr 2019 veröffentlicht wurde. In diesem

Dokument heißt es: „For the past seven decades, *the free and open international order* has provided the stability to allow sovereign, independent states to flourish and contribute to unprecedented global economic growth.“ Die Vereinigten Staaten warfen der Volksrepublik China vor, dass diese versuchen würde, diese Ordnung zu schwächen und so umzugestalten, dass sie mit den Interessen und der Ideologie der Kommunistischen Partei Chinas in Einklang stehe.

China als systemischer Rivale

Im November 2020 veröffentlichte der Politische Planungsstab im US-Außenministerium ein Dokument mit dem Titel „[The Elements of the China Challenge](#)“, in dem China als Bedrohung für die „freie, offene und regelbasierte internationale Ordnung“ identifiziert wurde. Das Dokument lautete im relevanten Abschnitt:

„[T]he United States must fortify the *free, open, and rules-based international order* that it led in creating after World War II, which is composed of sovereign nation-states and based on respect for human rights and fidelity to the rule of law. ...

The [People’s Republic of China] wants to convince European nations that their political future lies not in the *free, open, and rules-based international order*, but in a new multipolar arrangement that respects geopolitical spheres of influence and regards allegations of internal repression as infringements on national sovereignty.“

In ihrer Nationalen Sicherheitsstrategie vom 12. Oktober 2022 riefen die USA daraufhin den Kampf um die internationale Ordnung aus. In seiner Einleitung zur neuen Strategie schrieb US-Präsident Joseph Biden: „Wir befinden uns mitten in einem strategischen Wettbewerb um die Gestaltung der Zukunft der internationalen Ordnung.“ In dem Dokument selbst heißt es dann:

„Our goal is clear—we want a *free, open, prosperous, and secure international order*. We seek an order that is free in that it allows people to enjoy their basic, universal rights and freedoms. It is open in that it provides all nations that sign up to these principles an opportunity to participate in, and have a role in

shaping, the rules. It is prosperous in that it empowers all nations to continually raise the standard of living for their citizens. And secure, in that it is free from aggression, coercion and intimidation. ... [W]e must proactively shape the international order in line with our interests and values. ...

The PRC is the only competitor with both the intent to reshape the international order and, increasingly, the economic, diplomatic, military, and technological power to do it.

We are confident that the United States, alongside our allies and partners, is positioned to succeed in our pursuit of a free, open, prosperous, and secure global order. With the key elements outlined in this strategy, we will tackle the twin challenges of our time: out-competing our rivals to shape the international order while tackling shared challenges ...

Im Dezember 2022 folgte Japan als erstes Land des westlichen Lagers der US-amerikanischen Einschätzung der Herausforderungen für die bestehende internationale Ordnung. In seiner auch in englischer Sprache veröffentlichten [Nationalen Sicherheitsstrategie](#) identifizierte Japan als eines seiner strategischen Ziele die Aufrechterhaltung und Weiterentwicklung einer „free and open international order.“ Im April 2023 bekräftigten die [G7-Außenminister](#) ihre Entschlossenheit, „to strengthen the free and open international order based on the rule of law, respect for the UN Charter, the sovereignty, and territorial integrity of all states, and respect for human rights and fundamental freedoms.“

Es scheint, dass der Begriff der „free international order“ einfach aus den US-amerikanischen Strategiepapieren übernommen und wortwörtlich übersetzt wurde, ohne zu bedenken, dass der Begriff der „freien internationalen Ordnung“ im Deutschen sprachlich keinen Sinn macht. Eine Ordnung kann nicht „frei“ im Sinne von ungebunden, unbesetzt oder uneingeschränkt sein. Die passendere deutsche Übersetzung wäre wohl „freiheitliche internationale Ordnung“ – entsprechende der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ des Grundgesetzes. So sprach denn auch [Bundesverteidigungsministerin Annegret Kramp-Karrenbauer](#) auf der Münchner Sicherheitskonferenz im Februar 2022 von einer „freiheitliche[n]

internationale[n] Ordnung“, d.h. „einer partnerschaftlichen internationalen Ordnung, die der Freiheit zugetan ist – auf dem Boden des Völkerrechts.“

In seiner NSS identifiziert Deutschland – ebenso wie die Vereinigten Staaten von Amerika und Japan – den „systemischen Rivalen“ China als Hauptherausforderer einer freien internationalen Ordnung auf Grundlage des Völkerrechts, der Charta der Vereinten Nationen und der universellen Menschenrechte. Das Dokument lautete im relevanten Teil:

„Wir leben in einem Zeitalter wachsender Multipolarität und zunehmender systemischer Rivalität. Wie wir bekennt sich die ganz überwiegende Zahl von Staaten zur Charta der Vereinten Nationen und einer freien internationalen Ordnung auf der Grundlage des Völkerrechts. Geprägt von ihrer Auffassung von systemischer Rivalität streben einige Staaten jedoch an, diese Ordnung zu untergraben und so ihre revisionistischen Vorstellungen von Einflussphären durchzusetzen. Sie verstehen Menschen- und Freiheitsrechte und demokratische Teilhabe als Bedrohung ihrer Macht. ...

China ist Partner, Wettbewerber und systemischer Rivale. Dabei sehen wir, dass die Elemente der Rivalität und des Wettbewerbs in den vergangenen Jahren zugenommen haben. China versucht auf verschiedenen Wegen, die bestehende regelbasierte internationale Ordnung umzugestalten, beansprucht immer offensiver eine regionale Vormachtstellung und handelt dabei immer wieder im Widerspruch zu unseren Interessen und Werten.“

China widersprach der Einschätzung Deutschlands. In einem Kommentar zur neuen deutschen NSS erklärte der [Sprecher des chinesischen Außenministeriums](#) am 15. Juni 2023: „China war schon immer ... ein Verteidiger der internationalen Ordnung.“

Die freie internationale Ordnung als Gegenmodell

In der NSS wird nicht definiert, was unter einer „freien internationalen Ordnung“ zu verstehen ist. Der Begriff der „internationalen Ordnung“ beschreibt den normativen und institutionellen Rahmen für die Beziehun-

gen zwischen internationalen Akteuren und insbesondere zwischen Staaten. Der Begriff als solcher ist daher wertneutral: Er bietet Raum für Koordination, Kooperation und Konfrontation. Er ermöglicht Gleichheit, Hegemonie und Vorherrschaft. Indem es das Adjektiv „frei“ hinzufügt, scheint Deutschland dem Begriff der „internationalen Ordnung“ bestimmte Werte überzustülpen. Eine „freie internationale Ordnung“ könnte als freiheitliche Ordnung zu verstehen sein, die politische und wirtschaftliche Freiheiten ermöglicht und fördert. Eine solche Ordnung wäre unter anderem durch Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und Freihandel gekennzeichnet.

Die „freie internationalen Ordnung“, die Deutschland aufrechtzuerhalten und zu verteidigen gelobt, könnte als Gegenmodell zu einer autoritären oder illiberalen internationalen Ordnung oder zu einer Ordnung, die auf einseitigen wirtschaftlichen Abhängigkeiten basiert, gesehen werden. Deutschland stellt „das positive Modell einer freien internationalen Ordnung“ einer Ordnung gegenüber, die auf „Einflussphären“ beruht. Man könnte sich jedoch fragen, ob die derzeitige westlich-dominierte internationale Ordnung, die ihre Wurzeln im Kolonialismus, im (heißen und kalten) Krieg, in der Plünderung natürlicher Ressourcen, in ungleicher Entwicklung und in unfairen Handelspraktiken hat, tatsächlich „frei“ ist.

Anders als die Vereinigten Staaten von Amerika verknüpft Deutschland die „freie internationale Ordnung“ eng mit dem Völkerrecht und der Charta der Vereinten Nationen. So heißt es in der NSS, dass die „freie internationale Ordnung“ dem Völkerrecht und der Charta verpflichtet ist, oder dass diese „auf der Grundlage des Völkerrechts“ beruht. Durch die Verknüpfung eines wertebeladenen Konzepts der „freien internationalen Ordnung“ mit dem Völkerrecht und der Charta der Vereinten Nationen erweckt Deutschland den Eindruck, dass alternative Modelle internationaler Ordnung im Widerspruch zum Völkerrecht und der UN-Charta stünden. Das Völkerrecht und die UN-Charta basieren jedoch „[auf einer Vielzahl von Wertesystemen](#)“ und sehen kein bestimmtes Modell einer internationalen Ordnung vor. Insbesondere schließen sie Einflussphären nicht grundsätzlich aus. Manche mögen sogar argumentieren, dass die Vereinigten Staaten von Amerika durch die Nordatlantische Vertragsorganisation (NATO) und andere Sicherheitspakete eigene Einflussphären geschaffen haben. Einflussphären sind in der Regel das Ergebnis politischer, militärischer, wirtschaftlicher oder sonstiger Abhängigkeiten und nicht das

Ergebnis formeller völkerrechtlicher Vereinbarungen. Soweit sie auf Verträgen und Bündnissen beruhen, unterliegen sie der Handlungsfreiheit der Staaten. Wie der Internationale Gerichtshof (IGH) im Nicaragua-Fall feststellte: „Nach dem Grundsatz der Staatssouveränität ist es jedem Staat gestattet, frei über sein politisches, wirtschaftliches, soziales und kulturelles System und die Gestaltung seiner Außenpolitik zu entscheiden.“ Die Außenpolitik und die Bündnisse der Staaten sowie deren Auswirkungen auf regionale oder internationale politisch-militärische Gleichgewichte sind für das Völkerrecht im Allgemeinen nicht von Belang. Die Charta der Vereinten Nationen ist genau darauf ausgelegt, die Beziehungen von Staaten mit unterschiedlichen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Systemen auf der Grundlage der Koexistenz ihrer verschiedenen Ideologien zu regeln.

Die Frage nach der künftigen internationalen Ordnung ist daher in erster Linie eine politische Frage – eine Frage von Macht, Interessen und Werten. Die Vereinigten Staaten von Amerika äußerten sich diesbezüglich recht offen. In ihrer Nationalen Sicherheitsstrategie aus dem Jahr 2022 erklärten sie, dass „wir die internationale Ordnung im Einklang mit unseren Interessen und Werten proaktiv gestalten müssen“, und im Vorgängerdokument aus dem Jahr 2017 warfen sie Russland und China vor, „unsere geopolitischen Vorteile in Frage zu stellen und zu versuchen, die internationale Ordnung zu ihren Gunsten zu verändern.“ Auch Deutschland erklärte, dass es „eine freie internationale Ordnung gestalten“ wolle, die „unsere Werte und Interessen schützt“.

Nicht frei von Doppelmoral und Heuchelei

Während es für Deutschland und seine Verbündeten in Ordnung zu sein scheint, die ihren Interessen dienende unipolare, vom Westen dominierte internationale Ord-

nung zu „gestalten“ und „aufrechtzuerhalten“, werden Versuche Chinas und anderer Staaten, die aktuelle internationale Ordnung im Einklang mit ihren Interessen „umzugestalten“, als Verstoß gegen das Völkerrecht und die UN-Charta dargestellt. Die NSS versucht eine Identität von deutschen Interessen und Interessen der internationalen Ordnung herzustellen, obwohl an anderer Stelle eingeräumt wird, dass unsere „sicherheitspolitischen Interessen ... geprägt [sind] von unserer geographischen Lage, unserer Mitgliedschaft in EU und NATO, unserem auf sozialer Marktwirtschaft und internationaler Verflechtung basierenden Wirtschaftsmodell und der Verantwortung für unsere natürlichen Lebensgrundlagen.“

Deutschland wirft China zudem implizit vor, seine wirtschaftliche Stellung zur Neugestaltung der internationalen Ordnung zu missbrauchen. So heißt es in der NSS mit Blick auf China: „Allerdings bedrohen einige Staaten die Prinzipien der freien wirtschaftlichen Zusammenarbeit zunehmend und setzen wirtschaftliche Macht für außen- und sicherheitspolitische Interessen ein.“ Dass die Position der Vereinigten Staaten als überragender Wirtschaftsakteur in der Welt, ihre „Fähigkeit stärkt, die Instrumente der Wirtschaftsdiplomatie zum Wohl der Amerikaner und anderer einzusetzen“ (US NSS 2017), scheint dagegen kein Problem zu sein. Hier ist die NSS nicht frei von Doppelmoral und Heuchelei.

Die deutsche NSS macht deutlich, dass die Frage der (zukünftigen) internationalen Ordnung zu einem neuen Schlachtfeld der Systemrivalen geworden ist. Durch die Verknüpfung der politischen Frage nach dem bevorzugten internationalen Ordnungsmodell mit dem Völkerrecht und der UN-Charta hat Deutschland diesen einen Bären dienst erwiesen. Am Ende werden [alle Seiten](#) behaupten, dass ihr Modell auf dem Völkerrecht basiert oder diesem am besten Ausdruck verleiht.

Helmut Philipp Aust

Cluster Munition and International Law

Ukraine's Use of Cluster Munition and its Implications for Allies Like the Federal Republic of Germany

doi: 10.17176/20230729-012126-0



In recent weeks, there has been intense discussion about the delivery of cluster munitions by the United States of America to Ukraine and the subsequent use of these munitions. The term cluster munition refers to different forms of ammunition that do not explode immediately as a whole, but release a multitude of smaller explosive devices. The technical language of the [2008 Convention on Cluster Munition \(Oslo Convention\)](#) defines cluster munition as conventional munition “designed to disperse or release explosive submunitions weighing less than 20 kilograms”.

The use of such ammunition can be an effective military tool, which is why Ukraine has specifically sought the supply of such ammunition from its allies in order to make its defence against Russia's war of aggression more effective. In particular, cluster munition can be an effective means of overcoming Russian defences in the territories of Ukraine unlawfully occupied by Russia. A side effect of the use of cluster munitions can also be that their use can help detonate mines laid there by Russia. At the same time, however, the use of cluster munitions carries the risk that parts of them may not explode. In such situations, they continue to pose a risk to the civilian population in the area of operation long after the conflict has ended. This is one of the reasons why the Ukrainian Minister of Defence [formulated](#) a set of guidelines on the use of cluster munitions on 7 July, emphasising in particular that cluster munitions will not be used in urban areas and that, after the end of the war, areas where such munitions have been used will be given priority in mine clearance. [According to available information](#), Russia has already used cluster munitions since the beginning of its use of force. This deployment of cluster munitions has been extensive, covering the entire territory of Ukraine, and no comparable precautions have been taken by Russia.

In the political discussion, the question of the admissibility of the use of these munitions by Ukraine under international law has been raised, precisely because the

use of cluster munitions is considered „[internationally banned](#)„. While this is true in principle, it only applies as a comprehensive verdict to the parties to the 2008 Oslo Convention on Cluster Munitions. The Convention has been in force since 2010, but has only [111 parties](#). Neither Ukraine nor Russia are among them, and the United States of America has not ratified this treaty either. These states are therefore not bound by the rules of the Oslo Convention.

However, this does not mean that these states may use cluster munitions without any limitation. They are bound by the rules of international humanitarian law which apply in situations of armed conflict. The use of cluster munitions in populated areas, for example, may violate the [prohibition of indiscriminate attacks](#), which is enshrined in both treaty-based and customary international humanitarian law. Similar considerations apply with regard to the prohibition of [causing unnecessary suffering](#), which the German government also [pointed out](#) in its answer to a parliamentary minor interpellation minor question in May 2023. However, even according to the rules of international humanitarian law, which are open to a balancing of military necessity and standards of protection, there may be situations in which cluster munitions may be used in accordance with international law by states that are not parties to the Oslo Convention. This will be the case, particularly if the use of cluster munitions takes place in a context where civilian casualties can be practically excluded. It is important to note that the requirements of international humanitarian law apply just as much to the aggressor as to the state under attack.

The specific permissibility of the use of cluster munitions can thus only be determined in the light of the individual case of their use. [Publicly available information](#) on Ukrainian and Russian deployments of these munitions suggests that the Ukrainian side [is much more committed to](#) effectively limiting the negative consequences of cluster munitions use. This is also inherently plausible

since Ukraine uses these munitions on its own territory. Ukraine has a genuine interest in its own population being able to live there safely again after the liberation of these areas from Russian occupation forces.

But what are the consequences of Ukraine's use of cluster munitions for states like the Federal Republic of Germany, which are parties to the Oslo Convention and at the same time provide comprehensive support to Ukraine in its defence against Russian aggression? Here, the rules of the Oslo Convention deserve more attention. Article 1(1)(c) of the Convention stipulates that each State Party is obliged under no circumstances ever to „assist, encourage or induce anyone to engage in any activity prohibited to a State Party under this Convention.“ While this provision can theoretically be interpreted as referring only to assisting State Parties engaging in prohibited activities under the Convention, it is not clear whether this is the case. The systematic context of the Convention suggests that the relationship to non-Parties is also covered here. This results in particular from the separate provision of Art. 21 of the Oslo Convention, which is characterised by considerable complexity and deals with questions of so-called interoperability. This term, which originates from a military context, [refers](#) to the interaction between armed forces of different states. The provision of Art. 21 is not free of contradictions and was the subject of controversial discussions between different groups of states during the diplomatic conference that led to the negotiation of the agreement ([see, for example, here, pp. 203-207](#)). As ultimately enshrined in the Convention, the provision first states that Parties shall encourage States not party to the Convention to ratify it. There is a specific obligation to „use their best efforts“ to „discourage States that are not Parties from using cluster munitions“. At the same time, Art. 21 para. 3 stipulates that military cooperation will continue to be possible with states that are not party to the Convention and „which might engage in activities prohibited to a State Party“. However, this may not, as another exception stipulates, lead to a State Party itself using cluster munitions or seeking the use of such munitions.

According to the content of these treaty provisions,

several conclusions arise for the Federal Republic of Germany and other European allies of Ukraine, which are also parties to the Oslo Convention: Firstly, it is permissible for parties to the Oslo Convention to cooperate militarily with Ukraine, even if the latter uses cluster munitions. Ukraine may be supported in the exercise of its right of self-defence, even if it uses ammunition that can no longer be used by parties to the Oslo Convention. Secondly, the meaning and purpose of the provisions of the Oslo Convention suggest that specific acts of support for military defence measures for parties to the Oslo Convention are no longer in conformity with international law if there is a close context of cooperation between the provision of support and the use of cluster munitions. What matters is the specific assistance provided. While the general support of Ukrainian defence through arms deliveries is not called into question by the use of cluster munitions, parties to the Oslo Convention are well advised to insist that military material provided by them is not used in such operations. This will particularly affect situations in which military equipment capable of firing cluster munitions is supplied and possibly also jointly maintained. Thirdly, there is an obligation of the German government to dissuade Ukraine from using cluster munitions as much as possible. However, the Oslo Convention does not specify how this obligation is to be fulfilled, since the obligation to „use its best efforts“ is an extremely indeterminate legal term, allowing for a significant degree of political discretion in determining what constitutes „best efforts“ in individual cases. The most effective approach here is probably to refer to the conceivable medium-term effects of the use of cluster munitions on Ukraine's political support in the population of allied states. In terms of the politics of international law, there would be a lot to be said for renouncing the use of such munitions. Whether Ukraine can be advised to do so in good faith in view of the existential threat it faces, however, is another matter. All in all, the parties to the Oslo Convention have considerable room for manoeuvre in assessing how they understand their obligations to cooperate with non-parties to this agreement.

Helmut Philipp Aust

Streumunition und Völkerrecht

Zur Verwendung von Streumunition durch die Ukraine und die Folgen für verbündete Staaten wie die Bundesrepublik Deutschland

doi: 10.17176/20230727-012158-0



In den zurückliegenden Wochen ist intensiv über die Lieferung von Streumunition durch die Vereinigten Staaten von Amerika an die Ukraine und den nachfolgenden Einsatz dieser Munition diskutiert worden. Der Begriff der Streumunition bezeichnet unterschiedliche Formen von Munition, die nicht sofort als Ganzes explodieren, sondern eine Vielzahl von kleineren Sprengkörpern freisetzen. In der technischen Sprache des [Osloer Abkommens von 2008](#) wird Streumunition definiert als „konventionelle Munition, die dazu bestimmt ist, explosive Submunitionen mit jeweils weniger als 20 Kilogramm Gewicht zu verstreuen oder freizugeben“.

Der Einsatz solcher Munition kann ein wirksames militärisches Mittel darstellen, weswegen die Ukraine gezielt bei ihren Verbündeten nach der Lieferung solcher Munition nachgesucht hat, um ihre Verteidigung gegen den völkerrechtswidrigen russischen Angriffskrieg effektiver zu gestalten. Insbesondere kann sie ein wirksames Mittel zur Überwindung von russischen Verteidigungslinien in den völkerrechtswidrig besetzten Gebieten der Ukraine darstellen. Ein Nebeneffekt des Einsatzes von Streumunition kann dabei auch darin bestehen, dass ihr Einsatz helfen kann, von Russland dort verlegte Minen zur Detonation zu bringen. Der Einsatz von Streumunition birgt aber zugleich das Risiko, dass Teile von ihr nicht explodieren und noch lange nach Ende eines Konfliktes ein Risiko für die Zivilbevölkerung in dem Einsatzgebiet darstellen. Auch deshalb hat der ukrainische Verteidigungsminister am 7. Juli eine Reihe von Leitlinien zum Einsatz von Streumunition [formuliert](#), die insbesondere betonen, dass die Streumunition nicht in urbanen Gebieten eingesetzt werden wird und nach Ende des Krieges Gebiete, in denen solche Munition eingesetzt wurde, bei der Minenräumung Priorität eingeräumt werden wird. Russland hat [nach vorliegenden Informationen](#) bereits seit dem Beginn seiner auf das gesamte Territorium der Ukraine ausgedehnten Gewaltanwendung Streumunition eingesetzt und ist dabei ohne vergleichbare Vor-

sichtsmaßnahmen vorgegangen.

In der politischen Diskussion ist die Frage nach der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes dieser Munition durch die Ukraine gestellt worden, gerade weil die Verwendung von Streumunition als „[international geächtet](#)“ gilt. Dies ist zwar zutreffend, gilt als umfassendes Verdikt aber nur für die Vertragsparteien des Osloer Abkommens über Streumunition von 2008. Das Abkommen ist seit dem Jahr 2010 in Kraft, hat allerdings nur [111 Vertragsparteien](#). Weder die Ukraine noch Russland zählen dazu und auch die Vereinigten Staaten von Amerika haben diesen Vertrag nicht ratifiziert. Diese Staaten sind an die Regeln des Osloer Abkommens mithin nicht gebunden.

Dies bedeutet nicht, dass diese Staaten Streumunition ohne jede Begrenzung verwenden dürfen. Sie sind in Situationen des bewaffneten Konflikts an die Regeln des humanitären Völkerrechts gebunden. Eine Verwendung von Streumunition etwa in bewohnten Gebieten kann gegen das [Verbot unterschiedsloser Angriffe](#) verstoßen, welches sowohl im vertraglichen als auch im völkerrechtlich garantierten humanitären Völkerrecht verankert ist. Ähnliche Erwägungen gelten im Hinblick auf das [Verbot der Verursachung unnötigen Leidens](#), worauf auch die Bundesregierung in der Beantwortung einer Kleinen Anfrage im Mai 2023 [hingewiesen hat](#). Es kann aber auch nach den für eine Abwägung zwischen militärischer Notwendigkeit und Schutzstandards offenen Regeln des humanitären Völkerrechts Situationen geben, in denen Streumunition völkerrechtskonform von Staaten eingesetzt werden darf, die nicht Vertragsparteien des Osloer Abkommens sind. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Einsatz der Streumunition in einem Kontext erfolgt, bei dem zivile Opfer praktisch ausgeschlossen werden können. Die Vorgaben des humanitären Völkerrechts gelten dabei für den Aggressor genauso wie für den angegriffenen Staat.

Die konkrete Zulässigkeit der Verwendung von Streu-

munitio kann somit nur im Lichte des jeweiligen Einzelfalls ihrer Verwendung bestimmt werden. **Öffentlich zugängliche Informationen** zu den ukrainischen und russischen Einsätzen dieser Munition legen nahe, dass die ukrainische Seite **wesentlich stärker bemüht ist**, die negativen Konsequenzen des Einsatzes von Streumunition wirksam zu begrenzen. Dies ist auch nur plausibel, da die Ukraine diese Munition auf ihrem eigenen Territorium einsetzt. Die Ukraine hat ein genuines Interesse daran, dass ihre eigene Bevölkerung nach der Befreiung dieser Gebiete von den russischen Besatzungstruppen dort wieder ungefährdet leben kann.

Was folgt aber nun aus dem Einsatz von Streumunition durch die Ukraine für Staaten wie die Bundesrepublik Deutschland, die Vertragsparteien des Osloer Abkommens sind und zugleich in umfassender Form die Ukraine in ihrer Verteidigung gegen die russische Aggression unterstützen? Hier haben die Regeln des Osloer Abkommens stärkere Beachtung verdient. Art. 1 Abs. 1 c) des Abkommens bestimmt, dass jeder Vertragsstaat verpflichtet ist, unter keinen Umständen jemals „irgendjemanden zu unterstützen, zu ermutigen oder zu veranlassen, Tätigkeiten vorzunehmen, die einem Vertragsstaat aufgrund dieses Übereinkommens verboten sind.“ Diese Vorschrift kann zwar theoretisch so ausgelegt werden, dass sie sich nur auf die Unterstützung von Vertragsparteien bei verbotenem Handeln nach der Konvention bezieht. Der systematische Zusammenhang des Abkommens spricht aber dafür, dass hier auch das Verhältnis zu Nicht-Vertragsparteien erfasst ist. Dies ergibt sich insbesondere aus der gesonderten und von erheblicher Komplexität geprägten Vorschrift des Art. 21 des Osloer Abkommens, die sich mit Fragen der sog. Interoperabilität beschäftigt. Dieser aus dem militärischen Kontext stammende Begriff **bezieht** sich auf das Zusammenwirken zwischen Streitkräften verschiedener Staaten. Die Bestimmung des Art. 21 ist in sich nicht widerspruchsfrei und war bei der diplomatischen Konferenz, die zur Aushandlung des Abkommens führte, Gegenstand von kontroversen Diskussionen zwischen unterschiedlichen Staatengruppierungen (**siehe etwa hier, S. 203-207**). In ihrer letztlich im Abkommen verankerten Form bestimmt die Vorschrift zunächst, dass Vertragsparteien Staaten, die nicht Partei des Abkommens sind, ermutigen, das Übereinkommen zu ratifizieren. Es gibt eine konkrete Verpflichtung, sich „nach besten Kräften zu bemühen“, Staaten, die nicht Vertragsparteien sind, „vom Einsatz

von Streumunition abzubringen“. Zugleich bestimmt Art. 21 Abs. 3, dass militärische Zusammenarbeit mit Staaten weiterhin möglich ist, die nicht Vertragsparteien sind und „die möglicherweise Tätigkeiten vornehmen, die einem Vertragsstaat verboten sind“. Dies darf, eine erneute Rückausnahme, aber nicht dazu führen, dass eine Vertragspartei selbst Streumunition einsetzt oder um den Einsatz solcher Munition nachsucht.

Nach dem Inhalt dieser Vertragsnormen ergeben sich für die Bundesrepublik Deutschland und andere europäische Verbündete der Ukraine, die ebenfalls Vertragsparteien des Osloer Abkommens sind, einige Schlussfolgerungen: Erstens ist es auch für Vertragsparteien des Osloer Abkommens erlaubt, mit der Ukraine militärisch zusammenzuarbeiten, auch wenn diese Streumunition einsetzt. Die Ukraine darf in der Ausübung ihres Selbstverteidigungsrechts unterstützt werden, auch wenn sie dabei Munition einsetzt, die von Vertragsparteien des Osloer Abkommens nicht mehr verwendet werden darf. Zweitens legen es Sinn und Zweck der Bestimmungen des Osloer Abkommens nahe, dass konkrete Unterstützungshandlungen für militärische Verteidigungsmaßnahmen für Vertragsparteien des Osloer Abkommens nicht mehr völkerrechtskonform sind, wenn ein enger Kooperationszusammenhang der Unterstützungsleistung mit dem Einsatz von Streumunition besteht. Es kommt auf die spezifische Hilfsleistung an. Während die allgemeine Unterstützung der ukrainischen Verteidigung durch Waffenlieferungen nicht durch den Einsatz von Streumunition in Frage gestellt wird, sind Vertragsparteien des Osloer Abkommens gut beraten, darauf zu dringen, dass von ihnen zur Verfügung gestelltes militärisches Material in solchen Einsätzen nicht verwandt wird. Dies wird besonders Situationen betreffen, in denen militärisches Gerät geliefert und unter Umständen auch gemeinsam gewartet wird, welches in der Lage dazu ist, Streumunition zu verschießen. Drittens besteht eine Verpflichtung der Bundesregierung, die Ukraine möglichst vom Einsatz von Streumunition abzubringen. Wie diese Verpflichtung zu erfüllen ist, wird vom Osloer Abkommen allerdings nicht vorgegeben, da die Verpflichtung, sich „nach besten Kräften zu bemühen“ ein äußerst unbestimmter Rechtsbegriff ist, der jedenfalls einen erheblichen politischen Einschätzungsspielraum eröffnet, was diese „besten Kräfte“ im Einzelfall darstellen. Am wirksamsten dürfte hier der Verweis auf die denkbaren mittelfristigen Auswirkungen des Einsatzes von Streumuni-

tion auf den politischen Rückhalt der Ukraine in verbündeten Staaten sein. Völkerrechtspolitisch würde viel für einen Verzicht auf den Einsatz solcher Munition sprechen. Ob man dies der Ukraine angesichts der existenziellen Bedrohungslage, in der sie sich befindet, aber guten Gewissens raten kann, steht auf einem anderen Blatt. In

der Summe verbleibt auch für Vertragsparteien des Osloer Abkommens ein erheblicher Einschätzungsspielraum, wie sie ihre auf die Zusammenarbeit mit Nichtvertragsparteien bezogenen Verpflichtungen aus diesem Abkommen verstehen.

Matthew Gillett

The Kakhovka Dam and Ecocide

A Convergence of International Criminal Law, International Humanitarian Law, International Environmental Law, and International Human Rights Law?

doi: 10.17176/20230703-231049-0



The [destruction](#) of the Kakhovka Dam in south-eastern Ukraine in early June 2023 and the consequent damage to housing and flooding of tens of thousands of hectares of land, is [reportedly](#) causing severe harm to humans and nature. The images of flooded tracts of land are reminiscent of the apocalyptic scenes created by Saddam Hussein's burning of hundreds of Kuwaiti oil wells during the 1990-1991 First Gulf War, albeit with inundation replacing immolation.

In the face of such threats, [questions](#) are increasingly being asked about accountability for severe environmental harm under international law. In the context of armed conflict, the main field of applicable law has traditionally been international humanitarian law. However, other legal regimes also apply during armed conflicts. For accountability, international criminal law is of central [importance](#). Accordingly, this blogpost examines how international criminal law could apply to the destruction of the Kakhovka Dam, both under existing crimes and the proposed international crime of [Ecocide](#).

This blogpost argues that the destruction of the Kakhovka Dam potentially violated prohibitions under multiple fields of international law, but that challenges will nonetheless arise in establishing criminal responsibility for those violations due to the distinct elements of the relevant criminal provisions and the heightened burden of proof on the prosecution in such cases. It continues by arguing that, because various normative systems are applicable to the facts, ranging from international humanitarian law, international criminal law, and international environmental law, a means of reconciling conflicts of norms will be required, and that this will be best served by an approach of *complementary interpretation*. A convergence of these considerations arises in the form of the putative crime of Ecocide, which is designed to address incidents such as the destruction of the Kakhovka Dam. As Ecocide implicates multiple fields of international law, the need for a *complementary interpretation* of the terms

of Ecocide in light of these broader principles will be all the more important for the defragmentation of international law.

Applying IHL and ICL to the destruction of the Kakhovka Dam

[Attacks](#) on dams in Ukraine preceded the devastating strike on the Kakhovka Dam, and have reportedly continued in the following weeks. These strikes compound the existing threats to Europe's largest nuclear facility, as the Kakhovka Dam provides water for the cooling ponds of the [Zaporizhzhia](#) nuclear power plant. In this light, the incident requires extensive review to assess which laws have been violated.

The discussion of the potential application of international law, including Ecocide, to the destruction of the Kakhovka Dam is apposite. Ecocide exists at the domestic level, including in Ukraine under Article 441 of its Criminal Code, though its elements potentially require elucidation. At the international level, the definition is being debated and is moving towards adoption in various forms, for instance by the [European Parliament](#). The International Criminal Court has [reportedly](#) opened an investigation into the destruction of the Kakhovka Dam.

Existing international law is not silent in relation to such matters. Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute sets out a war crime of launching attacks with the knowledge that they will cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated.

Multiple commentators, including [Tom Dannenbaum](#) and [Marko Milanović](#), have weighed in on the applicability of this war crime to the Kakhovka Dam incident. Whilst these commentators have largely focused on IHL considerations, it is clear that a conviction would largely hinge on the proportionality assessment of whether the environmental harm was clearly excessive in relation to

the anticipated military advantage. That is a fact-specific query, but already strong [views](#) have been expressed that the extensive nature of the environmental harm incurred as a result of the Kakhovka Dam's destruction objectively outweighs any military benefit that may have resulted.

Significant questions have also been asked by inter alia Michael N. [Schmitt](#) and Milanović about whether the destruction of a dam within territory under the de facto control of a party to a conflict (or a party's "own" dam, in Schmitt's words) would count as an "attack". The issue of whether this would qualify as an "attack" is particularly pertinent given the restrictive interpretation of this term (as a form of conduct of hostilities, also described as "combat action") by the Appeals Chamber of the ICC in the [Ntaganda](#) case. Given that the dam is situated on the Dnieper River (also known as Dnipro) which is effectively the frontline in a hotly contested area, and given claims that the dam was [allegedly](#) destroyed by Russian forces to slow the advance of Ukrainian forces, the situation is distinguishable from acts of destruction far behind the frontlines in securely controlled territory. Moreover, even destruction in territory not subject to any fighting has been considered an attack sufficient for conviction purposes at the International Criminal Court (in the [Al-Mahdi trial](#) for the damaging of the Mausoleums of Timbuktu by Ansar Dine). Nonetheless, the issue could potentially take Article 8(2)(b)(iv) out of consideration.

Even if Article 8(2)(b)(iv) applies, proving the requirements of long-term, severe, and widespread damage to the natural environment may present [challenges](#). These requirements are cumulative and they have not been interpreted in relevant jurisprudence. Overly narrow interpretations, such as requiring the severe harm to last for decades over tens of thousands of kilometres, could jeopardize the applicability of this provision to even such grave harm as that entailed in the Kakhovka incident.

Moreover, the proportionality assessment has a corresponding *mens rea* facet. It is not sufficient to merely show that the damage was disproportionate; the [elements of crimes](#) for Article 8(2)(b)(iv) also require the Prosecution to prove, beyond reasonable doubt, that the perpetrator made the value judgement that the anticipated damage was disproportionate. The Judges' evaluation of that value judgement must be based on the requisite information available to the perpetrator at the time. Very little attention has been paid to this element, even though it is the kind of requirement which makes an in-

ternational prosecutor wake up in a cold sweat. It emphasizes that Article 8(2)(b)(iv) presents hurdles that are not easy to meet, even on such compelling facts as those presented by the Kakhovka Dam incident.

Moving beyond Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute

There are other war crimes that could potentially apply to the destruction of the Kakhovka Dam:

Article 8(2)(b)(ii) prohibits attacks on civilian objects. Its applicability would hinge on whether the destruction met the contested interpretation of the term "attack" (presuming that the incident was perpetrated by Russia), as discussed above, and whether the Dam was a civilian object at the time.

Article 8(2)(b)(xxv) of the Rome Statute prohibits intentionally using starvation of civilians as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival. Global Rights Compliance has put heavy [emphasis](#) on this provision in line with their longstanding focus on starvation. Because it refers to "depriving" civilians, it would not require demonstrating an "attack" and thereby obviate that potential challenge. To the extent there was a military motive behind the destruction, that would *prima facie* fit under the "method of war" element, which is subject to various [interpretations](#). However, the *mens rea* of this crime remains unclear. It could be interpreted narrowly as requiring a purpose of starving civilians in order to gain a military advantage (rather than a broader interpretation encompassing knowledge of deprivation of such objects occurring in the ordinary course of events as a result of the military tactic used). A narrow interpretation would be challenging to satisfy if the Defence argued that the aim was to slow the enemy forces and the civilian suffering was merely an unfortunate by-product. The Prosecution could argue that there was a dual-motive, encompassing military and criminal facets, but this would still require proof of that latter intent to the requisite standard set out under the Rome Statute.

A final war crime under the Rome Statute which may apply is Article 8(2)(b)(xiii) "destroying or seizing the enemy's property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war". The key issues here would be the categorization of the Kakhovka Dam as the enemy's property (it presumptively would be as it is in Ukraine's sovereign territory) and whether the heightened test of imperative military necessity was

met. Incidentally, military attacks resulting in environmental harm have been categorized under the equivalent provision for non-international armed conflicts (Article 8(2)(e)(xii)) by the Special Jurisdiction for Peace in Colombia in Macro [Case No. 5](#). Beyond war crimes, there are crimes against humanity. For crimes against humanity, the chapeau elements would have to be established – particularly the attack on a civilian population, which is not necessarily straight forward in instances of environmental harm. Of the underlying crimes, the most immediately relevant are forcible displacement under Article 7(1)(d) and other inhumane acts under Article 7(1)(k), given the numerous reports of civilians being displaced by the flooding and suffering significantly as a result. Persecution may be considered, given that the vast majority of the victims will inevitably be Ukrainian nationals, though it would require a showing of the attack being designed to severely deprive Ukrainians of their fundamental rights such as to life, security, health and housing. Even murder (and extermination if the numbers rise sufficiently) could be contemplated, as there have been [reports](#) of deaths resulting from the Dam's destruction.

More broadly, there is genocide under Article 6 of the Rome Statute. Denys Azarov, Dmytro Koval, and Gaiane Nuridzhanian have [argued](#) that “environmental damage caused by Russia's actions in Ukraine poses a serious threat to the health and well-being of the Ukrainian nation and its future generations” and is indicative of genocidal intent. There have been references to poisoning wells in the charges against [Al-Bashir](#), which include genocide, and claims of genocide through inter alia environmental destruction have been made in relation to the Marsh Arabs of Iraq among other groups. But cases of genocide that have resulted in convictions have been relatively rare at the international level and have all involved considerable numbers of executions. Given the less direct and immediate nature of many of the deaths caused by flooding, it maybe difficult to demonstrate genocidal intent on the basis of the novel context of environmental harm.

This brief survey demonstrates that there are multiple ways in which the destruction of the Kakhovka Dam could be prosecuted as international crimes under international criminal law, but none of these is free of significant challenges. In this light, it is important to avoid conflating a violation of IHL with an automatic basis to prosecute under the Rome Statute. Whereas there are many IHL provisions that may have been violated during the

war in Ukraine, ICL has several significant differences in scope and detail that must be specifically addressed when framing charges.

Converging sub-fields of international law

The divergences between IHL and ICL raises a deeper issue. How do different sub-fields of international law interact when potentially simultaneously applicable to a certain act? Must the crimes against humanity and genocide analyses of acts committed during armed conflict pass through the prism of IHL as the *lex specialis*, or are they analysed on their own terms without being conditional on demonstrating a violation of IHL? For example, Milanović's post argues that the “relevant rules of IHL apply to ‘attacks’, that it is not entirely clear whether there has been such an attack” and adds that this is the case “even if civilians died as a result”. If those suppositions are correct, and the destruction of the Dam were not found to constitute a violation of IHL, could it nonetheless be assessed as a crime against humanity or even genocide? Milanović argues that even if it were not an “attack” for IHL purposes, the incident could constitute a crime against humanity, dependent on the intent of the perpetrator(s), thus highlighting the potential for destruction during conflict to constitute a crime against humanity even if it may not qualify as a war crime.

It is not the first time this meta-question has arisen. In the *Prlić* case before the ICTY, the destruction of the Old Mostar Bridge was originally found to be a war crime and part of the crime against humanity of persecution. When the war crime convictions were [overturned](#) on appeal in this respect (due to the Trial Chamber's failure to discount that the bridge qualified as a military target), the crime against humanity conviction also dropped out.

In addition to IHL and ICL, there is also IHRL. Daniil Ukhorskiy similarly links the loss of life to the environmental harm caused by the destruction of the Kakhovka Dam, but looks to IHRL first, arguing that “[e]nsuring justice for the victims and survivors of the destruction of the dam requires going beyond international humanitarian law (IHL) and looking to international human rights law (IHRL)”. He brings in considerations of environmental law, [drawing](#) the connection between environmental destruction and the application of the human right to life specifically in the context of the Kakhovka Dam. This convergence of separate regimes of international law, demonstrates that an incident can be relevant to, and analy-

sed through multiple conceptual frameworks, which raises the issue of the coherence of principles and provisions across these areas.

Ecocide as a vertex of international law

At the intersection of these various legal regimes sits the crime of Ecocide. Various commentators have already provided their views on this notion in recent years, including [Kevin John Heller](#), [Darryl Robinson](#), [Donna Minha](#), and [Michael Karnavas](#), [Michael Lam Ching Wang](#). Whereas Ecocide undoubtedly has considerable [symbolic](#) potential, it is also intended to have practical impact. Ecocide has been cited by virtually all commentators in connection with the Kakhovka Dam. Ukrainian President Zelensky immediately labelled it Ecocide under the Ukrainian provision (Article 441) and commenced an investigation. At the international level, the incident puts a spotlight on the elements of Ecocide and how it would cohere with relevant branches of international law.

The first question for the international crime of Ecocide is how it will be defined. Various definitions of an international crime of Ecocide have been proposed, including by an [Independent Expert Panel](#) in 2021 ([here](#)) and by the present [author](#) ([here](#)). When applied to the facts, pivotal issues would be *inter alia* on whether the action was “lawful” or “wanton” (for the IEP) / “wilful” (for the author).

In resolving these issues, the relevant principles of IHL and IEL would play a significant role in the litigation. With Ecocide being designed to protect nature, it inherently dovetails with international environmental law. Principles such as weighing social and economic benefits, the precautionary principle, the preventive principle, the ‘polluter pays’ principle, intergenerational equity, and common-but-differentiated responsibilities attributed to developing countries will form the backdrop of considering the legality and/or sustainability of any act being charged as Ecocide. Because Ecocide applies during times of peace and war, it will also inevitably draw in IHL considerations. The continuing applicability of IEL during armed conflict accords with the ICJ’s observation in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion* that IEL does not cease to apply during armed conflict. IHL would also be imported as an interpretive aid when applying Ecocide, given the reference to the framework of IHL in Articles 8 and 21(1)(b) of the Rome Statute as an applicable source of law. Given the extent of the human suffering,

and the recognition by the UNGA in its 2021 Resolution ([A/RES/76/300](#)) that there is a right to a clean, healthy, and sustainable environment, IHRL would also likely come into play in relation to at least the gravity of the situation.

In light of the relevance of these various fields of law, there is no shortage of legal sources for courts seeking to apply Ecocide. However, that begs the question of how these legal regimes apply alongside one another. As a general guiding principle, where there is a rule of one applicable legal regime which specifically addresses a situation, that rule should govern the situation, in line with the observation of the International Court of Justice’s (ICJ) advisory opinion on the *Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para.106. Conversely, if a legal regime is silent on an issue, then that should not prevent a provision from another legal regime from applying.

However, that does not provide a means of norm conflict resolution, if there are clashes between principles. One way of achieving a resolution is through an approach of *complementary interpretation*. As Ecocide is a crime, it must primarily be applied on its express terms and the framework of ICL (with according requirements such as *nullum crimen sine lege* of central importance). However, it provides that the provision’s terms “shall be interpreted in accordance with international law, particularly environmental law.” As noted, IEL and IHL will also be relevant, along with potentially IHRL, and all these branches of international law may be taken into account in accordance with Article 21 of the Rome Statute. In effect, Ecocide itself would be a primary source of law under Article 21, with IEL as an inherent interpretive aid. IHL would serve as a secondary source of law alongside international law more generally, including IHRL.

Ultimately, Ecocide brings together various fields of law and thereby challenges the traditional approach to *lex specialis*. Instead, it requires the development of a system of *lex parallelis*, in which multiple bodies of law apply. It is essential that the principles and provisions of each engaged regime of international law are interpreted and applied so as to cohere and complement the other applicable fields of international law. In this way, Ecocide will be rendered useful to ensure the accountability of perpetrators of the worst forms of harm to our natural environment.

The Author was a member of the UCLA Promise Institute Working Group on the use of International Criminal

Law to Protect the Environment. See the Working Group's [report](#). The views herein are those of the author alone and do not necessarily reflect those of any other person or or-

ganization.

This article was slightly updated on July 7, 2023.

Marco Blocher

Rechtsgut Datenschutz?

Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverletzungen nach Art. 82 DSGVO im Lichte von EuGH C-300/21

doi: 10.17176/20230722-012139-0



Während materielle Schadensersatzansprüche für Datenschutzverletzungen in der Praxis eine untergeordnete Rolle zu spielen scheinen und verhältnismäßig einfach festzustellen und zu beziffern sind, bereitet die in Art. 82 DSGVO vorgesehene Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden den Gerichten Kopfzerbrechen. Viele Gerichte verlangten hierfür bislang den Nachweis einer gewissen Erheblichkeit der infolge einer DSGVO-Verletzung eingetretenen Folgen und wiesen reihenweise Klagen ab, da diese „Erheblichkeitsschwelle“ nicht erreicht sei. Andere sprachen hingegen für verhältnismäßig geringfügige Rechtsverletzungen großzügig Schadensersatz zu. Den meisten Entscheidungen ist zudem gemein, dass sie sich sehr auf mögliche Gefühlsbeeinträchtigungen der betroffenen Personen konzentrieren und anderen Konsequenzen der Rechtsverletzung tendenziell wenig Beachtung schenken.

Eine richtungsweisende Entscheidung zu immateriellen Schadensersatzansprüchen für DSGVO-Verletzungen fällt der EuGH Anfang Mai 2023 in der Rechtssache C-300/21. Es ist das erste Urteil aus einer langen Reihe an Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung des Art. 82 DSGVO. Anders als die [Schlussanträge von Generalanwalt Sánchez-Bordona](#) (zu diesen siehe [VerfBlog, 2022/11/14](#)), die eher rechtpolitische als juristische Argumente ins Feld führten und bedauerlich wenig zur Lösung der vorgelegten Fragen beitrugen, schafft das EuGH-Urteil auf mehreren Ebenen die notwendige Rechtssicherheit und scheint geeignet zur Vereinheitlichung der genannten divergierenden Rechtsprechungslinien zu Art. 82 DSGVO beizutragen.

Nach wie vor interpretationsbedürftig bleibt jedoch, wie ein immaterieller Schaden nun konkret festzustellen und zu bemessen ist. Nach einer kurzen Zusammenfassung der Kernaussagen des EuGH befasst sich dieser Beitrag daher mit diesem praxisrelevanten Problem und möchte – insbesondere unter Berücksichtigung etablierter Instrumentarien der deutschen und österreichischen

Rechtspraxis – Lösungswege für die mitgliedstaatlichen Gerichte aufzeigen.

Schaden, Kausalität und Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmale von Art. ~82 DSGVO

Zur ersten Vorlagefrage – ob für einen Schadensersatzanspruch bereits die Verletzung von Bestimmungen der DSGVO als solche ausreicht oder es darüber hinaus eines erlittenen Schadens bedarf – führt der EuGH wenig überraschend aus, dass die bloße Rechtsverletzung noch keinen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO zu begründen vermag. Vielmehr muss der betroffenen Person auch ein kausaler materieller oder immaterieller Schaden entstanden sein (Rn 36).

Keine Erheblichkeitsschwelle

In seiner Antwort zur dritten Vorlagefrage – ob ein immaterieller Schadensersatzanspruch eine Konsequenz oder Folge der Rechtsverletzung von zumindest einigem Gewicht erfordert, die über den dadurch hervorgerufenen Ärger hinausgeht – lehnt der EuGH das damit angesprochene, der deutschen Rechtskultur entstammende Konzept einer „Erheblichkeitsschwelle“ unmissverständlich ab (Rn 51). Es stünde im Widerspruch zu dem unionsrechtlich auszulegenden, weiten Schadensbegriff (siehe Erwägungsgrund 146 DSGVO), wenn dieser auf Schäden mit einer gewissen Erheblichkeit beschränkt wäre (Rn 46). Damit ist klargestellt, dass auch Rechtsverletzungen mit geringfügigen Konsequenzen zu Schadensersatzansprüchen nach Art 82 DSGVO führen können.

Ermittlung von Schadenseintritt und -bemessung als Gretchenfrage

EuGH betont Äquivalenz und Effektivität des Unionsrechts

Mit der zweiten Vorlagefrage wollte der vorlegende österreichische Oberste Gerichtshof wissen, ob für die Bemessung

sung des Schadensersatzes nach Art 82 DSGVO neben den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz weitere Vorgaben des Unionsrechts bestehen. In seiner knappen Antwort hierzu verweist der EuGH auf das Recht der Mitgliedstaaten, welchem die Ausgestaltung von Klageverfahren zum Schutz der aus Art. 82 DSGVO erwachsenden Rechte und die Festlegung der Kriterien für die Ermittlung des Umfangs geschuldeten Schadensersatzes obliege (Rn 59). Dabei sind jedoch die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität des Unionsrechts zu beachten (Rn 54) und ein „vollständiger und wirksamer Schadensersatz für den erlittenen Schaden“ sicherzustellen (Rn 57).

Viele dahinterstehende, in der Praxis entscheidende Fragen sind damit unter Bedachtnahme auf das mitgliedstaatliche Recht zu lösen. Die Anforderungen, die an einen Schadenseintritt, dessen Nachweis und zuletzt auch die Bemessung des statthaften Ersatzes zu stellen sind, müssen dabei äquivalent zu jenen für andere immaterielle Schadensersatzansprüche sein und müssen darüber hinaus eine effektive Wiedergutmachung ermöglichen.

Ersatz nicht bloß für Gefühlsbeeinträchtigungen - Datenschutz als eigenständiges Rechtsgut

Wann liegt also ein ersatzfähiger immaterieller Schaden durch eine DSGVO-Verletzung vor? Um eine sachgerechte Lösung dieser Problematik zu finden, muss zu allererst von dem (verbreiteten) Gedanken Abschied genommen werden, dass sich immaterielle Schäden für Datenschutzverletzungen ausschließlich auf der Gefühlsebene der betroffenen Person abspielen. Das in Art. 8 GRCh vorgesehene Grundrecht auf Datenschutz und seine Ausdifferenzierung in der DSGVO stellen schließlich ein eigenständiges Rechtsgut dar. Immaterieller Schadensersatz für die Verletzung dieses Rechtsguts ist insofern ein Novum und kann nicht alleine mit der Metrik der Gefühlsbeeinträchtigung gemessen werden.

Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass Gefühlsbeeinträchtigungen regelmäßig andere Rechtsgüter betreffen. Hat eine solche Beeinträchtigung infolge einer Datenschutzverletzung bereits Krankheitswert erreicht, ist die physische Integrität des Geschädigten – und damit ein anderes Rechtsgut, das schon nach Art. 3 Abs. 1 GRCh geschützt ist – verletzt. Diesfalls bedürfte es des Art. 82 DSGVO gar nicht, um einen Schadensersatzanspruch – in Form eines Schmerzensgeldes für die erlittene psychische Beeinträchtigung – zu bejahen. Bei ei-

ner auf die Gefühlsebene der betroffenen Person konzentrierten Lesart blieben für Art. 82 DSGVO nur Gefühlsbeeinträchtigungen ohne Krankheitswert relevant, wobei es keine „Erheblichkeitsschwelle“ gibt, die „allzu geringe“ Beeinträchtigungen von der Ersatzfähigkeit ausschließt. Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO wäre damit nur ein „Ersatz für Ärger und Frust“ über rechtswidrige Verarbeitungen. Ein derart enges Verständnis ist indes mit dem vom EuGH unterstrichenen weiten Schadensbegriff (siehe Erwägungsgrund 146 DSGVO) unvereinbar.

