

11/2023  
November

# Verfassungs blatt

Verfassungsbooks  
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI [10.17176/20231211-100244-0](https://doi.org/10.17176/20231211-100244-0)

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 28/29  
12045 Berlin  
Germany  
[verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de)  
[info@verfassungsblog.de](mailto:info@verfassungsblog.de)

© 2023 belongs to the authors

Coverdesign nach Carl Brandt



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

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

# Inhalt Contents

## Deutschland Germany

### Asyl- & Staatsangehörigkeitsrecht Asylum & Naturalisation law

- Frederik von Harbou*  
30 Jahre Sonderrecht: Das Asylbewerberleistungsgesetz im Spiegel der Menschenrechte 1685
- David Werdermann*  
It's Called Saving Lives: Zur Kriminalisierung von Fluchthilfe 1689
- Patrick R. Hoffmann*  
Staatenlos ab Geburt: Ein Plädoyer für die Einführung von subsidiärem ius soli 1692

### Bundesverfassungsgericht Federal Constitutional Court

- Johannes Kaspar*  
Freispruch bleibt Freispruch: Warum das Karlsruher Urteil für die Angehörigen der Opfer schwer erträglich sein dürfte – aber trotzdem richtig ist 1695
- Isabel Lischewski*  
Ein Zeugnis mit bitterer Note 1698

### Gender Gender

- Bettina Rentsch*  
Deregulating Legal Gender in the Shadow of Social Ascription 1701
- Ulrike Lembke*  
Verfassungswidrige Sprachverbote 1704

### Rechtsruck & Wehrhafte Demokratie Shift to the Right & Defensive Democracy

- Kyrill-Alexander Schwarz*  
Halembas Mandat: Zur zeitlichen Reichweite des parlamentarischen Immunitätsschutzes 1708
- Jonathan Schramm*  
Eindruck von einem Richter: Zur mündlichen Urteilsbegründung des BGH im Fall Maier 1711
- Kathrin Groh*  
Systemwechsel im Wehrdienstrecht: Entlassung verfassungsfeindlicher Soldat\*innen durch Verwaltungsakt 1714
- Julien Berger*  
Vertrauen ist gut, verfassungsrechtliche Kodifizierung ist besser: Zur Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Absicherung des Bundesverfassungsgerichts 1717

## Das Thüringen-Projekt Thuringia Project

<i>Julia Leser</i> Mikropolitik des Rechtsrucks	1720
<i>Armin Steinbach</i> Verlockung der Macht	1723

## Verschiedenes Miscellaneous

<i>Tobias Mast, Wolfgang Schulz</i> Die Anstalt bin ich – nicht mehr	1726
<i>Halina Wawzyniak</i> Keine Rechtfertigung für Sperrklauseln	1731
<i>Till Hendlmeier, Christoph Schuch, Laura Schwarz</i> Antisemitismus – eine Gefahr: Über antisemitismus(un)kritische Prognosen im Versammlungsrecht	1735
<i>Maryam Kamil Abdulsalam, Tobias Roß</i> Im Wettlauf mit der Zeit: Die Novelle des BVerfSchG auf dem Prüfstand	1740
<i>Philipp Glahé, Alexandra Kemmerer</i> #MPIL100 – Beginn einer Spurensuche	1744
<i>Teresa Katharina Harrer</i> Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen: Die Unionsfraktion fordert ein Sexkaufverbot – doch gut gemeint ist manchmal unterkomplex	1747
<i>Marius Kühne</i> Sprachrohr für zwei Seiten: Strukturelle Defizite im Polizeibeauftragengesetz	1750
<i>Konstantin Welker</i> Rechtsbruch im Klimaschutz: Zur Verurteilung der Bundesregierung, ein Klimaschutz-Sofortprogramm vorzulegen	1753

## Europa Europe

### Digitales Digital

<i>Wolfgang Schulz, Christian Ollig</i> We Don't Need No Education?: Teaching Rules to Large Language Models through Hybrid Speech Governance	1756
<i>Martin Kretschmer, Tobias Kretschmer, Alexander Peukert, Christian Peukert</i> Europe and the Global Race to Regulate AI: Why the EU should focus on data quality and liability rules	1759
<i>Beatriz Kira, Laura Schertel Mendes</i> A Primer on the UK Online Safety Act: Key aspects of the new law and its road to implementation	1763

### Frankreich France

<i>Baptiste Charvin</i> Is France Desacralizing its Constitution?	1767
<i>Sarah Geiger</i> Constitutionalizing the right to abortion is not political opportunism	1770

**Italien** Italy

- Andrea De Petris*  
Looking at Berlin, Ending up on Capitol Hill: The Italian Constitutional Reform Plans in Comparative Perspective 1773
- Carlo Fusaro*  
Between Recalibration and Distortion: Meloni's Imperfect Reforms 1776
- Stefano Civitarese Matteucci*  
Paving the Way to Autocracy?: On the Meloni Government's Attempt to Shift the Constitutional Architecture of Italy 1779
- Edoardo Caterina*  
Prize and Premiership 1782
- Lorenzo Piccoli*  
Offshoring Asylum the Italian Way: No Model for Others to Follow 1785

**Türkei** Türkiye

- Gülçin Balamir Coşkun, Ertug Tombus*  
The Rule of Arbitrariness as the New Constitutional Order in Turkey 1788
- Doruk Erhan*  
Downhill All The Way: Turkey and a New Chapter in its Routinized Constitutional Crises 1791
- Emre Turkut, Ali Yildiz*  
The Individual Application Mechanism is on the Verge of Collapse, and so is Turkish Constitutionalism 1795

**Vereinigtes Königreich** United Kingdom

- Alice Donald, Joelle Grogan*  
Defeat in the Supreme Court: Where Next for UK Asylum Policy? 1798
- David Owen*  
Magical Thinking and Obsessive Desires: Conservative Politics, Human Rights, and the Rwanda Judgment 1801
- Catherine Briddick, Cathryn Costello*  
Supreme Judgecraft: Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda 'deal'? 1804

**Verschiedenes** Miscellaneous

- Raphael Oidtmann*  
Fighting Impunity Through Intermediaries 1809
- Dániel Karsai*  
The Right To Die Like The Trees: Standing 1812
- Christian Breitler, Lorin-Johannes Wagner*  
Defusing an Atomic Bomb 1815
- Carna Pistan*  
Why are illiberal monuments legally possible? Some insights from Bosnia and Herzegovina 1818
- Sotiris Mitralaxis*  
An Unholy Relic in the Greek Constitution? On the Peculiar Obsolescence of Article 3 para. 3 1822
- Niels Graaf*  
Dutch Rule of Law Alert: Why Dutch Constitutional Culture Is not Prepared for Geert Wilders' Shock Electoral Win 1825
- Gertrude Lübbe-Wolff*  
Einseitig besetzte Gerichte: Ein Problem der Unparteilichkeit – nicht nur in Polen 1827

## International International

### Amerika Americas

- Erick Guapizaca*  
Voting To Annex?: On the Venezuelan 2023 Esequibo Referendum 1833
- Sofía María Fölsch Schroh*  
Machado vs. the Goliath Chavista 1836
- Lukas Graute*  
A Second Term for “the World’s coolest Dictator”? 1839
- Carolina Fernández Blanco, M. Victoria Kristan*  
Change for the Sake of Change: Why Argentinian Voters Took a Leap into the Void 1842

### Australien Australia

- Anne Twomey*  
A Frozen Constitution in a Sunburnt Country: The Loss of Another Australian Referendum 1845
- Julia Dehm*  
Undermining the Energy Transition 1848
- Szymon Kucharski*  
Limited Success: Reflections on the Falepili Union Treaty 1851

### Israel & Gaza Israel & Gaza

- Noam Kozlov*  
How the War in Gaza May Upend Israel’s Constitutional Limbo 1854
- Khaled El Mahmoud*  
‘Steadfast and Unreserved’: Is Germany in Breach of its Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law? 1857

### Verschiedenes Miscellaneous

- Nathalie A. Smuha*  
Biden, Bletchley, and the emerging international law of AI 1860

Frederik von Harbou

# 30 Jahre Sonderrecht

Das Asylbewerberleistungsgesetz im Spiegel der Menschenrechte

doi: 10.17176/20231102-223734-0



Heute vor 30 Jahren, am 1. November 1993, trat das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) in Kraft. Damals lagerte der Gesetzgeber als Teil des sog. Asylkompromisses die Existenzsicherung Asylsuchender und Geduldeter aus dem allgemeinen Sozialhilferecht aus und schuf mit dem AsylbLG die Rechtsgrundlage für reduzierte Sozialleistungen (einschließlich Gesundheitsleistungen) für eine allein über den Aufenthaltsstatus definierte Personengruppe. Bis heute bildet das Asylbewerberleistungsrecht neben dem Bürgergeld (SGB II) und der Sozialhilfe (SGB XII) den dritten Zweig der Grundversicherung. Inwiefern aber ist ein solches Sonderrecht vor dem Hintergrund des Bedeutungsaufstiegs sozialer Menschenrechte wie des UN-Sozialpakts und der UN-Behindertenrechtskonvention noch zu rechtfertigen?

## Polarisierend, damals wie heute

Auch 30 Jahre nach seiner Einführung bleibt das AsylbLG rechtspolitisch hoch umstritten. Die eine Seite (etwa CDU und FDP) kritisiert aktuell wieder die verbliebene soziale Absicherung über das AsylbLG als vermeintlichen „Pull“-Faktor und fordert ein (weiteres) Umstellen von Geldzahlungen auf Sachleistungen, u.a. um Überweisungen in Herkunfts- und Drittländer zu erschweren. Die andere Seite (etwa Janda ZAR 2013, 175 (182) oder Pro Asyl) kritisiert das AsylbLG seit jeher als gleichheitswidriges „Sondersozialhilferecht“, das im Kern die vom Bundesverfassungsgericht bereits 2012 für verfassungswidrig erklärte (Urt. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10) Relativierung der Menschenwürde zu migrationspolitischen (Abschreckungs-)Zwecken manifestiere.

Das Bundesverfassungsgericht hatte damals vom Gesetzgeber gefordert, signifikante Abweichungen eines etwaigen speziellen Bedarfs im AsylbLG-Leistungsbezug gegenüber demjenigen nach SGB II und XII empirisch zu belegen (Urt. v. 18.07.1012, 1 BvL 10/10, LS. 3). Aus ähnlichen Gründen erklärte das BVerfG im vergangenen Jahr eine Regelung des AsylbLG für verfassungswidrig, welche alleinstehende erwachsene Personen, die in einer

Sammelunterkunft leben, in die eigentlich für sog. Bedarfsgemeinschaften (also z.B. Ehegatten) mit typischen Synergieeffekten vorgesehene Regelbedarfsstufe 2 eingruppiert (Beschluss v. 19.10.2022 – 1 BvL 3/21). In beiden Fällen begründete das BVerfG seine Entscheidungen im Wesentlichen mit einem Verstoß gegen das in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG fundierte Grundrecht auf menschenwürdige Existenzsicherung.

Bemerkenswert sind die genannten Entscheidungen des BVerfG von 2012 und 2022 auch unter einem anderen Aspekt. Denn das BVerfG hatte sich hier erstmals intensiver mit der Vereinbarkeit von Sozialleistungsrecht mit völkerrechtlich garantierten – insbesondere sozialen – Menschenrechten auseinandergesetzt, konkret mit dem im UN-Sozialpakt enthaltenen Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs. 2), dem Recht auf soziale Sicherheit (Art. 9) auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11 Abs. 1), auf Teilhabe am kulturellen Leben (Art. 15 Abs. 1 lit. a), ebenso wie mit dem in der UN-Kinderrechtskonvention statuierten Kindeswohlvorrang (Art. 3), Schutzpflichten gegenüber geflüchteten Kindern (Art. 21 Abs. 1) und ihrem Recht auf Bildung (Art. 28).

## Der Aufstieg sozialer Menschenrechte

Soziale Menschenrechte fristeten als „Menschenrechte zweiter Generation“ (und manchmal wohl auch derselben Klasse) lange Zeit ein Dasein im Schatten klassischer liberaler Abwehrrechte. Die Frage ihrer Verwirklichung schien auch aufgrund ihrer Ressourcenabhängigkeit weitgehend staatlicher Souveränität und legislativer Prärogative überantwortet zu sein. Hier aber ist seit einigen Jahren ein Paradigmenwechsel zu beobachten, der sich exemplarisch an der umfassenden Transformation des deutsche Rehabilitations- und Teilhaberechts (SGB IX) zeigt, die insbesondere mit dem Bundesteilhabegesetz (BGBl. 2016 I S. 3234) vollzogen wurde und Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention berücksichtigt.

Interessanterweise nimmt der Gesetzentwurf zum Bundesteilhabegesetz auch konkret auf das AsylbLG

Bezug (BT-Drs. 18/9522, 278). Als menschenrechtlich problematisch erkennt der Gesetzgeber den in § 100 Abs. 2 SGB IX statuierten Ausschluss von AsylbLG-Leistungsbezieher:innen von der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderung (§§ 90 ff. SGB IX). Er weist demgegenüber auf die Möglichkeit der Gewährung von Eingliederungshilfe nach der Auffang- und Ermessensnorm des § 6 Abs. 1 AsylbLG („Sonstige Leistungen“): Bei dessen Auslegung und Anwendung seien die jeweiligen Leistungsbehörden gehalten, „den Wertentscheidungen völkerrechtlicher Verträge, an die Deutschland gebunden ist (UN-Kinderrechtskonvention, UN-Behindertenrechtskonvention), Rechnung zu tragen“, insbesondere in Fällen, in denen Kinder betroffen sind. Auch wenn der Gesetzentwurf dies nicht konkret benennt, greift er damit auch eine Forderung aus den Abschließenden Bemerkungen des zuständigen UN-Behindertenrechtsausschusses im ersten Deutschland betreffenden Staatenberichtsverfahren auf, der nämlich anmahnte, ein besonderes „Augenmerk auf Kinder mit Behinderungen, deren Eltern Zuwanderer oder Flüchtlinge sind“ zu legen (CRPD/C/DEU/CO/1, 13.5.2015, Rn. 17 und 18).

Tatsächlich war bereits einige Jahre zuvor die UN-Behindertenrechtskonvention erstmals Gegenstand einer bundesgerichtlichen Entscheidung zum AsylbLG. In einem Urteil im Jahr 2012 zog das Bundessozialgericht (BSG) die Konvention nämlich als „Auslegungshilfe“ zur Konkretisierung von § 7 Abs. 1 S. 1 AsylbLG heran (BSG, *Urt. v. 24.5.2012 – B 9 V 2/11 R*, Rn. 36). Diese Norm sieht die leistungsmindernde Anrechnung u.a. von „Einkommen“ vor. In dem zu entscheidenden Fall ging es darum, ob auch eine Beschädigten-Grundrente nach dem Opferentschädigungsgesetz als ein solches Einkommen zu berücksichtigen sei. Das BSG urteilte aber, dass Gewaltopfern die Beschädigten-Grundrente über die Leistungen nach dem AsylbLG hinaus zu belassen seien. Dies folge aus Art. 16 Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention, der die Staaten dazu verpflichte, die Genesung, Rehabilitation und Wiedereingliederung von Menschen mit Behinderungen, die Opfer von Gewalt wurden zu fördern.

Ein weiterer Meilenstein des Bedeutungsaufstiegs sozialer Menschenrechte in Deutschland jenseits der UN-Behindertenrechtskonvention markierte sicherlich die Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens vor dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Das entsprechende Fakultativprotokoll wurde

erst vor Kurzem von der Bundesrepublik ratifiziert und trat für diese am 20. Juli 2023 in Kraft, so dass nunmehr Einzelpersonen aber auch NGOs Verstößen gegen den UN-Sozialpakt direkt dort geltend machen können (BG-Bl. 2023 II Nr. 143).

## Das Menschenrecht auf Gesundheit

Neben den bereits genannten, vom BVerfG bereits in Anschlag gebrachten, Normen des UN-Sozialpakts ist für die menschenrechtliche Bewertung des AsylbLG vor allem das in Art. 12 Abs. 1 des UN-Sozialpakts statuierte Recht einer jeden Person auf ein für sie erreichbares Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit. Dieses umfasst damit weit mehr als ein Recht auf Notfallhilfe bei akuter Erkrankung, sondern etwa auch die Versorgung bei chronischer Krankheit oder den Zugang zu Vorsorgeuntersuchungen. Der für die Auslegung des UN-Sozialpakts zuständige Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bekräftigt dabei, dass dies u.a. einen Anspruch auf Zugang zu rechtzeitiger und angemessener Gesundheitsversorgung impliziere, die Staaten verpflichtet seien, von diskriminierenden Praktiken im Rahmen der Gesundheitsversorgung abzusehen und den gleichberechtigten Zugang zu vorbeugenden, heilenden und lindernden Gesundheitsdiensten für jeden Menschen, einschließlich Asylsuchenden und irregulären Migrant:innen, nicht zu behindern (CESCR, *General Comment No. 14, 11.8.2000*, Rn. 11 und 34).

Vor diesem Hintergrund erscheinen die Regelungen des AsylbLG zum Zugang zur Gesundheitsversorgung als problematisch. Denn nach diesen werden Leistungen bei Krankheit nur zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erbracht (§ 4 Abs. 1 S. 1 AsylbLG), eine Versorgung mit Zahnersatz erfolgt lediglich soweit dies im Einzelfall aus medizinischen Gründen unaufschiebbar ist (§ 4 Abs. 1 S. 3 AsylbLG). Darüber hinaus steht die Gewährung sonstiger Leistungen, die im Einzelfall zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich sind im behördlichen Ermessen (§ 6 Abs. 1 S. 1 AsylbLG). Defizite ergeben sich hierdurch u.a. bei chronischen Erkrankungen, soweit diese nicht mit Schmerzzuständen verbunden sind, sowie bzgl. psychotherapeutischer Behandlungsangebote.

Neben dem UN-Sozialpakt ist das Recht auf Gesundheit auch in vielen weiteren Menschenrechtskatalogen vorgesehen, so etwa in Art. 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, aber auch in Art.



24 der UN-Kinderrechtskonvention und Art. 25 der UN-Behindertenrechtskonvention.

Auch diese spezifischen Ausformulierungen des Rechts auf Gesundheit können durchaus konkrete normative Konsequenzen für die Rechtspraxis haben. So hatte das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen-Bremen in diesem Jahr über die Übernahme der Kosten für eine stationäre Behandlung eines Minderjährigen, der an einer Phosphatdiabetes leidet, zu entscheiden ([LSG Niedersachsen-Bremen Beschl. v. 20.6.2023 – L 8 AY 16/23 B ER](#)). Das BAMF hatte seinen Asylantrag abgelehnt, das VG über die dagegen erhobene Klage noch nicht entschieden, so dass der Antragsteller Leistungen nach dem AsylbLG bezog. Das zuständige Gesundheitsamt befürwortete einen chirurgischen Eingriff mit Kosten in Höhe von 17.600 Euro. Deren Übernahme lehnte die Behörde mit Verweis auf §§ 4 und 6 Abs. 1 S. 1 AsylbLG ab, da sie weder zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich noch zur Deckung besonderer Bedürfnisse von Kindern geboten sei. Das erstinstanzlich zuständige Sozialgericht gab dem gegen die Ablehnung gerichteten Eilantrag statt, das LSG wies in zweiter Instanz die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück. Im Rahmen der Anwendung von § 6 Abs. 1 S. 1 AsylbLG verlange die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls gem. Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention eine „besondere Rechtfertigung, wenn eine nach den hiesigen Lebensverhältnissen (...) medizinisch an sich erforderliche Behandlungsmaßnahme für Kinder bzw. minderjährige Grundleistungsberechtigte (...) als nicht zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich abgelehnt wird“ ([LSG Niedersachsen-Bremen Beschl. v. 20.6.2023 – L 8 AY 16/23 B ER](#), Rz. 20). Eine solche besondere Rechtfertigung sei in dem entschiedenen Fall jedoch nicht ersichtlich gewesen.

### Das AsylbLG als Diskriminierungsfall?

Auch dieser Fall verweist auf den Kern der Problematik des AsylbLG als gleichheitswidriges Sonderrecht für eine aufgrund ihres Aufenthaltsstatus definierte Personengruppe. Schließlich bleiben neben der Gesundheitsversorgung auch die Grundleistungen für die Deckung des Bedarfs an Ernährung, Unterkunft, Kleidung usw. nach dem AsylbLG unterhalb des Leistungsniveaus von Bürgergeld und Sozialhilfe. Auch Mehrbedarfe beispielsweise für eine besondere Ernährung aufgrund von Krankheit oder Schwangerschaft werden nach dem AsylbLG anders als im SGB II und SGB XII nicht durch Pauschalbeträge ge-

deckt, sondern müssen im Einzelfall konkret nachgewiesen werden. Praktisch bedeutet dies auch, dass Betroffene umso mehr auf Sprachmittlung und Beratung angewiesen sind, um ihre Bedarfe geltend zu machen.

Art. 14 EMRK als bloß akzessorisches Diskriminierungsverbot schützt, anders als Art. 3 GG, nicht *per se* vor Ungleichbehandlungen, sondern nur vor solchen im Anwendungsbereich eines anderen EMRK-Rechts. Der Bezug von Sozialleistungen ist aber nach ständiger Rechtsprechung des EGMR vom Eigentumsrecht aus Art. 1 Abs. 1 des Zusatzprotokolls 1 zur EMRK geschützt. Während der EGMR hier früher zwischen geschützten beitrags- und ungeschützten steuerfinanzierten Ansprüchen unterschied, gab er diese Differenzierung aufgrund der Verwobenheit der verschiedenen europäischen Systeme sozialer Sicherung auf und erkennt nunmehr auch den Diskriminierungsschutz etwa bei Bezug von Sozialhilfeansprüche an ([EGMR, Urt. v. 12.04.2006, 65731/01 und 65900/01 – Stec u.a. v. UK](#)). Insofern eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Frage steht, kann diese nur aufgrund sehr gewichtiger Gründe („very weighty reasons“) gerechtfertigt werden ([EGMR Urt. v. 16.9.1996, 17371/90 – Gaygusuz v. Austria](#), Rz. 42), doch auch eine Differenzierung nach dem Aufenthaltsstatus verletzt Art. 14 EMRK, wenn diese offenkundig ohne vernünftigen Grund („manifestly without reasonable foundation“) erfolgt ([EGMR, Urt. v. 27.9.2011, 56328/07 – Bah v. UK](#), Rz. 37).

Die vom Gesetzgeber häufig vorgetragene und bereits im Entwurf der Ursprungsfassung enthaltene Begründung, Asylsuchende bedürften aufgrund ihres „in aller Regel nur kurzen, vorübergehenden Aufenthalts“ ([BT-Drucksache 12/4451](#), S. 5) geringerer Sozialleistungen, kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Denn zum einen ist sie bereits deskriptiv falsch, da die tatsächliche langfristige Bleibequote Asylsuchender deutlich über 50 Prozent liegt. Zum anderen ist die eigentliche, generalpräventive Motivation der Senkung vermeintlicher Pull-Faktoren im politischen Diskurs damals wie heute offenkundig und wird selbst in der ursprünglichen Gesetzesbegründung angedeutet, die das AsylbLG als Lösungsversuch für die „drängenden Probleme, die mit der großen Zahl der Asylbewerber verbunden sind“ benennt ([BT-Drs. 12/4451](#), S. 5).

Allerdings ist die bisherige Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe von Ungleichbehandlungen recht uneinheitlich (s. dazu [Bast/v. Harbou/](#)

Wessels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy*, 2. Aufl. Oxford & Baden-Baden 2022, S. 162 ff.). Maßnahmen zur Eindämmung irregulärer Migration scheint der EGMR dabei als legitim einzustufen (*Urt. v. 21.6.2011, 5335/05 – Ponomaryovi v. Bulgaria*, Rz. 60). Insofern ist unklar, ob unter Anwendung dieser Maßstäbe die genannten Regelungen des AsylbLG vom EGMR heute als diskriminierend bewertet werden würden. Jedenfalls aber birgt Art. 14 EMRK hier ein noch nicht ausgeschöpftes kritisches Potenzial.

Falls das AsylbLG überhaupt weitere 30 Jahre Bestand haben sollte, wäre ihm jedenfalls zu wünschen, dass statt der aktuell diskutierten Verschärfungen, Kürzungen oder

gar *erweiterten Arbeitspflichten*, ein häufigerer Blick in den Spiegel der Menschenrechte zumindest zu punktuellen Anpassungen der Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis führen wird.

*Der Beitrag ist unter Mitarbeit von Hannah Franke (MSW) und Antonia Großmann im Kontext des Forschungsprojekts *Menschenrechtliche Transformationen des deutschen Migrationsrechts* entstanden, das Teil der DFG-Forschungsgruppe *Menschenrechtsdiskurse in der Migrationsgesellschaft (MeDiMi)* ist.*

David Werdermann

# It's Called Saving Lives

Zur Kriminalisierung von Fluchthilfe

doi: 10.17176/20231109-203649-0



Es sind keine guten Zeiten für die Grund- und Menschenrechte. In atemberaubendem Tempo werden grundlegende Rechte von Flüchtlingen geschliffen und in Frage gestellt. Die geplante Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und die EU-Krisenverordnung sollen den Flüchtlingsschutz weitgehend aushebeln und die Ampel will vor allem abschrecken und abschieben, egal wie realistisch das Ziel und wie hoch der rechtsstaatliche Kollateralschaden ist. Rassistische Stimmungsmache wird mit immer weiteren Verschärfungen des Asyl- und Aufenthaltsrechts belohnt, während [Rufe nach einer menschenrechtsgeleiteten Flüchtlingspolitik](#) verhallen. Die einzige politische Kraft im Bundestag, die dem Abschottungskurs der Regierung widerspricht, wird in Kürze den Fraktionsstatus verlieren. Unterdessen wird die weitere Erosion des Flüchtlingsschutzes rhetorisch vorbereitet. Jens Spahn [stellt offen die Genfer Flüchtlingskonvention und die Europäische Menschenrechtskonvention in Frage](#) und will Migrant\*innen gegebenenfalls „mit physischer Gewalt“ aufhalten. Ist das auch gemeint, wenn [Alt Bundespräsident Joachim Gauck Spielräume entdecken will](#), „die inhuman klingen“, und Vizekanzler Robert Habeck sich offen für „[moralisch schwierige Entscheidungen](#)“ zeigt?

In diesen Zeiten kann man dankbar sein, wenn Repräsentant\*innen des Staates menschenrechtliche Selbstverständlichkeiten aussprechen. Auf die Frage des extrem rechten Milliardärs Elon Musk, ob der deutschen Öffentlichkeit bekannt sei, dass deutsche Seenotrettungsorganisationen staatliche subventioniert werden, antwortete das Auswärtige Amt mit seinem offiziellen X-Account knapp und zutreffend: „[Yes. And it's called saving lives.](#)“

Wer nach diesem Statement erleichtert aufatmete, muss sich jedoch eines Besseren belehren lassen. Erst [distanziert sich Bundeskanzler Scholz](#) öffentlich von der Finanzierung der Seenotrettung. Nun hat das Bundeskabinett einen Gesetzentwurf vorgelegt, der Fluchthilfe stärker kriminalisieren soll. Das kann auch Seenotrettungsorganisationen treffen, wie die [Süddeutsche Zei-](#)

[tung berichtet](#). Die Bundesregierung fördert also einerseits (noch?) die Seenotrettung, will sie aber andererseits der Gefahr einer Kriminalisierung in Deutschland aussetzen. Auch darüber hinaus wird die Strafbarkeit der Fluchthilfe ausgeweitet.

## Versteckte Ausweitung der Strafbarkeit des Einschleusens

Der Straftatbestand des „Einschleusens von Ausländern“ findet sich in [§ 96 Aufenthaltsgesetz](#) (AufenthG). Absatz 1 enthält den Grundtatbestand. Danach macht sich u.a. strafbar, wer einem anderen dazu Hilfe leistet, ohne erforderlichen Aufenthaltstitel in das Bundesgebiet einzureisen. Der Tatbestand setzt jedoch weiter voraus, dass der oder die Hilfeleistende einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt (Nr. 1 Buchstabe a), oder wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt (Nr. 1 Buchstabe b). Die Strafbarkeit des Einschleusens in einen anderen EU- oder Schengen-Staat, wie zum Beispiel Italien oder Griechenland, ist in Absatz 4 geregelt. Dieser verweist bisher nur auf das Hilfeleisten gegen einen Vorteil nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a AufenthG (und auf bestimmte Qualifikationstatbestände des Absatzes 2). Das uneigennützig „Einschleusen“ in einen anderen EU- oder Schengen-Staat ist bisher grundsätzlich straffrei in Deutschland (vgl. [BGH, Urteil v. 15. März 2021, 5 StR 627/19, Rn. 20 f.](#)).

Das soll sich nach dem Willen der Bundesregierung ändern. In der jüngst auf den Weg gebrachten [Reform des Migrationsrechts](#) findet sich folgender kryptischer Satz:

Im Satzteil vor der Nummer 1 werden die Wörter „Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe a, Nr. 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2 und 5“ durch die Wörter „Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 2, Satz 2, Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 2, 3, 5 und 6, Satz 2“ ersetzt.

Der Satz wurde als Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Ampel-Fraktionen zum Ende Oktober eingebrachten [Entwurf für ein „Rückführungsverbesserungsgesetz“](#) beschlossen. Nimmt man diesen Gesetzentwurf hinzu, wird klar, dass der Änderungsbefehl sich auf § 96 Abs. 4 AufenthG bezieht, also auf die Strafbarkeit des Einschleusens in einen anderen EU-Staat. Künftig soll somit die gesamte Nr. 1, also auch das uneigennütziges Einschleusen nach Nr. 1 Buchstabe b von dem Tatbestand erfasst sein. Auf einen Vorteil für die Hilfeleistenden kommt es danach nicht mehr an. Ausreichend ist, dass wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern gehandelt wird. Die Formulierungshilfe enthält keine Begründung für diese Ausweitung des Tatbestands.

## Seenotrettung als Straftat?

Wenn die Änderung in Kraft treten sollte, dürfte künftig jede Seenotrettung den Straftatbestand des Einschleusens nach § 96 Abs. 4, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a AufenthG erfüllen. Denn mit dem Ansteuern italienischer Häfen leisten die Seenotretter\*innen Hilfe zur Einreise in einen anderen EU-Mitgliedsstaat. Diese Einreise verstößt in der Regel auch gegen Art. 4 Abs. 1 des [italienischen Immigrationsgesetzes](#), weil die Flüchtlinge nicht über die erforderlichen Visa verfügen (vgl. [BGH, Urteil v. 15. März 2021, 5 StR 627/19, Rn. 19](#)). Zudem retten die NGOs meistens mehr als eine Person und handeln damit zugunsten von mehreren Personen.

Laut einer Stellungnahme des Innenministeriums ist eine Strafbarkeit nicht beabsichtigt. „Derartige Handlungen sind als gerechtfertigt anzusehen, um Gefahren für Leib und Leben abzuwenden“, so ein Sprecher des Ministeriums gegenüber der [Süddeutschen Zeitung](#). Damit ist wohl der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB angesprochen. Dieser verlangt jedoch eine Interessenabwägung, deren Ausgang vor Gericht kaum vorauszusagen ist.

In Betracht kommt zudem eine Rechtfertigung nach Seerecht. Danach sind Schiffsführer\*innen verpflichtet, bei Rettungen die Anordnungen der zuständigen Rettungsleitstelle zu befolgen. Für die Schiffe unter deutscher Flagge folgt das aus [§ 2 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung über die Sicherung der Seefahrt](#), der insofern einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund darstellen dürfte. Im Moment übernimmt meistens Italien die Koordination und weist die Schiffe italienischen Häfen zu.

Aber was ist, wenn die zuständige Leitstelle künftig anordnet, dass Flüchtlinge zurück nach Libyen gebracht

werden müssen? Die Anordnungen wären zwar rechtswidrig, weil die Leitstellen nach internationalem Seerecht [verpflichtet sind, Schiffe mit Geretteten an einen sicheren Ort zu lotsen](#). Was daraus für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schiffsführer\*innen folgt, ist jedoch nicht geklärt. Sie können sich unter Umständen – wie im Fall Carola Rackete – auf das völkergewohnheitsrechtliche Nothafenrecht berufen, aber auch dessen genaue Voraussetzungen sind umstritten.

Jedenfalls wären Seenotretter\*innen einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt, wenn sie den Anordnungen nicht Folge leisten und italienische oder andere europäische Häfen ansteuern. Auf das Einschleusen sollen nach den [Plänen der Bundesregierung](#) künftig bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe stehen. Zudem drohen bei einem bloßen Verdacht Telekommunikationsüberwachung und Beschlagnahmen, die die Arbeit der Organisationen massiv behindern können. In Italien kommt es immer wieder zu Ermittlungsverfahren (siehe [hier](#) und [hier](#)). Die Crew des ehemaligen Rettungsschiffs Iuventa muss sich aktuell wegen angeblichen Einschleusens [vor Gericht verantworten](#).

In Griechenland sind es vor allem Migrant\*innen selbst, die [wegen angeblichen Einschleusens vor Gericht gestellt und verurteilt werden](#). Ihnen wird oft vorgeworfen, Boote gesteuert und damit anderen Migrant\*innen geholfen zu haben. Mit internationalem Recht ist das [nicht vereinbar](#). Insbesondere können sich Flüchtlinge auf das Pönalisierungsverbot nach Art. 31 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) berufen, das nach zutreffender Auffassung auch Begleittaten wie das „Einschleusen“ von Mitreisenden umfasst. Die Reichweite der Norm ist jedoch umstritten (vgl. [BVerfG, Beschluss v. 8. Dezember 2014, 2 BvR 450/11, Rn. 33 ff.](#)), sodass Strafverfahren gegen Flüchtlinge bald womöglich auch in Deutschland drohen.

## Strafbare Schleusung trotz Rechtfertigung der Einreise?

Seenotretter\*innen und andere Fluchthelfer\*innen können sich selbst nicht auf das Pönalisierungsverbot nach Art. 31 GFK berufen. Nach dem bisher geltenden deutschen Recht entfällt die Strafbarkeit des Einschleusens jedoch, wenn die geschleuste Person gerechtfertigt handelt. Dann ist der Tatbestand des Einschleusens schon nicht erfüllt. Denn dieser setzt nach dem Grundsatz der

(limitierten) Akzessorietät eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat (die unerlaubte Einreise) voraus.

Laut [Bundesgerichtshof](#) handelt es sich bei Art. 31 GFK jedoch um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund, der die Rechtswidrigkeit der Einreise nicht entfallen lässt. Damit wäre die Beihilfe trotz Strafflosigkeit der Flüchtlinge weiterhin möglich. Überzeugender ist es, die Norm (in Verbindung mit § 34 StGB) als Rechtfertigungsgrund anzuwenden, der auch die Strafbarkeit der Beihilfebehandlung entfallen lässt (ausführlich El-Ghazi/Fischer-Lescano, StV 2015, 386). Flüchtlinge reisen nur deshalb unerlaubt ein, weil sie vor Verfolgung fliehen und ihren Antrag auf Schutz nur im Inland stellen können. Das [Bundesverfassungsgericht](#) spricht von einer „notstandsähnliche[n] Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, angesichts einer aktuellen Verfolgungssituation die für die Einreise erforderlichen Formalitäten zu erfüllen“. Auch aus Art. 16a GG wird teilweise ein Rechtfertigungsgrund abgeleitet, der jedoch **nicht gelten soll**, wenn die asylsuchende Person aus einem sicheren Drittstaat einreist (kritisch dazu Schott-Mehrings, ZAR 2014, 142). Nimmt man eine Rechtfertigung hingegen an, macht sich auch die schleusende Person nicht strafbar.

Wenn es nach der Bundesregierung geht, hat sich diese Diskussion bald erledigt. Denn ihr Gesetzentwurf enthält noch eine weitere Verschärfung mit potenziell weitreichenden Folgen. § 96 Abs. 1 AufenthG soll um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

Ebenso wird bestraft, wer zugunsten eines Ausländers handelt, der keine vorsätzliche rechtswidrige Tat begangen hat.

Die Bundesregierung reagiert damit auf eine [Entscheidung des Bundesgerichtshofs](#), nach der insbesondere bei Kindern der Vorsatz (und möglicherweise sogar die Handlungsfähigkeit) fehlen kann, was auch zur Strafflosigkeit der Hilfeleistung führt. Der Unrechtsgehalt

der Schleusung von Minderjährigen, Bewusstlosen oder Handlungsunfähigen, so die Bundesregierung, bleibe jedoch nicht hinter dem Unrechtsgehalt der Schleusung anderer Personen zurück. Das mag zutreffen, erklärt jedoch nicht, warum es künftig auch nicht mehr auf die *Rechtswidrigkeit* der Haupttat ankommen soll. Anders als beim fehlenden Vorsatz lässt eine Rechtfertigung den Erfolgswert entfallen. Für die Strafbarkeit der Beihilfe fehlt es am legitimen Zweck.

## Fluchthilfe und das Recht auf Asyl

Politik und Polizei stellen Schleuser\*innen gerne als skrupellose Kriminelle dar und inszenieren sich selbst als Beschützer\*innen von Migrant\*innen. Das zeigt sich auch in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung. Schleuser\*innen würden „die Unwissenheit und wirtschaftliche Schwäche der einreisewilligen Ausländer aus Profitgier ausnutzen“, so die Bundesregierung mit moralischer Überheblichkeit. Damit wird Migrant\*innen nicht nur die eigene Handlungsmacht abgesprochen. Die Rhetorik verstellt auch den Blick darauf, worum es bei der Kriminalisierung wirklich geht: Um den Schutz des Grenzregimes. Der Schleusungsparagraf richtet sich mittelbar *gegen Migrant\*innen*, was darin zum Ausdruck kommt, dass sie rechtsdogmatisch als „Haupttäter\*innen“ gelten.

Aus der Perspektive von Flüchtlingen handelt es sich bei Schleusungen – auch bei solchen gegen Entgelt – oft um unverzichtbare Dienstleistungen, mitunter um lebensnotwendige Rettungen. Das [Bundesverwaltungsgericht war noch 1992 der Auffassung](#), dass es mit dem Asylgrundrecht unvereinbar ist, Unternehmen für die Beförderung von Asylsuchenden zu sanktionieren. Nichts anderes gilt für das „Einschleusen“ von Flüchtlingen, die einreisen, um ihr Grund- und Menschenrecht auf Schutz geltend machen.



Patrick R. Hoffmann

# Staatenlos ab Geburt

Ein Plädoyer für die Einführung von subsidiärem *ius soli*  
doi: 10.17176/20231109-083647-0



Die Ampel-Koalition packt derzeit die Modernisierung (und Liberalisierung) des Staatsangehörigkeitsgesetzes (StAG) an. Obwohl der [Kabinettsentwurf](#) aus August 2023, trotz gewisser Kritikwürdigkeit (siehe u.a. [hier](#)), viele richtige Neuerungen vorsieht (siehe u.a. [hier](#) und [hier](#)), übersieht der Entwurf einen entscheidenden Punkt: Staatenlosigkeit.

## Staatenlosigkeit

Eine Person ist *de jure* staatenlos, wenn sie keine Staatsangehörigkeit besitzt. So definiert z.B. Art. 1 Abs. 1 Über-einkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen den Begriff „Staatenloser“ als „eine Person, die kein Staat auf Grund seines Rechtes als Staatsangehörigen ansieht“. Hiervon zu unterscheiden sind Menschen, die *de facto* staatenlos sind. Dies sind Menschen, die zwar formal eine Staatsangehörigkeit besitzen, aber von ihrem Heimatstaat weder Schutz noch Hilfe erlangen. Dieser Problemkreis wird im Folgenden ausgeklammert.

Staatenlosigkeit kann zum einen im Laufe des Lebens entstehen, indem ein Mensch mit nur einer Staatsangehörigkeit diese verliert. Hierbei ist die abwehrrechtliche Dimension von Grund- und Menschenrechten berührt. Diesbezüglich sieht Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG vor, dass der Verlust der Staatsangehörigkeit gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten darf, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird. Obgleich hiervon eine Ausnahme für den Fall der erschlischenen Einbürgerung anerkannt ist,<sup>1</sup> dürfte die Anzahl der Menschen, die aufgrund eines Verlustes der deutschen Staatsangehörigkeit staatenlos werden, sehr gering sein. Staatenlose Personen in Deutschland kommen entweder bereits staatenlos nach Deutschland oder – und um diesen Fall geht es im Folgenden – wurden in Deutschland staatenlos geboren.

Zum anderen kann Staatenlosigkeit schon ab Geburt bestehen, wenn die Person bei Geburt schlicht keine Staatsangehörigkeit erhält.

Hier sind vier Fallgruppen relevant:

1. Kinder, deren Eltern unbekannt sind (sog. Findelkinder);
2. Kinder, deren Eltern staatenlos sind;
3. Kinder, die aufgrund einer eingeschränkten Anwendung von *ius soli* (Geburtsortprinzip) oder *ius sanguinis* (Abstammungsprinzip) keine Staatsangehörigkeit erlangen und
4. Kinder, die aufgrund einer uneinheitlichen Anwendung von *ius soli* und *ius sanguinis* keine Staatsangehörigkeit erlangen.

Diese Fälle betreffen eine (positive) Leistung des Staates in Form der Verleihung seiner Staatsangehörigkeit. Das Phänomen der Staatenlosigkeit ab Geburt ist auch in Deutschland statistisch relevant. Dies zeigen [Zahlen des Statistischen Bundesamtes](#). So gab es in Deutschland zum Jahresende 2022 insgesamt 29.455 Menschen mit anerkannter Staatenlosigkeit. Davon waren 16,5 % (4.860 Menschen) in Deutschland geboren. Ausgeblendet wird an dieser Stelle die hohe Anzahl an Menschen mit ungeklärter Staatsangehörigkeit.

Staatenlose Menschen befinden sich – trotz Bemühungen, die negativen Folgen von Staatenlosigkeit zu vermindern – in einer prekären Situation. Sie müssen mit einem ständigen Gefühl der Unsicherheit leben, dürfen nicht wählen und sind in ihrer Reisefreiheit drastisch eingeschränkt. Aufgrund dieser negativen Folgen von Staatenlosigkeit gibt es zahlreiche internationale Bemühungen, Staatenlosigkeit zu verhindern, unter anderem durch die Verankerung eines Rechts auf eine Staatsangehörigkeit.

## Das Recht auf eine Staatsangehörigkeit

Völkerrechtlich schreiben zahlreiche Abkommen das (Menschen-)Recht auf eine Staatsangehörigkeit in verschiedenen Ausprägungen fest.<sup>2</sup> Deutschland hat zahl-

<sup>1</sup>Hierzu Hailbronner, in: Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber, Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Aufl. 2022, GG Art. 16 Rn. 84 ff.

<sup>2</sup>Hierzu P.R. Hoffmann, Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit, 2022, S. 374–456.

reiche dieser Abkommen ratifiziert. So statuiert beispielsweise Art. 24 Abs. 3 UN-Ziviltakt (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte [IPbpR]): „Jedes Kind hat das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben.“ Einschlägige Regelungen enthalten ferner Art. 1–4 Übereinkommen zur Verminderung von Staatenlosigkeit, Art. 7 Kinderrechtskonvention (KRK) und Art. 6 Abs. 2 Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit (EÜStA). Ferner wird man sogar annehmen können, dass das Recht auf eine Staatsangehörigkeit ab Geburt Völkergewohnheitsrecht darstellt.<sup>3</sup> Verpflichtet wird durch diese Normen vor allem der Staat, in dem die Person geboren wurde.

Insgesamt ist man sich global einig, dass Staatenlosigkeit verhindert werden sollte. Jeder Staat sollte hierzu seinen Beitrag leisten. Auch Deutschland. Ein wichtiger Schritt hierzu wäre, dass Deutschland bei Geburt eintretende Staatenlosigkeit verhindert. Dies steht auch in Übereinstimmung mit dem *Global Action Plan to End Statelessness* des *UN High Commissioner for Refugees* (UNHCR), der in einem *Good Practices Paper* erklärt, dass Staaten sicherstellen sollen, dass kein Mensch staatenlos geboren wird.

### Subsidiäres *ius soli* als praktikable Lösung

Derzeit ist die deutsche Rechtslage unnötig kompliziert. Regelungen zur Vermeidung von Staatenlosigkeit bei Geburt sind maßgeblich außerhalb des StAG in einem separaten Gesetz mit einem nicht gerade eingängigen Namen geregelt: Ausführungsgesetz zu dem Übereinkommen vom 30. August 1961 zur Verminderung der Staatenlosigkeit und zu dem Übereinkommen vom 13. September 1973 zur Verringerung der Fälle von Staatenlosigkeit (Gesetz zur Verminderung der Staatenlosigkeit [StaatenlMindÜbkAG]). Der maßgebliche Art. 2 StaatenlMindÜbkAG sieht keinen automatischen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit vor, sondern enthält neben einem Antragserfordernis drei Positivvoraussetzungen und eine Negativvoraussetzung:

1. Die Person muss in Deutschland oder an Bord eines Schiffes, das berechtigt ist, die Bundesflagge

der Bundesrepublik Deutschland zu führen, oder in einem Luftfahrzeug, das das Staatszugehörigkeitszeichen der Bundesrepublik Deutschland führt, geboren sein,

2. seit fünf Jahren rechtmäßig ihren dauernden Aufenthalt in Deutschland haben,
3. den Antrag vor der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres stellen und
4. darf nicht rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von fünf Jahren oder mehr verurteilt worden sein.

Diese komplizierte und restriktive Regelung führt in der Praxis dazu, dass es weiterhin zahlreiche staatenlose Menschen in Deutschland gibt, obwohl sie in Deutschland geboren wurden und auch keine andere Staatsangehörigkeit bei Geburt erworben haben.

Für Findelkinder findet sich dagegen eine Norm in § 4 Abs. 2 StAG, die fiktives *ius sanguinis*<sup>4</sup> festschreibt: Für Kinder, die im Inland aufgefunden werden, wird die Abstammung von einem deutschen Staatsangehörigen (bis zum Beweis des Gegenteils) fingiert. Dadurch greift die allgemeine *ius-sanguinis*-Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 StAG und Findelkinder erwerben die deutsche Staatsangehörigkeit. Um aber Staatenlosigkeit in den übrigen Fällen effektiv zu begegnen, sollte Deutschland subsidiäres *ius soli*<sup>5</sup> einführen. Hierbei handelt es sich um eine eingeschränkte Form von *ius soli*, also dem Geburtsortprinzip. Nach diesem Prinzip erhält eine Person die Staatsangehörigkeit des Staates, in dem sie geboren wurde. Deutschland kennt eine solche Regelung bereits in eingeschränkter Form in § 4 Abs. 3 StAG. Im Falle des subsidiären *ius soli* greift das Geburtsortprinzip allerdings nur subsidiär für den Fall, dass die betreffende Person bei Geburt keine andere Staatsangehörigkeit erhält.

Systematisch am richtigen Ort wäre eine solche subsidiäre *ius-soli*-Regelung in § 4 StAG, schließlich regelt diese Norm alle übrigen Fälle des Staatsangehörigkeitserwerbs durch Geburt. Konkret sollte § 4 StAG durch einen Absatz mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:

„Durch die Geburt im Inland oder an Bord eines Schiffes, das berechtigt ist, die Bun-

<sup>3</sup>Ausführlich W.T. Worster, *The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Customary International Law*, *Michigan State International Law Review* 27 (2019), S. 441–538. Zusammenfassend P.R. Hoffmann, *Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit*, 2022, S. 418–422.

<sup>4</sup>Hierzu P. R. Hoffmann, *Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit*, 2022, S. 114 f.

<sup>5</sup>Hierzu P. R. Hoffmann, *Völkerrechtliche Vorgaben für die Verleihung der Staatsangehörigkeit*, 2022, S. 105 f.

desflagge der Bundesrepublik Deutschland zu führen, oder in einem Luftfahrzeug, das das Staatszugehörigkeitszeichen der Bundesrepublik Deutschland führt, erwirbt ein Kind die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn es ansonsten staatenlos würde.“

Eine inhaltsgleiche Regelung wurde z.B. auch von dem Verein [Statefree](#), der sich für die Rechte staatenloser Menschen einsetzt, in seiner [Stellungnahme zum Referentenentwurf](#) aus Mai 2023 vorgeschlagen.

Eine solche Regelung würde effektiv verhindern, dass in Deutschland geborene Menschen bei Geburt keine Staatsangehörigkeit erhalten. Deutschland würde dadurch mit vielen anderen Staaten gleichziehen und einen richtigen Schritt in Richtung Bekämpfung von Staatenlo-

sigkeit gehen. Überdies würde eine solche Regelung der „verfassungsrechtlichen Wertentscheidung“<sup>6</sup> von Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen, nämlich den Eintritt von Staatenlosigkeit nach Möglichkeit zu verhindern.

## Fazit

Die Ampel-Koalition möchte ihrem Koalitionsvertrag nach ein „modernes Staatsangehörigkeitsrecht“ schaffen. Wenn sie dieses Ziel ernst meint, sollte sie ein menschenrechtsfreundliches Gesetz beschließen und somit auch das Recht des Einzelnen auf eine Staatsangehörigkeit in den Blick nehmen. Hierzu sollte neben den bereits im Referenten-Entwurf enthaltenen Neuerungen auch die Bekämpfung von Staatenlosigkeit adressiert werden. Dies bedingt mindestens die Einführung von subsidiärem *ius soli* für ansonsten staatenlose Menschen.

---

<sup>6</sup>BVerwG, Urteil vom 03.06.2003 –1 C 19/02, BVerwGE 118, 216 (3. Leitsatz).



Johannes Kaspar

# Freispruch bleibt Freispruch

Warum das Karlsruher Urteil für die Angehörigen der Opfer schwer erträglich sein dürfte  
– aber trotzdem richtig ist

doi: 10.17176/20231108-203717-0



Die [Entscheidung des 2. Senats des BVerfG](#) ist mit Spannung erwartet worden, jetzt ist sie da: Ein rechtskräftig Freigesprochener darf auch dann nicht wieder verfolgt werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe dafür ergeben, dass er wegen Mordes oder eines schweren Kriegsverbrechens verurteilt wird. Die 2021 in [§ 362 Nr. 5 StPO ins Gesetz geschriebene Möglichkeit](#), in solchen Fällen die Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben, ist verfassungswidrig und nichtig. Sowohl den Grundsatz „ne bis in idem“ ([Art. 103 III GG](#)) als auch das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot sah der Senat vorliegend als verletzt an. Der Beschwerdeführer, der 1983 vom Vorwurf des [Mordes an der damals 17-jährigen Frederike von M.](#) aus Mangel an Beweisen freigesprochen wurde (*LG Stade Urt. v. 13.05.83 – 10 Ks 12/83*), bleibt also ein freier Mann, auch wenn er [aufgrund neuer DNA-Analysen dringend verdächtig](#) ist, die Tat doch begangen zu haben.

Für die Angehörigen des Mordopfers, die als Nebenklagevertreter am Prozess beteiligt waren, ist das sicher [schwer erträglich](#), was der Senat in seiner Urteilsbegründung ausdrücklich thematisiert. Auch die Bevölkerung dürfte in weiten Teilen [wenig Verständnis](#) für diese Entscheidung haben – das Ausbleiben der gerechten Strafe wird vielen als [zu hoher Preis für die Prinzipienreiterei](#) aus Karlsruhe erscheinen. Trotzdem ist das Urteil richtig. Es überzeugt sowohl mit Blick auf das Ergebnis als auch auf die Begründung. Gut, dass Karlsruhe der Versuchung widerstanden hat, ein [rechtsstaatliches Schutzinstrument](#) mit Verweis auf angeblich zwingende Strafbefürfnisse zu schleifen. Gut, dass es die Gelegenheit genutzt hat, [mit großer Klarheit](#) auf die Wichtigkeit von unverfügbaren, abwägungsfesten Schranken des staatlichen Strafens hinzuweisen.

## Ist Art. 103 III GG abwägbar?

Der Senat legt zunächst überzeugend dar, dass [Art. 103 III GG](#) nicht nur die Doppelbestrafung verbietet, sondern

auch die Doppelverfolgung (Rn. 58 ff.). Aus dem Wortlaut lässt sich das zwar so nicht eindeutig entnehmen, aber die historische Auslegung spricht deutlich dafür, dass die Mütter und Väter des Grundgesetzes auch den Schutz des Freigesprochenen vor Augen hatten. Die Frage hatte in der mündlichen Verhandlung breiten Raum eingenommen, obwohl die nun auch vom Senat bestätigte weitere Auslegung von [Art. 103 III GG](#) der fast unangefochtenen herrschenden Meinung in der strafprozessrechtlichen und verfassungsrechtlichen Literatur entspricht.

Der Kern der Entscheidung des Senats ist dann die Annahme, dass [Art. 103 III GG](#) eine „Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit“ enthalte. Das Verbot der Doppelverfolgung stehe einer Relativierung durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, so dass auch der Gesetzgeber hier keinen Gestaltungsspielraum habe (Rn. 75; ähnlich Rn. 78 und nochmals Rn. 141). Das klingt verfassungsrechtlich begründungsbedürftig, wo doch ansonsten vorbehaltlos gewährte Grundrechte wie selbstverständlich mit anderen verfassungsrechtlichen Positionen abgewogen werden können. Und in diesem Punkt ist das Urteil auch nicht einstimmig ausgefallen: Zwei Mitglieder des Senats haben in einem Sondervotum dargelegt, warum sie entgegen der Senatsmehrheit von einer Abwägbarkeit von [Art. 103 III GG](#) ausgehen. Es stehe dem Gesetzgeber offen, in gewissen Grenzen die bestehenden Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Betroffenen in § 362 Nr. 1-4 StPO zu ergänzen. Die Existenz dieser Einschränkungen zeige, dass der Grundsatz ne bis in idem eben nicht absolut gelte. Art. 103 III GG sei ein vorbehaltloses Grundrecht, das als solches verfassungsimmanenten Schranken unterliege. Daher dürfe der Gesetzgeber dem staatlichen Strafanspruch zur Herstellung von Gerechtigkeit und Sicherung von Rechtsfrieden ausnahmsweise den Vorrang einräumen.

Aber das überzeugt nicht. Ne bis in idem ist ein

Sonderfall und nicht mit anderen vorbehaltlos gewährten Grundrechten wie z.B. der Kunstfreiheit in Art. 5 III GG vergleichbar. Denn bei letzteren sind aufgrund ihres breiten Schutzbereichs ganz unterschiedliche Konflikte mit verfassungsrechtlichen Positionen denkbar, etwa dem Eigentumsgrundrecht in Art. 14 I GG, wenn im Namen der Kunst fremde Sachen zerstört werden. Solche (atypischen) Konflikte wurden von den Verfassungsgebern nicht bereits vorab gesehen und in den Verfassungstext aufgenommen – was eine Abwägung zur Herstellung der berühmten „praktischen Konkordanz“ erforderlich macht. Ganz anders stellt sich die Lage beim ebenfalls vorbehaltlos gewährten Justizgrundrecht in Art. 103 III GG dar: Eine Doppelverfolgung ist verboten – mit Ausnahme der zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes bereits existierenden einfachgesetzlichen Wiederaufnahmegründe in den § 362 Nr. 1 – Nr. 4 StPO, die man offenbar unangetastet lassen wollte. Die Senatsmehrheit weist zu Recht darauf hin, dass diese Ausnahmetatbestände eine andere Stoßrichtung haben als § 362 Nr. 5 StPO. Es geht in § 362 Nr. 1-3 StPO im Kern um Straftaten von Verfahrensbeteiligten und entsprechend „bema kelte“ Beweismittel, die keine taugliche Grundlage für ein rechtskräftiges Urteil darstellen – unabhängig von dessen inhaltlicher Richtigkeit. Und es geht um ein öffentliches Geständnis des Freigesprochenen in § 362 Nr. 4 StPO, das geradezu als Dүpierung des Rechtsstaats verstanden werden kann. Hier schafft der Betroffene selbst durch einen Umstand, der aus seiner eigenen Sphäre stammt, die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme. Das ist ein bedeutsamer Unterschied zu § 362 Nr. 5 StPO, wo „neue Tatsachen und Beweismittel“ genügen, woher auch immer sie stammen.

Abgesehen von diesen anders gelagerten Ausnahmetatbeständen, die bei der Schaffung des Grundgesetzes „mitgedacht“ wurden, enthält Art. 103 III GG aber eben keine Einschränkung, keine Relativierung. Schon der Schutzbereich verbietet die erneute Verfolgung. Allein, dass man den (vielleicht) wahren Schuldigen nun doch bestraft sehen will (und auf nichts anderes läuft die vom Gesetzgeber bemühte **Herstellung von Gerechtigkeit** hinaus, auf die auch im Sondervotum Bezug genommen wird), sollte eben nach dem Willen der Schöpferinnen und Schöpfer des Grundgesetzes gerade kein Grund sein, rechtskräftige Urteile nochmals zu Ungunsten der Betroffenen aufzurollen. Auch bei schwersten Straftaten. Auch bei Mord. Ungerecht erscheinende Ergebnisse wur-

den sehenden Auges in Kauf genommen, um nicht zuletzt **vor den Erfahrungen der NS-Zeit** ein Bollwerk gegen die missbrauchsanfällige und eingriffsintensive Zumutung eines erneuten Strafverfahrens zu errichten. Das schützt nicht nur die wahren Täter, sondern auch diejenigen, die tatsächlich unschuldig sind und zu Recht freigesprochen wurden. Das BVerfG stellt diesen Schutz zu Recht in die Nähe der Freiheitsrechte und Menschenwürde; gerade im Bereich des Strafrechts als einem der „intensivsten Bereiche staatlicher Macht“ sei dieser besonders wichtig sei (Rn. 88).

## Ein rechtsstaatlicher Meilenstein

Eine klare Absage erteilt der Senat der Argumentation, wonach sich aus den Grundrechten der Opfer und ihrer Angehöriger die Zulässigkeit einer Durchbrechung der Rechtskraft ergebe (Rn. 135). Denn aus der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich lediglich ein **Anspruch darauf, dass überhaupt ermittelt und ernsthaft Strafverfolgung betrieben wird**, was hier geschehen ist, inklusive Anklage und rechtskräftigem Freispruch durch die Anwendung der Regel *in dubio pro reo*. Einen darüber hinausgehenden verfassungsrechtlichen Anspruch von Opfern oder von deren Angehörigen, dass der „wahre“ Täter doch noch bestraft wird, gibt es dagegen nicht und kann es auch nicht geben, wenn man das Institut der Rechtskraft nicht preisgeben will. Der Senat erwähnt sogar, dass die Möglichkeit der Wiederaufnahme zu Ungunsten von Freigesprochenen auch aus Sicht der Angehörigen der Opfer kontraproduktiv sein könnte, weil sie das Abschließen mit der Tat erschweren könnte.

Einstimmig ergangen ist schließlich die Entscheidung, dass § 362 Nr. 5 StPO auch gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot verstößt, wenn man die Norm (wie im vorliegenden Fall) auf „Altfälle“ anwendet, d.h. auf Taten, die vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen wurden (Rn. 142 ff.). Der Senat knüpft hier an die etablierte Unterscheidung von „echter“ und „unechter Rückwirkung“ an und sieht hier zu Recht einen Fall der echten Rückwirkung, da in einen bereits abgeschlossenen Lebenssachverhalt eingegriffen wird (Rn. 149 ff.) – die Zäsur eines rechtskräftigen Freispruchs fällt recht deutlich in diese Kategorie. Eine solche Rückwirkung ist nur ganz ausnahmsweise zulässig, u.a., wenn zwingende Belange des Gemeinwohls betroffen sind, was vom Senat aber – wiederum zu Recht – verneint wird. Auch hier kann erneut nicht erfolgreich mit dem Ruf nach „Gerech-

tigkeit“ argumentiert werden.

Das Urteil ist ein Meilenstein. Es erinnert daran, dass staatliche Strafe ein scharfes Schwert ist, für dessen Einsatz klare und unverfügbare Grenzen gezogen werden müssen. Wenn es wie hier um schwerste Verbrechen geht, kann jedes Ausbleiben von Strafe als unerträgliches Gerechtigkeitsdefizit bezeichnet und auf dieser Grundla-

ge jedes rechtsstaatliche Schutzinstrument sturmreif geschossen werden. Dieser Tendenz stellt sich Karlsruhe mit seinem Urteil aus guten Gründen entgegen.

*Der Verfasser war vom Gericht beauftragter Sachverständiger in der mündlichen Hauptverhandlung am 24.5.2023.*

Isabel Lischewski

# Ein Zeugnis mit bitterer Note

doi: 10.17176/20231123-213933-0



Mit Urteil vom 22.11.2023 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden: Vermerke im Abiturzeugnis darüber, dass die Rechtschreibleistungen von Schüler\*innen aufgrund einer Legasthenie nicht bewertet wurden, sind nur insoweit unzulässig, als andere<sup>1</sup> Formen der Behinderung bislang nicht von der Regelung erfasst waren (1 BvR 2577/15). Die Entscheidung enthält eine Vielzahl beachtenswerter Aussagen über den Begriff der Behinderung, die Bedeutung der Schulbildung im Allgemeinen und der Rechtschreibung im Besonderen und Zeugnistransparenz als Mittel zur Durchsetzung von Chancengleichheit, die nicht alle im Folgenden vollständig beleuchtet werden können. Ich möchte aber aufzeigen, wo der vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Maßstab für die „Zeugniswahrheit“ dem Interesse, Ungleichheiten auszugleichen, zuwider läuft.

## Zum Fall

Die Beschwerdeführer\*innen hatten 2010 in Bayern die Abiturprüfung erfolgreich abgelegt. Aufgrund einer zu diesem Zeitpunkt geltenden Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus wurde, vereinfacht gesprochen, bei Schüler\*innen mit einer ärztlich bestätigten Legasthenie auf Antrag die Rechtschreibleistung im Fach Deutsch nicht bewertet. Als zwingende Folge dieses Antrags, der bereits mit Eintritt in die Oberstufe gestellt werden musste, wurde in das Abiturzeugnis folgende Bemerkung aufgenommen: „Auf Grund einer fachärztlich festgestellten Legasthenie wurden Rechtschreibleistungen nicht bewertet.“ Gegen diesen Vermerk in ihren jeweiligen Zeugnissen hatten die Beschwerdeführer\*innen geklagt und waren zuletzt vor dem Bundesverwaltungsgericht [gescheitert](#) – dort hatte das Gericht argumentiert, nicht nur der Vermerk sei rechtswidrig, sondern gar die „Bevorteilung“ der Legastheniker\*innen überhaupt, da es hierfür damals an ei-

ner gesetzlichen Grundlage gefehlt hatte (jetzt [Art. 52 Abs. 5 Bayerisches Schulgesetz](#)).

Die Beschwerdeführer\*innen zogen unter Berufung u.a. auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, das Gebot der Chancengleichheit nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG, den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vor das Verfassungsgericht. Sie führten u.a. aus, die Nichtbewertung der Rechtschreibleistung diene der nach Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen Herstellung von Chancengleichheit und dem Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG – und dieser Effekt würde durch die Zeugnisbemerkung schlicht wieder rückgängig gemacht. In der Tatsache, dass bei Schüler\*innen, deren Rechtschreibleistungen aufgrund anderer Behinderungen nicht bewertet würden, kein Zeugnisvermerk angebracht wurde, liege zudem ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

## Bedeutung des Zeugnisses, Gebotenheit des Vermerks

Das Bundesverfassungsgericht lehnt einen Verfassungsverstoß im Ergebnis ab, soweit es um die Ungleichbehandlung im Vergleich zu denjenigen Mitschüler\*innen ging, deren Rechtschreibleistung voll bewertet wurde und die daher keinen Zeugnisvermerk bekamen. Das Gericht bestätigt, dass durch den Zeugnisvermerk eine Benachteiligung wegen der Behinderung entsteht, indem die Betroffenen zur Offenlegung von Tatsachen gezwungen werden, die eigentlich unter ihr Recht auf Selbstdarstellung fallen, und indem ihre Erfolgchancen in Bewerbungsverfahren verringert würden (Rn. 50). Diese sei jedoch im Ergebnis gerechtfertigt. Denn die Zeugnisbemerkung verfolge in angemessener Weise Ziele mit Verfassungsrang. Das Bundesverfassungsgericht greift hier im Corona-[Schulschließungsbeschluss](#) eingezogene

<sup>1</sup>Interessenvertretungen von Personen mit einer Legasthenie sowie von Personen mit Lernschwierigkeiten lehnen den Begriff der Behinderung teilweise ab. Die Verwendung des Begriffs in dieser Form im vorliegenden Text soll die Argumentation der Beschwerdeführer\*innen und des BVerfG und die rechtliche Kategorisierung widerspiegeln, nicht jedoch eine Aussage über die Selbstbezeichnung aller Betroffenen treffen.

Maßstäbe auf und entwickelt sie weiter (Rn. 74-76): Das in dem Bundesnotbremse-II-Beschluss erstmals explizit vom Verfassungsgericht postulierte Recht auf Schulbildung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG (s. auch [hier](#), [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) diene insbesondere auch dazu, „die Entwicklung der Schülerinnen und Schüler zu Persönlichkeiten, die ihre individuelle Leistungsfähigkeit unabhängig von ihrer sozialen Herkunft entfalten und im Anschluss an die Schule ihrer Leistungsfähigkeit und Neigung entsprechend Ausbildungsgänge und Berufe frei wählen und zur Grundlage einer eigenverantwortlichen Lebensführung machen können“, dazu gehöre es, „der ungehinderten Entfaltung des individuell vorhandenen Leistungspotenzials entgegenstehende soziale Nachteile möglichst auszugleichen“ (Rn. 76).

Hieraus folgten gewisse Anforderungen an schulische Zeugnisse, spezifisch Abiturzeugnisse (Rn. 77-85): Da diese den Zugang zu grundsätzlich allen Studienfächern und damit auch den entsprechenden Berufen ermöglichen, folge aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG die Notwendigkeit, dass „die unterschiedliche Qualität der gezeigten Leistungen durch eine differenzierte Notengebung genau erfasst und in allen Abschlusszeugnissen aussagekräftig und vergleichbar dokumentiert wird“ (Rn. 77). Hierzu gehöre – auch in Zeiten von Rechtschreibprogrammen – die Leistungen im Bereich der Rechtschreibung (Rn. 84). Auch aus dem Sozialstaatsgebot folge die grundsätzliche Anforderung, durch gleiche Anforderungen und objektiv vergleichbare, transparente Abiturzeugnisse Nachteile der sozialen Herkunft auszugleichen (Rn. 77).

An dieser Stelle macht sich das Bundesverfassungsgericht das grundsätzlich zutreffende, aber im Kontext des konkreten Falles recht eigentümliche Argument des Staatsministeriums, „dass bei fehlender Aussagekraft und Vergleichbarkeit von Schulabschlusszeugnissen Eignungsprüfungen der Ausbildungsstätten und Arbeitgeber an deren Stelle träten, auf die sich dann diejenigen Bewerber am besten vorbereiten könnten, die in der Lage seien, die finanziellen Mittel für die Teilnahme an entsprechenden Kursen aufzubringen“, zu eigen. Im Verhältnis zu diesem legitimen Ziel sei die Benachteiligung der Schüler\*innen mit einer Legasthenie im Ergebnis angemessen (Rn. 87-102) – ja, der Zeugnisvermerk sei gar geboten (Rn. 103-112).

## Benachteiligung gegenüber anderen Behinderungen?

Anders sieht das Bundesverfassungsgericht dies nur, soweit Abiturient\*innen mit Legasthenie durch den Vermerk gegenüber solchen Schüler\*innen ungleich behandelt wurden, deren Rechtschreibleistung wegen einer anderen Behinderung oder aus anderen Gründen ohne entsprechenden Zeugnisvermerk nicht bewertet wurde. Hierbei liege im Verhältnis zu den anderen Schüler\*innen mit Behinderung ein Verstoß nicht nur, wie von den Beschwerdeführer\*innen gerügt, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern gegen das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) vor (Rn. 51). Wie das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die Literatur zugibt (Rn. 53), ist eine Anwendung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf Ungleichbehandlungen von Menschen mit unterschiedlichen Behinderungen umstritten. Das Gericht stützt seine Auslegung auf ein (sehr) simples Wortlautargument („wegen seiner Behinderung benachteiligt“, Rn. 54) und, in einem ähnlich knappen Verweis, auf die umfassende Schutz- und Förderpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Rn. 55). Durch die ungleiche Behandlung gegenüber dieser Vergleichsgruppe könne das genannte mit dem Vermerk verfolgte legitime Ziel der Zeugnistransparenz gerade nicht erreicht werden (Rn. 114-116), da die Zeugnisse dieser Schüler\*innen intransparent blieben.

Schließlich sei eine Ungleichbehandlung auch insoweit inkonsequent und damit ungerechtfertigt, als in manchen Fächern, insbesondere den Naturwissenschaften, im Ermessen der Lehrer\*innen die Rechtschreibleistung für alle Schüler\*innen unberücksichtigt bleiben könne, ohne dass dies im Zeugnis erkennbar werde (Rn. 117).

Ein Verstoß gegen die als Auslegungshilfe herbeizuziehende UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) liege demgegenüber nicht vor, weil die BRD mit der Nichtbewertung der Rechtschreibleistung sogar über das von der UN-BRK Geforderte hinausgehe (Rn. 118-119).

Zuletzt liege auch kein Verstoß gegen ein etwaiges Gebot auf Chancengleichheit für Schulzeugnisse aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG vor, da die Chancengleichheit – nach der Konstruktion des Gerichts – durch den Zeugnisvermerk gerade erst hergestellt würde (Rn. 120-121).



## Bewertung und Ausblick

Das Erfreuliche zuerst: Das Bundesverfassungsgericht hat mit dieser Entscheidung dem „neuen“ Recht der Kinder und Jugendlichen auf schulische Bildung Konturen verliehen. Die Verbindung zum Recht auf Chancengleichheit unabhängig vom sozialen Hintergrund und zum Sozialstaatsprinzip allgemein bildet einen verfassungsrechtlichen Maßstab, der, konsequent angewendet, dem deutschen Schulsystem wichtige Impulse geben kann.

Doch die Anwendung dieses Maßstabs im konkreten Fall befremdet. Vorliegend ging es nicht darum, unsichtbare Vorteile von Schüler\*innen aus reichen Elternhäusern auszugleichen und durch das Abitur als transparente und vergleichbare Zugangsprüfung einen unfairen Wettbewerb um Studien- und Arbeitsplätze zu verhindern. Die betroffene Gruppe startet vielmehr mit einem – wie das Gericht selbst zugibt, Rn. 43 – erheblichen und nicht durch Fleiß, Förderung und Begabung vollständig nivellierbaren Nachteil in den Wettbewerb um Zukunftschancen. Ihr wird kein Privileg gewährt, sondern ein gebotener Nachteilsausgleich (s. auch Rn. 98-99), der durch den

Zeugnisvermerk zumindest ein erhebliches Stück weit wieder ausgehebelt wird.

Dies wiegt besonders schwer angesichts der vom Bundesverfassungsgericht in dem Urteil vertretenen Ansicht, dass eine Diskriminierung gegenüber Schüler\*innen mit anderen Behinderungen vorliegt. Insoweit erringt die Verfassungsbeschwerde etwas, das sich wahrlich nur als Pyrrhus-Sieg bezeichnen lässt. Bei der Umsetzung der im Urteil erarbeiteten Maßstäbe stehen künftig sämtliche Schüler\*innen, die aufgrund einer Behinderung eigentlich einen anderen als den Standard-Bewertungsmodus benötigen, um ihren Leistungsstand adäquat darzustellen, vor der Frage, ob sie dieses ihnen zustehende Recht mit der unvermeidbaren Offenlegung ihrer Situation in künftigen Bewerbungsverfahren bezahlen möchten. Zwar wird im Falle einer Anwendung auf alle Behinderungen bei einer entsprechend neutralen Zeugnisformulierung jedenfalls der Stigmatisierungseffekt bezüglich konkreter Diagnosen reduziert. Ob diese erzwungene Offenbarung aber wirklich durch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und das Recht auf Chancengleichheit geboten ist, ist mehr als fraglich.

Bettina Rentsch

# Deregulating Legal Gender in the Shadow of Social Ascription

doi: 10.17176/20231122-214256-0



On 23 August 2023, the German government published a [bill on Gender Self-Determination](#) (hereinafter also referred to as SBGG-E). The bill is currently under debate before the German parliament (Bundestag) and is subject to heated socio-political debate. Its primary objective consists of deregulating the conditions for altering and deleting the gender entry provided by the German Civil Status Act. Aside from a strong commitment to deregulating legal gender (Section 1 SBGG-E), the bill sets boundaries and conditions for gender recognition. While some appear self-explanatory, others are infused by what I will hereinafter refer to as the ‘logic of social ascription’.

## A Shift in the Paradigm of Gender Recognition

In principle, any fully legally capable person who considers their legal gender does not meet their self-assessed gender identity may declare before the registry office that their civil status be changed (Section 2 (1)) by simply affirming that the new legal gender (or its absence) “best corresponds to their gender identity” (Section 2 (2) No. 1) and that they are “aware of the consequences of the declaration” (No. 2). This shifts the paradigm in German civil status law from what may be called an ‘ascriptive’ towards an ‘elective’ gender recognition system (cf. [Osella/Rubio-Marín](#)). Persons who wish to change or dispense with their gender entry will no longer have to undertake family court proceedings. Nor will a party have to substantiate their wish to change their gender identity by any other act than an autonomous declaration. In consequence, a change in legal gender is considered to exclusively depend on self-identification (‘election’) instead of a third-party assessment (‘ascription’). Section 1 SBGG-E clarifies that this means to improve the social recognition of self-identified gender and “ensure it receives respect and respectful treatment”. Yet, as will be shown, the spirit of ascriptive gender recognition models lurks in the shadows of the bill.

I will exemplify this by pointing at the requirement

to change a given name upon changing the legal gender. This demand was not part of the recognition model of the [draft bill on Gender Self-Determination](#), published in May 2023. It may be precisely for this reason that the relevance of the name change requirement has remained marginal in the heated public and parliamentary debate on the legislative project. Yet, the requirement is neither in line with its declared objective nor attributable to respectable administrative practice demands or an ‘inherent logic’ of civil status law.

## From an Ascriptive to an Elective Gender Recognition Model

In the desire to meet fundamental and human rights demands to legal gender and foster gender recognition beyond that, the German legislator faced two options for Law Reform: To abolish gender as an element of civil status or to adhere to gender as a category in civil status law and liberalise the conditions for its change or abolition. It has opted for the latter. Legal gender will still be assigned at birth (section 21 para. 1 no. 3 German Civil Status Act, *Personenstandsgesetz*), predominantly by biological criteria. However, the procedures governing subsequent changes and a full abolition of legal gender will be deregulated.

According to the bill, an individual will have to choose between the options set out by Section 22 (3) German Civil Status Act. This allows for legal gender to be “female”, “male” or “diverse”. It is also possible to dispense with a mention of legal gender as a whole. If an individual chooses this option, “gender-neutral regulations” – regulations that equally refer to men and women and set out identical legal consequences for both – will apply to persons without a legal gender. With a few exceptions, the self-identified legal gender determines an individual’s relationship with public authorities (Section 6 (1)). It also determines an individual’s private legal relationships unless stipulated otherwise by the SBGG-E or other

statutes.

## Boundaries and Conditions to Gender Self-Determination

As was mentioned, gender self-determination under the bill is neither unconditional nor limitless. Next to a limited *scope*, a valid declaration on legal gender meets restrictions in its *effect vis-à-vis* public authorities and third parties and is *conditional* upon personal and substantial requirements.

In *scope*, a choice of law provision on legal gender resorts to nationality to determine the law applicable. In addition, a residence permit is required for making a declaration of legal gender.

As to its *effect*, a declaration on gender shall remain irrelevant for military duties in the event of tension or defence (Article 80a German Basic Law), and an immediately preceding waiver of male gender. Besides that, (self-determined) legal gender takes no effect in private legal relationships. Section 6 SBGG-E exemplifies this by the ‘autonomy of landowners’ (Hausrecht) and associations (Satzungsautonomie). While both – and other – frontiers are inherent in civil status, so does the scheme of protection under the German Equal Treatment Act (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) limit both autonomies by its own right. By mentioning the former while keeping quiet on the latter, the bill shows visible wear and tear marks from a heated socio-political discussion on safe spaces and abusive alterations of gender in sports competitions.

Although this aspect and the underlying patriarchal narratives certainly qualify for academic discussion, I will not further elaborate on them in this piece. Nor will I provide further detail on other aspects of the bill that have received attention in public and parliamentary debate – e.g., the *personal conditions* for minors who wish to change or dispense with their legal gender, as established by Section 3 SBGG-E.

Instead, I would like to draw attention to another hidden *substantial condition* for declaring self-identified gender. A person who intends to declare their self-identified legal gender must abandon their first name and choose a new name “which corresponds to the chosen gender entry”. This is remarkable, given that German Civil Status Law is centred around the principle of name continuity: The first or given name must not be altered after birth unless mandated by compelling reasons.

## Gender-Suitable First Names and the Logic of Ascription

As pointed out, applicants must change their first name according to their self-identified legal gender. The chosen name must “correspond” to the self-identified gender. In this regard, the explanatory memorandum to the draft bill stipulates that

“According to Section 2 (3), first names must be chosen in correspondence with the chosen gender entry. If the previous first names already correspond with the chosen legal gender entry, these names are designated as the new first names. For example, a person who has had a ‘diverse’ legal gender since birth and who then declares to change the legal gender entry to ‘female’ may now designate their previous first name ‘Anna’ as their new first name, as this corresponds to the chosen gender entry ‘female’. She could also keep a gender-neutral first name (e.g. ‘Eike’). The same rules apply to the determination of first names as apply to the determination of first names at birth.” (bill of 23 August, p. 39)

While it has formulated pointed criticism concerning other mechanisms in the bill, the [Federal Chamber \(Bundesrat\)](#) has remained silent on this requirement in its comments on the bill. Just as the explanatory memorandum to the bill, it appears to suppose a need to adapt their name according to the legal gender.

Taking account of the regulatory context, this is surprising. Under German Private Law, the first name forms the object of rights and obligations. In the former sense, it determines a person’s self-image and thus warrants fundamental rights protection. In the latter sense, the first name helps to unambiguously identify a person – hence the principle of ‘name continuity’.

Besides that, the legislator confines the need to adapt the first name according to the self-identified legal gender to cases where the given name and legal gender “diverge”. So, the obligation to change a given name upon declaring a new legal gender does not apply if the former is already gender-neutral or corresponds to the declared legal gender for other reasons. This indicates that a change of the given name does by no means confer a symbolic



meaning to the close connection between name and gender for an individual's self-image.

Rather, the legislator seems to attribute a mandatory signalling function to the first name. The name suggests the gender by which a person wants to be "read" in society: Those who bear a female first name express that they would like to be "read" as a woman in their legal relations, while those who confer on themselves a gender-neutral name refrain from self-identifying with an established gender. Indeed, there are few more effective 'publifiers' (Publizitätsträger) for gender than an individual's first name. However, a self-understood duty to signal one's self-identified gender to third parties is at odds with the core elements of an elective model for gender recognition, as adopted by the bill: To "detach gender assignment from the assessment of third persons". As mentioned earlier, the bill, in principle, introduces a non-ascriptive model of gender recognition. Why then force individuals to choose a means of identification to allow for that?

### Inherent Explanations - Logic of Civil Status Law

With the objective of the bill in mind, conferring the name a signalling function for self-identified gender calls for justification. Further, bearing in mind that the bill's explicit aim is to improve social respect for self-identified gender, aspects bearing an ascriptive logic, such as community expectations, social gender models etc., are hardly suitable to build a case in favour of the name change clause.

What remains are constitutional, or, as I shall refer to them, 'inherent' explanations, as may be found in administrative practice or civil status law. Yet, these systems suggest a name change upon a change in legal gender.

First and foremost, a congruence of first names and legal gender, as seemingly supposed by the bill, is neither mandated by German federal law nor by constitutional law. On the contrary, an administrative principle making

gender-conforming first names mandatory was struck down by German Federal Constitutional Court Jurisprudence (German Federal Constitutional Court, decision of 05 December 2008 – 1 BvR 576/07 -, para. 15 et seq). Aside from that, gender and name are protected by the general right of personality (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) by their right to be relevant to making an identity (ibid., para. 13). As a result, making gender and name dependent on one another requires individuals to waive a fundamental right.

In addition, the mandatory name change is at odds with Civil Status Law itself, namely, the principle of name continuity (Grundsatz der Namenskontinuität): Upon entry in the register of births (Section 21 para. 1 no. 4 Civil Status Act), a first name must not be changed unless this is mandated by a "good cause".

We may assume that the legislator considers a change in legal gender as such "good cause". Even then, the fact that neither the explanatory memorandum nor the [Federal Chamber \(Bundesrat\)](#) seem to even consider the name change a point worthy of discussion lends a deep insight into the mindset of Germany's legislative organs as regards gender recognition. Aside from an admirable commitment to deregulating legal gender, a decisive part of the operative provisions of the bill remains infused by the logic of social ascription. While fully deregulating the conditions for a change in legal gender, gender itself remains an object of third-party recognition if subject to socially accepted 'publifiers'.

*An earlier version of this opinion piece was presented to the Feminist Legal Jurisprudence and Private Law Discussion Groups at the University of Oxford on 9 November 2023. I am grateful to all participants for their comments and advice and to Vanessa Grifo for comments on this version.*

Ulrike Lembke

# Verfassungswidrige Sprachverbote

doi: 10.17176/20231124-213811-0



In Hessen haben sich CDU und SPD für ihre Koalitionsverhandlungen auf ein [Eckpunktepapier](#) geeinigt, in dem sie auch ankündigen, festzuschreiben, „dass in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Institutionen (wie Schulen, Universitäten, Rundfunk) auf das Gendern mit Sonderzeichen verzichtet wird und eine Orientierung am Rat der deutschen Sprache erfolgt“. Gemeint ist damit ein Verbot geschlechtergerechter Sprache nicht nur für Schulen, sondern auch für grundrechtsberechtigte (und -verpflichtete) Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Ein solches Verbot wäre offensichtlich verfassungswidrig – doch seine Ankündigung bringt politischen Profit.

## Hoheitliches Sprachhandeln und Gleichberechtigung

Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Frauen auch im staatlichen Sprachhandeln folgt aus Art. 3 Abs. 2 GG und besteht damit seit mehreren Jahrzehnten. Seit den 1980er Jahren wurde diese Dimension politisch diskutiert und sprachliche Gleichbehandlung zunehmend in Gesetzen, Geschäftsordnungen und Verwaltungsvorschriften rechtlich konkretisiert. Hessen war hier bereits früh engagiert.

Bereits im Dezember 1984 ordnete ein [Gemeinsamer Runderlass](#) der hessischen Regierung die sprachliche Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Vordrucken der Verwaltung an. 1992 folgten [Richtlinien zur Gleichbehandlung](#) in der Vorschriftensprache. Seit 2016 findet sich prominent in § 1 Absatz 2 des [Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes](#) (HGIG) die Verpflichtung zur sprachlichen Gleichbehandlung in Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie im dienstlichen Schriftverkehr. Bereits im Runderlass von 1984 wurden bestimmte Anredeformen empfohlen und verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten wie geschlechtsneutrale Bezeichnungen, Paarformeln oder die Verwendung von Schrägstrichen und Klammern vorgestellt. Eine Variante wurde jedoch [explizit ausgeschlossen](#) (Hervorhebung im Original): „Die männliche Form einer Bezeichnung kann **nicht**

als Oberbegriff angesehen werden, der die weibliche und männliche Form einschließt.“ Damit war in Hessen bereits vor 40 Jahren eine Erkenntnis angesprochen, die heute vielerorts noch fehlt: Es gibt kein generisches Maskulinum ([hier](#) und [hier](#)).

Die Pflicht zur sprachlichen Gleichbehandlung war geklärt, nun ging es um die Umsetzung. Die das HGIG konkretisierende Gemeinsame Geschäftsordnung (GGO) der hessischen Landesregierung sah zunächst auch [Binnen-I, Sternchen und Unterstrich als mögliche Optionen](#) vor. Seit 2021 sind diese [Möglichkeiten wieder verschwunden](#) und neben geschlechtsneutralen Formen nur noch Beidnennungen vorgesehen. Dies überrascht. Schließlich hatte das [BVerfG 2017 entschieden](#), dass die explizite rechtliche Anerkennung von mehr als zwei Geschlechtern nicht nur aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG folgt, sondern auch durch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geboten ist (umfassend [hier](#)). Das Gebot sprachlicher Gleichbehandlung war (und ist) seitdem zum [Gebot geschlechtergerechten hoheitlichen Sprachhandelns weiterzuentwickeln](#).

## Antifeminismus und Anti-Gender als Brückenideologien

Zwar ist mit Blick auf die Jahrzehnte seit Erlass des Grundgesetzes die Missachtung des Gleichberechtigungsggebots und der Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG schon als eine Art deutscher Brauchtumpfleger anzusehen. So gelingt es Gerichten auch in diesem Jahrhundert nicht, Art. 3 Abs. 2 GG als einschlägige Norm zu identifizieren und anzuwenden (Sparkassenformulare, dazu [hier](#), [hier](#) und [hier](#)), vor krassen Formen [digitaler Gewalt gegen Frauen](#) zu schützen, Klagen auf [Entgeltgleichheit](#) nicht zu behindern, eine [substantielle Auseinandersetzung mit Paritätskonzepten](#) zu leisten oder [aktuelle Forschung zu Geschlecht](#) zur Kenntnis zu nehmen. Obwohl der [lückenhafte Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung im AGG](#) schon bei Erlass im Jahr 2007

europarechtswidrig war, scheint [wenig Neigung zur Korrektur](#) zu bestehen. Und der [Gesetzgebungsprozess zur geschlechtlichen Selbstbestimmung](#) zeugt inzwischen primär von dem Willen, das Grundgesetz in mehrfacher Hinsicht zu missachten, um Ressentiments gegen geschlechtliche Minderheiten zu bedienen und vom Versagen im Gleichstellungsbereich abzulenken (siehe auch [hier](#) und [hier](#)).

Der „Verfassungsbruch in Permanenz“ (Elisabeth Selbert) hat eine neue Intensität erreicht, seitdem Antifeminismus und Anti-Gender von rechtspopulistischen und rechtsextremistischen Bewegungen als Brückenideologien in die gesellschaftliche Mitte genutzt werden ([hier](#) und [hier](#)). Egal, wie die persönliche Haltung zu geschlechtergerechter Sprache aussehen mag, die Diskriminierung von Frauen und geschlechtlichen Minderheiten als Politikform ist eine Gefahr für den demokratischen Rechtsstaat. Dies wird deutlich, wenn selbst eklatant verfassungswidrige Vorschläge rechtspolitisch ernsthaft diskutiert werden.

Gleichberechtigung, Gleichstellung, Antidiskriminierung oder Geschlecht erwähnen CDU und SPD im [Eckpunktepapier](#) nicht. Die Ankündigung von Sprachverboten erfolgt unter dem Punkt „Freiheit“. Da ein flächendeckendes Verbot geschlechtergerechter Sprache keinen Freiheitsgewinn für irgendwen bedeutet, geht es hier offensichtlich um die Unterstützung von Fake News, wie sie auch dem [hessischen Volksbegehren](#) gegen „Gendersprache“ zugrunde liegen. Die dabei aufgestellten Behauptungen zu „Zwang“ und „Umerziehung“ sind grober Unfug, da es ausschließlich um [geschlechtergerechte Amts- und Rechtssprache](#) und damit hoheitliches Sprachhandeln geht.

## Verfassungswidrigkeit eines Verbots geschlechtergerechter Amts- und Rechtssprache

Anlässlich der Rechtschreibreform hatte das [BVerfG 1998 entschieden](#), dass Rechtschreibung für den Schulunterricht zum Gegenstand staatlicher Regelung gemacht werden kann. Hierfür sind die Länder zuständig. Regelungen für die sonstige Verwaltung sowie öffentliche Einrichtungen waren bislang auf Einheitlichkeit, Verständlichkeit und sprachliche Gleichbehandlung fokussiert. Doch darf hoheitliches Sprachhandeln insgesamt nicht diskriminieren. Es gibt eine lange Rechtsprechungstradition des BVerfG zur [hoheitlichen Ansprache in Bezug auf Ge-](#)

[schlecht\(sidentität\)](#) als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Werden Frauen oder geschlechtliche Minderheiten vom Staat und seinen Einrichtungen nicht korrekt adressiert, liegt inzwischen auch eine [Verletzung von Art. 3 Abs. 2 oder 3 GG](#) vor.

Da Regelungen oder auch nur Empfehlungen zum nicht-diskriminierenden hoheitlichen Sprachhandeln auf Bundes- oder Landesebene weitgehend fehlen, haben etliche Kommunen, Hochschulen oder Rundfunkanstalten in ihrem Kompetenzbereich eigene Lösungen gefunden. Die Vielfalt von sprachlichen Gestaltungsmöglichkeiten soll wesentlich auch zur größeren Verständlichkeit von Verwaltungssprache beitragen; geschlechterinklusive Kurzformen wie Unterstrich, Doppelpunkt oder Genderstern spielen quantitativ nur eine untergeordnete Rolle. Dennoch wäre ihr (gesetzliches) Verbot verfassungswidrig.

Mit dem Verbot, dem keinerlei konstruktive Alternativlösungen für verfassungskonformes hoheitliches Sprachhandeln zur Seite gestellt sind, würden Verwaltung, Hochschulen, Rundfunk etc. angewiesen, durch [Misgendering](#) das Allgemeine Persönlichkeitsrecht von TIN\*-Personen sowie das Geschlechtsdiskriminierungsverbot zu verletzen (dazu [hier](#)). Dies stünde zugleich in einem rechtlich nicht rekonstruierbaren Widerspruch zur [bundesgesetzlichen Verpflichtung der Privatwirtschaft](#), ihre Kund\*innen bei der Ansprache nicht wegen des Geschlechts zu diskriminieren.

Ein Sprachverbot für Hochschulen würde darüber hinaus eine erhebliche Verletzung der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG in ihrer Ausprägung des Selbstverwaltungsrechts bedeuten. Das [institutionelle hoheitliche Sprachhandeln](#) ist eine eigene Angelegenheit, die wesentlich die inneren Abläufe der Hochschulen betrifft und im Rahmen von Verfassung und Gesetzen eigenverantwortlich zu regeln ist. Sprachverbote ohne Alternativen sollen Hochschulen dagegen nötigen, ihre Grundrechtsverpflichtung zu missachten und Mitglieder sowie Dritte sprachlich zu diskriminieren. Das wäre nicht nur verfassungswidrig, sondern würde auch die Chancengleichheit der Studierenden erheblich verletzen, verfassungsfremde Lehre etablieren und Bildungsziele weit verfehlen (zu Sprachkompetenz als Prüfungsinhalt siehe [hier](#) und [hier](#)).

Ein Sprachverbot auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk würde in dessen verfassungsrechtlich gesicherte Programmautonomie eingreifen und damit die

Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verletzen. Der Gesetzgeber regelt zwar im Rahmen seiner Ausgestaltungspflicht zur Vielfaltssicherung die Organisationsstruktur des Rundfunks, doch die Entscheidung über „die zur Erfüllung des Funktionsauftrags als nötig angesehenen Inhalte und Formen des Programms“ steht den Rundfunkanstalten zu (sog. Programmautonomie, dazu [hier](#), [hier](#) und [hier](#)). Hinzu kommt, dass auch den Rundfunkanstalten die Diskriminierung von Nutzer\*innen und Dritten untersagt ist.

## Der Rechtschreibrat und das deutsche Verfassungsrecht

Wegen der offensichtlich intendierten Verstöße gegen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Geschlechtsdiskriminierungsverbot wären entsprechende Sprachverbote selbst in Bezug auf Schulen verfassungswidrig, obwohl hier mangels eigener Rechtsfähigkeit immerhin eine grundsätzliche Regelungskompetenz des Landes Hessen bestehen würde. Daran ändert auch der Verweis auf einen „Rat für deutsche Sprache“ nichts, mit dem der [Rat für deutsche Rechtschreibung \(RfdR\)](#) gemeint sein dürfte.

Dieser Fehler im [Eckpunktepapier](#) ist interessant, weil er recht gut den spektakulären politischen Aufstieg des RfdR aus der Bedeutungslosigkeit nach Durchsetzung der Rechtschreibreform illustriert. Der 2004 gegründete RfdR ist ein zwischenstaatliches Expert\*innen-Gremium, dessen Aufgaben sich in Beobachtung des Schreibgebrauchs und daraus folgenden Empfehlungen erschöpfen. Er hat keinerlei Regelungskompetenz. Das „amtliche Regelwerk“ wird nur durch Beschluss der KMK und Länder für die Schulen sowie durch Beschluss der Bundesregierung für die Bundesverwaltung verbindlich. Dies versucht der RfdR durch die Selbstdarstellung als „maßgebende“ [Instanz](#) für Rechtschreibfragen auszugleichen.

In seinen [Empfehlungen vom 16.11.2018](#) hat der RfdR zwar „das Recht der Menschen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen, auf angemessene sprachliche Bezeichnung [...] auch in der geschriebenen Sprache“ anerkannt. Das trifft ohnehin nur partiell, worum es beim [verfassungsrechtlichen Verbot der Geschlechtsdiskriminierung](#) geht. Vor allem aber hat der RfdR angekündigt, vor möglichen Empfehlungen erst noch Beobachtungen vornehmen zu müssen. Dabei ist es ihm weder gelungen, die unter-

schiedlichen Regelungen zur rechtlichen Anerkennung von Geschlecht im deutschen Sprachraum wahrzunehmen (in der Schweiz sind es nur zwei, in Österreich drei, in Deutschland vier Geschlechter), noch den fundamentalen Unterschied zwischen hoheitlichem Sprachhandeln und dem Schreibgebrauch Privater zugrunde zu legen, so dass die [Ergebnisse insoweit unbrauchbar](#) sind.

In seinen [Empfehlungen vom 26.03.2021](#) hat der RfdR die Notwendigkeit geschlechtergerechter Sprache als (allein) gesellschaftliche und gesellschaftspolitische, nicht aber auch rechtliche Aufgabe fehlverstanden und wiederum konstruktive Hinweise zur Verwendung nicht-diskriminierender Amts- und Rechtssprache unterlassen. Dazu ist er zwar auch nicht verpflichtet, weil er mangels eigener Regelungskompetenz keiner Grundrechtsbindung unterliegt. Doch dürfte spätestens mit der apodiktischen [Feststellung vom 14.07.2023](#), dass Unterstrich, Doppelpunkt oder Genderstern „nicht zum Kernbestand der deutschen Orthografie“ gehören, die Grenze zwischen Aufgabenverfehlung und bewusster Politisierung gegen verfassungsrechtliche Verpflichtungen überschritten sein.

Es ist wohl Zeit für die Einsicht, dass der RfdR konzeptionell ungeeignet sein könnte, zu nicht-diskriminierender Amts- und Rechtssprache beizutragen. In keinem anderen Bereich würde eine Beobachtung dahingehend, dass staatliches Handeln (noch) nicht mehrheitlich verfassungskonform ist, zu der Schlussfolgerung führen können, dass dann wohl die Verfassung nicht gilt. Im demokratischen Rechtsstaat steht der [Minderheiten- und Diskriminierungsschutz](#) gerade nicht unter dem Vorbehalt, das Wohlgefallen der Mehrheit zu finden. Dies ist auch das grundlegende Missverständnis, welches den Volksbegehren gegen geschlechtergerechtes hoheitliches Sprachhandeln zugrunde liegt und von einigen politischen Parteien nach Kräften gefördert wird.

## Gibt es nicht Wichtigeres ... als den demokratischen Rechtsstaat?

Das führt zur letzten, in Bezug auf geschlechtergerechte Sprache immer wiederkehrenden Frage, ob es denn nicht Wichtigeres gibt. Tatsächlich ließen sich gute Formen verfassungskonformen hoheitlichen Sprachhandelns ohne unzumutbaren Aufwand finden. Fortbestehende Hindernisse könnten überwunden werden, indem hoheitliches Sprachhandeln als eigenständiger Sprachgebrauch

gefasst oder geschlechterinklusive Kurzformen **als typografische Erscheinungen jenseits der Orthografie** eingeordnet werden. Die Politik könnte aufhören, ein beobachtendes Gremium über die Verfassung zu stellen, um sie zu brechen (dazu [hier](#) und [hier](#)), und stattdessen **eher unaufgeregt** geschlechtergerechte Sprache nutzen, die Gleichberechtigung von Frauen durchsetzen und Geschlechtsdiskriminierung in jeder Form beenden.

Das geplante Sprachverbot in Hessen zielt auf eine der aktuell am stärksten **von Diskriminierung und Gewalt be-**

**troffenen Minderheiten** in Deutschland ab. Die Botschaft ist deutlich: Die Versagung des ihnen von der Verfassung garantierten Schutzes könnte Regierungsprogramm werden. Dieses Vorgehen trifft den Rechtsstaat im Kern. Die Absichtserklärung zum Erlass eines offensichtlich verfassungswidrigen Gesetzes mag primär der Abfischung des Volksbegehrens oder der Ablenkung von anderweitigen politischen Grundentscheidungen bzw. deren Unterlassen dienen, es bleibt dabei: Angekündigter Verfassungsbruch darf nicht zur politischen Normalität werden.



Kyrill-Alexander Schwarz

# Halembas Mandat

Zur zeitlichen Reichweite des parlamentarischen Immunitätsschutzes

doi: 10.17176/20231103-223639-0



Am Morgen der konstituierenden Sitzung des Parlaments vollstreckt die Polizei einen Haftbefehl durch Inhaftierung eines gewählten Abgeordneten – das ist weder ein Vorgang aus dem Frühjahr 1933 im Umfeld der Verabschiedung des sog. „Ermächtigungsgesetzes“ noch eine willkürliche und politisch motivierte Einschränkung des Mandats (so aber die AfD-Fraktion im Bayerischen Landtag, vgl. hierzu die [Pressemitteilung](#)). Es handelt sich schlichtweg um den Vollzug einer richterlich angeordneten strafprozessualen Maßnahme gegen einen Beschuldigten, um die Durchführung eines möglichen späteren Strafverfahrens zu sichern, die ihrerseits an besondere Voraussetzungen geknüpft und nicht etwa in das Belieben der Staatsanwaltschaft gestellt ist. Der gesamte Vorgang zeigt das Funktionieren eines rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens und offenbart zugleich die Bestrebungen der AfD (nicht etwa nur in Bayern), unter vermeintlich zutreffenden Erwägungen und Stichworten den Rechtsstaat auszuhöhlen und in seiner Substanz zu beschädigen.

## Zweck und Schutzzumfang parlamentarischer Immunität

Was war geschehen? Der 22-jährige Daniel Halemba war am 8. Oktober für die AfD in den Bayerischen Landtag gewählt worden; am 26. Oktober erließ das AG Würzburg einen Haftbefehl (zu den Hintergründen siehe nur die [PM der Staatsanwaltschaft Würzburg vom 31.10.2023](#)) wegen des dringenden Verdachts der Volksverhetzung (§ 130 StGB) und des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB) und bejahte zudem die Haftgründe der Flucht- und Verdunklungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 und 3 StPO). Neben einer Beschwerde gegen den Haftbefehl begehrte der Beschuldigte zudem vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung der Staatsregierung insgesamt und des Staatsministeriums der Justiz, von ihrem Weisungsrecht gegenüber der Generalstaatsanwaltschaft dahingehend Gebrauch zu machen, dass die

Staatsanwaltschaft angewiesen werde, „ihren Haftbefehl zurückzuziehen“; hilfsweise wurde die Verpflichtung begehrt, den Haftbefehl nicht zu vollstrecken. Der Bayerische Landtag hob bei Enthaltung der Mitglieder der AfD die Immunität des Abgeordneten Halemba in seiner konstituierenden Sitzung am 30.10.2023 auf, am selben Abend wurde der Haftbefehl nach § 116 StPO unter Auflagen außer Vollzug gesetzt. Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof wurde durch Beschluss ebenfalls vom 30.10.2023 (Az. Vf. 59-Iva-23) abgewiesen, da im Hauptsacheverfahren als Organstreitverfahren nur ein Feststellungsurteil ergehen könne, hier aber ein Anspruch auf ein Handeln der Staatsregierung eingefordert würde, für das indes keine Rechtsgrundlage ersichtlich sei.

Die erste und für die Bewertung des gesamten Vorgangs maßgebliche Frage ist zunächst die nach dem Vorliegen parlamentarischer Immunität, die ein gesetzliches Hindernis für eine Strafverfolgung und Haftvollstreckung darstellt. Immunität ist die Freiheit der Angeordneten von staatlichen Verfolgungsmaßnahmen, die die Tätigkeit als Abgeordneter behindern könnten. Dabei ist der entscheidende Zweck der Immunität als einem unabdingbaren parlamentsbezogenen Grundsatz die Sicherung der Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments vor willkürlichen Eingriffen der Judikative oder der Exekutive (vgl. BVerfGE 104, 310, 328 ff.). Und wengleich in Ansehung der Rechtsbindung aller staatlichen Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG) die Gefahr politisch motivierter und einseitiger Verfolgungsmaßnahmen gering sein dürfte, so ist dies gleichwohl nicht auszuschließen, wenn Staatsanwälte weisungsgebunden sind (§§ 146, 147 Nr. 2 GVG) und zudem in einigen Bundesländern die Generalstaatsanwälte politische Beamte sind (zur fehlenden Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften auch EuGH, NVwZ 2019, 1185 ff.). Allerdings kann die dem Legalitätsprinzip verpflichtete Staatsanwaltschaft ohne den Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung keine Ermittlungstätigkeiten

aufnehmen. Und auch das Weisungsrecht kann im Übrigen nicht dazu herhalten, Rechtsfolgen herbeizuführen, die den vorrangigen bundesgesetzlichen Vorgaben widersprechen. Schon von daher war ein auf ein „Zurückziehen des Haftbefehls“ gerichtetes Begehren nicht nur von Unkenntnis der Rechtslage geprägt – das Begehren selbst erweist sich als missbräuchlicher Versuch der Instrumentalisierung der Justiz.

Aber jenseits der Frage des Schutzzwecks der Immunität und der Gefahr für einzelne Abgeordnete vor willkürlicher politischer Verfolgung kommt es zunächst entscheidend auf den Schutzzumfang der Immunität an. Abgeordnete genießen den Immunitätsschutz während ihrer Mandatszeit. Entscheidend ist also nicht etwa die Wahl zum Abgeordneten (sei es auf Bundes-, sei es auf Landesebene); maßgeblich ist das Innehaben des Mandats. Dabei beginnt nach unbestrittener Ansicht der Schutz mit dem Mandatserwerb, also mit der konstituierenden Sitzung des jeweiligen Parlaments. Neben der symbolischen Bedeutung hat die Konstituierung damit eine erhebliche verfassungsrechtliche Relevanz, ist sie doch der maßgebliche Anknüpfungspunkt einer Vielzahl von Rechtsfolgen. Dies betrifft vor allem die mitgliederschaftlichen Rechte der Abgeordneten des Bundestages oder der Landesparlamente, die die gewählten Bewerber mit der ersten Sitzung des Parlaments nach der Wahl erwerben. Dies bedeutet aber zugleich, dass jedenfalls vor diesem Zeitpunkt der Immunitätsschutz noch nicht galt und die Staatsanwaltschaft auch keiner Aufhebung der Immunität für ihre Strafverfolgungsmaßnahmen durch das Parlament bedurfte. Insoweit ist der Beschuldigte gerade (noch) nicht in der privilegierenden Situation des Immunitätsschutzes gewesen. Die Aufhebung des Immunitätsschutzes durch die Mehrheit der Abgeordneten am Ende der konstituierenden Sitzung war daher für die Vollstreckung des Haftbefehls ohne Relevanz; sie war aber notwendig für alle weiteren Verfolgungsmaßnahmen, die ab dem Zeitpunkt der konstituierenden Sitzung erfolgen konnten.

### **Befremdliches Rechts- und Staatsverständnis der AfD**

Erstreckte sich möglicherweise der Immunitätsschutz auf den Zeitraum zwischen Wahl und konstituierender Sitzung des Parlaments? Indes ist diese zeitliche Vorwirkung abzulehnen, da es beim Immunitätsschutz in erster Linie um den Schutz des Parlaments selbst und erst – als Rechtsreflex – um den Schutz der Abgeordneten

geht. Wenn aber allein das Parlament über die Immunität seiner Mitglieder verfügen darf, um so die Funktionsfähigkeit des Parlaments zu gewährleisten, so setzt dies überhaupt ein konstituiertes Parlament voraus, das in der Lage ist, eine willkürfreie Entscheidung über den Immunitätsstatus zu treffen. Die Richtigkeit der vorstehenden Erwägungen folgt aber auch noch aus einem anderen Grund: Bundestag und Landtage existieren als Verfassungsorgane unabhängig von ihrer personellen Zusammensetzung, das heißt die Identität ist unabhängig von der Wahl der Mitglieder. Dieser Gedanke findet aber auch eine verfassungsrechtliche Ausformung, wenn die Wahlperiode des Bundestages mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages endet (so Art. 39 Abs. 1 Satz 2 GG). Dementsprechend sind zum einen parlamentslose Zeiten, in denen ein altes Parlament nicht mehr und ein neues Parlament noch nicht handlungsfähig sind, ausgeschlossen. Zum anderen wirkt sich dies aber auch auf den Immunitätsschutz aus; wenn nämlich bis zum Zusammentritt des neuen Parlaments die alte Wahlperiode dauert, dann genießen auch nur die Mitglieder dieses – alten – Parlaments den Immunitätsschutz; ein neu gewählter Abgeordneter ist noch nicht Mitglied des Parlaments und kann daher auch keinen vorwirkenden Schutz für sich in Anspruch nehmen. Dieses Zusammenspiel grundlegender staatsorganisationsrechtlicher Maximen verkennt die AfD, wenn sie von einer willkürlichen Verletzung der Rechte der gewählten Mitglieder des Parlaments sprach. Der von ihr behauptete Schutzstatus bestand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt des Vollzugs des Haftbefehls nicht.

Jenseits dieser grundlegenden Fragestellung, deren Behandlung durch den Landtag keine Fehler erkennen lässt, offenbart aber das weitere Vorgehen der AfD ein höchst befremdliches Staatsverständnis. Abgesehen von der Unkenntnis verfassungsprozessualer Rechtsschutzmöglichkeiten, die sich bei dem Versuch zeigen, im Wege eines Organstreitverfahrens bzw. einer einstweiligen Anordnung mehr als ein Feststellungsurteil zu erreichen, was dem Charakter dieses Verfahrens nicht entspricht, ist es vor allem der Ansatz, den Bayerischen Verfassungsgerichtshof dafür zu instrumentalisieren, in ein rechtsstaatlich durch die Vorschriften der Strafprozessordnung geformtes Verfahren einzugreifen. Schon die Behauptung, hier würde willkürlich in Rechte der Abgeordneten und in die fundamentalen Rechte der parlamentarischen Opposition durch ein Zusammenwirken von (politischer) Staatsanwaltschaft und Gerichten eingegriffen

(vgl. nur die [Pressemitteilung der AfD-Fraktion im Bayerischen Landtag](#)), verkennt vollständig den gewaltenteilenden, prozesshaften Charakter eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, in dem arbeitsteilig die Ermittlungen zwar der Staatsanwaltschaft obliegen, die aber ihrerseits richterlicher Entscheidungen bei besonders eingreifenden Maßnahmen wie beispielsweise dem Erlass eines Haftbefehls bedarf und dies nicht etwa kraft eigener Machtvollkommenheit anordnen kann. Das Bild, das die AfD hier zeichnet, ist ebenso verzerrt und realitätsfremd wie der Versuch sich als Karikatur rechtsstaatlicher Verfahren erweist, die Verfassungsgerichtsbarkeit für die Durchsetzung eines verfahrensfremden Ziels zu gewinnen. Im Ergebnis müsste das zu genau dem Willkürvorwurf führen, den die AfD gegenüber dem Rechtsstaat erhoben hat.

Es begegnet keinen Bedenken, wenn ein Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in Anspruch nimmt; es begegnet aber massiven Bedenken, wenn die AfD das Bild eines Unrechtsstaates zeichnet, in dem die Opposition wehrlos dem Agieren der Regierung ausgesetzt ist, sie aber gleichzeitig von eben dieser Regierung ein Handeln erwartet, dass allen rechtsstaatlichen Maßstäben Hohn spricht. Die bewusste Skandalisierung eines rechtsstaatlich geprägten Vorgangs durch die AfD innerhalb und außerhalb des Bayerischen Landtags zeigt in der völligen Verkennung der rechtlichen Maßstäbe und der bewussten Inszenierung als Opfer einer angeblichen Willkürherrschaft die verfassungsfeindliche Grundeinstellung der AfD.