Insofern scheint es weitaus sachgerechter, alle negativen Konsequenzen der Rechtsverletzung zu betrachten. Dies betrifft etwa die Zeit und Mühe (abseits materieller Rechtsverfolgungskosten), die eine betroffene Person zur Behebung (der Folgen) der Datenschutzverletzung aufwenden musste (so bereits das [LArbG Baden-Württemberg](#)). Ebenso kann an eine mögliche Bloßstellung, Rufschädigung oder Diskriminierung infolge der Datenverarbeitung oder ein Kontrollverlust – in Erwägungsgrund 85 DSGVO im Zusammenhang mit Data Breaches angesprochen – einen Schaden darstellen. Der Umstand, dass eine betroffene Person keine Möglichkeit mehr hat, die Verarbeitung der eigenen Daten nachzuvollziehen, geschweige denn darauf Einfluss nehmen zu können, stellt einen *in natura* nicht wiedergutzumachenden Schaden dar, der selbst dann geldwerten Ersatz verlangt, wenn die betroffene Person darunter nicht emotional gelitten hat. Auch die Beauskunftung personenbezogener Daten, die erst nach jahrelangen Verfahren vor Aufsichtsbehörden oder Gerichten vollständig erfolgt, führt zu einem Informationsnachteil, der nur noch finanziell ausgeglichen werden kann.

Wie schwierig sich die Praxis mit dem Gedanken eines „Rechtsgut Datenschutz“ tut, zeigen die [Schlussanträge von Generalanwalt Pitruzzella](#) in der Rechtssache C-340/21. Zwar hat der Generalanwalt keine generellen Bedenken, in der Befürchtung eines möglichen künftigen Datenmissbrauchs einen ersatzfähigen Schaden zu erblicken – allerdings setzt auch er voraus, dass die betroffene Person einen individuellen „emotionalen Schaden“ erlitten hat. Es bleibt insofern abzuwarten, wie der EuGH sich zu dieser grundlegenden Frage äußert.

Feststellung und Nachweisbarkeit des Schadenseintritts

Im gegenständlichen Urteil betont der EuGH, dass eine betroffene Person nicht von dem Nachweis befreit sein

soll, dass die negativen Folgen einer rechtswidrigen Verarbeitung auch einen immateriellen Schaden darstellen (Rn 50). Dies ist konsequent, da ja die bloße Rechtsverletzung – egal wie gravierend – für sich genommen keinen Anspruch nach Art. 82 DSGVO begründet (siehe Punkt 1.).

Der Nachweis immaterieller Schäden ist naturgemäß schwierig, da sich der Schadeneintritt in der Regel in der Sphäre der geschädigten betroffenen Person abspielt. Dennoch dürfen wegen der – vom EuGH hervorgehobenen – Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität (siehe Punkt 3.1.) keine künstlich strengen Erfordernisse an den Eintritt eines Schadens gestellt werden. Nimmt man nur in Extremfällen einen Schaden an, droht die Einführung einer „Erheblichkeitsschwelle“ durch die Hintertür.

Für die Praxis empfiehlt sich ein Vergleich zu altbekannten immateriellen Schadensersatzansprüchen: So wird bei Körperverletzungen zumeist grundsätzlich vom Eintritt eines über die materiellen Heilungskosten hinausgehenden Schmerzensgeldanspruchs ausgegangen – ein weiterer Nachweis von konkreten Schmerzen ist nicht erforderlich. Bei Eingriffen in das Rechtsgut Datenschutz sollte im Sinne der Äquivalenz und Effektivität ein ähnlicher Maßstab zur Anwendung gelangen, wonach bei bestimmten typischen Rechtsverletzungen auch typischerweise ein Schadenseintritt anzunehmen ist.

Freilich wird es von dieser Grundannahme abweichende Situationen geben, in denen ein Schadenseintritt nicht plausibel oder unwahrscheinlich erscheint bzw. tatsächlich nur in Einzelfällen gegeben sein könnte – etwa bei minimal verspäteter Beantwortung eines Auskunftsbegehrens. In vielen Fällen, wie etwa Data Breaches mit endgültigem Kontrollverlust, jahrelangen Verarbeitungen ohne geeignete Rechtsgrundlage oder Datenübermittlungen in Drittländer ohne geeigneten Mechanismus nach Kapitel V DSGVO wird es aber in einer Vielzahl an Fällen zu immateriellen Schäden kommen, sodass keine allzu strengen Anforderungen an den vom EuGH geforderten Schadensachweis gestellt werden kann. Mit anderen Worten: Bei einer Körperverletzung zweifelt kein Gericht ernsthaft daran, dass dem Geschädigten prinzipiell ein Schmerzensgeldanspruch zusteht. Nichts Anderes sollte bei Datenschutzverletzungen gelten, in denen davon auszugehen ist, dass eine „durchschnittliche betroffene Person“ im Sinne einer „objektiven Maßfigur“ einen immateriellen Schaden erlitten hat.

Schadensbemessung: Vollständiger und wirksamer Ausgleich und richterliches Ermessen

Auch bei der Bemessung des Schadens liefert das Abstellen auf eine „objektive Maßfigur“ sachgerechtere Ergebnisse als der Versuch, das individuell erlittene Ungemach festzustellen und mit einem angemessenen Geldbetrag zu beziffern. Gemäß der Schadensersatzrechtlichen Ausgleichsfunktion im Sinne des vom EuGH verlangten „vollständigen und wirksamen Ausgleich“ sollte die Frage daher lauten: „Mit welchem Betrag würde eine durchschnittliche Person die erlittene Beeinträchtigung als abgegolten ansehen?“ (siehe hierzu bereits [VerfBlog, 2022/11/14](#)).

Hierfür muss das Rad nicht neu erfunden werden, vielmehr kann Anleihe bei den „Schmerzensgeldtabellen“ für Körperverletzungen genommen werden, welche die ständige Rechtsprechung in vielen Mitgliedsstaaten wiedergeben. So kann nach und nach für typische Konstellationen von Datenschutzverletzungen mit negativen Folgen für betroffene Personen ein typischerweise zustehender Schadensersatz herausgearbeitet werden. Hat sich eine entsprechende obergerichtliche Rechtsprechung einmal etabliert, liegen die Vorteile der damit geschaffenen Rechtssicherheit auf der Hand. Sowohl Geschädigter als auch Schädiger können abschätzen, welche Schadensersatzforderungen in welchen Verletzungskonstellationen möglich sind.

Die Gefahr des Einklagens unrealistisch hoher Schadensersatzforderungen und der damit verknüpften Prozesskostentragung wird für Geschädigte reduziert. Gleichzeitig hat der regelmäßige Zuspruch von nur geringem Schadensersatz für geringe Rechtsverletzungen dämpfende Effekte. Bei neuartigen Datenschutzverletzungen letztlich wird es dem Gericht vereinfacht, relativ großzügig von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, den Ersatzbetrag nach freiem richterlichem Ermessen zu schätzen (siehe § 287 der deutschen bzw. § 273 der österreichischen ZPO), indem sachgerechte Vergleiche zu bekannten Verletzungskonstellationen gezogen werden.

Das Ziel vieler deutscher Gerichte, Schadensersatz für minimale Datenschutzverletzungen über eine „Erheblichkeitsschwelle“ zu verwehren, ist bei einer realistischen Schadensbemessung schon wirtschaftlich schnell erreicht. Wie auch bei sonstigen Schadensersatzforderungen, wird sich kaum jemand die Mühe machen zu kla-

gen, wenn etwa ein Auskunftersuchen ein paar Wochen zu spät beantwortet wurde und man hierfür etwa einen Ersatzanspruch von € 50 ansetzt.

Mit Hinblick auf die Verbandsklagerichtlinie (Richtlinie (EU) 2020/1828), die auch die kollektive Rechtsdurchsetzung betreffend DSGVO-Verletzungen ermöglicht, ist zudem zu bedenken, dass eine komplette Einzelfallbetrachtung für die Bemessung der Schadenshöhe dazu führen könnte, dass viele Verfahren schlicht nicht administrierbar wären. Immaterielle Schäden gemäß Art. 82 DSGVO werden häufig aus gleichgelagerten Sachverhalten entstehen, die tausende oder gar Millionen Menschen betreffen (zu denken ist an große Data Breaches oder die in EuGH C-446/21 gegenständlichen Verarbeitungen durch Meta ohne geeignete Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO). Wird nicht auf eine „objektive Maßfigur“ und einen typischerweise entstehenden Schaden, sondern einzig auf die individuelle Gefühlsbeeinträchtigung abgestellt, müsste das Gericht entsprechend tausende Kläger:innen zu ihrem individuell erlittenen Schaden befragen, was dem vom EuGH verlangten Grundsatz der Effektivität widerspricht.

Resümee und Ausblick

Das Urteil in der Rechtssache C-300/21 ist ein wichtiger Meilenstein am Weg zur unionsweit einheitlichen Behandlung immaterieller Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DSGVO. Insbesondere was es die Schadensqualität erlittener Beeinträchtigungen und die Schadensbemessung anbelangt, besteht aber der Bedarf, eine einheitliche Rechtsprechung zu entwickeln. Besonders deutlich wird dies in rezenten Entscheidungen zweier Landgerichte aus Nordrhein-Westfalen, die trotz weitgehend identischen Sachverhalts kaum unterschiedlicher hätten ausfallen können. Während das [LG Bonn](#) einen Kontrollverlust als ersatzfähigen Schaden infolge unzureichender Maßnahmen gegen „Scraping“ auf Facebook feststellte

und EUR 250 zusprach, nahm das [LG Köln](#) bloßen Ärger und Unmutsgefühle an, die es als mögliche Schadensposition zurückwies.

Weitere Klärung – sowohl zum Schadenseintritt als auch zu dessen Bemessung – ist von den übrigen anhängigen Vorabentscheidungsersuchen zu erhoffen. Neben der oben erwähnten Rechtssache C-340/21, zu der bereits die Schlussanträge vorliegen, ist insbesondere auf die Rechtssachen C-182/22 und C-189/22 hinzuweisen. In diesen fragt das vorlegende Gericht unter anderem, ob der dem Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO neben der Ausgleichsfunktion auch eine individuelle Genugtuungsfunktion zukommt und inwieweit sich der Grad des Verschuldens auf die Schadensbemessung auswirkt. Letztere Frage wird auch der Rechtssache C-667/21 gestellt, wo das Gericht zudem nach einem möglichen spezial- bzw. generalpräventiven Charakter von Art. 82 DSGVO fragt.

Insgesamt bleibt zu hoffen, dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten praxistaugliche Werkzeuge zur Schadensermittlung in die Hand gibt, die eine unionsweit einheitliche Behandlung immaterieller Schadensersatzansprüche ermöglichen. Die Bedeutung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden aus Datenschutzverletzungen darf dabei nicht unterschätzt werden. Auch wenn diesen Ansprüchen kein präventiver Charakter zukommen dürfte, können sie in der Praxis genau diesen Effekt erzielen und weit besser als Bußgelder nach Art. 83 DSGVO zur Rechtstreue datenverarbeitender Verantwortlicher beitragen

Disclaimer: *noyb steht mit der betroffenen Person, die im Ausgangsrechtsstreit des EuGH Verfahrens C-300/21 vor den österreichischen Gerichten gemäß Art. 82 DSGVO auf immateriellen Schadenersatz geklagt hat, seit der Anhängigkeit des Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH in Kontakt und hat diese im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsersuchen unentgeltlich beraten und unterstützt.*

Benedikt Buchner, Jürgen Kühling

Das Ende des Daten-Eldorados

Kartell- und Datenschutzrecht gehen Hand in Hand im Meta-Urteil des Europäischen Gerichtshofs

doi: 10.17176/20230710-111046-0



Das Zeitalter des „Daten-Eldorados“ dürfte vorbei sein. Nach dem epochalen Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall Meta (Rs. C-252/21, 4.7.2023) wird sich das Geschäftsmodell der Big-Data-Unternehmen grundlegend ändern müssen – zum Schutz ihrer Nutzer vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten und der Öffentlichkeit vor Missbrauch der marktbeherrschenden Stellungen dieser Unternehmen.

Eine empfindliche Niederlage ist das EuGH-Urteil im konkreten Fall zunächst für den Facebook-Mutterkonzern Meta, und zwar in mehrfacher Hinsicht. So bestätigt der Luxemburger Gerichtshof erstens, dass Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer kartellrechtlichen Untersuchungen auch Datenschutzverstöße feststellen und zum Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens machen können. Nach Klärung dieser wichtigen Vorfrage weist der EuGH sodann zweitens das weit reichende Verständnis der Erforderlichkeit der Datenverarbeitungsprozesse durch Facebook zurück. Auch die berechtigten Interessen von Facebook an einer Datenverarbeitung schränkt der EuGH angesichts der Fülle der Datenverarbeitungsprozesse durch Facebook erheblich ein. Schließlich stellt der Gerichtshof strenge Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen wie Facebook eingeholt wird. In der Sache geht es dabei um das Herzstück der Datenverarbeitung durch Facebook und zwar sowohl auf seiner Plattform selbst als auch von Daten außerhalb des sozialen Netzwerks (sog. „Off-Facebook-Daten“) und schließlich deren Verknüpfung. Die „Off-Facebook-Daten“ umfassen zum einen Daten, die sich aus anderen dem Meta-Konzern zugehörigen Online-Diensten wie Instagram, WhatsApp und Oculus speisen, zum anderen aber auch jene, die beim Besuch dritter Websites und Apps erhoben werden, die über „Facebook Business Tools“ mit Facebook verbunden sind.

Zusammenspiel von Kartell- und Datenschutzrecht

Zu verdanken ist die Entscheidung des EuGH dem OLG Düsseldorf, das im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens von Meta gegen das Bundeskartellamt (BKartA) eine Vielzahl von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat. Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf wollte vom EuGH im Wesentlichen wissen, inwiefern datenschutzrechtliche Belange bei der Anwendung des Kartellrechts Berücksichtigung finden können. Umstritten war konkret, ob der Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch oder sogar primär auf datenschutzwidrige Geschäftspraktiken gestützt werden kann. Der EuGH hat diese Frage nunmehr bejaht und zwar mit durchaus deutlichen Worten. Der Ausschluss des Datenschutzrechts aus der kartellrechtlichen Prüfung würde „die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung verkennen“ und mehr noch „die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in der Union gefährden“.

Das Risiko, dass Kartell- und Datenschutzbehörden zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen und so Konflikte entstehen, die im Übrigen ultimativ ohnehin vom EuGH aufgelöst werden müssen, reduziert der EuGH durch prozedurale Lösungen. Sicherzustellen ist laut EuGH, dass die Verpflichtungen und Ziele der DS-GVO beachtet werden und deren praktische Wirksamkeit gewahrt bleibt, wenn eine nationale Wettbewerbsbehörde wie das BKartA im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Wahrung des Datenschutzrechts in den Blick nimmt. Die Wettbewerbsbehörde muss sich in einem solchen Fall mit den Datenschutzaufsichtsbehörden abstimmen und loyal mit diesen zusammenarbeiten. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive, insbesondere auch der Datenschutzaufsichtsbehörden hiezulande, war das Verfahren des BKartA von Anfang an ein Verfahren im besten Sinne der DS-GVO gewesen. Vorbehaltlich anderweitiger Feststellungen durch das vorliegende Gericht skizziert auch der EuGH in seiner Entscheidung, dass und warum das BKartA bislang seine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit erfüllt hat.

Begrenzte Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO

Für Meta bedeutet die Entscheidung des EuGH vor allem auch deshalb einen schweren Rückschlag, weil sich mit dieser Entscheidung weite Teile seiner Rechtfertigungsstrategie für eine äußerst weit reichende Verarbeitung von Nutzerdaten in Luft aufgelöst haben. Die bisherige Strategie stützte sich im Wesentlichen auf den an sich harmlosen Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Zulässig ist danach eine Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist. Normiert ist damit also zunächst einmal eine bloße Selbstverständlichkeit. Dass eine Datenverarbeitung, die im Rahmen eines vertraglichen Schuldverhältnisses erforderlich ist, erlaubt sein muss, folgt schon aus der Natur der Sache. Stets muss eine Verarbeitung solcher Daten zulässig sein, ohne deren Kenntnis für die datenverarbeitende Stelle die Durchführung eines vertraglichen Schuldverhältnisses überhaupt nicht möglich wäre: Wer ist der Vertragspartner, wo ist die Lieferadresse, wie wird bezahlt usw.? Eine ganz neue Dimension hat dieser Erlaubnistatbestand dann aber im Datenkosmos von Meta erfahren. Nach dem Rechtsverständnis des Meta-Konzerns ist lit. b zu einer Art Allheilmittel mutiert, das im Ergebnis nahezu jeder vom Konzern gewünschten Variante einer Datenverarbeitung Legitimation verleihen soll.

Nach der bisherigen Privacy Policy von Meta ist schlichtweg alles erforderlich zur Vertragserfüllung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO, was das Netzwerk für die bestmögliche Optimierung seiner Geschäftsprozesse gerne wissen würde. Das Unternehmen definiert für sich selbst ein bestimmtes Angebots- und Geschäftsmodell wie die „Personalisierung“ von Nutzererlebnissen oder die „durchgängige und nahtlose Nutzung“ verschiedener Meta-Dienste, um auf dieser Grundlage dann jede Variante der Datenverarbeitung als „erforderlich“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO zu präsentieren. Nach dem Motto: Weitestmöglich personalisiert und nahtlos können Metanutzer nur dann die Dienste konsumieren, wenn auch die Datenbasis dafür so weit wie möglich ausgedehnt wird.

Warum dieses Verständnis rechtlich nicht haltbar ist, hat das BKartA in seinem Verfahren gegen Meta bzw. Facebook bereits in seinem Beschluss vom Februar 2019 (B6-22/16, 6.2.2019) ausführlich begründet – und dafür

nun vom EuGH höchstrichterliche Bestätigung erfahren. Zutreffend hat die Wettbewerbsbehörde herausgearbeitet, dass es mit Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nicht vereinbar ist, „alle denkbaren mit dem Dienst zusammenhängenden Datenverarbeitungsprozesse im wirtschaftlichen Interesse eines selbstdefinierten datengetriebenen Geschäftsmodells“ als erforderlich im Sinne des Datenschutzrechts einzuordnen. Im Ergebnis würde das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit jegliche Begrenzungswirkung verlieren, würde man dieses Merkmal der Definitionshoheit datenverarbeitender Unternehmen überlassen, indem diese einseitig die Erforderlichkeit auf Grundlage der von ihnen selbst vorgegebenen Geschäftsmodelle und Vertragsinhalte bestimmen. Damit ganz auf der Linie liegt nun die aktuelle Entscheidung des EuGH, der für eine Erforderlichkeit iSv lit. b fordert, dass die anvisierte Datenverarbeitung „objektiv unerlässlich“ sein muss, „um einen Zweck zu verwirklichen, der notwendiger Bestandteil der für die betroffene Person bestimmten Vertragsleistung ist“. Bei Zielsetzungen wie der Personalisierung oder der durchgängigen und nahtlosen Nutzung verschiedener Dienste sollen diese Anforderungen gerade nicht erfüllt sein. Diese mögen zwar irgendwie „von Nutzen“ sein, sind nach Überzeugung des EuGH aber gerade nicht „objektiv unerlässlich“, um die eigentlichen Kernbestandteile der von Meta offerierten Dienstleistungen erbringen zu können.

Beschränkte berechtigte Interessen von Facebook nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

Ähnlich restriktiv hegt der EuGH das Interesse von Facebook an personalisierter Werbung als Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ein. Zwar erkennt er ein solches Interesse an, sieht aber die gegenläufigen Schutzinteressen des Nutzers als gewichtiger an als die Finanzinteressen von Facebook. In diesem Zusammenhang greift der EuGH eine Argumentationsfigur aus seiner Entscheidung zur staatlich veranlassten Vorratsdatenspeicherung auf und sieht angesichts der Fülle der von Facebook aufgezeichneten Online-Aktivitäten, dass diese beim Nutzer „das Gefühl auslösen kann, dass sein Privatleben kontinuierlich überwacht wird“. Das Geschäftsmodell einer derartig weit reichenden Datenverarbeitung wie bei Facebook mit dem Ziel einer personalisierten Werbung lässt sich damit kaum über die gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände rechtfertigen, was auch

für andere Big-Data-Unternehmen wie Google empfindliche Auswirkungen haben kann. Hinsichtlich der weiteren Interessen des Meta-Konzerns – wie der Gewährleistung der Netzsicherheit und der Produktverbesserung – gibt der EuGH dem vorlegenden Gericht „Segelanweisungen“, die weitreichende Rechtfertigungen ebenfalls eher ausschließen.

Grenzen einer Einwilligung nach Art. 7 DS-GVO

Damit wird Meta und die zugehörigen Gesellschaften wie Facebook im Wesentlichen darauf zurückgeworfen, eine Einwilligung einholen zu müssen. Hier bereitet der EuGH den Weg für ein neues Modell der „Kommerzialisierungsfairness“. So kann Facebook nicht auf das Prinzip „friss oder stirb“ setzen, also eine Einwilligung in alle Datenverarbeitungsprozesse dadurch erzwingen, dass andernfalls eine Nutzung des Dienstes vollständig ausgeschlossen ist. Vielmehr wird Facebook feingranularere Einwilligungsoptionen anbieten müssen. So kann insbesondere nicht pauschal die Nutzung auch von „Off-Facebook-Daten“ in die Einwilligungen einbezogen werden. Vielmehr müssen Möglichkeiten geschaffen werden, einzelne Verarbeitungsarten auszuschließen. Da die Dienste von Facebook aber über die umfassende Verarbeitung von Daten vor allem mit dem Ziel der personalisierten Werbung finanziert werden, kann Facebook im Falle der Ablehnung von Einwilligungen stattdessen auf Geldzahlungen setzen. Allerdings darf Facebook als marktdominantes Unternehmen lediglich ein „angemessenes Entgelt“ verlangen. Es werden sich also, wie von uns schon seit geraumer Zeit angemahnt, „Zahlssysteme“ ausdifferenzieren müssen, die dauerhaft auch den Wert von Daten für die Nutzer von Diensten transparent machen werden. Um die Freiwilligkeit von Einwilligungen zu gewährleisten, müssen Ausweichtalternativen geschaffen werden, die dann kostenpflichtig sein können. Das entspricht der Logik sogenannter „PUR“-Modelle von Inhalteanbietern

wie Online-Zeitungen. Entweder zahle ich für die Dienste also mit meinen Daten oder mit Geld; denkbar sind ebenfalls Mischmodelle. Dabei müssen Facebook und andere marktdominante Anbieter auf die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung achten, dürfen die Nutzer also nicht missbräuchlich ausbeuten. Kartell- und datenschutzrechtliche Logik geben sich hier die Hand.

Epochale Auswirkungen auf Big-Data-Unternehmen

Auch wenn der EuGH dem nationalen Gericht Spielräume bei der Anwendungs- und Konkretisierungsarbeit der von ihm vorgegebenen großen Linien belässt, weisen diese doch den Weg für eine Neuvermessung der Datenverarbeitung durch Big-Data-Unternehmen. Facebook und Co. werden Teile ihrer Verarbeitungspraktiken einstellen bzw. einer feingranularen Einwilligungslogik öffnen müssen. Sie müssen mit entgeltfinanzierten Alternativen die digitale Souveränität der Nutzer stärker in den Blick nehmen. Insoweit zeichnen sich spannende Parallelentwicklungen diesseits und jenseits des Atlantiks ab. Denn just in Kalifornien, dem Mutterland von Meta und vielen anderen [^]-Data-Unternehmen, ist ein modernes Datenschutzrecht geschaffen worden, das auf ähnliche Art eine Kommerzialisierungsfairness einfordert und sich der Logik eines „Zeitalters des Überwachungskapitalismus“¹ entgegenstemmt. Insoweit könnte das – auch noch am US-amerikanischen Unabhängigkeitstag gefällte – Urteil des EuGH vom 4. Juli durchaus eine neue Ära der Datenkommerzialisierung einläuten, im positiven Sinne geprägt durch einen selbstbestimmten, transparenten und fairen Umgang mit personenbezogenen Daten als Währung des digitalen Zeitalters.

Die Autoren geben gemeinsamen einen datenschutzrechtlichen Kommentar heraus und forschen zum Thema „Kommerzialisierungsfairness“ im Rahmen eines DFG-Projektes, zuletzt auch an der University of California, Berkeley.

¹Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, 2018.

Hannah Ruschemeier

Competition law as a powerful tool for effective enforcement of the GDPR

doi: 10.17176/20230707-231135-0



It looks like a good week for data protection. On Tuesday, the Commission presented a new [proposal](#) for a Regulation on additional procedural rules for the GDPR, and a few hours later, the ECJ published its [decision C-252/21](#) on *Meta Platforms v Bundeskartellamt* (Federal Cartel Office). While the Commission's proposal to improve enforcement in cross-border cases should probably be taken with a [pinch of salt](#), the ECJ ruled on some things with remarkable clarity. The first reactions to the ruling were quite surprising; few had expected the ECJ to take such a clear stance against Meta's targeted advertising business model. It does however represent a consistent interpretation of the GDPR in the tradition and understanding of power-limiting data protection. Of particular interest: the Court's comments on the legal basis of data processing and its transferability to other areas of law. This procedure has been discussed numerous times in terms of competition law; in this article, I will focus on the key points from a data protection law perspective.

Background to the preliminary ruling procedure

The proceedings began in 2019, when the Bundeskartellamt (BKartA) issued a [decision](#) prohibiting Meta from collecting user off-Facebook data without consent, based on its then general terms and conditions. By "Off-Facebook-Data", the ECJ refers to data collected via third parties (websites and apps other than Facebook) and data collected using other online-services belonging to Meta itself (Instagram, WhatsApp). Furthermore, the BKartA clarified that consent is invalid if it is a prerequisite for use of the social network. The main reasoning was based on the fact that Facebook is abusing its dominant position in the online market, as the data processing described in the general terms and conditions does not comply with the values and principles of the General Data Protection Regulation (GDPR). Facebook's appeal against the decision was granted suspensive effect by the [OLG Düsseldorf](#) (Higher Regional Court of Düsseldorf), and later overtur-

ned by the [BGH](#) (Federal Court of Justice). The OLG then referred questions on the GDPR and its application by the competition authority to the ECJ, concerning the power of competition authorities to review and consider data protection rules, as well as key issues of interpreting the GDPR.

Competences: Competition authorities may take the GDPR into account

Normatively, competition authorities' role in EU antitrust law is rooted in Art. 102 TFEU, prohibiting abuse of a dominant position in the internal market. The court clarified that data protection supervisory authorities and competition authorities pursue different objectives (par. 44 f.). While preserving this division, the ECJ emphasised that when assessing a dominant position, market conduct compatibility with the GDPR can also be considered to determine the effects on competition and consumers (par. 47). The Competition Authority does not take the place of the data protection supervisory authority, nor pursue the objectives set out in Art. 51 GDPR or monitor compliance with the GDPR.

Procedurally, this results in an obligation for data protection and competition authorities to coordinate and cooperate (par. 52) and confirms binding effect: if a national data protection authority, the lead supervisory authority, or the Court of Justice has already ruled on conduct relevant to the case, the competition authority may not deviate from that ruling. However, the competition authority may come to a different conclusion in the specific context of competition law (par. 56). The scope of binding effect is difficult to assess in individual cases; competition law often presents special features which may test the competence of the competition authority. The BKartA consulted with others for this case, as is always advisable in case of doubt, namely the Federal Data Protection Commissioner and the Irish data protection authority, fulfilling its duty of loyal cooperation.

This review of the abuse of a dominant position opened a gateway to review compatibility with the GDPR in this area. From a legal theory perspective, this is reminiscent of the concept of a general clause serving as a ‘gateway’ for the fundamental rights test, and in keeping with the idea of the unity of legal order. From the perspective of the rule of law, it also makes sense that structural breaches of law in a cross-sectional area such as data protection law also play a role in other areas. After all, data protection is in many cases consumer protection (in Germany, § 2 (2) no. 11 UKlagG).

Special categories of data require special treatment

The use of Facebook and linked applications constitutes the processing of special categories of personal data if information falling under Art. 9 (1) GDPR is made available, linked or transmitted (par. 73). This is subject to the exceptions in Art. 9 (2) GDPR, regardless of whether the information concerns the user or another person. The Court distinguished between different forms of data processing: (1) the input of special categories of personal data by the users themselves, (2) the linking of these data to the user account and (3) the use of these data (par. 71). In addition, the Court stated, without elaborating, that it is in fact no longer possible to distinguish between different categories of data (paragraph 89).

Furthermore, active use of Facebook is not considered to be making data public within the meaning of Art. 9 (2) e GDPR. Processing of sensitive data on platforms is highly problematic: [others](#) have shown that social media advertising for clinical studies enables platforms to train specialised predictive models of medical conditions in any of the (present and future) platform users. Focussing on the user’s decision to make the data available, the ECJ found the decision must be voluntary, and information must explicitly refer to an unlimited public (para. 78).

However, the Court did not go on to explicitly address the problems of the use of collective databases through predictive models fed by the total number of users and even non-users, allowing predictions to be made about individuals (see [here](#), [here](#), [here](#) and [here](#)). Nor does it explicitly address the [problematic secondary](#) use of the sale of these models. Nevertheless, these practices may fall under data use, which is an important step in the right direction for effective data protection. The ECJ seems to agree, stating “in certain cases, the processing of data by accessing the website or application in question may al-

ready reveal such information without the user having to register or place an order” (para. 72). It is important to reiterate that the data subject can only decide to make their own data public, not that of other persons (par. 75). Conversely, this could mean that even where every individual has made their data public, predictions about individuals based on collective data cannot be justified.

Meta’s business model is not GDPR-compliant

It comes as no surprise to the critical data protection law community that the court ruled Meta’s current business model incompatible with the GDPR. The court rejected both the general applicability of the legal basis of performance of contract (Art. 6 (1) (b) GDPR) and legitimate interest (Art. 6 (1) (f) GDPR).

The ECJ first clarified that the personalisation of content to this extent is not necessary in order for the network to offer its services, and that the various offers can also be used independently of each other (par. 102 f.). Importantly, the Court emphasised that effective consent must distinguish between off-Facebook data and ‘on-Facebook data’, as users have no reason to expect off-Facebook data to be processed. This is a very clear rejection of Facebook’s business model, which operates as a social network but makes its profits through mass data processing for commercial purposes. The ECJ emphasised that the processing must be necessary for the fulfilment of the legitimate interest, Art. 6 (1) (f), and that the principles of the GDPR, such as data minimisation, must be considered in the interpretation of what constitutes a legitimate interest. The legitimate interest of network security put forward by Meta was recognised in principle by the ECJ, but it returns the examination of this question to the referring court (par. 119).

The ECJ finally confirmed the perhaps unsurprising finding that advertising to individuals to finance the network does not constitute a legitimate interest that prevails over the rights of users. This is especially true in view of the fact that the processing is particularly extensive, potentially unlimited (!), and that Meta is in a position to monitor the entire private life of its users (para. 117, 118).

I have argued [before](#), that legitimate interest is not a sufficient legal basis for the processing of personal data when it comes to the mass extraction of all kinds of data from collectively generated data bases since it requires a balancing of interests. Structural breaches of the GDPR or other legal requirements, the scale of data collection,

and the collective impact significantly diminish the legitimate business interest of data processors. In my opinion, this argument can be applied in other areas.

Consent: problems remain

The ECJ did not assume that voluntary consent was excluded merely due to the dominant position (para. 140 f.). This is understandable, as the problem of consent in the digital environment is not only due to the market position of an actor, but also to the sheer flood of information. I have explained the problems of consent in digital environments [here](#) and [here](#), backed by [interdisciplinary research](#). In this context, the French data protection authority recently issued [a decision](#) against the real-time bidding company Criteo; constellations in which consent is given to 300 different data processors at the same time cannot be overlooked by users. Importantly, the Court emphasized that effective consent must distinguish between off-Facebook data and 'on-Facebook data', as users would not expect off-Facebook data would be processed (par. 151).

A very interesting aspect of the decision, which could easily pass for a marginal note, can be found in para. 150:

the court suggested offering users alternatives to pay for services while keeping their data private in order to safeguard the free will of consent. This could above all help to make users aware that the use of such services is by no means "free".

Impact of the decision: Data is power

The really important statement of the ruling is the explicit recognition that data is power. The decision partly undermines Meta's business model, which relies on selling targeted advertising based on the vast amounts of data it collects about its users as they use its services and browse the wider web. However, Meta won't have any problems in the future either: the new app "Threads" is designed to compete with Twitter and had ten million registrations in its first few hours. It will now be interesting to see whether the decision of the OLG Düsseldorf opens the door to Art. 82 DSGVO, which could expose Meta to substantial claims for damages. This should be particularly interesting in the context of the action [brought by the associations](#). Competition law is proving to be an effective tool for data protection, let's see how the [DMA shakes things up](#).

Pekka Pohjankoski

Contesting the Ultimate Leverage to Enforce EU Law

Poland brings annulment actions against the Commission's powers to recover penalties by offsetting

doi: 10.17176/20230712-231128-0



By now it has become clear that Poland is **not willing** to discharge the definitive judicial penalties of over EUR 600 million which the European Court of Justice (ECJ) has ordered it to pay for failing to observe coercive interim measures. When the Commission announced it would proceed to set off the outstanding amounts against money due to Poland from the EU budget, the Polish government **vowed** to fight the recovery 'with all legal means'. Recently, Poland has put its money where its mouth is. It has brought four cases before the General Court to challenge the recovery. These actions have thus far evaded closer scrutiny in the legal blogosphere. However, they contain a significant challenge to the EU's powers to enforce judicial penalties against Member States, namely as regards recovery by offsetting. As the cases raise issues which may have repercussions beyond these proceedings, this post casts a closer look at Poland's applications and analyses their potential broader significance.

Disregarding court orders, Polish style

At a European Council doorstep interview two years ago, the Polish Prime Minister Mateusz Morawiecki **told** reporters: 'we have a very difficult situation linked to the wrong and so unjust ruling of the European Court of Justice', referring to an **interim order** which required Poland to cease mining operations in the Turów brown coal mine. That order originated from an infringement case which Czechia had brought against Poland for environmental damage allegedly caused to the groundwater supply across the Czech border (for more on the 'Turów mine' case **C-121/21** in this blog see [here](#)). In blatant disregard for the binding nature of the ECJ's order and seemingly unconcerned by any rule-of-law implications, the Polish PM then assured the reporters that 'we are of course not going to stop mining'. A couple of months later, on 20 September, the ECJ issued a **second order** in that case, im-

posing a daily penalty payment of EUR 500,000 on Poland for every continuing day of noncompliance with the initial order.

However, despite the daily accruing penalties Poland remained in noncompliance with the measures the ECJ had required. In the meantime, Czechia and Poland **settled** their dispute out of court. Consequently, the case was **removed** from the ECJ's register on 4 February 2022, but until then the daily penalty payments had accumulated for 136 days, resulting in a grand total of close to EUR 70 million (the sums in this post are approximative calculations based on publicly available data). Judicial penalties such as these are final and, therefore, enforceable. Since Poland did not voluntarily transfer the sum to the EU, the Commission proceeded to collect the outstanding amount in accordance with the **Financial Regulation** and the Commission's **Recovery Decision**. These stipulate, as a last-resort option in case of Member State recalcitrance, recovery by offsetting where the Commission deducts the amount of penalty payments, with interest, from money due to the Member State from the EU budget.

Insofar as no payment was forthcoming, the Commission sent between February and May 2022 letters to Poland informing it that it intended to proceed to recover the sums by set-off. Similar letters were sent between October 2022 and January 2023 in respect of penalties imposed in another infringement case relating to the independence and private life of Polish judges (the so-called 'Muzzle Law' case **C-204/21**). Also in this infringement procedure, the ECJ had imposed penalties in support of an interim order, which Poland ignored. The daily penalty was initially set at EUR 1 million by an **order** of 27 October 2021 and lowered, by a subsequent **order** of 21 April 2023, to EUR 500,000, which by the time of the final judgment on 5 June 2023 added up to a total penalty of close to EUR 570 million.

Commission's recovery decisions challenged before General Court

Since then, Poland has brought four cases before the General Court challenging the Commission's decisions to recover the unpaid penalty payments by offsetting. The first two applications, of 19 April and 25 May 2022, concern the Turów mine case. According to the notices of the cases [T-200/22](#) and [T-314/22](#) in the Official Journal, Poland seeks annulment of the Commission's decisions alleging a 'lack of competence on the part of the Commission'. It appears thus to be challenging, on the level of principle, the Commission's powers to recover by offsetting financial penalties imposed on Member States in infringement proceedings. The actions rely on a reading of the Financial Regulation but possibly call for an analysis of the Commission's budget implementation powers under the EU Treaties more generally. Moreover, Poland reproaches the Commission for not clearly explaining what the legal basis for the procedure for recovery by offsetting is.

By its third and fourth applications, lodged on 22 December 2022 and 23 March 2023, Poland further contests, according to the notices of the cases [T-830/22](#) and [T-156/23](#), the recovery by offsetting of penalty payments imposed in the 'Muzzle Law' case. In its application to have the Commission's recovery measures annulled, Poland especially argues that the Commission has wrongly recovered sums beyond the date on which Poland repealed the contested national legislation.

The stakes of the litigation are high – not only financially, but also as regards the enforcement of EU law. Based on the notices in the Official Journal, it is however not possible to state conclusively whether the General Court will be required to rule on matters of principle. Insofar as Poland's first two applications allege that the recovered amounts 'ceased to exist' pursuant to the settlement agreement it concluded with Czechia, their prospects of success appear bleak. The lawfulness of penalties imposed in support of interim measures cannot depend on any agreement between the parties but the penalties are rather justified by the public interest to ensure that all Member States observe the ECJ's interim orders. Similarly, the third and fourth applications seem at first sight to hinge on the specificities of the litigation, namely whether the recovery was justified on the merits regarding a certain time period, rather than on an assessment of the

legal basis of the Commission's powers to recover sums by offsetting.

The bigger challenge: offsetting as ultimate leverage to enforce EU law

Poland's claim that the Commission does not have the competence to recover judicially imposed penalties by offsetting is serious. Offsetting may seem like a technicality. In reality, however, it represents the EU's ultimate leverage to guarantee the effectiveness of the infringement procedure and, by extension, the rule of law in the Union's legal order against recalcitrant Member States. The EU has no enforcement agents of its own and cannot, therefore, collect unpaid payments by force. The financial penalties, the corollary of the infringement procedure, may be deprived of their rationale if they cannot be recovered effectively from recalcitrant Member States. Offsetting thus constitutes a last-resort mechanism to police Member States' compliance with financial penalties imposed in the ECJ's rulings.

In EU law, offsetting is not a novel issue. The Commission has exercised it not only against private parties, but also against the public authorities of Member States. Not a means of execution, strictly speaking, but rather a 'method of extinguishing obligations equivalent to making a payment' (as characterized by Advocate General Léger [here](#)), offsetting is part and parcel of the EU's activities as a creditor. I have argued [elsewhere](#) in more detail that an out-of-court set-off of a definitive judicial penalty, imposed pursuant to Article 260 TFEU, against EU payments due to a Member State is to be viewed as a recovery operation intrinsic in the management of the EU budget. As such, the Commission's process of recovering judicial penalties from Member States by offsetting is compatible with the EU Treaties, even though the ECJ is yet to definitively adjudicate on the issue in this context.

Finally, whether the General Court will deliver rulings of principle in these cases or in the future – the Commission's recent activity suggests other cases may follow – it is worth emphasizing that any financial penalties imposed in the infringement procedure upon the Member States result from the deliberations of the ECJ. It stands to reason that, as in any national legal order, definitive court rulings must be enforceable. Under the EU Treaties, enforcement is primarily entrusted to the Commission. If the ECJ's rulings are to be compulsory, and not for the

Member States to simply disregard at will whenever inconvenient – or, to quote PM Morawiecki, ‘wrong and so unjust’ – it is imperative that the Commission is vested with sufficient powers to recover unpaid penalties, by off-

setting when necessary. Against this background, the forthcoming judgments of the General Court and, if appealed, of the ECJ, will be ones to watch closely.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

Why Europe Must Never Forget about the Polish Constitutional Court

On the Importance of European Institutional Memory

doi: 10.17176/20230710-231149-0



In 2023, we should have been celebrating the 41st anniversary of the establishment of Polish Constitutional Court. “Should” is used advisedly here because as **is well known** Poland **no longer** has a constitutional court. Undoubtedly, the technical question of **how to** rebuild the Court is important, yet we should also understand *why* its rebuild must be the first order of the day after the present dark days of **total capture**. Central to this is remembering what the captured institution(s) did for us, what it stood for as well as how it mattered to the functioning system of governance. These intangibles make up what I call here “*European institutional memory*.” I argue, in this respect, that the EU would do well to remember the central role constitutional courts have played in the particular form of constitutionalism that emerged in the aftermath of Europe’s experience with totalitarianism, and the laudable way in which the Polish Constitutional Court took up this task. Against this backdrop, the **Court’s** destruction should have been the EU’s primary concern from the start of Poland’s rule of law crisis and its rebuilding must remain a non-negotiable condition for Poland’s membership in the European legal order.

The Role of Constitutional Courts in Post-War European Constitutionalism

Europe’s experience with totalitarianism has arguably **shaped its understanding of democracy** as something more than the symbolic act of casting a vote at the ballot box. **Democracy** also entails respect for fundamental values and systemic principles like human rights, judicial independence, or minority rights. This **fragile European post – war liberal consensus** resulted in the European paradigm of „**never again constitutionalism**.” Trust was to be rediscovered by subjecting domestic political power to supranational checks and balances and conditioning its legitimacy on the continuous adherence to the core values of liberalism, values that transcend the desires of

the moment. Human rights and institutions (in particular, courts) were given a special place in this system of supranational governance. Indeed, **the member states** of the First Communities (today the Union) themselves have recognized that human rights would be best protected by establishing four complementary safeguards: i) trust in the binding power of **the law of integration** that would commit the states to the common discipline; ii) the *rule of law* and the constitution as the supreme law of the land binding both elected officials/the holders of political power *and* the people iii) the establishment of **independent constitutional courts** to safeguard this framework; iv). mechanisms of *supranational and international control* whereby self-governing and sovereign states would hold each other to account according to principles of human rights, guarantees of democracy and openness to the world.

The role of constitutional courts and **their unprecedented rise in the post-war era** must be read and understood against this broader axiological context. The task of every constitutional court was to effectively protect the constitutional rights and freedoms of citizens and to strategically remind the ruling majorities of the limits they cannot cross in pursuit of their political agenda. The transient element of majoritarian politics and the irresistible pull towards “*my way or the highway*” are never too far away from the minds of an average politician. As such, the idea of the “rule of law” and the culture of constraint must be present in-between the election cycles to anchor the system amongst the momentary impulses of majoritarian politics. It is to this end that constitutional courts came to play, with variable success, a safeguarding and anchoring function alongside the supranational oversight post 1945.

Poland as a Case Study

Crucially, these were also the dreams and aspirations that drove the new democracies of Eastern Europe in 1989. In particular, the rule of law featured prominently in 1989 as one of the organizational paradigms of the reborn democratic Poland. Poles looked at the rule of law and European Communities as a gentle civilizer of the preceding lawlessness and as a check on unlimited state power, both hallmarks of prior communist rule. Yet, given the lack of liberal foundations in Poland, the process of absorbing the rule of law standards was anything but straightforward. It was thus the Polish Constitution Court that played a special role in bringing the rule of law standards to the surface and in holding the state authorities accountable. The period of 1989-1997 has been rightly considered as the most activist in the history of the Polish Constitutional Court, as it embarked on giving flesh to a vague and imprecise principles, while at the same time expressing the new axiology of the state. Confronted with the lack of a constitutional text (the new Constitution was not adopted until 1997), the Court itself had to reconstruct a “judicial constitution” that would reflect the new realities and minimize the lack of a constitutional text. There was simply no other option as the cases were coming in and had to be resolved in the best possible way. The Court was thus instrumental in spelling out some of the most paradigmatic principles that has underpinned the legal system of Poland after 1989. *First*, the principle of the preponderance of the Constitution (“constitution as the supreme law of the land”) and the Court’s power to exercise judicial review as a necessary procedural safeguard of this principle. *Second*, the exclusivity of the statute in regulating and defining the status of an individual. This is a direct response to the practice prevalent under the communist regime whereby citizens’ rights and obligations were governed by executive decrees. *Third*, all governmental action must remain executive in character and aimed at implementing statutes. In this way, the Court played a fundamental role in laying down Poland’s constitutional foundations and aligned them with the above -sketched basic paradigms of the post war European constitutional settlement. After 1997 the Court not only built on all this but also took upon itself to [read 1997 in the light of impending Accession](#) to the European Union.

How Doing Nothing Kills the Promise of European Institutional Memory

Against this backdrop, the EU’s inaction in light of the destruction of the Polish Constitutional Court is particularly shameful. All we got was the diplomacy of indignation, letters of concern from the European Commission and appeals for more good – faith dialogue. Moving forward, such a [naivete and dereliction of the duties under the Treaties](#) must not be repeated. The destruction of the Court and now the usurpers’ [hostile interpretations](#) amounting to a [factual POLEXIT](#) should have been always on top of the Commission’s list of non – negotiable things to be remedied by Polish government. Yet, it [took the Commission](#) 6 long years to finally understand how the captured constitutional court and weaponized judicial review in any member state [become an authoritarians’ best and handy ally in their crusade against the very legal foundations of the Union](#). [Political justice has struck this time at the core](#) of EU law ... And yet despite all this the Commission seems to be still willing to listen to Polish government’s dishonest attempts to have the European funds released, while the latter at the same time takes full advantage of the tool of oppression that judicial review in Poland has become. Letting this government off the hook again after all it has done to the rule of law in Poland, would make the lofty and powerful rhetoric behind “*never again*” rings hollow.

Poland’s Crisis as a Litmus Test for the EU

In 2023, the European public (and for that matter Polish citizens as well) and [the decision-makers](#) must never forget about the Court and the role it has played in shaping the rule of law post-1989. This civic memory (domestic and supranational) plays a key role in any attempt to [re-build constitutional review in Poland](#). Unfortunately, the passage of time and the ephemerality of human memory are not on our side. As life goes by, we tend to domesticate the illegality and accept it as [business as usual](#). What has been clearly unconstitutional yesterday becomes with time hazy, encased in nuances, caveats, etc. understood only by lawyers. At the end of the day nobody remembers and comprehends how the initial illegality has happened and how it has tainted the legal system. Indeed, it might be the case that today only few citizens remember what has really happened to the Polish Constitutional Court. This destructive collective oblivion and indiffe-

rence of ours allows the current government to triumph. Therefore, [repeating and explaining](#) what should be the lawful state of affairs and what we have lost in the Court are the least we can do to make sure that the lawlessness will not become our new way of life.

By now the lessons of [the capture](#) should have taught us that the independent and legitimate institutions come and go in the blink of an eye. We must not let the hostile takeovers of institutions be accompanied by civic oblivion and indifference. In 2023, such remembering takes on a truly existential dimension for the future of “[an ever – closer Union among the peoples of Europe](#)”. You cannot be serious about [the rule of law in Poland](#) and Europe without putting the future of Poland’s Constitutional Court firmly on the European agenda. There is no point in having a Disciplinary Chamber of the Supreme Court “reformed” while the hostile and unconstitutional body that once was the Court is still in place and thrives. The European funds must remain frozen in spite of the [dishonest reform of the Supreme Court](#), as long as there is no unconditional restoration of the Court’s judicial review

powers. Without standing firm on these points, the Commission subverts the aims of Europe’s “never again constitutionalism.” If the European Union of Law and Values (on this also [here](#)) is to stand for anything at all, it must remember and never forget what it was born out of, and the role constitutional courts have played in preventing it from occurring again.

As such, the message sent to the Polish government (and to any like – minded would – be offender(s)) must be unequivocal: Only if you respect the independence of your constitutional court can you belong to our supranational community of law. The Polish example shows that there can be no middle ground here both for historical and axiological circumstances of the European project. Commissioners Jourova, Reynders and others must consider this before engaging in a new round of allegedly good faith dialogues and negotiations with the Polish arsonists and before adopting yet another set of [futile and detached from reality recommendations and advice](#).

Til Leichsenring

Poland's Extended Disciplinary System

doi: 10.17176/20230702-111025-0



The [judgement](#) of the European Court of Justice (ECJ) on June 5, 2023 (C-204/21) has added a new chapter to the rule of law crisis in Poland. The outcome was [largely expected](#) given the well-established jurisdiction of the ECJ on matters of the rule of law. However, the judgment is arguably notable for recognizing some of the more insidious ways in which Poland has undermined judicial independence. Specifically, I argue that the ECJ's ruling constitutes a promising first step towards fashioning a legal response to the Polish government's suppression of judicial independence through public intimidation and stigmatization of judges.

Four Unsurprising Results

In the infringement proceedings, the Commission's first claim challenged the prohibition introduced by the Amending Law („muzzle law“), which prevented Polish judges from verifying whether a judgment had been rendered by an independent court. The exclusive competence for this verification now lies with the newly created „Chamber for Extraordinary Control and Public Affairs.“ It also challenged the fact that breaches of this provision are treated as disciplinary offenses. Furthermore, the Commission's claims were directed against the far-reaching jurisdiction of the Disciplinary Tribunal, whose decisions can directly impact the status of judges (complaints 1-4). The fifth complaint focused on a provision that requires judges to disclose information about their memberships in associations, foundations, and political parties, which is then published on the internet.

The Commission's opposition to these strict provisions were motivated by the fact that the ECJ not only made it clear that [it has competence](#) to assess the independence of national courts, but also that [national courts are obliged](#) to review the independence of courts on the basis of Article 19 (1) subparagraph (2) TEU, Article 47 CFR and Article 267 TFEU. The Polish government apparently aimed to counteract a [division of the Polish judiciary](#) into pro-EU and pro-government judges by strictly suppress-

ing the corresponding application of EU law.

The current judgment first focused on the Polish Disciplinary Chamber, a key tool used by the Polish government to suppress independent justice. The establishment of the Chamber in a particular context, including the appointment of the National Council of Justice and the introduction of a stricter disciplinary code along with its extensive powers (such as waiving criminal immunity, reducing remuneration, and enforcing early retirement), constituted a violation of this obligation. Importantly, the ECJ concluded that the mere prospect of being judged by this chamber was sufficient to undermine the independence of judges ([paras. 91-103](#)).

Furthermore, the exclusive jurisdiction of the „Chamber for Extraordinary Control and Public Affairs“ regarding appeals on the independence of judges was deemed a violation of Article 19(1) TEU and Article 267 TFEU ([paras. 263-292](#)). While granting exclusive authority to a judicial body was not seen as inherently objectionable ([para. 265](#)), the ECJ identified a problematic underlying intention in this case: It contravened the obligation for courts to [assess their own independence and that of their fellow judges](#). Specifically, establishing a Central Chamber solely responsible for controlling complaints about judicial independence would likely discourage other judges from fulfilling their duty to review the independence of themselves and their colleagues.

The same goal clearly underpinned the „muzzle law's“ prohibition and sanctions on the review of judicial independence by Polish judges. [As decided before](#), based on the overall context of the Polish judicial reform and their broad and imprecise character, the Court found the provisions likely to deter judges from complying with the Union's obligations ([paras. 104-231](#)). As such, they were held to be in breach of Article 19 (1) TEU in conjunction with Article 47 CFR as well as Article 267 TFEU.