Jonathan Schramm

# Eindruck von einem Richter

Zur mündlichen Urteilsbegründung des BGH im Fall Maier  
doi: 10.17176/20231104-103614-0



Dem BGH zu Folge reicht es für die Versetzung einer Richter:in in den Ruhestand nach [§ 31 DRiG](#) aus, wenn das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Person der Richter:in oder in ihre Amtsführung in hohem Maße Schaden genommen hat. Fundamentale Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit hängen danach von der öffentlichen Meinung ab. Was im Grundsatz richtig ist, kann ohne Grenzziehungen durch das Grundgesetz missbrauchs-anfällig sein.

## Chronologie und Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde

Am 5. Oktober 2023 hat der BGH als Dienstgericht des Bundes ([§ 61 Absatz 1 DRiG](#)) die Revision nach [§ 79 Absatz 2, Var. 1 DRiG](#) des ehemaligen Bundestagsabgeordneten und Richter des Freistaates Sachsen (Richter im Landesdienst) Maier gegen das [Urteil des Dienstgerichts für Richter bei dem Landgericht Leipzig vom 1. Dezember 2022 – 66 DG 2/22](#) zurückgewiesen ([§ 144 Absatz 2 VwGO](#) i.V.m. [§ 80 Absatz 1 Satz 1 DRiG](#)).

Fachgerichtlich ist damit das vom Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung mit Antrag vom 10. Februar 2022 gemäß [§ 44 Nummer 1 SächsRiG](#) eingeleitete Versetzungsverfahren für Richter im Landesdienst gemäß [§§ 44 Nummer 2, 58 SächsRiG](#) i.V.m. [§ 31 DRiG](#) abgeschlossen. Da weder DRiG noch das SächsRiG eigene Regelungen für Richter:innen im Ruhestand enthalten, gelten für Maier nach [§ 3 SächsRiG](#) nun die Vorschriften für Beamt:innen des Freistaates Sachsen im Ruhestand entsprechend. Bezüglich der ihm zustehenden Versorgung erklärt [§ 1 Absatz 1 SächsBeamtVG](#) die Vorschriften ausdrücklich für anwendbar. Möglich wäre, dass Jens Maier diese letztinstanzliche fachgerichtliche Entscheidung nach Erschöpfung des Rechtsweges ([§ 90 Absatz 3 Satz 1 BVerfGG](#)) vor dem Bundesverfassungsgericht mit einer Verfassungsbeschwerde angreift.

Parallel hat das Sächsische Staatsministerium der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung mit

Klageschrift vom 30. Juli 2023 gemäß [§§ 51 Absatz 1 SächsRiG](#) i.V.m. [§ 53 SächsDG](#) Disziplinaranzeige in derselben Sache nach [§ 44 Nummer 1 SächsRiG](#) zum Dienstgericht für Richter bei dem Landgericht Leipzig erhoben. Auf dem Verfassungsblog wurde bereits Anfang 2022 die Verhinderung der Rückkehr von Abgeordneten in den (Richter-)Dienst mithilfe einer solchen Disziplinaranzeige erörtert ([hier](#) und [hier](#)), an dessen Ende eine Entfernung aus dem Richterverhältnis ([§ 51 Absatz 3 Satz 1 SächsRiG](#) i.V.m. [§ 5 Absatz 1 Nummer 5 SächsDG](#)) und damit der Verlust der Ansprüche auf Versorgung stehen.

## Versetzung zur Abwendung einer schweren Beeinträchtigung der Rechtspflege

Zum Schutz der sachlichen Unabhängigkeit sind Richter:innen persönlich gegen Versetzungen (in den Ruhestand) geschützt, da bereits die Drohung mit derselben Entscheidungen beeinflussen könnte (Damoklesschwert).

Jedoch ging man schon bei Verabschiedung des DRiG 1958 davon aus, dass es Fälle geben könnte, in denen der Grundsatz der Unversetzbarkeit gegenüber dem Interesse der Rechtspflege zurücktreten muss. Als Beispiele nannte die Bundesregierung die Fälle, dass die Tochter des Richters den einzigen Anwalt am Ort heiratet oder sich Familienangehörige des Richters kriminell verhalten. Bei Verantwortung des Richters für das Verhalten käme ein Disziplinarverfahren in Betracht. Aber auch wenn das Ansehen des Richters in der Öffentlichkeit ohne Rechtsverstöß oder sein Verschulden leidet, sollte der [§ 31 DRiG](#) eine Versetzung ermöglichen. Eine solche von ihrem Ansehen abhängige, vom Verschulden aber unabhängige Versetzungsmöglichkeit war für Richter bereits Ende des 19. Jahrhunderts in Preußen, Bayern, Baden und Hessen vorgesehen ([BT-Drs. 3/516](#), S. 42).

## Richterbild und Richterhandeln

Am Anfang der mündlichen **Begründung** im Fall Maier definiert das Gericht die in § 31 DRiG geforderte schwere Beeinträchtigung der Rechtspflege. Diese setze voraus, dass „das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Person des Richters oder in seine Amtsführung in so hohem Maße Schaden genommen hat, dass seine Rechtsprechung nicht mehr glaubwürdig erscheint und durch seinen Verbleib in dem ihm anvertrauten Amt zugleich das öffentliche Vertrauen in eine unabhängige und unvoreingenommene Rechtspflege beseitigt oder gemindert würde.“

Für Richter, die politisch in der Öffentlichkeit tätig werden, sei dies der Fall, „wenn er durch sein Auftreten in der Öffentlichkeit den Eindruck erweckt, er würde aus politischen Gründen sein künftiges dienstliches Verhalten an seiner persönlicher Einschätzung und nicht mehr allein an den Gesichtspunkten der Sachrichtigkeit, Rechtstreue, Gerechtigkeit, Objektivität und dem Allgemeinwohl ausrichten.“ Dabei handele es sich nicht nur um eine Voraussetzung für die Berufung in das Richter-verhältnis, sondern um eine dauernde Voraussetzung für die Ausübung des Richteramtes (!).

Die zitierten Passagen zeigen, dass das Gericht bei der Auslegung des § 31 DRiG und bei der Frage, wann eine schwere Beeinträchtigung der Rechtspflege vorliegt, eine Außenperspektive einnimmt: Es stellt nicht auf das Fehlverhalten selbst ab, welches Gegenstand eines Disziplinarverfahrens oder einer Richteranklage sein kann, sondern auf das Bild des Richters in der Öffentlichkeit. Dieses *subjektive* Beeinträchtigungsverständnis folgt nicht zwingend aus dem Wortlaut der Norm, war aber bislang schon Maßstab der zu § 31 DRiG ergangenen Rechtsprechung und folgt – wie oben gesehen – aus der historischen Gesetzesbegründung.

So kann etwa der Eindruck, freundschaftlichen Umgang mit Personen des Rotlichtmilieus zu pflegen, zur Versetzung einer Richter:in in den Ruhestand führen, ohne dass es auf objektive Rechtsverstöße oder sogar den Nachweis diesen Eindruck stützender Tatsachen ankommt.

Wenn die öffentliche Meinung besteht, kommt es auf den Nachweis oder die Verwertbarkeit der Gründe für dieselbe im Grundsatz nicht an: Was die öffentliche Meinung faktisch prägt, lässt sich durch das Recht nicht verhindern.

Für § 31 DRiG gelten deshalb auch keine Beschrän-

kungen der Verwertbarkeit bestimmter Rechtsverstöße, welche das Disziplinarverfahren z.B. zum Schutz von Abgeordneten kennt. Dem folgend führt der BGH in seinem Urteil zu Maier aus, dass es für § 31 DRiG weder darauf ankomme, welche politischen Treuepflichten sich aus dem Grundstatus des Richteramtes ergeben, noch in welchem Umfang sie während der Mitgliedschaft eines Richters im Deutschen Bundestag fortbestehen.

Ferner müsse das Gericht auch nicht aufklären, ob Maier selbst (rechtlich) Verantwortung für bestimmte Tweets auf seinem offiziellen Account trage, da darauf abzustellen sei, ob und dass *die Öffentlichkeit* ihm die von seinem offiziellen Twitter-Account stammenden und von ihm nicht zurückgenommene Äußerungen zurechne und Schlüsse auf die von seiner politischen Überzeugung geprägten Einstellung bei der künftigen richterlicher Tätigkeit ziehe.

Auch die Frage, ob Maier mit Recht als Rechtsextremist bezeichnet worden ist, dürfte das Dienstgericht zutreffend für unerheblich halten.

## Konkrete Benennung der Gründe für die öffentliche Meinung

Dieser subjektive – und auch durch entsprechende Medienberichte bewusst herbeiführbare – Eindruck muss jedoch einschränkend einer von ungerechtfertigten subjektiven Vorstellungen freien Beurteilung des Gerichts unterworfen werden (vgl. BGH, **Urteil vom 19. Mai 1995 – RiZ (R) 1/95**, Rn. 31).

Im Fall von Maier benennt das Gericht konkret die Gründe für den Eindruck der Öffentlichkeit, dass Maier sein künftiges dienstliches Verhalten nicht mehr allein an den Gesichtspunkten der Sachrichtigkeit, Rechtstreue, Gerechtigkeit, Objektivität und dem Allgemeinwohl ausrichten werde. Dabei geht es einerseits um die exponierte Betätigung im Flügel, der nach dem Sächsischem Landesamt und dem Bundesamt für Verfassungsschutz ein extremistischer Personenzusammenschluss innerhalb der AfD ist. Andererseits führt das Gericht verschiedene öffentliche Redebeiträge von Maier an.

Das Gericht stellt also nicht allein auf einen abstrakten Eindruck ab, sondern sucht nach den konkreten Gründen für die Meinung, welche die Öffentlichkeit von Maier hat. Dadurch wird die Herausbildung dieses Eindrucks objektiv nachvollzogen und auf Vertretbarkeit geprüft. Die Perspektive bleibt aber stets, welche Wirkung diese

Gründe faktisch auf die Öffentlichkeit haben.

## Grundgesetz als Grenze des Maßstabs der öffentlichen Meinung

Wenn wir diese Außenperspektive einnehmen, ist es wichtig im Hinterkopf zu behalten, dass die öffentliche Meinung von Menschen geprägt wird, die ihren Eindruck von einer Richter:in nicht immer nach Maßgabe des Grundgesetzes treffen (werden). Konkret könnte z.B. die Tatsache, dass eine Richter:in in ihrem Auftreten und (körperlichen) Aussehen von dem Bild abweicht, das die Mehrheit der Bevölkerung (in einer bestimmten Region) von einer vertrauenswürdigen Richter:in hat, die öffentliche Meinung von ihr negativ prägen.

Grenze für die öffentliche Meinung als Maßstab des § 31 DRiG muss daher sein, ob die Gründe, die den *Eindruck* von Richter:innen subjektiv hervorrufen, auch geeignet sind, eine Beeinträchtigung der Rechtspflege im Sinne des Grundgesetzes zu begründen. Allein das subjektive Empfinden, das auch von unterbewussten Vorurteilen oder politischer Anschauung geprägt sein kann, darf nicht Maßstab sein.

Sonst ist § 31 DRiG kein Instrument eines wehrhaften Rechtsstaates, sondern wird zum Einfallstor für einen inhaltsoffenen Radikalenerlass 2.0., dessen Inhalt sich an der (regional) gerade vorherrschenden *öffentlichen* Meinung dazu ausrichtet, was Richter:innen tun sollten und was nicht.

Im konkreten Fall sieht der BGH die öffentliche Meinung deshalb nur dann als zulässigen Maßstab an, „wenn der Richter nicht mehr die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten wird“.

Jemandem, der die „Aufarbeitung der NS-Verbrechen als gegen uns gerichtete Propaganda, Umerziehung und Schuld kult“ bezeichnet und hervorhebt, dass die „NPD als einzige Partei bis zum Aufkommen der AfD immer geschlossen zu Deutschland gestanden“ habe, er-

weckt einen Eindruck, der zulässigerweise geeignet ist, der Rechtspflege durch den so hervorgerufenen *Eindruck* in erheblichem Maße Schaden zuzufügen: Der Grund für diesen Eindruck, die fehlende parteipolitische Unabhängigkeit, folgt nämlich aus den Anforderungen des Grundgesetzes an Richter:innen und ist deshalb zulässiger Maßstab im Rahmen des § 31 DRiG.

## Nicht nur der Inhalt zählt

In der mündlichen Begründung des Urteils bestätigt der BGH zwar, dass eine Beeinträchtigung der Rechtspflege i.S.d. § 31 DRiG nicht (nur) in inhaltlich falschen Entscheidungen (dafür gibt es den Instanzenzug oder die Straftat der Rechtsbeugung) oder (schuldhaften) Rechtsverstößen des Richters (dafür gibt es das Disziplinarverfahren oder die Richteranklage), sondern in dem *Image* des Richters liegen kann.

Darin liegt das Eingeständnis, dass es für das Funktionieren eines Rechtssystems auch darauf ankommt, was die öffentlichen Meinung über denjenigen bereithält, der entscheidet, und nicht nur darauf, was entschieden wird. Ob unser Rechtssystem funktioniert, hängt nicht allein von sachlicher Richtigkeit, sondern von Akzeptanz und Vertrauen in die das Rechtssystem repräsentierenden Menschen ab. Das gilt übrigens auch in anderen Konstellationen, wenn es z.B. darum geht, welchen Eindruck es macht, wenn an den oberen Gerichten *eine homogene Richterschaft* unsere vielfältige deutsche Gesellschaft immer weniger abbildet.

Gleichzeitig muss das Grundgesetz den zulässigen Einfluss der öffentlichen Meinung auf den Rechtsstaat bei der Auslegung des § 31 DRiG begrenzen. Die normative Akzeptanz einer Richter:in darf in einem wehrhaften Rechtsstaat nicht allein von der faktischen Akzeptanz durch die (regionale) Öffentlichkeit abhängen. Der Grund für die fehlende Akzeptanz muss hingegen aus den grundgesetzlichen Anforderungen an Richter:innen folgen.

Kathrin Groh

# Systemwechsel im Wehrdienstrecht

Entlassung verfassungsfeindlicher Soldat\*innen durch Verwaltungsakt

doi: 10.17176/20231123-213916-0



Am 17. November 2023 hat der Bundestag ein Gesetz „zur Beschleunigung der Entfernung von verfassungsfeindlichen Soldatinnen und Soldaten aus der Bundeswehr“ beschlossen (BT-Drs. 20/8672). Dieses Gesetz setzt zusammen mit dem gleichgelagerten Gesetzesbeschluss zur Beschleunigung von Disziplinarverfahren in der Bundesverwaltung (BT-Drs. 20/6435 u. BT-Dr. 20/9252) das Koalitionsversprechen der Ampel um, Verfassungsfeinde schneller als bisher aus dem Öffentlichen Dienst und damit auch aus der Bundeswehr zu entlassen, nämlich durch Verwaltungsakt statt durch Disziplinaranzeige. Formal ist dieser Systemwechsel vom Richtervorbehalt zur Dienstherrenentlassung im Soldatenrecht verfassungsrechtlich unbedenklich. Auch der Wortlaut der neuen Normen ist verfassungsrechtlich unauffällig: Der Dienstherr entlässt nur in schwerwiegenden Fällen von Verfassungsfeindlichkeit und auch nur dann, wenn die betreffenden Soldat\*innen für die Bundeswehr untragbar geworden sind. Wie bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen kommt es aber auf deren Auslegung an und dabei zunächst auch darauf, was der Gesetzgeber will und wie der Dienstherr der betreffenden Soldat\*innen mit seinem neuen Instrument folglich umgehen wird. Und hier deutet sich in der Gesetzesbegründung an, dass dem Gesetzgeber Anwendungsfälle dieses neuen Norminstrumentariums vor Augen zu stehen scheinen, bei denen eine beschleunigte Entlassung verfassungsfeindlicher Soldat\*innen durch VA dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot nicht entsprechen wird.

## Das Prozessrisiko tragen nun die Soldat\*innen

Die Neufassung des Soldatengesetzes (SG) trifft vor allem Berufssoldat\*innen (BS) und Soldat\*innen auf Zeit, die bereits mehr als vier Jahre gedient haben (SaZ Ü4). Das Gesetz ergänzt § 46 SG um einen neuen § 46 Abs. 2a SG (neu). Diese neue Norm adressiert zunächst die BS. Ein Berufssoldat ist durch einen VA des Dienstherrn zu entlassen, wenn er als Einzelperson in schwerwiegender Weise verfassungsfeindliche Bestrebungen ver-

folgt oder verfolgt hat, oder in schwerwiegender Weise einen verfassungsfeindlichen Personenzusammenschluss nachdrücklich unterstützt oder unterstützt hat, und sein Verbleiben im Dienstverhältnis die militärische Ordnung oder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr ernstlich gefährden würde. Der Entlassung ist ein zweistufiges, formalisiertes Anhörungsverfahren nach 47a SG (neu) vorgeschaltet. Die Entlassungsverfügung durch den Dienstherrn ist sofort vollziehbar. Wehrbeschwerde und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung nach § 23 Abs. 6 WBO. Nach § 80 Abs. 5 VwGO kann das anzurufende Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung von Beschwerde und Klage gegen die Entlassungsverfügung aber wiederherstellen. Den Berufssoldat\*innen wird bis zur Unanfechtbarkeit der Entlassungsverfügung ein Überbrückungsgeld nach § 86b Abs. 1 SVG (neu) gewährt, das die Hälfte ihrer Dienstbezüge umfasst, aber bis zur Pfändungsfreigrenze des § 850c ZPO zurückzuzahlen ist, wenn die Bestandskraft der Entlassung eintritt.

Über § 55 Abs. 1 SG (neu) findet der Entlassungstatbestand auf alle Soldaten auf Zeit Anwendung. Soldaten auf Zeit, die noch nicht über vier Jahre gedient haben, können – im Sinne von Sollen – darüber hinaus aber auch weiterhin nach § 55 Abs. 5 SG fristlos entlassen werden, wenn sie ihre Verfassungstreuepflicht nach § 8 SG schuldhaft verletzt haben. Die §§ 29 Abs. 1 Nr. 6 und 30 Abs. 1 WPflG (neu) erstrecken den neuen Entlassungstatbestand auf Freiwillig Wehrdienstleistende. Über § 13 Abs. 2 ResG (neu) trifft er auch die Reservist\*innen.

## Der Systemwechsel ist formal verfassungsgemäß

Bislang wurden Soldat\*innen – vor allem BS und SaZ Ü4 – für verfassungsfeindliches Verhalten ausschließlich disziplinarisch belangt. Kam wegen eines besonders gravierenden Verstoßes gegen ihre Verfassungstreuepflicht aus § 8 SG eine schwere statusrelevante Disziplinarmaßnahme wie etwa ein Beförderungsverbot, die Herabsetzung in der Besoldungsgruppe, eine Dienstgradherabsetzung



oder die Entfernung aus dem Dienst nach § 58 WDO in Betracht, musste der Dienstherr eine Disziplinaranzeige in der Truppendienstgerichtsbarkeit einleiten. Eine Entlassung stand oftmals erst am Ende eines mittlerweile i.d.R. vier Jahre dauernden Gerichtsverfahrens. Jetzt soll der Dienstherr in Vorlage gehen und selbst entlassen dürfen. Das Prozessrisiko wird auf die Soldat\*innen verlagert. Die Entlassung eines Verfassungsfeindes durch Verwaltungsakt steht nun am Anfang eines Gerichtsverfahrens. Die Gesetzesänderung betrifft dabei allerdings nur einen einzigen Entlassungstatbestand. Sie zieht nur die Entfernung von schwerwiegend verfassungsfeindlichen Soldat\*innen aus dem Dienst als statusrelevante Maßnahme aus der disziplinarrechtlichen Truppendienstgerichtsbarkeit ab und weist sie den Verwaltungsgerichten in den nachgelagerten Rechtsschutz zu. Der außenwirksame und symbolisch wertvolle Beschleunigungseffekt wird also dadurch erzielt, dass der Dienstherr die Entlassungsentscheidung künftig selbst fällen darf.

Die einer Entlassung sonst vorgeschaltete Disziplinaranzeige sichert bei BS und SaZ Ü4 sowohl das Lebenszeitprinzip als auch das Prinzip der Fürsorge durch den Dienstherrn ab. Obwohl auch diese Soldat\*innen keine Beamten sind, ist ihr Dienstverhältnis beamtenrechtsähnlich ausgestaltet. Soldat\*innen stellen diejenige Berufsgruppe im Staatsdienst, deren Pflicht es ist, im Verteidigungs- oder Kriegsfall für den Staat ihr Leben zu opfern. Deshalb sind beamtenrechtliche Schutzprinzipien auch auf sie anwendbar (BVerfGE 145, 249 Rn. 42 ff.). Allerdings findet das BVerfG selbst im Beamtenrecht keinen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums, nach dem eine Entfernung von Beamten aus dem Dienstverhältnis nur durch einen Richter ausgesprochen werden dürfte (BVerfGE 152, 345 Rn. 33 ff.). Es hält beamtenrechtliche Entlassungsverfügungen durch den Dienstherrn und deren Umsiedelung in den nachgelagerten Verwaltungsrechtsschutz für verfassungsgemäß. Da im Soldatenrecht überhaupt keine hergebrachten Grundsätze gelten, ist auch hier der Systemwechsel vom Richtervorbehalt zur Entlassung von BS und SaZ Ü4 durch Verwaltungsakt formal verfassungsgemäß. Dass diese soldatenrechtlichen Statusgruppen ihre Rechte künftig im nachgelagerten Verwaltungsrechtsschutz verteidigen müssen, ist verfassungsrechtlich unproblematisch: Auch nachgelagerter Rechtsschutz ist effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und der Disziplinaranzeige damit funktional äquivalent. Die von § 46 Abs. 2a SG (neu) gebunde-

nen Entlassungsentscheidungen unterliegen der gerichtlichen Vollkontrolle. Rechtswidrige Entscheidungen des Dienstherrn können also abgewehrt werden, sollte dieser auf die Idee kommen, aus sachwidrigen Gründen oder bei Bagatelverstößen zu entlassen. Und vor allem ist Eilrechtsschutz möglich.

### Das vierstufige Raster des BVerwG entspricht dem Übermaßverbot - die Gesetzesbegründung womöglich nicht

Eine Entlassung aus dem Dienstverhältnis wegen Verfassungsfeindlichkeit ist der denkbar schwerste Eingriff der Disziplinargewalt in das Grundrecht von Soldat\*innen aus Art. 12 GG und in das Lebenszeitprinzip bei BS und SaZ Ü4. Die materiellrechtlichen Maßstäbe für den Inhalt des neuen Entlassungstatbestands ergeben sich auch für diese soldatischen Statusgruppen nach wie vor aus dem [Extremistenbeschluss des BVerfG](#) aus 1975 und der gleichgelagerten Entscheidung des EGMR aus 1996 ([Vogt vs. Deutschland](#)). Eine verfassungskonforme Entlassung wegen eines verfassungsfeindlichen Dienstvergehens setzt deshalb nicht nur einen objektiven und schuldhaften Verstoß gegen die politische Treuepflicht der Soldat\*innen aus § 8 SG voraus, sondern darüber hinaus auch eine gelebte verfassungsfeindliche Gesinnung. Der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG hat innerhalb dieses Rahmens ein sehr ausgeklügeltes, vierstufiges Raster zu möglichen Disziplinarmaßnahmen wegen verfassungsfeindlichen Verhaltens von Soldat\*innen (BS und SaZ Ü4) entwickelt (BVerwG, Urt. v. 18.6.2020 – 2 WD 17.19): (1) Da jeder schuldhaft begangene, objektive Verstoß gegen die politische Treuepflicht aus § 8 SG ein schweres Dienstvergehen darstellt, kommt als disziplinarische Maßnahme grundsätzlich das Höchstmaß, nämlich die Entlassung derjenigen Soldat\*innen als Regelmaßnahme in Betracht, die verfassungsfeindlich gehandelt haben. (2) Diese Höchstmaßnahme darf aber nur dann tatsächlich auch das Mittel der Wahl sein, wenn die verfassungsfeindliche Verhaltensweise – z.B. die Leugnung des Holocaust, ein Hitlergruß, das Posieren vor einer Hakenkreuzfahne, das Liken und Verlinken verfassungsfeindlicher Posts, das Besitzen und Hören rechtsextremer Musik, reichsbürgertypische Verhaltensweisen – auch Ausdruck einer dahinterstehenden verfassungsfeindlichen Gesinnung ist. (3) Für Verhaltensweisen, die zwar den Eindruck einer hohen Identifikation mit verfassungsfeindlichem Gedan-

kengut vermitteln, die aber nicht auf einer verfassungsfeindlichen Einstellung der betreffenden Soldat\*innen fußen, muss eine mildere Disziplinarmaßnahme, i.d.R. die Dienstgradherabsetzung, gezogen werden. (4) Weniger schwerwiegende Verhaltensweisen, die verfassungsfeindlichen Extremismus bagatellisieren, aber von einigem Gewicht sind, werden dagegen i.d.R. mit dem Beförderungsverbot beantwortet, auch wenn sie ohne manifeste verfassungsfeindliche Gesinnung gezeigt wurden.

Dieses disziplinarische Prüfungsschema spiegelt die verfassungsrechtlichen Vorgaben von BVerfG und EGMR wider und entspricht gleichzeitig dem Übermaßverbot. Die schwerwiegenden verfassungsfeindlichen Verhaltensweisen, die § 46 Abs. 2a SG (neu) adressiert und einer Entlassungsverfügung unterwirft, müssen sich also zusammensetzen aus einem objektiven Verstoß gegen die politische Treuepflicht, der nicht nur schuldhaft begangen wurde, sondern zusätzlich auch nachweislich auf eine verfassungsfeindliche Gesinnung schließen lässt. Das BMVg als Dienstherr der betreffenden Soldat\*innen ist also auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite, wenn es sich bei Entlassungsverfügungen an das Raster des BVerwG halten und den breiter gesteckten Rahmen, den ihm die Gesetzesbegründung aufzuspannen scheint, ignorieren wird.

### Die richtige Anwendung der Norm ist entscheidend

Denn der Gesetzgeber scheint hier mehr zu wollen als er verfassungsrechtlich darf. In seiner Gesetzesbegründung schreibt er zwar zunächst, dass nur solche verfassungsfeindlichen Handlungen von dem Entlassungstatbestand erfasst sein sollen, die das Ausmaß eines schweren Dienstvergehens erreichen. Dann aber rudert er zurück und stellt recht kryptisch fest: „Die Verwirk-

lichung des neu geschaffenen Entlassungstatbestandes setzt aber nicht voraus, dass zugleich die Voraussetzungen für das Vorliegen eines schweren Dienstvergehens vorliegen müssen.“ (BT-Drs. 20/8672, S. 22). Mit diesem Schlenker scheint der Gesetzgeber genauso aus dem Raster des BVerwG ausbrechen zu wollen, wie er die Vorgaben des EGMR für eine Entlassung aus dem Öffentlichen Dienst beiseiteschiebt, wenn er als Regelbeispiel für die entlassungswürdige Unterstützung einer verfassungsfeindlichen Gruppierung die rein passive Mitgliedschaft in einer nichtverbotenen Partei oder Vereinigung nennt und damit wohl auch ausreichen lassen will (BT-Drs. 20/8672, S. 23).

Richtig angewandt ist die Neuregelung aber verfassungskonform. Sie stellt weder alle Soldat\*innen unter den Generalverdacht der Verfassungsfeindlichkeit, noch öffnet sie einem dienstherrlichen Missbrauch Tür und Tor. Vielmehr ermahnt sie das BMVg vor einer drakonischen Entlassungsverfügung auch zu prüfen, ob nicht mildere disziplinarische Maßnahmen wie eine Dienstgradherabsetzung oder ein Beförderungsverbot in Betracht kommen. Das ruft § 46 Abs. 2a Nr. 2 SG (neu) dem Dienstherrn noch einmal ausdrücklich in Erinnerung. Hiernach ist die Entlassung einer Soldatin/eines Soldaten, die oder der schwerwiegend verfassungsfeindlich gehandelt hat, nämlich von der zusätzlichen Bedingung abhängig, dass ihr/sein Verbleiben im Dienst unzumutbar ist, weil es eine ernstliche Gefährdung der Bundeswehr bedeuten würde. Läuft trotzdem etwas schief auf Seiten des Dienstherrn, besteht die Möglichkeit eines dreinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen eine rechts- bzw. verfassungswidrige Entlassungsverfügung. Diesen Weg müssen die betroffenen Soldat\*innen allerdings tatsächlich eigeninitiativ beschreiten, um ins Dienstverhältnis zurück zu kommen.

Julien Berger

# Vertrauen ist gut, verfassungsrechtliche Kodifizierung ist besser

Zur Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Absicherung des Bundesverfassungsgerichts

doi: 10.17176/20231204-143147-0



In seinem Artikel „[In schlechter Verfassung](#)“ in der ZEIT vom 16. November 2023 äußert der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Andreas Voßkuhle seine Skepsis gegenüber Vorschlägen, die im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) geregelte Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) im Grundgesetz (GG) zu verankern. Für Voßkuhle erscheint die Situation in Deutschland im Vergleich zu Ländern wie Ungarn, Polen, den USA oder Israel, in denen Verfassungsgerichte attackiert und entmachtet werden, „noch einigermaßen gefestigt“. Doch dieser Anschein könnte sich schneller als gedacht als trügerisch erweisen. Die fehlende verfassungstextliche Konkretisierung von Struktur, Arbeitsweise und Zusammensetzung des höchsten deutschen Gerichts bietet auch hierzulande ein Einfallstor für politische Angriffe und Kaperungssuche.

Die Idee einer verfassungsrechtlichen Kodifizierung dieser Aspekte ist nicht neu. Nachdem die Weimarer Konzeption des Reichspräsidenten als Hüter der Verfassung durch Hindenburgs Ernennung Hitlers zum Reichskanzler *ad absurdum* geführt worden war, sollte der Schutz der neuen bundesrepublikanischen Verfassungsordnung der Exekutive und dem einfachen Gesetzgeber entzogen und einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit übertragen werden. Der Herrenchiemseer Verfassungskonvent hatte 1948 noch vorgeschlagen, wesentliche Grundzüge der Organisation und des Verfahrens des BVerfG im Grundgesetz selbst zu regeln. Doch schließlich überließ der parlamentarische Rat diese zentralen Fragen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung. Weder der Status des Gerichts als Verfassungsorgan noch sein Aufbau mit zwei gleichberechtigten Zwillingsssenaten, die jeweils eigenständig als das BVerfG judizieren, noch die erforderliche Qualifikation der Richterinnen und Richter wurden im Grundgesetz geregelt.

## Das Bundesverfassungsgericht ließe sich schnell kapern

Seit 1951 wacht das BVerfG als „[Hüter](#)“ des Grundgesetzes über die Einhaltung der Verfassung durch die öffentliche Gewalt. Ihm kommt damit eine herausgehobene Stellung im deutschen Verfassungsgefüge zu. Das hat das Gericht erst am 15. November 2023 mit seinem [Urteil zum Zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2021](#) erneut unter Beweis gestellt. Doch diese herausgehobene Stellung spiegelt sich im Grundgesetz nicht wirklich wider. Während Art. 93 GG die Zuständigkeiten des BVerfG auflistet, werden Aufbau und Arbeitsweise nicht weiter konkretisiert. Art. 94 Abs. 1 GG sieht lediglich Folgendes vor:

Das Bundesverfassungsgericht besteht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern. Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt. Sie dürfen weder dem Bundestage, dem Bundesrate, der Bundesregierung noch entsprechenden Organen eines Landes angehören.

Bzgl. Struktur, Verfassung und Arbeitsweise des Gerichts verweist Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG auf das einfache Recht, namentlich das BVerfGG. Das gilt selbst für die grundlegende Bedeutung der Entscheidungen des BVerfG. Dass diese die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) und in einigen Fällen Gesetzeskraft entfalten (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) folgt nicht aus dem Grundgesetz selbst, sondern aus der einfachgesetzlichen Anordnung des BVerfGG. Zur Wahl der Richterinnen und Richter, gibt Art. 94 GG lediglich vor, dass die nicht näher bestimmte Anzahl an Verfassungsrichtern und -richtern je hälftig von Bundestag und Bundesrat gewählt

werden und unter den so gewählten auch Bundesrichter sein müssen. Zum für die Wahl erforderlichen Quorum schweigt das GG. Zur Anzahl von Senaten, der Amtszeit der Richterinnen und Richter, zu den Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes – insbesondere den juristischen Qualifikationen – und der Arbeitsweise des Gerichts macht das Grundgesetz keine Vorgaben. Der Verfassungstext setzt der Fantasie des einfachen Gesetzgebers damit kaum Grenzen bezüglich der möglichen Gestaltung des Gerichts und das, ohne dass für etwaige Änderungen die Zustimmung des Bundesrates iSd Art. 77 Abs. 2a GG erforderlich wäre.

Das BVerfG als elementare Stütze der deutschen Verfassungsordnung könnte damit schon durch eine einfache Parlamentsmehrheit im Bundestag handstreichartig entmachtet oder politisch gekapert werden (siehe dazu auch bereits [hier](#)). So könnte die absolute Mehrheit im Bundestag zunächst das Wahlverfahren für die Mitglieder des BVerfG auf eine einfache Mehrheit absenken und in einem zweiten Schritt die Amtszeitbegrenzung aufheben und wie für die Richterinnen und Richter des US Supreme Courts eine lebenslange Amtsdauer festsetzen. Anschließend könnten durch eine einfachgesetzliche Änderung des BVerfGG zwei neue Senate mit je acht Richterinnen und Richtern geschaffen werden. Vorstellbar scheint dabei sogar, im BVerfGG – unter Bezugnahme auf den offenen Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 GG – festzulegen, dass jeder dieser Senate vollständig von einer der beiden Legislativkammern zu wählen ist. Das würde zumindest nicht in Widerspruch zum Verfassungs-Wortlaut der je hälftigen Wahl durch Bundestag und Bundesrat stehen. In einem derartigen Szenario könnte also die Bundestagsmehrheit die vollständige Zusammensetzung eines der neu geschaffenen Senate bestimmen und durch die Wahl auf Lebenszeit für lange Zeit unveränderbar gestalten. Durch eine einfachgesetzliche Zuschreibung der Zuständigkeitsbereiche könnte diesem Senat zudem etwa die Zuständigkeit für alle staatsorganisationsrechtlichen Fragen zufallen, insbesondere zu der Kompetenzverteilung zwischen den Staatsgewalten und der europäischen Integration. Ein derart besetzter und zuständiger Senat könnte – politisch motiviert – die Gewaltenteilung in Deutschland schrittweise unterwandern. Auch die deutsche Besonderheit von zwei eigenständig als das Bundesverfassungsgericht auftretenden Senaten könnte

jederzeit abgeändert werden, und beispielsweise wie am US Supreme Court die obligatorische Plenarmehrheit (innerhalb eines einzigen Senates) eingeführt werden. Nach dem Wortlaut des Grundgesetzes wäre ein BVerfG mit vier Richterinnen und Richtern, von denen zwei keine Befähigung zum Richteramt haben, ebenso verfassungskonform wie beispielsweise ein Verfassungsgericht, das aus acht eigenständigen Senaten mit je 15 Richterinnen und Richtern besteht.

Auch die bisherige gefestigte Rechtsprechung des BVerfG könnte eine „gekaperte“ Richterschaft ohne größere Schwierigkeiten völlig verändern. Denn seine Entscheidungen stellen zwar eine autoritative Verfassungsauslegung dar, binden aber nicht das BVerfG selbst (siehe beispielhaft [hier](#) und [hier](#)).

Dass dem BVerfG bislang dennoch eine derartige institutionelle Stabilität beschieden war, ist wohl allein der vorherrschenden politischen Kultur in Deutschland und dem bislang bestehenden überparteilichen Konsens über die Notwendigkeit unparteiischer und professioneller Gerichtsbarkeit für einen funktionierenden demokratischen Rechtsstaat zu verdanken. Darauf sollte man sich aber mit Blick auf die Stabilität und Funktionsfähigkeit eines wichtigen Verfassungsorgans nicht verlassen müssen. Zur wirksamen Verhinderung verfassungskonformer Angriffe auf das BVerfG durch demokratiefeindliche Kräfte ist daher eine verfassungsrechtliche Kodifizierung seiner Struktur, Arbeitsweise und Zusammensetzung notwendig.

## Wie das Bundesverfassungsgericht besser geschützt wäre

Verfassungsrechtlich geregelte Fragen sind dem Spielball der Tagespolitik entzogen, einfache Legislativmehrheiten können sie also nicht aufheben oder verändern. Mit Luhmann ist die Verfassung in einem formalen Verständnis somit „die Negation der uneingeschränkten Abänderbarkeit des Rechts“.<sup>1</sup> Eine solche Einschränkung der Abänderbarkeit des Rechts durch seine verfassungsrechtliche Kodifizierung kann die Dynamik einer Rechtsordnung hemmen, die grundsätzlich zur Anpassung an neue gesellschaftliche Entwicklungen erforderlich ist.

Das scheint auch den ehemaligen Bundesverfassungsgerichtspräsidenten zu beschäftigen, wenn er in der ZEIT erklärt, dass er zwar die Verankerung der Richterwahl

<sup>1</sup>Luhmann, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems (2. Teil), Der Staat 12 (1973), S. 165.



und die Begrenzung ihrer Amtszeit im GG begrüßen würde, dass hingegen die Überführung von weiteren Regelungen aus dem BVerfG in die Verfassung den Handlungsspielraum des Gesetzgebers zu stark einengen würde. Dem ist entgegenzuhalten: Die mögliche Gefährdung des BVerfG ohne verfassungsrechtliche Verankerung auch seiner Struktur und Funktionsweise ist – nicht nur mit Blick auf die von Voßkuhle beschriebenen Entwicklungen im Ausland – so groß, dass eine Beschränkung des einfachgesetzlichen Gesetzgebers dafür in Kauf zu nehmen ist. Die Offenheit und Anpassungsfähigkeit der Verfassung, wie sie in Art. 94 Abs. 2 GG auch für das BVerfG vorgesehen ist, scheint bzgl. der Verfahrens- und Organisationsfragen des Gerichts gerade nicht notwendig. Die Erfahrung der letzten Jahrzehnte und insbesondere die Beständigkeit der Institution zeigen, dass es bzgl. der Struktur, Arbeitsweise und Zusammensetzung des BVerfG keiner besonderen Adaptabilität und Flexibilität bedarf, der durch eine einfachgesetzliche statt einer verfassungsrechtlichen Regelung besser Rechnung getragen werden könnte.

Um die Gefahren für das BVerfG abzuschwächen, sollte der Verfassungsgesetzgeber auch die seit Jahrzehnten etablierte Struktur des Gerichts mit zwei Senaten mit je acht Mitgliedern und die Rechtswirkung seiner Entscheidungen im Grundgesetz verankern. Dazu wäre der Inhalt der [§ 2 Abs. 1 und 2](#), [§ 3 Abs. 2](#), [§ 4 Abs. 1, 2 und 4](#), [§ 7](#) sowie [§ 31 BVerfGG](#) in das Grundgesetz zu überführen. Diesen im BVerfGG kodifizierten gesellschaftlichen Konsens

bzgl. des Verfassungsgerichts festzuhalten, erscheint in Anbetracht der Rechtsstaatlichkeitskrisen im inner- und außereuropäischen Ausland sinnvoll, ja notwendig. Eine solche verfassungsrechtliche Verankerung dürfte politisch auch (noch) mehrheitsfähig sein. Denn Struktur, Wahlverfahren und Arbeitsweise des BVerfG sind dermaßen etabliert und Teil des allgemeinen Verfassungsverständnisses geworden, dass sie von vielen Bürgern bereits heute fälschlicherweise als Verfassungsrecht wahrgenommen werden dürften, also als staatsorganisationsrechtliche Regelungen, die nur unter den erschwerten Bedingungen einer doppelten Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat verändert werden können. Diese Wahrnehmung dürfte eine verfassungsrechtliche Kodifizierung deutlich erleichtern.

Der Zeitpunkt für eine derartige Verfassungsänderung ist günstig. Das BVerfG ist in seiner Struktur und Arbeitsweise derzeit nicht akut bedroht. Wie Voßkuhle in der ZEIT schreibt, „scheint die Situation [...] noch einigermaßen gefestigt“. Solange dies der Fall ist, sollten Bundestag und Bundesrat das BVerfG verfassungsrechtlich sichern. Das Gericht, das in den letzten 70 Jahren die deutsche Verfassungsrealität so entscheidend geprägt hat und in das laut Voßkuhle „derzeit 71 Prozent der wahlberechtigten Menschen großes oder sehr großes Vertrauen“ haben, könnte so besser vor rechtsstaatsfeindlichen Zugriffen geschützt werden und damit auch in Zukunft als unangefochtener Hüter des Grundgesetzes agieren.

Julia Leser

# Mikropolitik des Rechtsrucks

doi: 10.17176/20231116-113414-0



„Wir müssen endlich im großen Stil abschieben“. Diese Aussage, wirkmächtig platziert auf dem [Spiegel-Cover vom 21. Oktober 2023](#), stammt nicht von einem oder einer derjenigen Politiker:innen, von denen es unmittelbar zu erwarten gewesen wäre. Obwohl Forderungen nach Abschiebungen im „großen Stil“ eigentlich eine klare politische Heimat am rechten Rand haben, stammt sie von einem Sozialdemokraten, Olaf Scholz. Für viele Beobachter:innen aus den Rechts- und Sozialwissenschaften kommt dieses Spiegel-Cover dennoch nicht überraschend, sondern fügt sich nahtlos ein in die Chronologie des Rechtsrucks der deutschen Politik und Gesellschaft. Studien aus der politischen Anthropologie und Ethnografie zeigen, dass sich der sogenannte Rechtsruck keineswegs ruckhaft oder plötzlich ereignet, sondern das Resultat kontinuierlicher und beharrlicher Bemühungen identifizierbarer politischer Akteure ist – kurz: sie gewähren hilfreiche Einsichten in die Mikrodynamiken des Rechtsrucks.

## AfD wählen wegen, nicht trotz

Der Anti-Migrationskurs der von Scholz getragenen Ampel-Politik (inklusive der Forderung nach Abschiebungen in größerer Quantität und Effektivität) zielt, die Vermutung liegt nahe, auf die Rückgewinnung von Wähler:innenstimmen. Seit Monaten dokumentieren Umfragen den kontinuierlichen Zuwachs für die Alternative für Deutschland (AfD). Zurzeit liegt die Prognose laut [infra-test dimap](#) bei 22 Prozent für die AfD bei der nächsten Bundestagswahl. Bei den vergangenen Landtagswahlen in Bayern und Hessen am 8. Oktober 2023 wurde die AfD jeweils stärkste Oppositionspartei. Im Juni 2023 hat die AfD in der ostthüringischen Stadt Sonneberg zum ersten Mal den Einzug in ein Landratsamt geschafft. Angesichts dieser Erfolge ist die Rückgewinnung abtrünniger Wähler:innen ein verständliches Anliegen aus Perspektive der Ampel-Parteien, nur wird das nicht gelingen, indem man die Forderungen der AfD übernimmt und in Gesetzesvorhaben übersetzt.

Aber wie dann? Warum wählen so viele Menschen überhaupt die AfD und warum werden es immer mehr? Warum wählen Menschen die AfD *trotz* ihrer offenkundigen menschenfeindlichen, rassistischen und – in Teilen – [gesichert rechtsextremen](#) Politik? Warum wählen sie eine rechtsextreme Partei *trotz* der deutschen Vergangenheit, *trotz* des deutschen Selbstverständnisses um ein „Nie wieder“? Die semantische Logik dieser Frage ist übertrag- und ausweitbar, zum Beispiel: Warum wird Aiwanger gewählt *trotz* seiner antisemitischen Flugblattaffäre? Oder über Deutschland hinaus: Warum wird Trump gewählt *trotz* seines unverhohlenen Rassismus und seiner Misogynie, die beispielsweise in der Affäre um das Access Hollywood Tape so deutlich zum Ausdruck kam?

Die Unterstützung für rechtspopulistische Parteien ist hoch, nicht nur in Deutschland. Und bei genauerer Betrachtung der Dynamiken dieser zunehmenden Unterstützung wird deutlich, dass rechtspopulistische Parteien nicht *trotz*, sondern *wegen* dieser Inhalte und Rhetorik gewählt werden. Die augenscheinlichen Widersprüche haben eigene, kuriose Dynamiken, die in ethnografischer ‚close-up‘-Perspektive deutlich werden.

## Rechte Komfortzonen

Ethnografische Forschung zur Normalisierung rechter und rassistischer Politik in Deutschland verkompliziert die Antworten auf die Fragen, wer die AfD wählt und aus welchen Gründen, ob beispielsweise aus „Protest“ oder aus „Überzeugung“. Im Gegensatz zu quantitativen Befragungen und Vermessungen der Wähler:innenschaft und ihren Zustimmungswerten nach sozialen Herkunft, regionalen Verteilungen und Milieu-Verortungen zeigen die ethnografischen Studien vor allem eins: Es gibt keine monokausale Erklärung für die zunehmenden AfD-Wahlerfolge. Die ethnografischen Arbeiten über die AfD von beispielsweise [Patrick Wielowiejski](#), [Bhakti Deodhar](#) und [Florian Spissinger](#) geben tiefe Einblicke in die lokalen Dynamiken der Mobilisierung und Bindung von Wähler:innen. Sie fragen: Wie ist die Partei in lokalen Ge-

meinschaften verankert und wie wird diese Verankerung hergestellt und stabilisiert? Wie beeinflussen regionale Bedingungen und lokalpolitische Umgangsweisen den Erfolg oder den Misserfolg von rechter Mobilisierung? Wie schaffen AfD-Politiker:innen Räume für Rassismus bzw. wie dehnen sie diese Räume aus? Was diese Studien fördern, ist ein Verständnis der allgegenwärtigen Normalisierung der Rechten, vor allem im Zusammenhang mit alltäglichen und latenten Formen von Rassismus, mit politischen Subjektivität(en) und unter besonderer Beachtung von lokalen, kontextspezifischen und mikropolitischen Dynamiken.

In einem [Forschungsprojekt](#), in dem meine Kolleg:innen und ich uns mit dem Erstarken nationalistischer Einstellungen und Narrative seit der sogenannten „[Flüchtlingskrise](#)“ beschäftigt haben, haben wir auch die AfD und ihre Wahlkampfaktivitäten in den Jahren 2018 und 2019, also vor den Landtagswahlen in Brandenburg, Sachsen und Thüringen, genauer beobachtet. Wir besuchten zahlreiche öffentliche Veranstaltungen der AfD, die die Partei vor allem im ländlichen Raum organisierte: Veranstaltungen, die „Bürgerabende“ oder „Bürgerstammtische“ heißen, vorwiegend in den frühen Abendstunden in gemütlich eingerichteten Gaststätten stattfinden und bei denen Gäste die Möglichkeit haben, bei einem Bier mit den lokalen AfD-Vertreter:innen ins Gespräch zu kommen. Meistens geht es in diesen Diskussionsräumen um ein gemeinsames Lamentieren über „desaströse“ Zustände in Deutschland, die vor allem mit Migration in Verbindung gesetzt werden. An beinahe jedem dieser Abende konnten wir zudem beobachten, wie Gäste sich beschwerten, dass man ja „nicht rechts“ oder „kein Nazi“ sei, nur weil man die AfD wähle, ihre Veranstaltungen besuche, oder sich „kritisch“ über „Ausländer“ äußere. Interessant war dabei stets, wie die AfD-Politiker:innen mit solchen Aussagen umgingen, nämlich mit voller Unterstützung. „Niemand hier ist rechts“, würden sie zum Beispiel sagen, oder „Wir werden stigmatisiert“ durch wahlweise „linksradikele Meinungsdictatur“ oder „grüne Verbotspolitik“. Jede:r, der an einem AfD-Bürgerabend teilnimmt, kann sich so rassistisch äußern wie er möchte – alles ist sagbar in diesen rechten Komfortzonen, die die AfD einrichtet. Keine Aussage wird sozial sanktioniert oder kritisch reflektiert, nein, alles ist erlaubt. Selbst die Aussage, dass Deutschland noch heute „von den Alliierten besetzt sei“ und keine legitime, souveräne Verfassung habe, wurde bei einer von mir beob-

achteten Veranstaltungen von den AfD-Vertretern wohlwollend abgenickt und kritiklos zur Kenntnis genommen.

Die AfD schafft mit diesen abendlichen Veranstaltungen Räume, in denen es normal ist, sich rassistisch und menschenverachtend zu äußern. Sie arbeitet aktiv daran, den Ausdruck rassistischer Einstellungen zu destigmatisieren und so komfortabel wie möglich zu machen, und zwar mit Beharrlichkeit, mit Durchhaltevermögen, seit Jahren. Sie schaffen rassistische Wohlfühl-Räume: Räume des gemeinsamen Wohlbefindens, des Vergnügens, des Ausgelassen-Seins. Alltagsweltlich erfahrbar wird in diesen Räumen gerade nicht die Mobilisierung von rassistischem Hass oder der Angst vor „dem Anderen“, sondern eher eine einladende und gemütliche Atmosphäre. Sie verschieben damit kontinuierlich, was sagbar ist. Sie normalisieren Rassismus. Und rechte Komfortzonen schafft die AfD nicht nur mit abendlichen Veranstaltungen in ländlichen Räumen Ostdeutschlands, sondern auch auf der Straße, mit [Protesten](#), in [digitalen Räumen](#) und in den [Parlamenten](#).

## Beharrlichkeiten und neue Räume

Es braucht aktive und kontinuierliche Arbeit dafür, dass es normaler wird, sich in öffentlichen Räumen rassistisch zu äußern und dass selbst zunehmende offene Diskriminierung und Gewalt als normal angenommen werden. Diese Arbeit leistet unter anderem die AfD. Populismus bedeutet vor allem auch eine Popularisierung von Rassismus – parteigetrieben und gesamtgesellschaftlich wirksam, wie es an vielen Stellen, nicht nur auf dem Spiegel-Cover, momentan deutlich wird. Die Behauptung, Menschen wählen die AfD aus „Protest“ gleicht einer Bagatellisierung. Aber was bedeutet es, die AfD aus „Überzeugung“ zu wählen? Dass jede:r dieser Wähler:innen überzeugt rassistisch ist oder dass latente rassistische Einstellungen mittels AfD-Rhetorik abgerufen werden können?

Es ist unbehaglich, anzuerkennen, dass rassistische Einstellungen und Stereotypisierungen weit verbreitet sind – viel weiter als lediglich die 22 Prozent, die bei der nächsten Bundestagswahl die AfD wählen würden. Es gibt zahlreiche Formen und Gestalten von Rassismen, die unterschwellig wirken, versteckt sind, subtil rationalisiert werden und oft auch unterbewusst auftreten. Rassismus ist eine deutsche Realität, unter der Millionen Menschen leiden. Rassismus hat in Deutschland eine Geschichte, hat Genealogien und Kontinuitäten, und ist gesellschaftlich fest verankert. Rechtsruck bedeutet, aus mikropoli-

tischer Perspektive, eine kontinuierliche Popularisierung und Normalisierung dieser rassistischen Realitäten. Der fortschreitende Rechtsruck ist weder ein Automatismus noch eine selbstverständliche, folgerichtige Reaktion auf soziale und politische Herausforderungen. Im Gegenteil, der Rechtsruck ist das Ergebnis von kontinuierlichen Bemühungen identifizierbarer Akteure, umfasst die Schaffung und Bereitstellung von Möglichkeitsräumen sowie die beharrliche Konditionierung von Akzeptanz von eigentlich Unakzeptierbarem. Das zeigen mikropolitische und ethnografische Untersuchungen besonders deutlich.

Wenn also rechte Politiker:innen aktiv, überzeugt und kontinuierlich daran arbeiten, dass es zunehmend normaler wird, sich in öffentlichen Räumen rassistisch zu äußern, dann braucht es ebenso aktive, überzeugte und kontinuierliche Arbeit dafür, dass dieses Denken denormalisiert wird. Wir brauchen eine breite gesellschaftliche Diskussion über Rassismus in Deutschland, gut zugängliche politische Bildungsangebote für alle Bürger:innen und wir brauchen **starke Gegenstimmen zu den sich zunehmend verschärfenden Anti-Migrations-Diskursen**.

Aus den ethnografischen Studien im „Kleinen“, das

heißt in konkreten lokalen Zusammenhängen, ist auch abzuleiten, wie diese Arbeit aussehen kann, welche Strategien funktionieren und welche nicht – auch auf „großen“ politischen Bühnen. Es müssen Räume geschaffen werden: Räume zum Diskutieren, zum Denken und Räume zum Erfahren von demokratischer (Selbst-)Wirksamkeit. Das kostet Energie und Geld. Mit ihrer Kürzungspolitik im Bereich der politischen Bildung macht die Regierung gerade das Gegenteil. Insbesondere das öffentliche Einstimmen von Olaf Scholz und der Ampel in die Forderungen nach Abschiebungen „im großen Stil“ ist (leider) das beste Beispiel dafür, wie die Arbeit gegen die Normalisierung von rechter Politik *nicht* funktioniert. Die Parteien scheinen schlecht beraten zu sein, denn es ist breiter sozialwissenschaftlicher Konsens, dass die Übernahme von Themen, die rechte Parteien wie die AfD setzen, die Wähler:innen nicht zurückholt.<sup>1</sup> Im Gegenteil, diese Strategie stärkt die AfD, denn sie kann nun behaupten: *Wir haben Abschiebungen seit Jahren gefordert – wir hatten also die ganze Zeit schon recht*. Scholz spielt der AfD in die Hände.

<sup>1</sup>Zum Beispiel: Lewandowsky, Marcel (2022). Auswirkungen und Gegenstrategien. In: Populismus. Elemente der Politik. Springer VS, Wiesbaden. [https://doi.org/10.1007/978-3-658-36466-3\\_7](https://doi.org/10.1007/978-3-658-36466-3_7); Biskamp, F. (2019). Six theories and six strategies concerning right-wing populism. Bevelander, Pieter/Wodak, Ruth (Hg.): Europe at the Crossroads. Confronting Populist, Nationalist, and Global Challenges. Lund, 93-112.

Armin Steinbach

# Verlockung der Macht

doi: 10.17176/20231110-203701-0



Ein Ministerium mit den „eigenen Leuten“ zu besetzen, ist eine Verlockung für jede Regierungspartei. Am Beispiel Thüringen lässt sich derzeit das breite Arsenal der sauberen und der unsauberen Praktiken nachvollziehen, die Beamtenapparate mit dem parteieigenen Öl gefügig zu machen. Einstellungen ohne Ausschreibungen, schlampige Dokumentierung, Missachtung der Bestenauslese oder willkürliche Eingruppierungen in Gehaltsstufen – der [Landesrechnungshof](#) lässt kein gutes Haar an der Thüringer Regierung. Bekannt ist der erhobene Zeigefinger des [Bundesrechnungshofes](#), etwa wenn sich die Bundesministerien über den Durst Stellen genehmigen. Aber die Thüringer Akribie in der Aufarbeitung der Einstellungspraxis ist außergewöhnlich. Sie war die Steilvorlage für die Einberufung eines [Parlamentarischen Untersuchungsausschusses](#), der mögliches Fehlverhalten der Regierung unter die Lupe nimmt.

Dabei ist Thüringen kein Einzelfall. Vieles von dem dort Bemängelten dürfte der offenen oder versteckten Praxis vieler Bundes- und Landesministerien entsprechen. Rechtlich variiert der Spielraum: Während das beamtenrechtliche Korsett um die politischen Beamten an den Spitzen der Ministerien locker sitzt, ist das Einschleusen von (partei-)politisch rekrutiertem Personal in den ministerialen Beamtenapparat auf unteren Ebenen viel bedenklicher, spielt er sich doch unter dem Radar des medialen Interesses ab.

## Der politische Beamte: ein Zwitterwesen

Große Aufmerksamkeit wird in der Regel den sogenannten ‚politischen Beamten‘ zuteil – Staatssekretäre (und auf Bundesebene auch Abteilungsleiter und Behördenleiter), die vom Minister ohne Ausschreibung eingestellt werden können, aber auch Weiteres entlassen werden können. Sie gehen durch die Medien, etwa wenn ein Minister das [Vertrauen](#) in seinen Beamten verliert und in den Ruhestand versetzt oder wenn ein Minister seinen [Trauzeugen](#) zum Abteilungsleiter macht. Muss der politische Beamte wie die übrigen Beamten streng im Wege der Be-

stenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG rekrutiert werden, wie es der Thüringer Rechnungshof fordert? Ja – aber nicht ‚Bester‘ am Maßstab der Fachbeamten, wie es dem Rechnungshof vorschwebt. Tatsächlich weicht der politische Beamte gleich in mehrfacher Hinsicht vom verfassungsrechtlichen Standard für die Beamten ab. Das Lebenszeitprinzip gilt bei ihm nur eingeschränkt (er kann jederzeit entlassen werden) und Unabhängigkeit und Neutralität sind nicht institutionell abgesichert (häufig sind sie Parteigänger). An den politischen Beamten den sachrationalen Maßstab des Fachbeamtentums anzulegen, hieße jedoch, seine Funktion an der Schnittstelle zwischen Politik und Ministerialbürokratie verkennen.

Der Staatssekretär bekleidet ein ‚Transformationsamt‘, er unterstützt den Minister darin, politische Impulse in den Apparat der Ministerialbürokratie zu überführen. Als Scharnier verbindet er zwei unterschiedliche Funktionslogiken im Ministerialapparat: Die politische Führung strebt nach reibungsloser und rascher Umsetzung ihrer (partei-)politischen Impulse, es geht ihr um Dynamik und politische Handlungserfolge. Oft nimmt die Fachebene die Impulse auf oder antizipiert sie, unterbreitet der politischen Hausleitung eigene Handlungsoptionen. Sie prüft kritisch, zerlegt die Impulse in einer sachrationalen Logik der praktischen Implementierung, der rechtlichen Machbarkeit oder finanzieller Umsetzung. Trifft die bürokratische Sachratio auf den politischen Impuls kann die Ministerialbürokratie zum Klotz am Bein eines Himmelstürmers an der Ministeriumsspitze werden. Der Minister allein wäre der Übermacht seiner Fachleute unterlegen.

Um seine Verantwortung gegenüber dem Parlament wahrnehmen zu können, muss der Minister sein politisches Programm umsetzen können – der Staatssekretär wirkt als Scharnier in beide Richtungen: Er transportiert den politischen Impuls und er koppelt die Fachebene an den Minister zurück. Der politische Beamte ist eine verfassungsrechtlich gewollte Verschränkung von Legislative und Exekutive, ein Dualismus der Exekutive, der demokratischem Impuls und rechtsstaatlicher Bürokratie in



besonderer Weise verinnerlicht. Der Minister ist vertrauenslegitimiert, nicht leistungslegitimiert wie sein Ministerialapparat. Der Staatssekretär leitet seine Funktion zumindest auch aus der seines Ministers ab. Das Verfassungsgericht hat das Institut des politischen Beamten akzeptiert. Es erkennt, dass „**die politische Überzeugung notwendig eine entscheidende Rolle spielen**“ muss und dass es Aufgaben im Umfeld eines Ministers gibt, die Vertrauen und „**Übereinstimmung mit den politischen Ansichten der Regierung**“ erfordern.

Und doch: Er bleibt auch Beamter, also können Leistungsprinzip und Neutralität nicht gänzlich über Bord geworfen werden. Das bedeutet aber, dass an die fachliche Qualifikation keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen, die der Thüringer Rechnungshof gern sähe. Die Leistungsfähigkeit auf der politischen Position hat gerade etwas mit politischem, nicht fachlichem Geschick zu tun; damit, wie versiert ein Staatssekretär im Gefecht mit politischen Gegnern oder im Schmieden von Allianzen ist. Der ‚Beste‘ kann er eben auch dann sein, wenn der Minister ihm dieses Geschick zutraut. Vertrauen, Zutrauen und Loyalität – sie sind die Währung eines Staatssekretärs; weniger fachliche Kompetenz und Ausbildung. Der Ministeriale muss sich damit abfinden, dass er gelegentlich begriffsstutzige Vorgesetzte hat – sein Vertrauen in das politische Geschick des Vorgesetzten hilft ihm darüber hinweg. Die grundgesetzliche ‚Besten‘-Auslese der Beamten ist somit eine, die ihren Maßstab an den Dualismus der Exekutive anpasst.

Konkret bedeutet das, dass die politische Vertrauensfunktion auch bei den formalen Einstellungs Voraussetzungen des Staatssekretärs nicht unbeachtet bleiben darf. Eben weil sie responsiv sein müssen für das Institut des politischen Beamten, können die Voraussetzungen der Laufbahnverordnung im Lichte dieser Funktion angewendet werden. Die Laufbahnverordnung – sie normiert u.a. die vorherigen beruflichen und persönlichen Voraussetzungen (zentral ist hier § 26 ThürLaufbG). Das politische Vertrauen ist im ThürLaufbG als Kategorie nicht abgebildet. Politisches Vertrauen, wie es das Verfassungsgericht anerkennt, muss die Abwesenheit von vertrauensungebundenen Befähigungskriterien aber zumindest teilweise substituieren können. Dafür hält die ThürLaufbG auch den nötigen Spielraum bereit („Lebens- und Berufserfahrung“).

Aufgrund der Verbeamtung der politischen Beamten bleibt das vom Thüringer Rechnungshof angepran-

gerete Spannungsverhältnis unvermeidlich. Sauberer ist die bayerische Lösung – als einziges Bundesland trennt Bayern zwischen politischer und bürokratischer Sphäre. Der Staatssekretär hat dort keinen Beamtenstatus, er ist Teil der Landesregierung. Vertrauen und Leistungsprinzip sind klar getrennt. Wie der Minister ist er vertrauens-, nicht leistungsbasiert und kann der Administration fremd sein. Der „Amtschef“ der jeweiligen Ministerien ist ein Ministerialdirektor ohne Eigenschaft eines politischen Beamten – die politische Gestaltungskraft muss in der Bipolarität zwischen politischer Leitung (Minister und Staatssekretär) und fachlicher Ebene (ab „Amtschef“ abwärts) nicht leiden. Es ist nicht erkennbar, dass in Bayern die Transformation politischer Impulse der Landesregierung in die ministerielle Beamtenhierarchie weniger gut gelingt als in den Ministerialbürokratien mit politischen Beamten.

## Klandestine Verbeamtungspraxis

Erhitzen sollten sich die Gemüter eher an einer anderen im Verborgenen wuchernden Praxis: die Lebenszeitverbeamtung der loyalen Gefolgsleute im Umfeld des Ministers, die allein aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses eingestellt werden und später nicht wie ein politischer Beamter entlassen werden können. Hier legt der Rechnungshof seine Finger in die Wunde. Die zahlreichen Einstellungen für die Entourage eines Ministers – persönliche Referenten, Büroleiter, Kommunikationspersonal, Pressesprecher, Spin-Doktoren und andere.

Differenzierung tut auch hier Not: Das politische Vertrauenspersonal im Umfeld des Ministers ist unerlässlich für jemanden, der im Kreuzfeuer des politischen Geschäfts in erster Linie nicht auf brillante Köpfe, sondern auf loyale und strategisch versierte Leute setzen muss. Thüringisches Recht und Bundesrecht befreien deshalb viele dieser Posten von der Ausschreibungspflicht (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 ThürLaufbG; § 4 BLV). So weit, so rechtens. Zum Problem wird es, wenn dieses Personal nach dem Dienst am politischen Hochofen in den Maschinenraum der Fachebene wechselt und sich dort – auf Lebenszeit verbeamtet – im Flaschenhals der Beförderungen festsetzt und dem nach strenger fachlicher Bestenauslese rekrutierten Personal Aufstiegsmöglichkeiten nimmt. Hier kommen Bestenauslese, Transparenz und Ausschreibungspflicht unter die Räder.

## Wehret den Anfängen

Hanebüchen auch die Thüringer Schlamperei im Umgang mit formellen und prozeduralen Pflichten. Anforderungsprofile für Personal müssen erstellt, Personalbestellungen müssen dokumentiert werden, Einstellungskriterien sind überprüfbar aufzustellen. Der weite Spielraum bei der Ernennung von politischen Beamten entbindet nicht davon, nachvollziehbare Entscheidungen zur Laufbahnanerkennung zu treffen einschließlich deren Dokumentation.

Möglicherweise fehlen in Thüringen die institutionellen Mechanismen, um den Schlendrian in der Personalbestellung zu unterbinden. Die Personalaussschüsse der Länder und des Bundes spielen eine wichtige Rolle, wenn es um Entscheidungen zur Laufbahnanerkennung und um Ausnahmen von beamtenrechtlichen Regeln geht. In Thüringen setzt sich der Länderpersonalaussschuss im Wesentlichen aus [Regierungsvertretern](#) zusammen – hier wird der Bock zum Gärtner gemacht. Im Bundespersonalaussschuss ist immerhin der Präsident des Bundesrechnungshofes ein ordentliches Mitglied (§ 120 Abs. 2 BBG). Wichtig wäre es, diese Gremien mit regierungsfernen Vertretern des öffentlichen Interesses zu stärken. Zusätzlich bedarf es der Argusaugen der Opposition (oder eben eines Rechnungshofes), um parteipolitische Selbstbedienung zu unterbinden. Das Beispiel Thüringen zeigt, dass das bis zur Einrichtung eines Untersuchungsausschusses führen kann. Tipp an Oppositionsfraktionen in Bund und Ländern: Kleine Anfrage an die Regierung stellen und nachbohren: In welchem Umfang

wurde Personal seit Ministereintritt in dessen Umfeld ohne Ausschreibung eingestellt und in welchem Umfang wurde dieses Personal zu einem späteren Zeitpunkt verbeamtet? Im Übrigen ist die Befristung von Verträgen der geeignete Weg, um den Minister mit politischem Personal auszustatten, ohne diesen Mitarbeitern den (legitimen) Wunsch zu verbauen, perspektivisch regulär in das Beamtenverhältnis eingestellt zu werden.

Verkennen sollte man nicht die politische Dimension: Die Zugangsschranken zum ministerialen Beamtenapparat, die hergebrachten Grundsätze des Beamtentums, haben nichts mit preußischem Traditionsgedöns zu tun. Sie sind ein rechtstaatlicher Schutzmechanismus. Einerseits soll politische Fluktuation in der Demokratie auf der Ebene politischer Entscheidungsträger zugelassen werden, die daraus resultierenden Impulse sollen auch in die Apparate überführt werden können (Stichwort politische Beamte). Gleichzeitig soll politische Disruption aber bei den anderen Gewalten nicht wie Fähnchen im Wind umschlagen. Das ministeriale Beamtentum ist eine gewollte Beharrungskraft, fachliche Leistungsfähigkeit erdet politische Gestaltungsvision. (Partei-)politische Dynamik und sachrationale Statik – beides hat seine Funktion in der Politikgenese. Deshalb pocht das [Verfassungsgericht](#) darauf, den Kreis der politischen Beamten eng zu ziehen. Dasselbe gilt für die Verbeamtung ‚von unten‘. Dem beamtenrechtlichen Korsett wird man besonders in Thüringen dankbar sein, sollte die politische Welle eines Tages eine Partei ins Amt spülen, die es mit der Verfassungstreue nicht so genau nimmt.

Tobias Mast, Wolfgang Schulz

# Die Anstalt bin ich - nicht mehr

doi: 10.17176/20231102-223638-0



Der Rundfunk Berlin-Brandenburg (rbb) kommt seit über einem Jahr nicht zur Ruhe. Nun soll sein Staatsvertrag (im Folgenden: rbb-StV) im Zeichen der Schlesinger-Affäre novelliert, die Macht der Intendantin zugunsten diversifizierter Entscheidungsmodi beschnitten und ein Zeichen für Kontrolle, Transparenz und Regionalität gesetzt werden. Einige der mit dem Änderungsvorschlag des rbb-StV verbundenen Umgestaltungen der inneren Ordnung der Anstalt wurden in der medialen Öffentlichkeit kritisiert und in einem Kurzgutachten Joachim Wielands für verfassungswidrig befunden. Nach unserer Ansicht erscheint insbesondere die Verfassungskonformität der vorgesehenen zeitlichen Mindestvorgaben für die regionale Berichterstattung äußerst fraglich, an anderen Stellen handelt es sich jedenfalls rundfunkpolitisch nicht um einen großen Wurf für die Zukunft.

## Was bisher geschah

Allzu lange ist sie noch nicht her, die Causa um die damalige rbb-Intendantin Schlesinger, der 2022 vorgeworfen wurde, nach Gutsherrinnenart zu schalten und zu walten. Die Affäre drehte sich unter anderem um unrechtmäßig abgerechnete Privatreisen und Spesen, verschwenderische Luxusanschaffungen und überhöhte Beraterverträge, schließlich führte sie zur fristlosen Entlassung Schlesingers. Zur Ruhe gekommen ist die Rundfunkanstalt seither nicht. Eine millionenschwere Kanzleimandatieung und eine umstrittene Intendantinnenwahl (mitsamt eigens umstrittenem Rechtsgutachten) später sieht sich die Rundfunkanstalt nun der gesetzgeberischen Nachjustierung ihres Rechtsrahmens, des rbb-StV, ausgesetzt. Und wieder bebt es in der Masurenallee in Berlin, wo **Intendantin** und **Rundfunkrat** den Staatskanzleien vorwerfen, mit ihren angedachten Rechtsänderungen über das Ziel hinauszuschießen und die Schlesinger-Affäre für einen allzu beherzten Zugriff auf Selbstverwaltungsgarantie und Programmautonomie des rbb ausnutzen zu wollen.

## Die geplante Novellierung des rbb-StV

**Am Freitag** sollen nun die Landesregierungen Berlins und Brandenburg eine Änderung des rbb-Staatsvertrags (im Folgenden: rbb-StV-E) beschließen, zu der der rbb eine **Synopse vom 22. September 2023** veröffentlicht hat. Der Entwurf steht ganz im Zeichen des letzten Jahres und könnte auch als Lex Schlesinger bezeichnet werden. Gegenüber dem bislang geltenden **rbb-StV** soll die Machtfülle der Intendantin über zunehmend dezentralisierte Entscheidungsstrukturen beschnitten, ein Direktorium eingerichtet und auch die Kompetenzen von Rundfunkrat und Verwaltungsrat erhöht werden. Im Übrigen liegt der rbb-StV-E mit seinen gesteigerten Transparenz- und Compliancevorgaben auf einer Linie mit dem **4. MÄStV**. Alle Änderungsvorschläge en détail zu kommentieren lässt das Format eines Blogbeitrags nicht zu, stattdessen sollen hier jene Aspekte herausgegriffen werden, mit denen der medial erhobene Vorwurf des staatlichen Programmzugriffs verbunden ist.

## Anstaltsumgestaltung als besondere Form der Ausgestaltungsgesetzgebung

Der rbb-StV-E dreht an mehreren Stellschrauben, um die Anstaltsstruktur des rbb abzuflachen, die Positionen des Rundfunkrats und Verwaltungsrats zu stärken und die Intendantin in ein dreiköpfiges Direktorium einzubetten. Das Organisationsgefüge des rbb würde sich damit von dem der meisten anderen Landesrundfunkanstalten abheben und, insbesondere in Programmfragen verglichen mit einem klassischen Intendantenmodell, diffizileren Entscheidungsmodi offenstehen. All dies hat sich an der vom BVerfG entwickelten Dogmatik der Ausgestaltungsgesetzgebung im Rundfunkrecht zu messen. Ausgehend von dem Gedanken, dass das mediale System einer positiven Ordnung bedarf, um ihre im Allgemeininteresse liegende Funktionsfähigkeit einer vielfältigen Meinungslandschaft aufrechtzuerhalten, legt das Gericht den Ländern einen final gesteuerten Gesetzgebungsauftrag auf,

billigt ihnen hierbei aber einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das galt im Ausgangspunkt für die erstmalige Schaffung der Rundfunkanstalten wie es nun auch für die Umgestaltung derselben gilt.

Heutige Rundfunkgesetzgebung startet nur noch zu wenigen Aspekten *Tabula rasa*, meistens trifft sie bei den zu regelnden Fragen frühere Ausgestaltungen an, hat sich zu diesen in Verhältnis zu setzen und diese zu modifizieren. Der verfassungsrechtlichen Würdigung steht damit auch der Vergleich zwischen bisheriger und neuer Organisationsstruktur offen, wobei nach einer bereits etwas zurückliegenden Judikatur der Rundfunkfreiheit durch die Neugestaltung *besser oder zumindest gleichwertig* gedient sein müsse (BVerfGE 74, 297 (334); Hoffmann-Riem, AK-GG, 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 158). Wenn diese Vorgabe auch nicht in den Kanon ständig rezipierter Maßstäbe aufgenommen wurde und in latentem Konflikt zu fortschrittsgeneigten Ausgestaltungsspielräumen der Legislative steht, vergegenwärtigt sie doch mindestens die Plausibilisierungsobliegenheiten der Rundfunkgesetzgebung, einen geeigneten Neversuch zur Erreichung der Ziele des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu unternehmen.

### Vom Anstaltsauftrag regionenbezogener Berichterstattung zu positiven Zeitvorgaben

Der rbb hat gem. § 3 Abs. 2 rbb-StV den gesetzlichen Auftrag, in seinen Angeboten einen objektiven und umfassenden Überblick über das länder- und regionenbezogene Geschehen in allen wichtigen politischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Fragen zu geben. In Konkretisierung des länder- und regionenbezogenen Auftrags fordert § 4 Abs. 2 Nr. 1 rbb-StV derzeit jeweils ein Landesfernsehprogramm für Berlin und Brandenburg mit regionalen Auseinandersetzungen. Mit welchen Formaten und in welchem Umfang dem nachgekommen wird, steht dem rbb als Ausprägung seiner aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fließenden *Programmautonomie* grundsätzlich frei. Das BVerfG hat dazu ausgeführt, dass die Entscheidung über die zur Erfüllung des Funktionsauftrags als nötig angesehene Inhalte und Formen des Programms den Rundfunkanstalten zusteht und dies grundsätzlich auch die Entscheidung über die benötigte Zeit und damit auch über Anzahl und Umfang der erforderlichen Programme einschließt (BVerfGE 119, 181 (218 f.); 158, 389 Rn. 84).

Nunmehr sollen die Vorgaben für die regionalen Aus-

einanderschaltungen nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 rbb-StV-E dahingehend intensiviert werden, dass dafür „*mindestens 60 Minuten* des täglichen Gesamtprogramms zur gesonderten Darstellung jedes Landes“ vorgesehen werden. Solche über den Anstaltsauftrag hinausreichenden zeitlichen Mindestvorgaben für bestimmte Inhalte stellen – soweit ersichtlich – ein rundfunkrechtliches Novum dar (vgl. die regelmäßig werbebezogenen *Obergrenzen* in § 9 Abs. 3, § 14 Abs. 4 S. 3, § 39 Abs. 1, 3, 5 MStV, § 3a Abs. 1 hr-G, § 6a S. 2 WDR-G, § 10 Abs. 3 S. 3 MDR-G, Untergrenzen für privaten Rundfunk finden sich in § 65 Abs. 2, § 71 Abs. 1 MStV). Zwar kennt das Rundfunkrecht seit jeher positive Inhaltsvorgaben, etwa in Form von Verpflichtungen zur Ausstrahlung von Gegendarstellungen, Wahlwerbesendungen oder regierungsamtlichen Krisenmeldungen, diese sind aber allesamt gerade dem eigenverantworteten Rundfunkprogramm entrobene und als solche für die Rezipienten sichtbare Ausnahmen. Das BVerfG hat sich bislang erst zum quasi umgekehrten Fall dahingehend geäußert, dass gesetzliche *Programmbegrenzungen* nicht per se untersagt sind (BVerfGE 90, 60 (92); 119, 181 (219)). Das autonomieschmälernde Potenzial, das damit einhergeht, den Anstaltsauftrag durch konkrete tägliche Mindestzeitvorgaben vorzugeben, sollte indes nicht unterschätzt werden und kann nicht einfach mit negativen Programmausnahmen gleichgesetzt werden. Es spricht daher viel dafür, dass es dem Rundfunkveranstalter obliegt, nach journalistischen Kriterien zu entscheiden, was zu welcher Zeit veröffentlichungswürdig ist und was nicht. Die Gesetzgebung darf die Entscheidungskriterien dann durch Zielvorgaben vorprägen, die Entscheidung aber nicht selbst treffen. Bedenkt man zudem, dass die regionenbezogene Berichterstattung wahrlich nicht zu den zahlreichen Aspekten zählte, in denen dem rbb akutes Versagen vorgeworfen wurde, erstaunt der Gesetzgebungsvorschlag umso mehr.

### Mittelbarer Staatseinfluss über den Rundfunkrat auf die Landesprogrammverantwortlichen?

Ebenso großen Anstoß nimmt der rbb an einer mit der eben besprochenen Programmvorgabe verbundenen organisatorischen Veränderung. Ein neuer § 4 Abs. 4 rbb-StV-E sieht vor, dass *zwei vom Rundfunkrat gewählte Personen* jeweils das Landesangebot von Berlin und Brandenburg leiten, wobei diese Landesangebote aus den eben genannten regionalen Auseinandersetzungen im Lan-



desfernsehprogramm, regionalen Hörfunkprogrammen und landesspezifischen Telemedien bestehen sollen. Damit wird die Rolle des Rundfunkrats modifiziert und die Programmverantwortung der Intendanz geschmälert. Die Hauptkritik entlädt sich an dem Umstand, dass die Programmgestaltenden nicht in einem Besetzungsverfahren durch die Intendanz, sondern vom Rundfunkrat als einem bislang allein mit Aufsichtsaufgaben betrauten Gremium berufen werden, insoweit auch dem Einfluss staatsnaher Vertreter:innen unterliegen und die Programmgestaltung insgesamt vom Willen unterschiedlicher Entscheidungsträger abhängig wird (Demmer, S. 9).

Was die Rolle des *Rundfunkrats* anbelangt, wäre diese Kompetenzerweiterung in der Tat nicht Ausdruck seiner Aufsichtsfunktion. Allerdings existiert kein Verfassungsgrundsatz, dass sich der Rundfunkrat strikt auf Aufsichtskompetenzen zu beschränken hat. Zur Ausgestaltungsaufgabe des Gesetzgebers gehört eben auch, den Rundfunkanstalten „Gestalt zu geben“: „Entsprechend regeln die gesetzgebenden Körperschaften der Länder die Organisation für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, bestimmen, nach welchen Grundsätzen welche Personen zusammenwirken, und legen fest, wer das Programm wie inhaltlich gestalten kann, welche Programmgrundsätze gelten und wie hierbei Pluralität zu sichern ist“ (BVerfGE 136, 9 (34) mwN). Man wird nicht vorschnell sagen können, dass die vorliegend intendierte Verteilung der Programmgestaltung auf mehreren Schultern innerhalb des rbb an den Anliegen des Rundfunkverfassungsrechts im Hinblick auf die für zwei Bundesländer zuständige Rundfunkanstalt prinzipiell vorbeiläuft.

Die rbb-Intendanz hat zwar im Ansatz einen Punkt, wenn sie sich auf die zu Radio Bremen ergangene Kammerentscheidung des BVerfG bezieht, wonach die Organisationsstruktur nicht zur staatlichen Einflussnahme auf die publizistische Tätigkeit verwendet werden darf und sich dieses Verbot über das Rundfunkprogramm auch auf die programmverantwortlichen und -gestaltenden Personen erstreckt (BVerfG, 1 BvR 1946/98 Rn. 35). Eine solche Einflussnahme liegt, legt man die Maßstäbe aus der BVerfG-Entscheidung zum ZDF-Fernsehrat zugrunde, aber nicht vor. Hiernach darf der Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Gremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten *ein Drittel* der gesetzlichen Mitglieder des jeweiligen Gremiums nicht übersteigen (BVerfGE 136, 9 (37)).

Nach § 14 Abs. 1 Nr. 26 rbb-StV-E wären indes vom

Landtag Brandenburg und dem Abgeordnetenhaus von Berlin insgesamt lediglich sieben Persönlichkeiten auf Vorschlag der Fraktionen zu wählen, die nicht dem jeweiligen Parlament anzugehören *brauchen* (also Parlamentarier sein *dürfen*). Geht man von sieben staatlichen bzw. staatsnahen Vertretern bei einer Mitgliederzahl des Rundfunkrats von 33 aus, läge deren Anteil bei nur 21,21%. Die durch die Integrationsbeauftragten Berlins und Brandenburgs zu bestimmende Person mit Migrationsgeschichte (Nr. 21) ist teleologisch nicht als staatsnah zu bewerten und änderte andernfalls nichts an der Verfassungskonformität.

Zwar sprach das BVerfG, als es die Quote bestimmte, von *Aufsichtsgremien*, es zog argumentativ aber gerade deren Einflussmöglichkeiten auf die Programmgestaltung heran, die sich für den Fernseh- bzw. Rundfunkrat aus der programmbezogenen Kontrollfunktion, für den Verwaltungsrat aus den Haushaltskompetenzen und den Mitbestimmungsbefugnissen bei der Besetzung von Führungsstellen ergab (BVerfGE 136, 9 (39)). Dass aufgrund der rbb-Landesprogrammverantwortlichen nunmehr eine andere Quote heranzuziehen ist, müsste eigens begründet werden und liegt jedenfalls nicht auf der Hand. Nach § 4 Abs. 4 S. 3 rbb-StV-E sind die beiden Landesprogrammverantwortlichen jeweils der (ebenfalls neu zu schaffenden) Direktorin für den Bereich Programm direkt unterstellt. Auch bei dem mit dem rbb-StV-E gewählten Direktoriumsmodell hat der Rundfunkrat an keiner Stelle unmittelbaren Einfluss auf die Programmgestaltung. Ein Direktions- oder anderweitiges Zugriffsrecht auf die programmverantwortlichen Personen kommt ihm nicht zu. Die Intendantin darf ihre gewünschten Direktorinnen vorschlagen, der Rundfunkrat übt sodann lediglich mittelbare Macht durch die Wahl derselben, § 13 Abs. 2 Nr. 2 rbb-StV-E, und die Zustimmung zu einer von der Intendantin gewünschten Abberufung derselben aus, § 13 Abs. 3 Nr. 2 rbb-StV-E.

### Einführung des „Direktorium“

Wie bereits angeklungen, soll mit dem rbb-StV-E ein neues Organ, das Direktorium, aus der Taufe gehoben und die bislang bei der Intendanz als Einzelspitze konzentrierte Anstaltsleitung verbreitert werden, § 12 Abs. 1 Nr. 4, § 23 Abs. 3 rbb-StV-E. Die Konzeption ist ersichtlich am Direktoriumsmodell des § 19 [Radio-Bremen-Gesetz](#) angelehnt. Sie weicht indes insoweit von diesem ab, als in Bremen den Direktorinnen kein spezifischer Geschäftsbereich ge-



setzlich vorgegeben wird, während Berlin-Brandenburg für die beiden Direktorinnen den „Bereich Programm“ sowie „Verwaltung und Technik“, § 23 Abs. 1 S. 1 vorsieht. Die Programmredirektorin soll durch den Fernsehrat (§ 13 Abs. 2 Nr. 3 rbb-StV-E), die Verwaltungs- und Technikredirektorin durch den Verwaltungsrat gewählt werden (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 rbb-StV-E).

Die Spiegelung der Direktorinnenbereiche in den Zuständigkeitsbereichen von Rundfunkrat und Fernsehrat erinnert an die in repräsentativen Demokratien übliche Spiegelung der Parlamentsausschüsse in den Zuschnitten der Ministerien. Sie ermöglicht konzentrierte Kontrolle und beständigere Gesprächskanäle, ist insofern also konzeptionell jedenfalls nicht unplausibel. Ob das Modell allerdings den Realitätscheck bestehen, oder sich als (zu) schwerfällig erweisen wird, insbesondere weil in Programmfragen fortan mit Intendantin, Programmredirektorin und Landesangebotsverantwortlichem drei Personen mitmischen werden wollen, ist nicht leicht zu beantworten.

Das Verhältnis zwischen Intendantin und Direktorinnen in § 23 Abs. 1 S. 3 rbb-StV-E (ebenso in § 19 Abs. 4 Radio-Bremen-Gesetz), wonach die Intendantin die Gesamtverantwortung trägt, während die Direktorinnen ihre Geschäftsbereiche selbständig und in eigener Verantwortung leiten, ist sprachlich eng an die Staatsleitungsnorm des Art. 65 S. 1, 2 GG angelehnt und erinnert an das Nebeneinander von Richtlinienkompetenz und Ressortverantwortung. Für „Angelegenheiten, die mehrere Geschäftsbereiche berühren“ soll nach § 23 Abs. 3 S. 3 rbb-StV-E auf Antrag einer Direktorin das Direktorium – wohlgemerkt wiederum „unter Beachtung der Gesamtverantwortung der Intendantin“ – zuständig sein. Ob damit nun „das letzte“ Wort, parallel zu Art. 65 S. 3 GG, dem Direktorium überantwortet sein soll, hätte man klarer formulieren können und sollen. Insoweit wäre rechtspolitisch wünschenswert, dass die Staatskanzleien die Karten auf den Tisch legen und sich mit einer weiteren Regelung festlegen, wie ernst sie es mit ihrem Direktoriumsmodell meinen. Andernfalls dürfte die Entscheidungsfähigkeit in den oberen Etagen vom Geschick und der Durchsetzungsfähigkeit einzelner Charaktere abhängen; das kann gut gehen, muss es aber nicht. Das Intendant:innen-Prinzip mag verfassungsrechtlich nicht vorgegeben sein, sollte aber nur aufgegeben werden, wenn man eine Konstruktion mit ebenso klarer Aufgaben- und Verantwortungsverteilung vorlegen kann.

## Beschränkung auf zweimalige Wiederwahl der Intendantin § 22 Abs. 1 S. 4 rbb-StV-E

Einem Jahrzehnte währenden Leitungsstil soll ferner die Beschränkung der Amtszeit der Intendantin auf zwei Wiederwahlen nach § 22 Abs. 1 S. 4 rbb-StV-E entgegenwirken. Von der rbb-Intendantin als willkürlich und wettbewerbsbehindernd kritisiert (Demmer, S. 22), handelt es sich der Sache nach um eine plausible und nicht besonders scharfe Regelung, die immerhin noch eine drei mal fünf Jahre andauernde, also fünfzehnjährige (!) Zeit als Intendantin ermöglicht. Personelle Kontinuität auf diese Weise zu beschränken ist ein naheliegendes Mittel, um der übermäßigen Machtstellung einzelner Personen entgegenzuwirken. Sie wurde entsprechend etwa für den Bundespräsidenten (Art. 54 Abs. 2 GG: einmalige Wiederwahl, insg. also 10 Jahre) im Unterschied zum Reichspräsidenten unter der WRV vorgesehen. Um Unabhängigkeit zu fördern und Versteinerungen der Rechtsprechungspraxis vorzubeugen ist etwa für Bundesverfassungsrichter eine Wiederwahl nach ihrer zwölfjährigen Amtszeit (§ 2 Abs. 2 BVerfGG), für EGMR-Richter nach neunjähriger Amtszeit (Art. 23 Abs. 1 ERMK) ausgeschlossen.

Werden Amtszeiten und Maximalwiederholungen normativ gesetzt, haftet dem immer etwas Dezisionistisches an. Die Zeiträume müssen funktionsgerecht gewählt sein, für eine zweimalige Wiederwahl geht der Willkürvorwurf jedenfalls in Leere. Ein Blick ins föderale Medienrecht zeigt auch, dass die Staatskanzleien in Berlin und Brandenburg hier nicht als erste kreativ wurden. Eine zweimalige Wiederwahl ist für die Intendantin bereits in § 29 Abs. 1 S. 3 NDR-StV vorgesehen (dort können auch Verwaltungsratsmitglieder nur einmalig wiedergewählt werden, § 19 Abs. 5 S. 2 NDR-StV).

## Steigerung der publizistischen Macht des Verwaltungsrats

Jede Politikerin weiß, dass Haushaltsfragen auch Fragen der Sachpolitik sind. Wo kein Geld, da kein Programm (vgl. BVerfGE 90, 60 (102)). Entsprechend interpretiert das BVerfG auch die Trennung zwischen allgemeiner Rundfunkgesetzgebung und Rundfunkfinanzierungsgesetzgebung als Schutzmechanismus vor mittelbarer Einflussnahme auf den Programminhalt (BVerfGE 119, 181 (220)). Vor diesem Hintergrund ist die Rolle des Verwaltungsrats, so dröge sie manchem auf den ersten Blick erscheinen mag, von höchster Relevanz für Wohl

und Wehe einer Rundfunkanstalt. Hier setzt der ange-dachte § 18 Abs. 6 rbb-StV-E an, nach welchem der Verwaltungsrat nunmehr bei der Bedarfsanmeldung bei der KEF nach § 1 RFinStV frühzeitig beteiligt werden soll. Sie bildet ein weiteres Beispiel für die rollenverwischenden Tendenzen des rbb-StV-E, dessen Neuordnung der Organisationsstruktur des rbb noch nicht zu Ende gedacht scheint.

## Fazit

Ernste verfassungsrechtliche Bedenken rufen die täglichen Mindestdarstellungszeiten nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 rbb-StV-E hervor. Im Übrigen erscheinen die Rollen und

Verantwortlichkeiten noch nicht sauber herausgearbeitet. Dass sich der Entwurf bemüht, Vergangenheit aufzuarbeiten anstatt Zukunftsfragen zu adressieren ist verständlich, aber bedauerlich. Das Lieblingsthema der Politik, die Vergütungsstruktur der Anstalten, haben wir hier nicht weiter geprüft. Zu erinnern ist aber daran, dass die öffentlich-rechtliche Säule im dualen Rundfunksystem in publizistischer Konkurrenz zur privaten Säule steht und dafür auch auf dem Personalmarkt wettbewerbsfähig sein muss. Wenn die Politik das Thema skandalisiert, vorgeblich um die Akzeptanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu erhöhen, kann sie die Akzeptanz des Systems im Ergebnis gefährden.

Halina Wawzyniak

# Keine Rechtfertigung für Sperrklauseln

doi: 10.17176/20231107-203647-0



Die im ersten Halbjahr 2023 erfolgte und lange überfällige Wahlrechtsänderung schaffte zwar die Grundmandatsklausel ab, behielt aber die 5%-Sperrklausel bei und erntete dafür viel Kritik. Nun haben 4242 Personen, organisiert über den Verein Mehr Demokratie e.V. und vertreten durch Prof. Kingreen eine [Verfassungsbeschwerde gegen die in § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG verankerte 5%-Sperrklausel](#) eingereicht.

Während die [Bundestagswahl 2009](#) lediglich 6% der Zweitstimmen nicht in der Mandatsverteilung berücksichtigte, wuchs dieser Anteil – auch weil die FDP an der 5%-Sperrklausel scheiterte – bei der [Bundestagswahl 2013](#) auf 15,7% und damit 6.861.439 Stimmen. Bei der [Bundestagswahl 2017](#) sank der Anteil der nicht berücksichtigten Zweitstimmen auf 5% und stieg bei der [Bundestagswahl 2023](#) wieder auf 8,6% – immerhin knapp 3,9 Millionen Zweitstimmen. Allerdings, so die Verfassungsbeschwerde (S. 15), könnte es dazu kommen, dass bei Anwendung des beschlossenen neuen Wahlrechts und minimal anderen Ergebnissen der CSU sich 31,7% der Zweitstimmenanteile nicht in Bundestagssitzen niederschlagen. Ein offensichtlich nicht akzeptables Ergebnis. Eine Abdeckungsregel würde den verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen besser entsprechen.

## Eingriffe in die Wahlrechtsgrundsätze durch Sperrklauseln

Sperrklauseln berühren die Wahlrechtsgrundsätze in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und stellen einen Eingriff in die Unmittelbarkeit und Gleichheit der Wahl dar. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl umfasst die Anforderung, dass für die Wählenden „ex ante erkennbar“ ist, „wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg und Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann“ (Morlok in Dreier, GG, Art. 38, Rz. 79). Soweit Sperrklauseln existieren, ist für einen Teil der Wählenden gerade nicht erkennbar, wie sich ihre Stimmabgabe auswirkt, insbesondere wenn Parteien bei Prognosen im Vorfeld knapp über oder unter der Sperrklausel taxiert werden. Mit Sperrklauseln ist

aber auch ein Eingriff in die Gleichheit der Wahl verbunden. Die Gleichheit der Wahl umfasst die Zählwert- und die Erfolgswertgleichheit. Im Rahmen der Verhältniswahl meint Erfolgswertgleichheit, dass jede\*r Wählende mit „seiner Stimme den gleichen Einfluss auf die parteipolitische Zusammensetzung des Parlaments“ haben können muss und deshalb gibt es „Anforderungen an eine spezifische Erfolgswertgleichheit für das Sitzzuteilungsverfahren.“ (Klein/Schwarz in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38, Rz. 131). Es ist allgemein anerkannt, dass Sperrklauseln „eine empfindliche – mit ihrer Höhe zunehmende – Ungleichgewichtung des Erfolgswertes“ (Klein/Schwarz in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38, Rz. 131) darstellen.

Unmittelbarkeit und Gleichheit der Wahl werden aber nicht unbeschränkt gewährleistet. Einschränkungen der Unmittelbarkeit der Wahl sind zum Schutz anderer Verfassungswerte zulässig (vgl. Morlok in Dreier, GG, Art. 38, Rz. 85). Beeinträchtigungen der Gleichheit der Wahl bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, das BVerfG spricht von einem „besonders zwingenden Grund“ ([BVerfGE 95, 408, Rz. 43](#)), der durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, dass der Wahlgleichheit die Waage halten kann (vgl. [BVerfGE 130, 212, Rz. 61](#)).

## Rechtfertigung der Sperrklauseln durch das BVerfG

Bislang hat das BVerfG Sperrklauseln bei der Bundestagswahl in mehreren Entscheidungen als zulässig angesehen und dies mit den mit der Wahl verfolgten Zielen begründet (vgl. [BVerfGE 146, 327, Rz. 62](#)). Dies dürfte sich aber nicht länger aufrechterhalten lassen.

Sperrklauseln müssen in ein Verhältnis zur Repräsentations-, Gesetzgebungs- und Kurationsfunktion der Wahl gesetzt werden. Während die Repräsentationsfunktion die Integration der politischen Kräfte im Volk sicherstellen und verhindern soll, dass gewichtige Anliegen von der Volksvertretung ausgeschlossen bleiben (vgl. Müller in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 38, Rz. 19), stellt die Gesetzgebungsfunktion darauf ab,

dass das Parlament „das Hauptorgan der Gesetzgebung“ ist (vgl. Müller in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 38, GG, Rz. 22). Die wichtigste Aufgabe im Rahmen der Kreationfunktion ist die Wahl des/der Bundeskanzler\*in (vgl. Müller in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 38 GG, Rz. 24).

Um Sperrklauseln zu rechtfertigen, kommt es mithin darauf an, ob diese Funktionen ohne Sperrklausel beeinträchtigt oder verunmöglicht werden. So sieht es wohl auch das BVerfG, wenn es bei der Rechtfertigung darauf abstellt, dass mit der Sicherung des Charakters der Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung auch die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung verbunden ist und eine große Zahl kleiner Parteien und Wählervereinigungen in einer Volksvertretung zu einer ernsthaften Beeinträchtigung ihrer Handlungsfähigkeit führt. (vgl. BVerfGE 130, 212, Rz. 62).

Offensichtlich ist, dass die unterschiedlichen mit einer Wahl verfolgten Ziele in einem Spannungsverhältnis stehen. Die Repräsentationsfunktion vollumfänglich umgesetzt kommt es zu – behaupteten – Konflikten mit der Funktionsfähigkeit des Vertretungsorgans und möglichen Konflikten im Hinblick auf die Regierungsbildung und Gesetzgebung.

### „Unbedingte Erforderlichkeit“

Vor dem Hintergrund des beschriebenen Konfliktes ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit, ob angesichts der realen politischen Verhältnisse eine Sperrklausel generell und wenn ja in welchem Umfang verfassungsrechtlich zulässig ist. Das BVerfG (vgl. BVerfGE 55, 122, Rz. 53) hat ausgeführt, dass Differenzierungen des Erfolgswertes nur vorgenommen werden dürfen, soweit dies zur Sicherung der mit den Wahlen verfolgten Ziele „unbedingt erforderlich“ ist.

Auf den desintegrativen Charakter der aktuellen 5%-Sperrklausel wird in der von Mehr Demokratie e.V. organisierten Verfassungsbeschwerde ausführlich hingewiesen. Der § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BWahlG sei „desintegratives Recht“ und es ist von der „Zerrklausel“ die Rede, die „zu künstlichen Mehrheiten im Parlament (führt), die die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verzerren“. Die Integrationsfunktion der Wahl werde gefährdet und „das parlamentarische Spektrum in einer Weise verengt, dass die tatsächliche parteipolitische und damit auch gesellschaftliche Vielfalt nicht mehr adäquat zum Ausdruck

kommt“ (S. 68).

Die Bekämpfung von „Splitterparteien“ kann die zwingende Erforderlichkeit nicht begründen. Die Verfassungsbeschwerde verweist auf die Entscheidung BVerfGE 129, 300 (340), nach der es nicht Aufgabe des Wahlrechts ist, „die Bandbreite des politischen Meinungsspektrums – etwa im Sinne besserer Übersichtlichkeit der Entscheidungsprozesse in den Volksvertretungen – zu reduzieren“, und die die Bekämpfung von Splitterparteien überzeugend als „illegitimes Ziel“ (S. 42) bezeichnet. Die Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung wiederum – so auch die Verfassungsbeschwerde – sei in ein Verhältnis zur Funktion der Wahl als „Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung des Volkes“ zu setzen. Die Verfassungsbeschwerde verweist (S. 44) darauf, dass über die „Relevanz des Willens der Mitglieder eines Volkes (...) nach dem in Art. 20 Abs. 2, S. 1 GG gewährleisteten Grundsatz der Volkssouveränität nicht der Staat (entscheidet), sondern (...) die Wählerinnen und Wähler („Willensbildung von unten nach oben“).

Historisch findet sich dementsprechend auch kein Anknüpfungspunkt für eine Sperrklausel, im Gegenteil: Der Parlamentarische Rat hatte eine Sperrklausel mehrfach explizit abgelehnt, im ersten Bundeswahlgesetz war sie auf Beschluss der Ministerpräsidenten enthalten (vgl. Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 6, Nr. 29, S. 812, Fn. 14). Becht weist – mit der Fehleranfälligkeit der Nichtvorhersehbarkeit des Wählendenverhaltens bei einem anderen Wahlsystem – nach, dass die Regierungsbildung in der Weimarer Republik mit einer Sperrklausel erschwert worden wäre (vgl. Becht, Die 5% Sperrklausel im Wahlrecht). Da das Weimar-Argument nicht zieht, wird in der Verfassungsbeschwerde geschlussfolgert (S. 56), dass der Gesetzgeber positiv begründen müsste, warum es einer Sperrklausel bedarf, um die Funktionsfähigkeit des Parlamentes zu sichern.

Um dies zu prüfen, wird mit rechnerischen Beispielen gearbeitet. In einer Art „Wette auf die Zukunft“ werden die bisherigen Ergebnisse von Wahlen zu Grunde gelegt. Allerdings sind diese nur bedingt „übertragbar“, denn sie können potenziell verändertes Wahlverhalten ohne Sperrklausel nicht berücksichtigen. Unbeachtet bleiben dabei andere Vorkehrungsmechanismen. Bei der Bundestagswahl 2009 wären, soweit die gesetzliche Anzahl der Bundestagsmandate zu Grunde gelegt wird, sieben weitere Parteien im Bundestag vertreten gewesen, bei der Bundestagswahl 2013 neben der FDP acht weitere Partei-

en, bei der [Bundestagswahl 2017](#) sieben weitere Parteien und bei der [Bundestagswahl 2021](#) acht weitere Parteien. Dies scheint zunächst für die Notwendigkeit einer Sperrklausel zu sprechen, um die Handlungsfähigkeit der parlamentarischen Vertretung sicherzustellen.

## Warum die Sperrklausel nicht unbedingt erforderlich ist

Bei einem Blick auf die rechtlichen Vorkehrungsmechanismen ergibt sich allerdings, dass Sperrklauseln für die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (vgl. BVerfGE 146, 327 Rn. 62) nicht unbedingt erforderlich sind.

Auf der Ebene des Grundgesetzes kann insoweit auf [Artikel 63](#) (Wahl des/der Bundeskanzler\*in) und [Artikel 67](#) (Konstruktives Misstrauensvotum) verwiesen werden. Neben dem Grundgesetz enthält aber vor allem die [Geschäftsordnung des Bundestages](#) umfassende Vorkehrungen gegen ein handlungsunfähiges Parlament. Die Legitimität entsprechende Regelungen zu schaffen, wurde vom [BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1997](#) ausdrücklich anerkannt (Rz. 61/62):

„Das Recht des Bundestages nach Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG, sich eine Geschäftsordnung zu geben, setzt ihn in den Stand, seine Aufgaben zu erfüllen. Die Regelungen der Geschäftsordnung wirken sich notwendig immer auch als Beschränkungen der Rechte der einzelnen Abgeordneten aus (vgl. BVerfGE 84, 304 <321>). Differenzierungen zwischen Abgeordneten bedürfen jedoch stets eines besonderen rechtfertigenden Grundes (vgl. BVerfGE 93, 195 <204>). Ein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund für die Festsetzung einer Fraktionsmindeststärke liegt in der Autonomie des Deutschen Bundestages, durch seine Geschäftsordnung die Funktionsfähigkeit des Parlaments zu gewährleisten. Die Geschäftsordnung enthält vielfach Regelungen, die vorsehen, daß bestimmte Antragsrechte nur von einer Fraktion oder fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages ausgeübt werden können. Die Differenzierung zwischen Fraktionen und anderen Zusammenschlüssen ist gerechtfertigt, da sie der Gefahr begegnet, daß die parlamentari-

sche Arbeit durch eine Vielzahl von – letztlich aussichtslosen – Anträgen kleiner Gruppen behindert wird.“

In der Geschäftsordnung wird durch § 10 ausgeschlossen, dass sich Abgeordnete zu einer Fraktion zusammenschließen, die bei der Bundestagswahl noch auf konkurrierenden Listen angetreten sind. Nach den §§ 6, 12 GO BT dürfen nur Fraktionen Vertreter\*innen im Ältestenrat bestimmen und namentliche Abstimmungen beantragen (§ 52 GO BT). Über die §§ 75, 76 GO BT wird sichergestellt, dass unter anderem nur Fraktionen Gesetzentwürfe, Anträge, Große Anfragen, Kleine Anfragen, Wahlvorschläge, Änderungsanträge und Entschließungsanträge einbringen können, es sei denn die Geschäftsordnung regelt etwas anderes. Abweichende Regelungen wurden in der [12. Und 13. Wahlperiode für Gruppen](#) geschaffen. Jenseits von möglichen Gruppenregelungen verbleiben für die Bundestagsabgeordneten, die weder einer Fraktion noch einer Gruppe angehören, lediglich die Fragen in der Fragestunde, der schriftlichen Fragen und des Rederecht.

Bliebe noch das Argument, dass die Mehrheitsbildung schwieriger werden könnte. Dies ist sicherlich nicht auszuschließen, aber eben auch nicht zwingend. Zum einen ist nicht vorhersagbar, wie die fraktions- und gruppenlosen Abgeordneten „kleiner“ Parteien sich konkret bei Abstimmungen verhalten werden, zum anderen gibt es auch kein Recht auf „einfache“ oder vorab „planbare“ Mehrheitsbildung.

## Wäre die Abdeckungsregelung eine überzeugende Alternative?

Als Alternative zur derzeitigen Regelung führt die Verfassungsbeschwerde sowohl regionalisierte und abgesenkte Sperrklausel an (S.58/59). Die regionalisierte Sperrklausel wird nicht auf das gesamte Wahlgebiet angewendet, sondern auf Teilgebiete. Eine abgesenkte Sperrklausel legt einen anderen zu überwindenden Prozentwert fest. Beide würden das Spektrum der im Parlament vertretenen Parteien im Parlament erweitern, stellen aber nicht sicher, dass eine Mindestanzahl der abgegebenen gültigen Stimmen im Parlament vertreten ist.

Eine weitere Alternative wäre eine Abdeckungsregelung, die Prof. Dr. Johannes Grabmeier mit dem überparteilichen Deggendorfer Bürgerforums für lebendige Demokratie und Toleranz e.V. im Jahr 2013 entwickelt hat und sicherstellen soll, dass mindestens 95% der abge-



gebenen gültigen Zweitstimmen im Parlament vertreten sind. Dazu werden die Parteien

„nach ihren Zweitstimmenanteilen der Größe nach absteigend gereiht und diese Anteile kumuliert. Die Partei, die als letzte dazu beiträgt, dass mindestens 95 % der Stimmen erreicht werden, ist die kleinste Partei, die noch Mandatzuteilungen erfährt. Alle anderen – deren Anteilsomme ist dann kleiner als 5 % – scheitern damit an einer kumulativen 5-Prozent-Hürde.“

Bei Anwendung dieser Regelung wären bei der [Bundestagswahl 2009](#) nicht nur CDU, SPD, FDP, Grüne, LINKE und CSU im Bundestag vertreten gewesen, sondern auch die Piratenpartei. Bei der [Bundestagswahl 2013](#) wäre die FDP nicht am Einzug in den Bundestag gescheitert und zusätzlich zu CDU, SPD, Grüne, LINKE und CSU sowie AfD und Piratenpartei im Parlament vertreten gewesen. Bei der [Bundestagswahl 2017](#) wiederum hätte die Abdeckungsregelung keine andere Zusammensetzung zur Folge gehabt. In der jetzigen [Legislaturperiode](#) wären zusätzlich die Freien Wähler und die Tierschutzpartei im Parlament vertreten.

Diese Abdeckungsregelung ist weniger eingriffintensiv als die 5%-Sperrklausel, ohne dass es zu einem

handlungsunfähigen Parlament kommt. Auch die Abdeckungsregelung kann ein handlungsfähiges Parlament nicht garantieren. Allerdings gilt auch hier, dass die Geschäftsordnung des Bundestages Vorkehrungen enthält, um die Handlungsfähigkeit sicherzustellen.

## Fazit

Die Änderung des Bundeswahlgesetzes, die eine Zweitstimmendeckung für die Wahlkreisbesten verlangt, ist im Kern zu begrüßen. Dass das neue Wahlrecht die Grundmandatsklausel abschafft, ohne die Sperrklausel anzutasten, macht es verfassungsrechtlich angreifbar. Die von Mehr Demokratie e.V. organisierte Verfassungsbeschwerde macht dies deutlich.

Für eine Sperrklausel gibt es derzeit keine zu ihrer Rechtfertigung erforderliche „unbedingte Erforderlichkeit“, da ausreichend rechtliche Sicherungsvorkehrungen vor allem in der Geschäftsordnung des Bundestages existieren, um die Handlungsfähigkeit des Parlaments zu gewährleisten. Hält der Gesetzgeber es für unverzichtbar, die Zweitstimmenanteile zu begrenzen, bieten sich alternative Lösungen wie die Abdeckungsregelung an.

Till Hendlmeier, Christoph Schuch, Laura Schwarz

# Antisemitismus – eine Gefahr

Über antisemitismus(un)kritische Prognosen im Versammlungsrecht

doi: 10.17176/20231111-203611-0



Seit dem Terrorangriff der Hamas am 7. Oktober 2023 auf die israelische Zivilbevölkerung haben auch die antisemitischen Vorfälle in Deutschland enorm zugenommen. Der Bundesverband der Recherche- und Informationsstellen Antisemitismus e.V. (RIAS) geht in seinem [Monitoring-Bericht](#) für den Zeitraum vom 07.10.23 bis zum 15.10.23 von einem Anstieg von 240 % im Vergleich zum Vorjahreszeitraum aus – eine akute Bedrohungslage für Jüdinnen:Juden in Deutschland (S. 5). Auch auf Versammlungen kam es dabei zu antisemitischen Äußerungen und Ausschreitungen im Zusammenhang mit dem Terrorangriff der Hamas (S. 14).