These findings are hardly surprising. After all, the ECJ had already found the points to be highly likely to violate Union law in its [interim order of 14.7.2021](#) and now sim-

ply provided additional substantiation of its reasoning.

Recognizing the “Extended Disciplinary System”

In contrast, the ECJ examined, for the first time, the requirement for Polish judges to disclose their affiliations with associations, foundations, and political parties, which is then publicly accessible online (cf. Article 88a(4) Amended Ordinary Courts Act). This obligation was found to violate [Article 6\(1\)\(c\), \(e\), \(3\), and Art. 9\(1\) of the GDPR](#), as well as the right to privacy, family life, and personal data protection ([Art. 7 and Art. 8\(1\) CFR](#)).

Despite the government claiming that this measure protected judicial independence, the ECJ determined that it actually served to stigmatize and intimidate judges. The requirement to publish this information was particularly problematic, as it significantly interfered with the privacy of judges and carried a high risk of intimidation. This contradicted the alleged purpose of the law ([paras. 375-385](#)), thereby violating Article 6(3) of the GDPR. Although not explicitly addressed, public access to this sensitive information is also likely to facilitate defamation and intimidation of judges.

Accordingly, the (particularly serious) encroachment on the rights of judges under Article 7 and Article 8 (1) CFR cannot be justified either. After all, a regulation which in reality primarily serves to stigmatize judges cannot be construed to possess a legitimate purpose that serves to justify encroachments on fundamental rights according to Article 52 (1) CFR.

Through its comprehensive analysis of the objectives behind the information and publication obligation, the ECJ has taken a crucial step in addressing what can be called the “extended disciplinary system” that the Polish government has put in place to enhance its grip on the judiciary. By this, I mean the government’s use of public stigmatization and defamation to intimidate judges critical of the regime. Examples include a [troll campaign](#) led by the former Vice-Ministry of Justice, a [poster and TV campaign promoting the 2017 judicial “reform” in Poland](#), and frequent negative reporting about judges on public television. These measures, alongside the threat of legal sanctions, hold the potential to influence judges and thereby jeopardize judicial independence. Public statements and exposure can significantly intimidate judges, as evident from a [recent survey of 15,821 European judges conducted by the ENCJ](#), where judges across most European jurisdictions reported feeling pressured by media

comments. While sustained criticism of those in power is important for a democracy, it becomes problematic when it transforms into inappropriate pressure used by political forces to indirectly control the judiciary and limit its independence. When judges fear public attacks for issuing critical rulings against the government, public pressure can pose a threat to judicial independence on par with disciplinary sanctions.

Against this backdrop, the ECJ’s determination that the information obligation fails to fulfill its claimed purpose of protecting judicial independence and contributes to the stigmatization of judges instead is of particular significance. It evinces the ECJ’s recognition that the stigmatization of judges and the resulting public pressure can also jeopardize judicial independence.

The Problem of Indirect Threats to Judicial Independence

However, in its recent ruling, the ECJ based the illegality of the information obligations on the specific requirements of the GDPR and the individual rights of judges (Art. 7, 8(1) CFR) rather than on obligations pertaining to the rule of law. This was to be expected, given that the ECJ was constrained in its argumentation by the binding nature of the preliminary proceedings. However, if given the opportunity in future proceedings, the ECJ should recognize that the stigmatization of judges might also be in contravention of the general rule of law obligation outlined in the treaties.

Thus, for one, there is no longer any doubt that the rule of law value from Article 2 TEU creates a comprehensive and enforceable obligation for member states to refrain from acts that raise justifiable doubts about the independence of judges. In this respect, the ECJ has repeatedly demonstrated sensitivity not just to direct attacks but also indirect impairments of judicial independence. In particular, it declared that national rules must exclude „also types of influence which are more indirect and which are liable to have an effect on the decisions of the judges concerned“ ([para. 197](#)). In a similar vein, it has also recognized the impact public statements might have on judicial decisions, [in a ruling regarding the execution of European arrest warrants](#). In particular, it held that where the warrants emanate from countries with systematic flaws in the rule of law, judges should also assess the concrete risk of influence on the proceedings based on

“statements by public authorities which are liable to interfere with how an individual case is handled” (para. 61) in the issuing state. The ECtHR has been even more explicit in this respect, classifying very negative statements by government politicians about a certain outcome of the proceedings as a violation of the right to a fair trial (paras. 86). This matters insofar as the ECJ in its rule of law case law also refers to the right to a fair trial under Article 47 CFR, whose scope it must interpret taking account of the ECtHR, pursuant to Article 52 (3) CFR and Article 6 (3) TEU.

At the same time, the ECJ has repeatedly opposed measures that might have chilling effects for judicial independence as incompatible with a Member State's rule of law obligations. For example, the „mere prospect“ (para. 90) of being disciplined by a non-independent chamber is an impairment of judicial independence under Art. 2 TEU. This was also confirmed in the current judgement (para. 101). Similarly, it recognized in an obiter dictum that the “mere prospect” (para. 58) of disciplinary sanctions due to the initiation of a preliminary ruling procedure is incompatible with the meaning of the preliminary ruling procedure under Art. 267 TFEU. While these rulings addressed the chilling effect of disciplinary legal sanctions, there is no reason in law or logic why the same reasoning cannot also apply to the chilling effects of public stigmatization.

As a result, the existing legal framework and case law allow for the consideration of stigmatization and intimidating public statements as infringements on judicial independence under the general rule of law obligation outlined in the treaties, without having to break any abso-

lute „new legal ground“. Considering the Commission's success in blocking the Polish' governments use of legal sanctions to undermine the independence of the Polish judiciary, there is a legitimate concern that the Polish government may now resort to non-legal tactics, such as public stigmatization. As a result, it is incumbent upon the Commission to expand its legal rationale, enabling the ECJ to have comprehensive jurisdiction in addressing such issues.

A Promising First Step

By unequivocally condemning the provisions of the „muzzle law,“ the exclusive competence of the Chamber for Extraordinary Control and Public Affairs, and the Disciplinary Chamber, the ECJ has reiterated its sensitivity to encroachments on judicial independence through legal obligations. The focus should now shift to addressing attacks on judicial independence that occur outside the realm of the law, including through measures of public stigmatization. Recognizing and acknowledging a problem is crucial in order to effectively combat it. With its clear finding that the publication of judges' personal data can lead to their stigmatization, the ECJ has taken an important initial step in this direction. The ruling thereby paves the way for a more comprehensive response to the attacks on the independence of the Polish judiciary. It is imperative that the Commission acknowledges this dimension of impairment to judicial independence and responds accordingly. Given the comprehensive assault on the rule of law in Poland, a comprehensive countermeasure is needed.

Johanna Mittrop, Jonas Grundmann

Changing Tides in European Election Law

A German Constitutional Law Perspective on the New Threshold Clause for the Election of the European Parliament

doi: 10.17176/20230718-231114-0



On 15 June, the Bundestag approved a minimum percentage threshold for elections to the European Parliament (EP). Shortly before the summer break, the Bundesrat (Federal Council) also agreed to the clause. German lawmakers already failed twice in this endeavour before the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, short BVerfG). This time, the German legislator can refer to a binding EU legal act backing its reform efforts. This means the electoral threshold must now be treated (also by the constitutional court) as determined by EU law – with all consequences. However, even a 2% hurdle is not 100% safe from the BVerfG.

European turn with regard to EP election thresholds

So far, the BVerfG has declared a 5% (2011) and a 3% (2014) hurdle for European elections unconstitutional. It argued that the unequal treatment under Article 3 (1) and Article 21 (1) of the Basic Law (Grundgesetz) could not be justified by referring to the improved parliamentary function of the EP, given the limited parliamentary nature of the EP compared to the Bundestag (which is currently elected with a 5% threshold).

A new hurdle for European elections is part of the reform of the Direct Elections Act (DEA), which the Council of the European Union adopted with the consent of the EP in 2018. The reform obliges introducing a threshold that “shall not be lower than 2 per cent, and shall not exceed 5 per cent” in member states where elections are held according to lists and with more than 35 seats in Parliament allocated to them – including Germany. Incidentally, more than half of the member states already [have a threshold clause](#). By giving its blanket approval to the DEA reform, the German Federal legislator has now helped to create Union law, which, due its primacy over national law overrides even German constitutional law to the extent that the control of their constitutionality by the BVerfG will in principle be inhibited. In the future, the lynchpin of the constitutional admissibility of the electoral threshold will

no longer be primarily Article 3 (1) of the Basic Law (equal vote) and Article 21 (1) of the Basic Law (equal opportunities of political parties), but Article 23 (1) of the Basic Law (in conjunction with Article 79 (3)): the participation of the Federal Republic in European integration.

How high can the threshold be?

It is almost certain that a threshold will be introduced (provided that Cyprus and Spain also agree to the DEA reform soon). However, the German legislator has not yet decided on the exact percentage of the threshold it must now write into its European Election Act (Europawahlgesetz: EuWG) for the EP election in 2029.

At the same time, the reformed DEA is not neutral towards the threshold level. It is mandatory to introduce a threshold of „not lower than 2 %“ (and not exceeding 5% – which should not be relevant in German electoral law). Setting a higher hurdle than 2% (and not more than 5%) is within the member states scope of implementation. However, this does not affect the transposition obligation to introduce a threshold of (at least) 2%. Unlike in the scope of binding requirements of EU law, the primacy of EU law does not supersede the examination of constitutional conformity within the member states’ scope of transposition (see [BVerfGE 152, 152](#) – Right-to-be-Forgotten I; so also [ECJ, C-399/11](#) – Melloni). Accordingly, a threshold > 2% would be within the scope of implementation, but could again be subject to a review against Article 3 (1) and Article 21 (1) of the Basic Law in accordance with the case law of the BVerfG. Such a threshold would thus continue to stand on a brittle foundation.

Is 2% already too much?

As is established in German constitutional case law, the primacy of Union law is not unlimited: it may not penetrate the core of German constitutional identity. If the 2% were to fail the ‘identity control’, even the constitution-amending majority in the Bundestag and Bundesrat could

not save the threshold clause, as it would not get past Article 79 (3) of the Basic Law. This article prohibits amendment to the core principles of the German constitution, no matter the majorities which attempt such a change. Whether a 2% hurdle violates the constitutional identity of the Basic Law in the form of the principle of democracy (Article 20) shall only be briefly touched upon: the core of the principle of democracy is not affected by a 2% hurdle. The threshold does not endanger the equal influence of voters on the composition of the EP *per se*. Electoral equality is not abolished nor impaired to an extent that would undermine the right to equal participation in elections, but only restricted to a limited extent. In fact, there is already a significant mathematical 0.5 % threshold in Germany, simply because of the ratio of seats to the number of votes cast.

Furthermore, it is fundamentally questionable whether the German constitutional identity should be held against the assessment of the directly elected EP. The EP itself refers to the threshold as a means of protecting proper parliamentary functioning (cf. EP [resolution](#), 11.11.2015, recital R) and also justifies its introduction with the promotion of „more equal electoral conditions“ in the member states (EP [recommendation](#), 2.7.2018, p. 7/9). With the activation of Article 223 (1) TFEU by the DEA reform, the EP, together with the Council, is itself concerned with regulating electoral law on the basis of which it is elected. Thus, the EP itself is also tasked with ensuring its own functioning.

In any case, before considering the violation of the constitutional identity, the BVerfG would first have to refer the matter to the ECJ by way of a preliminary ruling procedure – as has been established in case law ([BVerfGE 126, 286](#) – Honeywell; [BVerfGE 134, 366](#) – OMT preliminary ruling).

The electoral Right-to-be-Forgotten-III?

So far, so simple. From the perspective of both EU and constitutional law, the 2 % seem not to be in danger. However, in its Right-to-be-Forgotten-II decision, the first senate of the BVerfG recently found a way to continue asserting influence in areas fully determined by Union law, even beyond the identity check. Instead of reviewing measures on the basis of the Basic Law, the BVerfG now refers to the fundamental rights of the Union as the relevant and – importantly, equivalent – standard of review. In principle, this would also work in electoral law. Instead of

examining the threshold against Article 3 (1) of the Basic Law, the BVerfG would have to look for an equivalent protection of electoral equality in EU primary law. The review of the threshold regulated in the German EuWG against EU rights would be a remarkable extension of the Right-to-be-Forgotten-II jurisprudence of the BVerfG: in contrast to the original jurisprudence, the BVerfG would not carry out a review of decisions by the specialized courts. It would instead review the cassation of an implementation act due to a possible violation of EU rights. The first question that arises is the following: Would the court find any electoral equality guaranteed under Union law?*

It is important to note that the BVerfG would not look for a 1:1 congruent protection of electoral equality under the Basic Law and Union law, but rather for a functional equivalent of Art. 3 (1) and Art. 21 (1) of the Grundgesetz. Otherwise, it would quickly draw blanks. In view of the degressive proportionality of the distribution of seats provided for in primary law (Art. 14 para. 2 TEU), there can hardly be any Union-wide, strictly *formal* electoral equality. However, electoral equality under EU law, which the BVerfG could apply, must only correspond *functionally* to electoral equality under the Basic Law. Functional equality means that the special features of the European Union can (and must) be taken into account. In a Union structured as a constitutional union, the fundamental rights under Union law do not always correspond exactly to those of all the different national constitutions.

So, is there a functional equivalent? At the Union level, electoral equality would in principle ensure the equal weight of the individual votes. Yet, it is already limited in its definition at the level of primary law by the federal concerns of the Union (see Art. 14 para. 2 TEU). The *sui generis* character of the EU has a particular impact on electoral equality under Union law, since the electoral law follows the design of the Union's political system. The fact that the democratic system of the EU is structured according to different standards than the democratic system under the Basic Law has been worked out by the BVerfG in its [Lisbon decision](#). The function of electoral equality under the Basic Law and under Union law is nevertheless the same: it serves to safeguard the democratic character of the election.

At the same time, it is not evident where a specific electoral equality, against which the threshold would have to be measured, is enshrined in EU primary law. According to its wording, Article 39 (2) of the Charter of Fun-

damental Rights of the European Union (CFR) does not protect electoral equality. Its scope would have to be extended by means of teleological interpretation or recourse would have to be taken to the general equality before the law clause in Article 20 CFR. The constitutional traditions common to the Member States could also entail electoral equality at Union level. Last but not least, Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, based on which the ECtHR has already reviewed electoral thresholds (5% hurdle: [ECtHR Partija „Jaunie Demokrati“ and Partija „musu Zeme“/Latvia](#); 10% hurdle: [ECtHR Yumak and Sadak/Turkey](#)), must also be taken into account. Finally, the question arises whether Article 9 TEU possibly guarantees electoral equality under EU law: the principle of democratic equality of EU citizens (for this idea, please refer to the dissertation by Sophie Jendro, forthcoming). If, however, the BVerfG were to directly refer to Article 9 TEU as a functional equivalent, this would represent a further extension of its Right-to-be-Forgotten-II jurisprudence: not only would the BVerfG apply the fundamental rights of the Union, but also the fundamental values/principles guaranteed under primary law.

Here, too, the BVerfG would not be able to interpret Union law on its own but would first have to refer the matter to the ECJ and ask for a definition of equality of electoral rights under Union law. If the BVerfG were then of the opinion that equality of electoral rights under Union law falls short of the protection required under the Basic Law, it would ultimately resort to its constitutional iden-

tity test (whose conditions, however, are probably not fulfilled here, see above).

European standards for an increasingly European election

With the increasing harmonization of EP electoral law, the special features of the democratic system of the Union must also increasingly be taken into account by the member states. This also applies to the domestic constitutional courts and constitutional law scholarship. Indeed, within the framework of the responsibility for integration under Article 23 of the Basic Law as well as the jurisprudence of the BVerfG, there is room for an assessment of the threshold that is open to the characteristics of the political system of the European Union. This even holds true for the next chapter of this saga: while the German legislator was busy with the approval of the direct election act reform of 2018, the EP has already published a [proposal](#) for the enactment of a regulation on the election of the European Parliament, which increases the binding minimum level of the threshold once again, now to 3.5 % – higher than the 3 % hurdle overturned by the BVerfG in 2014.

**The authors owe essential insights into the protection of electoral equality at the Union level to Sophie Jendro's dissertation, which was defended at the University of Leipzig in June 2023. This blog post was originally published in German language on 14 July 2023 under the title “Vorzeichenwechsel im Europawahlrecht”.*

Johanna Mittrop, Jonas Grundmann

Vorzeichenwechsel im Europawahlrecht

Zur neuen unionsrechtlich vorgegebenen Sperrklausel bei der Wahl des Europäischen Parlaments

doi: 10.17176/20230714-231211-0



Der Bundestag hat am 15. Juni einer Sperrklausel für die Wahlen zum Europäischen Parlament (EP) zugestimmt. Kurz vor der Sommerpause schloss sich auch der Bundesrat an. Der deutsche Gesetzgeber unternimmt auf ein Neues, womit er schon zweimal vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert ist. Dieses Mal hat der deutsche Gesetzgeber bei der Einführung der Sperrklausel einen verbindlichen EU-Rechtsakt im Rücken. Damit geht allerdings einher, dass die Sperrklausel nun (auch verfassungsgerichtlich) mit allen Konsequenzen als determiniertes Unionsrecht behandelt werden muss. Doch auch eine 2 %-Hürde ist nicht zu 100% sicher vor dem BVerfG.

European turn bei der EU-Sperrklausel

Bisher hat das BVerfG eine 5%- (2011) und eine 3%-Hürde (2014) bei den Europawahlen für verfassungswidrig erklärt. Die Ungleichbehandlungen i. S. v. Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG könnten angesichts der im Vergleich mit dem Bundestag nur eingeschränkten parlamentarischen Funktionen des EP nicht mit dem Argument der verbesserten parlamentarischen Funktionsfähigkeit des EP gerechtfertigt werden.

Die neue Hürde bei der Europawahl geht auf die Reform des Direktwahlaktes (DWA) zurück, die der Rat der Europäischen Union mit Zustimmung des EP bereits 2018 beschlossen hat. Die Reform verpflichtet zur Einführung einer Sperrklausel von „nicht weniger als 2 % und nicht mehr als 5%“ in Mitgliedstaaten, in denen nach Listen gewählt wird und mehr als 35 Sitze vergeben werden – also u.a. in der Bundesrepublik. Mehr als die Hälfte der Mitgliedstaaten hat übrigens **bereits eine Sperrklausel**. Der Reform hat der Gesetzgeber nun pauschal zugestimmt und daran mitgewirkt, Unionsrecht zu schaffen, das mit seiner Vorrangwirkung auch nicht vor deutschem Verfassungsrecht haltmacht. Darauf kommt es entscheidend an, denn im Bereich der verbindlichen Vorgaben des EU-Rechts zur Sperrklausel entfällt so künftig grundsätzlich die Kontrolle ihrer Verfassungskonformität. Dreh- und

Angelpunkt der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Sperrklausel sind künftig nicht mehr primär Art. 3 Abs. 1 GG, die Wahlrechtsgleichheit, und Art. 21 Abs. 1 GG, die Chancengleichheit der Parteien, sondern Art. 23 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 79 Abs. 3): die Mitwirkung der Bundesrepublik an der Europäischen Integration.

Höhe der Sperrklausel

Dass nun eine Sperrklausel kommt, ist so gut wie sicher (vorausgesetzt auch Zypern und Spanien stimmen der DWA-Reform bald zu). Auf die Höhe der Sperrklausel, die jetzt für die übernächste EP-Wahl ins Europawahlgesetz (EuWG) aufgenommen werden muss, hat sich der deutsche Gesetzgeber allerdings noch nicht festgelegt.

Der reformierte DWA ist nicht neutral gegenüber der Höhe der Sperrklausel. Vielmehr gibt er die Einführung einer Sperrklausel von „nicht weniger als 2 %“ zwingend vor. Gleichzeitig darf sie 5 % nicht überschreiten (was für das deutsche Wahlrecht nicht relevant sein sollte). Eine höhere Hürde als 2% (und nicht mehr als 5 %) festzusetzen, liegt im Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten. Dies berührt aber nicht die Umsetzungspflicht zur Einführung einer Sperrklausel von (mind.) 2 % (und das Verbot einer Sperrklausel > 5 %). Anders als im Bereich der verbindlichen Vorgaben des Unionsrechts verdrängt der Vorrang des Unionsrechts die Prüfung der Verfassungskonformität im Umsetzungsspielraum nicht (s. BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I; so auch EuGH, C-399/11 – Melloni). Eine Sperrklausel > 2 % läge demnach zwar im Umsetzungsspielraum, könnte aber gemäß der Rechtsprechung des BVerfG erneut einer Überprüfung an Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG unterzogen werden. Solch eine Hürde stünde also weiterhin auf höchst unsicheren Füßen.

Sind 2% schon zu viel?

Der Vorrang des Unionsrecht ist bekanntlich nach deutscher Verfassungsrechtsprechung nicht unbegrenzt. In

den Kern der deutschen Verfassungsidentität darf er nicht vordringen. Würden die 2 % an der Identitätskontrolle scheitern, könnte auch die verfassungsändernde Mehrheit im Bundestag und Bundesrat die Hürde nicht retten. Diese käme nicht an Art. 79 Abs. 3 GG vorbei. Ob eine 2 %-Hürde die Verfassungsidentität in Form der Unantastbarkeit des Demokratieprinzips verletzt, sei hier nur kurz angerissen: Der Kern des Demokratieprinzips ist durch eine 2 %-Hürde nicht betroffen. Die im Prinzip gleiche demokratische Einflussnahme auf die Zusammensetzung des EP ist durch die Sperrklausel nicht *per se* in Gefahr. Die Wahlgleichheit wird nicht abgeschafft oder in einem Maße beeinträchtigt, das sie faktisch aushöhlen würde, sondern nur in überschaubarem Maß eingeschränkt. Tatsächlich besteht im Übrigen schon jetzt in Deutschland allein aufgrund des Verhältnisses von Sitzen zur Anzahl abgegebener Stimmen eine signifikante rechnerische 0,5 %-Mindestschwelle für den Einzug einer Partei.

Außerdem ist grundsätzlich zu fragen, ob die deutsche Verfassungsidentität der Einschätzung des immerhin direkt gewählten EP entgegenzuhalten ist. Dieses be ruht sich selbst auf die Sperrklausel als Mittel zum Schutz ordnungsgemäßer parlamentarischer Arbeitsweise (vgl. [Entschließung](#) des EP, 11.11.2015, Erwäg. R) und begründet die unionsrechtliche Vorgabe einer Sperrklausel zudem mit der Förderung „gleicherer Wahlbedingungen“ in den Mitgliedstaaten ([Beschlussempfehlung](#) des EP, 2.7.2018, S. 7/9). Das EP ist mit der Aktivierung von Art. 223 Abs. 1 AEUV durch die DWA-Reform gemeinsam mit dem Rat selbst mit der Regelung des Wahlrechts befasst. Es hat damit auch eine Kompetenz, für seine eigene Funktionsfähigkeit zu sorgen.

In jedem Fall müsste das BVerfG, bevor es die Verfassungsidentität für verletzt ansieht, zunächst den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anrufen ([BVerfGE 126, 286](#) – Honeywell; [E 134, 366](#) – OMT-Vorlagebeschluss).

Das wahlrechtliche Recht-auf-Vergessen-III?

So weit, so einfach. Sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht sind die 2% nicht in Gefahr. Doch hat der erste Senat des BVerfG zuletzt in seiner Recht-auf-Vergessen-II-Entscheidung einen Weg gefunden, in unionsrechtlich voll determinierten Bereichen auch außerhalb der Identitätskontrolle weiter mitzureden. Anstelle der durch den Vorrang des verbindlichen Unionsrechts ausgeschlossenen Prüfung anhand

des Grundgesetzes, macht das BVerfG sich nun die Unionsgrundrechte zu eigen und überprüft Maßnahmen anhand dieser. Dem Grunde nach funktioniert das auch im Wahlrecht. Anstelle einer Prüfung der Sperrklausel an Art. 3 Abs. 1 GG müsste sich das BVerfG nach einem äquivalenten Schutz der Wahlgleichheit im Primärrecht umsehen. In der Überprüfung der im EuWG geregelten Sperrklausel an Unionsrechten läge allerdings eine bemerkenswerte Ausdehnung der Recht-auf-Vergessen-II-Rechtsprechung: Im Gegensatz zur Ursprungsrechtsprechung würde hier nicht die Überprüfung von fachgerichtlichen Entscheidungen anhand der Unionsgrundrechte vorgenommen, sondern über die Kassation eines Umsetzungsgesetzes wegen eines möglichen Verstoßes gegen Unionsrechte verhandelt. Würde das Gericht jedoch auf der Suche nach einer unionsrechtlich garantierten Wahlgleichheit überhaupt fündig werden?

Entscheidend ist hier, dass es nicht auf einen 1:1-Gleichlauf der grundgesetzlichen und unionsrechtlichen Wahlgleichheit ankommt – sonst stieße man schnell an seine Grenzen. Eine unionsweite, streng *formale* Gleichheit der Wahl kann es angesichts der primärrechtlich vorgesehenen degressiven Proportionalität der Sitzverteilung (Art. 14 Abs. 2 Satz 3 EUV) kaum geben. Eine unionsrechtliche Wahlgleichheit, die auch das BVerfG anwenden könnte, muss allerdings auch nur *funktional* der grundgesetzlichen Wahlgleichheit entsprechen. Funktionale Gleichheit bedeutet gerade, dass die Besonderheiten der Europäischen Union berücksichtigt werden können. In einer als Verfassungsverbund aufgebauten Union entsprechen die unionsrechtlichen Grundrechte nicht immer genau denen aller verschiedenen nationalen Verfassungen.

Gibt es also ein funktionales Äquivalent? Auch auf Unionsebene würde eine unionsrechtliche Wahlgleichheit grundsätzlich für das gleiche Gewicht der einzelnen Stimmen sorgen – und ist doch gleichzeitig schon in ihrer Definition auf Primärrechtsebene durch die föderalen Belange der Union begrenzt (s. Art. 14 Abs. 2 Satz 3 EUV). Auf die unionsrechtliche Wahlgleichheit wirkt sich der *sui generis* Charakter der EU besonders aus, betrifft sie doch gerade mit der Wahl des Parlaments einen Kernbestandteil des politischen Systems der Union. Dass dieses anderen Maßstäben folgt als die Demokratie unter dem Grundgesetz, hat u. a. das BVerfG in seiner [Lissabon-Entscheidung](#) herausgearbeitet. Die Funktion der Wahlgleichheit nach dem Grundgesetz wie nach dem Unions-

recht ist dennoch gleich: Sie dient der Absicherung des (systemimmanent unterschiedlich definierten) demokratischen Charakters der Wahl.

Dennoch ist nicht offensichtlich, wo eine spezifische unionsrechtliche Wahlgleichheit, an der die Sperrklausel zu messen wäre, überhaupt im Primärrecht verankert ist. Art. 39 Abs. 2 GRCh schützt dem Wortlaut nach nicht die Gleichheit der Wahl. Das Grundrecht wäre teleologisch zu ergänzen oder es müsste auf die allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 20 GRCh zurückgegriffen werden. Auch die gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten könnte die Wahlgleichheit auf Unionsebene grundrechtlich fixieren. Nicht zuletzt ist auch Art. 3 1. ZP-EMRK zu berücksichtigen, an dessen Gleichheitsgehalt der EGMR schon Sperrklauseln geprüft hat (Zulässigkeit einer 5%-Hürde: [EGMR Partija „Jaunie Demokrati“ und Partija „musu Zeme“/Lettland](#); Zulässigkeit einer 10%-Hürde: [EGMR Yumak u. Sadak/Türkei](#)). Schließlich fragt sich, ob die unionsrechtliche Wahlgleichheit womöglich in der demokratischen Gleichheit nach Art. 9 EUV verbürgt ist (für diese Idee sei auf die Dissertation von Sophie Jendro, in Vorbereitung, verwiesen). Würde das BVerfG allerdings Art. 9 EUV direkt als funktionales Äquivalent heranziehen, würde dies eine Ausdehnung seiner Recht-auf-Vergessen-II-Rechtsprechung darstellen, indem es nicht nur auf die Unionsgrundrechte, sondern auch auf die primärrechtlich garantierten Grundwerte/Grundprinzipien abstellen würde.

Auch hier gilt: Im Alleingang könnte das BVerfG allerdings nicht das Unionsrecht auslegen, sondern müsste zunächst den EuGH anrufen und nach einer Definition der unionsrechtlichen Wahlrechtsgleichheit fragen. Wäre das

BVerfG dann weiterhin der Auffassung, eine unionsrechtliche Wahlrechtsgleichheit bliebe hinter dem nach dem Grundgesetz erforderlichen Schutz zurück, ließe ihm das letztendlich doch nur die Verfassungsidentitätskontrolle übrig (deren Voraussetzungen hier jedoch wohl nicht erfüllt sind, s.o.).

Europäische Maßstäbe für eine zunehmend europäische Wahl

Mit zunehmender Vereinheitlichung des Wahlrechts zum EP müssen die Besonderheiten des demokratischen Systems der Union auch aus Perspektive der Mitgliedstaaten zunehmend Berücksichtigung finden. Das gilt auch für ihre verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Beurteilung. Eine solche, für die Eigenschaften des politischen Systems der Europäischen Union offene Bewertung der Sperrklausel liegt auch im Rahmen der Integrationsverantwortung nach Art. 23 GG sowie den Rechtsprechungslinien des BVerfG. Daran ändert sich auch für die nächste Episode der Geschichte der europäischen Sperrklausel nichts: Während der deutsche Gesetzgeber mit der Zustimmung zur Direktwahlaktreform von 2018 beschäftigt war, hat das EP bereits einen Vorschlag für den Erlass einer Verordnung zur Wahl des Europäischen Parlaments veröffentlicht, der die verbindliche Mindesthöhe der Sperrklausel noch einmal auf 3,5 % erhöht – höher als die 2014 vom BVerfG gekippte 3 %-Hürde.

Wesentliche Einsichten zum Schutz der Wahlgleichheit auf Unionsebene verdanken die Autor:innen der Dissertation von Sophie Jendro, die im Juni 2023 an der Universität Leipzig verteidigt wurde.

Marlene Stiller

Mourning the Dead While Securitizing the Sea

doi: 10.17176/20230707-231122-0



On 16 June, just two days after the catastrophic *Pylos* shipwreck in the Mediterranean with probably hundreds of deaths, the [EU Commission organised the 4th meeting](#) on a European framework for search and rescue in the Mediterranean. The [framework](#) is supposed to address „the specific challenges stemming from the ongoing migratory movements to the EU by sea, including those deriving from the increased number and types of actors involved in SAR operations“. While the alleged aim of the framework is to improve cooperation between Member States and other actors, under the guise of ‘improving cooperation with other actors’, the milestones (‘deliverables’) identified in the draft roadmap for the adoption of the framework risk to further impede civil search and rescue operations. Civil society organisations active in Search and Rescue operations may face extensive administrative burdens in registering ships and in the execution of search and rescue operations.

Shrinking space for civil search and rescue operations

Every shipmaster is obliged to render assistance to any person found in distress at sea.¹ Following this general obligation to rescue, in recent years search and rescue operations have been conducted by civil society actors to fill the gaps left by states. NGOs monitor distress situations using aircraft, establish additional support for people in distress and conduct rescue operations themselves.

Attempts by state authorities to obstruct the rescue efforts of civil society actors are not new. Since 2017, the [EU Fundamental Rights Agency has monitored](#) how states use administrative and criminal proceedings against vessels operated by NGOs to block them from conducting their search and rescue activities. Recent tactics by states prevent NGOs to register their boats, prevent them from interfering in distress situations, delay the disembarka-

tion of rescued individuals at ports of safety, criminalise crew members and hamper NGO activities in the region altogether.²

So far, the measures against civil society actors have been introduced mostly by states individually. The initiative of the European Commission for a European framework for search and rescue in the Mediterranean aims at standardisation. In this way, the framework risks to normalise through standardisation national measures that impede civil search and rescue operations.

The EU Roadmap towards a ‘European Framework for Operational Cooperation on Search and Rescue in the Central Mediterranean Sea’

The European Contact Group on Search and Rescue, an informal group consisting of the EU Commission, and experts from the different Schengen member states and associated states, met to discuss existing laws and policies on private vessels conducting search and rescue operations, among other topics. The [roadmap](#), which was leaked prior to the meeting, outlines nine milestones (‘deliverables’) towards establishing a new framework.

The general aim of the Contact Group is to facilitate and reinforce information exchange. Cooperation among member states and with other actors such as civil society organisations is to be strengthened. The envisaged Framework for Operational Cooperation further aims to standardise national rules and practices in line with the existing international legal framework on search and rescue and on the protection of refugees and migrants. However, while enhanced cooperation seems to be a fitting agenda to improve rescue operations at sea, some of the outlined ‘deliverables’ point in another direction.

¹UNCLOS Art. 98 in conjunction with SOLAS Chapter V Regulation 33.

²A conclusive analysis on the different measures adopted by EU governments has been conducted by Nora Markard et al., ‘Support for civil search and rescue activities: options for the German government’, Heinrich-Böll-Stiftung, June 2023 (forthcoming).

Extensive data collection by shipmasters

Deliverable 5 of the roadmap envisions an agreement on the type of information shipmasters may be asked to collect about Search and Rescue ('SAR') events and rescued persons. International law already sufficiently details which information shipmasters must provide to national authorities when private ships are involved in rescue activities.³ The question arises: why does the contact group seek to expand the legal basis for the collection of personal data? The probable answer is that rescuing lives could be coupled with migration control. Yet making migration control part of rescue operations contradicts international law. According to the SAR Convention, assistance must be provided for any person in distress 'regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found'.⁴ The IMO Guidelines specify that '[a]ny operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation of survivors from the assisting ship(s)'.⁵ The obligation to collect data would target not only civil society actors but also merchant vessels that assist in rescues. For them, extensive duties cause further delays, resulting in economic losses.

Italy has recently introduced a [decree](#) requiring shipmasters to collect and deliver extensive data to national authorities, including data relevant to the rescued individuals' wish to apply for international protection. This sets a worrying example of what may be expected from deliverable 5 of the roadmap.

Obstruction of civil search and rescue by impeding registration and certification

Deliverable 8 stipulates the need for standardisation of registration and certification rules for private vessels. Only a few Member States have legislation that applies ex-

clusively to private ships carrying out SAR activities as their main activity. In those Member States that already have introduced or are about to introduce registration standards for civil SAR vessels, standards do not seem to be based on actual safety concerns but rather serve to hamper the registration and thereby the activities of private SAR vessels.

In the Netherlands, [specific safety standards were introduced in 2019](#), after the Sea-Watch 3, at that time sailing under the Dutch flag, was arrested in Italy for inspections. Remarkably, documents on the legislative procedure reveal that the legislation was not motivated by actual safety concerns but was pushed by the Ministry for Justice and Security and Foreign Affairs – for political reasons.⁶ As a result of this legislation, the Sea-Watch 3 and other NGO ships could no longer sail under the Dutch Flag.

In Germany, the Federal Ministry for Digital and Transport ('BMDV') introduced a proposal in February 2023 to amend the German Ship Safety Ordinance ('Schiffssicherheitsverordnung'). The new proposal builds on an earlier amendment by the former government. [Internal communication from the former Ministry](#) revealed that these amendments were designed to hinder German NGOs to register their SAR vessels. The administrative court of Hamburg declared these earlier amendments as incompatible with EU law, following which the amendments remain inapplicable.⁷ While the [Ministry argues](#) that the proposal does not serve to hamper civil society search and rescue organisations, [the organisations state](#) that under the new proposal, most of the vessels run by civil society actors would need to reduce or halt their rescue operations. Again, the necessity for a more restrictive legal framework is highly questionable. Since 2015, no incidents have occurred where the life of crew members or rescued individuals was endangered. [According to civil search and rescue organisations](#), crew members of civil search and rescue vessels are regularly trained, and their ships are especially equipped for saving lives, exceeding existing and proposed safety standards.

³IMO Maritime Safety Committee (MSC), Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, Res. MSC. 167(78), 20 May 2004, para. 5.1.5 in conjunction with para. 6.10.

⁴SAR Convention, Annex, Chapter 2, para. 2.1.10.

⁵IMO Maritime Safety Committee (MSC), Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, Res. MSC. 167(78), 20 May 2004, para. 6.20.

⁶A more detailed analysis of the Dutch legislation can be found here: Nora Markard et al., 'Support for civil search and rescue activities: options for the German government', Heinrich-Böll-Stiftung, June 2023 (forthcoming).

⁷VG Hamburg, 5 E 3819/20, 2 Oct. 2020.

The BMDV's alleged goal to enhance safety at sea can further be questioned since its proposal exempts the German Maritime Search and Rescue Service ('Deutsche Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger'), which conducts search and rescue operations on behalf of the German government. If the overall goal is to enhance safety, a distinction based on the operator of vessels primarily involved in search and rescue operations is unconvincing.⁸

These examples illustrate that legislative amendments to registration requirements, under the guise of standardisation and safety, often hinder civil society actors from conducting rescue operations. Standardisation is not wrong per se. It may strengthen cooperation and balance the interests between the sovereign flag state over ships flying its flag and the sovereign coastal states where disembarkations of rescued persons take place, as provided for in international law. If standardisation ensured that ships were not repeatedly detained and seized at ports of disembarkation because port states recognised the certificates and inspections by flag states, this would foster rescue operations. However, Deliverable 8 bears the risk of further hampering rescue operations by civil society actors. Any standardisation must be based

on actual necessity and oriented towards ensuring safety and guaranteeing the execution of rescue operations, from the registration of a search and rescue vessel to disembarkation at a port of safety.

The EU needs to focus on coordination and cooperation efforts

Given that international law primarily obliges states to coordinate and cooperate in rescue operations and given that states currently do not fulfil these obligations but instead repeatedly violate human rights by adopting push-and-pullback practices, EU policy efforts need to focus on these shortcomings. The SAR contact group should therefore discuss how the compliance of states with their search and rescue duties can be increased and how accountability gaps can be closed. Any policy and legal framework adopted must be in line with international law and should focus on saving people in distress. It should be clear that the Law of the Sea and Human Rights require that any legislative measure introduced must be irrespective of who operates the rescue operation, the grounds for distress, or the nationality of the person in distress.

⁸For a more detailed analysis on national registration requirements, see: Nora Markard et al., 'Support for civil search and rescue activities: options for the German government', Heinrich-Böll-Stiftung, June 2023 (forthcoming).

Ruth Rubio Marín

Advancing Reproductive Rights

On the Spanish Constitutional Court's 2023 Landmark Abortion Case

doi: 10.17176/20230720-132100-0



Spain has reached a significant milestone in the area of abortion legislation with a new landmark ruling by the Spanish Constitutional Court (STC 44/2023, of May 9th). Following a long-awaited renewal in January 2023, the court now consists of a progressive majority. Thirteen years after the complaint was filed by 60 congressmen of the conservative party, the ruling finally upholds the constitutionality of *Organic Law (LO 2/2010) on Sexual and Reproductive Health and Voluntary Termination of Pregnancy*. Departing from the previous indications model, the law allows women to have publicly funded abortions on demand in the first 14 weeks of pregnancy and up to 22 weeks (and in some instances without time limit) in cases of embryopathy and risk to the health or life of the woman. The only requirement is that women seeking an abortion are to receive a closed envelope containing, among other, information about the social and fiscal benefits and employment protections linked to pregnancy and motherhood, and a 3-day waiting period. It's worth noting that these last two requirements were abolished in January 2023 when, with the case still pending, the current left-wing Sanchez government proceeded to amend law LO 2/2010 (through LO 1/2023). This move aimed to promote equal access to abortion services, addressing the regional disparities in the previous system. Furthermore, the age of consent for abortion was lowered back to 16, reversing a short-lived amendment by the preceding conservative government in 2015, which had raised the age of consent to 18.

Recognising Women's Reproductive Autonomy

The greatest innovation in the decision lies in its basic architecture, diverging from previous precedent by placing women as legal subjects at the center stage and clearly recognising that women have a constitutional right to interrupt their pregnancies in the following terms: “the fundamental right to physical and moral integrity (art. 15 of the Spanish Constitution, henceforth CE) in connection with the dignity of the person and the free development of the personality (art. 10.1 CE), protect[s] the recognition to a woman of a reasonable scope of freedom in which to be able to adopt, autonomously and without any kind of coercion, the decision that she deems appropriate in terms of whether or not to continue the pregnancy, assuming the consequences derived from either choice in a conscious and thoughtful manner”.¹

In my view, however, the reasoning missed the opportunity to start from what should have been the natural starting point: that not all sexual relations are truly consensual and that wanting sexual relations does not equate to wanting motherhood. Consequently, women should not face punishment for violence, coercion, or simply for their biology that results in an unwanted pregnancy, whether intentionally or negligently.² But we must certainly celebrate the fact that the ruling does begin with the primary focus on the constitutional status of the unborn, as the previous major Spanish precedent on abortion did in 1985,³ drawing inspiration from the 1975 decision of the German Federal Constitutional Court.⁴ Instead, this time, relying on a “living tree approach” to

¹ STC 44/2023, FJ 7.

² This was, incidentally, the starting point of the dissent expressed by Justices Mahrenholz and Sommer in the 1993 German abortion decision, which started by acknowledging as a basic feature of the human condition that sexuality and the desire to have children do not necessarily coincide, and that the consequences of such a divergence have thus far mostly fallen on women. For the Justices, given the fact that the State had to protect women's rights respecting her dignity (article 1 [1] GG), physical integrity (article 2 [2] GG), and the free development of her personality (article 2 [1] GG), this meant that the State could not simply redeem its duty to protect human life from the very beginning, by displacing it on women. See BVerfGE 88,203, May 28, 1993.

³ STC 53/1985, April 11.

⁴ BVerfGE 39,1, Feb 25, 1975.

constitutional interpretation, the Court foregrounds women's rights in recognizing that „pregnancy and its continuation or interruption affect, first and foremost, the body of the pregnant woman, her life project, her way of being in the world and her capacity to establish all kinds of relationships (in the personal, as well as professional, educational, cultural and leisure realms).⁵

Moreover, the ruling states that women cannot be treated as mere instruments, and that their autonomy in defining their life plans must be respected. It underscores the importance of privacy in making deeply personal decisions, and of the fact that, ultimately, women cannot be forced to bear the physical consequences and psychological risks of pregnancy and childbirth, let alone the risks associated with clandestine abortion.⁶ It also acknowledges that, given the disparate impact of abortion regulation on women, the principle of equality (art. 14 CE) must be interpreted in light of the substantive or material equality mandate (art. 9.2 CE). This compels public authorities to guarantee real access to abortion services.⁷ A recent *amparo* decision condemning a regional health service for unduly referring a woman to a private health center in Madrid reinforces this postulate. In other words, this is not the Spanish *Roe v Wade* equivalent.⁸ We are not talking about negative freedom only, but about a positive right to abortion services, imaginatively combining autonomy and a positive conception of moral and physical integrity.

Diverging Visions about the Protection of the Unborn

And what about the *nasciturus*? It is not out of the picture. Despite the courageous concurring opinion by Justice Baguer, which offers a feminist legal perspective, the majority vote does not completely deviate from precedent, although it had the opportunity to do so in a reasoned manner. Instead, it contains the constitutional obligation of providing a gradual protection to the *nasciturus*, con-

sidering it as „housed“ within the woman's body rather than being the woman's body itself.⁹ There is unanimity among the justices that this unborn human life is not a rightsholder in strict legal terms. However, the majority, along with four of the five dissenting/concurring voices, stick to the holding in STC 53/185 which considered this form of evolving human life as representing a value which must be protected, particularly due to its potential for independent existence outside the maternal womb, albeit more in theory than in practice.

One notable aspect where the majority decision diverges not only from the dissenting voices, but also from the Court's own 1985 precedent, as well as the 1993 German decision¹⁰, is its acknowledgment that the protection of unborn life during early stages of pregnancy can take a preventive and enabling approach. Rather than suggesting that criminal punishment or similarly drastic measures are necessary for protecting the unborn, the emphasis lies on promoting free and safe sexuality, facilitating family planning, and implementing supportive measures for maternity. This approach represents an objective rather than a subjective form of protection, encompassing a broader safeguarding of human life in the abstract, rather than a focus on individually conceived embryos or fetuses. Such an understanding aligns well with conceptualizing the unborn as embodying a value worthy of protection, rather than being a rights holder.

Spain will have general elections on the coming July 23rd and the conservative party has, according to polls, good chances of winning, but possibly with a majority that is not large enough and will force it to enter into a coalition with VOX, an extreme right party. VOX like so many of its European counterparts, has made opposition to gender equality and women's reproductive rights one of its battlefields. In fact, VOX has already challenged the mentioned 2023 liberalizing reform passed by the Sanchez government. The extent to which a regressive

⁵STC 44/2023, FJ 2.

⁶Ibid., FJ 3.

⁷Ibid., FJ 8.

⁸410 U.S. 113 (1973).

⁹STC 44/2023, FJ 2.

¹⁰In BVerfGE 88,203, May 28,1993 the Court gives up on criminalization and finally accepts abortion on demand, because it recognizes that criminalization simply does not work as women continue to have illegal abortions. However, the decision still sets the bar at forcing women to undergo explicitly dissuasive counseling. This means that pregnant women still have a prima facie constitutional duty to carry their pregnancy to term (ibid., C.III.1) and that they do not have a right to arbitrarily reject what the Court called their „natural maternal duties and the self-sacrifices that came along with them“ (ibid., D.III. 2).

reform could materialize in light of the described constitutional doctrine remains uncertain. But if one wants to have a sense of what the decision might have looked like, had it been shaped by these extreme conservative views on the rise, one only needs to read the dissent by Madame Justice Espejel (you see, the presence of women is no guarantee of feminism) and the imaginary it de-

picts: the unscrupulous mother as an existential threat to the vulnerable third party residing in her womb, necessitating protection at any cost from the perceived lethal intentions of this bad mother. Bad mothers who rebel against their natural duty to prioritize motherhood above all else, at any time and at any cost. Truly bad mothers.

Patricia Wiater

A Human Rights Breakthrough in Sports Law?

The ECtHR Chamber Judgment in *Semenya v. Switzerland*
doi: 10.17176/20230727-012136-0



On 11 July 2023, the ECtHR found in its Chamber judgment in [Semenya v. Switzerland](#) (English summary see [here](#)) that international-level athlete Mokgadi Caster Semenya had been discriminated against by the Eligibility Regulations for Female Classification ('Athlete with Differences of Sexual Development', 'DSD Regulations') of the International Association of Athletics Federations (IAAF, now [World Athletics](#)). These regulations required her to undergo hormone treatment to lower her natural testosterone levels in order to be admitted to international competitions in the female category. In the Chamber's view, Switzerland had violated the Convention by failing to provide sufficient institutional and procedural safeguards to enable Ms. Semenya to have her discrimination complaints effectively examined. Prior to the Strasbourg ruling, the Court of Arbitration for Sport (CAS) and the Swiss Federal Tribunal (SFT) had dismissed her complaint (see [here](#) and [here](#)).

The Chamber's decision is noteworthy for [several](#) reasons. Among them is the fact that the ECtHR takes a human rights-based stand on one of the '[big issues in athletics](#)' – that is discrimination related to gender and sex. Moreover, the Chamber clarifies the enforcement of human rights protection in the framework of sports law. In doing so, it does not rely on an overly broad interpretation of its own jurisdiction, as criticised in the dissenting opinion. Rather, it consistently applies the state's positive obligation to ensure human rights protection to the specifics of sports law. The judgment [might](#) be referred to the Grand Chamber (GC) of the ECtHR. If the GC upholds the Chamber's findings on jurisdiction and scrutiny, the Semenya judgment will have a significant impact on the human rights approach of sports federations and on future CAS proceedings.

Gender and Sex as 'the big issues in athletics'

On a substantive level, the judgment tackles the question of how to deal with women who do not correspond to the perceived concepts of womanhood in women's sports. In 2018, IAAF issued new [DSD Regulations](#) for races from 400 meters to one mile requiring any athlete whose levels of circulating testosterone are five nmol/L or above and who is androgen-sensitive to meet a set of criteria in order to be eligible to compete in so-called 'Restricted Events' like the Olympics and world championships: the athlete must be recognised at law either as female or as intersex (or equivalent), she must reduce her blood testosterone level to below five (5) nmol/L for a continuous period of at least six months, and she must maintain this blood testosterone level continuously for so long as she wishes to remain eligible. The applicant before the ECtHR, [Mokgadi Caster Semenya](#), refused to comply with these conditions.

Caster Semenya's position is crystal clear, when she [states](#): 'I am Mokgadi Caster Semenya. I am a woman and I am fast.' From her standpoint, forcing some women without health complaints to undergo hormone treatment to lower their naturally-occurring levels of testosterone not only lacks support from the available science and provokes negative side effects. In this vein, medical experts [warned](#) that the IAAF's testosterone rule for female athletes 'risks setting an unscientific precedent', since the medical profession 'does not define biological sex or physical function by serum testosterone levels alone.' Moreover, Caster Semenya experienced the DSD Regulations as an unjustified discrimination against her on grounds of sex as compared to male and female athletes with no DSD, as well as a breach of her human dignity and personality rights. World Athletics, by contrast, [considers itself](#) a guardian of 'equal rights and opportunities for all women and girls in our sport today and in the future'. While World Athletics claims to support the social movement to have people accepted in society based on their chosen le-

gal sex and/or gender identity, it ‘is convinced there are some contexts, sport being one of them, where biology has to trump identity.’

In contrast to the CAS and the SFT, the Chamber found that the applicant’s right not to be discriminated (Article 14 ECHR) taken together with her right to respect for private life (Article 8 ECHR) had been violated on account of her DSD. The Chamber also found a violation of the right to an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention. The decisive factor for the Chamber was that the CAS had left open serious questions regarding the empirical validity of the DSD Regulations, namely the side effects of hormone treatment; the possible inability of athletes to comply with the DSD rules; and the lack of evidence that athletes with 46 XY DSD actually do have a significant athletic advantage in the 1,500 and 1-mile runs. Thus, even if World Athletic’s aim to ensure fair competition by means of the DSD Regulations is legitimate as such, the ECtHR challenged as to whether the Regulations are actually the suitable measure for achieving this aim.

Enforcing the ECHR in ‘the whole world of sports’? Switzerland’s responsibility to control the CAS

In our case at hand, ‘the ECtHR’ means four judges finding a violation of the ECHR. For the three dissenting judges, this outcome amounts to an earthquake for the relationship between sport and human rights. In their dissenting opinion, they point to the particularities of the case, namely the fact that the applicant was a South African, residing in South Africa, that it concerns measures adopted by the IAAF, a private organisation under Monegasque law – and that it was controlled by the CAS, which is neither a state court nor another institution of Swiss public law, but an entity set up under the auspices of the International Council of Arbitration for Sport, that is, a private-law foundation. The dissenting opinion claims that in finding that the Court has jurisdiction to apply the Convention on this type of case, the majority ‘considerably broadens the scope of the Court’s jurisdiction’, so that it covers the ‘whole world of sports’ (... *la majorité élargit considérablement l’étendue de la compétence de la Cour, de sorte qu’elle couvre l’ensemble du monde sportif*).¹

While the authors of the dissenting opinion argue that

such an extension lacks the necessary solid legal foundations, I see the majority’s finding as the consistent application of the general concept of [positive state obligations](#) in the specific area of sport. CAS is based on Swiss territory, in Lausanne, and subject to Swiss jurisdiction. Swiss law provides for the jurisdiction of the SFT to control the validity of CAS awards. Due to the private nature of the alleged DSD Regulation and the CAS proceedings, there is no initial interference caused by Swiss state authorities at stake. Rather, the ECtHR has to consider whether Switzerland has fulfilled its duty to ‘do something’, which may require the adoption of measures aimed at protecting human rights in the relations between private actors under Swiss jurisdiction. Such measures may be regulatory or judicial. Specifically, the state has to provide institutional and procedural safeguards allowing the potential victim to effectively challenge the alleged measure. This concept generally applies in sports matters, as elaborated in the case of [Platini v. Switzerland](#), and has been practiced in previous CAS-related [case law](#) of the ECtHR involving sports federations.