Im Rahmen des Beitrags wird aufgezeigt, dass unter hohen Voraussetzungen auch (drohende) antisemitische Handlungen und Äußerungen Einschränkungen von Versammlungen durch Auflagen, Auflösungen oder gar Verbote rechtfertigen können. Dabei wird die grundsätzliche Notwendigkeit einer antisemitismuskritischen Gefahrenprognose ins Zentrum gestellt. Aufmerksamkeit hat mehrfach der Vorgang in Frankfurt a. M. auf sich gezogen, der der näheren Betrachtung lohnt. Dort erfolgte für eine geplante Versammlung zunächst ein Verbot, das das [VG Frankfurt im Eilrechtsschutz](#) anschließend aufhob. Der [VGH Kassel](#) revidierte diese Entscheidung wiederum, sodass die besagte Demonstration letztlich rechtskräftig verboten wurde. Die Entscheidungen sind nicht allein aufgrund ihrer – in erster Instanz – [negativen Wirkung auf Jüdinnen:Juden](#) relevant, sondern auch für die Frage von antisemitismus(un)kritischen Gefahrenprognosen im Versammlungsrecht allgemein.

## Versammlungsfreiheit, Gefahrenprognose und das Strafrecht oder: Antisemitismus als unmittelbare Gefahr

Die Versammlungsfreiheit ist – das braucht eigentlich nicht eigens betont zu werden – ein hohes Gut des freiheitlichen Verfassungsstaates ([BVerfGE 69, 315 ff.](#)). Sie ermöglicht, besonders aktuell, auch Kritik an der Politik

der israelischen Regierung, Kritik an der Hamas, Streit über Menschenrechte, Rassismus und Antisemitismus, oder Solidarität mit der israelischen wie auch der palästinensischen Zivilbevölkerung. Gleichwohl schlagen pro-palästinensische Versammlungen auch immer wieder in anti-israelische, bisweilen antisemitische und terrorverharmlosende Tendenzen um. Dies kann strafrechtsrelevant sein und damit auch zu Maßnahmen gegen Versammlungen berechtigen.

Wie populistische, rassistische Rufe nach Ausbürgerungen, Ausweisungen etc. (dazu sachlich [hier](#)) ist auch der verallgemeinernde Appell nach Durchführung oder Verbot aller pro-palästinensischen Versammlungen unterkomplex. Dass sich pauschale Antworten verbieten und – wie so oft – die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind, sollte dabei insbesondere Jurist:innen bekannt sein. Schnell abhaken lässt sich jedenfalls hier nichts so einfach. Maßgeblich ist der konkrete (Lebens-)Sachverhalt, auf Grundlage dessen die zentrale Gefahrenprognose zu erstellen ist.

Die Voraussetzungen für ein Versammlungsverbot sind zu Recht sehr hoch (grundlegend [BVerfGE 69, 315 ff.](#)). Der Schutz von friedlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen oder unter freiem Himmel durch Art. 8 GG und die einfachrechtlichen Versammlungsgesetze (Bund und Länder) „gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens.“ ([BVerfGE 69, 315](#)). Ein Verbot einer Versammlung kann allenfalls zum Zwecke des Schutzes wichtiger Gemeinschaftsgüter erfolgen, wobei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt anzuwenden ist. Nur als ultima ratio, wenn also keine gleich wirksamen, mildereren Mittel vorliegen, kann im Falle einer unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit ein Verbot ausgesprochen werden ([BVerfGE, 69, 315, 352 f.](#)). Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist – wenn das jeweilige Versammlungsgesetz diese überhaupt beinhaltet – in der Regel nicht ausreichend ([BVerfGE, 69, 315, 352 f.](#); so nun auch die meisten Lan-

desversammlungsgesetze).

Das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestimmt die Behörde mittels der zentralen Gefahrenprognose zum Zeitpunkt des Verbotserlasses. Dabei muss die Behörde ein substantiiertes „Wahrscheinlichkeitsurteil“ treffen, konkrete sowie nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte vorbringen und nicht allein Vermutungen aufstellen (BVerfGE, 69, 315, 353 f.). Als Indizien können auch vorherige Versammlungen miteinbezogen werden im Hinblick auf Thema, Ort, Zeit sowie den Beteiligtenkreis (BVerfG, [Beschluss vom 4. September 2009 – 1 BvR 2147/09, Rn. 13](#)). Auch Gegenindizien sind jeweils zu prüfen (Ebd, Rn. 9).

Anzunehmen ist eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit jedenfalls bei wahrscheinlich drohenden Straftaten gegen zentrale Rechtsgüter, wie Leben, Menschenwürde, Gesundheit, Freiheit und Ehre des Einzelnen. Im Rahmen dieser sind auch die Rechte von in Deutschland lebenden Jüdinnen:Juden zu berücksichtigen, so etwa neben dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) vor allem das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 I GG iVm. Art. 2 I GG, unter Umständen sogar die Menschenwürde nach Art. 1 I GG.<sup>1</sup> Für den aktuellen Kontext der pro-palästinensischen Versammlungen sind die genannten Rechtsgüter durch die Straftatbestände der Volksverhetzung nach § 130 StGB, die Belohnung und Billigung von Straftaten nach § 140 StGB, die öffentliche Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB und die Beleidigung nach § 185 StGB geschützt (siehe dazu bereits [hier](#)).

Das Strafrecht schützt also auch vor bestimmten (Artikulations-)Formen des Antisemitismus. Bei der strafrechtlichen Bewertung (antisemitischer) Äußerungen gilt es jedoch, das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsfreiheit des:der Äußernden nach Art. 5 I 1 Alt. 1 GG und dem strafrechtlichen Diskriminierungsschutz des:der Bezeichneten durch die zu schützenden Rechtsgüter der jeweiligen Norm zu beachten.<sup>2</sup> Diese beiden sich gegenüberstehenden Positionen müssen im Rahmen der rechtlichen Würdigung der antisemitischen Äußerung durch Abwägung in ein Verhältnis

gebracht werden. Dabei gilt es zu beachten, dass antisemitische Äußerungen nicht immer unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, nämlich dann nicht, wenn es sich nicht um eine Meinung, sondern um eine falsche Tatsachenbehauptung handelt. Fällt die antisemitische Äußerung unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, muss diese mit dem durch die Äußerung betroffenen Rechtsgut abgewogen werden. Auch israelbezogener Antisemitismus (grundlegend dazu [Bernstein, Holz/Haury](#)) – wie er insbesondere aktuell im Kontext pro-palästinensischer Versammlungen vermehrt artikuliert wird – ist daher weder schlicht bedauerenswert („*bad, if true*“) noch eine bloße Belästigung, die „Dritte im allgemeinen ertragen müssen“ (BVerfGE 69, 315, 353), sondern mitunter strafrechtsrelevant.

Nur ein paar Beispiele für mögliche strafrechtlich relevante Formen des (israelbezogenen) Antisemitismus: Die antisemitische Äußerung „From the river to the sea – Palestine will be free!“, die in der Konsequenz die Auslöschung des israelischen Staates fordert, kann im [konkreten Einzelfall](#) durchaus als Volksverhetzung gem. § 130 I Nr. 1 StGB in Form des Aufstachelns zu Hass [eingeordnet](#) werden. Maßgeblich ist hier die kontextualisierte Deutung der Äußerung, also die Ermittlung des objektiven Sinngehalts unter Berücksichtigung der Umstände – auch des verdeckten Inhalts. Wird die benannte Parole im [Kontext des Angriffs der Hamas vom 07.10.2023](#) getätigt, kommt ggf. sogar eine [Strafbarkeit wegen der Billigung von Straftaten nach § 140 Nr. 2 StGB](#) in Betracht, [denn dies legt nahe, dass die Parole als Aufruf zur Vernichtung der in Israel lebenden Jüdinnen:Juden verstanden werden soll](#). Darüber hinaus kommt bei Äußerung besagter Parole eine Strafbarkeit nach § 86a StGB wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger oder terroristischer Vereinigungen in Betracht, sieht man die Parole als Kennzeichen der Hamas (AG Mannheim, Urteil vom 17.01.2023; nun auch vom [BMI](#) als solches eingeordnet; dazu [hier](#)). Auch die Verwendung von Plakaten mit dem Slogan „One Holocaust does not justify another – free Palestine“ enthält die strafrechtlich relevante Gleichsetzung der Selbstverteidigung Israels mit dem Ho-

<sup>1</sup>Zur Verletzung der Menschenwürde durch (antisemitische) Äußerungen siehe Florian Knauer, Der Schutz der Menschenwürde im Strafrecht, ZStW 126 (2014), 305; Laura Schwarz/Martin Heger, Die verhetzende Beleidigung – ein neuer Straftatbestand zur Bekämpfung von Hasskriminalität, ZStW i. E.

<sup>2</sup>Sergey Lagodinsky, Kontexte des Antisemitismus, S. 223 ff., 271 ff.; Doris Liebscher, Sind Juden weiß? in: Schüler-Springorum (Hrsg.), Jahrbuch für Antisemitismusforschung 2020, S. 426.

<sup>3</sup>Vgl. zur Holocaust-Verharmlosung im ähnlichen Kontext der Ungeimpft-Stern-Problematik: Elisa Hoven/Annika Obert, Das

locust und kann zur Strafbarkeit wegen Volksverhetzung nach § 130 III StGB führen.<sup>3</sup> Des Weiteren kann die Parole „Khaibar, Khaibar, ya yahud, jaish muhammad saya‘ud!“<sup>4</sup> im Einzelfall den Straftatbestand der öffentlichen Aufforderung zur Begehung von Straftaten nach § 111 StGB erfüllen (in Betracht kommen hier §§ 6, 7 VStGB sowie § 211 StGB). Nicht zuletzt kommt es im Rahmen von Versammlungen – so auch jüngst – immer wieder zu strafrechtlich relevanten Beleidigungen<sup>5</sup> durch die Verwendung von herabwürdigenden Äußerungen oder Chiffren wie beispielsweise „Judenpresse“ oder „Zionistenmedien“. All dies ist im Rahmen der Gefahrenprognose zu berücksichtigen.

### Vom VG Frankfurt zum VG Kassel

Wie dies misslingen kann, illustriert die bereits angesprochene Entscheidung des VG Frankfurt. Das Gericht hatte es in seiner Entscheidung vom 13.10.2023 mit einer Verbotsverfügung der Stadt Frankfurt a. M. vom 12.10.2023 zu tun, die die Versammlung zum Thema „Ein freies Palästina“ betraf. Diese war für den 14.10.2023 angesetzt und sollte als Kundgebung am Frankfurter Opernplatz mit anschließendem Demonstrationzug durch die Innenstadt stattfinden. Die Anmelderin hatte bereits am 7.10.2023, dem Tag des Terrorangriffs der Hamas auf die israelische Zivilbevölkerung, eine Spontanversammlung in Berlin zum wortgleichen Thema durchgeführt.

Das VG Frankfurt hob das Verbot der Versammlung auf und stellte dabei insbesondere auf die nicht „ausreichend konkrete und nachvollziehbare Tatsachengrundlage“ für die Gefahrenprognose ab (Rn. 33 ff.). Dabei hatte die Stadt Frankfurt vorgebracht, dass es zu Straftaten und Gewalt kommen würde und zog vergleichend die Versammlung am 7.10.2023 in Berlin heran. Durch die Anmeldung der Versammlung am 7.10. in Berlin durch dieselbe Antragstellerin sei ein ähnlicher Teilnehmenden-

Tragen von „Ungeimpft“-Sternen – Geschmacklosigkeit oder Straftat?, NStZ (2022), 231; Alexander Roth, Hasskriminalität – ein neues Konzept in der Strafverfolgungswirklichkeit, GSZ 2022, 123.

<sup>4</sup>Auf Deutsch: „Khaibar, Khaibar, oh Juden, erinnert euch an Khaibar, die Armee Mohammeds kehrt zurück. “Die Parole bezieht sich auf einen Feldzug des Propheten Mohammeds gegen eine von Jüdinnen:Juden besiedelte Oase im Jahr 628, der mit Eroberung des Gebiets und, einigen Quellen zufolge, einem Massaker an einem Teil der jüdischen Bevölkerung endete. Die Reproduktion dieser Parole im heutigen Kontext gleicht einem Aufruf zum Pogrom an Jüdinnen:Juden, der mit der religiösen Überlieferung legitimiert wird.

<sup>5</sup>Siehe zuletzt das AG Braunschweig, welches im März 2023 ein Mitglied der rechtsextremen Partei „Die Rechte“ wegen Beleidigung verurteilt hat. Der verurteilte Rechtsextremist hatte im November 2020 zu einem Fackelaufzug vor der Synagoge in Braunschweig im Rahmen einer von ihm angemeldeten Demonstration unter dem Motto „Freiheit für Palästina – Menschlichkeit ist nicht verhandelbar. Zionismus stoppen“ aufgerufen. Als Termin war der Zeitraum von 19.33 bis 19.45 Uhr angegeben, vgl. dazu „Rechtsextremist wegen judenfeindlicher Beleidigung verurteilt“, Jüdische Allgemeine vom 28.3.2023, <https://www.juedische-allgemeine.de/politik/rechtsextremist-wegen-judenfeindlicher-beleidigung-verurteilt> (zuletzt abgerufen am 2.11.2023).

kreis zu befürchten, etwa aus dem Umfeld der inzwischen verbotenen Gruppe Samidoun und weiteren Gruppen, die schon im Vorfeld als Mobilisierung zur Frankfurter Versammlung durch Verteidigung des Terrorangriffs der Hamas am 7.10. Terrorverharmlosung betrieben hätten. Außerdem wurden Äußerungen der Antragstellerin aufgeführt, die neben antisemitischen Äußerungen auch das Existenzrechts Israels verneinte und die Hamas nicht als Terrororganisation, sondern als legitimen palästinensischen Widerstand einordnete. Mildere Mittel seien letztlich auch nicht sinnvoll, da es der Versammlung gerade um die Verherrlichung von Straftaten gehe (Rn. 8 ff.).

Die sich auf diese Gefahrenprognose der Stadt beziehende Begründung des Gerichts ist aus mehreren Gründen problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Einordnung des wahrscheinlichen Vorkommens (straf-)rechtsrelevanten Antisemitismus und aufgrund einer lebensfernen Beurteilung durch das Gericht. So wurde etwa der Bezug zur Berliner Versammlung als nicht überzeugend abgetan. Die Tatsachengrundlage im Verbotsurteil des VG Berlin sei „dichter strukturiert“ gewesen. Auch Aussagen der Antragstellerin, dass sie antisemitische Teilnehmer:innen ausschließen würde, keine Straftaten dulde und sich von Samidoun sowie von Gewalt als Mittel der Politik distanzieren, wurden vom Gericht angeführt (Rn. 33 ff.). „[W]eshalb sie [die Antragstellerin] dann – anders als von ihr angeführt – Straftaten nicht verurteilen und diese nicht zu verhindern versuchen sollte, ist für das Gericht nicht ersichtlich.“ (Rn. 35).

Was dem VG Frankfurt „nicht ersichtlich“ war, zeigt es dann dadurch, dass es die versammlungsrechtlich legitime und hier sachlich zutreffende Berücksichtigung der Versammlung in Berlin schlicht abschneidet. Es erkennt dabei, dass die selbst dargelegte Tatsachengrundlage in Frankfurt ebenfalls ähnlich dicht strukturiert ist, wie dies beim VG Berlin der Fall war. Schließlich vollführt

das VG Frankfurt schlicht eine antisemitismusunkritische, lebensferne und letztlich rechtlich falsche Einordnung der Gefahrenprognose. Erst kurz zuvor, also rund um den 7.10. getätigte Aussagen der Antragstellerin, wie „Palästina hat gezeigt, dass es sich selbst befreien kann, es hat sein Gefängnis gesprengt – jetzt ist unsere Aufgabe an der Seite unserer Geschwister zu stehen und ihren Kampf auf die Straße zu bringen.“ (Rn. 8) egalisiert das Gericht durch diesen Äußerungen grotesk widersprechende, rein strategische Erklärungen der Antragstellerin in ihrer Antragsbegründung.<sup>6</sup> Konkrete Einordnungen zum Strafrecht wie eine Abwägung fehlen beim Gericht ebenso. Dabei ist diese Einordnung gerade essentiell für eine Beurteilung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch die Versammlung.

Die zutreffende Gefahrenprognose der Stadt Frankfurt hat das VG Frankfurt damit durch eine antisemitismusunkritische und schlicht lebensferne Einordnung abgewiegelt. Die Entscheidung zur Aufhebung des Verbots durch das VG Frankfurt wurde letztlich durch den VGH Kassel, im Argumentationsmuster ähnlich dem VG Berlin, korrigiert und rückgängig gemacht. Der VGH stellte dabei gerade auf die vorangegangenen Versammlungen der Antragstellerin in den Tagen zuvor ab, bei denen es zu strafbaren Handlungen gekommen war, und brachte diese konkret mit Antisemitismus in Verbindung.

## Antisemitismuskritische Gefahrenprognose

Laut einer Studie der European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) von 2018 geben 73% der in Deutschland befragten Jüdinnen:Juden an, dass der arabisch-israelische Konflikt ihr Sicherheitsgefühl in Deutschland stark oder ziemlich stark beeinflusst (S. 43). Dies hängt auch mit antiisraelischen Demonstrationen zusammen, auf denen es immer wieder zu antisemitischen Äußerungen kommt. Die zahlreichen antisemitischen Vorfälle in und außerhalb von Versammlungen führen somit zu einem Bedrohungsgefühl bei Jüdinnen:Juden in Deutschland (S. 32). Eine Studie unter in Deutschland lebenden

Jüdinnen:Juden aus dem Jahr 2017 ergab, dass 79% der Befragten angaben, in den 12 Monaten vor der Befragung für die Politik der israelischen Regierung verantwortlich gemacht worden zu sein (S. 19).

Vor dem Hintergrund des Massakers der Hamas aber auch der beschriebenen antisemitischen Reaktion darauf in Deutschland bleiben jüdische Schüler:innen der Schule fern, jüdische oder israelische Restaurants bleiben geschlossen und Jüdinnen:Juden vermeiden in der Öffentlichkeit als jüdisch erkennbar zu sein. Auch und vor allem der israelbezogene Antisemitismus, das Gewand in dem sich das „Chamäleon“ des Antisemitismus (vgl. Schwarz-Friesel, S. 30 f.) heute vor allem zeigt,<sup>7</sup> ist Grund für dieses Unsicherheitsgefühl. Träger:innen dessen sind nicht „die Anderen“, wie ein bayrischer Politiker aus Landshut meint und eine Verlagerung des Problems in eine rassistische Migrationsdebatte verfolgt, sondern alle Teile der Gesellschaft (vgl. statt vieler Bernstein, S. 79ff; historisch Holz/Haury, S. 113 ff.), in der der (israelbezogene) Antisemitismus auch als „Vereinigungsideologie“ (Salzborn, S. 139) dient.

Aktuelle und bleibende Aufgabe von Behörden wie Gerichten ist es, diese und weitere Erkenntnisse der Antisemitismusforschung zum (israelbezogenen) Antisemitismus in die Gefahrenprognose miteinzubeziehen. Dabei nicht in rassistische Ressentiments zu fallen ist ebenfalls Grundlage für verfassungsmäßige, differenzierte Entscheidungen im Versammlungsrecht, die von Auflagen über Verbote, Eingriffe gegen Störer:innen bis Auflösungen reichen können.

Das Bemühen des schillernden Begriffs der „Staatsräson“ – oft als Strohmannargument, das kurzerhand vordemokratische Assoziationen weckt<sup>8</sup> – ist den Diskussionen der Versammlungsverbote jedenfalls nicht hilfreich (so aber abgerufen hier und hier). Allenfalls im Sinne Adolf Arndts, der die Verfassung als Staatsräson der Bundesrepublik bezeichnet hat, ist dieser Begriff wohl sinnvoll. Denn das (Verfassungs-)Recht selbst zeigt unter hohen Voraussetzungen verfassungsrechtliche Rechtfertigung

<sup>6</sup>Zur Täuschung bei Anmeldung vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. März 2001 – 1 BvQ 13/01, Rn. 20.

<sup>7</sup>Diesen als „dominierende Form des Antisemitismus in der Gegenwart“ benennend Julia Bernstein, Israelbezogener Antisemitismus (2021), S. 7. Im Vergleich zum Vorjahr im Hinblick auf die Anzahl antisemitischer Vorfälle ist diese Erscheinungsform „nahezu konstant“ und „nach wie vor von großer Bedeutung“ RIAS Bund, Antisemitische Vorfälle in Deutschland 2022, S. 23 f. Vgl. etwa auch die Statistik für Bayern RIAS Bayern, „From the river to the sea“ – Israelbezogener Antisemitismus in Bayern 2021, <https://report-antisemitism.de/publications/> (zuletzt abgerufen am 2.11.2023).

<sup>8</sup>Dabei werden neben der historischen Dimension und Entwicklung allgemein, rechtlich einhegende, gar „rechtsstaatliche“ Ansätze aus dem 17. Jahrhundert in der Regel übergangen. Herfried Münkler, Im Namen des Staates (1987), S. 204, 264 ff., der unter anderem auf Ludovico Zuccolo, Daniel de Priezac und Spinoza verweist.



tigungen für Beschränkungen von Versammlungen auf.

Die theoretische Möglichkeit antisemitismusfreier, pro-palästinensischer Versammlungen wird sich in den kommenden Tagen und Wochen – so ist zu hoffen –

praktisch unter Beweis stellen. Ob dies gelingt, wird sich zeigen. Davon ist abhängig, ob die Teilnehmenden „die von ihnen verfolgten Ziele verdunkeln“ (BVerfGE 69, 315, 360).

Maryam Kamil Abdulsalam, Tobias Roß

# Im Wettlauf mit der Zeit

Die Novelle des BVerfSchG auf dem Prüfstand

doi: 10.17176/20231114-113426-0



Die Ampel hat sich in ihrem Koalitionsvertrag bis 2025 eine umfassende Reform des Sicherheitsrechts vorgenommen. Wie so oft in dieser Legislatur kam ihr dabei jedoch etwas in die Quere – diesmal das Bundesverfassungsgericht. Karlsruhe erklärte im Herbst 2022 bestimmte Informationsübermittlungsvorschriften des Bundesverfassungsschutzgesetzes für verfassungswidrig – und setzte dem Gesetzgeber enge Fristen zur Reparatur bis Ende 2023. Nicht viel Zeit, um einen Kernbereich des Sicherheitsrechts neu zu justieren und zugleich in einem hoch volatilen politischen Umfeld angemessene Regelungen zu finden. Inzwischen liegt ein Gesetzentwurf vor, der allerdings an mehreren Stellen mit den Vorgaben aus Karlsruhe offensichtlich nicht zu vereinbaren ist.

## Die Vorgaben des BVerfG an die Neuregelung der Übermittlungsbefugnisse

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner aktuellen Rechtsprechung hohe Anforderungen an Datenübermittlungsvorschriften. Diese sind für den Verfassungsschutz elementar: Hat er nämlich ausreichend Anhaltspunkte für eine Gefahrenlage – zum Beispiel für Anschlagpläne – gesammelt, kann er nicht selbst aktiv werden, sondern übermittelt diese an Polizei oder Staatsanwaltschaft. Das Gericht verlangt allerdings wegen des tiefgreifenden Grundrechtseingriffes – insoweit nicht überraschend – eine Ermächtigungsgrundlage, die dem Gebot der Normenklarheit entspricht und verhältnismäßig ist, was sich nach dem in jüngeren Entscheidungen des BVerfG entwickelten Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung bestimmt (BVerfG, Urt. v. 26.4.2022 – 1 BvR 1619/1, Rn. 232).

Das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung verlangt bei einer Datenübermittlung, dass der Verfassungsschutz die zu übermittelnden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln neu erheben dürfte (BVerfG, Beschl. 28.9.2022 – 1 BvR 2354/12, Rn. 122 mwN). Dabei unterscheidet das BVerfG zwischen

der Übermittlung nachrichtendienstlich erhobener Daten an Gefahrenabwehrbehörden mit und ohne „operative Zwangsbefugnisse“. Bei einer Übermittlung an Behörden mit operativen Zwangsbefugnissen gelten besonders strenge Anforderungen. Heißt: Es muss für ein besonders gewichtiges Rechtsgut wenigstens eine konkretisierte Gefahr bestehen. (BVerfG, Beschl. v. 28.9.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 123). Diesen Vorgaben kann der Gesetzesentwurf also nur entsprechen, wenn er Übermittlungsregelungen enthält, die den Zweck des Schutzes besonders gewichtiger Rechtsgüter verfolgen und er zugleich eine Systematik vorsieht, die nach Art der Datenweiterverwendung Übermittlungsschwellen formuliert.

## Welche Befugnisse enthalten die Neuregelungen – und wie sind sie zu bewerten?

Im Zentrum der Kritik – auch aus Reihen der Regierungsfractionen – steht bisher vor allem § 20 BVerfSchG-E. Um allerdings den Hintergrund zu verstehen, ist es unerlässlich, sich zunächst einen kurzen Überblick über die Systematik der Übermittlungsvorschriften zu verschaffen:

In ihrer Systematik unterscheiden die Vorschriften nach dem Empfänger (inländische öffentliche Stellen, inländische Stellen, Strafverfolgungsbehörden) von übermittelten Daten und der möglichen Anschlussverwendung, namentlich „zur Gefahrenabwehr“ (§ 19), „zum administrativen Rechtsgüterschutz“ (§ 20) oder „zur Strafverfolgung“ (§ 21).

§ 19 Abs. 2 stellt zudem eine Zweckformulierung dar, auf die auch die übrigen Normen zurückgreifen (§ 20 Abs. 1, § 22 Abs. 3), sodass die Übermittlung im Ausgangspunkt immer zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter veranlasst sein muss. Dies – so die Gesetzesbegründung – erlaube aber zunächst nur die informationelle Anschlussnutzung durch Weiterverarbeitung beim Empfänger, zum Beispiel zur Erarbeitung eines Lagebildes. Alle Befugnisse, die darüber hinausgingen, müssten „situativen Schwellen“ genügen, die der Entwurf in den einzelnen Normen aufgestellt haben will (BT-Drs. 20/8626, S.

19).

§ 19 befasst sich mit der Übermittlung an inländische öffentliche Stellen zur Gefahrenabwehr. Die soll in Zukunft möglich sein, wenn „dies auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte im Einzelfall erforderlich ist“, entweder (1.) zur Abwehr einer Gefahr für die Schutzgüter des § 19 Abs. 2, „die bereits im Einzelfall besteht oder in absehbarer Zeit in bestimmter Art zu entstehen droht“ oder (2.) zur Verhinderung einer Straftat, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist. Die Formulierung in § 19 Abs. 1 Nr. 1 soll die Vorgabe der konkretisierten Gefahr aufgreifen, die dann auch Anschlussbefugnisse unter Verwendung operativen Zwangs ermöglicht. Die konkretisierte Gefahr findet sich nicht wortwörtlich wieder, weil diese – so die Gesetzesbegründung – kein etablierter Begriff des Gefahrenabwehrrechts sei, sondern eine Wortneuschöpfung des BVerfG. Die Formulierung einer Gefahr, „die bereits im Einzelfall besteht oder in absehbarer Zeit in bestimmter Art zu entstehen droht“ ist also ein Versuch der tatbestandlichen Annäherung des Gesetzgebers an den Begriff der konkretisierten Gefahr.

Allerdings kann man mit guten Gründen bezweifeln, dass der Versuch, die Vorgaben des BVerfG tatbestandlich umzusetzen, tatsächlich gelungen ist. Schon die Definition der Schutzgüter in § 19 Abs. 2 BVerfSchG ist nicht zweifelsfrei: Man mag noch mit dem Gesetzgeber davon ausgehen wollen, dass „der Gedanke der Völkerverständigung“ ein besonders gewichtiges (wenn auch hinsichtlich seiner Konturenlosigkeit kritisches) Rechtsgut ist. Aber wenn sodann neben Leib, Leben, Freiheit einer Person auch „vergleichbar besonders wichtige Rechtsgüter einer Person“ den Eingriff begründen sollen, bewegt sich der Entwurf jenseits der Bestimmtheiterfordernisse im Bereich des unzulässig Ungefährlichen.

Nichts anderes gilt schließlich auch für den § 20 BVerfSchG, der Kerngegenstand der (kritischen) Befassung in der Ausschussanhörung am 6. November war. § 20 des Entwurfs schließt die Anwendung operativer Befugnisse von vornherein aus, fasst den Empfängerkreis von Informationen des Verfassungsschutzes jedenfalls seinem Wortlaut nach aber sehr weit: Es kommt demnach lediglich darauf an, dass es sich um eine „inländische Stelle“ handelt. Voraussetzung ist an dieser Stelle zudem auch keine konkretisierte Gefahr, sondern „tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall“, welche die Übermittlung zum Schutz der Schutzgüter erforderlich machen, wenn

zudem bestimmte – von § 20 katalogartig aufgelistete – „Risikosituationen“ vorliegen.

§ 20 ist in seiner bisherigen Form – so deutlich muss man es sagen – gesetzgebungstechnisch misslungen und begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Man kann noch darüber streiten, ob aufgrund der fehlenden operativen unmittelbaren Zwangsbefugnisse in § 20 die Abkehr von dem Erfordernis einer konkretisierten Gefahr und damit eine noch weitere Vorverlagerung zulässig ist. Definitionen wie in § 20 Abs. 1 Nr. 3 („besondere Gelegenheiten durch besondere Sachverhalte oder Rechtsverhältnisse für Handlungen, die die Bestrebungen oder Tätigkeiten besonders fördern, zu vermeiden“) sind nicht vollzugsfähig: Wie sollen Behörden ein dreifaches „Besonders“ im konkreten Fall rechtssicher anwenden?

Ebensolchen Bedenken begegnet schließlich auch die Formulierung in § 20 Abs. 1 Nr. 5, wonach der Verfassungsschutz – im Anschluss an eine detaillierten Aufzählung einzelner konkreter Risikofaktoren – Daten auch übermitteln kann, wenn diese erforderlich sind, um „auf vergleichbare Weise das Gefährdungspotenzial der Bestrebungen oder Tätigkeiten zu reduzieren“.

Der Gesetzgeber steckt hier freilich in einem Dilemma: § 20 unternimmt den Versuch, einerseits rechtssichere Grundlagen für gezieltes nachrichtendienstliches Vorgehen gegen typisierte Risikosituationen zu formulieren, während zugleich ein – generalklauselartiger – Auffangtatbestand die notwendigen Handlungsmöglichkeiten für zukünftige, unvorhersehbare Handlungsstrukturen von Bestrebungen der unterschiedlichen Phänomenbereiche schaffen soll. Denn wer weiß schon, wie sich verfassungsfeindliche Bestrebungen und ihre Methoden in der Zukunft weiterentwickeln? Man kann dem Gesetzgeber zudem zugutehalten, dass er sich in der Gesetzesbegründung um Klarheit bemüht:

So erläutert die Gesetzesbegründung, dass die Übermittlungsschwelle in § 20 insgesamt eine „besondere situative Schwelle“, einen sog. Risikosachverhalt erfordert. Dieses konkrete Risiko soll Anhaltspunkt sein für ein spezifisch gesteigertes Gefährdungspotenzial der Bestrebungen bzw. Tätigkeiten. Dieses wiederum drücke sich in besonderen Tatmitteln (Waffen, Sprengstoff, Giftstoffe) oder besonderen Tatgelegenheiten (Zugang zu Sicherheitsbereichen oder Verschlussachen und ähnliches) aus. Zusätzlich müsse diese qualifizierte Situation ein administratives Einwirken konkret erforderlich ma-

chen (BT-Drs. 20/8626, S. 26). Allerdings begründet alleine die Notwendigkeit für einen Auffangtatbestand – die man hier *per se* anerkennen kann – noch nicht die konkret gefundene Lösung. Diese ist aktuell zu unbestimmt und bedarf einer systematisch an den Katalogtatbeständen orientierten Konkretisierung, um einerseits verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen und andererseits der Anwendungspraxis Rechtssicherheit zu geben.

### **Datenübermittlung an Private: Was erfährt mein Vermieter künftig vom Verfassungsschutz über mich?**

Auch, wenn für § 20 BVerfSchG-E erkennbar eine Übermittlung an behördliche Empfänger als Vorbild diente, so ermöglicht sie durchaus auch die Übermittlung an Private. In der Vorschrift selbst ist nämlich davon die Rede, dass der Verfassungsschutz personenbezogene Daten „an inländische Stellen“ übermitteln darf. Inländische Stellen können auch Private sein. So erscheint es vorstellbar, dass künftig ein Verkäufer eines Grundstückes vom Verfassungsschutz personenbezogene Informationen über einen potenziellen Grundstückskäufer erhält. Nichts anderes gilt für einen Vermieter, an den der Verfassungsschutz mit Informationen über seinen Mieter oder Mietinteressenten herantritt.

Allerdings gilt dies wiederum nicht für Situationen der allgemeinen Lebensführung. Das Gesetz fordert vielmehr, dass eine Risikosituation besteht. In der Theorie ist die Sache also recht simpel: Geht ein erwiesener Verfassungsfeind Brötchen kaufen, darf der Verfassungsschutz deshalb auch künftig selbstverständlich nicht mit Informationen zur Bäckerei gehen. Planen rechte Verfassungsfeinde dagegen ein völkisches Schulungszentrum, um dort einen neuen bundesweiten Vernetzungsort zu schaffen, so kann eine Datenübermittlung nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 c) BVerfSchG-E z.B. an Verpächter erfolgen – allerdings beschränkt auf die Zwecke des Gesetzes, also gefährdungsmindernd auf das spezielle Risiko. Das sind die klaren Fälle.

Was aber ist etwa mit der Konstellation, dass die allgemeine Lebensführung sich nicht von den verfassungsfeindlichen Bestrebungen trennen lässt, wenn etwa ein Verfassungsfeind im Keller einer angemieteten Privatwohnung ein Bombenlabor einrichtet? Hier sind Klarstellungen im Entwurf notwendig, will man einen konturenlosen Anwendungsbereich vermeiden. Zudem gilt, dass

die Übermittlung an Private gem. § 25c BVerfSchG-E unter der verfahrensrechtlichen Sicherung des sog. Behördenleitervorbehalts steht. Die Amtsleitung des BfV muss also jeder Übermittlung an Private zustimmen. Dieser Vorbehalt stellt eine Übermittlung an Private zwar unter erhöhte formale Anforderungen, allerdings sind damit keine erhöhten materiellen Anforderungen verbunden.

Jedenfalls die völlig ohne Differenzierung erfolgende Gleichsetzung von privaten und öffentlichen Stellen in § 20 begegnet durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Im weiteren Gesetzgebungsprozess muss der Bundestag deshalb ebenso berücksichtigen, dass die Datenübermittlung an Private immer auch mit einem hohen Missbrauchspotential einhergeht – schließlich sind private Dritte im „Umgang“ mit nachrichtendienstlichen Informationen regelmäßig nicht „geschult“, was den Eingriff noch verstärkt. Denn Betroffene sind nicht nur durch die Datenübermittlung selbst beschwert, sondern vielmehr noch von einer erheblichen Stigmatisierungswirkung betroffen, die von dem Eindringen dieser Informationen in seinen privaten Lebensbereich ausgeht. Will man also eine Übermittlung auch an Private erlauben muss sich der Gesetzgeber der besonderen Situation bewusst sein, entsprechende Verhältnismäßigkeitserwägungen anstellen und auch entsprechende zusätzliche materiell-rechtliche Sicherungen einziehen. Allein ein Behördenleitervorbehalt als verfahrensrechtliche Sicherung reicht nicht aus, wenn es an der materiellen Sicherung fehlt.

### **Vergleich zur Vorgängerregelung: Eine Verschlimmderung?**

Die Reform sollte eine Korrektur hin zu mehr Grundrechtsschutz darstellen, die bisherigen Reaktionen ([hier](#), [hier](#) oder [hier in der Expertenanhörung des Innenausschusses am 6.11.2023](#)) lassen aber Gegenteiliges vermuten. Ein umfassender Vergleich muss an anderer Stelle erfolgen, hier steht die Übermittlung an Private im Zentrum. Denn auch diese Befugnis ist nicht ganz neu: Schon bisher ermöglichte § 19 Abs. 4 BVerfSchG die Übermittlung an nichtöffentliche Stellen. Nämlich dann, wenn es zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Gewährleistung der Sicherheit von lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen nach § 1 Abs. 4 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes

erforderlich“ war. Anstatt des Behördenleitervorbehalts stand diese Befugnis unter dem Vorbehalt einer Zustimmung durch das Bundesministerium für Inneres und Heimat.

§ 20 BVerfSchG-E ist dadurch jedenfalls enger geworden, dass nun zum Schutzzweck die besondere Risikosituation als Schwelle hinzutritt, sodass eine Anwendung auf besondere Einzelfälle beschränkt wird. Allerdings wird er zugleich in seinen Schutzzwecken deutlich ausgeweitet, da § 19 Abs. 2 eine weitergehende Auflistung von zu schützenden Rechtsgütern enthält. So fielen unter die Vorschrift des § 19 Abs. 4 BVerfSchG bisher nicht die in § 19 Abs. 2 BVerfSchG-E enthaltenen Grundrechte Einzelner.

Ein weiterer Unterschied sollte jedoch aufhorchen lassen: Die Übermittlungsvorschriften sind zurecht geprägt von dem das Datenschutzrecht prägenden Grundsatz der Zweckbindung. Wie aber kann die Zweckbindung bei einer Übermittlung an Private garantiert werden? Der frühere § 19 Abs. 4 S. 3-5 BVerfSchG hatte eine Antwort darauf: „Das Bundesamt für Verfassungsschutz

führt einen Nachweis über den Zweck, die Veranlassung, die Aktenfundstelle und die Empfänger der Übermittlungen nach Satz 1. (...) Der Empfänger darf die übermittelten Daten nur zu dem Zweck verwenden, zu dem sie ihm übermittelt worden sind.“ In der geplanten Regelung scheint es keine Rolle mehr zu spielen, welches Schicksal die übermittelten Daten erwartet, sobald sie an Private gelangt sind.

Der Bundesgesetzgeber ist nicht zu beneiden. Gehört eine Reform des Nachrichtendienstrechts ohnehin schon zum gesetzgeberischen „Hochreck“, so gilt das erst recht mit Blick auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts einerseits, die praktischen Bedarfe der Dienste und das aktuelle Zeitgeschehen sowie die damit verbundenen politischen Erwartungen an den Verfassungsschutz andererseits. Trotzdem: So wie der Entwurf ist, kann er nicht bleiben. Er enthält an zu vielen Stellen zu unbestimmte Regelungen, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren angepasst und konkretisiert werden müssen. Die Zeit läuft.



Philipp Glahé, Alexandra Kemmerer

# #MPIL100 — Beginn einer Spurensuche

doi: 10.17176/20231114-233459-0



für die Herausgeber von Philipp Glahé und Alexandra Kemmerer

Am Anfang steht in der Wissenschaft oft ein Zufall. Oder, um genauer zu sein: ein Moment der *serendipity*, jener glücklichen Gelegenheit, die im scheinbar absichtslosen Zusammenfallen von Konstellation und Ereignis Erkenntnis ermöglicht und hervorbringt. Im Winter 1924/25 kam es für die Völkerrechtswissenschaft zu so einem Glücksfall. Viktor Bruns, seit 1912 Professor für Staats- und Völkerrecht an der [Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin](#), hatte, so notierte es seine Frau Marie später in ihrem Tagebuch, „in den vergangenen Jahren oft und reiflich den Plan eines deutschen Lehrbuchs für Völkerrecht erwogen“. Er las Bücher und Broschüren, „ließ sich von Frau Wolff und juristischen Assistenten oder Studenten über den Inhalt von Büchern berichten, damit er nicht alles selbst durchlesen mußte“. Bald schon sei ihm aber klar gewesen, dass es für den Gesamtüberblick, der ihm vorschwebte, mehr brauchen würde als ein paar kluge und fleißige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Nötig war: ein Institut. Einige Wochen vor Weihnachten, so schildert es Marie Bruns, ließ er diesen Gedanken beiläufig in ein Gespräch mit Friedrich Glum, dem Generaldirektor der 1911 gegründeten Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft, einfließen. „Sofort nahm ihn Glum sehr lebhaft auf. ‚Das ließe sich aber sehr gut machen‘, so der einflussreiche preußische Wissenschaftsmanager; ‚voriges Jahr hat unsere Gesellschaft zu viel Geld bewilligt bekommen. Den Überschuß können wir für Ihr Institut verwenden. Aber wir müssen rasch handeln, denn sonst kommen uns andere mit törichten Unternehmungen zuvor. Da wird z.B. ein Institut für Theaterkunde geplant – was hat das für einen praktischen Nutzen?‘“

So also hat, wenn man der eifrigen Chronistin Marie Bruns trauen darf, an einem Wintertag in den mittleren, den oft verkärten goldenen Jahren der Weimarer Republik, alles begonnen. Natürlich waren noch einige Kämpfe zu bestehen. Es brauchte Verbündete in Wissen-

schaft und Politik und ein tatkräftiges *advance team*, angeführt von Marguerite Wolff, „Hausfrau des neuen Instituts“ und zugleich mit einem juristischen Referat betraut. Es brauchte eine Gründungsgruppe mit Bibliothekar und Bibliothekarin, fünf Assistenten und fünf Sekretärinnen, die dem Direktor Bruns in den Institutsräumen im Berliner Schloss zur Seite standen. Doch das „Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, zu dem sich 1926 ein privatrechtliches Schwesterinstitut gesellte, war Realität geworden – ein juristisches Kompetenzzentrum ersten Ranges, gut ausgestattet mit Büchern, Zeitschriften, Dokumenten und klugen Köpfen. Ort der Grundlagenforschung und völkerrechtspolitischer *think tank*, Elfenbeinturm und Advokatur.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (MPIL), das seit 1949 in Heidelberg die Tradition der Berliner Gründung fortführt, kann 2024 auf eine 100-jährige Geschichte zurückblicken. Als Institution der Grundlagenforschung im Völkerrecht, im Recht der Europäischen Union und im vergleichenden öffentlichen Recht ist *The Institute* weit über die deutschsprachige Rechtswissenschaft hinaus ein Begriff. Über seine Auseinandersetzung mit aktuellen Rechtsproblemen leistet das MPIL nicht nur einen Beitrag zur theoretischen Fortbildung des Rechts, es berät auch nationale, europäische und internationale Institutionen. Im Laufe seiner Geschichte waren das Institut und seine Mitarbeitenden an wegweisenden juristischen und politischen Entwicklungen beteiligt und schrieben vielfach selbst (Rechts-) Geschichte. Gute Gründe also, um anlässlich des Jubiläums die historische Entwicklung des Instituts und seinen Beitrag in Wissenschaft und Praxis zu erinnern und zu reflektieren.

## Geschichte als Problem? Zum historischen Wissensstand

Geschichte, so scheint es, war für das Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht immer ein Problem. Geschichte war Dissens, denn Geschichte, das

war für das MPIL für lange Zeit die über allem schwebende Gretchenfrage um die Positionierung des Instituts und seiner Mitarbeiter zum Dritten Reich. Es hatte seinerzeit alles gegeben: überzeugte Bejager, skeptische Beobachter, schweigende Ablehner und einen, der es wagte, unter Einsatz seines Lebens am Ende doch gegen das System aufzubegehren. Es gab die nach 1933 Ausgestoßenen und Verfolgten, es gab die nach 1945 als „belastet“ Geltenden und die rasch „Entlasteten“, es gab jene, die das Institut über alle Systemwechsel und Brüche hinweg am Leben hielten und verkörperten. Mitunter gab es gute Gründe zum Vergessen, Vieles verlor sich im Verlauf der Jahrzehnte jedoch eher nebenbei. Seit seiner Neugründung in Heidelberg 1949 schaute das Institut vor allem nach vorne, betrieb Rechtswissenschaft am Puls der Zeit, thematisierte sich selbst und seine Geschichte, wie die gesamte deutsche Gesellschaft seinerzeit, jedoch nur ungerne.<sup>1</sup> Nicht die Vergangenheit stand im Vordergrund, sondern die großen Aufgaben der Gegenwart, die von der juristischen Begleitung des Wiederaufbaus der Bundesrepublik bis zur Westintegration reichten.

Dennoch haben sich immer wieder einmal Wissenschaftler mit der Geschichte des Instituts beschäftigt. An einer weitgespannten historiographischen Darstellung fehlt es aber bislang. Die wechselhafte Geschichte des Berliner KWI von 1924 bis 1945 ist mit Ausnahme eines Aufsatzes von Ingo Hueck aus dem Jahr 2000 praktisch nicht bearbeitet worden.<sup>2</sup> Rudolf Bernhardt und Karin Oellers-Frahm, selbst über Jahrzehnte wichtige Akteure der Institutsgeschichte, haben 2018 eine Chronik vorgelegt, die entlang direkto­raler Forschungsagenden

und Outputs die Institutsgeschichte seit der Wiedergründung in Heidelberg dokumentiert.<sup>3</sup> Felix Lange hat mit seiner Biographie Hermann Moslers und diversen Einzelstudien erste wesentliche Beiträge geleistet.<sup>4</sup> Vieles aber war bislang unerforscht und unerzählt, viel ist verloren und verdrängt, viele sind vergessen.

## Ein kritischer Blick in die Institution: Erinnerungskultur, Netzwerke und Kanonisierungsprozesse

Der Blog MPIL100 möchte hier ansetzen, historische Leerstellen identifizieren und füllen aber auch weitere Fragen anregen. Er wird aktuelle Fachfragen der Forschungsfelder des MPIL in ihrer historischen Dimension neu denken, auch Akteurinnen und Akteure, die in den vergangenen 100 Jahren am Institut gewirkt haben, in den Blick nehmen. Von großer Bedeutung werden auch die formalisierten wie informellen Netzwerke des Instituts sein, lokal und national, europäisch und global. Ein besonderes Augenmerk legen wir auf die Erinnerungskultur und Kanonisierungsprozesse innerhalb des Instituts, sodass auch Personen, die aufgrund ihres Geschlechts, ihrer Herkunft, religiösen oder politischen Orientierung, insbesondere durch Verfolgung im Dritten Reich und im Zuge der demokratischen Transition nach 1945 in Vergessenheit geraten sind, wieder in den Fokus gerückt werden. Hierbei wird eine große personelle Bandbreite abgedeckt, die auch Protagonistinnen und Protagonisten umfasst, die als nicht-wissenschaftliches Personal in der Verwaltung, Haustechnik oder Bibliothek das Institut teils über viele Jahrzehnte geprägt und seine wissen-

<sup>1</sup>Hermann Mosler, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in: Heidelberger Jahrbücher XX (1976), 53-78.

<sup>2</sup>Ingo Hueck, Die deutsche Völkerrechtswissenschaft im Nationalsozialismus. Das Berliner Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, das Hamburger Institut für Auswärtige Politik und das Kieler Institut für Internationales Recht, in: Doris Kaufmann (Hrsg.), Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus. Bestandaufnahme und Perspektiven der Forschung, Göttingen 2000, Bd. 2, 490-528.

<sup>3</sup>Rudolf Bernhardt/ Karin Oellers-Frahm, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Geschichte und Entwicklung von 1949 bis 2013 (Berlin, Heidelberg: Springer 2018). Ferner: Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft)/Kaiser-Wilhelm-/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in: Eckart Henning/ Marion Kazemi (Hrsg.), Handbuch zur Institutsgeschichte der Kaiser-Wilhelm-/Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften 1911–2011. Daten und Quellen, Bd. 2, (Berlin: Archiv zur Geschichte der Max-Planck-Gesellschaft 2016), 1619-1645.

<sup>4</sup>Felix Lange, Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption. Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945 (Berlin, Heidelberg: Springer 2017). Ferner u.a. Ders., Carl Bilfingers Entnazifizierung und die Entscheidung für Heidelberg – Die Wiederbegründung des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht nach 1945, ZaöRV 74 (2014), 697-732; Ders. Kolonialrecht und Gestapo-Haft. Wilhelm Wengler 1933-1945, ZaöRV 76 (2016), 633-659; Ders., Zwischen völkerrechtlicher Systembildung und Begleitung der deutschen Außenpolitik – Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1945-2002), in: Thomas Duve/Jasper Kunstreich/Stefan Vogenauer (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Max-Planck-Gesellschaft 1948-2002, Göttingen 2023, 49-90.

schaftliche Arbeit mitemöglicht haben.

### Altes neu gelesen: disziplinengeschichtliche Aspekte

Aus der historischen Distanz möchten wir auch die Forschungsleistung des Instituts neu und kritisch würdigen. Dies betrifft die inhaltliche Vielfalt und Breite der Forschungsthemen der letzten hundert Jahre, die mit der Auseinandersetzung um den Versailler Vertrag 1924 beginnen, über den Völkerbund, das Kriegsrecht im Zweiten Weltkrieg, die europäische Integration in den 1950ern über die deutsche Wiedervereinigung bis zur Gründung der Europäischen Union reichen. Ob vergleichendes Verfassungsrecht, Völker- und Europa-Recht, Menschen-, Tier- und Umweltrechte – diese zahlreichen wissenschaftlichen Entwicklungen werden innerhalb ihres Entstehungs- und Wirkungskontextes nachvollzogen. Dies bezieht auch eine Untersuchung der Positionierung des Instituts und seiner Mitarbeitenden zu historisch kritischen Themen und politischen Kontexten mit ein, wie die Haltung gegenüber dem Dritten Reich und der Ideologie des Nationalsozialismus oder zur Kolonialisierung. Ein Zugriff hierzu kann die Auseinandersetzung mit den zahlreichen Veröffentlichungen und Editionen sein, die vom Institut verantwortet werden und wurden. Seit 1927 sind in den „[Beiträgen zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht](#)“ mehr als 300 Bände erschienen, seit 1929 hat die „[Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht](#)“ mehr als 80 Ausgaben herausgebracht. Beide sind die zentralen und langlebigsten Publikationsorgane und Spiegel der wissenschaftlichen Produktion des Instituts. Der Blog gibt Gelegenheit und Forum, diese Publikationen mit dem heutigen Blick und unseren Fragen an die Geschichte neu zu lesen und zu kommentieren.

### Vom Fachaufsatz zum Tagebuch: die Quellen

Jenseits der wissenschaftlichen Publikationen gibt es noch eine ganze Reihe weiterer Quellen, die Aufschluss über die Geschichte des Instituts geben können. Im Zuge erster Recherchen wurden zahlreiche bislang unerschlossene Dokumente aufgefunden, die auf dem Blog erst-

mals wissenschaftlich untersucht werden. Hierzu zählen Rechtsgutachten und -auskünfte des Heidelberger Instituts, die Zeugnis geben von seiner rechtsberatenden Tätigkeit für Ministerien, Behörden und Gerichte. Akten zur Selbstorganisation, wie historische Personal- und Verwaltungsakten ermöglichen sozialgeschichtliche Analysen der Mitarbeiterschaft des Instituts, Korrespondenzen und bislang verschollene Nachlässe bedeutender Institutspersönlichkeiten helfen bei der Rekonstruktion wissenschaftlicher Netzwerke. Nicht zuletzt neu aufgefundene Ego-Dokumente wie die Tagebuch-Aufzeichnungen von Marie Bruns eröffnen persönliche Perspektiven auf die Einrichtung und ihr wissenschaftliches Schaffen. Komplettiert wird dies durch eine Vielzahl überlieferter Fotografien und auch frühen Ton- und Filmaufnahmen, denen der Blog ein Forum bieten wird. Verbunden wird dies mit Interviews von Zeitzeuginnen und Zeitzeugen, die ebenso auf dem Blog erscheinen sollen.

### Ein Kaleidoskop der Perspektiven

MPIL100 möchte eine inklusive, dynamische und vernetzte Form der multiperspektivischen Historiographie und ihrer Vermittlung ermöglichen. Wir laden Forschende verschiedener Disziplinen ein, sich an unserem Projekt zu beteiligen. Aktive und ehemalige Angehörige des Instituts sind ebenso willkommen wie externe Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Unser Blog möchte bisherige Narrative und Deutungsweisen zur Arbeit und Geschichte des Instituts hinterfragen und setzt auf eine Vielzahl fachwissenschaftlicher und interdisziplinärer Perspektiven aus dem In- und Ausland. Um der offenen und global vernetzten Struktur des Instituts und seiner Vielsprachigkeit Rechnung zu tragen, werden die Beiträge des Blogs auf Deutsch und Englisch erscheinen, teilweise zusätzlich auf Spanisch und Französisch. Die Reflexion einer Institution und ihrer Akteure in der Zeit soll auch eine Auseinandersetzung mit heutigen Protagonistinnen und Bedingungen juristischer Wissensproduktion anregen und ermöglichen. Dazu laden wir ein und freuen uns auf engagierte Beitragende und ein lesefreudiges Publikum.

Teresa Katharina Harrer

# Der alte Wunsch nach einfachen Lösungen



Die Unionsfraktion fordert ein Sexkaufverbot – doch gut gemeint ist manchmal unterkomplex

doi: 10.17176/20231117-233506-0

Die Unionsfraktion des Bundestages hat am 7. November ein [Positionspapier](#) mit dem Titel „Menschenunwürdige Zustände in der Prostitution beenden – Sexkauf bestrafen“ verabschiedet, in welchem sie vorschlägt, in Deutschland das sog. Nordische Modell einzuführen und den Kauf sexueller Dienstleistungen prinzipiell zu kriminalisieren. Derartige politische Forderungen häufen sich auf nationaler und europäischer Ebene (siehe etwa [hier](#), S. 26, Nr. 41 und [hier](#)). Ziel des Sexkaufverbots nach schwedischem Vorbild ist ein Bewusstseinswandel in der Bevölkerung. Prostitution soll als Menschenrechtsverletzung begriffen werden, die einer echten Gleichstellung der Geschlechter zuwiderläuft. Doch die von der Union behaupteten Zahlen zu Umfang und Struktur der Prostitution in Deutschland sind spekulativ und die Forderungen hypokritisch. Sie blenden relevante Facetten und Akteure aus und ignorieren verfassungsrechtliche wie dogmatische Probleme.

Das Nordische Modell sieht vor, Ausstiegs- und Beratungsangebote für Sexarbeiter\*innen auszubauen, während sich Freier durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung strafbar machen. Langfristig sollen diese Maßnahmen Prostitution stark reduzieren oder möglichst ganz abschaffen. Schweden, Norwegen, Island, Kanada, Nordirland, Frankreich, Irland und zuletzt Israel haben das sog. Nordische Modell in unterschiedlichen Varianten implementiert; Finnland, Dänemark, Großbritannien, Spanien und die Schweiz entschieden sich nach parlamentarischen Debatten bislang dagegen.

## De facto ein Berufsverbot

Ein Sexkaufverbot nach Nordischem Modell würde einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Sexarbeiter\*innen darstellen. Sexarbeit/Prostitution ist ein [Beruf im Sinne des Art. 12 GG](#) (Rn. 22). Wenn die Nachfrage nach der angebotenen Leistung kriminalisiert würde, käme das *de facto* einem Berufsverbot gleich. Ein solches wäre nach

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gegen nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren zulässig und erst dann, wenn alle weniger invasiven Eingriffe keinen Erfolg versprechen. Nach dem derzeitigen [empirischen Kenntnisstand](#) (S. 36 f.) zu Menschenhandel und Zwangsprostitution in Deutschland wäre dieser Nachweis kaum zu führen.

Daneben ist das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung sowohl der Kund\*innen als auch der Sexarbeiter\*innen betroffen. Eine konsensuale sexuelle Interaktion zwischen Erwachsenen strafrechtlich zu verbieten, unterliegt einem erheblichen Rechtfertigungsdruck. Insbesondere für die Fälle, in denen konsensualer Bezahlsex für Menschen die einzige Möglichkeit darstellt, ihre Sexualität auszuleben und zu entfalten – etwa im Rahmen von Sexualbegleitung/-assistenz für Menschen mit körperlicher und/oder geistiger Beeinträchtigung – ist ein generelles Nachfrageverbot kaum zu rechtfertigen.

Außerdem wirft ein faktisches Berufsverbot für eine Gruppe, die weit überwiegend aus Frauen besteht, auch Fragen im Hinblick auf den staatlichen Gleichstellungsauftrag gemäß Art. 3 Abs. 2 GG auf. Ein Sexkaufverbot ist die Einschränkung einer spezifisch weiblichen Form des Gelderwerbs. Eine belastende Regelung, die faktisch Frauen in überdurchschnittlicher Anzahl betrifft, wirkt als eine mittelbare Diskriminierung für diejenigen, die die Tätigkeit freiwillig und selbstbestimmt ausüben.

Die Tatsache, dass Ermittlungen im sog. „Rotlicht-Milieu“ schwierig und personell aufwendig sind, rechtfertigt keine generelle Kriminalisierung. Strafrecht darf als *ultima ratio* nur und erst dann eingesetzt werden, wenn hochwertige Rechtsgüter nicht anders geschützt werden können. Polizeiliche und behördliche Ermittlungsarbeit zu erleichtern, ist hingegen nicht die Aufgabe von Strafrecht (Renzikowski, An den Grenzen des Strafrechts – Die Bekämpfung der Zwangsprostitution, in: ZRP 2005, 213



(216)).

## Ist das Nordische Modell emanzipatorisch?

Es sprechen durchaus gute Gründe für die Idee des Nordischen Modells. So ist aufgrund der Legalisierung von Sexarbeit in Deutschland die Nachfrage nach „sexuellen Dienstleisterinnen“ so stark gestiegen, dass sie sehr wahrscheinlich nicht durch freiwillig tätige Sexarbeiter\*innen gedeckt werden kann. Das wiederum setzt einen [Anreiz für Menschenhandel](#) (sog. pulling factor).

Auch ergeben sich aus der Sexarbeit/Prostitution [problematische Implikationen für das Geschlechterverhältnis](#) (S. 102-105), selbst dann, wenn sie unter weitgehend idealen Bedingungen freiwillig angeboten wird. Die Verfügbarkeit weiblicher Sexualität und die Zentrierung auf männliche Bedürfnisse konstruiert männliche Überlegenheit, trägt zu einem patriarchalen Geschlechterverhältnis bei und führt die Ungleichverteilung sexueller Freiheiten zwischen Frauen und Männern fort (Vgl. Gerheim, Die Produktion des Freiers, S. 204). Insofern könnte die Stellungnahme des Gesetzgebers, die generelle Verfügbarmachung weiblicher Sexualität für männliche Bedürfnisse zu verneinen, wie sie durch ein Sexkaufverbot zum Ausdruck gebracht würde, [als emanzipatorisch verstanden werden](#).

Allerdings werden ähnliche Effekte in vielen anderen „Care-Berufen“ weitgehend unhinterfragt hingenommen. Niemand käme auf die Idee, die Inanspruchnahme weiblicher Reinigungsdienste, Pflegedienstleistungen oder die Hausfrauenehe strafrechtlich zu verbieten. Auch steckt in der generellen Untersagung des Tauschs „Sex gegen Geld“ egal, unter welchen Bedingungen er stattfindet, eine paternalistische Bevormundung, die ihrerseits eine unrühmliche patriarchale Tradition hat (Vgl. Gerheim, Die Produktion des Freiers, S. 62 f.) und das „Huren-Stigma“, das der Tätigkeit als Sexarbeiterin anhaftet, noch [verstärken kann](#) (S. 13-16).

Zudem gibt es Aspekte in der Sexarbeit, die patriarchale Machtstrukturen sogar infrage stellen. Sexarbeit kann bedeuten, dass sexuelle Verfügbarkeit neu und auf Augenhöhe verhandelt, heterosexuelle Normativität mit den ihr inhärenten Machtstrukturen gebrochen und sexuelle Devianz nicht moralisch abgewertet und verurteilt wird (Vgl. Maga, (M)ein Weg der heiligen Hure, in: Schrader/Künkel (Hrsg.), Sexarbeit. Feministische Perspektiven, S. 51 ff.). In einigen Bereichen erfüllen sexuelle Dienstleistungen therapeutische Funktionen. Neben der

Sexualbegleitung betrifft das auch den Bereich Tantra-Massage, die dazu dienen soll, Menschen in ihrer Ekstasiefähigkeit und in ihrer Selbstwahrnehmung zu sensibilisieren und eine erfülltere Sexualität jenseits sexueller Skripte zu ermöglichen. Männliche Sexarbeitende [berichten](#) von Kundinnen, die nach einer Vergewaltigung ihren Escort-Service in Anspruch nehmen, um in einer sexuellen Interaktion das Gefühl von Kontrolle zu haben und wieder Sicherheit zu gewinnen. Sexuelle Dienstleistungen werden nicht nur von Männern in Anspruch genommen, sondern von Personen aller Geschlechter.

## Praktische Auswirkungen auf die Anbietenden

Dass die Kriminalisierung der Kund\*innen zu einer Verbesserung der Lebensbedingungen von Sexarbeiter\*innen führen würde, wird in der Fachwelt [bezweifelt](#). Eine wirksame Hilfe bedarf (teurer) staatlicher Fürsorge und Unterstützung bei der Bewältigung der Bedingungen, die erst zu den finanziellen und sozialen Notlagen führen, die die Sexarbeit für viele als die beste oder einzige Option erscheinen lassen. Dies betrifft insbesondere Menschen ohne deutsche Staatsbürgerschaft, deren Bildungsabschlüsse hier oft nicht anerkannt werden, die nicht die finanziellen Möglichkeiten haben, vertiefte Sprachkenntnisse zu erwerben oder gar nicht über einen legalen Aufenthaltsstatus verfügen. All diese Bedingungen für prekäre Arbeits- und Lebensumstände will gerade die Unionsfraktion jedoch [nicht verändern](#).

Das Positionspapier der Unionsfraktion konstatiert, dass Verurteilungen im Bereich Menschenhandel und Zwangsprostitution häufig an der fehlenden Aussagebereitschaft der Opfer scheitern (S. 4). Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass die Betroffenen von Menschenhandel und Zwangsprostitution eher zu Aussagen bereit wären, wenn der Kauf sexueller Dienstleistungen generell kriminalisiert würde; insbesondere dann, wenn mit einer belastenden Aussage weiterhin fehlender Schutz vor den Tätern und vor Abschiebungen einherginge. Bündnisse wie der Bundesweite Koordinierungskreis gegen Menschenhandel verweisen auf die Notwendigkeit eines [gesicherten aufenthaltsrechtlichen Status](#) (S. 97) für die Opfer, um deren Aussagebereitschaft zu erhöhen. Diesen Vorschlag sucht man im Positionspapier jedoch vergeblich, ebenso wie den Hinweis darauf, dass [Studien existieren](#), die nahelegen, dass das schwedische Sexkaufverbot zu einem Anstieg der Gewaltprävalenz, schlechteren Arbeitsbedingungen und [erhöhten Gesundheitsrisiken](#) (S. 6) für



die verbleibenden Sexarbeiter\*innen geführt und dabei Menschenhandel und Zwangsprostitution nicht wesentlich reduziert hat.

## Das unerforschte Dunkelfeld

Die Unionsfraktion **behauptet** (S. 2), dass „den überwältigenden Mehrheitsanteil [der Sexarbeit] (Schätzungen zufolge 85 bis 95%) die unfreiwillige Armuts- und Elendsprostitution aus[macht], die von Täuschung, Drohung und völliger Abhängigkeit von Zuhältern geprägt ist“, dies betreffe eine „sechstellige Anzahl von Frauen und Mädchen“ (S. 4). Solche Zahlen sind jedoch spekulativ. Expert\*innen vermuten zwar ein großes **Dunkelfeld** (S. 36), belastbare Zahlen für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik existieren in Deutschland jedoch nicht. Die dafür erforderlichen (teuren) Studien wurden auch während der unionsgeführten Regierungen nicht in Auftrag gegeben. Welchen Anteil diejenigen, die durch Menschenhandel und Zwangsprostitution ausgebeutet werden, an der Gesamtzahl aller Prostituierten/Sexarbeitenden haben, weiß also niemand.

Diejenigen, die in der Sexarbeit einen akzeptablen bis lukrativen Beruf, einige auch ihre **Berufung** gefunden haben, werden im Positionspapier als marginal abgetan. Auch die Frage wird ausgeblendet, wo die Grenze zwischen Zwang/Fremdbestimmung und beschränkten Op-

tionen aufgrund prekärer Lebensbedingungen verläuft. Die Reduktion auf ein reines Opfernarrativ suggeriert eine Hilf- und Willenlosigkeit von Frauen, die das Stereotyp einer Oper-Täter-Dichotomie perpetuiert, welches seinerseits **Sexismen und Rassismen (re-)produzieren kann**. Die stark vereinfachte Beschreibung der Realitäten in der Prostitution blendet Facetten der Sexarbeit und sexuellen Selbstbestimmung aus, die komplexere Problemlösungsansätze erfordern würden. Doch die Frage nach der **Autonomie** in der Sexarbeit wird durch ein schlichtes Verbot nicht beantwortet. Ein generelles Verbot zu fordern, ohne diese komplexen Fragen auch nur aufzuwerfen, ist populistisch.

Viele der Vorschläge im Positionspapier der Union sind vernünftig und wären bereits jetzt bzw. schon vor Jahrzehnten umsetzbar gewesen; sie sind nicht zwangsläufig an das Nordische Modell gebunden. Es liegen **Evaluierungen** (S. 151 ff.) und **Vorschläge** (S. 94 ff.) dazu vor, wie ein besserer Schutz vor Menschenhandel und Zwangsprostitution durch das Strafrecht unter Beibehaltung eines Regulierungsmodells möglich wäre. Insbesondere die Vorschläge im Positionspapier zur „ersten Säule“ (S. 8) könnten auch in einem regulatorischen Modell umgesetzt werden, ohne dabei in die Grundrechte einer unbekannt großen Gruppe von Menschen (v.a. Frauen) einzugreifen und sich über diverse grund- und strafrechtsdogmatische Grenzen hinwegzusetzen.

Marius Kühne

# Sprachrohr für zwei Seiten

Strukturelle Defizite im Polizeibeauftragengesetz

doi: 10.17176/20231127-213728-0



Der Trend geht zu parlamentarischen Polizeibeauftragten. Nachdem bereits acht Bundesländer derartige Stellen geschaffen haben, legen die Ampel-Fraktionen nun den Gesetzesentwurf für eine:n Polizeibeauftragte:n beim Deutschen Bundestag vor. Vor dem Hintergrund, dass Deutschland seit Jahrzehnten massive institutionelle Defizite bei der unabhängigen und menschenrechtskonformen Aufarbeitung von polizeilichem Fehlverhalten hat, ist die Initiative überfällig. In seiner derzeitigen Ausgestaltung wird der:die Polizeibeauftragte des Bundestags diese Erwartungen nur begrenzt erfüllen können.

## Menschenrechtlicher Handlungsbedarf

In den letzten Jahren haben zahlreiche Landtage Beauftragte für ihre jeweilige Landespolizei eingerichtet. Den Anfang machte 2014 Rheinland-Pfalz, das das bereits seit 1974 bestehende Amt der Bürger:innenbeauftragten um die Zuständigkeit einer Polizeibeauftragten ergänzte. Die Länder Schleswig-Holstein und Baden-Württemberg folgten 2016 mit ähnlichen Ämtern. Ab 2020 erfolgte ein zweiter Entwicklungsschub mit Polizeibeauftragengesetzen in Bremen, Berlin und Hessen – wobei das hessische Amt bis heute unbesetzt ist. 2021 wurde in Mecklenburg-Vorpommern die Zuständigkeit der:des Bürger:innenbeauftragten auf Eingaben *aus* der Landespolizei erweitert (ohne dass das Amt dafür spezifische Befugnisse erhielt), 2022 schaffte Brandenburg das Amt einer:eines Polizeibeauftragten beim Landtag. Charakteristisch für diese parlamentarischen Polizeibeauftragten ist, dass sie als Hilfsorgan des Landtages konzipiert sind, das unabhängig und weisungsfrei Eingaben bearbeiten soll. Sie unterscheiden sich damit auch von den zentralen Beschwerdestellen in den Innenministerien von Sachsen-Anhalt (seit 2009), Niedersachsen (seit 2014), Thüringen (seit 2016) bzw. in der sächsischen Staatskanzlei (dort seit 2019, zuvor seit 2016 im Innenministerium), die auch weisungsfrei arbeiten sollen, aber organisatorisch der Exekutive zuzuordnen sind (vgl. [Piening et al. 2022](#), S. 17ff.).

Die Einrichtung von unabhängiger Polizeibeschwerdestellen ist jedoch nicht nur eine politische Mode, sondern entspringt der menschenrechtlichen Verpflichtung, polizeiliches Fehlverhalten effektiv aufzuklären. Im Jahr 1996 äußerte der UN-Menschenrechtsausschuss erstmals seine Besorgnis, dass kein unabhängiger Mechanismus zur Untersuchung von Beschwerden über Misshandlungen durch die Polizei bestehe. Seitdem haben zahlreiche Menschenrechtsgruppen die Einrichtung unabhängiger Untersuchungsstellen gefordert (vgl. [Töpfer/Normann 2014](#), S. 5). Zuletzt kritisierte der EGMR im Fall *Basu/Deutschland*, dass die Beschwerde über eine mutmaßlich rassistisch-begründete Polizeikontrolle durch die Bundespolizei lediglich polizeiintern untersucht und auch durch die Verwaltungsgerichte nicht aufgeklärt wurde. Zudem werden in der Studie *„Gewalt im Amt“* die Defizite bei der Aufarbeitung von polizeilicher Gewaltanwendung aus Sicht der Betroffenen deutlich. Anders als im Ausland sind Polizeibeauftragte in Deutschland sowohl für Bürger:innen als auch Polizist:innen zuständig. Dies wirft die Frage auf, ob das geplante Amt wirksam gegen polizeiliches Fehlverhalten arbeiten kann, wenn es sich zugleich *„Sprachrohr für beide Seiten“* versteht?

## Unnötig enges Mandat

Mit dem Entwurf für ein Polizeibeauftragengesetz ([BT-Drs. 20/9148](#)) planen die Regierungsfractionen ein Amt, dass einerseits „strukturelle Mängel und Fehlentwicklungen“ bei den Polizeibehörden des Bundes, andererseits „mögliches Fehlverhalten [ihrer Beschäftigten] im Einzelfall“ untersuchen und bewerten soll (§ 1). Die Zuständigkeit erstreckt sich mithin auf die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt und die Polizei beim Deutschen Bundestag. Nicht umfasst sind die Vollzugsbehörden der Bundeszollverwaltung, die mit polizeiähnlichen Befugnissen ausgestattet agieren.

Im Regelfall soll der:die Polizeibeauftragte auf Eingaben von Bürger:innen oder Polizeibeschäftigten hin tä-

tig werden (§ 2 Abs. 1). Beschäftigten, die sich ohne Einhaltung des Dienstweges an den:die Beauftragten wenden, darf aus einer Eingabe kein Nachteil entstehen (§ 3 Abs. 1). Für Bürger:innen, die nicht bei der Polizei beschäftigt sind, setzt § 3 Abs. 2 voraus, dass „1. eine persönliche Betroffenheit der Person in einem Einzelfall geltend gemacht wird und 2. sich aus den Angaben Anhaltspunkte für strukturelle Mängel oder Fehlentwicklungen bezogen auf die Polizeibehörden des Bundes ergeben.“ Dies soll ausweislich der Begründung dazu führen, dass der:die Polizeibeauftragte „nur mit Angelegenheiten einer gewissen horizontalen Tragweite oder mit Einzelfällen von hinreichender Bedeutung beschäftigt werden soll“ (S. 18). Damit ist das Mandat der:des Bundespolizeibeauftragten deutlich enger als das vergleichbarer Ämter in den Ländern, die weder eine persönliche Betroffenheit noch eine strukturelle Dimension des Fehlverhaltens erfordern (vgl. §§ 17 BüBG BW, 4 Abs. 2 PolBG BB, 14 Abs. 1 BüPolBG BE, 4 Abs. 1 PolBG HB, 17 BüPolBG HE, 19 BüPolBG RP, 13 BüPolBG SH).

Auch sieht der Gesetzesentwurf eine Frist von maximal drei Monaten nach Bekanntwerden des zugrundeliegenden Sachverhalts (§ 3 Abs. 5) sowie bestimmte Pflichtangaben zu eingebender Person und Sachverhalt (§ 3 Abs. 4) vor. Auf Wunsch soll der:die Polizeibeauftragte der eingebenden Person jedoch Anonymität gegenüber der betroffenen Polizeibehörde zusichern (§ 3 Abs. 6), was in der Praxis etwa bei Beschwerden über Personenkontrollen, nur schwer umzusetzen sein wird. Anonyme Beschwerden sollen ausdrücklich nicht möglich sein. Auch hier unterscheidet sich der Gesetzesentwurf teilweise von den Landespolizeibeauftragengesetzen. So sehen etwa Schleswig-Holstein, Bremen und Berlin auch anonyme Eingaben als zulässig an und überlassen es den Beauftragten zu entscheiden, ob die Untersuchung der Eingabe geboten erscheint (§§ 14 Abs. 4 BüPolBG BE, 6 Abs. 1 PolBG HB, 15 Abs. 2 BüPolBG SH). Auch lassen Berlin (6 Monate, § 14 Abs. 5 BüPolBG BE), Brandenburg (9 Monate, § 5 Abs. 3 PolBG BB), Schleswig-Holstein (12 Monate, § 15 Abs. 3 BüPolBG SH) und Bremen (bis zu drei Jahre, § 6 Abs. 1 PolBG HB) zu, dass länger zurückliegende Sachverhalte zum Gegenstand von Eingaben gemacht werden. Die Vorgaben des Gesetzesentwurfs erscheinen hier unnötig restriktiv und wirken kontraproduktiv für das Ziel eines niedrigschwiligen Zugangs (vgl. dazu Kühne, KrimJ 2023, 117 (121ff.)).

Polizeibeauftragte sind für ihre Arbeit auf das Ver-

trauen der Betroffenen polizeilichen Fehlverhaltens und ihre zivilgesellschaftlichen Vertreter:innen angewiesen. Dieses Vertrauen aufzubauen, könnte sich als schwierig erweisen, da der:die Beauftragte einerseits für die Interessen der Polizeibeschäftigten und andererseits auch gegen deren Fehlverhalten im Einzelfall arbeiten soll. Der:die Beauftragte befindet sich also permanent im Spagat zwischen Kritik und Interessenvertretung. Um einen ‚engen Draht‘ zur Zivilgesellschaft zu pflegen, institutionalisiert etwa das Bremer Gesetz den Kontakt zu Menschenrechtsorganisationen, Wissenschaft und Personalräten durch einen Beirat (§ 19 PolBG HB) und räumt explizit auch juristischen Personen wie Beratungsstellen und NGOs das Recht zur Eingabe ein (§ 4 Abs. 1 PolBG HB). Der Ampel-Gesetzesentwurf geht einen umgekehrten Weg, indem er Eingaben von innerhalb und außerhalb der Polizei ungleich behandelt – den Eingaben von Polizist:innen ist immer nachzugehen (§ 2 Abs. 1 S. 1), den Eingaben von anderen Bürger:innen nur unter erhöhten Voraussetzungen und im Ermessen der:des Polizeibeauftragten (§§ 2 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 2). So gewinnt man kein Vertrauen!

### Ein „Goldstandard“ für die Untersuchungsbefugnisse?

Bereits im Koalitionsvertrag vereinbarten die Regierungsparteien, dass der:die Polizeibeauftragte „Akteneinsichts- und Zutrittsrechte“ erhalten solle (S. 83). Damit verfügt das Amt über weitergehende Rechte als die Landespolizeibeauftragten in Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz, die sich auf ein Auskunftsrecht gegenüber dem zuständigen Landesinnenministerium beschränken müssen. Ohnehin scheint an der dortige Konstruktion verfehlt, dass die Bürger:innenbeauftragten mehr Befugnisse als die in Personalunion handelnden Polizeibeauftragten erhalten (vgl. dazu Botta, JZ 2022, 664 (667)).

Der vorgelegte Gesetzesentwurf regelt in § 4 detailliert, dass zur Untersuchung des Sachverhaltes eingebende Personen angehört (Abs. 1), Polizeibeschäftigte befragt (Abs. 3), Stellungnahmen angefordert und bewertet (Abs. 4), Akten eingesehen (Abs. 5, 6) sowie Räumlichkeiten der Polizeibehörden des Bundes jederzeit und ohne vorherige Anmeldung betreten werden dürfen (Abs. 7). Im Einvernehmen mit der jeweiligen Einsatzleitung kann

der:die Polizeibeauftragte zudem bei größeren Einsatzlagen als Beobachter:in anwesend sein (§ 7 Abs. 8). Zwar lässt sich darüber streiten, ob es sich bei den erteilten Befugnissen um einen „Goldstandard für die Beauftragten“ handelt, wie sie ein SPD-Innenpolitiker [in der ersten Lesung](#) bezeichnete – immerhin stattet der Gesetzesentwurf das Amt mit den seit vielen Jahren von zivilgesellschaftlichen Akteur:innen und dem [Deutschen Institut für Menschenrechte](#) geforderten Untersuchungsbefugnissen aus. Daran werden sich künftige Polizeibeauftragengesetze, wie sie etwa in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen geplant sind, messen lassen müssen.

Dies gilt auch für die (offenbar § 10 Abs. 2 PolBG HB nachempfundene) Befugnis, Untersuchungen parallel zu Disziplinar-, Bußgeld- und Strafverfahren zu führen, wenn damit ein eigenes Erkenntnisinteresse verbunden ist und das Verfahren dadurch nicht gefährdet wird (§ 6 Abs. 2). Folgerichtig soll der:die Beauftragte auch nicht an die Bewertung dieser Verfahren gebunden sein (§ 6 Abs. 4). Dies ist insbesondere hinsichtlich der Aufarbeitung struktureller Defizite von Bedeutung, bei denen es nicht primär auf die individuelle Verantwortlichkeit für ein Fehlverhalten ankommt. Im Unterschied dazu müssen bzw. sollen Polizeibeauftragte in Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Brandenburg ihre Untersuchungen bis zum Abschluss anderer Verfahren vorläufig einstellen (§§ 2 Abs. 2 PolBG BB, 12 Abs. 2 BüBG BW; 16 Abs. 2 BüPolBG HE; 18 Abs. 2 BüPolBG RP). In Berlin und Schleswig-Holstein gibt es zumindest Einschränkungen bei der Weiterverfolgung (§§ 17, 18 Abs. 2 BüPolBG BE, 12 Abs. 2 BüPolBG SH).

## Polizeibeauftragte:r im Spagat?

Die selbsternannte Fortschrittskoalition legt den Entwurf für ein Polizeibeauftragengesetz vor, dass in Hinblick auf die Befugnisse der:des Beauftragten durchaus als fortschrittlich bezeichnet werden kann. Allerdings schränkt die „Ampel“ das Tätigkeitsfeld des Amtes erheblich ein, indem sie anonyme Beschwerden ausschließt und eine relativ kurze Beschwerdefrist festschreibt. Auch ist es unnötig restriktiv, eine persönliche Betroffenheit sowie An-

haltspunkte für strukturelle Defizite zu fordern. Letzteres dürfte dazu führen, dass der zukünftige Amtsinhaber über einen großen Spielraum hinsichtlich der Frage verfügt, welche Eingaben weitergehend untersucht werden. Denkbar schlecht wäre, wenn den im Zusammenhang mit polizeilichem Fehlverhalten sprichwörtlich gewordenen „Einzelfällen“ mangels ersichtlich struktureller Dimensionen nicht entschieden nachgegangen würde. Es dürfte auch für reichlich Frustration bei Zeug:innen eines Übergriffs durch Polizist:innen sorgen, die eine Eingabe machen, weil sich der:die Betroffene selbst dazu nicht in der Lage sieht, wenn diese dann auf Grund fehlender persönlicher Betroffenheit abgelehnt wird.

Da das Bundeskriminalamt und die Polizei beim Deutschen Bundestag wenig Berührung mit der Bevölkerung haben, wird der Polizeibeauftragte des Bundes in der Praxis vor allem ein „Bundespolizei-Beauftragter“ werden. Gerade hinsichtlich [der auf §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG gestützten Praxis des Racial Profiling](#) wäre wünschenswert, dass das neue Amt sich dieser Fälle annimmt. Zugleich sollte diese „nur“ menschenrechtswidrige, aber nicht strafbare Form polizeilichen Fehlverhaltens Anlass für weitere Überlegungen zur Ermittlung in Amtsdelikten sein. Dazu wird zu Recht ein 2-Säulen-Modell gefordert: Neben der Aufarbeitung von nicht-strafbarem Fehlverhalten und strukturellen Missständen durch den:die Polizeibeauftragte:n braucht es polizeixterne Ermittlungspersonen in Strafverfahren gegen Polizist:innen (so auch [Töpfer/Peter 2017](#), S. 8, 32; [Sammet, DÖV 2023](#), 534 (544)).

Polizeibeauftragte sind kein Allheilmittel. Sie sind „Vermittlungs- statt Ermittlungsstellen“ und können das etablierte System administrativer Binnenkontrolle im Regel- und justiziellem Grundrechtsschutz im Ausnahmefall nur ergänzen, nicht aber von allen Defiziten befreien. Gleichzeitig werden sie durch den institutionellen Spagat, zugleich Fürsprecher:in und Kritiker:in der Polizei sein zu sollen, in ihrer Arbeit gebremst. Mit dem neuen Amt sollten daher keine unerfüllbaren Erwartungen verbunden werden. Gleichwohl ist der Gesetzesentwurf ein Schritt in die richtige Richtung – mit der Chance zur Nachbesserung im parlamentarischen Verfahren.

Konstantin Welker

# Rechtsbruch im Klimaschutz

Zur Verurteilung der Bundesregierung, ein Klimaschutz-Sofortprogramm vorzulegen

doi: 10.17176/20231204-142741-0



Heute hat der 11. Senat des [OVG Berlin-Brandenburg](#) die Bundesregierung dazu verurteilt, ein Sofortprogramm für den Klimaschutz gem. § 8 Abs. 2 S. 1, S. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) zu beschließen. Wieder braucht es ein Gericht, damit gesetzlich vorgeschriebene Klimaschutzmaßnahmen auch ergriffen werden. Und dies, obwohl eine Klage auf Erlass des Programms im Gesetz eigentlich gar nicht vorgesehen ist. Das Urteil schafft damit einen ebenso wichtigen wie überfälligen justiziablen Mechanismus für eine effektive Nachsteuerung bei Zielverfehlungen im Klimaschutz. Auch wenn im Lichte der anstehenden KSG-Novelle unklar ist, ob das Urteil tatsächliche Wirkungen entfalten wird, setzt es ein wichtiges Signal für mehr Rechtsdurchsetzung im Klimaschutzrecht.

## Maßnahmen ohne Anspruch

Der Ausgangspunkt des Verfahrens ist bekannt: die Sektoren Gebäude und Verkehr verfehlen seit Jahren die Ziele für die Einsparung von Treibhausgasen. Um der klimapolitischen Rückwärtsrolle der Bundesregierung nicht länger tatenlos zuzusehen, verlagert sich der Einsatz für mehr Klimaschutz zusehends weg vom Parlament. Es gibt zivilen Ungehorsam ([hier](#)), breite Bündnisse ([hier](#)), große Demonstrationen und stetig mehr „Klimaklagen“. Im April 2022 haben die Deutsche Umwelthilfe (DUH) und im Januar 2023 der BUND Klage gegen die Bundesregierung eingereicht (dazu [hier](#)). Sie soll auf diesem Wege verurteilt werden, ein Sofortprogramm gem. § 8 Abs. 2 S. 1, S. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 KSG zu beschließen, um die im Anhang des KSG genannten Jahresemissionsmengen für die Bereiche Verkehr und Gebäude nicht weiter zu überschreiten.

Zum Schutz vor den Auswirkungen des Klimawandels und nach dem Übereinkommen von Paris muss der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf möglichst 1,5 Grad Celsius begrenzt werden (§ 1 KSG). Gewährleistet werden soll dies ([noch](#)) durch die Festlegung sektorbezogener Jahresemissionsmengen (§ 4 i.V.m. An-

lage 2 KSG), um die nationalen Klimaschutzziele (§ 3 KSG) zu erreichen. Die Verantwortung für die Einhaltung der Jahresemissionsmengen liegt bei dem Ministerium, in dessen überwiegenden Zuständigkeitsbereich ein Sektor fällt (§ 4 Abs. 4 KSG). Wenn die Jahresemissionsmengen eines Sektors überschritten wurden, dann muss das verantwortliche Ministerium ein Sofortprogramm vorlegen, das die Einhaltung der Jahresemissionsmengen des Sektors für die folgenden Jahre sicherstellt (§ 8 Abs. 1 KSG). Diese Maßnahmen müssen sodann von der Bundesregierung schnellstmöglich beschlossen werden (§ 8 Abs. 2 S. 1 KSG). Das ist nicht passiert ([hier](#) und [hier](#)).

Dabei könnte die Situation klarer nicht sein. Der Expertenrat für Klimafragen (ERK) ist das zweite Jahr in Folge zu dem Ergebnis gekommen, dass die Maßnahmen der Bundesregierung nicht annähernd ausreichen, um die Klimaziele zu erreichen. Für das im Juli 2022 von Verkehrsminister Wissing vorgestellte – und mit „Sofortprogramm“ betitelte Papier – kam der ERK zu dem Ergebnis, dass es „[schon im Ansatz ohne hinreichenden Anspruch](#)“ sei und forderte eine Beschleunigung der Reduktionsbemühungen im Verkehr um das [14-Fache](#) (Rn. 323; vgl. dazu bereits [hier](#)). Auch das Sofortprogramm Gebäude stellte die Einhaltung des KSG-Zielpfads nicht sicher ([ERK](#), Rn. 110).

In diesem Jahr haben die zuständigen Minister:innen Geywitz und Wissing entgegen der Pflicht des § 8 Abs. 1 KSG sogar gar kein Sofortprogramm vorgelegt, sondern lediglich [auf das Klimaschutzprogramm verwiesen](#). Auch diesbezüglich kam der ERK zu einem klaren Ergebnis: „Der Expertenrat stellt daher fest, dass die im Klimaschutzprogramm 2023 enthaltenen Maßnahmen für den Gebäudesektor die Bedingung an ein Sofortprogramm gemäß § 8 Abs. 1 KSG nicht erfüllen.“ ([ERK](#), Rn. 40) Die Maßnahmen im Gebäudesektor fallen sogar hinter die Maßnahmen vom Vorjahr zurück. Gleiches gilt für den Verkehrssektor ([ERK](#), Rn. 73 ff.).

Um die Bundesregierung an ihrem eigenen Gesetz zu messen, haben die DUH und der BUND Leistungsklage



beim OVG-Berlin-Brandenburg erhoben.

## Klagebefugnis als Etappensieg

Ein Etappensieg für den Klimaschutz ist bereits, dass das Gericht die Kläger als klagebefugt angesehen hat. Denn weder in § 8 KSG noch sonst wo im Gesetz ist eine Klagebefugnis von Umweltverbänden auf den Erlass eines Sofortprogramms vorgesehen.

Zwar müssen die Kläger als anerkannte Vereinigungen im Sinne des § 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) keine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen, um Rechtsbehelfe nach § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG geltend zu machen. Aber unter den einzig in Betracht kommenden § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG fällt der Beschluss eines Sofortprogramms nach § 8 KSG aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur Durchführung einer strategischen Umweltprüfung (SUP) gerade nicht. Der Wortlaut der Norm sieht eine Klage auf Erlass des Sofortprogramms also nicht vor.

In der mündlichen Verhandlung am 23. November wurde daher eine teleologische Erweiterung der maßgeblichen Norm des § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG diskutiert, nach der eine Klagebefugnis auch jenseits einer SUP-Pflichtigkeit besteht. Der Wortlaut einer Vorschrift ist nicht in jedem Fall eine unüberwindliche Grenze für die Auslegung. Das gilt insbesondere dann, wenn andere Indizien belegen, dass der Sinn einer Norm im Wortlaut nur unzureichend zum Ausdruck kommt. (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 93).

Diese Indizien gibt es. Denn bei der Novelle des UmwRG wollte der Gesetzgeber den Rechtsschutz aus Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention (AK) ausdrücklich 1:1 umsetzen, ist aber tatsächlich hinter seinem – in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen – Willen zurückgeblieben (BT-Drs. 18/9526, S. 2, S. 33 f.). Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG ist also enger geraten, als es der Gesetzgeber geplant hat. Das die Klagebefugnis beschränkende Tatbestandsmerkmal der möglichen SUP-Pflicht verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 AK und muss daher aus teleologischen Gründen unangewendet bleiben.

Jedenfalls ergibt sich die Klagebefugnis aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG i.S.v. Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 GrCh. Dafür muss es sich bei dem Erlass des Sofortprogramms aus § 8 KSG um die Durchführung von Unionsrecht handeln (siehe auch [hier](#)). Die Prozessvertreter der Bundesregierung argumentierten, § 8 Abs. 1 KSG setze ausschließlich *na-*

*tionale* Klimaschutzziele um. In § 1 S. 1 KSG heißt es hingegen ausdrücklich, dass mit dem Gesetz auch die Einhaltung der *europäischen* Zielvorgaben gewährleistet wird.

Die Tatsache, dass vor Gericht für zwei Stunden über die Klagebefugnis gestritten wurde, zeigt den Reformbedarf im deutschen Recht. Denn nicht nur die Umweltverbände fordern seit langem, dass es einer **Generalklausel** bedarf, welche die Formulierung von Art. 9 Abs. 3 AK übernimmt. Würde man die Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 2a bis 6 UmwRG streichen und durch eine Generalklausel ersetzen, dann könnte die Einhaltung sämtlichen Umweltrechts unabhängig vom Klagegegenstand durch die Verbände gerichtlich überprüft werden (dazu bereits [hier](#)) – so wie es die Aarhus-Konvention vorschreibt.

## Das „Nutella-Prinzip“

Bei der Erörterung der Begründetheit ging es in der mündlichen Verhandlung zunächst um die Frage, ob die Bundesregierung mit dem am 4. Oktober 2023 vorgelegten **Klimaschutzprogramm** nicht doch noch der Verpflichtung zur Vorlage eines Sofortprogramms nachgekommen sei.

Die Beklagtenvertreter argumentierten, die **Bundesregierung habe mit dem Klimaschutzprogramm auch ein Klimaschutzs Sofortprogramm** i.S.v. § 8 Abs. 1 KSG vorgelegt. Tatsächlich hatte der Expertenrat für Klimafragen die im Klimaschutzprogramm 2023 vorgeschlagenen Maßnahmen der Bundesregierung für die Sektoren Gebäude und Verkehr als Sofortprogramm i.S.d. § 8 Abs. 1 KSG geprüft (**ERK**, S. 7) und sie für unzureichend befunden (s.o.). Die Vorsitzende Richterin brachte die formale Frage danach, ob das Klimaschutzprogramm zugleich auch ein Sofortprogramm sei, mit dem „Nutella-Prinzip“ auf den Punkt: Es ist nur dann ein Sofortprogramm, wenn auch „Sofortprogramm“ draufsteht. Das tut es allerdings nicht, denn die Maßnahmen vom 4. Oktober 2023 sind mit „Klimaschutzprogramm“ überschrieben. Gegen die Argumentation der Bundesregierung spricht auch die Gesetzessystematik. Darin wird ausdrücklich das reaktive Klimaschutz-Sofortprogramm aus § 8 KSG von dem proaktiven und in die Zukunft gerichteten Klimaschutzprogrammen aus § 9 KSG unterschieden.

Auch in materieller Hinsicht ist die Bundesregierung der Verpflichtung aus § 8 Abs. 2 S. 1, S. 2 i.V.m. Abs. 1 KSG nicht nachgekommen. Die Bundesregierung muss danach schnellstmöglich ein Sofortprogramm für den jeweiligen Sektor beschließen, das die Einhaltung der Jah-

reemissionsmengen des Sektors für die folgenden Jahre sicherstellt. Lehrbuchmäßig legte die Vorsitzende die Tatbestandsmerkmale aus. Sicherstellen i.S.d. § 8 Abs. 1 verlangt, dass die Zielerreichung abgesichert, garantiert bzw. gewährleistet wird. Nach dem Klimabeschluss des BVerfG lässt Art. 20a GG der Bundesregierung zwar einen weiten Gestaltungsspielraum (BVerfG, Rn. 207). Aber mit dem Klimaschutzgesetz hat der Gesetzgeber von diesem Spielraum Gebrauch gemacht; an den darin geregelten Verpflichtungen muss sich die Bundesregierung dann auch festhalten lassen. Diese materiellrechtlichen Voraussetzungen liegen nicht vor. Das Klimaschutzprogramm 2023 lässt bis 2030 eine Zielverfehlung von deutlich mehr als 200 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub>-Äq. erwarten (ERK, Rn. 22). Die Bundesregierung muss ein Sofortprogramm beschließen, das die Einhaltung der Jahresemissionsmengen der Sektoren Gebäude und Verkehr 2024 bis 2030 sicherstellt.

## Erfolg trotz Erledigung

Der Grund dafür, dass die Regierung kein Sofortprogramm erlassen hat, könnte noch ein ganz anderer sein. Denn am 21.6.2023 hat das Bundeskabinett den Entwurf einer zweiten Novelle des Klimaschutzgesetzes **beschlossen**. Mit dem heftig kritisierten Gesetz (**hier** und **hier**) sollen die Sektorziele zu Gunsten einer Gesamtrechnung abgeschafft werden. Das würde dazu führen, dass die einzelnen klimaschädlichen Emissionen nicht mehr den einzelnen Ressorts zugesprochen werden und sich die zuständigen Minister damit leichter ihrer Verantwortung für das Verfassungsziel Klimaschutz (Art. 20a GG) entziehen können. Gewissermaßen als logische Konsequenz sollen mit dem Gesetz auch die Sofortprogramme aus dem aktuellen § 8 KSG abgeschafft werden. Denn ohne Sektorziele auch kein Sofortprogramm der für den Sektor zuständigen Ministerien. **Der Klägervorteil vermutete in der Verhandlung, dass die Bundesregierung deshalb womög-**

**lich schon jetzt kein Sofortprogramm mehr verabschieden wolle.** Aktuell wird die Novelle des KSG im Bundestag **beraten**. In der **Sachverständigenanhörung** am 8. November 2023 wurden zahlreiche Kritikpunkte sowie verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der Abschaffung der Sektorziele und des Sofortprogramms geäußert.

Die Novelle des KSG gefährdet nicht zuletzt auch etwaige Positiveffekte des Urteils. Denn die Regierung wird voraussichtlich Revision einlegen – allein schon, um die Rechtskraft zu verzögern und sich ihrer gesetzlichen Pflicht weiter zu entziehen. Wird die Novelle des KSG jedoch so wie von der Regierung vorgesehen beschlossen, dürfte sich das Verfahren vor dem BVerwG erledigen. Denn für das Urteil ist die Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich.

Dies soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg, § 8 KSG justiziabel zu machen, ein großer Verdienst des Gerichts und der Klimaschutzbewegung ist. Effektiver Klimaschutz braucht effektiven Rechtsschutz. Es bleibt zu hoffen, dass die heutige Entscheidung im Deutschen Bundestag als weiteres Argument gegen eine Abschwächung des KSG verstanden wird. Denn es braucht einen wirksamen, justiziablen Mechanismus für eine effektive Nachsteuerung der bereits absehbaren weiteren Zielverfehlungen im Klimaschutz. Das macht die Entscheidung unmissverständlich klar. Mit Spannung darf zudem auf den 1. Februar 2024 geblickt werden. Dann wird das Gericht die Klage gegen das Klimaschutzprogramm gem. § 9 KSG verhandeln.

*Transparenzhinweis: Der Autor ist derzeit Rechtsreferendar in einer an dem Verfahren beteiligten Kanzlei. Der Autor hat seine Station nach Einreichung der Klage angetreten und war zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Art und Weise in das Mandat eingebunden.*

Wolfgang Schulz, Christian Ollig

# We Don't Need No Education?

Teaching Rules to Large Language Models through Hybrid Speech Governance

doi: 10.17176/20231109-203710-0



At the beginning of this week, [a new start-up called Vectara published figures on how often chatbots veer from the truth, i.e. “hallucinate”](#). The company’s research estimates chatbots invent information at least 3 percent of the time and sometimes as high as 27 percent. Given the use of such systems in nearly all domains, we might want such systems to follow more stringent rules of accuracy. And those truth-related rules are not the only rules for AI systems that warrant societal scrutiny. How those systems are trained will be crucial. In this blog post, we argue that a new perspective is key to tackle this challenge: “Hybrid Speech Governance”.

## LLMs and Rules

An LLM is a specialized type of artificial intelligence (AI) that has been trained on vast amounts of text to “understand” existing content and generate original content. Even if it is criticised as anthropomorphising, the terms “training” and “learning” have become established to describe how their performance is improved. Chatbots such as ChatGPT or Google Bard are based on LLMs (for technical details, see e.g. [here](#)).

One can formulate many normative expectations towards them. These expectations can be formulated in rules. The rules conceivable are diverse, such as:

- “What takes the form of a statement should be true”;
- “What takes the form of a request should not recommend the users hurting themselves”;
- “The output should not create incentives to build a para-social relationship with the machine”;
- “The outputs should not reinforce stereotypes”.

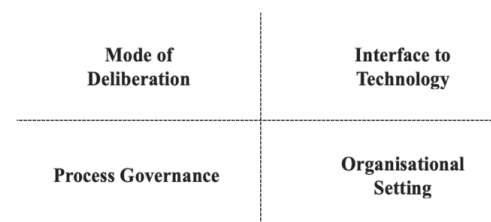
The list goes on and on. This variety of rules and goals accounts for multi-agent systems being a core area of research of contemporary artificial intelligence. A [multi-agent LLM](#) consists of multiple decision-making agents that interact in a shared environment to achieve common or conflicting goals. As lawyers, we are interested in rules

that protect the interests of individuals or groups, organisations, or society as a whole. The question thus arises as to who should formulate such rules and what is the relationship between the private rules set by companies and state laws.

The issues discussed here can be seen as part of the [alignment problem](#) discussed in the sociology of technology. It concerns the broader question of how the values inscribed in AI technology can be paralleled with human values. In view of their potentially serious real-world effects, regulators around the world are increasingly proclaiming with regard to LLMs: “They Do Need Some Education” – regulators have their own rules of public interest, which they want to convey to such systems.

## Analysing the Rule-Making for LLMs

The fact that the output of LLM systems can have an impact on individuals, groups, organisations and society and the respective rules to mitigate them is often negotiated under the heading of “[Trust & Safety](#)” in the industry. The rules that determine the results of LLMs are at the center of the regulatory debate, because given the implications, many argue that this area should not only be governed by the industry. We propose sorting the development and implementation of those rules according to the following governance dimensions:



*Dimensions of Governance*

The *Mode of Deliberation* includes the question of *who* issues the rules for LLMs in the first place. Is it just the developers of the services, [such as the set of 21 rules in the case of Google DeepMind’s not yet released chatbot](#)

“Sparrow”, are there state-set rules that have gone through a parliamentary process or do rules originate from [multi-stakeholder arrangements](#)? The *Interface to Technology* dimension describes the mechanisms by which systems learn to follow the previously defined rules. Training of the rules can be done by traditional [human reinforced feedback](#) or even by another AI systems that trains the respective LLM. An example for the latter constellation is the multi-stage learning process that is known as “[Constitutional AI](#)”. It involves LLMs being trained by AI systems based on fundamental values defined by the company – the “Constitution”. *Process Governance* addresses the question of how the processes of rule creation and implementation are structured: Does this happen solely along the lines of entrepreneurial autonomy, are there any industry standards or even government rules? Finally, rulemaking can be analyzed by looking at the *Organisational Setting*. This includes the structure of actors involved in rulemaking and implementation, such as an oversight board, a small agency, a regulator, or even a [worldwide council](#).

All those elements are of course interrelated. A clear distinction will not always be possible but should at least be sought in the interests of a rational debate on the regulatory structures in which LLMs operate.

### Hybrid Speech Governance: From Social Media to LLMs

Within these regulatory structures of LLMs, there is an overlap between business-inspired private rules on the one hand and increasing public requirements on the other. As a result, the rules by which the outcomes of LLMs are designed increasingly become a hybrid of private and public rules. This highlights the relevance of the process dimension outlined above, i.e. how the various applicable rules interact and interrelate.

We argue in favor of transferring a specific regulatory perspective from the field of social media regulation to the subject matter of LLMs: “Hybrid Speech Governance”.<sup>1</sup>

We introduce this perspective in the area of social media regulation as a governance perspective, according to which we want to overcome the dichotomous view bet-

ween sovereign and private rules in order to focus instead on the overlaps and interdependencies of these sets of rules. This is an analytical perspective, for other legal doctrinal purposes it makes still perfect sense to focus primarily on the private/public distinction.

On social media platforms, it can be observed that the regulatory structures for the communicative behaviour of users are hybridising. This is since, from a legal perspective, platform operators voluntarily follow sovereign standards, and that sovereign rules are increasingly influencing private ordering. We argue that although this regulatory approach is similar to the familiar category of co-regulation, it has a special feature: While co-regulation creates an upstream sovereign legal framework within which private rules can be enacted, sovereign and private communication rules are inextricably linked in the area of social media. From a governance perspective, welfare-oriented goals and entrepreneurial goals are therefore not subject to a layered hierarchy but are pursued at the same level. In short: Hybrid Speech Governance refers to the overlap, interdependence, and interrelation of private and public communication rules which need to be understood for all relevant actors to make informed decisions, including lawmakers.

If the providers of LLMs are increasingly voluntarily orientating their rules towards public standards and at the same time are subject to ever tighter regulation (that also aims at influencing their own rulemaking), a similar hybrid field opens up here. Such hybrid regulatory structures challenge legal systems that operate under the premise of a dichotomy between private and public ordering: What is the basis for validity of rules within hybrid regulatory structures? To what extent do requirements that have traditionally only applied to state actors, in particular the rule of law and fundamental rights obligations, take effect in hybrid regulatory structures?

### EU Legislation on LLMs: Setting Sail for Hybridity

The EU made initial attempts to address these challenges of hybrid governance: Art. 5 of the [Terrorist Content Online Regulation](#) and Art. 14 of the [Digital Services Act](#) (DSA) transfer originally state-centered concepts to the

<sup>1</sup>Wolfgang Schulz and Christian Ollig, ‘Hybrid Speech Governance – New Approaches to Govern Social Media Platforms under the Digital Services Act’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC) 14(4), forthcoming.

<sup>2</sup>Generally on this regulatory technique in the field of platform regulation, Tobias Mast, ‘AGB-Recht als Regulierungsrecht’ *JuristenZeitung* (JZ), 78 (2023), 287.



private ordering of digital companies using the leverage of general terms and conditions.<sup>2</sup> The DSA regulates how platforms govern speech by private rules and orders them to observe fundamental rights – a novel approach embracing the hybridity of the governance structure. This is a form of regulation, the implications of which must be examined in detail by case law and doctrine,<sup>3</sup> but such a modern approach could turn out to be future-proof. The EU should now synchronise its regulation of LLMs with the hybridity of such regulatory structures in the sense of a coherent digital strategy.

First, it cannot be excluded that LLMs are already subject to certain content moderation rules of the DSA. It is certainly argued with good reason that **LLMs are not “hosting services” within the meaning of Art. 3(g)(iii) DSA**; the AI-generated output is *prima facie* not provided by other users, but presented by companies as their own content. Considering, however, that LLMs often display output generated based on information provided by other users, it seems worthwhile to at least examine more closely whether such services may be classified as search engines (Art. 3(j) DSA). In any case, such **LLMs that are built into the platform architecture might fall within the scope of the DSA**. In this respect, the hybrid approach of the DSA could at least partly apply to LLMs in the enforcement of general terms and conditions – admittedly without the EU lawmakers originally having this specific application in mind.

Indeed, at the time of the **Commission’s proposal for an AI Act in April 2021**, the debate on LLMs was not yet very lively. **The original proposal did not focus sufficiently on LLMs**, not to say: **“ChatGPT broke the EU plan to regulate AI”**. The current trilogue negotiations (see the respective 4-column document [here](#)) now offer the opportunity to properly reflect the hybridity of the regulatory structures as to LLMs. In this regard, the European Parliament’s ideas are particularly promising. Not only does the Parliament generally assume that AI operators should generally make their best efforts to respect the Charter as well as the values on which the Union is founded (Art. 4a(1) EP Version). In particular, Parliament covers LLMs as a specific form of a foundation model (Art. 3(1c) EP Version) in its proposed Art. 28b. Accordingly, befo-

re launching an LLM based service, a provider must “demonstrate through appropriate design, testing and analysis the identification, the reduction and mitigation of reasonably foreseeable risks to health, safety, fundamental rights, the environment and democracy and the rule of law prior and throughout development with appropriate methods such as with the involvement of independent experts, as well as the documentation of remaining non-mitigable risks after development” (Art. 28b(2)(a) EP Version). Additionally, providers of LLMs must “train, and where applicable, design and develop the foundation model in such a way as to ensure adequate safeguards against the generation of content in breach of Union law in line with the generally-acknowledged state of the art, and without prejudice to fundamental rights, including the freedom of expression” (Art. 28b(4)(b) EP Version.). Irrespective of the question of whether it is appropriate in terms of regulatory policy to build on specific IT concepts such as “foundation models”, it could make sense to adopt the hybrid regulatory concept of the aforementioned EU platform laws even more explicitly for the AI Act.

The European Parliament thus reveals an understanding of the hybrid nature of the regulatory structures that determine the outcome of LLMs. The suggested amendments have the potential to weave rules, that are traditionally solely directed at state actors, into the levels of *Mode of Deliberation, Interface to Technology and Process Governance*. Detailed proposals for improving the proposed EU rules of LLMs must be made **elsewhere**. However, one thing is clear: The course of the trilogue negotiations should cohesively follow an approach of hybrid governance. There is now a legislative chance to ensure that LLMs are taught in the general interest while respecting the business objectives of companies. In times where the richest person in the world is incorporating his eccentric ideas not only into the content moderation system of a huge social media platform, but **arguably into an LLM, too**, it is worth taking a holistic view at the horizontal effects of originally state-centred concepts. In this regard, the AI Act could turn out to be **“Another Brick in the Wall”** of adequate Hybrid (Speech) Governance in the EU’s digital strategy.

<sup>3</sup>First thoughts on such regulatory technique Tobias Mast and Christian Ollig, ‘The Lazy Legislature: Incorporating and Horizontalising of the Charter of Fundamental Rights through Secondary Union Law’, *European Constitutional Law Review* (EuConst) forthcoming.



Martin Kretschmer, Tobias Kretschmer, Alexander Peukert, Christian Peukert

# Europe and the Global Race to Regulate AI

Why the EU should focus on data quality and liability rules

doi: 10.17176/20231110-203722-0



At last week's Global AI Safety summit at Bletchley Park (the base of UK code breakers during the second world war), US Vice-President Kamala Harris [said pointedly](#): "Let us be clear: when it comes to AI, America is a global leader. It is American companies that lead the world in AI innovation. It is America that can catalyse global action and build global consensus in a way no other country can."

Where does that leave the EU's ambition to set the global rule book for AI? This blog explains the complex "risk hierarchy" that pervades the [proposed AI Act](#), currently in the final stages of [trilogue](#) negotiation. This contrasts with the US focus on "national security risks", where there are existing federal [executive powers](#) that can compel AI companies. We point out shortcomings of the EU approach requiring comprehensive risk assessments (ex ante), at the level of technology development. Using economic analysis, we distinguish exogenous and endogenous sources of potential AI harm arising from input data. We are sceptical that legislators can anticipate the future of a general purpose technology, such as AI. We propose that from the perspective of encouraging ongoing innovation, (ex post) liability rules can provide the right incentives to improve data quality and AI safety.

## Regulatory competition

There is global anticipation, and excitement among investors, that AI will change the way we live and offer potentially enormous benefits, in education, energy, healthcare, manufacturing, transport. The technology is still moving rapidly, with advances in [deep reinforcement learning \(RL\)](#) and the application and tuning of [foundation models](#) into a variety of contexts beyond their original training sets.

The arrival of consumer facing AI, exemplified by the meteoric rise of ChatGPT (a large generative language model launched by [OpenAI](#) in November 2022) have made the workings of machine learning models more visible and led to acute policy concerns about safety, bias, perso-

nal data, intellectual property rights, industry structure, and crucially about the black box nature of the technology: the lack of [explainability and interpretability](#) of outcomes.

It is in this context that the big economic blocks are trying to identify and mitigate risks, shape a global policy agenda and compete for setting a regulatory blueprint. The [Declaration](#) adopted at the global AI safety summit on 1-2 November (at the UK's Bletchley Park) offers worthy commitments "to intensify and sustain our cooperation". Anticipating the summit, the US administration issued an executive order on [Safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence](#) building on [voluntary commitments](#) extracted June 2023 from seven key US firms: Amazon, Anthropic, Google, Inflection, Meta, Microsoft, and OpenAI. China already has adopted [Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services](#) (that came into effect on 15 August 2023).