While the general concept of positive state obligations applies, these types of cases are special due to the role of CAS as an arbitral tribunal. Swiss law provides that, in principle, arbitral awards are not subject to strict legal scrutiny. Article 190 of the [Swiss Private International Law Act](#) (PILA) provides for an exhaustive list of grounds on which the award of an arbitral tribunal may be challenged. These concern the regularity of the composition of the arbitral tribunal, its jurisdiction to hear the dispute, the question of whether the tribunal ruled beyond the claims of the parties, and whether equality of arms was respected. Through this legal ‘bottleneck’, which allows the SFT to control the procedural and jurisdictional setting of CAS proceedings, the most famous CAS case before the ECtHR to date, [Mutu and Pechstein](#), had been measured against the standard of Article 6 ECHR.

The Semenya case is different. In this case, the SFT applied Article 190(2)(e) of the PILA, which provides that the tribunal has jurisdiction to control if the award is incompatible with the ‘ordre public’. The Chamber refers to this competence of the SFT and imposes on Switzerland the duty to review the CAS decision against the substantive standard of the prohibition of discrimination, including a detailed proportionality review. In the case at

¹ Arrêt Semenya c. Suisse – Opinions Séparées, p. 117.

hand, this means that both the CAS and the SFT had the obligation to review an allegation of discrimination in light of the Convention guarantees and the relevant case law of the ECtHR. Judging by the ECtHR's previous position on gender-based unequal treatment, the threshold was high: it included reference to 'very weighty reasons' on the part of the IAAF and a limited margin of appreciation on the part of Switzerland.

The crucial difference between CAS proceedings and 'normal' arbitration

This kind of strict human rights scrutiny goes beyond the usual spirit of Article 190 PILA, which does not intend to provide for a super-revision of arbitral awards but subjects arbitral awards to a limited review of compatibility with *ordre public*. As the SFT ruled in its Semenya judgment, this normally limits its control to the question whether the arbitral award disregards the essential and widely recognised values, which should form the basis of any legal system. The regular approach for the SFT would therefore be to ask whether the CAS has controlled the legitimacy of the objectives pursued by the IAAF regulation and practised any kind of proportionality control; this would not mean that the SFT would have the power to substitute the assessment of the CAS. This is what troubles the dissenting opinion, which criticises that this 'new' legal 'bottleneck' of *ordre public* control is used to enforce European human rights standards in sports matters with a global dimension.

However, the Chamber's position is justified and timely. CAS proceedings are fundamentally different from commercial arbitration. Athletes are not subject to CAS out of economic interest, in order to expedite the proceedings in case of conflict or due to the arbitrators' expertise on the subject-matter. They do not accept as a consequence of their free choice a lesser level of legal protection by the state. They agree to compulsory CAS arbitration because this is a mandatory requirement for their professional practice. CAS proceedings relate to rules and measures of sports federations that, as elaborated [before](#), organise themselves with a state-like regulatory power and organisational structure. Compared to the 'normal case' of commercial arbitration (see e.g. [Beg S.p.a. v. Italy](#)), stricter standards are justified in an *ordre public* control carried out by the SFT vis-à-vis the CAS. Such a re-

view must go beyond the mere control of fair trial principles under Article 6 of the Convention. Thus, the majority of the Chamber is right in pointing to the compulsory nature of arbitration, which deprived Caster Semenya of enforcing her human rights before an ordinary court on the one hand, and the severity of the alleged discrimination on the other, when imposing the obligation of strict scrutiny on Switzerland.

Consequences for CAS proceedings and sports federations

In its Semenya judgment, the SFT had exercised its *ordre public* control in light of the ECHR and referred to the Court's case law, in particular in considering the IAAF's aim of fair sport to be compatible with ECtHR jurisprudence – but had reached a different conclusion on the proportionality test than the Chamber. In contrast and unlike [other CAS tribunals](#), the arbitrators of Semenya had rendered their decision without regard to any relevant human rights framework or case law (neither of the ECtHR nor of other human rights bodies). If the position of the Chamber is upheld in a potential GC proceeding, this will have to change significantly in future CAS proceedings. The ECtHR expects the CAS to interpret the *lex sportiva* in light of the ECHR. This expectation is enforced by reviewing if Switzerland fulfills its positive obligations to protect athletes' human rights.

What does this mean for sports federations? At first glance, the judgment does not change much at the level of human rights doctrine. The Chamber confirmed its traditional approach that ECHR rights do not have a direct horizontal effect but oblige states to ensure real and effective protection against human rights violations of private actors. On a practical level, the Semenya judgment is a breakthrough for the importance of the ECHR in federations' rule-making and sanctioning. Regardless of whether the federation in question has made an explicit human rights commitment (see, for example, [here](#) and [there](#)) or not, federations will have to apply the ECHR as the normative framework for their measures in order to avoid having them overturned in subsequent CAS proceedings to which this standard applies. This is, in fact, nothing else but acknowledging the human rights responsibilities of sports federations.

Lukas Schaugg, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Suzy Nikièma

Im Rücktritt geeint

Zur Empfehlung der Europäischen Kommission, koordiniert vom Energiecharta-Vertrag zurückzutreten

doi: 10.17176/20230726-132110-0



Die Europäische Kommission hat offiziell einen koordinierten EU-Rücktritt vom Energiecharta-Vertrag (ECT) **empfohlen**. Das umkämpfte Abkommen, das von Unternehmen der fossilen Energiewirtschaft regelmäßig dazu genutzt wird, staatliche Klimaschutzmaßnahmen anzufechten, kommt damit unter wachsenden Druck.

Der Schritt der Kommission steht im Gegensatz zum „Kompromissvorschlag“, den die EU-Mitgliedsstaaten in den letzten Monaten **diskutiert haben**. Dieser Vorschlag hätte einen unkoordinierten Rücktritt vorgesehen, bei dem die EU, Euratom, und eine Teilgruppe der EU-Mitgliedsstaaten vom Vertrag zurückgetreten wären, während andere EU-Mitgliedsstaaten im Vertrag verblieben wären. Bei einem koordinierten Rücktritt vom ECT würden dagegen die EU, Euratom und alle EU-Mitgliedsstaaten den Vertrag verlassen.

Der Vorschlag der Kommission bietet der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten eine einmalige Gelegenheit, mit einer Stimme zu sprechen und eines der prinzipiellen Hindernisse für die Verwirklichung ihrer Klimaziele zu beseitigen. Darüber hinaus würde der Kommissionsvorschlag es der EU auch ermöglichen, sich mit den fortbestehenden Risiken von EU-internen Schiedsverfahren zu befassen, die sich aufgrund der so genannten Fortbestandsklausel über den Rücktritt hinaus erstrecken könnten.

Von der gescheiterten Reform zu einem koordinierten Rücktritt

Die Ankündigung der Europäischen Kommission erfolgt nach vielen Jahren der Debatte, innerhalb und außerhalb der EU, über die Möglichkeiten einer Reform des ECT. In ihrer Empfehlung machte die Kommission deutlich, dass der ECT kontraproduktiv sei, wenn es darum gehe, das wesentliche Ziel ehrgeiziger und wirksamer Klimaschutzmaßnahmen zu verwirklichen.

Der für den European Green Deal zuständige Vizepräsident der Kommission, Frans Timmermans, betonte in

der **bisher deutlichsten Mitteilung** der Kommission, dass die Klimapolitik der Hauptgrund für die Entscheidung sei:

„Mit dem European Green Deal gestalten wir unsere Energie- und Investitionspolitik für eine nachhaltige Zukunft neu. Der veraltete Vertrag über die Energiecharta steht nicht im Einklang mit unserem EU-Klimagesetz und unseren Verpflichtungen im Rahmen des Pariser Abkommens. Es ist an der Zeit, dass Europa sich ganz auf den Aufbau eines effizienten und wettbewerbsfähigen Energiesystems konzentriert, das Investitionen in erneuerbare Energien fördert und schützt.“ (Übersetzung d. Verf.)

Der bahnbrechende Strategiewechsel der Kommission ist die jüngste Entwicklung in einem jahrelangen Prozess. Die Vertragsparteien des ECT hatten zunächst versucht, den Vertrag zu „modernisieren“, um ihn stärker auf den Klimaschutz auszurichten und andere Probleme zu lösen, die im Laufe der Jahre aufgetreten waren. Das Ergebnis war ein Textentwurf, über den die ECT-Vertragsparteien in 15 Runden von 2020 bis 2022 verhandelten.

Mehrere EU-Mitgliedsstaaten waren jedoch mit diesem „modernisierten“ Textentwurf nicht einverstanden, da sie ihn für ihre Klimaziele als unzureichend erachteten, eine Feststellung, die auch durch die **Forschung** gestützt wird. Einige kündigten stattdessen ihre Absicht an, einseitig vom Vertrag zurückzutreten. Angesichts dieser Ankündigungen und nach einer **Entschließung** des Europäischen Parlaments, in der ein koordinierter Rücktritt anstelle einer Zustimmung zum „modernisierten“ Textentwurf des ECT befürwortet wurde, wurde die bereits angesetzte Abstimmung im Rat zur Unterstützung des Entwurfs abgesagt. Die Kommission sah sich mit einer neuen Realität konfrontiert.

Das Ergebnis war schließlich ein bedeutender Strategiewechsel – die Unterstützung für einen koordinierten Rücktritt der EU, von Euratom und aller EU-

Mitgliedsstaaten aus dem Vertrag. Ein **internes Non Paper** der Kommission, das im Februar an die Presse durchgesickert war, hatte einen solchen Schritt bereits als „unvermeidlich“ bezeichnet, und die Kommission hatte begonnen, mit den Mitgliedsstaaten über eine **inter se Vereinbarung** zu verhandeln. In ihrer neuen Beschlussempfehlung für den Rat bestätigt die Kommission nun, dass diese Bemühungen weiterhin im Gange sind. Die Kommission hat zudem ihre früheren Empfehlungen für Ratsbeschlüsse, nach denen die EU und Euratom den Textvorschlag zu Reform des ECT unterstützt hätten, zurückgezogen.

Umsetzung eines koordinierten EU-Rücktritts vom ECT

In ihrer neuen Empfehlung stellt die Europäische Kommission **unmissverständlich fest**, dass der ECT in seiner jetzigen Form nicht mit dem EU-Recht, den Energie- und Klimazielen der EU und dem EU-Konzept zum Investitionsschutz vereinbar ist.

Der ECT selbst sieht in Artikel 47 ein Verfahren für den Rücktritt vor. Gemäß diesem Artikel kann eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktreten, indem sie den Verwahrer des Vertrags von ihrer Absicht schriftlich in Kenntnis setzt. Der Rücktritt wird ein Jahr nach Erhalt dieser Mitteilung wirksam. Durch den Rücktritt wird die Fortbestandsklausel des Vertrags (Art. 47(3)) ausgelöst, wonach bestimmte Investitionen, die vor dem Rücktritt getätigt wurden, für einen Zeitraum von 20 Jahren ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Rücktritts weiterhin vom Vertrag geschützt bleiben. Dies würde es Investoren solcher Investitionen ermöglichen, während der gesamten Dauer dieses Fortbestands Schiedsklage gegen die zurücktretende Vertragspartei zu erheben. Die Empfehlung der Kommission stellt jedoch klar, dass diese Klausel keine Auswirkungen auf Investitionen zwischen EU-Mitgliedsstaaten haben wird, da der ECT in seiner Gesamtheit nicht zwischen EU-Mitgliedsstaaten gilt, nie galt und auch nie gelten wird.

Um den verbindlichen Charakter dieser Klärung zu verdeutlichen, welche auch die Fortbestandsklausel im ECT betrifft, verhandelt die Kommission mit den EU-Mitgliedsstaaten über eine **inter se Vereinbarung** auf der Grundlage von Artikel 31(3)(a) der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) (*mutatis mutandis* Artikel 31(3)(a) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisatio-

nen). Nach der WVK muss eine solche spätere Vereinbarung zwischen Parteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen berücksichtigt werden.

Neben der Klärung von Fragen, die sich direkt aus dem ECT ergeben, muss die EU allerdings auch sicherstellen, dass ein Rücktritt vom ECT mit dem Unionsrecht in Einklang steht. Da die EU-Verträge kein ausdrückliches Verfahren für den Rücktritt von einem internationalen Abkommen wie dem ECT vorsehen, hat die Kommission vorgeschlagen, Art. 218 (6)(a)(v) AEUV als verfahrensrechtliche Grundlage für den Rücktritt zu verwenden. Dieser Artikel beschreibt eigentlich nicht den Rücktritt, sondern das Verfahren, nachdem die EU internationale Abkommen **abschließt**. Die Kommission stellt nun klar, dass dasselbe Verfahren für einen Rücktritt zu befolgen ist.

Ähnlich wie beim Abschluss eines neuen Abkommens wäre für den Rücktritt der EU vom ECT eine qualifizierte Mehrheit im Rat erforderlich, was bedeutet, dass 55 % der Mitgliedsstaaten (d.h. 15 Mitgliedsstaaten), die mindestens 65 % der EU-Bevölkerung repräsentieren, zustimmen. Der Schritt bedarf auch der Zustimmung des Europäischen Parlaments, dass diese Unterstützung bereits signalisiert hat. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, kann die EU nach Unionsrecht vom ECT zurücktreten.

Ein koordinierter Rücktritt bietet gegenüber einem unkoordinierten mehrere Vorteile

Ein koordinierter Rücktritt schafft mehr rechtliche und politische Klarheit als ein unkoordinierter. Nach Unionsrecht deckt der ECT eine Reihe von Bereichen ab, von denen nur einige in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, wie etwa ausländische Direktinvestitionen. Für andere Bereiche teilen sich die EU und ihre Mitgliedsstaaten die Zuständigkeit (z.B. Portfolio-Investitionen), oder sie bedürfen der Zustimmung der Mitgliedsstaaten (z.B. der ISDS-Mechanismus des ECT). Andere Bereiche, wie die Steuerpolitik, fallen in die ausschließliche Zuständigkeit der EU-Mitgliedsstaaten. Da der ECT verhandelt wurde, bevor die Aufteilung der Zuständigkeiten in Bezug auf Investitionen auf EU-Ebene im Vertrag von Lissabon geklärt wurde, schweigt er sich in dieser Hinsicht weitgehend aus.

Auch die gewisse Klärung, die in Artikel 1(3) des ECT geboten wird, bleibt begrenzt. Der Artikel definiert den Begriff Organisation der regionalen Wirtschaftsintegra-

tion (ORWI) als “Organisation, die von Staaten gebildet wird, welche ihr die Zuständigkeit für eine Reihe bestimmter unter diesen Vertrag fallender Angelegenheiten übertragen haben, einschließlich der Befugnis, in diesen Angelegenheiten für sie bindende Entscheidungen zu treffen.” Einerseits kann die EU wohl als ORWI angesehen werden und der Artikel scheint anzuerkennen, dass ausschließlich die EU für bestimmte Bereiche, die der ECT regelt, zuständig sein könnte. Andererseits stellt der Artikel nicht klar, was dies bedeutet, wenn die EU, aber nicht alle ihre Mitgliedsstaaten vom ECT zurücktreten.

Dies wirft die spezifischere Frage auf, ob die im ECT verbleibenden EU-Mitgliedsstaaten eine internationale Verantwortung für die Umsetzung von normativen Rechtsakten der EU tragen, selbst wenn der Gegenstand dieser Rechtsakte in einen Zuständigkeitsbereich der EU fällt, und selbst nachdem die EU aus dem Vertrag ausgetreten ist. Ein neues [Rechtsgutachten](#) hält dies für sehr wahrscheinlich. Im Gegensatz zu dieser Feststellung hat die Europäische Kommission wiederholt erklärt, dass die Mitgliedsstaaten bei internationalen Abkommen, bei denen sowohl die EU als auch ihre Mitgliedsstaaten Vertragspartei sind, nur in den Bereichen international verantwortlich sind, die nach EU-Recht auch in ihre Zuständigkeit fallen. ISDS-Tribunale haben diese Ansicht jedoch weitgehend zurückgewiesen.

Ein unkoordinierter Rücktritt könnte auch eine Verletzung des EU-Rechts bedeuten, da ISDS-Fälle innerhalb der EU weiterhin auftreten könnten, wenn entweder der Herkunfts- oder der Gaststaat oder beide noch Vertragspartei des ECT sind. Ein koordinierter Rücktritt der EU, von Euratom und aller EU-Mitgliedsstaaten, begleitet von einer *inter se*-Vereinbarung, würde viele dieser Fragen im Zusammenhang mit der internationalen Verantwortung der Mitgliedsstaaten lösen.

Im Gegensatz dazu könnte die Entscheidung einiger EU-Mitgliedsstaaten, im ECT zu bleiben, eine [ausdrückliche Genehmigung](#) der EU erfordern, da sie wahrscheinlich in Bereichen handeln würden, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen. Die EU müsste solche Genehmigungen möglicherweise auch fortlaufend erteilen, da diese Staaten gezwungen sein könnten, bei späteren Entscheidungen der Energiechartakonferenz – dem Entscheidungsgremium der ECT-Vertragsparteien – abzustimmen oder sich der Stimme zu enthalten, wenn es um Bereiche geht, die nach EU-Recht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen.

Schlussfolgerung

Ein koordinierter Rücktritt mildert viele dieser potenziellen rechtlichen Probleme, die mit einem unkoordinierten Austritt verbunden sind. Er würde auch eine übermäßige Belastung der EU-Kompetenzverteilung vermeiden. Neue formale Mechanismen für die Koordinierung der Positionen zwischen den verbleibenden und den zurücktretenden EU-Mitgliedsstaaten nach dem Rücktritt würden somit vermieden. Dies könnte auch dringend benötigte Kapazitäten in den Energieministerien der EU freisetzen.

Schließlich würde ein koordinierter EU-Rücktritt auch verhindern, dass einige Mitgliedsstaaten auf unbestimmte Zeit die internationale Verantwortung für die Umsetzung normativer Rechtsakte der EU tragen und damit den Binnenmarkt – und die Klimapolitik der EU – langfristig vor negativen externen Einflüssen schützen.

Die Entscheidung der Kommission, einen koordinierten EU-Rücktritt zu empfehlen, ist ein wichtiger Schritt zur Schaffung von mehr rechtlicher und politischer Sicherheit in einem bereits verworrenen Rechtsbereich. Im Sinne einer „EU-weiten“ Herangehensweise ebnet sie der EU auch den Weg für die Entwicklung eines kohärenten und neuen Ansatzes zum internationale Energieinvestitionsrecht, der die Klimaziele voranbringt und die Energiewende unterstützt.

EU-Mitgliedsstaaten, die mehr als 75 % der EU-Bevölkerung repräsentieren, haben schon ihre Absicht angekündigt, einseitig vom Vertrag zurückzutreten, [oder haben dies bereits getan](#). Dazu gehört auch Spanien, das derzeit den Vorsitz im Rat innehat. Diese Mitgliedsstaaten sollten die von der Kommission angebotene Chance ergreifen, einen koordinierten Ausstieg zu verwirklichen, und diese Option öffentlich unterstützen.

Angesichts dieser neuen Dynamik sollten zudem die zögerlichen EU-Mitgliedsstaaten ihre Strategie überdenken. Die Befürwortung eines koordinierten Rücktritts würde es der EU nicht nur ermöglichen, ihren Zusammenhalt zu bewahren, sondern auch erhebliche rechtliche Risiken verringern. Angesichts des ungewissen Schicksals der Reform könnten sie andernfalls auf unbestimmte Zeit in einem Abkommen verbleiben, das gegen geltendes EU-Recht verstößt. Die Unterstützung eines koordinierten Rücktritts würde stattdessen ein starkes Signal für gemeinsame Klimaschutzmaßnahmen setzen.

Der Juli wird voraussichtlich der heißeste Monat seit 120.000 Jahren werden, wobei die Emission von Treib-

hausgasen aus fossilen Brennstoffen und anderen Quellen der Hauptgrund für die Klimakrise ist. Der Vorschlag der Kommission ist eine Chance für die EU, im Klimaschutz mit einer Stimme zu sprechen, und konstruktiver und kreativer in der Energiepolitik innerhalb der EU und mit außergemeinschaftlichen Vertragsparteien des ECT

zusammenzuarbeiten.

Die Autoren bedanken sich bei Sofia Baliño und Isaak Bowers für ihre wertvollen Kommentare. Der Text basiert teilweise auf einem [englischen Artikel](#), der bei IISD veröffentlicht wurde.

Andi Hoxhaj

Securitizing the Economy

The European Economic Security Strategy as a “Zeitenwende” in the EU’s Foreign and Economic Policy

doi: 10.17176/20230719-132106-0



In June 2023, the European Commission presented the European Union’s first [Economic Security Strategy](#). Its publication is in itself a *Zeitenwende* in the EU’s foreign and economic policy, despite undeniable shortcomings, in particular the lack of a clear definition which opens the door for [overly protectionist](#) measures under the guise of security concerns. In order to succeed, however, it is critical to view economic security as a public good which can benefit the EU, its Member States, and its citizens.

Shifting self-perception

The proposal comes in light of recent geopolitical developments such as the [US-China trade war](#), Russia’s illegal war in Ukraine, the COVID-19 pandemic, migration crises, [the rule of law](#) backsliding, and democratic regression, among others. It is clear that the EU is somewhat ill-prepared for the new and emerging risks in the bloc’s more challenging geopolitical context. The pandemic, for example, openly highlighted the threat posed by highly concentrated [supply chains](#) on the function of the EU Single Market and the economy of [several Member States](#) – as well as the impact of overreliance on China, and the potential for aggressive external actors to [weaponize supply chains](#).

Russia’s illegal war against Ukraine demonstrated how overreliance on a single country for [gas](#) – particularly one with systemically different set of values on democracy and rule of law system, governance/economic models and interests – hinders the EU’s strategic options to act in light of a war, jeopardising the Union’s citizens and economies. In the aftermath of the Russian invasion, many EU-based companies and Member States have also had to bear the burden of economic retaliation.

All these crises have had enormous economic costs for European citizens, while also posing a direct risk to the functioning of our societies and economies. The EU now appears to be taking the first step in implementing its position on [economic security](#), presented at the [G7 leaders](#)

meeting in Hiroshima in May.

The [European Economic Security Strategy](#) is presented not only as a blueprint for mitigating some effects of new geopolitical developments, but also as shift of how the EU sees itself in the world in relation to other superpowers: economic security shapes geopolitical dynamics to resist economic coercion. However, the strategy lacks a clear definition of “economy security” and how these “de-risk” actions are in the greatest public interest of the EU, even though the EU has long championed globalisation as being in the best interest of its citizens and economy.

A European *Zeitenwende*

Nonetheless the European Economic Security Strategy can be viewed as a first attempt to develop a common understanding of economic security within the Union bloc and thus its own definition, in this new and challenging era. The concept of “economic security” is still developing, and [Japan](#) and the [United States](#), for example, who have taken more steps than the EU in defining and understanding economic security, understand it as striking a balance between economic cooperation and national security goals, and as a first step towards accepting that one country must not be overly reliant on another country in order to avoid overdependence, such as the EU on Russian for gas or China for supply chain. [Japan](#) has gone so far as to appoint a dedicated Minister for Economic Security in 2022 and adopting an “[economic security bill](#)”. At the heart of Japan’s economic security policy is the diversification of supply chains, such as gas, oil, and food, in order to reduce reliance on single sources of production and avoid weaponization.

The impact of the ongoing war in Ukraine on trade and supply in key energy and agricultural sectors has also amplified the EU needs to thinking about its Economic Security, as well as its Member States. In June 2023, Germany, the EU’s dominant economic power, proposed its own first ever [national security strategy](#), explicitly refor-

mulating economic interdependencies in its *Zeitenwende approach*, implying that it will “de-risk” in the best interests of its economy and citizens, as well as for the benefit of the public good, which is in line with the European Economic Strategy. Germany suggests this “turning point” is pertinent not just for itself but the Union as a whole: the EU should adopt *Zeitenwende*, rethinking economic security and historical reliance on external European countries.

Plutarch is dead

The newly announced Strategy constitutes a shift beyond the EU’s previous “*strategic autonomy*” security priorities which seeks to minimize “the risks arising from economic linkages” – such as with Russia on natural gas, China on automobile components and other industrial manufactured exports, and with the US on trade relationships that include heavy reliance on technology and defence. This new EU “*de-risking*” strategy has revised all these economic linkages. Previously, global economic integration was seen as the best avenue for overcoming bilateral and ethnic disputes, based upon the *Plutarchian idea* that countries which are more economically and socially integrated are less likely to go to war. Russia’s war in Ukraine, China’s weaponizing of supply chains and the US-China trade war have shown that concentrated economic relationships can also pose a serious risk that must be managed. Instead, the EU now requires a strategy that predicates trade on alignment with key norms – such as the rule of law and democracy, decarbonisation, and a commitment to open economies based on the EU Single Market rules – must be the foundation for future EU engagement with other countries.

The *EU Strategy goal* is to “provide a framework for a robust assessment and management of risks to economic security at the EU, national, and business levels, while preserving and increasing our economic dynamism”. Broadly, the *four* significant risks are identified as:

1. Supply chain resilience
2. Physical/cyber security risks to critical infrastructure
3. Technology security/leakage
4. Weaponization of economic dependencies/economic coercion

The Strategy outlines *three pillars* to assess and mitigate these risks: promotion, protection and partnership.

- *Promotion* tackles the necessary development of EU competitiveness and growth, improving the Single Market, developing the EU’s scientific, technological, and industrial foundation, particularly in green technology and semiconductors.
- *Protection* includes better coordination and alignment of export control regimes to prevent the outflow of sensitive technology, as well as a review of the incoming investment screening framework. This pillar incorporates a strong appeal for action to Member States (nine out of 27) that have not yet implemented an inbound investment screening system.
- *Partnership* covers strengthening cooperation with countries around the world to address shared security concerns through diversified and improved trade agreements, strengthening international rules and institutions, and investing in sustainable development.

Shaping the European Economic Security

First and foremost, for the EU to achieve greater economic security, it must agree on a *clear definition* of just what it means – which it has not yet provided. It is critical to have a clear and shared understanding of “*economic security*” in the EU: currently, the concept may mean something different for each Member State, particularly in light of Russia’s war on Ukraine and China’s growing global and political influence. The securitisation of the economy raises many challenges for some Member States, due to their reliance on other countries for gas, food, and other goods enabling their economies to function.

It is worth noting that, even though both Japan and the United States have recently adopted economic security legislation, implying that economic security will better protect their economies, the concept of economic security has yet to be properly defined. Since the EU appears to be heading in the same direction, possibly by introducing a directive on economic security, it must explain to its Member States how this shift benefits their economies and the Union as a whole, as much of the strategy’s underlying message hints at a more protectionist policy approach, which the EU has traditionally opposed.

Following this clarity, specific conditions must be put

in place to achieve the Strategy's goals. Economic security cannot be achieved in [isolation](#), and Member States must first have resilient economies that can withstand the Strategy's demands. Revitalising Member States' economic sectors – where there is a clear [linkage between economics and security](#), especially in defence, cybersecurity, telecommunication, gas, and food – will require considerable investment in economic capacity, cutting down the need for foreign finance and investment. Working with [European companies](#) and incentivising them to support the EU's economic security goals will be critical.

There are copious structural and legal changes to be developed and implemented in the EU to achieve the Strategy goals, particularly on the [de-risking component](#) and identifying specific current and future vulnerabilities (not just with regard to [China](#)), then taking appropriate action to build greater economic resilience by reducing dependencies. But in addition to all of this, the most critical step towards establishing [economic security](#) is a shift in thinking, wherein achieving the EU's economic security goals must be viewed as a public good, insofar as unequivocally agreeing that future relations should be developed only with countries who share comparable principles in terms of the rule of law and democracy. Furthermore, if more protectionist policies are to be championed following the publication of the strategy, it will be essential to communicate that economic security can benefit European citizens as a public good. This could be done by demonstrating that the EU is committed to investing more in local European economies, industries, tech-

nological advances, and, most importantly, human capital.

Learning from others and learning from the past

For Member States and experts who wish to understand how the process towards greater EU economic security might begin, it may be worth looking at [Japan](#), which introduced the [Economic Security Promotion Act \(ESPA\)](#) in 2022, from which some of the aims of the European Economic Security Strategy derive. This relates especially to how to incentivize private companies to [diversify their supply chains](#) in critical infrastructure sectors, and engage with other countries that do not share the same rule of law and democratic values.

In closing, the EU should learn from the past challenges posed by the [Trump administration's threats on US commitments to NATO and European security](#), the [COVID-19 pandemic on dependence on China's supply chain](#), and [Russia's war in Ukraine on EU Russian reliance for gas](#). It must work on realising economic security in collaboration with European companies, providing the right set of conditions and incentives to achieve robust critical infrastructure sectors, building internal resilience in order to move away from dependence on non-EU countries. And all of this must be done in a transparent and challengeable way, ensuring the approach is not simply a fig leaf for protectionism, but establish a common economically resilient union with the ability to define values and partners globally that share the same rule of law and democratic values.

Tilman Hoppe

Judges and Organized Crime

Why the ECtHR Upheld the Dismissal of a Senior Judge

doi: 10.17176/20230718-231101-0



Scandalous arrests of judges taking millions in bribes continue to make [headlines](#). For purging the judiciary from corruption, [vetting](#) the integrity of judges through [internationally supported commissions](#) has become one of the most [promising](#) tools. A landmark decision of 2021 by the ECtHR, upholding the dismissal of a constitutional court judge from Albania for [unexplained wealth](#), has provided international vetting with legal certainty ([Xhoxhaj v. Albania](#)).¹

Now, in July 2023, the ECtHR has upheld the dismissal of yet another prominent judge – who had served, both, at the Constitutional Court and the Supreme Court of Albania ([Thanza v. Albania](#)). While it is obvious that a judge should be dismissed for engaging in organised crime,² this case may be the first in the world to raise another, rather unusual question: Can a judge be dismissed simply for having contact with organised crime, even if he has never committed any offence? The answer is: yes, in principle. However, the practical relevance remains limited, as evidence for such contacts is difficult to obtain. By contrast, the financial consequence of links with the criminal world, unexplained wealth, remains highly relevant to the dismissal of judges.

Dismissing judges for their links to organised crime?

Under the amended Albanian [constitution](#), judges shall be dismissed if they have had “inappropriate contact with persons involved in organised crime”. In this case, the ECtHR did not have to answer the question of whether such contacts are sufficient to dismiss a judge: The application did not address this criterion as such (§ 75). Nevertheless, four arguments suggest that the ECtHR would generally accept it:

1. The ECtHR can be expected to follow the [Venice Commission’s](#) strong conviction: “[I]t can hardly be doubted that it would be grossly improper for a judge or a prosecutor to have inappropriate contacts with persons involved in organised crime. [...] [I]t seems clear that the existence of inappropriate contacts between judges and organised criminals would be contrary to the interests of national security, contrary to public safety, likely to encourage rather than prevent disorder or crime, and likely to threaten rather than protect the rights and freedoms of others” (§ 49).
2. In 2014, the ECtHR approved the criminal conviction of a person based on the following elements of the crime: having unexplained wealth “while being in habitual relations with one or more persons who are engaged in the commission of [profitable] crimes or misdemeanours” (326-6 code pénal; [Aboufadda v. France](#)). Thus, “relations with criminals” can be a valid element of crime, which suggests that they could also be a reason for dismissal.
3. The criterion as such, as formulated by the Albanian legislation, is flexible enough to be implemented in line with any possible concerns the ECtHR might have (had).
4. In the present case, the ECtHR goes to great length – some 1,900 words – to explain what is required as evidence to establish contacts with organised crime (§§ 112-123). It seems unlikely that the Court would go to such length if it had fundamental doubts about the criterion as such. At the very least, it could have used the opportunity for an obiter dictum, if it had doubts about the criterion. The

¹Followed by two decisions in 2022: *Sevdari v. Albania* (0662/19; inter alia on “tribunal established by law”) and *Cani v. Albania* (37474/20; inter alia on unexplained wealth issues by family members from before office not justifying dismissal).

²For examples from EU member states see: European Commission/CSD (2010), *Examining the Links Between Organised Crime and Corruption*, p. 107.

³See, e.g., *Rotaru v. Roumanie* (application 27797/10), dismissing the complaint of a (corrupt) police officer against his conviction for soliciting bribes following an undercover integrity test, while implicitly criticising the test obiter dictum: “Even if the

Court has done so in several cases, including on integrity testing.³

When is there “a contact” and when is it “inappropriate”?

The [Albanian legislation](#) defines an “inappropriate contact” as a meeting, electronic communication or another type of wilful contact which is not in compliance with the holding of office by the vetting subject”. The definition of the key term “inappropriate” remains vague: “not in compliance with the holding of office”. It leaves a number of questions unanswered: What if the person contacted is the partner in a legitimate business, a friend, a lover, or even a family member? Does the judge have to “break up” with that person? Does the duration, number, and nature of the contacts make them “inappropriate”? What does the judge need to know about the organised crime, and how can this be proved? It seems advisable for a vetting commission to define indicators⁴ for the fulfilment of such a criterion, as is usually done with other criteria, such as “[financial integrity](#)” and “[ethics](#)”. In the present case, the Court concluded that the relationship between the judge and L.H. was “social” without “corruptive interests involved” (§§ 7, 119).

The [Albanian legislation](#) further defines “a person involved in organised crime” as any person who has been convicted or criminally prosecuted for a [qualified] criminal offence [...] except when he or she was declared not guilty by a final court decision”. In the present case, the judge and a third person (“L.H.”) “were briefly investigated for corruption. The investigation was closed for lack of a criminal offence” (§ 119). The vetting bodies in Albania interpreted this as involvement in organised crime, because both were never “declared not guilty by a final court decision”. The ECtHR rightly rejected this finding as “excessively formalistic” (§ 120).

Albania is so far the only country to include links to organised crimes into the list of criteria for vetting the integrity of sitting judges; Moldova, and Ukraine have avo-

ided the delicacies of this criterion in their [international vetting](#), while [Armenia](#) has considered it for some time but has not yet included it into its legislation. However, these countries are not off the hook. Links to organised crime are a criterion in any case, even if only indirectly as a lack of ethics. Judicial codes of conduct usually include rules on “integrity” and “propriety”, as defined by the [Bangalore Principles of Judicial Conduct](#).⁵ Given the Venice Commission’s strong statement above that it would “be grossly improper for a judge or a prosecutor to have inappropriate contacts with persons involved in organised crime”, such contacts are easy to argue as a breach of judicial ethics – if they can ever be proved.

How to prove such links?

Inappropriate contacts with organised crime usually take place in the shadows. Therefore, they are usually established through sensitive sources: special investigative means, undercover investigations, or confidential informants – either by investigative bodies or intelligence services. This also applies to the present case, where the judge’s contact person, L.H., “had her telephone communications intercepted” (§ 7). This puts the vetting body in a dilemma: how to prove these links if intelligence or law enforcement bodies refuse to expose their informants or undercover operations? Therefore, as well-intentioned as the criterion of links to organised crime is, its practical relevance is minimal.

The Albanian vetting body solved the dilemma in a rather Kafkaesque⁶ way: It simply endorsed the findings of the Albanian intelligence service that the judge “had, at some undefined period, ‘inappropriate contact’ with ‘persons’ involved in organised crime.” The vetting body did not inform the judge of the facts on which these findings were based, nor of the time period. Thus, according to the ECtHR, “he was [...] in no position to rebut either the factual allegations or their legal classification for the purposes of the vetting process” (§ 115). The ECtHR stressed that the vetting bodies had made no efforts to

Court takes note of the complainant’s criticism of this test, it is not for the Court to give its opinion on the necessity of carrying out such investigations against the complainant”, at § 29.

⁴For further indicators used in Albania, see Venice Commission, Kosovo Concept Paper, CDL-REF(2022)005, p. 106.

⁵See UNODC (2007), Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, no. 113: “Inappropriate contacts: The judge must be sensitive to the need to avoid contacts that may lead people to speculate that there is a special relationship between him or her and someone whom the judge may be tempted to favour in some way.”

⁶Kafka (1925; edition 2009, Oxford University Press), *The Trial*, p. 82: “In general, the proceedings were kept secret not only from the public but also from the accused. [...] The accused was not allowed to see the court documents either [...]”

explain that they had “considered, for example, whether concerns about the protection of a specific source could be addressed by redacting, to the extent possible, identities or other elements that could reveal the source” (§ 116); equally, it had “adduced no reasoning as to the necessity and proportionality of” restricting access to the intelligence service’s findings (§ 117).

How to properly assess wealth?

While inappropriate contacts with organised crime could not be established in a way that complied with Article 6 ECHR, unusual riches broke the judge’s neck in the present case. As his wealth could not be explained by legal means, the Court upheld the judge’s dismissal. In doing so, the Court relied by and large on its 2021 decision (*Xhoxhaj v. Albania*). The Court took the opportunity of the present case to clarify a few details: 1. The assessment of wealth can go back decades (in this case about 20 years), but not indefinitely (§§ 102-104, 107); 2. The vetting body must give judges more than “only three days to

submit evidence” (§ 89); however, any regulated or actual opportunity to do so throughout the entire procedure including appeals counts towards this period (§§ 98-99); 3. The **methods** of calculating unexplained wealth may differ between vetting bodies and appeals levels, as long as they are transparent and not arbitrary (§ 101); 4. The mere non-declaration of an asset may not always suffice for dismissal if it is supported by legal income and if the judge has corrected the non-declaration at the beginning of the vetting (§ 154); 5. Vetting bodies may assume that a judge has to spend a certain amount of her income on daily needs and may calculate this on the basis of a uniform lump sum, as long as it is not arbitrary (§§ 91, 102).

All in all, the identification of judge’s unexplained wealth remains the **most promising** criterion for cleaning up a corrupt judiciary. It also covers cases, where judges **profit** from their links with organised crime:⁷ hidden contacts may not stink, but too much money does.

The author would like to thank Serhii Voloshyn and David Wellstein for their comments on a draft of this blog post.

⁷ See for another case from Albania combining inappropriate contacts with unexplained wealth: OraNews (2019), Vetting, IQC Makes Dismissals.

Jarne De Geyter

The EFTA Court vs Liechtenstein's Constitutional Court

Who should the national court pledge allegiance to?

doi: 10.17176/20230714-231158-0



On July 4 2023, the Court of the European Free Trade Association (EFTA) issued its advisory opinion in *RS v Steuerverwaltung des Fürstentums Liechtenstein*. Liechtenstein's Constitutional Court had already found in 2020 that a difference in tax rate on income for resident and non-resident employees was incompatible with the free movement of workers. Nonetheless, the Administrative Court of Liechtenstein found it necessary to refer the exact same issue to the EFTA Court, upon which the EFTA Court came to a similar conclusion as the Constitutional Court. The reason thereto? The Constitutional Court had suspended the annulment of the national law for reasons of legal certainty. The question consequently arose of how the national court should further proceed. Should it immediately give full effect to the law of the European Economic Area (EEA) by following the EFTA Court and disapplying the national legislation, or should it give priority to the findings of its own Constitutional Court and nonetheless apply the national legislation, even if that legislation breaches EEA law? How should the national court deal with this conflict of allegiance?

This blog post argues that, although certain differences may be distinguished, the overall approach of the EFTA Court heavily resembles the approach of the CJEU, despite the less far-reaching depth of integration of the EEA Agreement and the difference in 'tools' at its disposal. Arguably, the CJEU may in turn draw inspiration from the EFTA Court's approach when it comes to the conditions under which national courts may temporarily suspend the annulment of national law held to be incompatible with EU law.

The deferral of annulment by Liechtenstein's Constitutional Court

In 2020, the Constitutional Court of Liechtenstein had already ruled on the validity of the national legislation concerned, prior to the EFTA Court. To a large extent, the

Constitutional Court's reasoning is similar to the EFTA Court's (see paras. 3 to 3.8). The Constitutional Court also relied on article 4 of the EEA Agreement, however, which enshrines a general principle of non-discrimination on the basis of nationality. The EFTA Court, on the other hand, explicitly excluded the applicability of that article since article 28(2) of the EEA Agreement provides a more specific expression of that principle with regard to the free movement of workers (para. 28). Nonetheless, both courts came to the same conclusion: the higher tax rate on income for non-residents compared to residents was contrary to EEA law.

More interesting, however, is the Constitutional Court's decision to suspend the annulment of the national legislation for one year for reasons of legal certainty. The Constitutional Court argued that, if the national legislation were to be annulled immediately, persons with limited tax liability would have to pay only one third of the tax previously due. Moreover, the provisions of the national legislation were only contrary to EEA law insofar as the taxpayer was a so-called "quasi-resident" (i.e. employed in Liechtenstein but resident in another country), whereas the national legislation also concerned other taxable benefits than income from employment, benefits which do not necessarily involve "quasi-residents" (para. 5). The Constitutional Court therefore granted the legislator a period of one year to work away the unlawfulness. In the meantime, the legislation stayed in force (except in the main proceedings that led the Constitutional Court to annul the national provision concerned).

The EFTA Court's response

Although *qua* substantive analysis the judgments of the EFTA Court and the Constitutional Court point in the same direction, the Constitutional Court thus put a temporal limitation on its findings. Since the facts of the domestic proceedings before the referring court partly took

place during the period of suspension of the annulment, the EFTA Court had to clarify how the national court should deal with the temporal limitation of the annulment by the Constitutional Court (see paras. 22-26).

It was the first time the EFTA Court had to give its view on this issue. The CJEU had already dealt with similar issues before and it could lead the way for the EFTA Court. However, the CJEU's case law mostly concerned to what extent the referring court *itself* may suspend annulment of national legislation incompatible with EU law, and not to what extent the referring court should neglect a judgment of its Constitutional Court in this regard (e.g. [C-41/11](#); [C-379/15](#); [C-597/17](#)).

The EFTA Court found that national courts can only in very exceptional cases, for reasons of legal certainty, temporarily maintain the effects of a national rule that is contrary to EEA law, i.e. when those concerned have acted in good faith and when there is a risk of serious difficulties if the annulment would take force immediately (paras. 45-46). *In casu*, the EFTA Court found those cumulative conditions not to be fulfilled (paras. 47-49). Remarkably, the EFTA Court derived these conditions from the CJEU's case law in which it temporally limits the effects of its own judgments ([C-73/08](#); [C-274/18](#)), instead of relying on the seemingly more relevant case law on the suspension of the annulment of incompatible national legislation by national courts ([C-379/15](#); [C-597/17](#)). Arguably, at first sight, it would not be a bad thing if the CJEU were to streamline its case law in this regard, and adopt a similar approach as the EFTA Court by extending the conditions for temporarily limiting its own judgments to the national context, since in both situations the full application of EU law is postponed. A sign in this direction may perhaps be distinguished in [Hein](#) (paras. 55-63).

Despite the above difference, a common thread runs through the reasoning of both courts: the primacy of EU law and implemented EEA law prevails, and the effects of incompatible national legislation may only be temporarily maintained in exceptional and very specific circumstances. In the EU, the principles of primacy of EU law and loyal cooperation run as a thread through the CJEU's judgments on this issue (e.g. para. 36 of [C-379/15](#); para. 43 of [C-41/11](#)). Although the EFTA Court could not make use of an equivalent principle of primacy of EEA law – such a principle does not exist in EEA law because of a lack of transfer of sovereign rights in the EEA (para. 52 of [E-1/01](#)) – it could resort to its own principle of

“quasi-primacy”. The sole article of [Protocol 35 to the EEA Agreement](#) stipulates that the EFTA States shall introduce a statutory provision in their national law to the effect that implemented EEA rules take precedence over other, national statutory provisions. As a consequence, there is no “full-fledged” primacy of *all* provisions of EEA law over national law, but only of these provisions that are implemented in national law. Unimplemented EEA law thus remains outside the remit of the primacy principle, hence the term “quasi-primacy” (see for example [Haukeland Fredriksen](#)). For Liechtenstein, this distinction does not pose a particular problem since Liechtenstein is a monist country and EEA law automatically becomes part of its legal order (see [Baur](#)). As dualist countries, Norway and Iceland should, however, implement “secondary” EEA legislation in their national legal orders before individuals can benefit from the principle of quasi-primacy (see [Petter Graver](#)).

The EEA Agreement itself is part of Liechtenstein's legal order in light of its monist nature, but also in Norway and Iceland, the EEA Agreement is incorporated in their national law. The EFTA Court's reasoning in this case may thus perfectly be extended to both countries. Concretely, the EFTA Court found that article 28 EEA Agreement is sufficiently precise and unconditional, and therefore national courts should give full effect to EEA law by setting aside any provision of national law that is contrary to the principle of non-discrimination enshrined therein, *irrespective* of any deferral required by national law or the Constitutional Court (paras. 40-41). After all, national courts are required, in light of the principle of sincere cooperation, to provide the legal protection individuals derive from EEA law and to ensure that those rules are fully effective (para. 44). This duty corresponds to the duty national courts of the EU Member States enjoy by virtue of article 4(3) TEU to remedy all unlawful consequences resulting from a breach of EU law (see for example para. 43 of [C-41/11](#)).

Stressing the duty to provide adequate legal protection of individuals, the EFTA Court furthermore ended its analysis with unmistakable wording, indirectly opposing Liechtenstein's Constitutional Court. By temporally limiting the annulment of the national legislation, the EFTA Court found that the protection provided to individuals was ...

“... *incomplete and insufficient and does not*

constitute either an adequate or effective means of remedying violations of the rights of such individuals, in breach of EEA law” (para. 52)

What the EFTA Court left open, and what might require further clarification in a future case, is to what extent the Constitutional Court, as the highest national court, should inquire the EFTA Court on whether it is allowed to temporarily limit the annulment of national law. The CJEU ruled in *Association France Nature Environnement* that an apex court is, in principle, required to make a preliminary reference to the CJEU, so that the CJEU may assess whether, exceptionally, provisions of national law held to be contrary to EU law may be provisionally maintained. In application of its *CILFIT* doctrine, the CJEU held that that court is only relieved of that obligation when there is no reasonable doubt as to the interpretation and application of the relevant conditions. In light of the less far-reaching depth of integration of the EEA Agreement, the apex courts of Norway, Iceland and Liechtenstein are, however, not under an obligation to make a reference to the EFTA Court. They should nonetheless take into account their duty of loyal cooperation when deciding on whether to refer or not (paras. 57-58 of *E-18/11*). It is unclear and will require further clarification what this entails in the specific situation of an apex court deciding on the possible deferral of the annulment of national law which it finds to be contrary to EEA law.

Who to pledge allegiance to?

Concludingly, national courts may only under certain conditions, exceptionally, suspend the annulment of national law held to be incompatible with EEA law. If the conditions thereto are not fulfilled, a national court cannot postpone the annulment and should adhere to the requirements stemming from EEA law, even if this requires national courts to go against the verdict of their own Constitutional Court. The latter are after all equally bound by EEA law than any other national court. It is likely and desirable that similar considerations – albeit based on its full-fledged understanding of the primacy principle – would lead the CJEU to similar conclusions. At first sight, it seems furthermore recommendable that the CJEU removes the differences as to the conditions to be fulfilled for the temporal limitation of both its own judgments and the annulment of incompatible national law – comparable to the EFTA Court's approach.

As part of their continuous judicial dialogue, the EFTA Court and the CJEU may therefore draw further inspiration from each other's case law in order to further finetune and streamline the balance they aim to obtain between, on the one hand, the primacy of EU law and implemented EEA law, and, on the other hand, exceptions to that principle by allowing national courts to temporarily limit the annulment of national law held to be incompatible with EU or EEA law.

Andrii Nekoliak, Elizaveta Klochkova

Weaponizing Russia's Memory Law

On Russia's Mnemonic Dissidents

doi: 10.17176/20230711-231203-0



On June 26, 2023, the Regional Branch of the Investigative Committee of Russia initiated a [criminal investigation](#) against Mikhail Belousov, a historian based in Saint Petersburg, for 'rehabilitating Nazism'. According to the investigation, Mr Belousov stated during a meeting with students that "there is some evidence that some topics related to WW2 are being distorted, however, it is forbidden to discuss the matter as it is punishable by the law." This statement was enough to charge the historian with violating Article 354.1 of the Criminal Code, which forbids rehabilitation of Nazism. A few weeks prior, Mr Belousov was [dismissed](#) from his teaching position at the Saint Petersburg University for criticizing Russia's war against Ukraine. The criminal investigation followed a dispute between Mr. Belousov and the university administration.

The above example shows how Russia is using its "memory law" to put pressure on potential critics of the Russian attack on Ukraine. In this way, the laws are used to create a mood of paranoia and fear among the population, and a feeling as if the country were in a besieged fortress.

The Anti-War Dissent Legislation in Russia

In March 2022, Russia's parliament adopted amendments to the country's criminal and administrative offences codes to crack down on anti-war protests. These new amendments introduced liability for discrediting the Russian armed forces (Article 280.3 of the Criminal Code), spreading 'fakes' about the army (Article 207.3), calling for sanctions against Russia (20.3.4 of the Administrative Offences Code and 284.2 of the Criminal Code), and public actions aimed at discrediting the army (20.3.3 of the Administrative Offences Code).

In April 2022, the parliament enacted a [historical memory-related provision](#) that banned comparisons between the actions of the Soviet Union and Nazi Germany during WW2. The provision also punished the denial of the '[decisive role of the Soviet people in the defeat of Nazi Germany and the humanitarian mission of the USSR during the liberation of European countries](#)' (13.48 of the

Administrative Offences Code). This new historical memory law was not unique to Russian legislation. In 2014, following the first Russian intrusion into Ukraine, the notorious Article 354.1 was introduced to the criminal code to punish 'rehabilitation of Nazism'. However, in the Russian context, this article was for the most part used not against neo-Nazi historical speech (as one could expect drawing from the example of [bans on Holocaust denial](#) throughout Europe), but rather [to shield interpretations](#) of WW2 that deny Soviet involvement in the outbreak of war in 1939. As such, the 2014 amendment was [seen as a tool of Vladimir Putin's memory politics](#) to glorify Russian-Soviet WW2 experiences.

Since spring 2022, the crackdown on anti-war dissenters has been severe. According to human rights monitoring outlet OVD-Info, as of July 2023, [620 people have been indicted](#) on one or more of the aforementioned punitive articles in 78 regions of Russia, including Crimea and Sevastopol, which were illegally annexed by Russia in 2014. The majority of cases concern discrediting or spreading 'fakes' about the Russian army (178 and 94 cases respectively). 81 persons have been sentenced to imprisonment so far. The context of the cases and the severity of punishment are sometimes [truly Orwellian](#).

Some people are being prosecuted under several articles of the Criminal Code simultaneously. Often, anti-war dissenters are prosecuted on unrelated grounds. In such cases, the context of the case usually provides evidence of anti-war activism. For example, there is a case involving a [Belgorod resident](#) who was charged with vandalism, and numerous cases of individuals being persecuted for [using violence against representatives of authorities](#) during anti-war rallies in spring. Additionally, some data about the context of cases may be missing, complicating data collection for human rights monitoring purposes.

While most criminal prosecution of anti-war dissent relates to the execution of laws enacted in spring 2022, the potential of Russia's memory laws should not be overlooked. Since the beginning of 2023, there have been [23](#)

[criminal cases](#) involving charges under Article 354.1. In May and June 2023 alone, 12 new criminal cases became known. The activation of this article points to a trend that the Russian regime may increasingly use it to purge anti-war dissent when it is laden with historical speech.