However, it is the European Union that is most advanced in adopting comprehensive and detailed legislation, with an ambitious AI Act that is currently in final [trilogue](#) negotiations between the Commission, the Council of member state governments and the European Parliament. The AI Act is expected to become law before the European Parliament elections in June 2024.

The EU's new rules are complex and will affect science and technology policy globally, even if other jurisdictions decide to go down different paths. The AI Act cannot be avoided by anybody "placing on the market, putting into service and use" artificial intelligence systems in the EU. However, unrealistic ex ante requirements assessing risks at the development stage may also impede innovation and concentrate investments in more lenient jurisdictions.

## The EU's risk based classification of all AI systems

The European Union has conceived of AI as a potentially high-risk technology that needs intervention before its uses and usefulness can be allowed to be explored at

scale. Borrowing concepts from product safety legislation, the AI Act will establish obligations and duties for AI operators proportionate to the intensity and scope of the harm that AI systems can generate. The regulation follows a risk-hierarchy.

First, the AI Act singles out certain AI ‘practices’ that will be prohibited upfront. These practices include (1) AI systems deploying subliminal techniques beyond a person’s consciousness to materially distort a person’s behaviour, (2) AI systems that exploit vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, physical or mental disability, (3) unjustified or disproportionate social scoring systems used by public authorities and (4) the use of ‘real-time’ remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement, unless and in as far as such use is strictly necessary.

Second, high-risk AI systems are subjected to comprehensive risk management duties, taking into account “the generally acknowledged state of the art” (Art. 9(3)) throughout their entire lifecycle. Providers of high-risk AI systems have to undergo a conformity assessment procedure and must register in an EU AI database prior to entering the market. High-risk AI includes systems that are safety components of products or systems, or which are themselves products or systems subject to existing sectoral safety legislation (for example machinery, medical devices or toys). Further, systems intended to be used in critical areas, including biometric identification and categorization of natural persons, management and operation of critical infrastructure, education, employment, access to essential private and public services, law enforcement and democratic processes are considered high-risk AI.

In response to the ChatGPT frenzy, drafters additionally added two other AI categories, namely ‘general purpose AI’ (GPAI) and Foundation Models (Hacker, Engel & Maurer 2023). GPAI is defined as an AI system intended by the provider to perform generally applicable functions such as image and speech recognition, audio and video generation, pattern detection, question answering, translation and others, and thus may be used in a plurality of contexts and be integrated into a plurality of other AI systems. GPAI that ‘may’ be used as high-risk AI or as a component of a high-risk AI system shall comply with the requirements established for such high-risk AI. This applies irrespective of whether the GPAI is put into service

as a pre-trained model and whether further fine-tuning of the model is to be performed by the user of the GPAI.

Foundation Models, in the Parliament text, are “an AI system model that is trained on broad data at scale, is designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks”, a subset of general purpose AI. Even though they have no intended use, providers still have to identify, reduce and mitigate “reasonably foreseeable risks”. They have to file documentation, such as datasheets, model cards and intelligible instruction that allows “downstream AI providers” to understand the model, as well as offer a detailed summary of the use of training data under copyright law.

### Troubles with data quality

The logic of the product safety approach is to work backward from certain harms to measures that mitigate the risk that these harms materialise. However, we think applying this logic to AI carries certain dangers. Unlike for traditional technology, the core input of AI is data, which can be specific to contexts that may change over time or which can be manipulated.

The AI Act proposal does lay out explicit goals for data quality, such as that training, validation and testing data sets “shall be relevant, representative, free of errors and complete” (Art. 17(3)). These criteria, alone and in combination, however, are incompatible with core underlying statistical concepts in machine learning, and unrealistic. For example, a dataset could be considered complete if it contains only one feature for the entire population, all features of one subject, or all features of the entire population. In machine learning terminology the latter would be called ground truth. In the statistical sense, representativeness is related to completeness. A representative dataset reflects the moments (e.g. mean, standard deviation, skewness, etc.) of the distribution of the population, i.e. of a “complete” dataset. Finally, whether a dataset is error-free can be determined only if one has a good understanding of what the ground truth is, i.e. with access to either a complete dataset or a representative dataset.

Errors in input data uncorrelated to outcomes (e.g. random lens flare in image data) become critical in applications where inaccuracy is only acceptable within tight margins (e.g. self-driving vehicles), and much less so if AI is used as a complementary system that recommends actions to a human decision maker. Further, applications

have varying tolerance for [type I and type II errors](#). Consider the trade-off between freedom of speech and illegal content in content moderation systems. Avoiding type I errors (not removing illegal content) seems preferable to avoiding type II errors (removing lawful content). However, these prediction errors can only be classified if the ground truth is at least approximately known. This is, of course, close to impossible in many real-world settings, e.g. when freedom of speech is concerned.

## Input risks and liability rules

Rather than drafting impossible obligations on data quality that cannot work at scale and without bias, and impose potentially huge compliance costs, we suggest that the input risks, especially concerning data, and the relationship between AI system developers and deployers should be approached from a liability perspective.

We categorise input risks according to the underlying reasons that may impede data quality. In some applications the most adequate dataset may not exist yet, or a once adequate dataset is no longer up-to-date because the context changed over time. All these issues are exogenous; methods to collect adequate data may not exist yet, or the environment simply has changed, but the underlying reasons that make data quality suboptimal are not due to specific actions of any individual stakeholder. On the other hand, data quality may change because of strategic behaviour of market participants. For example, even a large language model that was trained on essentially all the information on the internet suffers from data quality issues. It can only work with information that someone has decided to make publicly available. As a result of such input biases, an AI system may produce outputs of insufficient quality.

For constructing a liability framework we therefore analyse data quality as a function of exogenous issues, such as cold start (underrepresented data), concept drift (when data becomes outdated), and data availability because of privacy concerns. At the other extreme, data quality can be understood as a function of endogenous issues, such as agents trying to “game the system”, for example with the AI equivalent of search engine optimization or adversarial attacks that inject biased/selected data.

*Liability framework focused on AI inputs and deployment models*

<b>Exogenous data issues</b> <i>(Cold start, concept drift, privacy policy, etc.)</i>	Liability of developer	Liability of developer
	Liability of developer	Joint liability of developer and deployer
<b>Endogenous data issues</b> <i>(“AIO”, contamination, adversarial attacks, concentration in AI research market, etc.)</i>	One-shot deployment	Continuous deployment

An example of one-shot deployment would be a computer vision system to recognize license plate details to manage access of cars to a parking garage. Once the system has learned how to detect license plates in pictures of cars, and how to decipher characters from license plates, there is little need to update underlying datasets because there will be little to no change in how license plates look in the medium to long run. For continuous deployment, we can think of a chat system connected to a large language model. For such a system to be truly useful, data needs to be updated relatively frequently, for example by incorporating user feedback or by adding new data points to the training set.

Clear liability rules will incentivise firms to invest in high-quality inputs, by regularly updating datasets or underrepresented subsections of datasets despite potentially high costs, or by investing in research and development to mitigate effects of biased input data. While the EU is proposing to adjust its liability rules with two [Directives](#) designed to complement the AI Act ([Hacker 2023](#)), they are an afterthought rather than the central institutional setting for making AI safe. Rules that govern responsibility when something goes wrong and define who needs to act, remedy and possibly pay can facilitate innovation in AI and rapid behavioural change in the notoriously difficult task of anticipating output risks.

## Recommendations

We suggest that placing too high a burden on technology developers (vis-à-vis deployers) may (a) give an advantage to larger firms who can shoulder the legal risk, and (b) slow down technological development in uncharted territory. That is, technological developments may be directed at applications for which the developer has low liability, either because most risk is borne by the deployer or because it is considered a low-risk application in the first place.

While AI providers should not be allowed to routinely avoid liability vis-à-vis downstream operators with contractual clauses, such as “we will not be liable to you under any theory of liability—whether based in contract, tort, negligence, strict liability, warranty, or otherwise—

for any indirect, consequential, incidental, or special damages or lost profits”, we suggest that there are significant differences between AI that gets deployed once (e.g. computer vision to recognize car license plates) and AI that is constantly (re-)deployed and developed (e.g. chatbots that complement humans in creative tasks). This matters for liability rules that may require firms to know in particular what their AI inputs were and how to retrain or retune systems to remedy breaches of existing laws.

The EU AI Act offers a blueprint for a comprehensive risk-based approach that seeks to prevent harmful outcomes ex ante, for all AI systems and before the event. Societies are right to regulate ex ante the development of unacceptably high-risk technologies, such as nuclear power. AI we argue is more like electricity – a general purpose technology. Rather than requiring detailed risk declarations, enlightened (ex post) liability rules can offer

space for open source innovation (where European firms have particular strengths) and incentivise investment in high-quality model inputs.

#### **Note**

*We are four unrelated academics who work in the same field but from very different disciplinary starting points.*

*Inevitably, we sometimes get confused. We therefore decided to collaborate on this piece and let AI solve the issue of attribution. Authors should be cited in random order.*

*The argument in this blog is developed more fully in Martin Kretschmer, Tobias Kretschmer, Alexander Peukert, Christian Peukert, “The risks of risk-based AI regulation: taking liability seriously”, CEPR Discussion Paper [DP18517](#), 10 October 2023; also available open access via [ArXiv](#) and [SSRN](#).*

Beatriz Kira, Laura Schertel Mendes

# A Primer on the UK Online Safety Act

Key aspects of the new law and its road to implementation

doi: 10.17176/20231113-172421-0



With Royal Assent received on 26 October 2023, the [Online Safety Act](#) (OSA) has now become [law](#), marking a significant milestone in platform regulation in the United Kingdom.

The OSA introduces fresh obligations for technology firms to address illegal online content and activities, covering child sexual exploitation, fraud, and terrorism, adding the UK to the array of jurisdictions that have recently introduced new online safety and platform accountability regulations. However, the OSA is notably short on specifics. Crucial determinations, such as the actions that social media giants and search engines will be required to take, hinge on codes of conduct and guidelines to be established by the designated regulator, Ofcom, as well as pending secondary legislation. This legislative approach places strong emphasis on finer points yet to be established, making the intricacies of implementation even more critical than in similar European regulations.

In this post, we dissect key aspects of the OSA structure and draw comparisons with similar legislation, including the EU Digital Services Act (DSA). The UK law's openness, coupled with certain ambiguities, presents challenges for Ofcom's implementation capacity and raises uncertainties about its future adaptability. One concern involves the potential application of the OSA to AI-powered chatbots, raising doubts about the law's ability to achieve its objectives. Central to our examination is the OSA's focus on distinct content categories and the need to determine what is legal or illegal. The delineation of these categories sparked heated debates during the legislative process, and incorporating these distinctions into the law poses a significant implementation challenge, particularly regarding who holds the authority to interpret what constitutes legal or illegal content.

## OSA's more specific scope compared to the DSA

Whether a platform falls within the OSA's scope depends on the nature of the service it offers. Regulated services under the law include i) user-to-user platforms

where users can upload and share content (e.g., messages, images, videos, comments) that becomes accessible to others, and ii) search engines.

Compared to the DSA, the scope of the OSA is narrower. The DSA applies to different types of platforms in addition to the ones covered by the OSA, also including app stores, and deals with broader issues such as dark patterns and intellectual property infringement.

Notably, content-based substantive obligations outlined in the OSA relate to illegal content and content that can be harmful to children. In contrast, the systemic obligations in the DSA cover a broader spectrum of content, including both legal and illegal material.

## Differentiated duties of care: tailored obligations according to the risk and reach of the platform

The backbone of the OSA revolves around the concept of a "statutory duty of care" – a regulatory model proposed by the [Carnegie UK Trust](#) drawing on health safety regulations. The underlying premise is that the way platforms are structured and managed results from corporate decisions. These corporate decisions, in turn, shape how what users see and how they engage with content. Consequently, companies are well-placed to, and have a moral responsibility to, consider the potential harms to users associated with their services when making these corporate decisions, and they should take measures to prevent or mitigate reasonably foreseeable harms.

The OSA [embraces this model](#) and establishes duties requiring all in-scope platforms to proactively manage the risk of online harms related to their services. However, not all platforms (or "providers of regulated services" as defined by the Act) are subject to the same obligations. The duties of care and their accompanying responsibilities should be proportional to the level of risk posed by platforms, considering two key dimensions.

The first dimension revolves around the service provider. The OSA's obligations consider the service provider's size and reach, echoing the approach in the DSA.



While all platforms must prioritize user protection and embed safety considerations into their decision-making, more demanding obligations are reserved for the largest platforms due to their wider reach and higher risk functionalities, as well as the greater resources they have to manage these risks.

Service providers are categorized into three groups: Category 1, consisting of high-risk, high-impact user-to-user platforms, which face the most stringent obligations; Category 2a, which encompasses the highest-reach search services; and Category 2b covering services with potentially risky functionalities or other factors. The OSA also singles out providers of pornographic material, placing on them a standalone duty to ensure that children cannot normally access their services. Unlike the European legislation, which specifies criteria for defining the Very Large Online Platforms (VLOPs) and Very Large Online Search Engines (VLOSEs) that will be subject to more demanding obligations, the OSA refrains from setting explicit thresholds or criteria for each category. Instead, the law establishes that the UK government, in consultation with Ofcom, will establish these criteria through secondary legislation, accounting for factors like size and functionality.

The second dimension is content-based, resulting in a “differentiated duty of care” that introduces complexity into the legislation and poses significant implementation challenges. The OSA classifies obligations into two primary types of content: those related to illegal content and those related to content harmful to children and the obligations vary based on the nature of the content. Every platform is required to assess the risks associated with illegal content and take proportionate measures to mitigate these risks. Services likely to be accessed by children, in turn, must also assess the specific risks of harm to children and take proportionate steps to mitigate these risks. Additionally, while all platforms must also establish effective processes and systems for users to report illegal content, and implement procedures for complaints and redress, user-to-user platforms are also mandated to act promptly to swiftly take-down illegal content once they become aware of it.

This means that OSA's obligations are contingent not only on the type and size of the platform but also on the assessment of whether the content is illegal and whether it is likely to be accessed by children. The lack of clarity regarding how platforms should “age-gate” content

that is harmful to children has ignited [considerable debate](#) concerning potential risks to user privacy and freedom of speech. Nevertheless, the most substantial uncertainty affecting all in-scope services is likely to revolve around determining the legality of content.

### Content matters: identifying illegal content and priority illegal content in the OSA

The OSA defines illegal content as “content that amounts to a relevant offence”. This definition covers situations where the use of words, images, speech, or sounds amounts to an offence, where possessing, viewing, or accessing such content is an offence, or when publishing the content itself is an offence. Some new speech-related offences are introduced by the OSA, such as the false communication offence, which makes it illegal for a person to send a message conveying information they know to be false and that is intended to cause non-trivial psychological or physical harm to a likely audience. However, illegal content also encompasses anything that is already an offence or becomes an offence after the passing of the OSA. Despite the extensive list of offences, it remains controversial whether the law will tackle political harms that fall outside the scope of the false communication offence – including extremism, abuse, and misogyny – leading to uncertainty about the OSA's effectiveness in [safeguarding political discourse](#) ahead of the UK's upcoming general elections.

While the responsibility for assessing what qualifies as illegal content falls on the platforms themselves, the standards provided by the OSA to guide platforms' assessment of the content's legality are somewhat vague. The legal standard stipulates that providers should have “reasonable grounds to infer” that content is illegal and act accordingly. This, in turn, requires platforms to infer whether all the elements necessary for the commission of the offence, including mental elements (*mens rea*), are present or satisfied, and that there are no defenses that may be successfully relied upon. It is unclear how AI-powered automated content moderation systems will be capable of carrying out this assessment.

Confusingly, the OSA introduces the concept of “priority illegal content”, which carries additional specific duties for platforms. For instance, all user-to-user platforms must take “proportionate measures” to prevent users from *encountering* priority illegal content and minimize

its availability on their platforms. The OSA defines “priority illegal content” as content related to terrorism, child sexual exploitation and abuse, or other priority offenses specified in a list in a schedule of the law. The list of other priority illegal content can be modified by the Secretary of State, a rule that has faced criticism for granting the government too much power over speech, as illustrated by the inclusion of the [controversial priority offense](#) “assisting illegal immigration”.

Navigating the intricate web of content definitions and corresponding obligations within the OSA will be a significant challenge for platforms. Ofcom’s forthcoming documents, including a code of conduct concerning illegal content duties and guidance on assessing such content’s risks, will offer more specifics. While the initial drafts have already been published and are [currently under consultation](#), the codes of practice on harm mitigation still need to be laid before Parliament, meaning it is unclear when they will be fully operational. This marks just the initial phase of Ofcom’s extensive roadmap for implementation. With the regulator’s guidance and codes of practice playing a pivotal role, the current details are still relatively scarce and substantial groundwork is yet to be done in establishing the OSA’s operational compliance framework.

### OSA’s limited impact on content moderation practices

Considering the OSA’s focus, a fundamental concern arises: will the British law significantly impact content moderation practices beyond illegal content?

Earlier drafts of the OSA included a third category of content, “legal but harmful content” for adults, which covered content legal but deemed potentially detrimental, such as misogynistic abuse, explicit self-injury promotion, and depictions of eating disorders. Under this older version of the bill, platforms were not required to remove this harmful content but had to conduct and publish risk assessments related to it. However, this category attracted [considerable criticism](#) due to the ambiguity in defining harmful yet legal content. Concerns also surfaced regarding government intervention in regulating legal speech and the potential chilling effect on free speech resulting from mandatory risk assessments for this category. As a result, the UK government [removed the “legal but harmful content” category entirely](#), narrowing the OSA’s scope and its authority over content moderation.

In lieu of the removed duties, the OSA mandates Category 1 platforms to offer “user empowerment” tools. However, these tools are rather basic, essentially mirroring what most major social media platforms already provide, including tools that enable users to limit their exposure to certain types of content, and tools that alert users to the presence of content of a particular type (e.g., filtering screens). Additionally, the content covered by these obligations largely overlaps with what is already prohibited on major platforms, such as content promoting self-harm, abusive content targeting protected characteristics, and content inciting hatred just below the threshold of hate speech. Questions also remain regarding whether these user empowerment tools [set the default correctly](#) and whether they will [effectively prevent indirect harms](#) stemming from online content, including the impact on individuals who are not managing the platform’s settings.

Crucially, the OSA’s approach, focusing on specific types of content, limits its authority to compel platforms to address systemic risks within their content moderation systems. Conversely, the European law requires VLOPs and VLOSEs to conduct a more comprehensive evaluation of their content moderation systems, encompassing not only risks of illegal content dissemination, but also threats to fundamental rights, political processes, public health, gender-based violence, and impacts on individuals’ physical and mental well-being, among others. In contrast, the OSA mandates platforms to evaluate only risks related to illegal content and content harmful to children, while Category 1 platforms are additionally required to assess the effects of their policies on users’ privacy and freedom of expression. The OSA also lacks the crisis response mechanism that exists in the DSA, thereby restricting Ofcom capacity to directly oversee content moderation systems during critical times.

### Next steps: challenges in the implementation and future-proofing the law

The Online Safety Act becoming law after four years of debate does not bring discussions around platform regulation in the UK to a close. The Act’s comprehensive framework, requiring [substantial input](#) from Ofcom, along with contentious clauses such as one mandating platforms to use “accredited technology” to spot child sexual abuse material (CSAM) – which has raised concerns about [com-](#)

[promising end-to-end encryption](#) – guarantee that debate will persist. However, the OSA represents an important step forward in introducing public oversight into corporate decisions shaping users' online experiences, offering valuable insights for other jurisdictions exploring similar legislative pathways.

Two main aspects deserve close observation. The first pertains to OSA's hybrid regulatory approach which blends elements of public and private governance, and understanding how this will be put into practice. Ofcom will not be involved in individual content vetting or removal decisions, while platforms will face some constraints in crafting their content moderation systems. For example, Category 1 platforms are obliged to protect "content of democratic importance", recognizing their substantial role in the digital public sphere. This model aims to ensure that neither the state nor corporations hold exclusive control over online content. It seeks to address concerns about state intervention affecting users' fundamental rights while acknowledging that holding platforms accountable is crucial to a resilient democracy. Nonetheless, the effectiveness of this engagement model between public and private entities—similar to frameworks found in sectors like financial services regulation—in regulating digital platforms, is yet to be observed.

The second is about future-proofing the law, and the extent to which the OSA is equipped to address challenges arising from the proliferation of new forms of com-

munication. A critical question remains regarding [whether OSA encompasses newer services like LLM chatbots](#) such as ChatGPT, which are neither explicitly included nor excluded. In Europe, [scholars argue](#) that the scope of the DSA will need to be expanded to cover LLMs. In the UK, [the government suggested](#) that certain functions of LLM chatbots fall under the new legislation, arguing that content generated by AI bots would be in scope "where it interacts with user-generated content, such as on Twitter" and that "search services using AI-powered features will also be in scope of the search duties". However, it is uncertain whether the OSA offers adequate mechanisms to protect users, particularly children, from potentially harmful content *directly generated* by these services. For instance, [conversational chatbots](#) used for emotional support or as spaces for sharing thoughts and feelings might pose [significant risks](#) to more vulnerable users – potentially undermining the primary objective of the new law.

As Ofcom [noted](#), the quick rollout of generative AI shows that "the sectors the Act tasks Ofcom with regulating are dynamic and fast paced" meaning the regulator's response will have to constantly evolve. It remains to be seen whether the OSA's less prescriptive approach will afford the law the necessary flexibility to adapt to technological advancements and whether [upcoming AI regulations](#) in the UK will effectively address the OSA's blind spots.

Baptiste Charvin

# Is France Desacralizing its Constitution?

doi: 10.17176/20231116-233405-0



On October 29, 2023, President Emmanuel Macron made a significant **announcement** on X (formerly Twitter): “In 2024, the right of women to choose abortion will become irreversible”. The statement marked the President’s intent to successfully conclude his new project aimed at amending the Constitution. The objective is to enshrine in the Constitution that “the law establishes the conditions under which women have the freedom, guaranteed to them, to resort to voluntary termination of pregnancy”.

The combination of these two elements – the President’s message and the adopted text – represents a striking paradox rooted in a reality marked by a contest of constitutional innovations. Two major problems arise in this context. The first relates to the normative value of the Constitution in its formal sense, where all hopes and faith are vested. A right or a freedom would be better safeguarded because it now holds constitutional value. Even more so, they would be *supraconstitutional* for the ages to come. Yet, claiming that a freedom is “irreversible” is as naïve as it is dangerous. The second problem involves an inflation of constitutional revisions. The consequence is a diminishing normative relevancy of the Constitution, which is then conceived as a normal text that should encompass everything. In a material sense, it is reduced to an inventory of provisions that could easily be included in ordinary legislation. Ultimately, the Constitution is stripped of its privilege: in attempting to revitalize it, the constituent power may inadvertently extinguish it.

## Inflation of constitutional laws

From 2002 to the present day, hundreds of constitutional bills have been proposed by delegates in Parliament,

with forty of them being introduced within a year following the renewal of the Assemblée Nationale after the 2022 legislative elections. Each bill contains unique and far-reaching provisions. For example, a proposed constitutional law “relating to the sovereignty of France, nationality, immigration and asylum” suggests that “no one may become French unless he or she can prove assimilation into the French community”<sup>1</sup>. Other proposals state that “the Republic shall ensure the reasoned use of natural water resources”<sup>2</sup>; that “the French Constitution takes precedence over international treaties and agreements, including European Union standards”<sup>3</sup>; that “the languages of the Republic are French and French sign language”<sup>4</sup>; and that the Republic “shall protect the dignity of the human person and his or her living conditions”<sup>5</sup>. None of these proposals succeeded, either because they were rejected by a majority vote by Parliament at the first stage of the procedure or because priorities changed and the process never came to an end. And yet, these proposals are not insignificant. They illustrate a shift within secondary constituent power, which no longer perceives the Constitution as a sacred text, the supreme standard of the French legal order, but as a wish list, and as an object of political communication subject to trivial media considerations. Professor Guy Carcassonne captured this problem perfectly when he wrote that “any subject on the evening news is virtually a law”<sup>6</sup>. Unfortunately, such reasoning can now be applied to constitutional law, too.

This situation is quite paradoxical as the Constitution of the Fifth Republic was initially designed to be “rigid” to ensure that its amendment would not be similar to that of ordinary law, thereby providing stability to the new regime. In order to amend the Constitution, a special

<sup>1</sup> Proposition n°1322 relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l’immigration et à l’asile.

<sup>2</sup> Proposition n°1187 inscrivant la préservation des ressources naturelles en eau dans la Constitution, afin d’assurer une eau potable en quantité et en qualité suffisantes pour les générations futures.

<sup>3</sup> Proposition pour une Constitution suprême, garante d’une nation souveraine (Sénat).

<sup>4</sup> Proposition n°606 visant à inscrire la langue des signes française dans la Constitution.

<sup>5</sup> Proposition n°268 visant à garantir le droit à la vie digne.

<sup>6</sup> G. Carcassonne, « Penser la loi », Pouvoirs, n° 114, 2005, p. 40.

procedure must be respected. Article 89 reads as follows:

*“The President of the Republic, on the recommendation of the Prime Minister, and Members of Parliament alike shall have the right to initiate amendments to the Constitution. A Government or a Private Member’s Bill to amend the Constitution must be considered within the time limits set down in the third paragraph of article 42 and be passed by the two Houses in identical terms. The amendment shall take effect after approval by referendum.*

*However, a Government Bill to amend the Constitution shall not be submitted to referendum where the President of the Republic decides to submit it to Parliament convened in Congress; the Government Bill to amend the Constitution shall then be approved only if it is passed by a three-fifths majority of the votes cast. The Bureau of the Congress shall be that of the National Assembly”.*

## The Constitution as a communicational instrument

Despite the “rigidity” of this procedure, Élodie Dardaële commented on its evolving status that the Constitution is often too emotional and, therefore, more prone to use the Constitution as “a tool for political communication”<sup>7</sup>. Naturally, as a living instrument, the Constitution should not be set in stone. It has evolved considerably, as other texts such as the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen have been conferred a constitutional value equivalent to that of the 1958 Constitution, thereby forming a constitutional corpus with it. The Constitution has also been amended twenty-four times since its enactment, not to mention the decisions made by the Conseil constitutionnel, all contributing to its living nature. On the other hand, however, overburdening this supreme norm could lead to a normative race to the bottom.

From the examples cited above, it is possible to identify several categories of proposals for constitutional amendments. There are purely *political* proposals, the aim of which is to draw attention and debate, knowing that the revision will not reach its conclusion. There are

also *cosmetic* proposals whose purpose is to add text without any real normative value to the Constitution. Lastly, there are *fundamental* proposals which aim to alter the Constitution’s content, whether by modifying the separation of powers or by enshrining rights and liberties. Such proposals appear legitimate because, in this case, the true meaning of the Constitution is respected. The process of constitutionalizing women’s right to abortion is an example of a *fundamental* proposal.

And yet, even though Macron’s announcement is undoubtedly a legitimate form of constitutionalization, this proposal, unfortunately, has a rather symbolic dimension. In response to the backlash of the Dobbs<sup>8</sup> ruling by the US Supreme Court, numerous proposals to amend the Constitution have emerged to ensure that the right to abortion, currently provided for by ordinary law in France, would not be abolished. Rather than examining the reasons underlying the decision or the idiosyncrasies of the American system, the *Assemblée nationale* opted for a hasty reaction, resulting in a significant number of constitutional bills.

This surge of constitutional bills, under the guise of enhancing the protection of the right to abortion, does not represent an appropriate legal response to this social concern. Rather, it serves as a political tool where the constitutionalized right becomes a quick proof of success for the dominant political party, seeking to boost its popularity while portraying itself as a champion of freedom.

A closer look at the adopted text reveals this. The place and choice of words in the Constitution carry decisive value. Article 34 of the Constitution, which gives the legislator the exclusive power to regulate civic rights – and therefore to limit them – would be supplemented with the following text: “the law determines the conditions under which the freedom of women to have recourse to an abortion, which is guaranteed, is exercised”. The term “freedom” is inherently problematic. As Jean Rivero wrote: “Freedom is a power of self-determination, by virtue of which Man himself chooses his personal behavior”<sup>9</sup>, and the author went on to point out that “freedom also poses a series of social problems. Society, to a large extent, determines Man’s exercise of his power of choice, either by forcing him to behave in certain ways, or, more

<sup>7</sup>E. Dardaële, “La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionnalisme contemporain” .

<sup>8</sup>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U.S. \_\_\_ [2022]

<sup>9</sup>J. Rivero, *Les libertés publiques*. T. 1., *Les droits de l’ homme*, Paris, Puf, 1973, p. 14.



subtly, by nudging him so as to make the exercise of freedom impossible, or even, at the limit, by suppressing the desire for it”<sup>10</sup>.

Abortion undoubtedly raises numerous social issues. If the executive branch adopts the draft revision, it will have to resort to Parliament convened in Congress<sup>11</sup> rather than a referendum. The reluctance – and hypocrisy – of the French government and delegates are evident in the version adopted by Parliament after the Senate had amended the provisions. If the constituent had sought to enshrine and guarantee a woman’s freedom to have an abortion, it would have referred to a “right to” (implying a positive obligation of the State) instead of a mere “freedom of”, as was the case in the first version proposed by the Assemblée. As a consequence, this attempt at constitutionalizing a woman’s freedom to have an abortion is marred by two illusions: first, the alterability of the supreme text. What can be done can also be undone; and second, that constitutionalization equates to providing material means for a woman to have an abortion. It is important to understand that the question is not whether to grant women such a right, but how to achieve this in a manner that it can be made equally accessible and exercised under the best possible conditions. This right has become increasingly important and widely recognized in French society, with a majority of the French population not opposing its exercise<sup>12</sup>. However, this does not mean that this support will last forever. If the amendment is accepted, it will certainly have some impact. The protection currently provided to this right under national and European law is relative. Constitutionalizing this right would

undoubtedly offer it enhanced, albeit not absolute, protection. However, the implementation must be done appropriately. Regrettably, the proposed amendment does not meet this criterion.

### The future of an ill-used Constitution

This political instrumentalization, along with the inability of the Constitution to guarantee permanent and effective access to abortion, reveals a number of legal weaknesses. In the secondary constituent’s mind, what matters most is no longer assigning constitutional value to a right or freedom. It seems as though mere speech and goodwill are deemed sufficient to elevate a norm within the hierarchy automatically. This also raises questions about the value attributed to the Constitution by the secondary constituent power itself. If all norms were to become supreme, then being supreme would actually become the norm. Finally, the inflation of proposed amendments bears witness to the dissonance and divisions that the French people are experiencing, despite being governed by a Constitution that enshrines a set of values that should be shared by all. Unlike beauty pageants, which repeatedly highlight how fragmented, contingent, and contested the concept and meaning of beauty are, constitutional reforms and the pursuit of greater freedom follow a different logic. Delegates and governments should refrain from blind and unconditional support for drafts proposed by their party when such additions to the constitution are at stake. As beauty is in the eye of the beholder, constitutional fitness should not be subject to political salience.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> As exemplified by article 89 of the Constitution.

<sup>12</sup> According to recent polls, 80% of the French people would like the women’s right to have an abortion to be enshrined in the Constitution. See <https://www.jean-jaures.org/publication/les-francais-veulent-ils-constitutionnaliser-le-droit-a-lavortement-en-france/>.

Sarah Geiger

# Constitutionalizing the right to abortion is not political opportunism

doi: 10.17176/20231127-213745-0



Recently, [Baptiste Charvin wrote on this blog](#) that the right to abortion has become the subject of political instrumentalization in France. In his view, it illustrates a general phenomenon of ‚constitutional desacralization‘ and underlines the division the French people are experiencing, ‚despite being governed by a Constitution that enshrines a set of values that should be shared by all.‘ I argue that the French parliamentary debate on the right to abortion is anything but a phenomenon of recent political opportunism. Instead, it reflects – for once – a majority opinion, not the division of French society.

*Charvin* mourns that parliamentarians should better have refrained ‚from blind and unconditional support for drafts proposed by their party when such additions to the constitution are at stake.‘ Indeed, the constitutional bill only guarantees women the freedom to resort to voluntary termination of pregnancy. Ordinary laws establish the conditions under which women may exercise this freedom. In other words, the constitutional bill does not provide for an *unconditional* right to abortion – a fact that may also be explained by French constitutional culture. The French Constitution itself contains no catalog of fundamental rights and freedoms. Hence, including a specific individual freedom in the constitutional text is without precedent. Even though ordinary laws can still restrict the constitutionally guaranteed freedom to voluntary termination of pregnancy, the requirements for such restrictions increase. Therefore, the constitutionalization we are witnessing may not be qualified as ‚naïve.‘

## The issue of abortion in public and parliamentary debate in France

In France, the debate on the legal categorization of abortion reached its first turning point in the 1970s. From 1970 onwards, women began to demonstrate in favor of legalizing abortion. According to [article 317 of the Penal Code from 1810](#), abortion was punished not as a felony but as a misdemeanor. In 1972, women’s rights acti-

vist Gisèle Halimi defended a young girl and her mother who had been accused of abortion and abortion aid, respectively (the ‚[Bobigny trial](#)‘). Halimi, who later explicitly stated that [abortion must be a right](#) (p. 14), turned the proceedings (which ended with the young girl’s acquittal and her mother being ordered to pay 500 francs) into a political stage. Crucially, Halimi’s arguments in the Bobigny trial influenced the reform of the penal code under the Republican President Valéry Giscard d’Estaing two years later. In 1974, Giscard d’Estaing’s Minister of Health, Simone Veil, gave a virulent, widely known speech [before the National Assembly](#) (p. 11 et seq.) to convince the Gaullist-Republican majority of her reform project. The ‚[Veil law](#),‘ which legalized abortion, came into force in January 1975. [At a national tribute to Gisèle Halimi on 8 March 2023](#), President Macron pledged to constitutionalize women’s freedom to have an abortion.

## French public opinion on abortion rights today

With his pledge, President Macron builds on a parliamentary debate that had already begun during the last legislative term in [2017](#). With the start of the current term, this debate took more shape. In September and October 2022, the two Houses of Parliament, the [National Assembly](#) and the [Senate](#), each tabled a proposal for a constitutional bill to protect and guarantee the fundamental right to abortion and contraception. In addition to this constitutional debate, the National Advisory Commission on Human Rights (CNCDDH) published an official opinion in which it expressed its support for the constitutionalization of ‚[abortion as a universal human right](#).‘ With this position, the CNCDDH is in line with [other public bodies](#) that have [previously expressed](#) their opinion on the topic. Further, in its report, the CNCDDH cited several recent opinion polls, which show that more than 80% of the French people are [in favor of enshrining the right to abortion in the Constitution](#) and that 77% of the respondents from all [across the political spectrum](#) consider such a step

to be ,useful.‘

## The absence of a catalog of individual rights and freedoms in the French Constitution

Despite this near-consensus in public opinion, the parliamentary debate on the constitutional bill was long and did not result in an *unconditional* – or *absolute* – right to abortion (as proposed by the National Assembly) to be enshrined in the Constitution.

According to Article 89 para. 2 of the French Constitution, a constitutional bill must be passed by the two Houses of Parliament in identical terms. Reaching a parliamentary consensus is particularly difficult when a new individual right or freedom is to be introduced. This is because France’s constitutional culture and the structure of the French Constitution make it difficult to locate and formulate any such right or freedom.

To provide more background: As of today, the French Constitution does not contain any title devoted to individual rights and freedoms. Article 1 states that the French Republic shall ensure the equality of all citizens before the law without distinction of origin, race, or religion. In 2008, a [second paragraph was added](#), specifying that the law promotes equal access for women and men to electoral mandates and elective functions as well as to professional and social responsibilities. While this more recent amendment to the Constitution strengthens the legal position of women, individual rights and freedoms are contained in other texts of constitutional value. Said texts include the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 (confirmed and completed by the Preamble to the 1946 Constitution) and the Charter of the Environment of 2004. The Preamble to the current Constitution declares that the French people are bound by this body of historical texts – the ,constitutional bloc,‘ in the words of Louis Favoreu [and](#) Claude Émeri.

## Where to locate an individual freedom in the constitutional text?

The peculiar design of the constitutional system as regards individual rights and freedoms – namely, a Constitution that includes a direct reference only to the principle of equality and, apart from that, principally consists of references to other historically significant texts – explains why it was so difficult to reach an agreement on where to enshrine a constitutional right to abortion.

The initial proposal made by the National Assembly was to introduce [Article 66-2 into the Constitution](#) (congruent with a proposal in 2019). Said Article would have been located in Title VIII, devoted to the judicial authority. It would thus have followed Article 66 (stating that no one may be arbitrarily detained and that the judicial authority – guardian of individual freedom – ensures respect for this principle) and Article 66-1 (abolishing the death penalty). Yet, given that the right to abortion is not intimately linked to the conditions under which the state exercises its system of penalties, the inclusion of the new right under Title VIII seemed inappropriate.

The modified [version by the Senate](#) now provides for the constitutional bill to be included in Article 34 of the Constitution ([the location already chosen](#) in the Senate’s 2017 constitutional bill). Article 34, which determines the scope of the legislator’s powers – as opposed to those of the executive – provides, *inter alia*, that the law shall lay down rules concerning civic rights and the exercise of fundamental (public) freedoms granted to citizens. The reference to an individual right or freedom protected by the Constitution seems far more coherent in this context.

## The substantive form of protection: Is a right better than an individual freedom?

Initially, the two chambers also disagreed on the (substantive) form of protection to be granted in relation to abortion. The National Assembly’s version of the constitutional bill stated that ,No one may interfere with the right to abortion and contraception. The law shall guarantee all persons who so request free and effective access to these rights.‘ The version amended by the Senate now provides only that ,The law shall determine the conditions under which a woman’s freedom to resort to voluntary termination of pregnancy is exercised.‘

The constitutional bill thus explicitly grants pregnant women the freedom to have a voluntary termination of pregnancy – a freedom that has [already been recognized by the French Constitutional Council](#). Said freedom is derived from Article 2 of the [Declaration of 1789](#) (general principle of individual freedom). Still, the bill is unprecedented, given that – for the first time – a concrete individual freedom is enshrined in the text of the Constitution.

In his article, *Charvin* argues that ,if the constituent had sought to enshrine and guarantee a woman’s free-

dom to have an abortion, it would have referred to a ‚right to‘ (implying a positive obligation of the State) instead of a mere ‚freedom of‘ (...). This attempt at constitutionalizing a woman’s freedom to have an abortion is marred by two illusions: first, the alterability of the supreme text. What can be done can also be undone; and second, that constitutionalization equates to providing material means for a woman to have an abortion.’

However, I do not agree with Charvin’s analysis for the following reason: Explicitly laying down an individual freedom in the constitutional text does not lead to different legal consequences than granting a specific right. In both cases, the aim is to ensure that the individual decision to act or not to act is protected from state intervention. This does not necessarily and automatically result in an active duty of the state to act – irrespective of whether a right or a freedom is enshrined in the Constitution. Put differently: The state’s duty to respect the protected behavior does not arise directly from the chosen form of protection but from the hierarchy of norms. Therefore, enshrining a right to abortion in the Constitution would not have meant that it cannot be concretized or limited by ordinary law (an example would be the [period during which an abortion can be performed](#)).

### **The enshrinement of a constitutional freedom leads to strict requirements for any limitation**

Indeed, the protection afforded to women in the constitutional bill is in line with the French system of fundamental freedoms. Article 4 of the Declaration from 1789 specifies that ‚Freedom consists in being able to do everything that does not harm others: thus, the exercise of the natural rights of each man has no limits other than those which ensure the enjoyment of these same rights by the other members of society. These limits can only be determined by law.’

Hence, it does not seem [naïve or dangerous](#) to expressly allow the legislator to determine the conditions

under which the freedom may be exercised. Crucially, granting the legislator this margin of maneuver does not call the constitutionally guaranteed freedom into question. On the contrary, the legislator is bound to respect the freedoms enshrined in the Constitution – irrespective of whether compliance is deemed politically desirable or [not](#). Any limitation imposed on a constitutional freedom must be justified and may be reviewed by the Constitutional Council by means of a constitutionality review before or after the law comes into force.

Members of parliament are well aware of this constraint: Since the day the Senate submitted the amended constitutional bill to the National Assembly for rereading, some members of parliament, particularly Republicans, have proposed a number of amendments to [constitutionalize the limits](#) on the constitutional freedom. Even though these proposals have little chance of succeeding, they once again illustrate the legal *and* political uncertainties about what it means exactly to enshrine the freedom to have an abortion in the Constitution.

### **Not so easy to be undone: The constitutional text as a protective shield against populism**

The French debate on the legal protection of women wishing to resort to abortion has regained considerable momentum in 2022 after the decision of the U.S. Supreme Court to overrule *Roe v. Wade* in [Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization](#).

In turbulent political times, it seems more lucid than hasty to enshrine the societal achievements of recent decades – in the concrete case, the liberal stance on the question of whether to allow abortions – in the French Constitution. The crucial lesson here is: Even if political majorities change, the constitutional text cannot be changed as easily as ordinary law or (constitutional) case law. The Constitution should thus not be seen as a victim of political instrumentalization but as a protective shield against populism.

Andrea De Petris

# Looking at Berlin, Ending up on Capitol Hill

The Italian Constitutional Reform Plans in Comparative Perspective

doi: 10.17176/20231113-233340-0



On 3 November 2023, the Italian Council of Ministers approved a [constitutional reform bill](#) to introduce the direct election of the Prime Minister in Italy. The reform would grant the Prime Minister significantly broader powers than those currently outlined in the Constitution. The proposal is now set to be evaluated by the Italian Parliament, and possibly submitted to a popular referendum if it is not approved by two-thirds of the members of both chambers. During a press conference, Prime Minister Giorgia Meloni called the bill the „[mother of all reforms](#)“, capable of guaranteeing both the citizens' right to decide who governs them and the principle that whoever is chosen by the people can potentially govern for the entire legislature, without changes of majority and government. The problem is that the reform completely – and dangerously – misses its target: a comparison with the German chancellorship, in fact, clearly shows how the Italian government's proposal annihilates precisely the element that represents the strength of continuity of government in the German model, namely political parties.

The [draft reform](#) stipulates that the Prime Minister would be elected concurrently with the general elections for the renewal of the Chamber of Deputies and the Senate, serving a five-year term of office. A majority prize equal to 55 per cent of the seats in Parliament is also envisaged for the coalition that elects the Prime Minister to ensure greater stability for the government. A proposal to amend the electoral law is currently lacking.

The reform aims to prevent the future establishment of so-called technical governments that do not reflect the majority that won the elections. Thus, if the elected Prime Minister does not gain the confidence of Parliament, the President of the Republic renews his office and, if he does not gain confidence again, dissolves the Chambers. In case of resignation, impediment, or lack of parliamentary confidence, the President of the Republic may entrust the task of forming a new government to the resigning Prime

Minister or to another Member of Parliament from the majority. However, they are obligated to implement the government programme announced by the initially elected Prime Minister. If this subsequent government does not gain confidence either, the Head of State dissolves the Chambers.

## Political instability undermines growth

According to the government, the reform will make it possible to form more stable governments than those usually known in Italy. Indeed, the stability of governments is a [very serious problem](#) in the Italian political system: in 19 legislatures, from July 1946 to October 2023, Italy had 65 governments with 31 Prime Ministers, averaging a new government approximately every 14 months.

Undoubtedly, the stability of government action is a decisive factor in fostering a country's economic growth and international reliability: major reforms need continuity to be implemented, and this is not possible if in a single legislature there are several governments, often with different political compositions and consequent revisions of legislative measures approved by the previous executive. In this sense, the need to revise the constitutional rules to ensure greater continuity of action of the executive is real. However, the problem is that the changes proposed by the reform just announced by Giorgia Meloni do not achieve this objective.

The cornerstone of the reform consists in the direct election of the Prime Minister: in this way, Meloni argues, the Head of Government will enjoy personal electoral legitimacy, which will allow him (or her) to more effectively guarantee the stability of his (or her) Cabinet. This would help avoid crises that often arise as a result of conflicts between the parties of a certain majority, which typically lead to government resignations and the formation of cabinets supported by different party coalitions, even within the same legislature. If the reform is appro-



ved, its proponents assure that an internal crisis within a coalition will no longer potentially result in the formation of governments with a different composition, potentially involving parties that were part of the minority after the vote. In such cases, in fact, only three alternatives would be available: 1) a second attempt by the elected Head of Government to gain confidence in Parliament again; 2) if this fails, entrusting the task of forming a government and seeking confidence in Parliament to another member of the majority linked to the elected Prime Minister (but with a commitment not to deviate from his government programme); 3) early dissolution and a return to the vote.

### Trading political legitimacy for stability

The basic idea is clear: faced with political parties and parliamentary groups that are unreliable and incapable of upholding the commitments made post-election when forming a coalition or choosing to join a specific parliamentary group, an attempt is made to confer stability on the government through the direct popular legitimisation of the Prime Minister. In other words, the parliamentary legitimisation expressed through a vote of confidence in a government and its programme freely expressed by the parties in Parliament is replaced by a plebiscitary legitimisation of the Head of Government alone. This renders the former ineffective and essentially redundant.

This is a true institutional paradigm shift, transforming a constitutional model originally designed as a parliamentary one – centered on the independent relationship of trust between the executive and the legislative – into a de facto presidential setup, i.e. a model in which the chief executive of the government bases his institutional role on popular investiture alone, rather than on his ability to aggregate political consensus first among the parties, and then in the parliamentary halls. In this way, the vote of confidence is reduced to a mere notarised attestation of a political choice made in the ballot box outside Parliament.

### The successful German model

In contrast, the German system is notable for its stability, where governments generally last for their entire term, and both early elections and changes of government during a legislature are very rare: from 1949 to 2023, in fact, the Federal Republic had only experienced two votes of no confidence against the incumbent Chancellor, in 1972

and 1982, with only the latter resulting in a change of government when Helmut Kohl replaced Helmut Schmidt. Certainly, some help in this came from the “**constructive**” nature of the Bundestag’s no-confidence vote against the incumbent Chancellor, which, according to Article 67 of the Basic Law, provides for a concomitant obligation on the part of the parliamentarians who voted no-confidence to vote by an absolute majority of the Bundestag’s members in favour of another Chancellor, so that the latter can replace his predecessor. Where this does not happen, the challenged chancellor and his government remain in office.

The German system has so far guaranteed an **impressive degree of stability**: between 1949 and 2023, there were 24 governments, on average one every 3.1 years, and 9 chancellors. Yet, none of them were directly elected by the German citizens. The source of stability of German governments is, in fact, different from plebiscitary investiture, and is rooted entirely in the parliamentary system, i.e., parties and the parliamentary groups they represent. Following the Bundestag election, negotiations commence between the parties, which can last a few days or several months. This duration depends on the clarity of the election result, the share of political representation that each party has obtained in Parliament, as well as the ability of the respective leaders to find an understanding around which to build a coalition agreement. The German political vocabulary has even introduced the term **„coalition contract“**, a document signed by the parties in a coalition to formalize their intent to form a government together and agree on the program to be implemented during the legislative term. While this contract is not legally binding and no party could be sued for non-compliance with its clauses, it carries very strong political weight: any party that breaches it, causing the end of the government and, in the worst-case scenario, a return to the polls, would probably face a substantial drop in public support. In the German system, in fact, voters expect the parties, political leaders, and parliamentarians they have helped to elect to keep their word when they commit to a certain government agreement.

### Parties don't work? Get rid of them!

German parliamentarianism provides – correctly – that in elections, each party competes on an equal footing with the others to win as many votes as possible. Only after the votes have been counted and converted into seats ac-

ording to the electoral rules in force do the parties (or rather their governing bodies) negotiate a possible coalition agreement. Parties are thus the key protagonists here: once a commitment has been made to a cabinet and a programme, barring exceptional and unforeseeable events that upset the political framework, the voters expect the parties to respect it. Thus, the provision of Article 21 of the Basic Law, according to which parties „shall participate in the formation of the political will of the people,“ is fully implemented.

In contrast, the reform proposed by the Italian government effectively strips parties of their function, despite Article 49 of the Constitution stating that „any citizen has the right to freely establish parties to contribute to determining national policies through democratic processes.“ By substituting the dynamics of the relationship of trust typical of the parliamentary system with the plebiscitary dynamics of the direct vote of the Prime Minister, the reform permanently eliminates the [role of mediation](#) between civil society and institutions that parties are expected to play in a mature parliamentary democracy. Parties become de facto irrelevant, while both Parliament and the President of the Republic – who should retain the power to appoint the Head of Government and Ministers even with the reform – are relegated to a merely notarial role of certifying a choice made elsewhere, despite the “parliamentary Republic” definition that the constitutional amendment formally claims to preserve.

It matters little that, in various respects, the elected Prime Minister could be replaced by one of his coalition colleagues: the distortion of Italian parliamentarianism in a plebiscitary sense would, in any case, have already been accomplished. The formula of “the man (or woman, lately) in command”, the idea that the ballot box serves to select a leader chosen by the people, who will then govern the country for the entire legislature, whatever happens, [has long been cherished](#) by the Italian right. The

proposed reform is only the latest expression of this. But the objective for which it was officially conceived, namely the certainty of the country’s governability, is far from being guaranteed, while its approval would definitively sanction the distortion of the Italian model in the sense of an identity-based democracy customised around a leader, with no longer any mediation between him (or her) and the voters who appointed him (or her).

The German model would suggest a completely different approach if governability were to be strengthened in a parliamentary system. Measures that could also be adopted in Italy include introducing [strict party discipline](#) that would also regulate their internal organisation, establishing [public financing of parties](#) with a strict system of external controls, strengthening the role of parliamentary groups, prohibiting members from switching to a group other than the one that elected them and reducing the prerogatives of parliamentarians not belonging to a group, approving an electoral law of a proportional nature but with adequate correctives to avoid excessive fragmentation of the Chambers. These measures could be adopted by ordinary laws, without amending the Constitution, and without distorting the parliamentary nature of the Italian form of government.

## A dangerous constitutional reform

The reform drawn up by the Meloni government, on the other hand, follows a different path, and indeed a very dangerous one. While it claims to ensure the continuity of governments – a known weak point of the Italian political system – it undermines the very foundation of parliamentary representation: the party system. Breathing the spirit of plebiscitary populism, this misguided reform, while seemingly looking towards Berlin for inspiration, risks in a worst-case scenario creating an atmosphere reminiscent of Capitol Hill on a fateful day a few years ago.

Carlo Fusaro

# Between Recalibration and Distortion

Meloni's Imperfect Reforms

doi: 10.17176/20231115-233419-0



In its current form, [the project to change the form of government that the Italian government headed by Ms Giorgia Meloni is preparing to present to the Senate](#) seems difficult to accept. The project claims to address the issue of unstable and short-term cabinets in Italy (65 in 75 years, one every 12 months from 1948 through 1994 when a new electoral law was applied; still one every 21 months thereafter). Unfortunately, it is both poorly drafted and contains contradictions that make it not only impracticable but of dubious functionality with respect to the very objectives it proposes to achieve. However, as it has been decades since the problem the draft says it wants to tackle has been acknowledged, I shall assume its proponents' good intentions and suggest how the text could be improved. Below I briefly describe the project, trace its distant and recent origins, indicate what it is lacking and how it should be changed.

## The Proposed Reforms

Drawn up by the Minister for Institutional Reforms, Ms Casellati, the [draft](#) provides for the direct election of the President of the Council (Italy's equivalent of a Prime Minister and hereafter referred to in these terms), at the same time as the election of the two chambers of Parliament. Together with a provision that allocates a 55% majority of the total number of parliamentary seats to candidates linked to the elected candidate-Prime Minister, the desired effect is to strengthen the Prime Minister's office. At the same time, the project retains the name 'president of the Council' (not 'Prime Minister') and almost all the current constitutional provisions regulating the vote of confidence, including the initial one, which remains vested in both Chambers. Undifferentiated bicameralism is not touched. It is evidence that, following the example of the last legislature, the right-wing majority appears to eschew a wholesale constitutional reform, preferring instead to undertake constitutional revisions institution by institution. In order to pretend not to touch the powers of the President of the Republic, the current provision ac-

ording to which the President has the power to appoint ministers (albeit at the proposal of the Prime Minister) is also maintained. Dissolution remains formally a presidential prerogative. It would, however, be exercised less freely than it has been in recent decades.

In this respect, the draft proposes the adoption of the so-called *simul simul* clause. This mandates the dissolution of the representative assembly once the directly elected Prime Minister ceases to hold office, either through a vote of no-confidence or resignation and triggers simultaneous elections (*simul stabunt simul cadent*: they hold office together or together they fall). There are, however, two exceptions. When the first government of the legislature is formed and the Prime Minister does not obtain a vote of confidence in their government, they may stand a second time before Parliament before dissolution. During an existing legislative period, in the event of a vote of no confidence or if the elected Prime Minister resigns, the President of the Republic may reappoint them or even appoint another MP elected in conjunction with the outgoing one, thus forming a new government that both parliamentary Chambers must vote in favour of (by simple majority). If this second government does not obtain the vote or ceases for any reason, the automatic dissolution of both Chambers follows. Thus, paradoxically, the Prime Minister at the head of the second government of each legislature would in fact have the power to determine the dissolution of the Chambers, unlike the first, directly elected one.

## A Regional Model for the National Level?

Meloni's proposed reform closely resembles the one adopted in Italy's municipalities in 1993 and in regions in 2000 that was designed to increase governmental stability and continuity. These followed a proposal originally advanced by the French constitutionalist and political scientist Maurice Duverger in 1956. He proposed the direct election of the prime minister to occur simultaneously with the election of the political assembly. This

idea was relaunched in Italy by the constitutionalist Sergio Galeotti and taken up first by Augusto Barbera; later it was formulated in detail in 1997 by the Committee on the Form of Government of the third and last bicameral Commission for Constitutional Reforms. The proposed model combined elements of both parliamentary and presidential systems: while the Prime Minister is directly elected, there is no separation between executive and Parliament and Parliament retains the power to dismiss the Prime Minister at the cost of its dissolution.