The Practice of Applying Article 354.1 in 2023

There are at least three current criminal cases involving Article 354.1, which is being used to prosecute anti-war dissent at the same time. The authorities' use of the rehabilitation of Nazism article suggests a deliberate prosecutorial strategy. The memory law is being used to add multiple charges against individuals, leading to more severe punishment or to prosecute for an anti-war (or probably also a pro-Ukraine) stance.

In late May 2023, [a case](#) was initiated under paragraph 2 of Article 354.1 against a local resident of the Orenburg region for allegedly spreading false information about the USSR's activities during the Second World War. According to the SOVA Centre [briefing](#), the accused had reposted information on social media claiming that the Soviet Union was co-responsible with Nazi Germany for the outbreak of WWII due to their joint partition of Poland in 1939. Another resident of Krasnoyarsk was charged with spreading false information about the Russian army and exonerating Nazism. It is claimed the accused had posted on social media that 'Stalin was as much of an aggressor as Hitler' and that the Russian armed forces were killing civilians and destroying cities in Ukraine (by having referred to the [bombing of the theatre in the besieged Mariupol in April 2022](#)).

In 2022, [Oleg Orlov](#), one of the leaders of the Nobel Prize-winning "Memorial" organization, was fined for holding a poster at the Red Square in Moscow that read 'USSR 1945 – the country that defeated fascism, Rus-

sia 2022 – the country of fascism that won'. Mr. Orlov was fined for discrediting the armed forces by drawing this historical parallel. Criminal charges followed soon. In March 2023, Mr. Orlov was charged with discrediting the Russian army for giving a critical comment about Russia's war in Ukraine to a French newspaper. The "Memorial" organization itself, known for its anti-war stance, assistance to political prisoners, and documentation of human rights abuses in Russia, has come under pressure from the authorities. In 2021, it was dismembered as a legal entity by a Russian court. Since spring 2023, [a criminal case](#) has been ongoing against the organization. According to the Russian authorities, "Memorial" published the names of three individuals in its [Register of Victims of Political Terror](#) in USSR who may have collaborated with the Nazis during WWII. This was enough to initiate an investigation into rehabilitation of Nazism under Article 354.1.

Stirring a 'Besieged Fortress' Mentality in Russian society

The rehabilitation of Nazism article is a yet another tool of the Russian authorities to create fear and anxiety in society. While it is being used to crack down on anti-war dissenters, it also provides a (false) pretext of a legitimate societal cause for its application. However, current prosecutorial practices show that Russia's memory laws, including Article 354.1, are not motivated by genuine societal concerns such as the rise of hate speech crimes. Instead, the legal provision has been used to punish anti-war dissent in Russia. While the cases involving Article 354.1 present a fraction of a larger number of cases to prosecute anti-war dissent, they provide an important insight in the operation of the criminal justice system and memory politics in Russia.

Erika Farkas, András Kádár

Restoring the Rule of Law By Breaching It

Hungary's Judicial Reform and the Principle of Legality

doi: 10.17176/20230710-111022-0



The judicial reform [recently passed by the Hungarian Parliament](#) ostensibly seeks to restore the independence of the judiciary and the rule of law in Hungary. Crucially, it is also a vital step for the government to gain access to the 27 billion in frozen EU funds. At first glance, it seems that the EU's strategy of withdrawing Hungary's access to EU funds unless it took steps to restore its rule of law might have worked. Yet, a closer look shows that while the reform has the potential of improving judicial independence, the procedure leading to its adoption shows that there is no real commitment to restore the rule of law more broadly. In particular, throughout the law-making process the government consistently flouted the principle of legality, including the requirement of transparent, accountable, democratic and pluralistic law-making.

Law-Making Processes as a Feature of Hungary's Rule of Law Backsliding

A core element of the European Commission's [rule of law](#) concept is that "all public powers always act within the constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and fundamental rights". This principle of legality requires the laws themselves to meet certain procedural and substantive requirements that make them suitable for protecting the said values and providing a meaningful safeguard against arbitrary and abusive acts of public powers. A central element of the Commission's understanding of this principle of legality is a requirement that law-making processes are transparent, accountable, democratic, and pluralistic. The [OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights](#) has also [emphasised](#) that "democratic law-making ensures that the process of making laws is open, inclusive and consultative and the resulting laws are human rights compliant". The transparency and inclusiveness of law-making also appear in other conceptualisations of the rule of law, such as [that of the Venice Commission](#), which stated that "a consensus can now be found for the necessary elements of the rule of law as well as those of the Rechtsstaat which

are not only formal but also substantial or material [...]. These are: (1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law [...]."

During Hungary's decade-long rule of law backsliding, the Fidesz party majority regularly breached this principle, thereby aggressively reshaping the legislative framework. In particular, it has for years neglected the statutory obligation to conduct public and professional consultation on draft laws prepared by ministries. Crucial bills have been submitted to Parliament without any prior consultation with those affected and then passed with limited parliamentary debate. Professional and civil society organisations and the general public have been completely excluded from the law-making process, even though their inclusion is mandatory. Thus, [Act CXXXI of 2010 on Public Participation in Preparing Laws](#) renders public consultation obligatory for laws prepared by Ministers and demands the online publication of draft laws to allow public comments.

Not surprisingly, shortcomings in the law-making process were pointed out repeatedly by the EU, including in the [European Parliament Resolution initiating the Article 7 procedure against Hungary](#), the European Commission's [Rule of Law Reports](#) as well as the [country-specific recommendations](#) formulated within the European Semester. Moreover, when the European Commission and the European Council finally conditioned Hungary's access to EU funds on its adherence to certain, common values of the European Union, they set the improvement of the law-making process as one such condition.

In particular, one of the Commission's supermilestones requires Hungary to use public consultations and impact assessments in the process of adopting legal norms. Nonetheless, in July 2022, the Hungarian government tabled the [very bill](#) ostensibly designed to strengthen public consultation without the legislatively prescribed public or professional consultation, demonstrating how unserious the Government's commitment to strengthening public participation is. At the same time, Hungarian

NGOs have [pointed out](#) that the adopted bill does not meaningfully improve the law-making process, with several factors in fact undermining its capacity to ensure effective public consultation. Thus, the law contains a wide range of exceptions allowing draft laws to be adopted without public consultation. Furthermore, the eight-day minimum consultation period prescribed by the law is insufficient for meaningful consultations in the case of voluminous bills. The transparency of the process is also not adequately ensured (for instance, the opinions submitted in the framework of the consultation process are not published by the Government in their entirety), and the quality of impact assessments is also often inadequate.

Double Insured, Still Breached

Given the Hungarian government's track record, it is no surprise that the Council of the EU expressly required meaningful public consultation regarding bills seeking to implement the super milestones. In particular, [it prescribed](#) a 15-day open comment period for the bill on the judiciary. Nevertheless, the Hungarian Government chose to submit the bill on the judicial reform to the Parliament without allowing for public consultation and in breach of parliamentary Rules of Procedure. Indeed, the reform's adoption process consistently flouted the requirements of the principle of legality.

The reform was adopted in just three working days and under the name of another act. The bill that became the judicial reform was originally submitted on 3 March 2023 as the Bill on the Rules of Asset Declarations. It originally proposed the modification of several laws with respect to the rules on asset declarations, and neither its title nor its content was related to the judicial reform. However, it also included minor and unnecessary amendments to certain provisions of all the laws that were eventually amended in the context of the judicial reform. The Bill on Rules of Asset Declarations was discussed in a general debate, an in-depth debate, and by the Justice Committee of the Parliament. All discussions were conducted on the basis of the original text of the bill, which, it bears repeating, did not contain any provisions on the judicial reform. By 14 March 2023, all discussions had been closed, and the bill was scheduled for adoption on 3 May 2023.

However, three working days before the scheduled adoption, the Bill on the Rules of Asset Declarations was suddenly transformed into the judicial package implementing the super milestones. On 27 April 2023, at the

request of the Deputy Prime Minister, proceedings of Parliament's Legislative Committee were opened, and ruling party MPs submitted the whole judicial reform as their own amendment to the Bill on the Rules of Asset Declarations (even though the original judicial reform bill was drafted by the Ministry of Justice, not individual ruling party MPs).

The [amendment's text only became available on the Parliament's website at 16:36 on 27 April 2023](#), just one working day before [the plenary discussion of the bill on 2 May 2023](#). Absurdly, the Reform still went through the rest of the legislative process under the name 'Bill on the Rules of Asset Declarations,' while its content no longer affected asset declarations in any way. This way, the text of the judicial reform was adopted without time for proper parliamentary debate regarding its content.

Business as Usual

This bait-and-switch has been used by the ruling majority on several occasions, even in cases of important [judicial reforms](#), with the deliberate aim of circumventing meaningful public debate on legislation. Yet this time, the Hungarian government took this abusive practice further, breaching the Parliament's Rules of Procedure on two separate legal bases. On the one hand, Section 40(3) of [Parliamentary Decision 10/2014 \(II.24.\) on the Rules of Procedure](#) clearly states that "an amendment proposal that seeks to delete the entire bill shall not be discussed and shall not be put to a vote." In this case, the original Bill on the Rules of Asset Declarations was fully deleted and replaced with entirely new content. Not even a small part of the original text remained. On the other hand, the modification also breached Section 42(b) of the Rules of Procedure, according to which a proposed amendment may not alter the scope of the original bill. This was precisely the case here, as the original bill dealing with asset declarations only covered a few irrelevant parts of the laws relating to the judiciary.

To Breach or Not to Breach

Although the Hungarian government published a [proposed](#) judicial reform in January 2023 for consultation, the one it ultimately submitted to Parliament is remarkably different from the one it allowed consultation upon. As three Hungarian NGOs have pointed out in their [joint analysis](#) of the judicial reform package, some of these dif-

ferences can be regarded as positive e.g. the extension of the statutory eligibility criteria for candidates for the position of the high court's President to include "independence, impartiality, integrity, and probity"). Yet others are highly concerning, such as the codification of the composition of "uniformity decision chambers" (i.e. judicial panels authorised to resolve collisions between different decisions of the high court). This fails to provide sufficient guarantees against manipulation by the high court President, who is a political appointee elected by two third of the MPs. Given that the consulted text differs greatly from the text ultimately voted upon by the Legislative Committee, the adopted reform package contains large segments that were not consulted on or discussed with the public or professional stakeholders – including the National Judicial Council – as required by the milestones.

It would be a dramatic setback for the Hungarian government if the content of the judicial reform were greenlit only for these procedural problems to prevent it from accessing the frozen funds. To avoid this consequence, the Hungarian government has endeavoured to prove its compliance, suggesting that the normal law-making procedure was followed. In particular, because the judicial reform was tabled by individual ruling party MPs and not the Ministry of Justice, Hungarian law did not require the publication of the results of the consultation procedure regarding the January proposal. Thus, Act CXXXI of 2010 only requires the publication of the results if and once a bill is actually submitted to Parliament. The results of

the public consultation regarding the unsubmitted January draft were nevertheless **shared** with the public to give the appearance of a connection between the first proposal drafted by the Ministry of Justice and the adopted reform submitted by ruling party MPs.

Restoration Without Breach

At the same time it took a crucial step towards restoring the rule of law by strengthening judicial independence, the Hungarian government nonetheless chose to breach it in a different way, by deliberately undermining a transparent, accountable, democratic, and pluralistic law-making process. As three Hungarian civil society organisations **warned**, the shortcomings of the legislative process "*signal that the Hungarian government's willingness to comply with the conditions for union funds is not paired with a true commitment to restoring the rule of law.*"

The deficiencies of the law-making process should be carefully evaluated by the European Commission, which should pay attention to the role of abusive legislation in dismantling the rule of law in Hungary. If the European Commission releases funds unconditionally based on the adopted laws, it will legitimise long-standing practices that consciously aim to circumvent the public consultation process, the parliamentary debate of the laws, and the Parliament's Rules of Procedure. The European Commission's response must make the Hungarian government understand that breaching the rule of law is not the right way to restore the rule of law.

Harun Išerić, Maja Sahadžić

Perils from Within and Without

The Constitutional Court of BiH Under Pressure

doi: 10.17176/20230727-132151-0



The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (BiH) is [described](#) as one of the few success stories of the 1995 Dayton Peace Agreement (DPA) as well as [one of the most effective](#) institutions established by Annex 4 of the DPA. In contrast to the state-level legislature and executive which have various veto mechanisms (such as entity veto, vital national interest procedure) linked to a consociational institutional setting, the Court's decision-making process in principle cannot be vetoed. Voting rules do not condition the presence of all three ethnic groups. This has made it difficult for Republika Srpska's (RS) political leadership to [block](#), [boycott](#) or [undermine](#) the work of the Court compared to other state-level institutions. However, recent months saw the RS identifying and seizing a rare moment of vulnerability with potentially severe consequences. If RS does not elect new judges in the meantime, not even a Court's small chamber will be able to operate.

Empty seats in the Court and (no) time to spare

The composition of the Court is somewhat exceptional although comparatively not entirely unknown. The Court is [composed](#) of nine members, six of which are so-called domestic judges and three international judges. Six domestic judges are elected *entity-based*: four by the House of Representatives of the Parliament of the Federation of BiH (PFBiH), and two by the National Assembly of Republika Srpska (NARS). Although not a constitutional rule, it is an [established practice](#) to elect six domestic judges *ethnicity-based*: two Bosniaks and two Croats from PFBiH and two Serbs from NARS. The previous international judge, [Joseph Marko](#), noted that in cases of judicial review, domestic judges often behave as representatives of their constituent peoples and use dissenting opinions to prove that they did their best in defending the constitution and legislation of RS. Three international judges are appointed by the President of the European Court for Human Rights (ECtHR). Although the Court itself might have been one of the greatest success stories, the [com-](#)

[bination](#) of ethnicity-based elements and the presence of international judges affected the perception of power play between the constituent peoples and drew criticism, especially from the RS.

Since August 2022, there has been an open vacancy in the Court since PFBiH failed to elect a new judge before the 2022 general elections. In November 2022, another domestic judge, this time elected by NARS, retired as he met the retirement age of 70 years. Although NARS started the procedure of electing the new judge, it has not yet been completed. In both cases, the ongoing political debates certainly did not help. [The president of the Court](#) has attributed this failure to pressure on the Court. The absence of the two domestic judges not only resulted in total paralysis of the Grand Chamber that decides on human rights cases, but it also made it harder to reach a majority of five when deciding in plenary sessions. Clearly, the Court cannot be blocked by veto mechanisms, but it can be paralyzed and eventually blocked if entity parliaments fail to elect domestic judges, as happened previously in 2002 and 2003 after the five-year mandate of first judges ended.

The National Assembly of RS triggers the biggest crisis in the Court's existence

RS, led by Milorad Dodik, identified this as a rare opportunity to exert influence on the work of the Court. The reasons for this can be found in RS's continuous calls for the re-appropriation of [state-level powers](#), registration of [state property](#) in RS, and upholding the [Day of Republika Srpska](#) (among others). The Court continuously declared such behavior unconstitutional. So far, the influence has been confined to offensive public statements or the adoption of legislation in NARS. For example, NARS adopted a [conclusion](#) questioning the Court's legitimacy due to the presence of international judges [requesting](#) their elimination from the composition of the Court.

However, prompted by the latest decision of the Court that temporarily [invalidated](#) the law on immovable pro-

perty, the situation escalated in April 2023 with NARS **calling** on the Serb judges of the Court to resign. To further support its position, in June 2023 NARS **adopted** the **Law** on Non-application of Decisions of the Court and **conclusions** on unconstitutional activities of the Court. In the **words** of the Court, such behavior of NARS has triggered the biggest crisis in the last 28 years of the Court's existence.

Impotent international community

The lack of proper institutional reaction at the state level in BiH to the actions of NARS and the Serb political leadership led by Milorad Dodik, could have been anticipated. That is why the Office of High Representative (OHR) used the so-called Bonn powers to **annul** the Law on Non-application of Decisions of the Constitutional Court of BiH in RS. **Venice Commission** urged NARS to withdraw its call for the resignation of Knežević, describing it as contrary to the guarantee of the independence of the Court. NARS actions were also condemned by the **Secretary General of the Council of Europe** and **EU Delegation** as well as the **European Parliament**. Diplomatic missions in Sarajevo, including the **United States** and the **United Kingdom**, also strongly reacted in the same direction.

However, apart from acknowledging the collision course set by Milorad Dodik and related widespread condemnation, very little has been practically done. Internally, the OHR has been avoiding, for years now, enforcing the Bonn powers to remove public officials from office, which was a widespread practice before (see, for example, [here](#)). As the most prominent external actor at the moment, the EU remains reluctant to impose sanctions on RS political leadership for undermining peace and stability in BiH.

No Serb judges in the Court any more

Soon after NARS issued the call and adopted conclusions, in April 2023, the only remaining Serb judge elected by NARS and the current vice-president of the Court, Zlatko Knežević, took a **sick leave** from April until June 2023, making it impossible for the Court to schedule and hold a Plenary Session planned for the end of May 2023. Also, without informing the president of the Court, he informed the president of NARS that he plans to retire on 2 January 2024 effectively. On 13 July 2023, the Court in the

Plenary Session **decided** to dismiss him from office before the end of the term on his request due to (early) retirement. The motives for a decision to retire before the end of his term were **explained** by Knežević himself. He made it clear that the key reason for his decision was the conclusion adopted by NARS and his willingness to respect it.

The actions of Knežević – who is also a member of the Venice Commission in respect of BiH! – resemble the actions of his other colleague, judge Krstan Simić, who was dismissed from the Court. Simić (elected by NARS as a Serb judge) faced dismissal because of his correspondence with the Prime Minister of RS (at that time Milorad Dodik) in which he not only discussed one of the Court's cases but also **addressed** the Prime Minister as boss implying the loyalty to the RS leadership. In this case, the Court **decided** anonymously to dismiss him for knowingly violating the reputation and dignity of the Court and the position of a judge. These actions are in stark contrast to the retired judge Miodrag Simović who was the president of the Court when Simić was dismissed. Simović (also elected by NARS as a Serb judge) as the president of the Court initiated and led a procedure that resulted in the dismissal of Simić. He did that facing **political indignation** from RS as his actions were perceived as a lack of loyalty to RS.

The actions of NARS call into question the independence of the judge. One of the fundamental guarantees of such independence is **tenure** until the mandatory retirement age. In the case of BiH, the mandate of the judge of the Court can end either by reaching the retirement age of 70 years, by resignation or by dismissal by other judges. Knežević will be 64 in 2024 and was supposed to serve until 2030. However, from the statement he made it is obvious that a political request expressed by NARS is forcing him to retire prematurely. Judicial independence also requires that a judge can only be accountable to the Constitution and submit to the **rule of law** but not to the rule of any political body, including the one who appointed them. The reasons provided by Knežević for his decision most certainly mean that he decided to submit himself to the request of a political body – a legislator of RS and as such, it is incompatible with the independence of the constitutional court judge.

Perspectives on the work and functioning of the Court

If RS does not elect new judges in the meantime, not even a Court's small chamber will be able to operate. Strikingly, in the meantime, RS leadership has [stated](#) that two new judges from RS will be elected once the legislation on the Court is amended so that (1) the election of international judges is abolished, and (2) decisions can be adopted only if at least one judge from each constituent people supported the decision. Since domestic judges in cases of judicial reviews often [behave](#) as representatives of their constituent peoples, international judges make an important contribution in delivering decisions in accordance with constitutional law. That is why the Court, together with the OHR, is considered as the only dam to further escalation and potential secession of RS. Regarding new voting rules, years ago, there was a proposal to change voting rules in a way that the decision would be valid only when at least one judge from each constituent people supported the decision. However, the [Venice Commission](#) considered it to run counter to European standards, and thus it was rejected.

Being faced with the fact that there might be two judges from RS missing for a longer time but also with the possibility of the current judge from RS affecting the pace of the plenary sessions by using a so-called "delaying veto", the Court resorted to [changing](#) the rules of the Court. The quorum is five judges, which is also a minimum for decision-making. The Rules define that at a minimum one judge elected by NARS (along with three judges from

FBiH) has to attend the plenary session, otherwise it will be adjourned, whereby the next session will be held if the same situation repeats itself without justified reasons. In an attempt to preserve its functionality, the Court decided to eliminate such a rule and now delays will not be possible. Although the rule was there since 1998, faced with unprecedented challenges, the Court used this nuclear option, also bearing in mind that the mandate of three judges elected by PFBiH will end in three years. On the other hand, the question is whether this will provoke further pushbacks against the Court in RS.

Why bother, Dodik?

On the evening of 24 July 2023, a meeting between representatives of the political establishment in BiH (including Milorad Dodik) was organized to discuss, among other things, the political crisis initiated by Milorad Dodik himself. The outcomes of the meetings remain rather obscure. Apparently, in the upcoming months, work groups will be formed related to the judiciary and the rule of law. However, without walking back the previous conclusions and the law regarding the non-application of the decisions of the Court, one question remains: Why does the political leadership of Republika Srpska even bother entering the negotiation concerning the election of judges and decision-making in the Court if the decisions of the Court will not be applied?

Editor's note: A minor mistake regarding the composition of the court was corrected retrospectively.

Christian Calliess

Reform the European Union for Enlargement!

Proposals to Prevent an 'Overstretch in Integration'

doi: 10.17176/20230706-231042-0



The very first and most fundamental article of the Lisbon Treaty reads: ‚This Treaty marks a new stage in the process of creating an **ever closer union** among the peoples of Europe‘. To this end, Europe is said to be – according to its (unofficial) motto – ‚**united in diversity**‘. The level of diversity in the Union has greatly increased as the number of Member States has grown from 6 in 1958 over 15 in 1995 to 27 in 2023. It has already become apparent that the current architecture of the Union is **not adequately equipped to reconcile** the two main goals of **deepening integration** and **widening by enlargement**. With the Balkan States and Ukraine, further accession candidates are on the doorstep. Their accession is advocated in politics for geopolitical reasons. To date, however, **the EU still is not prepared**, neither for enlargement nor for external shocks. Therefore, a widening without reform would expose the EU to the threat of an „imperial overstretch“ (see Paul Kennedy, *The Rise and fall of the Great Powers*, 1987), which will lead in the long run to a process of European disintegration. Advocates of enlargement are therefore right to call for a prior reform of the EU to strengthen its capacity to act. In this respect, however, it will not be enough to switch from unanimity to qualified-majority-voting in some additional areas. For the challenges are of a greater nature, the EU is already currently under great pressure in the course of its ongoing „polycrisis“. It is becoming increasingly clear that with the Euro Area and the Schengen Area, the EU is administering „fair-weather areas“ that were not and still are not sufficiently prepared for stormy weather. External shocks such as the financial and migration crises, the Coronavirus pandemic, as well as internal and external security threats from terrorism as well as Russia’s war against Ukraine emphasise that the EU, which has developed to be more heterogeneous, has become increasingly fragile. In line with a reduced willingness and ability of Member States to integrate further, the EU is becoming incapable of action and therefore is in danger of losing the trust of its citizens. Against

this background, it is important not to gloss over the problems and to develop constructive solutions.

Strengthening the EU’s capacity to act: Doing less, but more efficient and flexible

The EU promises its citizens a lot but cannot keep up with these promises according to its competences, procedures, resources and capacities. In this respect, it is a matter of the EU concentrating its actions on **cross-border** tasks that deliver a recognisable **European added value**. In accordance with that the EU must define political priorities. In these areas, however, the EU must also become **more capable of acting by doing less more efficiently**. In this respect, various measures (see *The Future of Europe after Brexit*, in: *Yearbook of European Law* 2021, p. 1-53) can be considered:

Legislative proposals should focus on the political priorities and be adopted by qualified majority in the Council – if necessary, using the so called *passerelle*-clauses which allow a transition from unanimity to majority voting without amending the Treaty (cf. e.g. Art. 48 para. 7 TEU, Art. 31 para. 3 TEU, Art. 192 para. TFEU). Furthermore, the office of the President of the European Commission and the office of the President of the European Council (without amending the Treaty) could be combined in one person under a „**double hat**„. If this double hat were to be coupled with the lead candidate process and transnational lists in the context of the European Parliament elections, a presidential office would emerge at the top of the EU that combines the ability to act and rests on strong democratic legitimacy. If all „Spitzenkandidaten“ were to stand for election to the EP on a transnational list, this would make it possible **for a European President to be elected directly by the citizens of the Union**. Such a bold move might call for Treaty Change according to Art. 48 TEU. Nevertheless Art. 17(7) TEU does not exclude the President of the Commission and the

President of the Council to be the same person and the procedures for the appointment of both with some political will appear compatible (see the proposal by the Commission's [European Political Strategy Centre](#)).

The EU's ability to act also means that the implementation and enforcement of the agreed and adopted European legislation in the Member States is improved. **Deficits in enforcement** prevent a reliable and coherent functioning of common policies and undermine the EU as a „community of law“ as well as the mutual trust based on it. Models of cooperative law enforcement could be developed along the lines of European competition law.

This presupposes functioning national authorities which, if necessary, would have to be established with European assistance. In addition, forms of cooperative enforcement would have to be developed, which could range from the exchange of information to professional, personnel or technical support from the European level (e.g. by the Commissions DG Reform or a special European agency). This support should be obligatory where financial support is provided by the EU. Above all, however, control mechanisms must be in place that provide for European possibilities of action in the sense of an alternative responsibility in the event that national authorities are not able or willing to implement or enforce the objectives and rules with the consequence that the European public good is endangered. A good example for this approach of cooperative enforcement is the reorganisation of the management of external borders by the European Border and Coast Guard Agency (see [The Future of Europe after Brexit](#), in: Yearbook of European Law 2021, p. 1-53).

Improved control of competences by the EU and scope for action by the Member States

Subsidiarity is recognised in EU law (Art. 5 TEU) as a legal principle guiding the exercise of shared competences (see Art. 2 (2) and 4 TFEU). The aim is to protect social, cultural, economic and political diversity. This diversity allows **room for „experimentation“** in solving political challenges. However, if the principle of subsidiarity is to be more effective in practice, there is a need for a common language of subsidiarity, which would be promoted by a common **subsidiarity test grid** for all actors at the European level. In conjunction with a way of working guided by the principle of „less, but more efficient and more flexible“, a European subsidiarity culture would be pro-

moted which would give the Member States and their national parliaments room for maneuver by dispensing entirely with European measures or limiting them to European minimum standards. In the sense of a proportionate regulatory density, a „legislative toolbox“ could create **scope for innovative regulation** („better regulation“) in the Member States (see [The Future of Europe after Brexit](#), in: Yearbook of European Law 2021, p. 1-53).

Judicial control of competence in the constitutional court network

Whether a European Court of Competences could help to avoid conflicts between the **European Court (ECJ) and national constitutional courts** seems doubtful in view of its acceptance: After all the role of the ECJ as a federal court of jurisdiction would only be passed on. In this respect, an **obligation of the ECJ to make a reverse referral would** appear to be more expedient, in the course of which the Luxembourg Court would involve the national constitutional courts by way of a referral in cases of serious conflicts of jurisdiction, which possibly affect the primacy of Union Law on the one hand or the constitutional identity of the Member States secured by Article 4 (2) TEU on the other. Such a demand of the ECJ for interpretative assistance would proactively start a cooperative dialogue with the national constitutional courts and in this way sensitise the Luxembourg Court to the constitutional concerns of a Member State. In addition, a **European Constitutional Council** could be created, within the framework of which the presidents of the ECJ and national constitutional courts exchange views with national experts from academia in order to discuss competence and constitutional conflicts and to defuse them by means of an opinion. The competence of this dialogue platform should be limited to questions of constitutional identity (Art. 4 (2) TEU) and European values (Art. 2 TEU) including the rule of law. Its opinion could be used as an interpretative guideline in practice (see [here](#)).

Taking the European dimension of security seriously

The so-called Schengen area is defined by Art. 67 TFEU as an „area of freedom, security and justice“. In this respect, **freedom and security** belong inseparably together as two sides of the same coin: „Without security there is no freedom“ (Wilhelm von Humboldt). Security is a multi-layered concept. In the digital society, it encom-

passes cyber security and ecological security in addition to „classical“ physical security in its domestic and foreign policy dimension.

If the free movement of citizens made possible by the abolition of internal borders is to be maintained, a functioning European **asylum, refugee and immigration policy** is required that is consistent not only with the values (Art. 2 TEU) but also with the capacities of the EU and its Member States. In this respect the effective management of the EU's external borders plays a pivotal role. This includes among others, in implementation of the principle of solidarity (Art. 80 TFEU) that European authorities (so-called agencies) are required to provide targeted financial, technical and personnel support to the Member States in case they are overloaded. For example, the European **border and coast guard** must be put in a position to effectively support and, if necessary, supplement the Member States external border management in compliance with the subsidiarity principle. Moreover, a genuine European **asylum agency** should be created to relieve overburdened Member States in a crisis situation by carrying out asylum procedures in the „hot spots“ with European officials. If desired, „branches“ of the European Asylum Agency could also be established in the particularly affected Member States, which would work in cooperation with the national authorities (and courts).

Moreover, apart from Art. 4 (2) TEU the emergence of a European dimension of internal security, which the abolition of internal borders between Member States inevitably entails, must be understood and realised. First and foremost, it is a matter of remedying the increasingly visible deficits in the **cross-border fight against terrorism and organised crime**. In this respect, Member States must be obliged to share the security-relevant information available to them. In addition to the existing Schengen Information System, this requires that all information on entry into and exit from the EU be linked with police information systems on the basis of common technology and according to uniform content criteria. **Operationally**, the personnel and technical competences of the existing authorities Europol and Eurojust should be strengthened and the competences of the European Public Prosecutor's Office expanded. Joint European Investigation Teams (JITs) working under their guidance must become the new normal in cross-border cases. From a **strategic** point of view, a European platform should be established where all national and European actors in the field of in-

ternal security, including intelligence services and European bodies like the **European Union Intelligence Analysis Centre (INTCEN)**, can exchange information in a spirit of trust and develop European strategies, which are then implemented in close cooperation by the Member State authorities.

A sustainable **digital single market** (Industry 4.0; AI) requires an efficient protection shield for cyber security. In this respect, the EU as a whole is as weak as its weakest Member State. Therefore, there is a need to develop today's European Union Agency for Cybersecurity **ENISA** into a **comprehensive cybersecurity agency** with strategic and – if there are failures at national level – also operational powers in conjunction with national authorities. In order to **fight disinformation and fake news** and to make European democracy more resilient, a **European public service broadcaster** should be established, based on independence and strict neutrality.

In the area of **external security**, foreign policy must become more efficient by majority decisions. This can be achieved by a prudent use of the *passerelle* clause of Art. 31 (3) TEU (see [here](#)).

The development of a common European defence policy as a European pillar of NATO should be strengthened by the new format of a **Council of Defence Ministers** and a **European Security Council** that brings together the expertise of national and European experts at the European level and prepares recommendations for the European Council.

Not only in climate protection, but also in other areas of the environment, States are nearing or even exceeding planetary boundaries and so-called tipping points, which can trigger irreversible ecological crises and subsequently cause economic and social instability. In this respect, the EU and its Member States have a duty to protect the **ecological security** of citizens. This is reflected in the ecological minimum subsistence level of fundamental rights, which is at risk. The transformation of the internal market that was begun with the EU's Green Deal must – as Art. 11 TFEU demands – be secured by a consistent integration of environmental concerns into all policies. With this aim, the EU's Economic and Social Committee, which is involved in European legislation, should be transformed into a Sustainability Committee (see [here](#)).

Solidarity is not a one-way street

Stability is the guiding principle of Economic and Monetary Union (EMU) that all Member State agreed upon. At the same time, it is an expression of sustainability and intergenerational justice. Against this backdrop, solidarity-based financial aid is only permissible if it serves to restore the stability of the Euro area that has been endangered by an economic or financial crisis in a Member State. In this situation, the **conditionality principle** has a bridging function. It ensures that financial transfers serve to enable structural reforms in the respective Member State that guarantee in the long run the stability of the Euro Area. This has been confirmed by the ECJ and is clearly expressed in Article 136 (3) TFEU for the European Stability Mechanism (ESM) with regard to the No-Bailout-Clause of Art. 125 TFEU (see [here](#)).

With the European reconstruction plan **Next Generation EU**, established in the course of the Corona pandemic crisis, a third pillar of solidarity has emerged, financed by joint debt, which stands between the project-related transfer payments from the European structural funds and the emergency aid of the ESM. If the EU now incurs debt within this framework, it must also be put in a position to repay it. Therefore, Member States must be prepared to grant the EU fiscal competence in a narrowly defined area by Treaty Change. Moreover, the principle of conditionality should be met by linking any access to solidarity instruments to a basic willingness to comply with the agreed rules of EMU, specifically the Stability and Growth Pact, the requirements of the European Semester and the minimum standards of the rule of law (see [here](#)).

In the course of these Treaty reforms, the proposals for a **European Finance Minister**, who (together with an independent advisory institution like the ESM developed towards an European Monetary Fund together with a renewed Fiscal Board) would ensure that debt and financial responsibility do not diverge, also come back into play. To strengthen his coordinating role, he could be given a „**double hat**“ under which his role as a member of the European Commission and as President of the Eurogroup would be combined. Finally, a **joint representation of the Eurogroup at the global level** could help to represent the interests of the Euro area more effectively vis-à-vis third countries such as the USA and China (see already [here](#)).

Enlarging the EU without „overstretching“ it

In the course of enlargement, the EU has already become **increasingly heterogeneous** in economic, cultural, social and political terms. But if heterogeneity results in such different interests that consensus on necessary measures can no longer be reached within the framework of European policies, then the EU, trapped in a resulting inability to act, falls into a state of „imperial overstretch“ that threatens its existence. „United in diversity“ as a mission statement of the EU therefore implies a **more flexible architecture of European integration** on the basis of different „orbits“. If, due to their domestic political preferences, not all Member States are willing or able to participate in the necessary measures and integration steps, the future architecture of the EU should be made more flexible by „coalitions of the willing and able“ and thus at the same time more dynamic in order to prevent processes of disintegration.

A static „**Europe of different speeds**“ that establishes parallel and separate orbits with different levels of integration is rejected not only by the candidate countries but also by many Member States. In this respect, there is a fear of becoming „**second-class Europeans**„. As a **solution, a new architecture** for the EU could be envisaged, with an inner circle („core union“) of Member States at its centre. In contrast to former proposals for a core Europe (e.g. the [Schäuble-Lamers proposal](#)), this core of the EU should **not** be defined by deeper **political** integration, but by the **minimum economic consensus** of the EU, the internal market, together with the policies that flank it. Consequently, **membership in the EU** would essentially mean **membership in the internal market**.

Even if at first glance this proposal seems to contradict the historical narrative of European integration, it should be considered that the internal market and its cohesion policies financed by the structural funds is still the driving motive for membership in the EU. Moreover, this new architecture of the EU would not only defuse many of the EU's conflicts, which primarily revolve around European limitations on national sovereignty. In this regard, this new approach would reduce the aforementioned enforcement problems, since the internal market is about politically less sensitive and complex policy areas that are at the same time strongly enforced by civil society together with the ECJ (p 359 et seq).

Overlapping with this core of the EU, defined by the

internal market, more integrated political orbits comprising willing and able Member States will be established. Those orbits of Member States that want to realise more (political) integration, e.g. a fully-fledged Euro Area or Schengen Area or a Defence Union, could do so in **pioneer groups** closely connected with the core union defined by the internal market. The pioneer groups are open to all Member States of the core union. The different orbits (including the economic core) would all be based on the European principles of democracy and the rule of law, as well as subsidiarity, solidarity and coherence. The existing EU institutions sharing the same decision-making procedure will build an interface that guarantees a smooth functioning of the EU.

More flexibility in membership

Membership in the EU is – as the withdrawal clause of Art. 50 TEU highlights – based on voluntariness. The pio-

neers lead the way with the goal of deeper integration and in this respect create a positive example displaying the advantages associated with membership that might attract other Member States to join. The respective pioneer groups are only open to Member States that are **willing and able to live up** to their more ambitious goals. In case a Member State is overburdened and does not accept the support offered to it or after an election faces a change to a government that is no longer willing to consent to the ambitious goals of a pioneer group, the capability to act of the pioneer group must be safeguarded. In this case a mechanism must be provided (analogous to Art. 46 para. 4 TEU) that enables the exclusion a Member State from the pioneer group. This Member State would then fall back into the economic core of the EU, the internal market, losing at the same time all benefits connected with the pioneer group.

Sarah de Heer

A Scandal on AI in Administration, Again

Fortifying Fundamental Rights in the Age of AI

doi: 10.17176/20230725-012056-0



After the infamous [Dutch benefits scandal](#) – that started in the 2000s and for which compensation of the wronged parties has still to be achieved –, the Netherlands are yet again the scene of wrongful application of an algorithm by the government. This time, the main actor is the *Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO)*, the Dutch agency responsible for the allocation and payment of student loans to those enrolled in Dutch higher education. Specifically, DUO used an algorithm in their enforcement task, namely to verify whether the student loans have been rightfully allocated. In 2012, DUO commenced the use of this ‘in-house’ algorithm, which the Minister of Education – under whose responsibility DUO falls – [halted](#) on 23 June. The developments in the Netherlands epitomize the promises and pitfalls of further integrating automated decision-making (ADM) into public administration. On the one hand, ADM – sometimes labelled ‘artificial intelligence’ – is cheap and promises efficiency gains. On the other hand, ADM systems may be error-prone when facing the complex realities of societal life and legal ambiguity.

This contribution explains the facts of the use of the algorithm used by DUO, which is largely based on news articles ([here](#) and [here](#)). Subsequently, this blogpost outlines the peculiarities of the algorithm, as currently known, and discusses which fundamental rights and principles are at stake. Last, this piece proposes a research agenda that recommends the approaches ahead to ensure adequate use of AI by public administration. Thus, this Section zooms out and focusses on the broader picture, namely the use of automated decision-making systems – which are AI-based tools that uses profiling to predict an outcome – by public administration. This contribution does not hold that the use of such algorithms should be ceased but rather argues that certain safeguards should be put in place to guarantee fundamental rights and principles. Specifically, this contribution calls for i) public administrators working with ADM systems to have sufficient knowledge on how these systems work, ii) preventing

tunnel vision, and iii) developing transparent ADM systems to obtain accurate and representative outcomes.

Setting the scene - DUO’s use of an ADM system in administrative decisions

Students enrolled in Dutch higher education may be entitled to receive student loans – and depending on the income of the student’s parents or legal guardians a grant conditional upon successfully obtaining the degree – to finance their studies. The amount of the student loans varies and depends on whether the student decides to live with their parents or legal guardians or rather elsewhere. Concretely, students are entitled to a larger sum, provided i) they are formally registered on a different address than that of their parents or legal guardians, and ii) they are – in fact – residing at the registered address. To verify whether these student loans were rightfully paid, DUO made use of an ADM system to predict which students most likely falsely claimed to live away from home – but effectively opt to live with their parents or legal guardians –, and thus have falsely received the larger amount of student loans. This blogpost divides the procedure to detect alleged fraudsters four steps.

First, the ADM system identifies through means of profiling possible fraudulent students, which amounts to 10,000s potential files (*pre-selection phase*). Second, five DUO employees sift through these files to verify i) the living surface of the property, ii) how many people are registered on the address, and iii) whether the student lives with a family member. This assessment results in reducing the number of files to 1,000 (*selection phase*). Third, these shortlisted 1,000 cases are to expect a home visit by DUO inspectors, who determine whether the student effectively lives on the registered address. During such a house visit, which may not take up much time, the inspectors assess daily and sometimes seemingly trivial affairs to reach their conclusion. In particular, the inspectors may open wardrobes to ascertain whether there are enough clothing items, take note of the amount of cour-

sebooks, whether the bed has been slept in and count the toothbrushes in the toothbrush holder. Unfortunately, these house visits are also conducted during holidays and during daytime – when students are normally not home. Thus, after visiting the registered address three times – in vain – to gain access to the premises, the inspectors proceed with canvassing the student’s neighbours. Concretely, the inspectors may ask the neighbours whether they are aware of any students living in the neighbourhood. After the home visit or the house-to-houses, the inspectors draft a report with their findings as to whether a student effectively resides at the registered address (*enforcement phase*). Fourth and last, DUO issues a decision based on the inspectors’ report. Where DUO finds that the student does not reside at the registered address, and thereby illegally received larger sums, the student is required to not only repay the excess amount but also a fine (*administrative phase*). Receiving such a decision has substantially detrimental effects on students – who are generally restricted to a limited budget –, as the repayments and the fine may amount to thousands of euros and even upwards of 10,000 euros, which is thus a hefty amount on a student budget. Since 2012 – the year in which DUO started to use their own algorithm –, DUO has discovered 9,923 cases of probable fraud by using this method.

Peculiarities stemming from the used ADM system - which fundamental rights and principles at stake?

While the use of ADM systems for administrative decisions is a trend observed around the globe – and thus not a surprising development in the Netherlands –, this blogpost identifies three worrisome characteristics regarding the individual’s enjoyment of fundamental rights and principles.

First, the above procedure may jeopardise the *right to good administration*. Where the inspectors only conducted the house-to-house, the report would be solely founded on the canvass performed, which can hardly be seen as conclusive evidence. An example of a statement is:

‘You ask whether a student is living here. No. I only encounter these people and their child. Apart from them, I don’t see anybody. That is all I know.’ (author’s own translation)

Surprisingly, DUO would deem two of such statements sufficient to reach the conclusion that student did not live at the registered address. At the eve of the reintroduction

of basic grants that replaces student loans, it is likely that DUO will intensify its reinforcement task, which makes this concern even more pertinent. Further, the administrative appeal procedure at DUO shows the tendency to rely on the neighbours’ statements obtained during the house-to-house irrespective of the counterevidence submitted by the student, which demonstrates DUO’s inclination to rely unequivocally on their inspectors’ findings. This illustrates risks to the duty to state reasons that requires DUO to clarify how they reached the decision that student does not effectively reside at the registered address. Moreover, DUO adopts such a decision without having a dialogue with the concerning student, which leaves the right to be heard imperilled. Additionally, since these students did not obtain a reasoned decision explaining why they are deemed to be a fraudster, their *right to an effective remedy* is thwarted.

Second, moving on to the specific features of the ADM system, DUO has devised the algorithm underlying the ADM system, which enables the profiling of students receiving student loans. Specifically, DUO fed the algorithm so-called ‘risk indicators’, which included the student’s age, the student’s level of education, the student’s address, the address of the student’s parents or legal guardians, and the address of the student’s educational institution. It is likely that when a student matches one or more of these ‘risk indicators’, it increases the student’s likelihood of being deemed to have committed fraud with the student loans. However, it remains unclear what these ‘risk indicators’ precisely entail, which poses a threat to the *principle of legal certainty* and the *principle of legitimate expectations*. Moreover – and potentially more disturbingly since it exacerbates the above –, even though this algorithm was not based on any legislative measure but rather on DUO’s own initiative, the algorithm created by DUO itself, nevertheless, formed the foundation of the harmful decision to repay the surplus amounts and an additional fine. To sum up the above, due to these unknown risk indicators, the ADM system itself brings serious perils to the overall *principle of transparency*.

Third, zooming in on the risk indicators, DUO seems to have actively prevented direct discrimination, as it did not feed the algorithm data on nationality or on the country of origin. However, DUO did make use of proxy data that may reveal such sensitive data, which – in its turn – may result in indirect discrimination. Thus, the *right to non-discrimination* may be hampered. This is also evi-

denced by the sampling performed by NOS op 3, a Dutch broadcasting programme, and Investico, a Dutch platform of investigative journalism. They approached 70 lawyers representing students who have received a decision from DUO stating that they did not reside at the registered address, and who thereby were confronted with the hefty sums, out of which 32 lawyers shared 376 files. Remarkably, 367 decisions were directed to students with a so-called ‘migration background’, which amounts to 97% – a noteworthy overrepresentation. As a result of the outcome of the research performed by NOS op 3 and Investico, the Dutch Data Protection Authority has [initiated investigations](#) as regards the processing of personal data for the creation of the algorithm.

Conclusion - how to fortify fundamental rights against AI?

Taking a step back to appreciate the general trend, namely the increased use of ADM systems by public administration aimed at partly or fully replacing administrative decisions that may have significantly adverse effects on the individual, the common denominator is formed by the government pursuing a noble aim – be it fraud detection, social benefits allocation, or crime prevention – but at the same time lacking the required expertise to adequately use these novel technologies in a manner that respects citizens’ fundamental rights and principles. This means that there is a glaring need to research how to ensure fundamental rights and principles seeing the apparent risks posed by the algorithms used.

Thus, I argue, *first*, that the public administrators who use these AI-based tools should have sufficient knowledge on how the algorithm works and the risks and benefits thereof. To this end, the AI Act, as amended by [European Parliament](#), could be helpful, as it requires AI literacy for those working with AI-based systems. Specifically, the European Parliament holds that such a sufficient knowledge could be achieved by providing training on, amongst others, basic notions, and the functioning of the AI-based device. *Second*, tunnel vision should actively be discouraged. In this regard, the legislator may play a pivotal role by, for example, prohibiting the mere reference to the (brief) findings of public administration that confirm the outcome of the algorithm when presented with sufficiently substantiated counterevidence. *Third*, the initiative to create and use ADM systems should stem from legislative measures – as opposed to administrative actions –, especially when these ADM systems may negatively affect individuals. Specifically, as regards the data used to develop the algorithm, they should be accurate to achieve representative outcomes, be construed in a transparent manner, and stem from a sufficient sample size. For example, the legislator may demand the publication of the metadata of the data used to create the ADM system. Not only will the developer of the ADM system and external parties become aware of the data used, but – and perhaps more importantly – the metadata may also demonstrate the data missing, which may provide insights as regards the accuracy and representation of the outcomes of the ADM system. This holds even more true when using data that enables profiling, namely the ‘risk indicators’.

Janja Simentić Popović

The Dangers of Conflation

doi: 10.17176/20230708-111020-0



On May 17th 2023 Advocate General de la Tour handed down the [Opinion](#) in case C-402/22. It addresses the meaning of “particularly serious crime” found in [Article 14 \(4\) \(b\) of the 2011 Qualification Directive](#), which sets out the grounds for revocation or refusal to grant refugee status under EU law. This provision refers to “refugees delinquents” and introduces security concerns of states as the ground for depriving persons of their refugee status. In practice, it opens the question of how to treat refugees that committed certain crime(s) after they obtained refugee status.

The Opinion is the latest one arising from a string of cases dealing with the interpretation and the validity of Article 14 QD. As noted by AG himself, it is the result of unaddressed issues in his three months old [Opinion](#) given in C-663/21 and C-8/22, where he advocated that Article 14 (4) (2) lays down two cumulative conditions to permit revocation of refugee status: 1) the existence of a final conviction for a particularly serious crime and 2) the real, present and serious threat posed by the convicted person, at the time a decision to revoke refugee status is taken. However, the AG did not elaborate on the meaning of the notion of “particularly serious crime”.

In this blog, I detail the AG’s answer to that question and raise one overriding concern regarding Article 14 QD.

What does it mean to be convicted for a “particularly serious crime”?

The first question referred to by the Netherland national court regarded the establishment of common methods and criteria for the delineation of the scope of the concept of “particularly serious crime” in order to “guarantee that the exercise of the power of revocation or refusal to grant refugee status is subject to the same limits in all Member States (para. 33 of the Opinion).” [There is currently significant divergence in the practice of Member States \(MS\) in the application of this Article \(at 136-140\)](#). Only some Member States define the concept of “particularly serious crime” in their national law (Bulgaria, Czech Republic,

Denmark, Hungary, Latvia, Netherland, Portugal, Slovenia); while others provide for penalty thresholds (ranging from 3 years of imprisonment in Denmark and Portugal; 5 years in Bulgaria, Hungary and Romania; 8 years in Latvia and 10 years in Czech Republic and France) or provide a case-by-case analysis.

To offer an “autonomous and uniform” interpretation of the term, the AG relied on the “usual meaning in everyday language, while also taking into account the context in which the rules occur and the purposes of the rules of which they are part (para. 35).” “Crime,” the AG concluded, refers “generally to an offense provided for by the criminal law of the Member State concerned, without being limited to specific categories of offences (para. 36).” Notably, because “the applicability of this provision [...] [depends] on the finding that it is an act “particularly serious” and understood as such by that legal order (para. 50, emphasis added),” the AG focused on illuminating the notion of “particularly serious.”

The usual meaning of “particularly serious” is synonymous with „extremely serious“ or „extraordinarily serious“ (para. 38). The context, illuminated by comparison with other norms of the Qualification Directive, supports this claim while also calling for the strict interpretation of the provision. Since Article 14 (4) and (5) lay down exceptions to the general rule regarding the content of right and benefits of refugees, as provided in Article 13 and Chapters II and III of the QD, they must be interpreted strictly.

Methods and Criteria for Assessing the Seriousness of a Crime

The AG continued with presenting relevant methods and criteria for the assessment of seriousness of the crime. Regarding the former, he notes that the assessment requires “a full examination of all the circumstances specific to the individual case concerned” (para. 55); that there is the possibility to include a minimum penalty threshold, even as no automatism in the application of such thresh-

hold should be allowed (para. 56); and that the reasons stated in the judgement for conviction are an important factor to take into consideration (para. 57). These methods arguably provide the necessary safeguards, however these could be enhanced by stating that all presumptions are rebuttable, as is provided in national laws of Netherlands and Sweden ([Report on the Evaluation of the application of the recast Qualification Directive](#), p. 139).

As regards the relevant criteria for determining the seriousness of the crime, the AG lists the following:

- the nature of the act in question;
- the damage caused;
- the form of the procedure applied to prosecute and judge the person in question;
- the nature and length of the sentence imposed (including the comparison of the sentence with the maximum sentence for the offense in question; and the examination of the position of the said penalty in the scale of penalties in force in that Member State);
- analysing whether most courts also consider the act in question as being a particularly serious crime;
- aggravating or mitigating circumstances; and
- the nature of the legal interest which has been harmed.

These criteria are sound; however, it is not entirely clear how they differ from the criteria for the establishment of a “serious non-political crime” from Article 12 (2) (b)/ 17 (1) (b) QD and Article 1 (F) (b) Refugee Convention. The AG explained that while the same criteria are indeed in place, they should, in the context of Article 14 (4) (b) “tend to demonstrate the exceptional gravity of the crime in question, which constitutes a very significant difference in degree with respect to a serious crime (para. 61).” The remark might be too vague to be of any use in practice. The vagueness might be remedied by the fact that the “particularly serious crime” is only one prong of the assessment process, with the other being the need to establish that a person “constitutes a danger to the community of that Member State.” Two prongs taken together might ensure that the “particularity” of seriousness of the crime is established. Finally, the criteria should include the proportionality assessment, whereby the gravity of a crime is leveraged against the persecution feared, as is the [standard in the application of Article 33 \(2\) Refugee Convention](#) (part F).

Misplaced Analogies

The criteria enlisted by the AG are derived by way of analogy with the already existing interpretations of Article 12 and 17 QD- the exclusion clauses (see paras 60, 61)- and [Article 33 \(2\) Refugee Convention](#) – the exception to the non-refoulement principle (see paras 48-51, 62). While this analogy is practically useful and to be expected given the similar wording of these provision, it is not legally sound. Article 14 (4) (b) is not an exclusion clause as Articles 12 and 17 QD are, nor does it deal with the non-refoulement as Article 33 of the Refugee Convention does.

The first point is especially important to grasp because the validity of the Article 14 was previously challenged for being an additional exclusion clause that contravenes the Refugee Convention. The Court rejected this claim in [M and Others](#), claiming that while the person who falls under Article 14 (4) or (5) does lose the status of a refugee and the pertaining rights and benefits under the Qualification Directive, they still remain a refugee under the Refugee Convention with the right and privileges guaranteed under Article 14 (6). This reasoning effectively established a novel form of refugee status, one that is marked by a reduced set of rights, in particular the absence of a residence permit. This ignores that “Article 14 (6) refugees” usually remain present in the MS, either because of [the non-refoulement principle or practical constraints](#) (pp. 3-4). As a result, they become “undesirable and unreturnable” third country nationals who are [exposed to restrictive measures or ad hoc solutions](#) (pp. 4-5). In other words, Article 14’s classification as an exclusion clause has not only weakened the legal protection afforded to refugees but the reasoning in *M and Others* has also failed to serve the security of a member state because the individuals remain territorially present.

At the same time, while the AG recognized that Article 33(2) of the Refugee Convention which contains an exception to the non-refoulement principle “has a different purpose [from Article 14],” he nonetheless considered Article 33(2) “a model for the EU legislator in Article 14 (4) and (5) of Directive 2011/95 for revoking or refusing refugee status (para. 47).” However, this underplays the significance of the distinct purpose of the two articles, and ignores the significance of the difference between exclusion from refugee status and the exceptions to non-refoulement. Thus, while “[the exclusion clause has a mo-](#)

ral background; it seeks to exclude those persons who are undeserving of refugee protection, [...] the exception to non-refoulement has a security background; it seeks to include considerations about the security of a receiving state.”

The Dangers of the AG’s Conflation

The conflation of the two undermines the refugee protection framework in normative and practical terms. To withdraw legal status and protection from a person who falls within the refugee category is not permitted under the Refugee Convention. Cessation and exclusion clauses which are permitted under the Refugee Convention, are distinct and do not amount to withdrawing protection to a refugee. The former is triggered in cases where it is established that the refugee will gain protection elsewhere, and the latter excludes a person from being defined as a refugee in the first place. In practical terms, as already mentioned, the absolute prohibition of refoulement or practical constraints will usually lead to the refugee staying in the member state even after the legal status was withdrawn. This is completely opposite to the *raison d’être* of the exception to non-refoulement. As its goal is not to punish the refugees for its (mis)behaviour (moral aspect), but to protect the security of a state (security aspect) it does not mandate the revocation of the re-

fugee’s legal status. Instead, it insists on their territorial removal, and even that only as an exceptional measure of last resort.

The invocation of Article 33 (2)’s wording as the ground for not granting refugee status has meant that Article 14(4) now operates as a *de facto exclusion clause* (p. 129). However, this is not a sound reason to forget about the continued difference between exclusion, exceptions to non-refoulement and revocation of refugee status. The interpretative approach leading to this outcome is also contrary to the rule of interpretation presented by the AG, in which the language is only one tool for interpretation, alongside taking account of the context and the purpose of a rule. While it was not within the remit of the AG’s role to question the Court’s previous decisions regarding the validity of Article 14, it is important to keep open at least the doctrinal debate about this issue.

To conclude, the road taken by the AG de la Tour in advocating for the strict interpretation of the “particularly serious crime” concept is laudable; the methods and criteria he presented are of practical use; however, we should not forget that such constructive solutions are offered amidst a misguided normative setting.

*The Opinion is currently not available in English. The author used the version in French. The translation is done by the author with the help of Google Translate.

Emilio Peluso Neder Meyer, Thomas Bustamante

Bolsonaro Faces the Rule of Law

doi: 10.17176/20230704-231021-0



On 30 June 2023, the Brazilian Electoral Superior Court ruled that former President Jair Bolsonaro is disqualified from running for any electoral position for the next eight years. Bolsonaro's electoral disqualification was pronounced in a case in which the Democratic Labour Party (*Partido Democrático Trabalhista*) accused the former president of "abuse of political power" in the 2022 elections because of his conduct in a meeting with foreign ambassadors in Brasília on 18 July 2022, a few months before the presidential elections. Although there are [fifteen other electoral actions](#) brought against Bolsonaro by other political parties or by public electoral prosecutors, most of which refer to accusations of attempting to compromise the integrity of the 2022 elections, this was the first case to reach Brazil's highest electoral court. Despite there being a precedent, the ruling is not a legal innovation, but the mere application of existing laws.

The speech in which Bolsonaro was found to have breached electoral laws and to have abused his presidential powers happened inside the presidential palace and was broadcasted by state television. In the [meeting](#), Bolsonaro repeated the narrative created in 2018, asserting, without any evidence, that the Brazilian electronic ballots are unsafe and are easily prone to fraud. The trial procedures ran very fast because there was no need to hear testimonials or expert evidence: it was uncontroversial that Bolsonaro met with several ambassadors and foreign officials, and there was no disagreement about the content of the speech. According to the petitioners, Bolsonaro attacked the electoral justice with fake news that aimed to justify a possible intervention in the electoral justice in case Bolsonaro lost the election. In effect, Bolsonaro spread several fake news about the electronic justice system and made unsupported accusations of electoral fraud.

Holding Bolsonaro accountable

This is not the most serious case against Bolsonaro in the Brazilian electoral court: there are cases with more se-

rious criminal accusations, like one that accuses Bolsonaro of illegally giving social benefits in exchange for votes, and another case about the interference of the „highway police“ in Lula's major electoral districts, to prevent buses from circulating and leave thousands of electors without transport. Nonetheless, it was sufficient to place Bolsonaro out of any Brazilian elections until the year 2030.

The rapporteur's [opinion](#) described Bolsonaro's meeting with foreign officials as part of a wide campaign launched by Jair Bolsonaro to attack the Brazilian electoral institutions. For the court, Bolsonaro's presidential address was not protected by the principle of freedom of speech because it violated some special obligations of his office to delegitimize the electoral process. The rapporteur argued that there was not a proper debate on the reliability of electronic voting, but an artificially created "informational disorder". There was no technical foundation for the president's criticisms, since the National Congress rejected a constitutional bill to recreate the printed vote and even the armed forces participated in procedures to check the transparency of the voting system. Any rational argument about the safety of the electronic ballots was and would be rejected by the former president, which indicates that he continuously insisted on coup rhetoric to protect himself against a possible electoral defeat.

Instead of discussing abstract principles about the freedom of speech or the special obligations of political authorities, the holding was based solely on electoral rules against the usage of public resources and the structure of the presidency to abuse political power and benefit his campaign. For the majority of the Justices in the court, Bolsonaro's pronouncement in the meeting with ambassadors compromised the fairness of the electoral process. The Justices considered in the trial evidence of a series of unfounded accusations made by Bolsonaro against the impartiality of the Electoral Superior Court to oversee presidential elections. For instance, the court admitted the introduction in the case files of a draft of a

coup plot to annul the 2022 elections, which was found by the Federal Police in the house of one of Bolsonaro's former ministers. The president's attorney alleged that such a move was unlawful since it expanded the jurisdiction beyond the main subject of the case, that is, the meeting with the ambassadors. The ruling was clear in showing that the plan behind the plot was not on trial, because if that were the case the Electoral Superior Court would lose its competence to adjudicate; nonetheless, it could serve the purpose of demonstrating that the case was neither an isolated incident nor a simple exercise of the freedom of expression, but part of a larger set of actions aimed at attacking the electoral process and keeping the president in power regardless of the result of the presidential elections. According to the court, Bolsonaro's attacks aimed at harming the institutional reputation of the court and the reliability of the elections per foreign representatives, creating a mood of conspiracy and victimization to gather popular support for a coup attempt.

The competence of the Brazilian Electoral Superior Court

The judicial decision that prevented Bolsonaro from being a major political actor for the next years must be understood in the general landscape of the Brazilian constitutional order. The Electoral Justice was created in the 1930s. Under the 1988 Constitution and a wide range of electoral law acts, the tribunals were strengthened in their competencies to administrate, regulate, and rule upon cases that could threaten or endanger the free occurrence of elections. Instead of the global pattern of assigning executive commissions to oversee elections, Brazil follows the [Latin American](#) tendency to have courts as impartial guardians of these procedures.

A distinct feature of Brazilian electoral law is the possibility of disqualification (or *inelegibilidade*) of candidates who incur in certain conducts during the electoral process, which has increased in the past years. The 1988 Constitution, in provisions such as Article 14, § 9, provides the legal basis for the regulation (through statutory enactments) of situations in which candidates are barred from running for political offices, to protect values like "administrative probity", the "morality in the exercise of the mandate" (considering the personal circumstances of the candidate, like criminal convictions), and the "normality and legitimacy of elections". Among the circumstances of disqualification is the prohibition of "influence of economic power or abuse from holding an office, po-

sition or job in the direct or indirect Administration." It is in this latter form that Bolsonaro was held to violate the electoral laws because in the judgment of the court to constantly attack the Brazilian electoral electronic system with no evidence of fraud amounts to abusing social communication and political power when in office, causing harm to the integrity and the legitimacy of the electoral process.

Precedents and the maxi-minimalist approach

It is hard to argue that the Electoral Superior Court innovated in its ruling against Bolsonaro. Under the 1988 Constitution, the electoral justice system had never faced the sort of attack that the former president made in his presidential speeches. However, either he directly or his supporters launched an aggressive defamation campaign during and after the 2018 elections. In effect, in 2021, the Electoral Superior Court already trialed a case against Bolsonaro's fierce attacks on the electoral system during the election of 2018. After making several conferences, meetings, and reports involving social media platforms, universities, and civil society groups to improve content moderation during elections, the court [acquitted Bolsonaro](#) against similar accusations of abusive behavior, but adopted, nonetheless, a [maxi-minimalist](#) approach: it did not punish Bolsonaro by removing him from office, but, *in obiter dicta*, made several disclaimers that it would not tolerate fake news in the 2022 elections.

Moreover, a few days after the court's ruling on Bolsonaro's alleged violation of electoral laws in the 2018 elections, the court terminated a federal representative's mandate based on the fake news against the electronic ballots that he spread in 2018. According to [O Globo](#) newspaper, Bolsonaro was warned by the Electoral Superior Court more than thirty times that recurring attacks on the electoral procedure could result in electoral disqualification.

Conclusion

On 30 June 2023, moments after the court disqualified Bolsonaro from running for political office, former President Jair Bolsonaro (2018-2022) posed for [photos](#) taken by a professional photographer wearing no shirt. The images showed the scar on his belly that resulted from the operations that he needed in reason of the attack suffered in the 2018 electoral campaign. These photographs were

part of an attempt to symbolize the idea of someone “hurt once in the past and victimized again by an act of injustice that happened that very day”: the ruling of the Electoral Superior Court that blocked him from running for electoral offices for the next eight years. However, the public response to the court’s decision did not meet Bolsonaro’s expectations. There was no demonstration or public rally in his support, as it used to be the case throughout his mandate or electoral campaigns – or even on the coup attempt of 8 January 2023.

The lack of major demonstrations indicates that there seems to be certain political stability generated by Brazil’s consolidation of institutional resilience. Moreover, although the footage of the [January 8th, 2023](#) is impressive, it does not represent the opinion of the majority of the population. Polls indicated that 81% of the population did not support the coup attempt; 48% of Bolsonaro’s voters also disapprove the violent acts. Additionally, the acts were responded to with the imprisonment and prosecution of a large number of people in a procedure presided over by the Federal Supreme Court. President Lula was quick and smart to not use the Armed Forces in the case, limiting his acts to an intervention in Brasília’s administration. Moreover, he proceeded in a business-as-

usual fashion, moving forward with bills and politics that reassured the normality of Brazilian politics even with the investigations of the coup happening in courts and legislative commissions. These seem to be the signs that allowed for a slight economic recovery, something the country had not seen for years. Perhaps these changes can explain the minor engagement of Bolsonaroists in favor of their most representative leader.

A [Brazilian political scientist](#) defended that it would be better if Bolsonaro was rejected in other elections, instead of being disqualified by courts. Considering the comparative institutional design, there may be a reason for that opinion. Nevertheless, this analysis ignores the particularities of the Brazilian electoral system presented in this post. Disqualifications have a constitutional basis in the Brazilian juridical architecture; the former president knew and was warned that he could be disqualified for attacking the electoral institutions; other political figures in the past were also disqualified for analogous and different reasons. In this sense, the ruling was a mere application of previous law and not a proper legal innovation. Bolsonaro will be lying (again) if he keeps on arguing that his case is an exception in Brazil.

Pielpa Ollikainen

A Taxonomy of Standing

On René Repasi v the European Commission

doi: 10.17176/20230703-231104-0



On June 21, the General Court handed down its order in T-628/22 *René Repasi v the European Commission*. Repasi had challenged the validity of the [Commission Delegated Regulation 2022/1214](#), a complementary taxonomy regulation on nuclear energy and natural gas. The General Court dismissed the action due to lack of standing. To surmount the [notoriously strict](#) standing requirements before the CJEU, Repasi relied on his position as a Member of Parliament (MEP) and argued that a claim of a wrong choice of the legal basis that leads to deviation from the ordinary legislative procedure (OLP) gives an MEP standing before the EU courts. This touches on the question of interinstitutional balance, which is relevant in light of the [controversy](#) surrounding the disputed delegated regulation, and highlights the politics within the Parliament that motivate the quest to gain recognition of MEPs' right of standing. The difficulties that MEPs encounter while fulfilling their legislative responsibilities make Repasi's argument appealing. However, creating a new semi-privileged standing category through the Union courts could also present its own set of difficulties.

The order

Repasi alleged that the Commission had overstepped its authority as defined in Article 290 TFEU when it adopted the disputed regulation (paras 12 & 22). The Commission demanded that the General Court declare the case inadmissible due to a lack of standing (para 13). On the issue of standing, the applicant argued that his position as an MEP grants him, *inter alia*, the right to vote on and to table amendments to legislative proposals, the right to participate in the OLP, certain procedural rights, and the right to defend the democratic prerogatives of the European Parliament (para 20). By adopting the disputed regulation, the Commission had transgressed upon the legislative rights of the European Parliament, and thus, also the rights of the applicant as a member of said Parliament when it mistakenly adopted the disputed act as a delegated regulation (para 22). The General Court found in favor

of the Commission and declared the case inadmissible, as the applicant could not prove the regulatory act was of direct concern to him (para 39).

Arguments on standing

The General Court's dismissal of the action is rather routine and does not much explicate Repasi's arguments, which are [detailed elsewhere](#). To have standing, a so-called non-privileged applicant must demonstrate that the challenged measure is of "direct and individual concern" to them (Art. 263(4) TFEU; para 23). This entails two cumulative conditions: the disputed act must bring about a change in the applicant's legal position directly; and, the act "must leave no discretion to its addressees, who are entrusted with the task of implementing it, such implementation being purely automatic and resulting from Community rules without the application of other intermediate rules" (para 24). This is the case when an act of Parliament affects the conditions under which MEPs exercise their rights and duties in the Parliament (para 30). Repasi argued that this was the case when the Commission chose to use a delegated act as the legal basis for its legislative proposal, as this choice severely limited MEPs' ability to participate in the legislative process by preventing them from proposing amendments and forcing them to accept or reject a package deal.

The question of validity is closely linked to the standing argument in this respect, because the latter is contingent on the former. [Repasi](#) argued that if the Commission had indeed chosen the wrong legal basis, this would give MEPs standing to challenge the regulation, as it would mean that the Commission had exceeded its mandate under Article 290(1) TFEU. Conversely, simply the fact that the Commission adopts a delegated regulation is not sufficient. To determine whether the claim is admissible, it is necessary to evaluate whether the legal basis was appropriate. In Repasi's case, this means determining whether the subject matter of the disputed regulation should have been left to the EU legislature. How-

ver, against previous case-law standing seems rather cut and dry. Direct concern has only been recognized in the context of internal measures of organization that cannot create rights against other institutions (paras 31-32). In contrast, the Commission's choice of legal basis is not an internal measure, and any change in the applicant's legal position as an MEP would then be merely incidental. The General Court then saw the validity question as separate, and unable to influence the question of standing because of its indirect link. While this is a logical consequence of the direct concern test, it nonetheless again illustrates that the 'system of complete judicial remedies' at the Union level is perhaps not so complete after all – at least if one believes that MEPs should have privileged standing due to their position.

The politics of an action by the Parliament

It bears mentioning that the Parliament has the right to bring an action for annulment ([Rule 149\(3\) EP Rules of Procedure](#)). As a result, the General Court determined it lacks no legal protection (para 35). However, the feasibility of using this institutional right should be understood against the tumultuous background of adopting the disputed regulation. The Commission's decision to group natural gas, a fossil fuel, and nuclear energy together, despite their differences in greenhouse gas emissions, was intended to [pressure the Parliament](#) into accepting a controversial compromise – a goal it achieved. Using a delegated regulation meant that MEPs were forced to accept or reject the solution in its entirety, and as the Parliament chose not to object to it, the only way for those MEPs who nonetheless were convinced the issue was worth pursuing were forced to turn to the Union courts. Herein lies the second hurdle: the same absolute majority necessary to sustain an objection to a delegated regulation is also needed to take the issue to the CJEU, effectively closing off avenues for recourse for the parliamentary minority unless a significant number of MEPs change their minds. From this perspective, recognition of standing adds the benefit of more easily attainable legality review.

For these reasons Repasi attempted to gain recognition of a minority standing right. The General Court deemed it sufficient to say that no such right is recognized under Article 263(4) TFEU and that it is not for it to create rights not recognized in the Treaty (para 38). Unfortunately, the reasoning of the Court on this point is limited to the above observation, and offers no insight in-

to how it might have engaged with Repasi's legal reasoning. What is visible is more akin to a lack of engagement. Given the CJEU's extremely [restrictive track-record](#) on issues of standing, prudent observers will have expected no major breakthrough before the General Court on this front. Nonetheless, one may find the insistence on not reading new rights into the Treaties ironic in light of the Union courts' controversial interpretation of standing requirements, particularly that of "individual concern" as laid down in the *Plaumann* test. The test has come under pressure, particularly in the context of environmental measures, but the Court of Justice has [refused to budge](#) so far.

The lack of engagement is regrettable, for Repasi presented the General Court an argument that that could have helped mitigate some of the interinstitutional imbalances faced by MEPs. Standing would apply to situations like the one at hand, or when a special legislative procedure is chosen in lieu of the OLP, with limitations to grounds invoked. However, as pointed out in [this blog](#) by Chamon, Eliantonio and Volpato, standing granted following Repasi's arguments could (and most likely would) be used by MEPs in a vast array of other constellations, such as when the decision between a Commission delegated or implementing act is made. The Parliament famously favors the former, whereas the Council favors the latter. Limiting the influence of a new semi-privileged standing category is no small feat then, against which the General Court's dismissal of the action appears understandable and opening up the categories undesirable. Its brevity may also reflect this difficulty, in addition to the general attitude of the Union courts on questions of standing.

Interinstitutional balance

The case has implications for questions of interinstitutional balance between the European Parliament and Council as well. If the General Court had accepted Repasi's standing arguments, this would have strengthened the Parliament's role as an equal of the Council. As the Parliament's role is weaker in special legislative procedures, MEPs could have challenged this weaker position by challenging the Commission's choice of legal basis. This would also have challenged the dominance of Member States' national interests on these issues by giving the Parliament more say. This was at the heart of the controversy surrounding the disputed delegated regulation as the compromise was meant to appease both France and

Germany, and thus speaks to Commission-Council negotiations that leave the Parliament's interests at a disadvantage. Repasi's arguments called on the courts to assume a larger role in arbitrating these imbalances, a responsibility the General Court was hesitant to assume.

The jury is still out

Ultimately, the difficult question prompted by this case is whether the recognition of MEPs' standing would be desirable. Though Repasi's argument is interesting, its acceptance is not automatic nor should it be. The standing conditions have long been criticized, but changes could also be made through political channels rather than the courts, whose suitability to effect such changes could be debated. It is still a democratic decision of the Parliament to not object to the delegated regulation, and though an MEP's right may be conceptualized as separate from that of the Parliament, channeling the recognition of this ad-

jacency to standing requirements seems to require similar political decisions as those required by the delegated regulation according to Repasi. For the courts to read them into the Treaties will probably require more time and discussion, if they will ever be ready to do so.

For Repasi, the fight may not be over: the General Court's order can be appealed to the Court of Justice. It would be interesting to see whether the Court of Justice keeps to the General Court's tight-lipped approach, or whether it is more willing to entertain the arguments put forth by the MEP and theorize a little on the values invoked. The disputed delegated regulation is also not out of hot water yet, as not only [Austria](#), but also a group of [environmental NGOs](#) have raised an action for its annulment. Thus, the Union court(s) will have the opportunity to examine its validity in another case and indirectly (partly) resolve the question of Parliament's prerogatives in this case.

Rivka Weill

The Folly of the Israeli Government in Restricting Reasonableness

doi: 10.17176/20230726-132144-0



It is the eve of Tisha B'Av, the day that commemorates the destruction of the first and second temples in Jewish history. On the seventy-fifth anniversary of the establishment of the State of Israel, the words of the prophet Isaiah, who foresaw the destruction of the First Temple, are poignant: „[Y]our rulers are rebellious, and friends of thieves.“ Isaiah warned that the leaders of the Kingdom of Judah were straying from the righteous path and consorting with thieves. When this is the state of society, corruption mounds. As Isaiah described, „everyone loves bribes and chases after gifts.“ Society is thus doomed to moral ruin: „[T]hey do not defend the orphan, nor does the widow's plea come before them.“

On Monday, July 24, the Israeli legislature passed a constitutional amendment that would constrain the courts' ability to use the reasonableness doctrine. The [reasonableness doctrine](#) is a [common law doctrine](#) developed by the Israeli courts to review executive decisions. It requires the executive branch, including all regulatory bodies, to take into account all relevant considerations and grant them proper weight. The primary duty to act in a reasonable way lies with the decision maker.

Despite internal and international pressure, the ministers of the Israeli government insisted that their base would not have forgiven them, had they given up their campaign against the reasonableness doctrine. [In a previous post](#), I discussed the dangers involved in curtailing the reasonableness doctrine in Israel. This post intends to expose how the government is unwittingly undermining its own agendas by abolishing reasonableness.

The government's political base presumably consists of party activists who work day and night behind the scenes to promote their respective political parties. In return, these political activists seek to be appointed to public positions. They demanded that the Israeli government have a free hand in appointments, so that it could appoint anyone it wanted. Thus, the government, which controls a legislative majority, as is typical in a parliamentary system, amended Basic Law: the Judiciary to al-

low *inter alia* the government and its ministers to appoint personnel free from judicial review of the reasonableness of the appointments. The amendment states that the courts should not review the reasonableness of decisions of the government, the Prime Minister or ministers. Decisions specifically include also appointments or avoidance of action.

However, was it wise to give the political base what it wanted?

Anyone who has ever conducted a complex negotiation knows that sometimes weakness, or constraint, on the negotiators [becomes a strength](#), as argued by the Nobel laureate and game theory expert Thomas Schelling. Often, employees who ask their bosses for a raise receive empathy. Many times, however, the bosses refuse to raise wages, claiming that the board of directors did not greenlight the raise. The bosses do not pay the full price of the refusal, because they get to hide behind the board of directors, who play the role of the „bad guy.“ In most situations, the employees cannot even directly check with the board of directors, if their case was indeed discussed. What is true at the level of the individual employer, is *a fortiori* true at the level of the state. Thus, the powerful United States stipulated in its Constitution that international treaties not only require the consent of the President but also require the approval of the Senate. This is not intended to undermine the US's foreign relations. On the contrary, it empowers the President in international negotiations. The President can stipulate strict demands on the grounds that only obtaining them will secure the Senate's approval of the international treaty. The President's weakness in the domestic political arena becomes their strength in international bargains. It allows the President to achieve otherwise nearly impossible treaty conditions.

The reasonableness doctrine fulfilled this exact function in the Israeli legal and political ecosystem. Israel is a small country with approximately 10 million people and a territory the size of New Jersey. Its governing coal-

tions are composed of multiple parties of varying sizes and ideologies because of its [proportional representation](#) electoral method. In this context, the reasonableness doctrine weakened the government's power to appoint public officials in order to help it when facing pressure from a base that can easily access the government.

Prior to this constitutional change, when a political activist of a party in the governing coalition would demand a senior appointment to a public position, a minister could deny the request, saying that the party would have very much liked to help, but their hands are tied. The minister could reason that the Israeli Supreme Court is likely to torpedo such an appointment on the basis of lack of reasonableness, and this would only risk tarnishing the activist's reputation. What will the ministers of tomorrow's government do? How will they face the flood of requests, when there are more political activists than appointments with which to sate their appetite? The restriction of the reasonableness doctrine will not only harm the ruling parties but will lead to severe corruption in the public sector.

What caused the fall of Jerusalem during the temple days? Jewish sources blame folly, corruption and extremism. By eliminating the requirement that appointments be reasonable, the government and its ministers weaken-

ed their own ability to maneuver when facing their base. The government and its ministers enjoyed the authority to determine whom to appoint to public positions even when the reasonableness doctrine was in force, even if they claim otherwise, but the reasonableness doctrine gave them the maneuvering space to nominate and appoint the worthiest among their candidates to public office.

Allowing appointments to be subject to judicial review based on reasonableness was one of the opposition's main demands as a precondition for a consensual constitutional amendment, in addition to freezing the constitutional revolution for an agreed-upon period. The coalition's refusal to accommodate the latter demand is reportedly what tanked the negotiations. A consensual constitutional amendment could have relieved international and domestic pressure on Israel. Without the reasonableness doctrine, Israel is more conflicted than ever, and vulnerable to the spread of the scourge of corruption. The government shot itself in the foot both domestically and internationally.

This post is based on my op-ed in [Globes](#) from July 25, 2023 (in Hebrew). I thank Yochai Rosner and my daughter Elisheva Feintuch for their help in preparing the English version.

Aeyal Gross

An Unreasonable Amendment

The Constitutional Capture in Israel

doi: 10.17176/20230725-012117-0



Amidst massive protests taking place in Jerusalem and throughout the country, on July 24th the Knesset (Israeli parliament) passed [Amendment Number 4](#) to Basic Law: The Judiciary, curtailing the power of Israel's Supreme Court. Basic Laws are chapters in Israel's fragmented constitution with supreme status over regular legislation.

The amendment determines that no court, including the Supreme Court seating as the High Court of Justice, may engage with and/or pass judgment on the reasonableness of any "decision" of the government, the prime minister, or any minister; nor may a court give an order on the said matter. The amendment continues to define "decision" as "any decision – including in matters relating to appointments, or a decision to avoid exercising any authority." This amendment was proposed as part of a package of legislation whose overall aim is to create a government that is not limited by law, by restricting the possibility of judicial review of legislation and governmental action, while also curtailing the independence and the power of the legal advisors to the government.

This amendment is the first of the six prongs of the "reform" proposed in January 2023 by Minister of Justice Yariv Levin (as detailed in my post on [The Populist Constitutional Revolution in Israel](#)) to become actual law. As explained in the [follow-up post I published here in March](#), after massive public protests, as well as domestic and international pressures, on March 27th, Prime Minister Netanyahu declared a suspension of the legislation, pending negotiations between the coalition and opposition aiming at reaching a "compromise" on the proposed "reform." Building on these two previous posts, this post explains how the passing of this amendment demonstrates the erosion of the initial success at blocking the legislative blitz, thus illustrating the limits of the strong opposition to the constitutional coup initiated by the Netanyahu government. It further argues that after the failure (to date) to complete the legislation taking over the Judicial Appointments Committee, the curtailment of the reasonableness doctrine is a crucial step in the govern-

ment's constitutional capture plan.

As detailed in my previous post, the suspension of the legislation in March came after a night of dramatic protests following Netanyahu's attempts to fire Minister of Defense Yoav Galant, after Galant had spoken out against the proposed legislation. These protests were the culmination of weekly protests taking place ever since the government's plans were announced in January. These protests were joined by numerous letters and petitions from Israel and from all over the world, pressure from the financial sector and especially from Israel's tech industry, and pressure from reservists within elite units of the Israel Defense Forces (IDF).

However, the negotiations between the coalition and the opposition under the auspices of President Isaac Herzog, which commenced following the suspension of the legislation, proved futile. A major bone of contention was the issue of the composition of the Judicial Appointments Committee: the coalition insisted on controlling its composition, and the opposition refused any such change. After this failed dialogue, the coalition re-instigated the legislation process, this time prioritizing the legislation abolishing the reasonableness doctrine.

Losses for the Coalition and the Battle over the Judicial Appointments Committee

While the talks were taking place, the coalition suffered two significant losses. The first was the election of an opposition member to the Judicial Appointments Committee, which is still comprised of three Supreme Court Justices, two cabinet ministers, two Members of the Knesset and two representatives of the Israel Bar Association. The coalition had attempted to have no Member of the Knesset elected, so it could delay the convening of the committee in its current structure; therefore, it sought to have its members vote against all candidates. However, on June 14th, opposition Member of Knesset (MK) [Karin Elharar was nonetheless elected to the committee](#), as four unknown members of the coalition joined the opposition

in supporting her candidacy. Eventually, on July 12th, a second MK was elected to the committee on behalf of the coalition.

Even more dramatic were the results of the Bar elections held on June 20th, when Amit Bachar, the acting head of the Israel Bar Association and a fierce opponent of the government's plans, [won a landslide victory](#) against the pro-government candidate, attaining 73 percent of the vote. This was not only a no-confidence vote by the Bar for the government's "reform," but also a significant victory, given the two seats the Bar holds in the Judicial Appointments Committee. The government's reaction has been to [support a bill that, if passed, will disband the Bar as it exists today and replace it with another body controlled by the government](#).

The elections of Elharar and Bachar clarified to the coalition that it cannot achieve its goal of capturing the courts simply by packing them with conservative anti-activist judges within the existing structure of the appointments committee. Thus, the coalition is now more motivated than ever to pass legislation that will alter the composition of the committee. [The proposal to change the composition of the committee](#) in a way that will give the coalition government control of it has already passed all of the required preliminary stages of legislation before the suspension of the legislative process. At any moment, this proposal can be brought to the Knesset plenary for the required second and third votes that will entrench it into law. Until this happens, Minister of Justice Yariv Levin, who serves as the Chair of the Judicial Appointments Committee, is not convening the committee, in order to prevent the appointment of judges by a committee he cannot control. This is especially notable given the upcoming mandatory retirement of Supreme Court President Esther Hayut – a staunch opponent of the government's "reform" plans – in October, when she turns 70.

Thus, the definition of a "decision" over which there will be no review under the amendment to the reasonableness doctrine (the "Reasonableness Amendment") must now be understood within this context: the language regarding "a decision to avoid exercising any authority" is there to attempt preventing petitions challenging continued avoidance by Levin to exercise his authority by not convening the committee until he has managed to take over it. Conversely, the language regarding "matters relating to appointments" is there to allow the

government to fire Attorney General Gali Baharav Miara, also a staunch opponent of the constitutional coup, who alongside Hayut serves as one of the major guardians of the rule of law. Indeed, the coalition would be very eager to get rid of her and to appoint an Attorney General who supports its authoritarian moves. Thus, the "Reasonableness" Amendment is critical for the coalition's plans to capture the major rule of law institutions in Israel in ways that would facilitate its plan of governing with no limits.

The End of Reasonableness: What is at Stake?

The legislation prohibiting judicial intervention based on reasonableness is skewed. Rather than offering legislation defining the duties of the administrative state, including the norms according to which it should act (reasonableness, fairness, good faith, etc.), the legislation presents an unprecedented (at least in Israel) attempt to curtail a major criterion under which judicial review of administrative action takes place, by signaling out one common law doctrine and saying the Court cannot strike down governmental decisions on its basis. [Other writers](#) explored [in detail](#) the status of the reasonableness doctrine in Israeli law. Rivka Weill [explicated in this blog the risks entailed in curtailing this doctrine](#). I will not rehash that discussion within this post. However, I do note that while the courts can address some issues potentially covered by the reasonableness doctrine through other doctrines (e.g., proportionality, particularly in assessing violations of specific human rights), there are important issues beyond those already discussed above where reasonableness plays a major role.

Concretely, it is no secret that the government vehemently dislikes judicial decisions restricting the possibility of appointing as cabinet ministers politicians who are under serious indictment, or who were recently convicted of serious criminal offences. The fact that the major precedents making these determinations were both made (in 1993 and 2023) regarding the same person – Shas Party leader and major Netanyahu partner MK Aryeh Deri – reveals that this legislation has a name on it. So while legal scholars in Israel engage in ongoing debate regarding to how dramatic the curtailing of the reasonableness doctrine will be given the variety of other administrative law doctrines allowing for judicial review, it is quite clear the doctrine plays a major role in judgments concerning political as well as other appointments. Moreover, the legislation cannot be understood outside the broader context

of the government's constitutional capture plans. In fact, if passed, it may give the coalition the signal that it can go ahead and use the same majority to pass the other prongs of its program.

The Crisis

The days leading to the legislation of the Reasonableness (or rather, un-reasonableness) Amendment were fraught with crisis. The protests gathered momentum, while simultaneously facing escalating incidents of unjustified police violence against protesters and their arrest. This is a worrying development, indicating that the police are following the spirit of Minister of National Security Itamar Ben-Gvir, who has been demanding that the police act more harshly against the protests. On July 5th, the Chief of the Tel Aviv Police Department quit the force after Ben-Gvir succeeded to strip him of his position. In his [resignation speech](#), Eshed said that Ben-Gvir expected him to use unreasonable force against the protesters. "We could have fulfilled the expectations," he said, by breaking bones and filling the Tel Aviv hospital emergency room at the end of every demonstration. Sadly, [police violence](#) in recent weeks seems to indicate that others within the force do attempt to fulfil Ben-Gvir's expectations.

Another frontier or crisis is the military one. On July 1st, over [1,000 reservists](#), including hundreds of pilots, signed a letter saying they would stop serving in the IDF if the Reasonableness Amendment passes. While this continues previous similar threats voiced since January, this concrete threat [sent shockwaves through the Israeli military and in fact Israeli society](#), with commentators noting that the Israeli air force – a central component in Israel's security mechanism – would lose its capacity to act in wars. The constitutional crisis is now understood as [a major security crisis](#). However, it is also understood as a major societal crisis, creating unprecedented chasms within Israeli society. [Continued pressure by US President Joe Biden](#) on Netanyahu not to proceed with the legislation without broad consent may also indicate a crisis in Israel's relations with the US.

What Lies Ahead

In the days before the legislation passed, there were various attempts to reach a "compromise" legislation that would include a more limited restriction on the use of the reasonableness doctrine, alongside a commitment from

the coalition to put the rest of the legislative "reform" on hold for a few months. President Herzog, head of the Histadrut (the federation of trade unions) Arnon Ben-David, and some academics were all involved in these negotiations. The failure of these attempts and the passing of the legislation may exacerbate the ongoing political, societal, military, and economic crises. Petitions being launched to the Supreme Court against the amendment argue that it amounts to an [unconstitutional constitutional amendment](#) and to [abuse of constitutive power](#) by the Knesset. While in my view, the Supreme Court should strike down the legislation, to date it has never struck down a Basic Law (only regular legislation violating Basic Laws). So even if constitutional doctrine in Israel seems open to striking down Basic Laws if they violate basic democratic principles or constitute an "abuse" of the constitutional process, it is unknown whether the Court will choose to take this path. If it does, and the government refuses to honor the judgment, this may lead to an all-out constitutional crisis. However, it is not unlikely that the Court will refuse to intervene, at least at this stage, possibly holding (based on the "ripeness" doctrine) that it would only intervene in the issue when facing a concrete case where the amendment prevents judicial review.

Meanwhile, the government continues to pursue its extremist policies in other ways, which should remind us that the constitutional takeover is only one component in the story of how this government is reshaping Israel and its relationship with the Palestinians. Especially regarding the Occupied Palestinian Territory, the government's annexational policies continue with hardly any interference, illustrating that the coalition's ultimate agenda of increasing Jewish settlements and maintaining Jewish supremacy does not pause pending the constitutional discussions. While the [occupation, the settlements, and their detrimental effects on Palestinians](#) are hardly new, [the policies advocated by this government aim at entrenching and deepening Israeli control and Palestinian dispossession even further](#).

The huge opposition to the government's plan of constitutional capture announced in January has largely been considered a success. The popular narrative was that within two months, the government had to disband its legislative plan and sit down with the coalition. However, as we have now seen, the government has merely transitioned to the so-called "Salami technique," supporting piecemeal changes, starting with one that may seem tech-

nical, and which the government perhaps thought most of the population may seem oblivious to. Fortunately, the liberal public did not buy this, as the massive protests against the amendments have shown. However, these protests and pressures were not enough to stop the

legislative process in the Knesset. The coalition government's choice to go ahead with the legislation notwithstanding the internal and external pressures may now only deepen the multi-layered crisis the country has been in since January.

Rivka Weill

Did Israel Lose its Sanity?

The Struggle over the Reasonableness Doctrine

doi: 10.17176/20230712-231205-0



Israel is in the midst of an acute struggle over its constitutional identity. We are witnessing a government adamant about revolutionizing Israel's constitution ("Basic Laws"), which may [typically be amended by a simple majority of the legislature](#) and is thus prey to the whims of an extreme government. In light of Prime Minister Benjamin Netanyahu's criminal trial, roughly half of Israel's parliament ("Knesset") boycotted Netanyahu. To form a governing coalition, his Likud Party signed agreements with some of the more extreme political parties. Alas, these agreements commit the government to pursue a constitutional revolution. The most recent move on the government's agenda, passing a constitutional amendment that would severely restrict the reasonableness doctrine, would bring Israel closer to the brink of constitutional chaos. In this blog, I explain the theoretical arguments in favor and against the proposal and lay out the implications, should this proposal go through, given the government's true, concerning motivations that are already evident on the grounds.

Recap: How Did We Get Here?

Upon its formation, in January 2023, the government attempted to launch what it termed as the "first step" in amending the Basic Laws. It proposed to limit judicial power so that only the Supreme Court could review the constitutionality of statutes and only with a super majority of justices. The Court would be explicitly prohibited from reviewing the constitutionality of Basic Laws or amendments thereof. The government also sought to revise the judicial appointment method, so that it would control the selection, promotion and possibly removal of judges, [spelling the end of judicial independence](#).

Hundreds of thousands of worried Israelis took to the streets and have been demonstrating consistently over the past half a year on a weekly basis. In light of this fierce public backlash as well as international condemnation, the government re-evaluated its strategy. With the President of Israel, Isaac Herzog, serving as a mediator,

the government attempted to negotiate a softer package with the leading opposition parties. By June, [the opposition halted the negotiations](#) when the government failed to comply with its commitment to elect the government's representative to the Judicial Selection Committee.

Instead, the government reverted to promoting its agenda unilaterally. It decided to embark on a constitutional amendment that would dismantle the judicial authority to review the reasonableness of executive decisions of the government, of ministers and of other elected officials. This has been part of the original plan all along but has now become the first prioritized item. [The bill passed the first reading in the Knesset on July 10th](#) based on coalition support alone. The government plans to enact it before the end of the legislative summer session in July.

The Case Against the Reasonableness Doctrine

The government and its supporters claim that the Israeli Supreme Court has invented out of thin air the idea that it can be in charge of the reasonableness of government action. This judicial power is based on [common law development alone](#). The challenge is that reasonableness is subjective. By definition, this doctrine requires the government to evaluate all relevant considerations and give them proper weight. This allows the judiciary leeway to intervene by claiming that the government has overlooked a consideration or undervalued another.

The government further argues that the doctrine is unparalleled in comparative terms. [Unlike the US](#), it is not restricted by a deference doctrine to the discretion of the executive as an elected or professional body. Nor is it exercised only in cases of extreme unreasonableness in which anyone could agree that an administrative action was objectively unreasonable. Rather, the Israeli justices often dispute whether a government action is unreasonable. In essence, the reasonableness doctrine replaces executive judgment with judicial discretion. This doctrine thus provides an overly broad, unwarranted, and

undemocratic basis for judicial intervention in government actions.

This status quo severs the link between authority, responsibility, and accountability. The government is accountable to the public that elected it but does not have the authority to pursue its policies free from judicial intervention. It should be held accountable by the public, which can vote it out of office, rather than the judiciary.

Furthermore, striking down the reasonableness doctrine will still leave the judiciary with many other tools at its disposal to review government's decisions. The courts may still hold that executive decisions are illegal, discriminatory, motivated by arbitrary or ill considerations, disproportional, or have been reached through a flawed process.

The Case For the Reasonableness Doctrine

Those who oppose the government's amendment warn that Israel has a [weak separation of powers](#) structure. Israel is a parliamentary system where the government coalition forms out of the legislature and depends on maintaining the confidence of a legislative majority. It is not a presidential system where the executive and legislative can check each other. Nor does Israel have a bicameral legislature with an upper and lower house that can balance each other. It is unicameral. Nor is Israel a federal system. It is a small state with approximately [10 million people](#) and the territorial size of New Jersey. In these circumstances, the only substantial counterforce to the elected branches is the judiciary.

Supporters of the doctrine argue that the reasonableness doctrine is wholly democratic. When the Court strikes down a decision as unreasonable, it signals concern to the political actors and to the public. It requires a second look at the executive action, but the judicial decision can be undone by the legislature. The doctrine applies only to the executive branch while the Knesset may enact unreasonable laws. Thus, the same majority that controls both the government and the Knesset in a parliamentary system may overrule a judicial decision of unreasonableness through statute. Thus, reasonableness [enhances the accountability of the government](#) and strengthens the legislature's supervisory role in relation to the executive.

In addition, supporters argue that reasonableness is much needed in the Israeli context. When Israeli courts exercise administrative review, they do not allow interrogating witnesses but rather rely on affidavits alone. There

is no normal adversarial process. Thus, it is often impossible to prove that an executive decision was ill-motivated and resulted from a desire to benefit family, friends, or donors. The courts may use reasonableness to invalidate a decision they suspect, but have no proof, that it is ill-motivated.

Furthermore, we require the private sector to act reasonably, so how can we not apply the same standard to public officials? After all, if a lawyer or a doctor pursues the wrong procedure, they would be liable under tort laws. How can public officials, who must value the people's interests above their own, not be held at the very least to the same standards?

The Bigger Picture

One could argue that either position is reasonable from an analytic perspective. However, understanding the context is crucial. The attack on the reasonableness doctrine is but a first shot in a larger campaign to undo the [judicial legacy of Aharon Barak](#), the legendary former President of the Israeli Supreme Court. Through [a series of strategic landmark cases](#), he gradually expanded judicial power. Upon his appointment to the Court, one of Barak's earliest moves was to establish that reasonableness provides an independent basis to exercise judicial review over executive action, in the Yellow Pages decision of 1980. This paved the way for a bigger revolution in 1988, in the Ressler decision, in which Barak's Court held that practically no issue was non-justiciable and any public petitioner may approach the Supreme Court in its capacity as a High Court of Justice. Why are all matters justiciable? If there is no other legal standard to intervene, the Court can always inquire whether an act was reasonable. Eliminating reasonableness opens the possibility of restricting the Court's purview of justiciability.

What kind of decisions may the government want to keep the Court away from?

Well, notably, reasonableness has been used to intervene in governmental decisions about appointing and removing administrative officials. This has been a tool in fighting corruption, since Israel is a small country where everyone knows each other, and it is relatively easy to stretch and reach those in power.

Aryeh Deri, who is the head of the *Shas* party and a prominent member of the governing coalition, has been disqualified from office using this doctrine. Deri has a track record as a convicted felon going back to the early

2000s and in 2022 has been convicted again on tax fraud charges. In January 2023, Netanyahu appointed him as Minister of Health and of Interior, an appointment the Court was quick to reject. Many justices based their decision to disqualify Deri on the grounds that it was “*unreasonable in the extreme*” to appoint him given his [background](#). Deri has remained a member of the Knesset. Eliminating the reasonableness doctrine could possibly allow the coalition to get him back into the government.

More generally, this sets the stage for removing officials from the public sector, starting with the Attorney General (AG), Gali Baharav-Miara. Israeli governments in general do not deliberate at length in full session. The government as a whole is too big a body and gathers mostly to vote on resolved matters. Yet, on July 9th, the entire government [summoned the AG](#) to question her about the criminal enforcement policy against protesters of the current government’s constitutional agenda. Members of the coalition inquired why the AG does not hold enough protesters to trial for blocking streets and disrupting public order. Some ministers claimed that, in 2005, the AG’s office was stringent in suppressing the protests against the disengagement from Gaza. And now the protesters are treated more leniently. It seems that the government is setting up pretexts to fire Baharav-Miara. Many ministers even called for it openly. Without the reasonableness doctrine, it would be much easier to fire the AG and get away with it. An independent AG, who serves also as the head of the prosecutorial power, is extremely important in Israel given its weak separation of powers.

Furthermore, without reasonableness, it will be much harder to supervise the police, which have been increasingly [using more brutality](#) against the protesters. The minister in charge of internal security (including the police) is Itamar Ben Gvir, [who was convicted](#) of supporting terrorist organizations and inciting racism. He is in an ongoing power struggle over directly managing the police’s actions. Many of the police senior staff have quit or been fired. Now, Ben Gvir needs to appoint a new chief for the

police as well as other senior staff. The Court has traditionally relied on the reasonableness doctrine to disqualify dangerous picks. Meanwhile, a member of Ben Gvir’s party has proposed a [bill](#) that would enhance the Minister’s authority over suspects significantly, including direct power to detain and arrest.

These are only a few glaring examples. Other pending key appointments include the new [Governor of the Bank of Israel](#) and more senior officials in the public sector.

In this current context, for a government bent on removing barriers to corruption, squashing opposition by using more force against democratic protesters and packing the executive branch with political loyalists, removing reasonableness is a major step towards accomplishing its goals. Yet, it is but a first step and some members already declared their intent to proceed with taking over the judiciary.

However, Israel’s democracy is not doomed just yet. The Court, the AG office, the academia and civil society organizations are strong and resistant. The Court has tools to deal with the abolition of the reasonableness doctrine. It could interpret the amendment narrowly to prevent ministers from aggrandizing power through exercising discretion instead of their subordinates to shield decisions from reasonableness review. It could develop proportionality as a substitute for reasonableness that would apply more generally in balancing dilemmas even outside the context of protection of rights. It could even possibly declare the constitutional amendment that abolishes reasonableness [unconstitutional](#) as applied to the appointment of Deri or the removal of Baharav-Miara on the grounds that it runs against the rule of law that requires even constitutional law to be general in nature. But, what is clear, is that if this bill is enacted, it would definitely mean the escalation of the fight over the soul of Israel’s democracy.

I thank my daughter, Elisheva Feintuch, for her help in preparing this blog.

Roman Kollenberg

Warum Fehlinformation, Desinformation und Hassrede nicht gleich behandelt werden sollten



Zur Herausforderung differenzierter Begriffsverwendungen im geplanten UN-Verhaltenskodex für Informationsintegrität auf digitalen Plattformen

doi: 10.17176/20230731-132058-0

Der Umgang mit Fehlinformationen, Desinformationen und Hassrede im Internet ist ein hochaktuelles Thema. Eine im Juni 2023 vorgestellte Politikrichtlinie der UN zielt darauf ab, eben jene Phänomene zu bekämpfen. Es erscheint jedoch nicht sachdienlich Fehlinformationen, Desinformationen und Hassrede ähnlich bzw. gleich zu behandeln, wie es der UN Entwurf momentan vorsieht. Dieser Blogpost vertritt daher die These, dass zumindest Fehlinformationen – also unabsichtlich unrichtige Aussagen – anders behandelt werden müssen als bewusste falsche oder verletzende Äußerungen im Internet.

Im Juni 2023 hat der Generalsekretär der Vereinten Nationen, *António Guterres*, eine Politikrichtlinie ([Our Common Agenda Policy Brief 8 Information Integrity on Digital Platforms](#)) vorgestellt, in welcher er Grundsätze zur Bekämpfung der oben genannten Negativphänomene digitaler Kommunikation aufstellt und erste Ideen hinsichtlich der Begründung eines UN-Kodexes skizziert (ab S. 21). Die ersten Ansätze zum Umgang mit den oben genannten Phänomenen werden dort unter den folgenden Oberbegriffen ausgeführt:

Commitment to information integrity, Respect for human rights, Support for independent media, Increased transparency, User empowerment, Strengthened research and data access, Scaled up responses, Stronger disincentives, Enhanced trust and safety.

Grundsätzlich Begrüßung des Vorstoßes

Die Mitgliedstaaten werden angehalten, diese Grundsätze auf nationaler Ebene umzusetzen (S. 21). Man mag zwar kritisieren, dass es sich dabei letztlich (nur) um internationales Soft Law handelt, dennoch ist es zunächst einmal begrüßenswert, dass sich auch die Vereinten Na-

tionen der Auseinandersetzung mit der problembehafteten Seite der „grenzenlosen“ Freiheit des Internets widmen. Denn internationale Regelwerke gewinnen bei der Entwicklung einer einheitlicheren staatlichen Vorgehensweise im Umgang mit den genannten Phänomenen besondere Relevanz, da die großen, international agierenden digitalen Plattformen wie z.B. Meta und Twitter mittlerweile eine allgegenwärtige Rolle einnehmen. Ihre User werden weltweit miteinander vernetzt. Staatsgrenzen haben für den Austausch von Nachrichten, Tweets, Bilder etc. kaum eine Bedeutung, was wiederum dazu führt, dass nationale Regelungssysteme mit der unaufhaltsam voranschreitenden globalen Vernetzung zahnlosen Tigern gleichen. Man verfolgt mit der Erarbeitung eines solchen Kodexes insgesamt also durchaus erstrebenswerte Ziele.

Notwendigkeit präziser Formulierungen und Abgrenzung im Soft Law

Ein wesentliches Problem bei (internationalen) Verhaltenskodizes liegt jedoch nicht selten in der unzureichenden Klarheit bzw. eindeutigen Definition der darin verwendeten Begriffe. Insbesondere und nahezu zwangsläufig betrifft dies internationales Soft Law, das den Anspruch hat, bei den Mitgliedsstaaten weite Akzeptanz zu finden. Aufgrund der Vielzahl von Mitgliedsstaaten (die Vereinten Nationen haben etwa 200 Mitgliedsstaaten) mit ihren unterschiedlichsten Vorstellungen und bestehenden Regelungssystemen, ist dem ein nicht unerheblicher Umsetzungs- und Ermessensspielraum wesenstheilig. Dennoch ist es unerlässlich, dass relevante Begriffe in diesen (nicht bindenden) Regelungswerken so weit wie möglich klar und präzise formuliert werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass unter dem Vor-

wand unklarer Begrifflichkeiten oder zu weit gefasster Interpretationsspielräume bei der nationalen Umsetzung Einschränkungen legitimer Meinungsäußerungen vorgenommen werden könnten.

Begriffliche Differenzierungen und Gleichsetzungen im UN-Dokument

Diesen Grundsätzen wird das vorliegende Dokument zunächst auch gerecht, indem es zwischen den Phänomenen „Fehlinformation, Desinformation und Hassrede“ unterscheidet (S. 4 f.).

Fehlinformation und Desinformation differieren in der konkreten Anwendungsabsicht. Demnach handelt es sich bei Desinformationen um falsche Informationen, die *absichtlich* verbreitet werden, um ernsthaften sozialen Schaden zu verursachen. Unter Fehlinformationen versteht man hingegen die *unbeabsichtigte* Verbreitung ungenauer Informationen, die mithin in gutem Glauben und dem fehlenden Bewusstsein weitergegeben werden, die Unwahrheit zu verbreiten. Unter Hassreden versteht man hingegen jede Art von Kommunikation in Wort, Schrift oder Verhalten, die angreift oder abwertende bzw. diskriminierende Sprache benutzt, die sich auf eine Person oder eine Gruppe aufgrund ihrer Zugehörigkeit bezieht, d.h. aufgrund ihrer Religion, ethnischen Zugehörigkeiten, Nationalität, Rasse, Hautfarbe, Abstammung, ihres Geschlechts oder anderer Identitätsmerkmale.

Die zunächst durch die Trennung der drei Termini „Fehlinformation, Desinformation und Hassrede“ zum Ausdruck gebrachte begriffliche Sensibilität wird jedoch im ersten Entwurf (S. 21 ff.) kontraintuitiv wieder aufgehoben.

Zwar heißt es zu Beginn (Hervorhebungen durch den Autor):

“Respect for human rights

(b) Member States should:

(i) Ensure that responses to **mis- and disinformation and hate speech** are consistent with international law, including international human rights law, and are not misused to block any legitimate expression of views or opinion, including through blanket Internet shutdowns or bans on platforms or media outlets;”

Im weiteren Verlauf der aufgestellten Grundsätze erfolgt jedoch immer wieder die Gleichsetzung dieser drei *unterschiedlichen* Phänomene:

“Increased transparency

(f) Digital platforms should:

[...] (ii) Publish and publicize accessible policies on **mis- and disinformation and hate speech**, and report on the prevalence of coordinated disinformation on their services and the efficacy of policies to counter such operations;”[...]

(j) All stakeholders should invest in robust digital literacy drives to empower users of all ages to better understand how digital platforms work, how their personal data might be used, and to identify and respond to **mis- and disinformation and hate speech**. Particular attention should be given to ensuring that young people, adolescents and children are fully aware of their rights in online spaces;”

“Scaled-up responses

(m) All stakeholders should:

[...] (iii) Promote training and capacity-building to develop understanding of how **mis- and disinformation and hate speech** manifest and to strengthen prevention and mitigation strategies;”

Was irritiert, ist, dass Fehlinformation, Desinformation und Hassrede stets in einem Atemzug genannt werden, obwohl man im policy brief selbst Wert auf die hinreichende Abgrenzung der Phänomene gelegt hat.

Die Relevanz begrifflicher Präzision vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit

Es wäre wünschenswert, *Guterres* hätte im ersten Aufschlag die Fehlinformation von der Desinformation und Hassrede begrifflich abgesondert. Denn so wie es zunächst im policy brief beschrieben wird, handelt es sich freilich um unterschiedliche Phänomene, deren jeweilige Legitimität vor dem Hintergrund der Grenzen der Meinungsfreiheit auf unterschiedlichsten Ebenen (im Folgenden an Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 5 Abs. 1 GG exemplarisch verdeutlicht) ebenfalls differenziert bewertet wird:

Gemäß Art. 10 Abs. 1 EMRK werden zunächst alle Meinungen und Äußerungen in ihrer Vielfalt geschützt, ohne inhaltliche Beschränkungen. Dies gilt unabhängig von ihrem Wert und ihrer Nützlichkeit, selbst wenn sie als verletzend, schockierend oder verstörend empfunden werden können (EGMR Urt. v. 1.10.2013 – 20147/06 Rn. 28 – Cholakov/Bulgarien). Sowohl Fehlinformation, Desinformation als auch Hassrede fallen daher zunächst unter den Schutz von Art. 10 EMRK. Die Grenzen der Meinungsfreiheit finden sich jedoch im Verbot des Missbrauchs gemäß Art. 17 EMRK, das insbesondere Desinformation (z.B. historisch eindeutig falsche Tatsachenbehauptungen: EGMR Beschl. v. 24.6.2003 – 65831/01 – Garaudy/Frankreich) und Hassrede erfassen kann (z.B. islamophobe Hassrede: EGMR Beschl. v. 16.11.2004 – 23131/03 – Norwood/Vereinigtes Königreich).

Demgegenüber hat der EGMR festgestellt, dass die Freiheit der Kommunikation auch die Freiheit einschließt, sich nicht um den Wahrheitsgehalt seiner Aussagen zu sorgen (EGMR Urt. v. 8.6.1986 – 9815/82 Rn. 46 – Lingens/Österreich, EGMR Urt. v. 6.9.2005 – 65518/01 insb. Rn. 113 – Salov/Ukraine). Daher genießt die *gutgläubige* Wiedergabe unrichtiger Informationen – also die Fehlinformation, wie sie im policy brief beschrieben wird – ebenfalls den Schutz des Art. 10 Abs. 1 EMRK.

Auch im Hinblick auf den Schutzgehalt von Art. 5 Abs. 1 GG ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Grundsätzlich kommt es für die Einordnung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG nicht auf den Gegenstand oder den Inhalt der Meinungsäußerung an. Das BVerfG unterscheidet nicht danach, ob die Äußerung als „richtig“ oder „falsch“ betrachtet wird oder ob sie emotional oder rational begründet ist (BVerfGE 61, 1 [7]; 65, 1 [41]; 93, 266 [289]). Jedoch wird bewusste Unwahrheit (Lüge), was letztlich unter die Definition von Desinformation nach UN-Verständnis (policy brief S. 4 f.) fällt, nicht durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt (BVerfGE 61, 1 [8]; 99, 185 [197]). Ebenso findet Hassrede ihre Schranken bereits in Art. 5 Abs. 2 GG. Hingegen genießen alle anderen Tatsachenbehauptungen mit Meinungsbezug – einschließlich Fehlinformationen – den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG (BVerfGE 61, 1 [8]), BVerfGE

90, 1 [14 f.]).

Rechtliche Gratwanderung und zukünftige Herausforderungen

Obwohl es sich nur um Soft Law handelt und – aus den genannten Gründen – in diesem Stadium keine Vollkommenheit oder umfassendere Ausführungen erwartet werden können, ist es dennoch wichtig, frühzeitig auf die Gefahr der durch die terminologische Gleichsetzung möglichen Verzerrung hinzuweisen. Und ja, auch die falschen Informationen, die verbreitet werden, können Schaden anrichten (und das tun sie oft), entweder für Einzelne oder für die Gesellschaft. So wie es die Definition der policy brief allerdings selbst besagt: Es besteht eben keine Absicht, Schaden anzurichten. Fehlinformationen werden also in gutem Glauben weitergegeben. Gerade diese Gutgläubigkeit muss die Legitimität der Fehlinformation rechtfertigen, die letztlich nur im Wege des offenen Diskurses, also durch den durch Redefreiheit geschützten „Markplatz der Ideen“ (*John Stuart Mill*) widerlegt werden darf, nicht durch staatliche Zensur bzw. chilling effects. Im Mittelpunkt muss also das Prinzip von „trial and error als Motor kollektiver Erkenntnisgewinnung“¹ stehen.

Letztlich ist der Vorstoß *Guterres'* aber grundsätzlich zu begrüßen. Möglicherweise kann der Kodex weltweit als Grundlage dafür dienen, einen einheitlichen sowie ausgewogenen Ansatz zu finden, der sowohl den Schutz der Meinungsfreiheit berücksichtigt als auch die potenziellen Gefahren im Blick behält, die von den Plattformen oder den dort ansässigen Nutzern ausgehen.

Schlussendlich gilt es aber auch zu beachten, dass fehlende begriffliche Präzision nicht als Vorwand für staatliche Einschränkungen legitimer Meinungsäußerungen (aus)genutzt werden kann. Es handelt sich dabei zweifellos um eine rechtliche Gratwanderung, die mit diesem ersten Aufschlag *Guterres'* aufgrund der begrifflichen Gleichsetzung nur holzschnittartig behandelt worden ist. Bei einer späteren Ausfertigung, spätestens jedoch im Stadium nationaler Umsetzungsakte ist das gebotene Maß juristischer Präzision in den Blick zu nehmen.

¹Saxer, Von den Medien zu den Plattformen, 2023, S. 91 f.

Dovilė Sagatienė

Challenging the 'Post-Soviet'; Label and Colonial Mindsets

NATO Summit in Vilnius

doi: 10.17176/20230711-231150-0



The international discourse long depended on the term 'post-Soviet' to refer to the 15 sovereign states that emerged and re-emerged from the Soviet Union following its dissolution in 1991. The list includes European and Asian countries with contrasting backgrounds: Armenia, Azerbaijan, Belarus, Estonia, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Moldova, Russia, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan. Rooted in the context of the Cold War, the term fails to capture the crucial ongoing metamorphosis and challenges of these states for the past thirty years. For Lithuania and the Baltic region at least, the NATO Summit in Vilnius in July 2023 is a chance to emphasize the strong European identity and to challenge the deep colonial mindsets, which overlooks Eastern European perspectives in favor of those built in Moscow since the beginning of the 20th century.

Unmasking the colonial meaning of the term 'post-Soviet'

In April 2023, China's ambassador to France questioned the 'former Soviet countries' status in international law:

"In international law, even these ex-Soviet Union countries do not have the status, the effective [status] in international law, because there is no international agreement to materialize their status as a sovereign country."

The comments sparked outrage in Europe (Czech Republic, Germany, European Commission, etc.), in particular among the three Baltic states – Estonia, Lithuania and Latvia – which were the first to break away from the USSR between March and May 1990, claiming continuity from the original states that existed prior to their annexation by USSR in 1940. These comments contradicted China's official stance, which recognized the independence of the Baltic states in 1991, as well as the status of Ka-

zakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan and Uzbekistan, which were invited the 'first China-Central Asia summit', scheduled for May 2023. As the result, the Chinese government was forced to clarify the controversial remarks made by its ambassador.

The comments also illustrates the colonial mindset based on the denial of the right of self-determination, a key principle that denotes the legal right of people to decide their own destiny in the international order. More importantly, the denial of the self-determination right is the essence of Russia's war in Ukraine: it echoes the long-lasting Kremlin narrative about the allegedly 'non-legitimate' states, which emerged after the collapse of Russian Empire in 1917. After WWI, Finland, Estonia, Latvia, Lithuania and Poland became independent states, but some other states (Azerbaijan, Armenia, Belarus, Georgia and Ukraine) were destroyed by the Bolsheviks in 1920-1921. The Baltic states became the target of Soviet expansion once again in 1940, using a particular interpretation of history that is still vivid today: the USSR took the view that the legitimate post-1917 governments in the Baltic states had not been the ones with which they had negotiated peace treaties in 1920, but rather Bolsheviks who had been toppled by 'bourgeois democratic' regimes. Accordingly, everyone involved in governing the Baltic states between 1918 and 1940 was seen by USSR as having played a role in an illegal usurpation of Soviet power.

In the Baltic states, Soviet colonialism (sovietization) was a systematic and comprehensive project, comprising the following elements: a) introduction of USSR administrative and economic systems; b) subjugation of states to the economic and political needs of the USSR; c) militarization; d) colonization of states (especially Latvia) by hundreds of thousands of Russian-speaking immigrants; e) destruction of traditional social structure through genocide and Russification; f) total control over in-

ternal means of communication and contacts with foreign countries; i) destruction of established political, economic and cultural traditions.

The **imperial** ambitions by Putin resumed the denial of the right of self-determination in the 21st century and led to territorial claims against Georgia in 2008 and Ukraine since 2014. In June 2022, after months of denying that Russia is driven by imperial ambitions in Ukraine, Putin appeared to embrace that mission, comparing Tsar Peter's campaign with Russia's current military **actions**. Putin's February 21 **speech** referred explicitly to restoring not the Soviet Union, which he criticized in various ways, but the Russian **empire** as it existed **prior to 1917**. After these comments, Russia's neighbors cannot expect that they won't be targeted. Thus, the very recent comments by Medvedev suggesting that Finland is not really a country and was 'created by Lenin by mistake' should be no surprise **either**. Following this notion, no country close to Russia is 'real', except Russia itself.

The term 'post-Soviet' was also effortlessly adopted in the Western discourse and is still used widely in many contexts, denying the fundamental changes after the Cold War era. As Latvian diplomat Argita Daudze stressed in 2022, Lithuania, like Estonia and Latvia, **cannot** be called 'post-Soviet' from the Western standpoint mainly because that they lost their independence and were incorporated into the USSR **against their free will** and their incorporation into the USSR **was not recognized** by the Western countries. While rebuilding their statehoods in the 1990s, all Baltic states legitimized themselves with a reference to the period of independence between 1918 and 1940 to negate and overcome the legacy of the Soviet regime. Estonia, Latvia and Lithuania rejected the Soviet regime as **illegal** and considered the years under Soviet rule as occupation. Thus, any denial of the criminality of the foundations of the Soviet regime was considered as undermining the legal **continuity** of the Baltic states and their legitimacy. After entering EU in 2004, all Baltic states have faced the dilemma of transmitting and explaining their Soviet memories to the European **audience**. The mindscape is changing slowly, as in the 2000s it was still normal (as it sometimes still is) to address the Baltic states as 'post-Soviet' rather than as European countries within public **discourse**.

In addition, the Baltic states cannot be called 'post-Soviet', because they are not successor states of the USSR. Russia as the legal successor of the Soviet Union *de jure*

and *de facto*. Moreover, consideration must be given to the fact that Lithuania traces its statehood to the **Grand Duchy of Lithuania** (1236-1569) and a common state with Poland in the case of Lithuania (1569-1795). For Lithuania, the **Declaration** of the Republic in February 1918, following the WWI, was a renewal of statehood, not the establishment of an independent state, as it was for Latvia, Estonia, and a few other new European nations. Considering the history of Lithuania, it is more than odd to refer to the country as 'post-Soviet'. The Soviet occupation lasted fifty years, which was brief compared to the length of time the Lithuanian state existed as a Kingdom and Duchy.

Alternatives for the 'post-Soviet' label

This term is so deeply rooted that it is still used unconsciously by Baltic states **themselves**. Nevertheless, after thirty years of the collapse of USSR and the ongoing **post-imperial** war in Ukraine, it is time to look for more precise alternatives to be able to handle the current security crisis in the region better. Under the geographical classification by the UN, the Baltic states are considered Nordic European at least since **2002**, together with Denmark, Finland, Iceland, Ireland, Norway, Sweden, United **Kingdom**. The Eastern European countries are considered to be Belarus, Bulgaria, Czech Republic, Hungary, Poland, Moldova, Romania, Russia, Slovakia, and Ukraine.

However, the geographical classification fails to tackle the political notion of the Baltic states. New terms identifying the Baltic states and other re-emerged states should address at least the major political, **economic**, social and culture **progress** since 1991. In the political sphere, only the Baltic countries managed to build a full-fledged system of liberal **democracy**. For example, according to Freedom House's Global Freedom Scores **2022**, Lithuania, Latvia and Estonia are considered to be free countries. Similarly, the Press Freedom **Index** published by Reporters Without Borders in 2022 recorded the following as regards press freedom: Estonia – 'Good situation,' Latvia, Lithuania – 'Satisfactory situation'. Estonia, Lithuania and Latvia also scored the highest among 'former USSR states' in the Human Development **Index** scores in 2021. According to the Economic Freedom of the World **Index**, the Baltic States' economies have the highest levels of economic freedom in all of Eastern Europe. From the economic low point in 1995 to 2017, Estonia's economic freedom rose from 53 to 13, Latvia's rose from

77 to 24 and Lithuania rose from 82 to 16. Meanwhile, the states, which re-emerged in Eurasia are 'frozen in time,' as democratic progress is not so **visible**.

Two alternative concepts could be suggested to replace the outdated term of 'post-Soviet': 'desovietizing countries' or 'former Sovietized countries.' The title of the 'desovietizing countries' places an emphasis on the process of consciously distancing oneself from the influence and structures of the USSR. It exposes the actions that some countries have made to reinvent their political, economic, and social institutions in order to shake off the Soviet legacies. More importantly, this term acknowledges the agency that exists inside these countries and the active pursuit of change. On the other hand, the title 'former Sovietized countries' emphasizes more on the historical and structural legacy of Soviet rule in the countries that were formerly under Soviet control. It draws attention to the historical context and the ongoing problems that these countries face in detaching themselves from the vestiges of the Soviet system by utilizing this word. Understanding the differences among these three terms is crucial in unraveling the complexities of power shifts within the region. The term 'post-Soviet' tends to gloss over the agency and intricacies of these countries, frequently equating them to a homogenous group that has been frozen in time. In contrast, 'desovietizing countries' and 'former Sovietized countries' place a greater emphasis on the dynamic processes of change and the historical

contexts that have molded their power structures in the current day.

Perspectives

Rejecting the title 'post-Soviet' would not only contribute to a more nuanced understanding of the region, but also to an acknowledgment that the **different** experiences of the Baltic states and other Eastern European nations precede the Soviet era (1940-1990). It is also a crucial step toward fostering a more **inclusive** and accurate understanding of their intricate narratives. Abandoning the 'post-Soviet' paradigm is also an essential step toward decolonizing the international mindset on those countries, which emerged or re-emerged after 1990. A more sophisticated understanding of the ongoing transformation is made possible by the introduction of new terms such as 'desovietizing countries' or/and 'former Sovietized countries.' By appreciating the achievements of Baltic states in the post-Soviet era, it would be possible to acquire the elements that have contributed to their progress as well as the particular challenges encountered by other countries in the region.

Special thanks to two colleagues, Johan Grøne Christensen and Anémone Skovgaard, at the Centre for Military Studies at University of Copenhagen, who kindly engaged in this debate with me during the annual Midsummer meeting and whose ideas I attempted to reflect.

Valentin Feneberg

Unsichere Vermutung

Die politische Verfolgung syrischer Militärdienstverweigerer
doi: 10.17176/20230705-231145-0



Laut Überzeugungsgrundsatz müssen Richter:innen in Asylverfahren von Tatsachen überzeugt sein, auf deren Grundlage sie einen Schutzstatus vergeben. Zu dieser knappen tautologischen Aussage lässt sich das [jüngste Urteil des Bundesverwaltungsgerichts](#) zu Militärdienstverweigerern (MDV) aus Syrien zusammenfassen, die bereits im Januar fiel und deren Begründung seit Anfang Juli vorliegt. Zuvor hatte das Obergericht Berlin-Brandenburg in der zentralen Frage, ob MDV vom syrischen Regime nicht nur bestraft, sondern auch politisch verfolgt werden, festgestellt, dass dafür die Tatsachengrundlage „in gewissem Maße diffus bleibt und für eine vollständige gerichtliche Überzeugungsbildung eher nicht genügen dürfte“, dann aber trotzdem einen Flüchtlingsstatus zugesprochen. Es stützte sich dazu auf ein [Urteil des EuGH von November 2020](#) zum gleichen Thema, in dem dieser die „starke Vermutung“ (Rn. 57) äußert, dass syrische MDV politisch verfolgt werden. Ein Schutzstatus auf ‚diffuser‘ Grundlage und vor allem ohne volle Überzeugung sei allerdings nicht rechtmäßig, sagt nun das Bundesverwaltungsgericht und hat [gut 20 Verfahren](#) nach Berlin zurückverwiesen.

Bei Asylentscheidungen müssen Richter:innen eine Rückkehrprognose auf Grundlage unvollständiger Tatsachen fällen. Diesen Entscheidungen wohnt deshalb eine unvermeidbare empirische und prognostische Unsicherheit inne: Das Wissen über die Herkunftsstaaten bleibt immer lückenhaft und die Zukunft lässt sich nicht vorher sagen. Diese Unsicherheit wird allerdings nur bei der Zukunftsprognose berücksichtigt. Während ein Risiko nach der Rückkehr nur mit „[beachtlicher Wahrscheinlichkeit](#)“ eintreten muss, um einen Schutzstatus zu erhalten, müssen Richter:innen von den Tatsachen, auf denen diese Prognose fußt, die „[volle Überzeugungsgewissheit](#)“ erlangen. Das Bundesverwaltungsgericht nutzt die Entscheidungsbegründung zwar dazu, die seit dem EuGH-Urteil in Rechtspraxis und -wissenschaft vieldiskutierte „starke Vermutung“ als „Erfahrungssatz“ auf den deutschen Kontext zu übertragen. Es verpasst es allerdings,

die Anforderungen an den Umgang mit Erfahrungssätzen in Asylverfahren zu konkretisieren und ergreift nicht die naheliegende Möglichkeit, angesichts unsicherer Tatsachen den Maßstab der „vollen Überzeugungsgewissheit“ abzuschwächen.

Was bisher geschah - syrische Militärdienstverweigerer vor deutschen Gerichten

Ob das syrische Regime Männer, die sich durch ihre Ausreise dem Militärdienst entzogen haben, als politische Gegner betrachtet, ist seit 2016 ein zentraler Streitpunkt der Asylrechtsprechung. Bis 2018 bildeten sich zwei etwa gleich große obergerichtliche Lager: Zwar stellten nahezu alle Gerichte fest, dass MDV nach ihrer Rückkehr drakonisch bestraft würden (Verfolgungshandlung), allerdings nahm nur ein Teil der Gerichte darüber hinaus an, dass diese Bestrafung mit der Unterstellung einer politischen Gesinnung einhergehen würde (Verknüpfung mit Verfolgungsgrund). Nur die Gerichte, die eine solche Verknüpfung bejahten, erteilten syrischen MDV einen Flüchtlingsstatus, alle anderen lediglich subsidiären Schutz. Die Tatsachengrundlage für sämtliche Entscheidungen war dünn, weil weder Berichte über die Bestrafung zurückkehrende MDV noch explizite Aussagen des Regimes vorlagen, dass es diese Männer als politische Gegner betrachte. Die Gerichte überbrückten diese Informationslücken mit Überlegungen, ob die Unterstellung einer politischen Gesinnung aus Sicht des syrischen Staates plausibel sei und halfen sich mit Annahmen etwa derart, dass ein Staat, der in einem Bürgerkrieg um sein politisches Überleben kämpft, zurückkehrende Männer eher seiner Armee zuführen würde als sie politisch zu verfolgen. Andere Gerichte kritisierten diese [Annahme eines rationalen Regimes](#) und gingen davon aus, dass ein totalitärer Staat in einer solchen Situation alle, die nicht mit ihm kämpfen, als Verräter und damit Dissidenten ansehen würde.

Die Meinung, dass MDV nicht als politische Gegner verfolgt würden und deshalb keinen Flüchtlingschutz er-

halten sollten, setzte sich ab 2019 zunehmend auch bei den Gerichten durch, die ursprünglich dem anderen Lager angehörten. In diese Zeit fiel Ende 2020 das Urteil des EuGH, in dem er die „starke Vermutung“ für die Verknüpfung von Verfolgungshandlung und -grund äußerte: Laut EuGH bestehe vor allem dann, wenn Militärdienstverweigerung stark sanktioniert werde, ein „starker Wertekonflikt oder ein Konflikt politischer oder religiöser Überzeugungen zwischen dem Betroffenen und den Behörden des Herkunftslandes“ (Rn. 59). Außerdem gebe es insbesondere in einem Bürgerkrieg und bei fehlender legaler Möglichkeit der Verweigerung „die hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Verweigerung des Militärdienstes von den Behörden unabhängig von den persönlichen, eventuell viel komplexeren Gründen des Betroffenen als ein Akt politischer Opposition ausgelegt wird“ (Rn. 60).

In Deutschland blieb die EuGH-Entscheidung weitgehend wirkungslos. Die meisten Gerichte nehmen spätestens seit 2019 an, dass der Bürgerkrieg so weit abgeklungen sei, dass der syrische Staat kein Interesse mehr daran habe, MDV als Verräter und damit Dissidenten zu bestrafen. Einige Gerichte gehen sogar davon aus, dass Verweigerer überhaupt nicht mehr bestraft würden, dass also schon keine Verfolgungshandlung mehr vorliege. Die „starke Vermutung“ des EuGH sei deshalb widerlegt.

Anderer Ansicht sind nur die OVG Berlin-Brandenburg und Bremen. Beide gehen davon aus, dass Wehrpflichtige weiterhin an Kriegsverbrechen beteiligt seien, dass sie für eine Verweigerung bestraft würden und dass diese Bestrafung mit der Unterstellung einer politischen Gesinnung einhergehe. Zu diesem Ergebnis, und das ist der springende Punkt, kommen beide Gerichte aber nicht, weil sie das Urteil des EuGH und dessen „starke Vermutung“ vollkommen anders interpretieren als die Gerichte des anderen Lagers, sondern weil sie die zentralen Erkenntnismittel anders auslegen, gewichten und bewerten. Im Kern unterstellen sie dem syrischen Regime keine „rationalen Erwägungen“ (OVG Bremen, Rn. 80) oder „rationale Muster“ (OVG Berlin-Brandenburg, Rn. 30) und interpretieren die Tatsachengrundlage deshalb anders.

Vermutungen und Erfahrungssätze

Die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg hätte wie die des OVG Bremen problemlos bestehen können, wäre da nicht die unglückliche Formulierung, dass die Tatsachengrundlage „für eine vollständige gerichtliche Über-

zeugungsbildung eher nicht genügen dürfte“. Damit hat das Bundesverwaltungsgericht nun kurzen Prozess gemacht. Denn die Berliner Richter:innen haben die Tatsachen umfassend ermittelt und ausgewertet und sind offensichtlich durchaus zu der Überzeugung gelangt, dass die „starke Vermutung“ des EuGH weiterhin gilt. Dass die Tatsachen hinsichtlich der zentralen Frage, ob der syrische Staat MDV eine politische Gesinnung unterstellt, „diffus“ sind, ist unvermeidbar, eben weil die Erkenntnismittel hier nur dünne und außerdem widersprüchliche Angaben machen. Gerade deshalb behelfen sich alle Syrienentscheidungen mit besagten Annahmen zum rationalen oder eben irrationalen Charakter des Regimes, die die Wissenslücken überbrücken.

Erwägungen, wie sich ein totalitäres Regime in einem Bürgerkrieg gegenüber denen verhält, die an diesem Krieg nicht teilnehmen, sind Erfahrungssätze – ebenso wie die Begründung der starken Vermutung des EuGH. Erfahrungssätze sind „empirisch begründete, generalisierende Schlussfolgerungen“, die sich aber nicht einfach geradlinig aus den Erkenntnismitteln ergeben, sondern denen Annahmen beigemischt sind, die auch anders ausfallen können. Das Bundesverwaltungsgericht hat sein Urteil nun dazu genutzt, genau das klarzustellen: Die „starke Vermutung“ des EuGH bedeutet nicht eine Umkehr der materiellen Beweislast, sondern ist ein Erfahrungssatz, den Richter:innen zwar berücksichtigen müssen, der aber widerlegbar ist. Dass viele Gerichte annehmen, die Vermutung sei aufgrund der Lageentwicklung in Syrien widerlegt, andere aber nicht, fällt dann in den richterlichen Ermessensspielraum bei der Überzeugungsbildung, auf den das Bundesverwaltungsgericht zumindest in diesem Verfahren keinen Zugriff hatte.

Es hätte sein Urteil aber für eine differenziertere Klarstellung nutzen können, wie genau Tatsachengerichte in Asylverfahren mit Erfahrungssätzen umgehen sollen. Diese Sätze erleichtern die Überzeugungsbildung, insbesondere in Kontexten, in denen die zentrale Information – unterstellt der syrische Staat MDV eine politische Gesinnung? – nicht offen vorliegt. Das hatte der EuGH im Sinn, als er die „starke Vermutung“ formulierte. Beweis-erleichterung statt Beweislastumkehr.

Dass für das Bundesverwaltungsgericht daraus lediglich folgt, dass die Anforderungen an die Asylantragsbegründung der Kläger:innen „nicht überspannt“ werden dürfen (Rn. 47), ist unbefriedigend. Denn das dürfen sie ohnehin nicht; sachtypische Beweisnot und Amtser-

mittlungsgrundsatz gelten auch ohne EuGH-Urteil. Die relevante Tatsachenfrage, auf die sich der Erfahrungssatz bezieht, betrifft außerdem gar nicht den individuellen Vortrag der Asylsuchenden, sondern fallübergreifend die Motive des syrischen Staates, nämlich ob er zurückkehrenden MDV eine politische Gesinnung unterstellt. Auch die Feststellung, dass für die letztlich entscheidende Rückkehrprognose Erfahrungssätze „heranzuziehen“ sind (Rn. 51), hätte einer genaueren Erläuterung bedurft.

Das Urteil hätte Gelegenheit geboten für eine Klarstellung, wie genau Gerichte Informationslücken zu fallübergreifenden Tatsachenfragen mit Erfahrungssätzen überbrücken können. Ein erster Schritt wäre die Anforderung gewesen, diese Sätze insbesondere zu den Motiven des syrischen Staates explizit zu formulieren und damit transparent zu machen. Der EuGH hat vorgemacht, wie das gehen kann.

Überzeugungen und Wahrscheinlichkeiten

Das Bundesverwaltungsgericht hätte in diesem Zusammenhang außerdem die Möglichkeit gehabt, die Bedeutung von Erfahrungssätzen für das Beweismaß der „vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit“ zu reflektieren. Bei einfachen Erfahrungssätzen (also solchen, die nicht auf naturwissenschaftlich gesicherten Ursache-Wirkung-Beziehungen beruhen) handelt es sich um „Wahrscheinlichkeitsaussagen“, die Ausnahmen zu-

lassen. Ihr Gehalt und damit ihre beweiserleichternde Funktion **bemisst sich an der Wahrscheinlichkeit, mit der die formulierte Aussage eintritt.**

Eine Orientierung an Wahrscheinlichkeiten ist aber etwas Anderes, als die „volle richterliche Überzeugungsgewissheit“ von empirischen Tatsachen zu verlangen. In Asylentscheidungen wird das Beweismaß erst für die finale Rückkehrprognose herabgestuft, die auf die Auswertung der Tatsachen folgt: Weil die Zukunft nicht vorhersehbar ist, müssen Richter:innen hier nicht mehr „Überzeugungsgewissheit“ von einer drohenden Gefahr erlangen, sondern nur annehmen, dass diese Gefahr „beachtlich wahrscheinlich“ ist. Asylverfahren sind aber nicht nur von prognostischer, sondern ebenso von empirischer Unsicherheit geprägt. Die Verfahren zu syrischen MDV sind dafür ein gutes Beispiel, eben weil die Motive des Staates nicht offenliegen. Eine dahingehende „Überzeugungsgewissheit“ wird es nie geben. Bundesverwaltungsgericht (Rn. 45) und EuGH (Rn. 56) betonen, dass es letztlich darum geht, die „Plausibilität“ der Verknüpfung von Verfolgungshandlung und -grund zu prüfen. Es wäre naheliegend, auch für diese Plausibilitätsprüfung ein abgestuftes Beweismaß zu verwenden und von „Wahrscheinlichkeit“ statt von „Überzeugungsgewissheit“ zu sprechen. Der unvermeidbaren Unsicherheit in Asylverfahren würde so Rechnung getragen und das OVG Berlin-Brandenburg müsste nicht gut 20 Syrienverfahren neu aufrollen.

Maria O'Sullivan

Constraining Executive Discretion in the 'Public Interest'

What Two Recent High Court Cases Show About Immigration Law and Judicial Review in Australia

doi: 10.17176/20230705-231109-0



The use of highly-discretionary executive powers to make immigration decisions has given rise to debate in Australia and internationally. In Australia, the problem is particularly acute because a number of provisions in the *Migration Act 1958* (Cth) (the Migration Act) allow the Minister for Immigration (the Minister) to intervene in visa decisions on 'public interest' grounds. These intervention powers are controversial as they are personal to the Minister, non-reviewable and non-compellable. As a result, they have been subject to criticism by both [civil society](#) and [academics](#). In addition to these intervention provisions, other sections in the Migration Act include a broad and subjective 'national interest' criterion for the grant or refusal of certain visa decisions.

These two sets of powers were recently adjudicated in a series of High Court cases in Australia: *Davis v Minister for Immigration; DCM20 v Secretary of Department of Home Affairs* (Davis), decided on 12 April 2023, and *ENT19 v. Minister for Home Affairs* (ENT), decided on 14 June 2023.

In *Davis*, the High Court considered the legality of ministerial guidelines used to manage the consideration of the 'public interest' intervention powers under section 351 of the Migration Act. In *ENT*, the High Court considered the lawfulness of a ministerial decision to refuse to grant a refugee visa on the basis that it was not in the 'national interest' under the Migration Regulations. Although these two cases are quite different in terms of their underlying facts and the legal arguments raised, they both illustrate the problems posed by granting decision-makers wide discretionary powers. Additionally, whilst the decisions are quite specific to the particular statutory context of Australian migration law, they provide an interesting demonstration of the role of the courts in constraining executive action in the area of migration. In particular, they illustrate the way in which the courts can utilise public law and statutory interpretation principles to

review these powers.

In this blog, I will be discussing both cases. However, I will focus particularly on the *Davis* case as its findings on the use of executive guidance are most relevant to other jurisdictions.

Australia's 'public interest' intervention powers: The decision in *Davis*

Several provisions in the Migration Act contain personal ministerial intervention powers which allow the Minister for Immigration to substitute their decision for that of the Administrative Appeals Tribunal (AAT). The provision at issue in *Davis* was s 351 of the Migration Act, which allows the Minister for Immigration to substitute a decision of the AAT with a decision that is more favourable to an applicant.

The criteria for the exercise of this important intervention power are very broad. This is because s 351 does not set out any relevant considerations or other limitations. Rather, it provides that such substitution can be undertaken if the Minister thinks that it is in the 'public interest'. This is a wide and highly subjective term. Indeed, in a previous case – *Plaintiff S10/2011 v Minister for Immigration and Citizenship* – the High Court noted that '[t]he expression "public interest" has no fixed or precise content. It involves a value judgment, often to be made by reference to matters that are not clearly defined' (para 99).

In addition to this aspect, s 351(3) of the Migration Act explicitly states that the power 'may only be exercised by the Minister personally' and s 351(7) provides that the Minister 'does not have a duty to consider whether to exercise the power ... in respect of any decision, whether he or she is requested to do so by the applicant or by any other person, or in any other circumstances'. Understandably, it has thus been described by a number of judges as

'an extraordinary power of last resort' (see eg Kenny J at [26] in the Full Federal Court decision in *Davis*).

Due to the large number of applications for intervention made to the Minister each year, guidelines were developed to assist with the administration of these cases. At issue in *Davis* was the 2016 version of these Ministerial Guidelines (2016 Guidelines).

The stated purposes of the 2016 Guidelines were (among other things) to explain the circumstances in which the Minister may wish to consider intervening in a case and the circumstances where the Department of Immigration should refer a case to the Minister. Importantly, the 2016 Guidelines explicitly stated that if a case did *not* meet these guidelines, the Minister would not wish to consider intervening in that case. This gave rise to debate in the *Davis* case about whether the Guidelines merely allowed department officers to assist and advise the Minister or whether they effectively delegated the decision-making power to departmental officers. A delegation would be problematic as the Migration Act clearly placed the decision-making power with the Minister *personally*.

The other question is how the guidelines interacted with the 'public interest' test in the legislation. This was important as it is a fundamental principle of public law that administrative guidelines must be consistent with any applicable legislation. To guide decision-makers, the 2016 Guidelines indicated that the Minister would generally only consider the exercise of the public interest powers in cases which exhibit one or more 'unique or exceptional circumstances'. These circumstances included certain compassionate circumstances (for instance, those relating to the age and/or health and/or psychological state of the applicant) and a consideration of whether 'exceptional economic, scientific, cultural or other benefit would result from the person being permitted to remain in Australia'. Importantly, clause 10.1 of the 2016 Guidelines directed the Department to finalise cases *without referral to the Minister* if the Department assesses the case as not having these unique or exceptional circumstances.

I will now turn to discuss how the High Court of Australia assessed the legality of these Guidelines in the recent case of *Davis*.

The *Davis* case on 'public interest' intervention

In the *Davis* case, the High Court considered two main issues: the legality of the 2016 ministerial guidelines used

to allow the Minister to exercise their personal 'public interest' powers and the application of the unreasonableness ground of judicial review. For the purpose of this blog, my focus will be on the first issue.

In this case, the first appellant, Martin Davis, was a citizen of the United Kingdom who arrived in Australia in 1997 and had lived in Australia since then on various temporary visas. The second appellant, DCM20, was a citizen of Fiji who had lived in Australia since arriving with her family in the early 1990s. Each applicant went through various visa application processes and lodged several applications for ministerial intervention under s 351 of the Migration Act. In each case, a departmental officer decided that the applicant's circumstances were *not* unique or exceptional, as required by the Ministerial Guidelines, and did not refer their cases to the Minister.

Ultimately, the High Court of Australia by a 6-1 majority, held that the decision of the departmental officer made in compliance with the 2016 Ministerial Instructions exceeded the executive power of the Commonwealth. Whilst the majority judgement acknowledged the capacity of ministers to seek administrative assistance from their department in sorting applications, it also highlighted the importance of the *personal* nature of the power in s 351(3) of the Migration Act. Due to this, the Court held that was not possible to have an executive power which entrusted 'the dispositive evaluation of the public interest in substituting a more favourable decision to an executive officer other than the Minister' (para 29).

In my opinion, this was a correct interpretation of the use of the Guidelines in this case and represents an important ruling on the boundaries to be placed around the provision of advice and assistance by departmental officers in high-volume decision-making contexts. It has been well settled in Australia that a Minister can seek assistance and advice from officers of their Department in making their decisions under the law (see High Court of Australia in *Minister for Aboriginal Affairs v Peko-Wallsend Ltd*, 1986). However, I agree that such an approach cannot be applied to a statutory provision which clearly places the decision-making power *personally* with the Minister and in circumstances where the Guidelines give so much decision-making power to public servants.

The *Davis* case is therefore likely to have implications for the use of guidelines more generally across the public sector in Australia. Additionally, it provides an important case study for other jurisdictions such as the UK which al-

so have a heavy reliance on the use of policy guidance and other non-statutory instructions in the migration context. In terms of administrative law, the only question that is unclear from the litigation is how the ground of unreasonableness applies to the exercise of non-statutory executive powers. It was not necessary for the High Court in *Davis* to answer that issue. Therefore, the question of whether the exercise of non-statutory executive power can be reviewed on the basis of legal unreasonableness remains unanswered.

The 'national interest' criterion for the grant or refusal of visas - The ENT Case

In the second case study – *ENT v Minister for Home Affairs* – the Court was called upon to consider the use of the 'national interest' criterion by the Minister for Immigration in relation to a refugee application. It should be noted that the 'national interest' criterion in the Migration Act is similar to the 'public interest' test discussed above in that it typically does not set out mandatory relevant considerations for its application. Rather, the 'national interest' is a broad and vague term. The difference between the two statutory regimes is that the 'national interest' is specifically referred to in the objects clause of the Migration Act (s 4) which says that the object of the Act is 'to regulate, in the national interest, the coming into, and presence in, Australia of non-citizens'. It is also significant to note that the term 'national interest' is typically used in the Migration Act as a factor in the assessment of visas exercisable by departmental officers, rather than applying to a special personal ministerial intervention power. However, the same concerns about the breadth and subjectivity of such criteria remain applicable.

Assessing the 'national interest' - ENT

In *ENT v Minister for Home Affairs*, the High Court was asked to consider the legality of a decision by the Minister to refuse the plaintiff's application for a refugee visa (a 'Safe Haven Enterprise Visa'). The plaintiff, a citizen of Iran had arrived in Australia by boat in 2013 and was later convicted of the aggravated offence of people smuggling under the Migration Act. As a result, the Minister refused the Safe Haven visa on the basis that it was not in the 'national interest' to grant a protection visa to a person convicted of a people smuggling offence. In doing so, the Minister relied on the national interest cri-

terion in cl 790.227 of the Migration Regulations, which was not explicitly stated to be personally exercised by the Minister. It is important to note that, as accepted by the Minister during the litigation, the applicant had satisfied all the other criteria for the grant of the visa. Therefore, there had been a finding that Australia owed protection obligations to the applicant as a refugee. It was therefore contestable as to whether the Minister could then use the 'national interest' to refuse the visa.

The High Court, in a 4-3 majority opinion, held that the decision by the Minister in this case was unlawful. In doing so, the court applied established principles of statutory construction. The reasoning of the court involved a consideration of the interaction of a complex web of inter-connecting provisions of the Migration Act which are outside the scope of this blog. The important aspects to highlight are the following: Importantly, the majority noted that the national interest test at issue in the Migration Regulations 'was not intended to be a trump card for the Minister to use to refuse the visa' and 'cannot be treated as if it were a personal dispensing power' (para 106). In contrast, the minority judgement noted that

'There can be circumstances in which the decision-maker, acting reasonably and consistently with the Act, can adopt and act on a political view that the grant of a protection visa to a particular applicant would not be in the national interest (para 43).

The decision therefore illustrates a marked difference in the approach to the proper remit of the 'national interest' test in the High Court and indicates the dangers in allowing Ministers to decide important visa decisions (such as those relating to refugee applicants) using this broad criterion. Although in the *ENT* case, the applicant was successful in his appeal, the judgement of the High Court was narrow (a 4/3 majority) and other cases may well not be decided favourably to the applicant as this one was.

What These Cases Show about Immigration Law and Judicial Review in Australia

The prevalence of broad 'public interest' and 'national interest' powers in the Australian Migration Act are unique to Australia. Indeed, no other country has such broad 'public interest' criteria for the grant or revocation of visas which form a central part of immigration decision-making as they do in Australia. For instance, under United

States immigration legislation, there is a 'national interest' waiver but that is restricted to a waiver of the requirement of employer need for a particular skill. Thus, under section 203(b)(2)(B) of the Immigration and Nationality Act, the Secretary of Homeland Security may waive the requirement of a 'job offer' (namely, that the beneficiary's services are sought by a U.S. employer) when the Secretary 'deems it to be in the national interest'. Similarly, UK policy gives the Secretary of State the power to grant leave on a discretionary basis under a residual discretion provided in the Immigration Act 1971. However, it is designed to be utilised sparingly and must be in accordance with the [UK Asylum Discretionary Leave policy](#).

However, whilst Australia's use of 'public interest' powers are currently unique, the migration policies and laws of Australia are increasingly being replicated by other jurisdictions (notably the UK in its recent Illegal Migration Bill). Therefore, the two cases discussed in this blog should be of interest to an international reader.

There are a number of points to make about these two cases.

First, whilst the High Court of Australia was able to utilise statutory interpretation principles and administrative law to review these two sets of decisions in *Davis* and *ENT*, the presence of these broad discretionary powers in the Australian Migration Act remain of concern.

A fundamental principle of the rule of law is that the law should be clear, identifiable and consistent. However, the types of public interest and national interest provisions discussed in this blog tend to be subjective, imprecise and vague. That is, not clear and identifiable as the rule of

law requires. Indeed, [some academic commentators](#) have argued that the invocation of the national interest criterion by the Commonwealth government under the Migration Act 1958 'arguably undermines rule of law values in Australia'. It is therefore important that a court is able to review the exercise of these powers so as to be able to limit aspects of their arbitrary nature.

A former High Court Chief Justice, Robert French ([writing extra-judicially](#)), noted: 'Judicial review is an inescapable feature of any society governed by the rule of law under a written constitution where the legislature and the executive have limited powers'. In Australia, the role of judicial review and the use of public law principles is particularly important as there is no federal Bill of Rights or Human Rights Act in Australia. Therefore, statutory interpretation and administrative law mechanisms are often relied upon by applicants to ensure that government decisions are made within power.

Second, these two cases should cause us to think about how discretionary exercises of power in the migration context and their dependence on the individual decision-maker assessing the compassionate circumstances of the applicant. Whilst there is obviously a place for the consideration of compassionate or other humanitarian circumstances in migration decision-making, there is a danger in placing such assessments at the centre of decision-making. Therefore, there should be a re-assessment of whether frequent use of open-ended discretion and references to the 'public interest' are appropriate ways in which to frame significant exercises of executive power.

Mark A. Graber

Harvard's Diversity Chicken Comes Home to Roost



doi: 10.17176/20230709-231047-0

Harvard had a Jewish problem during the early twentieth century. Too many Jews were meeting the admissions criteria, taking seats away from the scions of good Anglo-Saxon families. Harvard's mission was to serve as a finishing school for the future political, economic, and cultural leaders of Massachusetts and the United States. Too many Jews primarily interested in making money, according to common stereotypes, undermined that mission.

Harvard tried to keep out Jews and other unsuitable children of immigrants from Eastern and southern Europe by using intelligence tests. The persons who devised those tests assured the American elite that standardized examinations distinguished the natural intelligence of sturdy Anglo-Saxons from Jews and others whose inflated grades reflected obsessive studying. Alas, Jews and other immigrants figured out how to game the test. An admissions system based entirely on text scores and school grades would increase further the percentage of Jews and immigrant children at Harvard.

Diversity was the better solution to Harvard's Jewish problem. Maybe Jews and other immigrant children were smart ("cunning" and „shrewd" were other words found apt by many), but all they did was work and grade-grub. Protestant men were well-rounded leaders. You could go hiking in the woods or party with Protestants on weekends. Universities that were finishing schools for the elite wanted students who could appreciate the full richness of American society. The Protestant elite was convinced that all Jews did was study. How some managed to have children was a mystery to them. Evaluating the full person guaranteed classes made up predominantly of Protestants who would be political, economic, and social leaders and minimized the number of Jews who would do little more than become doctors, lawyers, engineers, and teachers.

Jewish quotas rooted in diversity reflected the racism of early twentieth century social science. John W. Burgess, the founder of contemporary political science, and other leading scholars of the time believed political ca-

capacity was rooted in race. „Aryans" (until World War One) and „Anglo-Saxons" (afterwards) were racially predisposed to constitutional republicanism. Societies led by white Protestant men protected liberty while maintaining popular sovereignty. Eastern and southern Europeans were inferior. They lacked the Protestant understanding of liberty and popular sovereignty. Nevertheless, as long as „Aryans" and „Anglo-Saxons" predominated, constitutional republicanism could survive the influx of some Jews from Eastern Europe and Catholics from Southern Europe in leadership positions. Persons of color lacked any capacity for constitutional republicanism. The best white stock could do nothing to improve those who had no racial predisposition to liberty and popular sovereignty. Society would survive Jews being admitted to Harvard, as long as their numbers were restricted, but there was no place in the finishing school for the American elite for members of races incapable of leadership positions in a constitutional republic.

*

Harvard developed a race problem in the late twentieth century. Scientific racism had long been discredited by a new generation of social scientists and World War II. Nevertheless, past and present societal and institutional discrimination consistently generated entering classes that were overwhelming white. The civil rights revolution made such discrimination unacceptable. Discrimination at Harvard was particularly unacceptable given the central role Ivy League institutions played training political, economic, and cultural leaders. Something had to be done to combat how the racial practices of the past were skewing the leadership class that Harvard sought to train.

Diversity was the solution to Harvard's race problem. Just as Harvard justified giving a minus to Jews who were overrepresented at Harvard in comparison to their numbers in the general population, so Harvard began giving pluses to persons of color who were underrepresented at Harvard in comparison to their numbers in the general population. Whether intentional or not, members

of overrepresented ethnic and racial groups, soon more often Asian-Americans than Jews, received lower than average scores on leadership and related traits, while members of underrepresented ethnic and racial groups received higher than average scores. Looking at the full person again got Harvard the class Harvard desired.

Diversity promised much to the white Protestant elites who celebrated the full person. Surveys showed that late twentieth and early twenty-first century elite children wanted to be educated at a college or university that was racially diverse. Admitted students valued diversity. Only those who were not admitted (and did not become alumni) complained. Diversity enabled Harvard to maintain privileging white Protestants. No one complained about geographical diversity, which largely privileged rural Protestants rather than Jews, Catholics and Asian-Americans who tended to live in cities. The same logic that justified a critical mass of African-Americans for diversity purposes, might also justify a critical mass of legacy children and children of donors. Elites were as diverse as members of historically disadvantaged groups.

Another side benefit of diversity was the structuring of political conflict. Much social science details how elites maintain power by highlighting issues that pit less advantaged citizens against each other. Race-based programs were an elite dream. As the pool of available positions open to all comers shrunk at elite universities and job sites across the country, many voters who were neither diverse on elite nor racial grounds blamed African-Americans for their failures in life. Telling applicants a person of color got the position they sought, rather than the boss's nephew, was a surefire means of creating racial backlash and conservative Republicans.

*

When the Supreme Court of the United States first ruled on the constitutionality of race-conscious university admissions policies, four justices took the historical disadvantage route rather than Harvard's road to diversity. The issue in *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) was whether the medical school at the University of California, Davis could set aside sixteen seats for students of color. Justices William Brennan, Byron White, Thurgood Marshall, and Harry Blackmun found this policy constitutionally unproblematic. Brennan's opinion observed that "whites as a class" were "not saddled with such disabilities or subjected to such a history of purposeful unequal treatment or relegated to such a posi-

on of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process." Relying on what in the United States is called "intermediate scrutiny," a form of judicial review that resembles what the rest of the world describes as "proportionality," Brennan asserted that the medical school "could conclude that the serious and persistent underrepresentation of minorities in medicine . . . is the result of handicaps under which minority applicants labor as a consequence of a background of deliberate, purposeful discrimination against minorities in education and in society generally, as well as in the medical profession." White, Marshall, and Blackmun played variations on these themes in their opinions. None cared much for diversity.

Justice Lewis Powell, who provided the crucial fifth vote on a court of nine justices, proved a better Harvard man. His opinion rejected both of Brennan's central arguments. Powell insisted that the Court apply the highest level of scrutiny, strict scrutiny, to all race classifications. In his view, because "the white majority is composed of various minority groups most of which can lay claim to a history of prior discrimination, . . . no principled basis" existed "for deciding which groups would merit heightened judicial scrutiny." Race classifications under strict scrutiny were constitutional only if they were necessary or narrowly tailored means to compelling government ends. Powell then rejected historical disadvantage as a ground for racial classification. Institutions were not allowed to "aid persons perceived as members of a relatively victimized groups at the expense of other innocent individuals" unless the institution was remedying that institution's past discrimination. Harvard could remedy Harvard's past discrimination, but not discrimination in Alabama that explained why persons of color applying to Harvard from Alabama had lesser credentials than white applicants from that state.

Diversity came to the rescue. Powell concluded that "a diverse student body" was a compelling interest given that "the nation's future depends upon leaders trained through wide exposure to the ideas and mores of students as diverse as this Nation of many peoples." The Davis quota was not a necessary means for achieving diversity. With specific reference to Harvard's practices, Powell concluded the use of race was acceptable as a "plus" as long as institutions did not have quotas and had a capacious notion of diversity, but racial quotas were unconstitutional. Lest anyone be confused about who was diverse

and who was not, Powell noted, “A farm boy from Idaho can bring something to Harvard College that a Bostonian cannot offer.” Farm boys from Idaho were white Protestants. The Bostonians were disproportionately Jewish then and are disproportionately Asian-American now.

*

The Supreme Court for the next forty-five years worked within the Powell/Harvard diversity framework, even as Brennan’s historical disadvantage framework was probably driving decisions. The most important judicial ruling, *Grutter v. Bollinger* (2003), sustained the University of Michigan Law School’s use of race to obtain a “critical mass” of African-American, Native-American, and Hispanic-American students. Following Powell, Justice Sandra Day O’Connor called for the same strict scrutiny to be applied when states laws explicitly benefitted persons of color and when state laws explicitly burdened persons of color. Diversity remained a compelling interest. The use of race was a necessary means as long as there were no quotas and the university relied on a capacious notion of diversity. White Protestant farm boys remained privileged. Remarkably although conservatives told anyone who would listen that affirmative action stigmatized African-Americans who benefitted from racial preferences, no one claimed geographical preferences or, for that matter, legacy and donor preferences, stigmatized white Protestants.

The dissents in *Grutter* pointed out rather persuasively that the majority was making an historical disadvantage argument under cover of a diversity argument. Justice Clarence Thomas noted that the University of Michigan Law School would enroll more students of color by being less selective and that the institution’s interest in being ranked in the top ten could not possibly be a compelling interest. Chief Justice Rehnquist observed that the number of students who constituted a critical mass for different racial groups varied substantially, suggesting that critical masses provided compensation for past discrimination rather than demonstrated diversity within the racial group. Five justices nevertheless signed on to O’Connor’s ostensive diversity rationale, and in the United States whatever five justices sign on to is the constitutional law of the Supreme Court. Diversity survived. Societal disadvantage was pushed further into the constitutional margins.

O’Connor’s conclusion in *Grutter* that “We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no

longer be necessary to further the interest approved today” captures the likelihood that historical disadvantage was masquerading as diversity. We might hope that historical disadvantage can be reduced over time, even as Justice Ruth Bader Ginsburg pointed out that the harms caused by two hundred years of slavery and more than one-hundred years of second-class citizenship are unlikely to be cured in relatively short periods of time. Time does not alter the need for diversity. If universities think they should presently enroll a critical mass of approximately ten viola players to diversify the orchestra and one hundred African-American students to diversify the entire student body, the orchestra and student body are likely to have the same diversity needs for critical masses twenty-five years from now.

*

Chief Justice John Roberts’s majority opinion in *Students for Fair Admissions v. Harvard College* (2023) exploited the problematic use of diversity in past cases. Roberts cheerfully accepted Powell and O’Connor’s claim that all uses of race had to satisfy strict scrutiny. He then turned to the benefits Harvard claimed were produced by diversity. The Chief Justice’s pointed out that such goals as “training future leaders,” “preparing graduates to adapt to an increasingly pluralistic society,” better educating its students through diversity,” and “producing new knowledge stemming from diverse outlooks” were not “sufficiently coherent for the purposes of strict scrutiny.” Perhaps, but the more persuasive underlying point is that shorn of historical disadvantage, figuring out why a university has a compelling interest in the diversity benefits of, say, having students from all fifty states is challenging to say the least. Harvard fared no better on necessary means. Harvard classified students into six broad racial categories, but, as Roberts pointed out, diversity would hardly be achieved if every Hispanic-American student at Harvard had a mother who was a lawyer and four grandparents living in Madrid. Finally, the Chief Justice noted that although *Grutter* had indicated race-preferences had to be abandoned at some point, Harvard had not indicated any sunset principle for that university’s admissions policies. “Race-based admissions programs,” Roberts stated, “eventually ha[ve] to end.” The end in the United States was when Roberts finished reading his opinion.

The dissents made persuasive arguments about the importance of historical disadvantage, but that was reasoning outside the Harvard/Powell/O’Connor framework

for thinking about race and university admissions that had structured judicial decision making for the past forty years. Roberts tossed such analysis off in a sentence or two. The precedents foreclosed anything but strict scrutiny. The precedents foreclosed discussions of historical disadvantage. Race-based admissions policies as now practiced, Roberts concluded, are inconsistent with these precedents properly understood, not the precedents that Brennan and others might have established. Whether race-based admissions policies shorn of historical disadvantage ever met Powell's standards is a fair question.

Students for Fair Admission is a potential blessing. Diversity was always a problematic justification for race-based admissions programs. Diversity's origins are anti-Semitic. Contemporary practice seems to discriminate against Asian-Americans. Human beings do not vary on diversity. All of us are unique. No school would admit a critical mass of Nazis even though doing so would diversify the student body. Diversity's demise might foster a better appreciation of historic disadvantage. Our institutions ought to be more racially diverse because African-Americans are underrepresented and the best explanation of that underrepresentation is historical disadvantage. That historical disadvantage is sufficiently pervasive as to justify treating any African-American applicant as presumptively impacted by past prejudice and any African-

American graduate as a visible role model for African-American children who need to know that political, economic, and cultural leaders may look like them. Consider, as Justice Ketanji Jackson noted in her dissent, that no African-American can claim to be a seventh generation graduate of many schools, because many schools in the United States did not enroll African-Americans until the 1960s.

The Roberts Court decision will more likely be a curse. The United States Supreme Court has made the pathway for disadvantaged minorities more difficult. The pathway the Chief Justice left open is problematic. Roberts declared that schools could still consider how disadvantage impacted a particular student. Elites who have access to college guidance services will no more be left out of this comparative victimization sweepstakes than they were pushed to the side in contests over diversity. Almost everyone in the United States at present thinks they suffer undeserved disadvantage. Justice Samuel Alito is particularly notable for writing opinions and giving speeches explain why elites such as himself are the most disadvantaged minorities in the United States. The end result will be the maintenance of a citizenry obsessed by the traits that disadvantage them at times rather than a people committed to building a less disadvantaged future for everyone.

Joshua Malidzo Nyawa

From Symbolic Constitutionalism to Real Constitutionalism

Taming imperial presidency in Kenya's CAS Judgment

doi: 10.17176/20230707-231109-0



In 2010, Kenyans adopted a new constitution that was meant to limit the power of the presidency and entrench the culture of constitutionalism. However, the past 13 years have shown that *'the forces of authoritarianism appear to have regrouped and are staging a comeback'*. These attempts have been met with resistance from Kenyan citizens, who have shown that they are willing to defend their constitution. One example of this resistance is the BBI case, in which the High Court struck down a constitutional amendment bill that would have given the president more power.

This week, the High Court issued another spectacular ruling in which presidential power is further curtailed. In the CAS case, the High Court ruled that the president had exceeded his authority by appointing 50 Chief Administrative Secretaries (CAS) without following the required procedures. The court's decision is a major setback for the president, who had hoped to expand his power by creating the CAS positions. The decision also sent a message to the government that it cannot ignore the will of the people when making decisions about public policy.

The CAS decision, therefore, reminds Kenyans of the shift from symbolic constitutionalism (*constitutionalism devoid of substantive values*) to real constitutionalism.

The CAS Fiasco

The facts in the CAS case are relatively straightforward. In 2022, the president wrote to the Public Service Commission (PSC) requesting the creation of 23 new offices of CAS. Historical clarification is important here. The office of CAS had earlier been created during the Uhuru regime. However, this was later ruled unconstitutional in the *Okiya case* for failure to comply with the constitutional and statutory process. In order to comply with the Okiya decision, the PSC abolished the CAS office and subjected the president's 2022 request to public participation. However, the public participation process was not successful,

with 58.2% of respondents opposing the creation of the CAS positions. Despite this opposition, the PSC recommended that the president create the CAS positions. On February 23, 2023, the president nonetheless wrote to the PSC requesting that the number of CAS positions be increased from 23 to 50. The PSC agreed to this request and recommended 50 people for appointment by the president.

The creation of the CAS positions was challenged in court on three grounds: firstly, the petitioners challenged both the constitutionality and process of establishing the office of the CAS. Secondly, the 27 additional CAS were not subjected to public participation. And finally, the additional CAS positions would create an unreasonable financial burden. The court upheld the first two grounds of challenge and ruled that the creation of the CAS positions was unconstitutional, with *one judge dissenting* on the first ground. Both the majority and minority opinion dismissed the last ground.

Setting the scene: The reign of Neo patrimonialism and prebendalism

Before 2010, the Kenyan public service was *patrimonial*, meaning that it was controlled by the president and his allies. The president would create and abolish offices either to reward his loyal supporters and family members or to punish any dissent. This system led to the concentration of power in the presidency and the weakening of other institutions, entrenching what has been called the *big man syndrome* in Kenya. The appointment to public service or state office was not subject to any legislative approval. Although the president had a cabinet, he also created another layer known as *the kitchen cabinet* which included his friends, family and a few technocrats who were unchecked. The basis for the appointment was simply ethnic or political affiliation, cronyism and friendship.

The Kenyan Constitution of 2010 introduced a num-

ber of reforms to the public service. These reforms were designed to reduce the president's power over public appointments and to ensure that appointments are made on the basis of merit, rather than political affiliation or personal loyalty. In particular, Articles 10 and 232 of the Constitution marked an end to the 'jobs for the boys era'.

One of these reforms was the requirement that all public appointments be made on the basis of merit and fair competition. Another reform was the creation of an independent commission, the Public Service Commission (PSC), to oversee public appointments. Finally, the Constitution of 2010 requires that the president's appointments to certain senior positions be approved by the National Assembly. This ensures that the president's power to appoint is checked by the other branches of government.

Kenyans, therefore, decided to reduce the powers of the president by ensuring that he/she wields less say in public appointments.

It is this reality that was at the centre of the dispute in the CAS case, the dream of Kenyans to do away with an overreaching presidency vis-à-vis the wishes of presidents seeking to expand their powers beyond the constitutional limits. Luckily, the dream of Kenyans won in the CAS decision.

'We the people: Import of public participation'

The question before the Court was whether the establishment of the CAS posts was subjected to public participation. Both the majority and the minority found that while public participation had taken place in the creation of the 23 CAS posts, the creation of the additional 27 posts was not subjected to public participation and was therefore unconstitutional. This was because public participation had been in the creation of a CAS office in each ministry, not each state department. The [Majority](#) noted that

We say so because as a guiding principle, public participation must be real and cover all forms of governance. It is noted that the public submitted comments in the public participation exercise based on the creation of the CAS office in each ministry and not the state department (220) (See also [para 36 and 37 of the Minority decision](#))

The decision recognises the golden thread that runs through the 2010 Constitution: the recognition of the so-

vereignty and will of the people. The Constitution acknowledges that the people wield power and have only delegated that power to their representatives. The inclusion of public participation as a national value is an appreciation that the Kenyan citizenry is [adult enough](#) to express how they want to be governed. The decision is another reminder that the people have moved from being passive observers to becoming an active, agenda-driving force for change and a [check and balance on governance](#). It is a recognition that the constitution is people-centred and that the people can no longer be excluded from the table where decisions are being made.

Presidential powers to create the CAS office

The point of determination rested on the interpretation of Article 132(4) of the Constitution. The provision provides that the president can establish an office in the public service on the recommendation of the PSC. The majority found that although the provision grants the president and the PSC broad powers to create offices, they must follow the Constitution (para 241). Second, the majority evaluated the status of the CAS office and noted that it is situated between the cabinet secretary and the permanent secretary. While both the Cabinet secretary and permanent secretary are subject to approval by the national assembly, the appointment of the CASs is not subjected to approval by the national assembly (para 245). The majority held that for this position to be constitutional, there must be legislation providing for such a position and a framework for a cap on the number of CASs (para 248).

Lastly, the majority considered the history of the cabinet ministers in Kenya and noted that the clamour for the 2010 Constitution was meant to control its size (para 253). They held that the office of the CAS is akin to the position of assistant ministers that existed pre-2010, which Kenyans rejected. The Court held that Kenyans capped the Cabinet at 22 and did not intend for 50 CASs to deputize 22 ministers. It is on this basis that the Court found the position of CAS unconstitutional. The minority, however, held that the PSC was merely complying with the process laid down in [Okiya](#) and there was no need for legislation or national assembly approval.

The majority opinion is commendable for adopting an interpretation in line with the Constitution's leitmotifs. Interpreting a transformative constitution requires judges to go beyond its mere letters and consider its context, including the country's history. The supreme court has

called this the **holistic interpretation**. Therefore courts are called upon to ‘clarify draftsmanship gaps’ by going outside the dry letter of the law. By imposing a requirement for legislation to create the office of CAS and subjecting CASs to parliament approval, the Court seeks to limit executive arbitrariness and endorses the clean break from Kenyans’ past. The decision reiterates an earlier position that ‘**the Constitution of this Republic is not a toothless bulldog nor is it a collection of pious platitudes. It has teeth**’ and it will bite when a state organ goes beyond its mandate.

Lessons beyond the CAS

There are also a few lessons that go beyond the CAS case: First, the Kenyan constitution enshrines accountability and constitutionalism, limiting the powers of the executive. The president cannot obtain uncontrollable power but must adhere to the spirit and letter of the Constitution. Unlike traditional or medieval monarchs, whose words were law, today the constitution is the law and demands compliance from the president. The president’s power is constrained, and they must act within their constitutional duties’ outer perimeter. If they exceed this perimeter, their actions will be declared unconstitutional.

Second, articles 22 and 258 of the Constitution grant Kenyans the right to challenge the constitutionality of ac-

tions, laws, and policies before the High Court. This serves as a reminder that if the president steps outside their constitutional mandate, the Court will not hesitate to intervene.

Third, the CAS decision shows that courts and judges can arrest some ‘**evil popular trends in their inception**’. This highlights the importance of judicial review and the establishment of Constitutional Courts or Constitutional divisions in ordinary courts as safeguards of democracy and human rights. Courts act as **governance enclaves**.

Conclusion

The High Court of Kenya yet again stood up to the expectations of Kenyans as the *people’s court*. It demonstrated its special place in Kenya’s constitutional architecture as the enforcer of constitutionalism and the rule of law. The decision also evidences the shift from symbolic constitutionalism to real constitutionalism; that the idea of constitutionalism is not only present in the Constitution but impacts our day-to-day lives. With democratic backsliding and regression occurring in Africa and worldwide, the CAS decision is a powerful tool for constitutional defenders. It sends a message to those suffering from the “big man syndrome” that constitutionalism continues to thrive, with courts ensuring its fire does not go out.

Mark Buse

The Supreme Court v. the Administrative State



The Next Chapter in the Major Questions Saga

doi: 10.17176/20230703-231023-0

On Friday, June 30, the U.S. Supreme Court ended its session with a serious blow to the progressive agenda after its decisions striking down race-conscious college admissions and narrowing protections for LGBTQ consumers the day before.¹ In its final case, *Biden v. Nebraska*², the Court further thwarted the Biden campaign, which is counting on the help of young voters to get reelected for a second term,³ as it struck down the Biden administration's plan to wipe out more than \$400 billion in student debt. As expected by many, all three rulings were 6-to-3 decisions divided along partisan lines, with the Court's six Republican appointees forming the majority.

Biden's comprehensive student loan forgiveness program – on which public opinion is equally divided⁴ – would have completely forgiven the debts of 20 million borrowers and decreased the debt of an additional 23 million borrowers from \$29,400 to \$13,600.⁵ According to the Department of Education, the program would have covered 98.5% of all borrowers, and the Congressional Budget Office estimated that the plan would have canceled about \$430 billion in debt principal.⁶ However, after the Court's decision, borrowers will have to face resuming payments on their entire student loan balances beginning in October.

The decision in *Biden v. Nebraska* joins a series of recent Supreme Court decisions aimed at curbing the executive branch's power to regulate certain issues and to

limit the so-called administrative state. In this battle against the administrative state, the *major question doctrine*, according to which it cannot be assumed that the administration has been authorized to regulate a "major question" with far-reaching economic and political consequences without "clear congressional authorization," has become one of the central tools.

The case

Since March 2020, student borrowers had been granted a pause on their monthly payments by President Trump. Once President Biden assumed office, he offered further extensions until the summer of 2022. After the extensions expired, President Biden's Secretary of Education proposed a new program according to which student borrowers with eligible federal student loans who had an income below \$125,000 in either 2020 or 2021 qualified for a loan balance discharge of up to \$10,000 while those who previously received Pell Grants (financial aid for low-income students) qualified for a discharge of up to \$20,000. However, this program faced immediate legal challenges by six Republican-led States – Nebraska, Arkansas, Iowa, Kansas, Missouri, and South Carolina – resulting in its court-ordered suspension.

The Biden administration justified its program by invoking the Higher Education Relief Opportunities for Students Act (HEROES Act), a 2003 law enacted during the Ir-

¹ See *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U. S. (2023); *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U. S. (2023).

² *Biden v. Nebraska*, 600 U. S. (2023).

³ See Winan von Petersdorff, *Bidens geplatzter Stimmenkauf*, FAZ (June 30, 2023), <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/nach-supreme-court-urteil-bidens-geplatzter-stimmenkauf-19003534.html>, last accessed: July 1, 2023.

⁴ See Adam Liptak/Eli Murra, *The Major Supreme Court Decisions in 2023*, *The New York Times* (June 29, 2023) <https://www.nytimes.com/interactive/2023/06/07/us/major-supreme-court-cases-2023.html>, last accessed: July 1, 2023].

⁵ *The Supreme Court blocks Joe Biden's student-debt-relief plan*, *The Economist* (June 30, 2023), <https://www.economist.com/usa/2023/06/30/the-supreme-court-blocks-joe-bidens-student-debt-relief-plan>, last accessed: July 2, 2023.

⁶ David Shepardson/Eric Beech, *Biden plan to cancel some U.S. student loan debt will cost \$400 bln – CBO*, *Reuters* (September 22, 2022), <https://www.reuters.com/world/us/biden-plan-cancel-some-us-student-loan-debt-will-cost-400-bln-cbo-2022-09-26/>, last accessed: July 1, 2023.

aq war, which allows the Secretary of Education to “waive or modify” rules pertaining to student loans during a “national emergency,” such as the pandemic, in order to prevent student borrowers from facing financial hardship as a result of the national circumstances. Six Supreme Court justices ultimately rejected this argument.

The Court’s decision

The central issue in the case was the extent of the Secretary of Education’s authority under the HEROES Act. Under the HEROES Act, the Secretary of Education can “waive or modify” existing statutory or regulatory provisions applicable to financial assistance programs under the Education Act. The Department of Education argued that loan forgiveness was also encompassed by the terms “waive or modify,” at least when accounting for Congressional purpose. The Supreme Court disagreed 6-3. The majority wrote that even under general rules of statutory interpretation, it could not be assumed that the Secretary of Education was authorized to take such far-reaching action. According to the Court, statutory permission to “modify,” generally, “does not authorize basic and fundamental changes in the scheme designed by Congress.”⁷ Instead, that term carries “a connotation of increment or limitation” and must be read to mean “to change moderately or in minor fashion.”⁸ In the Court’s view, the Secretary of Education’s plan, covering almost all student borrowers (98.5%), was anything but minor. The Court was also not convinced that the Secretary of Education had *waived* statutory provisions since he was not able to “identify any provision that he is actually waiving.”⁹ To further support its finding, the Court cited *West Virginia v. EPA* and invoked the major questions doctrine: given the economic and political significance of the Secretary’s action, it could not be assumed “that Congress entrusted that task to an agency without a clear statement to that effect.”¹⁰ In other words, because of its far-reaching economic consequences, the measure would have required a “clear congressional authorization” for the Secretary of Education

to take such an action. As this was not the case, the plan was declared unconstitutional.

The demise of the administrative state?

The decision in *Biden v. Nebraska* fits in seamlessly with the path the Supreme Court has charted in recent years, clarifying the scope of the major question doctrine. Last year, in *West Virginia v. Environmental Protection Agency (EPA)*¹¹, the Court slashed the EPA’s power under the Clean Air Act to impose a nationwide cap on carbon dioxide emissions from the electricity sector, invoking for the first time the major questions doctrine. The Court stated that “[we] presume that Congress intends to make major policy for itself, not leave those decisions to agencies,” and therefore, the Court is “reluctant to read into ambiguous statutory text” a delegation of broad powers without language indicating a “clear congressional authorization” for the power it claims.¹² The words used in *West Virginia v. EPA* strongly implied that the major questions doctrine would serve as a “clear statement” rule aimed at enforcing Article I’s non-delegation principle, forcing Congress to provide clear indications of what agency actions are covered by the statute. However, it appears in *Biden v. Nebraska* that the Court stopped short of that. After using “classic” tools of statutory interpretation, the Court invoked the major questions doctrine as an *additional* argument to further *reinforce* its finding.¹³ In her concurring opinion, Justice Barrett even argued that the clarity required by the major questions doctrine might come from specific words in the statute or the context surrounding the enactment of the regulatory authority, suggesting the major questions doctrine could function like another tool of statutory interpretation.¹⁴ However, none of the other five conservative Justices joined her opinion.

Regardless of whether the major questions doctrine is to be understood as just another interpretatory tool or not, this is certainly not the last time we will hear about the major questions doctrine and the Court’s conservative

⁷ *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. 1, 13 s. (2023).

⁸ *Ibid.*

⁹ *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. 1, 15 (2023).

¹⁰ *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. 1, 24 (2023).

¹¹ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 142 S. Ct. 2587 (2022).

¹² *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 142 S. Ct. 2587, 2609 (2022).

¹³ See *Biden v. Nebraska*, 600 U. S. 1 (2023) (Barrett J., concurring opinion).

¹⁴ See *Biden v. Nebraska*, 600 U. S. 1, 8 ss. (2023) (Barrett J., concurring opinion).

majority striking down progressive executive branch regulations on this ground.¹⁵ The major questions doctrine is becoming – or has already become – an all-purpose weapon for the six conservative Justices on the Supreme Court to curb the administrative state’s power.¹⁶ And this strategy threatens a vital body of regulations in a country that delegates a wide range of regulatory powers to agencies, often in broad or utterly vague terms. Since the U.S. Congress has been paralyzed by partisan gridlock for years,¹⁷ agencies often have to step in to address new issues and enact regulations. As a result, large chunks of environmental or consumer protection laws, for example, have been issued by agencies rather than Congress.¹⁸ Libertarians and conservatives don’t like that.

The six conservative justices on the Supreme Court are well aware of the difficulties facing the U.S. Congress. It is, therefore, quite cynical to sell the major question doctrine as a primarily democratic instrument.¹⁹ In light of the U.S. political system and its current crisis, the major question doctrine is more a libertarian tool aimed at curtailing agencies’ regulatory powers than a democratic one. It is also too simplistic to view the current deadlock in the U.S. Congress and the accompanying lack of regulation as the constitutionally intended default option, as some sort of “American style democracy.” Admittedly, the U.S. constitutional framework is characterized by deep skepticism toward majority rule, and it was “the central judgment of the Framers of the Constitution that, within the American political scheme, the separation of

governmental powers [...] is essential to the preservation of liberty.”²⁰ However, some developments that have led to the current legislative stalemate are not anchored in the constitutional text and are of more contemporary origin. Examples include the emergence of the two-party system, the radicalization of the Republican Party, polarized primaries, the filibuster, aggressive gerrymandering (especially by the Republican Party), money in politics, and lobbying. To say that the legislative gridlock is the constitutional ought-to-be condition is, therefore, not correct. At least, it’s not the whole truth.

In sum, things don’t look good for the administrative state in the U.S. The U.S. Congress is not expected to fix its problems, at least not in the short term, if the Democrats are not able or willing to abolish the filibuster in the U.S. Senate. And it is also highly unlikely that the Supreme Court will reconsider its jurisprudence on the major questions doctrine given the current power structure on the Supreme Court bench. On the contrary, we may soon additionally see the sharpening of the non-delegation doctrine alluded to in *Gundy v. United States*²¹, according to which Congress may, at most, authorize agencies to “fill up the details” of a regulatory action authorized by Congress.²² What this latest chapter in the major questions doctrine saga makes clear, regardless of how the Supreme Court justifies its use, is that the major questions doctrine is going to be the driving forces behind the Supreme Court’s curbing of the administrative state.

¹⁵Noah Feldman, Supreme Court’s Student Debt Rebuff Exposes Ist Judicial Activism, Bloomberg (June 30, 2023), https://www.washingtonpost.com/business/2023/06/30/supreme-court-student-loan-ruling-shows-new-judicial-activism/935a32e6-1765-11ee-9de3-ba1fa29e9bec_story.html, last accessed: July 2, 2023.

¹⁶See Noah Feldman, Supreme Court’s Student Debt Rebuff Exposes Ist Judicial Activism, Bloomberg (June 30, 2023), https://www.washingtonpost.com/business/2023/06/30/supreme-court-student-loan-ruling-shows-new-judicial-activism/935a32e6-1765-11ee-9de3-ba1fa29e9bec_story.html, last accessed: July 2, 2023.

¹⁷See for a more detailed account: Michael J. Klarman, Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court, 134 Harv. L. Rev. 4, 106–177 (2020); see also Binder, The Dysfunctional Congress, Annu. Rev. Polit. Sci. 2015. 18:85–101 ff.

¹⁸Jonas Plebuch/Simon Pielhoff, Verwaltungsstaat als Demokratieideal – Administrative State als Demokratiegefahr, Der Staat 61 (2022), 167 (192).

¹⁹See, e.g., Beau J. Baumann, Americana Administrative Law, 111 Geo. L.J. 465 (2023): “Rather than hyping the threat of executive aggrandizement, nondelegationists are deploying cynical and declinist notions of Congress to justify judicial self-aggrandizement.”

²⁰*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 1, 29 (2004); *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 380 (1989).

²¹See *Gundy v. United States*, 139 S.Ct. 2116, 2131 (2019) (Alito J. concurring opinion) and *Gundy v. United States*, 139 S.Ct. 2116, 2133 ss. (2019) (Gorsuch J. dissenting opinion).

²²*Gundy v. United States*, 139 S.Ct. 2116, 2145 (2019) (Gorsuch J. dissenting opinion).

Leonid Sirota

A Constitution without Constitutionalism

Re-thinking the “digital constitutionalism” debate

doi: 10.17176/20230703-231137-0



“Digital constitutionalism” has attracted a good deal of scholarly attention in recent years, much of it enthusiastic, some more sceptical. Just what constitutionalism means, and how this meaning can be transposed into a realm of private – albeit increasingly regulated – interactions rather than traditional public law, is part of the debate between the enthusiasts and the sceptics. All agree, however, that it is a normatively charged idea, a shorthand reference to certain values which include – whether or not they are limited to – respect for certain human rights.

In this post, I argue, drawing on a [recent article](#), that while we can indeed think of internet regulation in constitutional terms, we must first *understand* what I shall call the constitution of cyberspace. A descriptive effort must precede any normative projects directed at imposing values allegedly inherent in the notion of constitutionalism onto cyberspace. And further, understanding the constitution of cyberspace should at least make us wary of digital constitutionalism’s normative ambitions.

Digital constitutionalism and its discontents

To briefly summarise an already substantial and growing body of scholarship, the proponents of digital constitutionalism, such as [Nicolas Suzor](#), [Claudia Padovani](#) and [Mauro Santoniello](#), [Giovanni de Gregorio](#), hope that injecting constitutional principles into the regulation of the internet and especially the design of online platforms will make them more hospitable to human flourishing. These scholars are concerned that, left to the devices of self-regulation through the media of electronic “code” and contract law, cyberspace will be a realm where private actors exercise power unredeemed by any commitments to human rights and dignity, and hence illegitimate. To tame online private power, they call for regulation subjecting it to constitutional principles, notably respect for human rights but, at least for Suzor, also the Rule of Law.

In a recent article, [Róisín Á Costello](#) has expressed considerable scepticism about the “constitutionalism”

label. Her argument is not that the aims of the digital constitutionalism scholars are misguided, but rather that they do not amount to constitutionalism. This is because they pay no attention to “structural restraints” on power exercised in cyberspace and do not seek to make power accountable to those who are its objects, i.e. primarily the users of online platforms. In Costello’s telling, this makes it too easy for the governance of cyberspace to be described as constitutional and so to benefit from an undeserved perception of legitimacy.

Both the “digital constitutionalism” scholarship and Costello’s critique are valuable because they point us, respectively, to questions around the rights protected and the governance structures present in cyberspace. Both are, of course, typical constitutional concerns, and it is understandable that public lawyers should take a keen interest in the regulation of cyberspace. But interest is one thing; takeover would be another. We should not be too quick, indeed I think we have no particular right, to insist that cyberspace must take on our normative commitments.

Constitutions: another perspective

There is another way of thinking about constitutions that is helpful if we want to understand the regulation of cyberspace without warping this understanding through normative theorising. Its most extreme version is captured in J.A.G. Griffith’s [notorious remark](#) that in, the United Kingdom, “the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also”. However *outré* this may seem, especially to those of us who have been brought up in legal systems with legally entrenched constitutions, Griffith got at something important.

There are all kinds of constitutions, not all of them concerned with human rights, or structural limitations on public power, or accountability, or the public good. Statements such as the one found in the French Declaration of

Rights of Man and Citizen, to the effect that “[a]ny society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution” are vain both in sense of being futile and in that of being arrogant.

A private club or a corporation, for example, can be meaningfully said to have a constitution: that is to say, a framework of rules, although necessarily legally enforceable or permanent rules, about how its other rules change and who is involved in this process, as well as the limits, if any, to which these rules are subject and the values they serve. But such a constitution does not serve the relatively narrow ends recognised as constitutional by supporters and critics of “digital constitutionalism” alike.

The oddball constitution

In my view it makes sense to see cyberspace as having a constitution in the sense of a framework of rules about rules, even though it does not conform to a normative vision of constitutionalism. Admittedly, it is a peculiar constitution, in at least two ways that are worth highlighting. First, it is unsettled and subject to vigorous contestation by actors, state and non-state alike, trying to maximise their power and autonomy at the expense of competitors. Second, it is fragmented in a way that illustrates Heather Gerken’s concept of “[federalism all the way down](#)”. Neither of these traits is unique, but it is true that the constitution of cyberspace is an outlier on both these dimensions.

So far as the lack of settlement and stability is concerned, it is important to keep in mind that no constitution is perfectly ordered, let alone static. Even those that are (partially) codified in supreme laws meant to resist easy amendment are subject to change by the development of practice and convention. Of course, those constitutional courts that adhere to some version of a “living instrument doctrine” thereby undermine the stability of the constitutions they apply.

The constitution of cyberspace lacks institutional mechanisms such as amendment procedures that channel and defuse some of the instability of many real-world constitutions. But even state constitutions evolve outside of these formal channels. The difference is one of degree – although it is a very large one – rather than of kind. To the extent that Costello suggests that the instability of online governance arrangements prevents them from being regarded as constitutional, I believe she is mistaken.

But there is no gainsaying the reality that all key elements of the constitution of cyberspace are vigorously contested. This applies to what we might describe as structural questions, more or less of the sort that Costello rightly draws attention to. Thus: will the constitution of cyberspace be mainly the product of national or supra-national legislation, or will it emerge from private contractual arrangements and practices? And who will decide this? For example, what role, if any, will the users of online platforms play in their governance? Conversely, just how far can governments extend their regulatory ambitions – can they, for instance, penalise platforms for behaviour that does (directly) impact those under their jurisdiction, as the EU recently [threatened](#) to do with Twitter?

Instability affects rights questions too. Most fundamentally, of course: what rights, if any, will the constitution of cyberspace protect? The focus of the “digital constitutionalism” literature is on freedom of expression and perhaps equality – though the two are arguably in some tension. Suzor adds a concern with due process. But what about property rights, especially intellectual property of course, and freedom of contract? For better or for worse, these have been relegated to the status of an afterthought if not a nuisance by most public lawyers, but it is not obvious, to say the least, that they should be so in the realm of private interaction online.

Turning now to the fragmentation of and distribution of power in cyberspace, it too has some models, albeit imperfect ones, offline. Federal constitutions are of course familiar phenomena, and the idea of pushing the distribution of powers “down” – and “up”, too – is readily recognisable from discussions about the rule of cities or other local governments on the one hand, and entities such as the EU on the other. The all-the-way-up-and-down federalism of cyberspace is, once again, different in degree, but a very considerable degree.

Cyberspace is not just one normative order but a collection of local communities, each of them with its own rules and values, enabled by (computer) “code” to organise themselves on the principles most congenial – and/or profitable – to those who control the code. This blog, for example, controls both its posts and the comments published on them, in the latter case explicitly referencing its owners’ “property rights” as a justification for a moderation policy that wouldn’t pass muster on any conceivable approach to freedom of expression. Other communities make very different choices.

And, public agonies over, say, Elon Musk’s idiosyncratic approach to running Twitter notwithstanding, the ability to exit and enter these communities freely is all that is needed to keep most people mostly happy most of the time. The costs of entry and exit tend to be radically lower online than “in real life” – which, to be sure, does not mean that they are nil; they might even be unusually high in a few cases, calling for specific regulatory responses (though for my part I am sceptical about this). Whatever else we think about it, our consideration of the constitution of cyberspace is radically incomplete if it does not account for this, its most distinctive characteristic.

Getting normative, after all

The kinds of issues outlined above – how rules get made and by whom, what rights, if any, are respected in a given

community – are typically constitutional issues. When they arise in the context of internet governance or regulation, it makes good sense to think of them in terms of a constitution of cyberspace. This constitution is unusual, to be sure, when compared with more familiar real-life examples. But it is not unrecognisable.

However, it is a mistake to proceed from this observation to the normative view that cyberspace not only has a constitution but also needs constitutionalism, at least if constitutionalism is understood as a more or less predetermined package of liberal democratic values. To impose these values on cyberspace would destroy its most distinctive and arguably most valuable trait, the radical up-and-down-federalism that marks its structure. On this point, recent concerns about “[constitutional scholars as constitutional actors](#)” and “[scholactivism](#)” are directly relevant to the scholars of “digital constitutionalism”.

Isabel Feichtner

Tiefseebodenbergbau und Planetares Denken

doi: 10.17176/20230725-132229-0



Am Freitag, den 21. Juli 2023, endete Teil 2 der 28. Sitzung des Rats der Internationalen Meeresbodenbehörde, einer internationalen Organisation mit aktuell 169 Mitgliedern (168 Staaten und EU). Zwei Wochen hatten die Delegierten die sogenannten Ausbeutungsverordnungen ([Exploitation Regulations](#)) verhandelt. Tags darauf meldete der [Deutschlandfunk](#): „Der Rat der Internationalen Meeresbodenbehörde ist vorerst an der Aufgabe gescheitert, weltweite Regeln für den Tiefseebergbau aufzustellen.“ Richtig ist, dass die Beratungen nicht in einer Einigung auf ein Regelwerk mündeten. Das war angesichts der vielen offenen Fragen, unter anderem zu den finanziellen Verpflichtungen von Bergbauunternehmen und Vorkehrungen zum Schutz der marinen Umwelt, aber auch nicht anders zu erwarten. Angesichts der bis zum Ende konstruktiven und konzentrierten Verhandlungen scheint es unrichtig, sie als gescheitert zu bezeichnen. Vielleicht lassen sie sogar Ansätze einer neuen ökologischen und planetaren Politik erkennen.

Meeresbodendiplomatie im Ausnahmezustand

Wie schon bei vergangenen Sitzungen übertrug das [ISA Web TV](#) die Plenarsitzungen live. So auch am 18. Juli 2023: Der Rat tagt schon die zweite Woche. Im Gebäude der Meeresbodenbehörde in Kingston, Jamaica, ist die Klimaanlage ausgefallen. Dass die Hitze erdrückend ist, kann auch erahnen, wer die Sitzung der informellen Arbeitsgruppe zu institutionellen Fragen am Live-stream verfolgt. Trotzdem behandeln die Delegierten diszipliniert die Vorschriften, eine nach der anderen, die sie sich für eine erste Lesung vorgenommen haben. Die Co-Facilitators erteilen das Rederecht streng nach Reihenfolge der Meldungen an Regierungsdelegationen, den besonderen Vertreter der Enterprise und Beobachterorganisationen. „Russia, you have the floor“; „Nauru, you have the floor“, „Canada, you have the floor“, „Special Representative for the Enterprise, you have the floor“, „Greenpeace, you have the floor“, „International Cable Protec-

tion Committee, you have the floor“... Die Aufgerufenen bedanken sich – „Thank you Madam Co-Facilitator“ – für Worterteilung und die harte Arbeit der beiden Vorsitzenden der Working Group. Heute fügen sie ihren Beiträgen anerkennende Stellungnahmen zum Lebenswerk Nelson Mandelas bei, denn es ist Nelson Mandela International Day. Sie geben ihre Präferenzen für die eine oder andere Formulierung und gegebenenfalls weitere Vorschläge, Vorbehalte, Anmerkungen zu Protokoll. Als die Diskussion einer Vorschrift zu den von Unternehmen zu beachtenden Verpflichtungen zum Schutz der marinen Umwelt an der Reihe ist, schlägt Deutschland die Formierung einer weiteren Arbeitsgruppe vor. Diese soll in der Zeit bis zur nächsten Ratssitzung im November einen Textvorschlag erarbeiten.

Russia, Germany, Norway, Nauru, Bangladesh, Special Representative for the Enterprise – hinter den Schildern sitzen Personen, die ernsthaft ihre Rollen ausfüllen, die Belange der Staaten, der Wale, der Kabel, der Ökosysteme einbringen und sich dabei an die Spielregeln der internationalen Diplomatie und des Völkerrechts halten. Es sind Menschen, die in der Hitze schwitzen, mit Stimmen und Gesichtern; die ab und zu einen Witz machen, etwa dass die Behörde ihren Arbeitseifer sicher mit Freibier belohnen werde. Ihre Namen werden in der Regel nicht genannt; sie lassen sich aber dem [Earth Negotiation Bulletin](#) entnehmen, einer Publikation des International Institute for Sustainable Development, in der täglich über die Verhandlungen berichtet wird und die zahlreiche Fotografien der in Kingston versammelten Delegierten und Beobachterinnen enthält. Viele von ihnen reisen Jahr für Jahr nach Jamaica, zwischendurch setzen sie die Gespräche in verschiedenen Formaten und Institutionen, virtuell und in Person fort und werden so zu guten alten Bekannten und „dear friends“.

Die monoton aufeinander folgenden, formalisierten, häufig repetitiven, immer respektvoll höflichen Wortmeldungen in den Sitzungen der Arbeitsgruppen könnten vergessen machen, dass die Meeresbodenbehörde mit

Korruptionsvorwürfen konfrontiert und der Tiefseebodenbergbau als ökonomisches Projekt zutiefst umstritten ist. Die Diplomatie in Kingston funktioniert – anders als die Klimaanlage. Die Verhandlungen gehen weiter – „Russia you have the floor“. „Draußen“ ist Russland derweil als Aggressor im Krieg mit der Ukraine in vielen Kontexten wirtschaftlich und politisch isoliert; es werden diesen Sommer wieder Hitzerekorde gemessen, Waldbrände wüten, Hungersnöte drohen. „Federated States of Micronesia, you have the floor.“ Ich verfolge den Fluss der Wortmeldungen leicht gelangweilt im ISAFerienfernsehen, bin zugleich angerührt vom Ritus der Diplomatie und irritiert von der Farce des Rollenspiels inmitten planetarer Katastrophen. Was wird hier eigentlich verhandelt, wie und warum?

Nauru und die „nukleare Option“

Der kleine pazifische Inselstaat Nauru, einst deutsche Kolonie, ein durch Phosphatabbau ökologisch versehrtes Land, kurzzeitig reichster Staat der Welt, dann hoch verschuldet und seit einigen Jahren bekannt für die [Lager Geflüchteter](#) mit Ziel Australien hatte Ende Juni 2021 von einem rechtlichen Mechanismus Gebrauch gemacht, der in der Vergangenheit von manchen als „nuclear option“ bezeichnet wurde. Heute wird er in der Behörde unter dem Agenda-Punkt „Zweijahresregel“ geführt und bietet eine Erklärung für die auf Hochtouren laufenden Verhandlungen. Nauru [forderte den Rat auf](#), die Verhandlungen der Ausbeutungsregelungen zum Abschluss zu bringen und setzte damit eine Zweijahresfrist in Gang. Mit Ablauf dieser Frist am 9. Juli 2023 ist der Rat der Meeresbodenbehörde nun rechtlich verpflichtet, Anträge auf Erteilung von Ausbeutungslizenzen zu berücksichtigen und gegebenenfalls vorläufig zu genehmigen, auch wenn die den Abbau im Einzelnen regelnden Normen noch nicht verabschiedet und in Kraft sind. [NORI Inc.](#), eine Tochtergesellschaft des kanadischen Unternehmens The Metals Company kündigte an, einen solchen Antrag schon 2024 zu stellen. Das Unternehmen braucht dafür die Unterstützung Naurus als „Sponsoring State.“ Während Nauru betont, wie wichtig die Verhandlung eines robusten Regelwerks sei, hat es dennoch seine Bereitschaft hierfür signalisiert.

Die Zweijahresregel, über deren [Auslegung](#) nun gestritten wird, findet sich im Durchführungsabkommen von 1994 zur Seerechtskonvention der Vereinten Nationen von 1982 (SRÜ) (Abschnitt 1, Paragraph 15 des An-

nexes). Dieses Abkommen änderte wesentliche Vorschriften zum Tiefseebodenbergbau des SRÜ. Ziel war es, das Rechtsregime des Tiefseebodens – in den 1970ern Teil des Projekts einer Neuen Weltwirtschaftsordnung – zu depolitisieren, stärker an marktwirtschaftlichen Prinzipien auszurichten und so den Staaten entgegenzukommen, denen die ursprünglichen Regelungen zu interventionistisch waren und die deshalb davon Abstand genommen hatten, das SRÜ zu ratifizieren – darunter Deutschland, Großbritannien und USA (wobei letztere bis heute nicht Partei geworden sind). Heute nutzen Nauru und The Metals Company das Abkommen dazu, die Drohkulisse eines unzureichend regulierten Tiefseebodenbergbaus zu errichten, die die Mitglieder der Meeresbodenbehörde zu intensivierten Verhandlungen treibt.

Vorsorgliche Pause und Schutz des Ozeans

Die Befürchtung, kommerzieller Tiefseebodenbergbau könne beginnen, bevor ein Regelwerk hierfür in Kraft ist, veranlasst die Delegierten Deutschlands ihre Sommerferien zu opfern und weitere Arbeitsgruppen anzustoßen, die strenge Umweltregeln erarbeiten sollen. Daneben wirbt Deutschland seit Herbst letzten Jahres für eine „vorsorgliche Pause“. Zuvor hatten Fidschi, Palau und Samoa ein [Moratorium](#) gefordert; Frankreichs Präsident Macron sprach sich für ein Verbot des Tiefseebodenbergbaus aus. Während der „vorsorglichen Pause“ sollen keine Anträge auf Lizenzerteilung gestellt werden, [„bis die Tiefseeökosysteme und möglichen Risiken des Tiefseebergbaus ausreichend erforscht sind und strenge Abbauregularien vorliegen, die ernsthafte Umweltschäden ausschließen“](#). Wissenschaftlerinnen warnen vor Störungen interdependenter Ökosysteme und Nahrungsketten, Verlust von Biodiversität und Klimaregulierungsfunktionen des Ozeans durch Lärm- und Lichtverschmutzung, Sedimentwolken und radioaktive Partikel, die beim Aufsaugen der Manganknollen vom Meeresboden freigesetzt werden könnten.

Versuche, auch im Tiefseebodenregime das Vorsorgeprinzip zur Geltung zu bringen und auf dieser Grundlage zumindest einen Aufschub des Tiefseebodenbergbaus zu erwirken, stoßen auf die ausgeprägte Ausbeutungstendenz des Regimes, die sowohl personell als auch strukturell bedingt ist. Generalsekretär Michael Lodge ist ein ausgesprochener Befürworter des Tiefseebodenbergbaus. Wie [Gerard Barron, Chief Executive Officer von The Metals Company](#), propagiert er ihn als unabding-

bare Voraussetzung für Energiewende und E-Mobilität. Lodge wird nicht nur wegen mangelnder Neutralität kritisiert, was im März zu [diplomatischen Verstimmungen](#) zwischen Deutschland und der Behörde führte. Er ist auch Korruptionsvorwürfen ausgesetzt. [Investigativen Recherchen](#) zufolge soll das Sekretariat Informationen über Lizenzgebiete unrechtmäßig an Unternehmen weitergegeben haben. Strukturell ist die Behörde schon aufgrund ihres Mandats, das primär auf die „Entwicklung“ der Meeresbodenmineralien zielt, auf Tiefseebodenbergbau ausgerichtet. Dass die Finanzierung der Behörde künftig aus Einnahmen aus dem Tiefseebodenbergbau erfolgen soll, trägt weiter zu ihrer Ausbeutungsneigung bei (für eine vertiefte Analyse siehe [hier](#) und [hier](#)).

Versprechen von Verteilungsgerechtigkeit und enttäuschte Erwartungen

Deutschland und Frankreich, die sich heute nicht nur um robuste Regulierung, sondern auch einen Aufschub von Bergbauaktivitäten in der Tiefsee jenseits staatlicher Jurisdiktion bemühen, sind im Rat [als Mitglieder der Gruppe B vertreten](#), also der Staaten, die unmittelbar oder durch ihre Staatsangehörigen die umfangreichsten Investitionen zur Vorbereitung und Durchführung von Bergbauaktivitäten tätigten (Durchführungsabkommen, Annex, Abschnitt 3, Paragraph 15). Auch die EU betrachtete noch vor wenigen Jahren den Tiefseebodenbergbau als Quelle „Blauen Wachstums“. Im Rahmen ihrer Entwicklungspolitik unterstützte sie pazifische Inselstaaten darin, in ihrem nationalen Recht die Grundlagen für Tiefseebodenbergbau zu schaffen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass [Mark Brown](#), Premier Minister der Cook Islands – wie Nauru ein Unterstützestaat (Sponsoring State) im Meeresbodenregime – bei der COP 27 in Glasgow den Vorwurf der Heuchelei und Bevormundung erhob: Dieselben Staaten, die ihre eigene Entwicklung auf Kosten des Planeten vorangetrieben hätten, die ihren Verpflichtungen zum Klimaschutz nicht nachkämen, wagen es nun, ein Moratorium zu fordern.

Der Tiefseebodenbergbau (sei es innerhalb oder außerhalb staatlicher Jurisdiktion) entzweit Regierungen, die sich von ihm ökonomische Entwicklung erhoffen, von ihren (Indigenen) Bevölkerungen, die [Verbote befürworten](#). Das internationale Tiefseebodenregime schwächt überdies die Voraussetzungen internationaler Solidarität. 1970 [deklarierte](#) die Generalversammlung der Ver-

einten Nationen den Tiefseeboden mitsamt seiner Mineralien auf Drängen vormals kolonisierter Staaten als gemeinsames Menschheitserbe. In den Verhandlungen zum SRÜ forderten dieselben Staaten, dass die Rohstoffausbeutung ausschließlich durch ein internationales Bergbauunternehmen erfolgen sollte. Damit sollte ihre direkte Partizipation am „Reichtum der Meere“ gesichert werden. Der ägyptische Völkerrechtler [Mohammed Bedjaoui](#) sah in diesem Unternehmen sogar den Prototyp einer Institution eines neuen Völkerrechts, das dem Interesse der Menschen und der internationalen Solidarität diene und nicht denen des Kapitals und der Staaten. Die G77 setzten sich mit ihrer Forderung nicht durch. Das SRÜ sah zwar die Schaffung eines internationalen Bergbauunternehmens, der Enterprise, vor. Es etablierte zugleich aber das so genannte Parallel Regime, das auf einen Kompromissvorschlag Henry Kissingers zurückgeht. Danach können neben der Enterprise auch andere Unternehmen Bergbau betreiben. Außerdem wird für jede Lizenz, die einem Unternehmen eines Industriestaats erteilt wird, ein gleichwertiges Lizenzgebiet für die Ausbeutung von durch Entwicklungsländer unterstützte Unternehmen „reserviert.“ Das schon genannte Abkommen von 1994 verringerte zudem die Einsatzmöglichkeiten der Enterprise, indem es Verpflichtungen zu Technologietransfer und Finanzierung aufhob und vorsieht, dass die Enterprise nur im Rahmen von Joint Ventures und wenn wirtschaftlich vertretbar tätig werden soll.

Diese rechtliche Ausgestaltung des Gemeinsamen Menschheitserbes schwächte nicht nur die Partizipationsmöglichkeiten ärmerer Staaten, es führte auch zu neuen Konfliktlinien zwischen ihnen. So versuchen heute einige kleine pazifische Inselstaaten ihre ökonomische Entwicklung zu fördern, indem sie als Sponsoring States agieren (neben Nauru und den Cook Islands auch Kiribati und Tonga). Damit geraten sie in Wettbewerb untereinander und es entstehen Interessenskonflikte mit anderen Staaten des Globalen Südens, insbesondere den afrikanischen Staaten, die eine Operationalisierung der Enterprise fordern. Letztere waren bei den vergangenen Verhandlungen insofern erfolgreich, als der Rat am 21. Juli 2023 [beschloss](#), einen Interim Generaldirektor für die Enterprise einzusetzen.

Von Entwicklung zu Einwicklung - die Meeresbodenbehörde als planetares Parlament

Der mexikanische Ratspräsident Juan José González Miñares war schon beim nächsten Tagesordnungspunkt, als sich Eden Charles, der seit 2019 als ihr Besonderer Vertreter die Belange der Enterprise in den Verhandlungen wahrnimmt, noch einmal zu dieser Entscheidung zu Wort meldete. Mit ihr werde sichergestellt, dass das Gemeinsame Menschheitserbe kein Mythos bleibe. Weitere würdige Stellungnahmen blieben aus. Vielleicht weil alle Anwesenden nach zwei langen Verhandlungswochen schon zu müde waren.

Sie werden weiterverhandeln, bei Ratssitzungen in Kingston im kommenden November, März und Juli – so sieht es die Roadmap vor. Dazwischen wird in informellen Arbeitstreffen um Konsens gerungen werden. Das mag „von außen“ betrachtet verrückt wirken, Protest mag als effektivere Antworten auf fortschreitende Extraktion erscheinen. Wenn es aber kein (dr)ußen gibt; wenn in Kingston nicht nur die Exploitation Regulations, sondern zugleich immer auch Krieg, ökologische Katastrophen, koloniales Unrecht und die Möglichkeit, den Planeten weiter zu bewohnen verhandelt werden, dann könnte es wichtiger sein, dabei und unruhig zu bleiben; nach Möglichkeiten zu suchen, die Regeln des Spiels zu dehnen und zu ändern. Wer um radikale sozialökologische Transformation besorgt ist, könnte danach fragen, wie die Meeresbodenbehörde zu einem Forum werden kann, wo eine ökologische Klasse, wie von Bruno Latour und Nikolaj Schultz skizziert, Gestaltungsmacht erlangt und wo statt über Produktion und Entwicklung darüber verhandelt wird, wie die Welt, von der wir leben, mit der Welt, in der wir leben, besser in Einklang gebracht werden kann.

Aus dieser Perspektive weisen die vergangenen Verhandlungen durchaus auf Transformationspotential hin. Über die Beobachterinnen kommen in Kingston schon heute Erdsystemwissenschaft und Indigenes Wissen ins

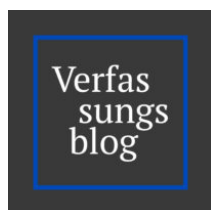
Gespräch, wie es der Forschungsansatz des Planetaren Denkens vorschlägt. Die Stellungnahmen von Wissenschaftlerinnen der Deep Ocean Stewardship Initiative und von Indigenen Aktivisten aus dem Pazifik – von Greenpeace in die Beobachterdelegation aufgenommen – verdeutlichen, dass der Tiefseebodenbergbau keine entlegene, unberührte „Umwelt“ ist, die eingehegt und unter Schutz gestellt werden könnte. Sie zeigen materielle und spirituelle Verbindungen zur „Mitwelt“ der Tiefsee auf, die durch andere Lebewesen, Wale wie Kleinstorganismen, vermittelt werden. Auch unbelebte Dinge bekommen eine Stimme im Rat, am prominentesten die Unterwasserkabel, die heute den Großteil der weltumspannenden Kommunikation ermöglichen. Mit etwas Phantasie lässt sich eine neue Offenheit nicht nur für Indigene Wissensbestände, sondern auch für die Einbeziehung anderer Lebewesen und des Mehr-als-menschlichen erahnen. Angesichts der wiederholten Enttäuschung von Entwicklungsversprechen (vertiefend hier, hier, und hier) könnte sie den von Latour und Schultz, mit Bezugnahmen auf Donna Haraway und Anna Tsing, beschriebenen normativen und epistemischen Wandel von Entwicklung zu Einwicklung erleichtern – von Nachhaltigkeitsdiplomatie zu planetarer Politik.

Die in diesen Tagen vielfach erwähnte Obskurität der Meeresbodenbehörde, die Verrücktheit des Tiefseebodenbergbaus, die mit diesem Regime verbundene Erinnerung an Solidarität und Aufbruch für ein neues Völkerrecht, die Vertrautheit der Verhandelnden, ihre Rituale und ihr Respekt voreinander könnten die Chance für ein Experiment sein: Das Experiment, den Rat der Meeresbodenbehörde als Parlament der Lebewesen und Dinge zu gestalten, in dem die Tiefsee – heute ein Anticommons – als Gemeinsames erfasst und rechtlich konstituiert werden kann. Lasst uns diesen Sommer die Meeresbodenbehörde nicht als gescheitert, sondern als Möglichkeitsraum planetarer Politik denken!

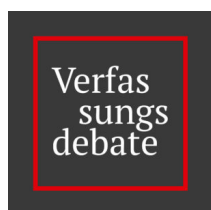
About Us

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.

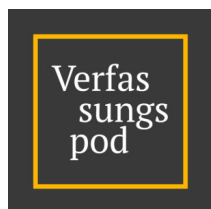
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



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