In Italy, under the impetus of the reformers of the early 1990s, between 1992 and 1999, this variant of the Duverger model was adopted at the sub-national level. I am referring to the direct election of the mayor (and, as long as it existed, of the president of the province), and the direct election of the presidents of the regions. These were the most successful reforms of the last few decades that guaranteed stability and accountability before the citizens of municipal and regional governments. In contrast to the original French model, the election of mayors and presidents takes place not only at the same time as the election of the council, but the two electoral processes are integrated with each other. This ensures that the political forces that support the winning candidate obtain a majority in the representative assembly, by assigning a 'prize' in seats, at the expense of the proportional distribution based on the votes for the single lists. The assembly retains the possibility of a vote of no-confidence against the elected mayor or president. However, this comes at the price of provoking new elections for both the executive and the council through the application of the *simul simul* formula. This operates as a formidable stabilising mechanism that makes dissolution exceptional. In fact, since it was introduced, at the regional level, 85% of legislatures have lasted all five years established by law (at the national level only 50%) and the average executive has lasted 50 months instead of 17 (at the national level the average has been 20 months since 1994). At the municipal level, the percentage is even higher.

Indeed, it is why Meloni's proposal is sometimes described as an attempt to introduce a 'mayor of Italy': it reflects the idea of extending the municipal and regional model, in its main features, to national political institutions. However, there are difficulties with this move. In particular, at the national level, the office of the Presidency of the Republic exists which is distinct from the Prime Minister that does not exist in the municipalities and in

the regions.

## An Incomplete and Insufficient Recalibration

The Casellati-Meloni project has obviously provoked waves of reactions. Some totally negative by those who contest the very need to strengthen the executive (a significant minority) and above all are radically opposed to any form of direct legitimisation by the electorate. Others believe that the direct election of the Prime Minister would unduly weaken both the role of the President of the Republic and that of Parliament. This would distort, according to some, the Italian parliamentary regime. This is a crucial point. Contrary to what the reform proposal implies, it is impossible to seek a more stable and stronger executive and expect the other constitutional bodies to keep all their prerogatives intact, both those provided for in the Constitution and those established by practice over time.

The President of the Republic is an obvious example. The presidential figure has been considerably strengthened in recent decades, well beyond the letter of the Constitution and the expectations of the constituent fathers. So much that some believe it advisable to elect him directly in order to combine the office's legitimacy and responsibility. Over the years, the President has acquired the role of crisis manager, which has been justified through a 'useful loophole', namely idea that the President is a 'guardian we cannot do without' (*Italy's nanny* as the *Economist* wrote). If the President is to retain this role, then there is no room for a stronger Prime Minister. Any innovation in that direction can only downgrade the role assumed by the Presidents of recent decades (even beyond the text of the '48 Constitution). The same applies to Parliament: if its strength is perceived to lie in the power of a wide plurality of parliamentary groups (i.e. parties) to make and unmake majorities and governments with the least possible constraints, it is clear that any legal (and not only political) innovation aimed at giving stability to the executives will be considered an undue downsizing.

Almost all observers, then, even the best disposed, have criticised individual provisions of the government text, considering it in contradiction with the government's declared intention because it is destined to strengthen not too much but too little the figure of the Prime Minister. After all, while the Prime Minister would possess direct popular legitimation, they'd lack any additional powers compared to those it already has. In particular, many criticise the fact that – in order to pretend

not to touch the role of the head of state – neither the appointment and dismissal of ministers nor decisive power in matters of dissolution is attributed to the Prime Minister.

Finally, much criticism has been levelled at the references in the draft to electoral law. Some consider it inappropriate to codify electoral law in the Constitution. Others oppose that there are only a few elements of the electoral formula that are being regulated such as the prize, its size, the single ballot paper. Among other things, it is not clear whether there are even plans to elect the two chambers with a single ballot paper. At the same time, there is no provision for a minimum threshold of votes, as prescribed by the Court in its recent case law on electoral laws, nor for a possible recourse to a runoff if this is not reached.

### Improving Italy's System: Some Suggestions

There is, in reality, no need for the direct election of the Prime Minister to address Italy's current governmental problem. A viable alternative would be the electoral indication of the Prime Minister, whereby each candidate stands for a party *and* for a candidate Prime minister. It is possible, for example, to take up the proposal approved in 2015 and never applied, the so-called *Italicum*, albeit with the corrections imposed by the Constitutional Court which mandated a minimum threshold to earn a majority and a run off if the threshold is not passed. Together with granting the Prime Minister the powers that are in any case indispensable such as the power to appoint and dismiss ministers, the power to dissolve Parliament, at least in certain circumstances, such a system would be less ri-

gid and yield more governmental stability.

In the likely case, however, in which Ms Meloni and her majority insist on direct election (after all, this is what they promised the voters), the following changes are necessary to make the reform sufficiently coherent and functional. First, the initial vote of confidence should be eliminated as it is superfluous and indeed potentially harmful. Further, the derogation from automatic dissolution in the event of no confidence in the Prime Minister should be removed. It provides an incentive to party manoeuvring and produces unacceptable contradictions. This could be replaced with a rule that allows, if necessary, for the formation of coalition governments (the like of a *Grosse Koalition*). However, this should be voted in office by Parliament with a majority of 60% or two-thirds of its members. This would not be a reversal of the will expressed by the electorate because it would require the consent of a large part of the majority of the outgoing president. Third, the directly elected premier should be attributed the power to appoint and revoke minister and to determine the government's political direction (as is the case in Germany). Fourth, the references to the electoral law along with the simultaneous introduction of an appropriate electoral law proposal should be rewritten to include a threshold for the award of the extra seats and a runoff ballot when this is not reached. Fifth, a further stabilising rule that provides for incompatibility between ministerial and parliamentary office should be introduced. Finally, a term limit of two full terms of office should also be taken in serious consideration.

In any case, the road to reform remains uphill, keeping with established Italian tradition.



Stefano Civitarese Matteucci

# Paving the Way to Autocracy?

On the Meloni Government's Attempt to Shift the Constitutional Architecture of Italy

doi: 10.17176/20231116-233446-0



On November 3, 2023, the Italian Council of Ministers approved a [Bill to amend the Constitution](#), encapsulating what Giorgia Meloni's Cabinet advertises as a measure to enhance executive stability and streamline policy implementation for medium to long-term objectives ([as already commented on this Blog](#)). The approval is the first step of a process that, according to [Article 138 of the Constitution](#), must undergo several stages before reaching its goal. The process requires two successive deliberations of the exact text by each Chamber, with the second deliberation requiring at least an absolute majority of the Chambers.

Given the consistent majority that the centre-right coalition holds, there is a chance that the Bill could see completion. However, it is likely that the opposition will call for a confirmative referendum, which, according to the same Article 138, must be held when requested by one-fifth of the MPs, five hundred thousand citizens, or five regional councils within three months from the publication of the constitutional amendment. The only scenario where the constitutional law takes immediate effect, thereby precluding the call for a referendum, is when it is approved by a two-thirds supermajority in both Chambers.

Over the past two decades, two major attempts (one promoted by the late [Mr Silvio Berlusconi's centre-right government](#), another by [Mr Matteo Renzi's centre-left government](#)) to amend the "form of government" of the Italian Parliamentary system have been rejected through a referendum.

The proposal is presented almost as a minor adjustment on the Government's part. In the [press release of the Bill](#), it is stated that "the text is inspired by a "minimalist" criterion of constitutional change, as a way to operate in continuity with the Italian constitutional and parliamentary tradition and preserve to the maximum extent the prerogatives of the President of the Republic, a key figure in national unity".

Be it as it may, the proposal has already created a heated debate across the political spectrum and among

commentators and scholars. One finds dissonating voices even within the ranks of the governing parties. On the one hand, critics from the right seem unhappy with the allegedly mild intervention to contain the powers of the President of the Republic towards the legislature and the executive. On the other hand, critics from the left accuse the government of pandering to populist sentiments and setting the stage for an autocratic shift.

This blog post argues that the alleged minimalist nature of the reform advertised by the government is misplaced, and that the aforementioned critiques have plausible grounds from their respective perspectives. While it is a matter of values and ideals to decide which of the two positions is more convincing, the reform project also raises genuine legal-constitutional issues that we will explore further.

## A profound change

The Bill can be considered minimalist only in the sense that it significantly amends just two articles of the Constitution ([92 and 94](#)) to introduce the figure of a Prime Minister elected directly by citizens for a 5-year term. However, this would represent a profound change in the Italian political system, which is currently centred on a parliamentary regime. In the existing system, after elections, parties form coalition governments, "wisely guided" by the President, who has the power to appoint the Prime Minister and other ministers. According to an unwritten rule, the President takes into account the results of the elections when making these appointments.

The President plays a role that is above party politics but is not merely a notary. In fact, the President enjoys significant discretion during coalition crises or national emergencies. It has often been the case that new cabinets were formed, politically different from those "expressed" by the electorate, thanks to the President's moral suasion. The President has the power to dissolve Parliament, but this prerogative has traditionally been used as a last-resort option. The proposed bill aims to end the long-

standing practice of forming successive cabinets during a parliamentary term. To further strengthen the position of the directly elected Prime Minister, the bill stipulates that Parliament is automatically dissolved if it does not give a vote of confidence to the new government.

During the cabinet's term, the proposal provides an exception to the "stand together or fall together" rule. In the event of a cabinet crisis, the President of the Republic, instead of immediately dissolving Parliament, can ask the elected Prime Minister to try again or assign an MP *elected* by the coalition the task of forming a new government and gaining Parliament's confidence. This potential new Prime Minister, who must be an MP – a departure from the current system – must adhere to the same manifesto as the elected premier to receive this mandate.

However, if this second-choice cabinet fails, it would lead to new elections. This rule, dubbed "anti-ribaltone" (anti-big turnaround) by commentators and politicians, suggests that the practice of forming cabinets with runner-up parties from the last elections would be akin to overturning the will of the electorate.

However, there are at least two problems with this narrative. Firstly, under a proportional electoral system where coalitions are formed in Parliament post elections, attributing a specific will to the people seems arbitrary. Secondly, the proposed provision cannot guarantee against defections. An MP elected with the Prime Minister's coalition who, along with other colleagues, switches to the opposition qualifies for the President's mandate. The only other requirement is that the former opposition is willing to endorse the original Prime Minister's manifesto, leading to a potential "ribaltone".

This awkward provision aside, without touching the provisions dedicated to the President, the bill significantly reduces their role in the governmental architecture, shifting the balance of power considerably towards the Prime Minister. To further strengthen their position, the proposal introduces a majority bonus into the Constitution – an absolute novelty since the Constitution has never contained electoral rules – aiming to secure one party or coalition a solid majority in Parliament. A clause in the Bill stipulates that the winning party or coalition must be awarded at least 55% of Parliamentary seats, regardless of their share of the votes.

## The President's Role and Parliament's Supremacy

From the perspective of some right-wing critics, a significant flaw in the reform is that the Prime Minister cannot dissolve Parliament independently. They must negotiate this outcome with the Parliament and the President of the Republic, albeit with limitations. According to [Marcello Pera](#), a senator from Fratelli d'Italia (Miss Meloni's party) and a prominent political philosopher, even though the reform is labelled "premierato" in the media parlance, a system where the Prime Minister cannot dissolve Parliament is not a true premiership.

Professor Pera believes the President should be treated as the monarch in the Westminster parliamentary system. However, under the proposed reform, the President retains the power to dissolve Parliament and appoint ministers on the Prime Minister's proposal. The anti-turnaround clause is particularly peculiar in this context. As noted by [Francesco Bilancia](#), the power to dissolve Parliament effectively lies with the successor Prime Minister: *après moi, le déluge!*

Indeed, if this alter ego Prime Minister resigns, there is no other option than new elections. Let us notice that, under this new system, President Mattarella would not have been able to appoint Mr. Mario Draghi as Prime Minister during the COVID-19 pandemic; nor could President Napolitano have appointed Mr. Mario Monti as Prime Minister in 2011 amidst the financial crisis. Both Draghi and Monti were technocrats who were not Members of Parliament. Moreover, the concept of a "Prime Minister in waiting" undermines the goal of executive stability. A deputy may be tempted to work towards assuming the Prime Minister's position from the outset. This dynamic is evident in the current coalition government, with commentators highlighting the dualism between Miss Meloni and the Deputy Prime Minister, Mr. Matteo Salvini, leader of the "League".

These shortcomings impact a fundamental characteristic of the Italian post-totalitarian 1948 Constitution in a traditionally multi-party political landscape. The founding fathers aimed for a check and balance system where the President's role (elected for a 7-year term with a supermajority by the two Chambers sitting as one) is flexible enough to intervene in difficult situations between the executive and Parliament. While Miss Meloni's Government claims to value this key role of the President, the Bill seems to move in the opposite direction.

The choice to directly legitimize the Prime Minister through popular vote, a concept foreign to Western European Parliamentary democracies, inevitably clashes with the President's role and Parliament's supremacy. As mentioned above, this decision even encourages authoritative members of the same governing coalition to bypass the President's mediating function.

The envisaged system has nothing to do with the German [constructive vote of no-confidence](#) either. In the German system, to ensure government continuity, a majority of the legislature must agree on a candidate to form an alternative coalition when they want the cabinet to resign. The proposal in question, however, aims to allow a one-time replacement of the Prime Minister within the same coalition. This is vaguely similar to what happens in the UK when there is a change in party leadership, but the context is entirely different from Italy. Moreover, the people do not elect the UK's Prime Minister.

The real goal appears to be cementing the Prime Minister's grip on power after general elections, as evidenced by the intention to enshrine the majority bonus in the Constitution. There is a long-standing idea in Italy to "simplify" the multi-party system (allegedly the cause of governmental instability) by manipulating electoral rules. However, it's important to remember that numerous attempts since the mid-nineties to transform the Italian

political system into a bi-party democracy using complex (mixed) [electoral systems with a majority flavour](#) have all failed. Instead of simplifying, the political landscape has become even more fragmented.

Finally, from a constitutional law perspective, the majority bonus raises a fundamental issue related to how the Italian Constitutional Court interprets the eternity clause in the Constitution. This clause states that the "republican form of the state" can never be changed (art. 139). By linking the republican form (as opposed to the monarchy compromised with the fascist regime and rejected [by referendum during the constituent process in 1946](#)) with the democratic principle in Article 1 of the Constitution, the Court has developed a doctrine of unwritten constitutional barriers to amend the Constitution (judgment n. [1146/1988](#)). In [several judgments](#), the Court has invalidated electoral legislation that, by assigning majority bonuses to a coalition without direct reference to citizens' votes, undermined the representative criterion essential to a functional democracy. Therefore, the attempt to bypass scrutiny of the majority bonus by amending the Constitution could collide with the doctrine of implied unamendable constitutional norms if the Court upholds its substantive notion of effective representative democracy as a fundamental constitutional principle.

Edoardo Caterina

# Prize and Premiership

doi: 10.17176/20231128-093700-0



Since the beginning of November, Italy has been discussing a constitutional reform that aims to radically change the Italian governmental system. Explaining the reasons and the roots of the bizarre [constitutional reform bill passed by the Council of Ministers on 3 November](#) to non-Italian readers is not easy. [Introduced to the Chambers on 15 November](#), the bill shares its ambitions with the [2022 electoral programme of Fratelli d'Italia](#), the largest party in the coalition government. The bill aims to ensure governmental stability and to strengthen the executive's capacity to implement a programme for the full duration of the parliamentary term. The bill provides that the Prime Minister (more correctly: the President of the Council of Ministers) is elected by universal suffrage in a popular vote concurrent with the Chamber of Deputies and Senate elections. This move is often referred to in journalism as 'Premiership' (*Premierato*). The bill also lays down a detailed framework for electoral legislation: it stipulates that electoral law must be inspired by the principles of 'representativeness' (*rappresentatività*) and 'governability' (*governabilità*). Furthermore, it ensures a 'majority prize' (*premio di maggioranza*) of 55% of the seats to the party or coalition of parties supporting the elected President of the Council (for an in-depth discussion of the reform project in English see the contributions already published on this blog by [Andrea De Petris](#), [Carlo Fusaro](#) and [Stefano Civitarese Matteucci](#)).

In this post, I would like to focus less on the characteristics of the alleged 'Premiership' and more on the attempt to incorporate detailed electoral rules into the constitution. First, a brief history of the 'majority prize' will help the reader to better understand the context in which this reform was born. This will be followed by a critique of the proposal to enshrine the 'majority prize' in the constitution. I argue that, as currently drafted, the reform bill risks leading to an unconstitutional constitutional amendment.

## The Eternal Return of the 'Majority Prize'

100 years ago, on 18 November 1923, the infamous '*Legge Acerbo*' ('Acerbo Law') was passed, marking the start of an enduring Italian narrative: the saga of the 'majority prize' (*premio di maggioranza*). In 1923, the Acerbo Law was intended to pave the way for Mussolini's dictatorship by guaranteeing two-thirds of the seats in the Chamber of Deputies to the list (i.e., the National Fascist Party) that had secured a relative majority, provided it had garnered at least 25% of the valid votes.

Thirty years later, in 1953, the so-called *Legge Truffa* ('Swindle Law') emerged, offering a 'majority prize' of 65% of the seats to the coalition of lists that had surpassed 50% of the votes in the election of the Chamber of Deputies. The 'Swindle Law' was not born out of a desire to lead Italy back onto the path of authoritarianism, but rather to strengthen a Christian Democracy-led centrist government majority amid the Cold War. The attempt, as we know, was unsuccessful, and the concept of the 'majority prize' was shelved for forty years.

The idea resurfaced in 1993 for municipal elections, combined with the direct election of the mayor (Law No. 81 of 1993). In municipalities with more than 15,000 inhabitants, the candidate who secures more than 50 per cent of the votes is elected mayor, and the linked lists obtain 60 per cent of the seats in the municipal council. The 'majority prize' gradually extended from the municipal level to the regional and then national level, akin to a slow-spreading poison.

The 2005 national electoral law (the so-called *Porcellum*) revived the 'majority prize', guaranteeing 55% of the seats in the Chamber to the coalition with the most votes, without setting a minimum threshold. If in 1923 the purpose was to deliver the country into the hands of a tyrant and in 1953 to guarantee a stable centrist government in the context of the Cold War, in 2005 the *Zeitgeist* was that of 'bipolarism', in a scenario of opposing centre-right and centre-left coalitions. However, this aspiration was debunked first by the 2013 elections, which marked the end

of a ‘bipolar’ political setup, and then by the Constitutional Court’s rulings in 2014 and 2017, which declared two different electoral laws unconstitutional due to their disproportionate ‘majority prize’.

The only option left on the table by the Constitutional Court in this jurisprudence is the possibility for the legislature to provide for a ‘majority prize’ if a *reasonable* minimum threshold is reached. In other words, the Constitutional Court did not declare the ‘majority prize’ per se unconstitutional, but it did set some strict requirements for it to be permissible, primarily placing the onus on the electoral legislator to establish a reasonable minimum threshold of votes to qualify for the prize (the Court did not specify the exact meaning of ‘reasonable’, but commentators have assumed a possible threshold of 40 or 45%).

### The Origins of a Bizarre Project

In 2023, the ‘majority prize’ concept is once again in the spotlight, but this time it is not in the electoral law—it’s embedded in a constitutional reform bill, paired with plans for the direct election of the President of the Council. This unique model, unparalleled globally, draws its inspiration primarily from two factors: the enduring historical presence of the ‘majority prize’, and the governmental structure at the local level in municipalities and regions, which includes the direct election of the mayor and the president of the regional executive (as Carlo Fusaro also pointed out in his [post](#)).

A third factor contributing to this model must be added: the rejection of another constitutional reform proposal, aimed at introducing a semi-presidential system. The idea of transforming Italy into a semi-presidential republic was both part of the [electoral programme of Fratelli d’Italia](#) and a constitutional reform bill presented by Giorgia Meloni in the last legislature ([A.C. 716](#)). However, the original presidentialist reform project was abandoned due to strong resistance not only from the opposition but also from certain factions within the government coalition. This led to the creation of an unconventional proposal, suggesting a system that is certainly unfamiliar to the constitutional experiences of all established democracies.

Almost all Italian constitutional law scholars who have voiced their opinions have expressed severe criticism (‘a joke’ – [R. Bin](#); ‘the antechamber of autocracy’ – [G. Azzariti](#); ‘ambiguous and confusing’ – [F. Clementi](#);

‘of disconcerting recklessness’ – [M. Luciani](#)). Also on this blog, [Andrea De Petris](#), [Carlo Fusaro](#) and [Stefano Civitarese Matteucci](#) have highlighted the weaknesses of the project. There are numerous issues that warrant attention. In this context, I would like to highlight two key points.

### An Unconstitutional Constitutional Amendment?

The reform, particularly where it concerns principles of electoral law, clearly seeks to overcome the constitutional case law through constitutional amendment. Recognizing the impossibility of a ‘threshold-free majority prize’ within the existing constitution, it opts for constitutional reform. However, this radical approach encounters the same constraints as constitutional amendments. It is not difficult to argue that this is a case of an unconstitutional constitutional amendment (‘a textbook case’ according to [F. Bilancia](#)).

It is beyond dispute that the democratic principle constitutes a ‘supreme principle’, a constitutional provision that, according to Italian constitutional law categories, cannot be altered via constitutional amendment. It is no coincidence that the Constitutional Court in 2014 and 2017 declared the disproportionate ‘majority prize’ unconstitutional for violating not only the freedom and equality of the vote, but also the very principle of popular sovereignty. At the core of the democratic principle is the *rule of the majority*. As currently written, the proposed constitutional reform could potentially allow a narrow minority to govern the majority.

Consider a scenario like the Italian 2018 elections, where the centre-right coalition secured 37% of the vote, the 5 Star Movement 33% and the centre-left 23%. With the ‘majority prize’, the centre-right would obtain 55% of the seats, even though the other two major parties together obtained almost 50% more votes. This is precisely the aim of the reform, not merely a potential unintended consequence: the rationale is indeed to construct a *majority-assuring* system, where ‘whoever comes first takes it all’, regardless of the cost. But democracy is not a horse race, and such a system is not constitutionally viable.

In this regard, there is no need to refer to the strict German constitutional case law on vote equality (the Italian Constitutional Court has expressly rejected the understanding of vote equality as ‘equality of output value’ – *Erfolgswertgleichheit*); the democratic principle of po-



pular sovereignty and the related need for parliament to be representative are sufficient. The Constitutional Court has clearly affirmed that the substance of the principle of representativeness is inviolable and cannot be compromised when weighed against the interest in stable government. The introduction of the constitutional principle of 'governability' cannot alter this assessment, as we are dealing with 'supreme principles', and ultimately, the very democratic nature of the system is at stake.

### 'Yet There is Method In't'

The second point I would like to focus on and conclude with concerns the very concept underlying this reform. Meloni's constitutional reform bill is not an eccentric and isolated initiative but is part of a trend that has run through Italy over the last two decades. The common thread is the desire to bolster an already potent executi-

ve through direct democratic legitimation, while simultaneously weakening an already marginalized parliament. This is done under the illusion that stability can be achieved exclusively with constitutional engineering devices, when it is clear that instability primarily stems from a political system built on vanishing political parties.

What Meloni said to promote the reform project is very telling: '[Do you want to decide for yourselves or let the parties decide for you?](#)'. As already pointed out by [Andrea De Petris](#), behind the shaky structure of the bill lies the disturbing conception of a democracy by acclamation, of a direct relationship between the masses and a charismatic leader, of annoyance with the role of parliament and the parties. It is in fact the parties – or what remains of them – that are the main victims of this design, even more so than the President of the Republic. These victims, who do not elicit much sympathy from Italian public opinion, are worth defending, at least this time around.

Lorenzo Piccoli

# Offshoring Asylum the Italian Way

No Model for Others to Follow

doi: 10.17176/20231114-233445-0



On 6 November 2023, the Italian Prime Minister Giorgia Meloni and the Prime Minister of Albania Edi Rama announced the signing of the [Agreement for Strengthening of Collaboration in the Field of Migration](#). The agreement proposes a relocation of asylum seekers who are rescued at sea by Italian vessels to two centres that would be built in Albania and could host up to 3'000 people. This is part of a broader trend whereby European governments seek to move asylum procedures outside of their territory. At the same time, the agreement contains some innovations compared to previous proposals. Indeed, this move [has been hailed as a “model and example for other collaboration agreements of this kind”](#) by the Italian Prime Minister. This article contends that this may not be the case: the legality and feasibility of offshoring asylum procedures remain dubious at very best.

## Context

Giorgia Meloni, who heads the right-wing party Brothers of Italy, won elections in Italy in October 2022. For her party and partners, migration has been a powerful political issue. During the election campaign, Meloni promised to curb immigration once in power, including threats to impose naval blockades against migrant boats. However, in 2023 arrivals have grown compared to the previous year: the [latest statistics published by the Italian Minister of Interior](#) indicate 145'000 arrivals via the sea in 2023, significantly higher than the 80'000 recorded last year in the same period and almost as high as the record 160'000 arrivals of 2016 during the “[long summer of migration](#)”.

These figures, together with the extensive media coverage of overcrowded and poorly equipped reception centres on Lampedusa, have been a source of concern for Ms. Meloni. Earlier this year, the Italian government [renewed agreements with Libya to help patrolling its coast and prevent migrant departures](#). It has also spearheaded efforts to work together with Tunisia to contain the number of people traveling to Italy to seek asylum. The Tunisian government and the European Union [signed an agree-](#)

[ment in July](#) with a €105 million package offered from European institutions to support Tunisia's border control operations. In October, [the government of Tunisia returned the offer](#), creating increased pressure on the Italian government to find a solution to what the government framed as “[the problem of migration](#)”.

On 6 November 2023, the Prime Minister of Italy and the Prime Minister of Albania announced the signing of the [Agreement for Strengthening of Collaboration in the Field of Migration](#). Like other agreements, including the agreement between the European Union and Tunisia, this Memorandum of Understanding was presented to the press with no prior parliamentary scrutiny and not even a text to comment upon: the version of the text we are discussing here is available because [it was leaked by the Albanian media](#). European institutions and UNHCR were not involved in the negotiations and were informed shortly before the public announcement.

## Details of the Agreement

The agreement is composed of 14 articles, has a duration of five years and will be automatically renewed unless one of the parts decides to withdraw [Art. 13]. It stipulates the creation of two structures operated by Italian authorities in Albanian territory [Art. 4]. These structures, likely to be operative from the Spring 2024, will accommodate up to a maximum of 3'000 people at the time [Art. 4]. Ms. Meloni [clarified that minors, pregnant women and other people considered vulnerable are excluded from this measure](#).

The structures would operate under Italian jurisdiction [Art. 5-8]. [During the press conference](#), it was explained that one of the two structures will be built near the port of Shengjin, about 70 kilometers north of Tirana, the Albanian capital. The disembarkation and identification procedures are meant to take place there: the same area is also meant to host a centre for asylum seekers. In Gjader, twenty kilometers further north and inland, a structure will be set up to carry out functions similar to those of the Centres for Repatriation. Only people who do not ap-

pear to have the requirements to obtain a form of asylum will be placed in this second centre.

The agreement stipulates that people rescued by the Italian sea rescue authorities- the Coast Guard, the Financial Police, and the Navy [Art. 4]- may be sent to these structures. It is currently unclear why those rescued by NGOs at sea are not part of the agreement and why pregnant women, minors, and vulnerable subjects are excluded.

### The Illegality of Extra-Territorial Asylum Processing

The general question behind this agreement is whether extra-territorial processing of asylum claims is legally permissible. Commenting on this proposal, [UNHCR clarified](#) that “under international refugee law, the primary responsibility for assessing asylum claims and affording international protection rests with the State in which an asylum-seeker arrives, whether at land borders or at sea, and seeks that protection. This obligation remains unaltered by the transfer of asylum-seekers or extraterritorial processing”. Under Art 33 of the [Geneva Convention Relating to the Status of Refugee of 1951](#), states are bound by the principle of non-refoulement. UNHCR construes Article 33 broadly such that if states did not grant temporary admission to those claiming to be refugees, they would be in effect unable to perform their treaty obligation. Accordingly, individuals effectively enter Italian territory upon setting foot on Italian vessels and their asylum application should be processed by Italy, with all corresponding rights and duties. By permitting the forced transfer of asylum seekers to another country, the agreement between Italy and Albania breaks with this fundamental principle of international asylum law.

Italian authorities may argue that this is not in violation of the law because applications will be processed by Italian officials using Italian and EU legislation, and Italian judges will be responsible for handling disputes. This is different from the [agreement between the United Kingdom and Rwanda](#), which has been [declared unlawful by UK courts so far](#): here, it will be Italian operations on Albanian territory and those who are granted refuge will be able to move to Italy. The agreement thereby effectively creates an Italian jurisdictional enclave in Albanian territory, with diplomatic immunity for those operating in the centres. The legality and constitutionality of this decision would have to be carefully examined from the viewpoint of Albanian and Italian law.

Notably, there are already indications that this may not be permissible under European law: a [2018 study of the European Commission](#) on the legal and practical feasibility of different disembarkation scenarios concluded that “to allow individuals to apply for asylum outside the EU would require the extraterritorial application of EU law which is currently neither possible nor desirable”.

### An Unlawful Reduction in Rights Protection

The agreement also exposes asylum seekers to situations of heightened vulnerability. Here I raise four key concerns.

The first pertains to the journey from Italian waters to Albania which could last up to three days. For people already traumatised and in extremely precarious conditions, this may amount to inhuman and degrading treatment, which is prohibited by Article 3 of the [European Convention for the Protection of Human Rights \(ECHR\)](#), to which both Albania and Italy are parties. Thus, in [J.A. and Others v. Italy](#) the ECtHR recently held that the “poor material conditions” to which asylum seekers were subjected to in a hotspot for a period of 10 days violated Article 3.

A second issue concerns the capacity of asylum seekers to access legal representation and guarantees. Lawyers usually speak to asylum seekers and hear their appeals, with Article 13.4 of Italy’s [Legislative Decree 25/2008](#) stipulating that “if the foreign citizen is assisted by a lawyer ... he/she is admitted to attend the asylum interview and can ask to see the minutes and obtain a copy”. It is unclear how Italian lawyers could represent cases of people in Albania, without any personal contact with them.

A third and related issue regards the lack of an individual assessment upon sending asylum seekers to Albanian territory. On 29 September 2023, the [Italian tribunal of Catania ruled against the government’s decision to place asylum seekers arriving from countries that are considered to be safe in detention centres](#). The court argued that the detention measure must be adequately motivated in relation to the personal and concrete situation of the individual applicant. It is therefore dubious that individuals could be sent to Albania lacking a prior individual assessment.

The fourth issue concerns the desirability of selective disembarkations. In February 2023, [the tribunal of Catania declared illegitimate a disembarkation order](#) by the

Italian government in November 2022, when women and individuals with precarious health were allowed to disembark and the others had to remain onboard for four additional days. The decision is based on Regulation 33 of the [International Convention for the Safety of Life at Sea](#), which stipulates that people in distress at sea must be rescued and taken to a safe port “regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found.” The agreement seems to break with this norm, stating that those in more fragile conditions such as minors, pregnant women and people in precarious health would not be sent to Albania. Moreover, if minors have to disembark in Italy and their parents in Albania, there is a strong risk that families will be separated, a practice that [the spokeswoman of the United Nations Ravina Shamdasani](#) has defined as an “arbitrary and unlawful interference in family life, and a serious violation of the rights of the child”.

## Two Practical Obstacles

Aside from legal considerations, there are two practical issues that undermine the agreement’s feasibility.

The first issue concerns the management of time. It is not clear how Italian ships will disembark pregnant women and minors in Italy and then bring the rest of the people to Shengjin, which is about two days’ sailing from Sicily. If the ships were to go back and forth, they would not be able to effectively patrol Italian territorial waters.

The second issue concerns repatriation of those who are denied international protection at the end of the process. The agreement states that when a person loses the right to remain in the centre, for example because his/her asylum application is rejected, Italy will transfer him “immediately [...] out of Albanian territory” [Art. 9]. It is not clear where the person will be transferred, nor whether he will be taken to Italy. The repatriation rate of those with an order to leave in Italy is [lower than 10%](#), because

countries in the EU do not have repatriation agreements with third countries so repatriations are, in fact, extremely difficult to execute. Further, [ruling no. 105/2001 of the Italian Constitutional Court](#) demands that any forced removal procedure implemented by Italian authorities must be validated by the decision of a judge. How will it be possible to implement these procedures in Albanian territory?

Ultimately, there is a good chance centres in Albania will be over capacity within a few months.

## An Unfeasible Exercise in Deterrence Politics

Many commentators suggest that this agreement is [a political stunt](#), good for propaganda but less so for real solutions. The main goal of the Italian government may be deterrence. By making conditions harder for those who seek asylum in the country, the government hopes that fewer people will take the risk. This year, Ms. Meloni’s government [tightened the criteria to grant asylum seekers a residual form of protection called special protection](#) and [opened new detention facilities](#) to house people from countries that are considered safe as they wait for the results of asylum applications. Thus far, these measures have not deterred people from taking the journey to Italy.

In practice, this agreement creates a difficult situation for Albania due to the establishment of an Italian jurisdictional enclave within its territory. It also does not help reduce the high number of asylum seekers whose claims need to be processed in Italy. It only succeeds in increasing their vulnerability by transferring them back and forth between the two countries and rendering their asylum process longer and more cumbersome.

Gülçin Balamir Coşkun, Ertug Tombus

# The Rule of Arbitrariness as the New Constitutional Order in Turkey

doi: 10.17176/20231114-233430-0



Nearly two weeks after the 100th-anniversary celebrations of the Republic, Turkey's constitutional order faced one of the most significant judicial crises in its history when the Court of Cassation, the highest court of ordinary jurisdiction, and the Turkish Constitutional Court (TCC) clashed over the fate of imprisoned opposition politician Can Atalay. After reviewing his individual application, the TCC ruled on October 25, 2023, that Atalay's election rights had been violated and requested the Istanbul 13<sup>th</sup> Heavy Penal Court, the court that initially sentenced Atalay, to release him. However, the relevant court, in a way, avoided taking responsibility and referred the TCC's decision to the Court of Cassation. The long-awaited verdict of the Court of Cassation was made public on November 8, 2023. Members of the 3<sup>rd</sup> Penal Chamber concluded that the TCC had exceeded its jurisdiction and violated the constitution. Therefore, they refused to implement the TCC's ruling. They also decided to file criminal complaints against the nine Constitutional Court judges who voted in favour of Atalay, marking an unprecedented act in the constitutional history of Turkey.

How should we interpret this constitutional crisis? Is it the death of constitutionalism in Turkey? Is it an attempt to test the boundaries of legitimacy before establishing the rules of a new constitutional order? To address these questions and assemble the political-legal pieces of the puzzle, it is imperative to trace its preliminary signs. This crisis was foreseeable, given past political discourse and alarming judicial tensions between the Turkish Constitutional Court (TCC) and certain first instance courts.

## Early Warning Signs of the Crisis

On January 11, 2018, the Constitutional Court **ruled** that the pre-trial detention of journalists Mehmet Altan and Şahin Alpay violated their rights. Despite the court's decision, however, Alpay and Altan remained in prison as the penal courts overseeing their trials refused to implement the ruling. This defiance marked a significant

shift, as prior to this judgment, first instance courts had consistently adhered to the Constitutional Court rulings. Başak Çalı **characterized** this disobedience as „the first legalist defence of anti-constitutionalism furnished by a first instance court in Turkey,“ raising concerns about the future of constitutionalism in the country. This marked the initial blow to the authority of the TCC.

This initial legalistic challenge to the legitimacy of the TCC was followed by public statements from Devlet Bahçeli, leader of the Nationalist Movement Party (MHP), a partner of the Justice and Development Party (AKP) in the ruling People's Alliance. Two illustrative examples demonstrate how the government ally criticizes the TCC when a judgment deviates from their desired alignment. Firstly, following the TCC's ruling on July 26, 2020, that the conviction of Academics for Peace constituted a violation of their freedom of expression, Bahçeli reminded that „the Constitutional Court was founded after the 1960 military coup for the protection of the non-democratic structure that was attempted to be established by putschists“ and suggested that it be reconstructed **in accordance with** the new presidential system. The second statement was more severe than the first. When the TCC, on March 31, 2021, returned an indictment seeking the closure of the Peoples' Democracy Party (HDP) for alleged „terror“ activities on procedural grounds, Bahçeli openly criticized the Court, **stating** that „as much as the HDP's closure, the closure of the Constitutional Court should now also be a nondeferrable target“. Both the previous legalistic challenge and the political attack on the TCC and, by implication, constitutionalism started to set the stage for a possible constitutional change.

## Depicting the Legal Crisis

„The Court of Cassation challenged the Constitutional Court's decision to release Can Atalay, who had secured a seat in the May elections.“ In this **statement**, three key actors need clarification regarding their roles and positions



in the unfolding crisis: Can Atalay, the Court of Cassation, and the Constitutional Court.

Can Atalay, a defendant in the Gezi Park trial, has been held in prison since April 2022, facing charges of attempting to overthrow the government of the Republic of Turkey. After Atalay won a seat in the 2023 May elections as a Member of Parliament for the Workers' Party of Turkey (TİP), his lawyers applied for his release under Article 83<sup>1</sup> of the Constitution to enable him to carry out his parliamentary duties. However, the Court of Cassation dismissed the release application. The 3<sup>rd</sup> Criminal Chamber of the Court of Cassation contended that Can Atalay had been convicted for aiding the coup attempt, asserting that this offense fell outside the protection of legislative immunity as outlined in Article 14 of the Constitution. Subsequently, Atalay submitted an individual application to the TCC on July 27. On September 28, 2023, the Court of Cassation **upheld** Atalay's 18-year prison sentence, ensuring his continued imprisonment.

In this tense politico-legal environment, on October 25, the TCC ruled by a majority that his continued detention violated his 'right to be elected and to engage in political activity' (Art. 67 of the Constitution) and his 'right to personal liberty and security' (Art. 19 of the Constitution). Referring to its previous rulings in Ömer Faruk Gergeroğlu and Kadri Enis Berberoğlu cases, the Court reminded that the Constitution entrusts the legislator with the responsibility of clarifying the meaning of the term 'cases under Article 14 of the Constitution' and does not grant the judiciary explicit authority to identify offenses falling within the purview of Article 14 through interpretation. Clearly, since the judiciary lacks the capacity to create laws, it cannot define the extent of legislative immunity and, consequently, the right to stand for election and participate in political activities through interpretative means (Şerafettin Can Atalay Judgment, §47). In short, the Court highlighted that Can Atalay would enjoy legislative immunity unless a constitutional or legal framework is established to ensure certainty and predictability, along with fundamental safeguards to protect the

right to be elected and to engage in political activity.

The third participant, the Court of Cassation, reappeared on the scene when the Istanbul 13<sup>th</sup> Heavy Penal Court, which sentenced Atalay and other defendants in the Gezi Park trial, declined to follow the TCC's decision and instead referred the case back to the Court of Cassation. The 3<sup>rd</sup> Penal Chamber of the Court of Cassation gave three important decisions. First, members of the 3<sup>rd</sup> Penal Chamber unanimously agreed not to recognize the TCC's decision, claiming that it lacked legal value and validity. Subsequently, they argued that Can Atalay, having already been convicted, had no right to apply to the TCC. Second, they recommended that a copy of Atalay's decision be sent to the Grand National Assembly of Turkey in order to initiate proceedings for the revocation of his parliamentary seat. Finally, they decided to file a criminal complaint to the the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation against the TCC members, who, according to the Court of Cassation, violated the Constitution by illegally exceeding their authority with their vote in the TCC's decision on right violation.<sup>2</sup>

### A judicial coup attempt or judicial activism of the TCC?

In the first 20 pages of its decision, the Court of Cassation endeavours to provide legal justifications for the claim that the Constitutional Court does not have the authority to adjudicate on Atalay's case, and thus, the TCC's decision is deemed unacceptable. The most noteworthy aspect of this decision is the Court of Cassation's accusation against the TCC of misusing individual applications as a novel form of appeal. The Court further contends that the TCC is assuming the role of a „super-appeal authority“ and positioning itself as a „tutelage institution“ over the entire judiciary, including higher courts (pages 21-22).

The Court of Cassation's decision had a profound impact and quickly became a matter of public concern. Lower courts in Turkey decided not to implement the TCC's ruling before, as mentioned above. But it is the first time that a lower court openly challenged the constitu-

<sup>1</sup>Article 83: "(...) A deputy who is alleged to have committed an offence before or after election shall not be detained, interrogated, arrested or tried unless the Assembly decides otherwise. This provision shall not apply in cases where a member is caught in flagrante delicto requiring heavy penalty and in cases subject to Article 14 of the Constitution as long as an investigation has been initiated before the election. However, in such situations the competent authority has to notify the Grand National Assembly of Turkey of the case immediately and directly. (...)"

<sup>2</sup>The full official text of the decision of the Court of Cassation is accessible through a news website. <https://artigercek.com/guncel/yargitayin-can-atalay-ve-aym-ile-ilgili-kararinin-tam-metni-272203h>.

tional function and authority of the TCC. Atalay's party (TİP), the main opposition party, the Republican People's Party (CHP), and the Union of Turkish Bar Associations [denounced this move](#) as a „coup attempt“ against the constitutional order. Legal experts emphasize two legally problematic aspects of the Court of Cassation's decision. First, according to Article 153 of the Constitution, „Decisions of the Constitutional Court (...) shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, on the administrative authorities, and on persons and corporate bodies,“ implying that the members of the Court of Cassation are in violation of the Constitution. Second, according to Article 16 of Law 6216<sup>3</sup>, the initiation of an investigation about the president and the members of the TCC is contingent on the decision of the General Assembly of the TCC, making the General Assembly the recipient of a complaint for professional misconduct. In summary, the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation, or any individual external to the Constitutional Court, does not have the legal authority to initiate an investigation against the president and the members of the TCC.

### Putting pieces of the puzzle together

The actions of constitutional courts, their decisions, and their role within the political system have come under scrutiny and criticism from various actors in the political public sphere in many countries. However, this scrutiny does not justify a court, whose constitutional authority is explicitly outlined, composing a political statement that criticizes the TCC's ruling. Choosing to defy the ruling based on such criticism is fundamentally contradictory to the principles of the rule of law, as it introduces arbitrariness into the core of the legal framework.

By refusing to comply with the decision of the TCC, the Court of Cassation not only violates its own constitutional authority and limits but also issues a political statement in its reasoning. It would be wrong to categorize the Court of Cassation's decision solely as a matter of legal or constitutional interpretation. Instead, the Court of Cassation's decision appears to be a deliberate political statement intended to shape public opinion regarding the role of the TCC.

The political intent underlying the decision became

evident when the Court of Cassation opted to file criminal complaints against the judges of the TCC. The Court of Cassation is well aware that such a decision holds little legal weight and cannot yield a tangible legal ramification on the TCC judges. Rather, by pursuing these charges, the Court of Cassation seeks a political impact, intending to generate a public controversy by portraying the judges as criminals. The primary goal is not to achieve a legal outcome; instead, the Court of Cassation contributes to the formation of a political narrative against the TCC.

It is crucial to assess the Court of Cassation's challenge and the political narrative it seeks to cultivate, especially in light of the escalating emphasis on a new constitution by the ruling party and its allies. It is difficult to claim that the TCC is the last bastion of the rule of law, having significantly eroded public trust and coherence. However, the ruling party cannot tolerate even the TCC's rare decisions that conflict with its aim and agenda. Following such decisions, political actors launch attacks on the TCC, providing a pretext for lower courts to disregard the TCC's rulings. The ruling party demonstrates a determination to eliminate any institution within the constitutional order that possesses even a modest capacity to constrain its political power.

When examining both the past and present cases, it becomes evident that the right to individual application to the TCC has been a source of trouble for the ruling party. The AKP introduced the right to the Turkish judicial system through the 2010 amendments, a move that initially served to obscure the AKP's true intention of court packing while garnering broader support for the amendments. Without such a need, the AKP would not retain the right to individual application in the event of a new constitution.

The early legalistic challenges and political assaults, coupled with the current crisis, indicate that the AKP aims to establish its unrestrained and arbitrary power as a fundamental characteristic of the new constitution. The decision of the Court of Cassation and the ensuing discussions serve as the needed political controversy, forming a public opinion for justifying the elimination of the TCC, at least with an effective capacity to check the political power.

<sup>3</sup>Law 6261 – Code on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court. Art. 16 “Opening an investigation for the crimes arising from the duties of the President and the members, or that are alleged to have been committed during their offices, and for their personal crimes and disciplinary actions, shall depend on the decision of the General Assembly.”

Doruk Erhan

# Downhill All The Way

Turkey and a New Chapter in its Routinized Constitutional Crises

doi: 10.17176/20231115-113423-0



On November 8th, the 3rd Criminal Chamber of Turkey's Court of Cassation, the nation's apex court for civil and criminal matters, [defied](#) the Constitutional Court (the TCC) and explicitly accused it of engaging in "judicial activism." The judicial feud between the two high courts stemmed from the individual application of Can Atalay, an opposition MP from the Workers Party of Turkey (TİP), challenging his ongoing imprisonment despite obtaining parliamentary immunity in the May 2023 elections. In line with its established jurisprudence, the TCC [ruled](#) in favor of Atalay, asserting that several of his constitutional rights had been violated and instructed the first instance criminal court for his immediate release. On remand, the 3rd Chamber of the Court of Cassation deemed the TCC ruling as *ultra vires*, urging the lower court not to comply and taking the unprecedented step of calling for a criminal investigation into those TCC justices who supported the ruling.

Yes, you heard it right: several high court judges, occupying top offices in criminal appeals, have accused the very justices, having the ultimate authority over the Constitution's meaning, of violating it. Moreover, they based their accusations on the substance of a ruling that, under the Constitution, binds all state organs, including the accusers themselves. Understandably, the decision has shocked many. Meral Akşener, the leader of the Good Party, [interpreted](#) the move as an existential risk against the constitutional state, while Özgür Özel, the newly-elected leader of the main opposition party, labeled it a judicial „coup attempt," urging the public „to resist in the streets and squares and not surrender to this lawlessness." Turkey's Union of Bar Associations similarly [characterized](#) the Chamber's actions as „an attempt to change the constitutional order," demanding disciplinary action against involved judges. On the social media platform X, [#constitutional crisis](#) became a trending topic.

What unites these reactions—political, scholarly, and public—is that they all perceive a constitutional crisis, a fundamental breakdown in the current moment. Inde-

ed, the 3rd Chamber's wholly ungrounded defiance is a failure of the constitutional order, illustrating how the Constitution no longer serves its core function of authoritatively channeling, restraining, and organizing state power. However, the Atalay controversy is neither unprecedented nor a true turning point in Turkey's ailing democracy—it is just another symptom of a deepening dysfunction. [In their blog post](#), Gülçin Balamir Coşkun and Ertuğ Tomuş similarly interpret the 3rd Chamber's decision against its political background, rightly reading it as a political statement rather than a good-faith effort for offering a better judicial interpretation. Most importantly, they emphasize the predictability of the present chaos by outlining earlier moments of backlash against the TCC. What deserves attention, then, is not whether the constitutional crisis is imminent after this decision but rather how deep-seated and self-stabilizing its experience has become. In a way, constitutional crises have become so routinized that they no longer catch us off guard.

## Background and Legal Analysis

Can Atalay, a lawyer known for [his prominent work](#) as a public rights defender, is in prison for allegedly "attempting to overthrow the government." The prosecution's case rests on his involvement in the Gezi Park demonstrations, nation-wide protests against the demolition of a green area in downtown Istanbul, which is still remembered, after more than a decade, as the most significant backlash against President Recep Tayyip Erdoğan's regime. In 2022, Atalay was [sentenced](#) to 18 years in prison, while Osman Kavala, another key defender in the same trials, was sentenced to life imprisonment. In the May 2023 elections, Atalay was elected to Parliament as an Hatay MP and immediately submitted his request for release to the 3<sup>rd</sup> Chamber, invoking his newly acquired parliamentary immunity under Article 83(1) of the Constitution, which provides that "an MP who is alleged to have committed an offence before or after election shall

not be detained, interrogated, arrested or tried unless the Parliament decides otherwise.”

The 3rd Chamber unanimously rejected the request, pointing to Art. 83(2), which renders parliamentary immunity inapplicable in two situations: when (1) the MP is caught red-handed committing a high crime; or (2) the attributed crimes are within the scope of Article 14, prohibiting the fundamental rights to be used in a manner that would “violate the indivisible integrity of the State with its territory and nation, and endanger the existence of the democratic and secular order of the Republic based on human rights.” The 3rd Chamber grounded its decision on the second leg of this exclusionary rule—the ambiguous, broadly worded, security-minded, and legally controversial addition to the Constitution by the military junta that oversaw the document’s drafting process.

However, when Atalay’s request was before the Chamber for the first time, the case law on how to interpret this exception was already well-settled (gradually articulated in two recent individual application cases; *Leyla Güven* [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022; *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021). In both instances, the TCC had interpreted parliamentary immunity as integral to “the right to be elected” and adopted a liberal interpretation, deeming the Art. 14 exception wholly inapplicable absent further parliamentary action concretely specifying immunity-excluding crimes (*Gergerlioğlu* §88, 199-201). In doing that, the Court warned against extrapolating from this broadly-worded provision, a vague exception to parliamentary immunity, citing the risks of arbitrariness, unpredictability and uncertainty. The TCC, therefore, saw it as the legislature’s duty, and not the courts, to give concrete shape and content to the Art. 14 exception in line with the principle of legality.

Nonetheless, the 3rd Chamber denied Atalay’s release, rehashing the argument that the attributed acts were severe enough to remove parliamentary immunity. On appeal, the 4<sup>th</sup> Chamber upheld the decision, with one judge dissenting and citing the *Gergerlioğlu* precedent. Then, the TCC, sitting as Grand Chamber, reiterated its case law and found 9-5 that Atalay’s “right to vote and be elected” and “right to personal liberty and security” were violated. In sending the decision back to the criminal court of first instance, namely the Istanbul 13th Asize Court, the Court specifically listed the actions to be

taken to remedy the violations endured by Atalay: “retry, stop the execution of the conviction, release from prison, and issue a stay of execution in the retrial.” This precise list was purposeful because in earlier, again high-profile cases, the lack of specificity in remedies had created some wiggle room for lower courts to delay the process and resist enforcement. (See [here](#) for an early diagnosis of lower courts’ legalistic strategies for foot-dragging; also, [here](#) is a comprehensive overview of the *Berberoğlu* case, the first case when a lower court opposed the TCC’s authority).

After the lower court was notified, procedural irregularities ensued. The judges in charge [reportedly](#) did not come to the courthouse for days. Upon their arrival, the case file was hastily „sent“ to the 3rd Chamber with a 2-page, thinly-argued decision, arguably in violation of the rules of criminal procedure, under which a properly seized court cannot simply “send away a case” except in case of a lack of jurisdiction. Nevertheless, the 3rd Chamber accepted the reference, assumed jurisdiction and issued an opinion more akin to a war manifesto than a judgment. In it, the five-judge Chamber, after repeating its earlier reasoning, accuses the TCC majority of acting “with the comfort of not being reviewed,” “assuming the role of legislators and a super appeals court,” “rendering the Constitution inapplicable,” and, consequently, “losing legitimacy in the eyes of the People” (pp. 19-22). It finally calls for a criminal probe into the TCC justices for “exceeding their constitutional mandate.” Technically, this bold move is bound to fail because, to initiate an investigation on the justices, a criminal prosecutor needs authorization from the fifteen-member assembly of the TCC, which requires the attendance and support of the very individuals whose investigation is sought.<sup>1</sup>

### Beyond Legal Analysis: Contextualizing the Controversy

Enough with the legal analysis, as if textually solid arguments or settled precedent mattered to the 3rd Chamber’s crusade. The Atalay controversy is evidently part of a broader political struggle over the future of the TCC—the only state institution with some level of independence from Erdoğan’s direct control owing to the members appointed prior to his presidency. Subsequent events affirm this point. Two days after the judgement, Erdoğan gave support to the Chamber, expressing that the TCC “has

<sup>1</sup> Art. 16 (1), Law No.6216 on the Establishment and the Procedures of the Constitutional Court.



made many mistakes in a row at this point, which seriously saddens us.“ Following that, the Court of Cassation (on behalf of all Chambers) issued a statement in a rare move, accusing the TCC of dragging the legal system into chaos. For some time, Devlet Bahçeli, the leader of the Nationalist Movement Party (MHP) and Erdoğan’s de facto coalition partner, has been voicing discontent about the TCC, [accusing](#) the justices of the top court of “backing terrorism” and calling for a “fundamental restructuring of the Constitutional Court” while arguing that “it is not the court of the Turkish nation.”

In this respect, challenging the TCC’s authority is neither a recent trend nor is it limited to political elites. In several high-profile cases, lower courts—increasingly staffed by handpicked candidates with regime-friendly credentials—have been undermining and even explicitly resisting the enforcement of the TCC rulings. Openly questioning the TCC’s legitimacy and calling for disobedience to its rulings began as early as 2016, notably with the individual application of Can Dündar, the former editor of *Cumhuriyet*, who was in prison at the time with charges of espionage and disclosing state secrets. Following the TCC’s finding of a violation of Dündar’s freedom of expression along with other rights, Erdoğan had remarkably [said](#), “I do not respect, obey, or accept the decision of the TCC. The Court of First Instance could have resisted this decision”. These instructions appear to have been well-received, with Atalay’s case emerging as another chapter in a resilient trend.

## Crisis or Decadence?

Undoubtedly, what sets Atalay’s controversy apart is the Chamber’s audacity in calling for a criminal investigation. However, the incident’s uniqueness should not be overstated. What is more alarming, perhaps also more urgent, is to see the continuities in these disparate events, which together have brought us to the present moment and led to the Constitution’s gradual drift into irrelevance. That’s why I do not see in the 3rd Chamber’s rebellion the beginning of a constitutional crisis. To have a constitutional crisis, one first needs a baseline of normality defined by a constitution and embraced by a large enough majority. For reasons I sketched above, I believe Turkey has been lacking this baseline for some time now. Consider what Mehmet Uçum, a senior adviser to Erdoğan, [wrote](#) following the Chamber’s decision:

“It is not the duty of the Constitutional Court to argue that Article 14 of the Constitution is ambiguous. (...) The decision of the Court of Appeals [referring to the Chamber’s decision] is also a litmus test, it will be clear who is in favor of the National Judiciary and who is not. Turkey will defend its National Judiciary to the end against the western and neo-liberal understanding of the judiciary, no one should doubt this.”

Underlying Uçum’s views is a particular way of imagining the political world that posits a stark division between corrupt elites, on the one hand, and a purified national unity, on the other. It describes an ontologically separate and normatively superior “National Judiciary,” pitted against those corrupted with “neoliberal understandings.” In this perverse logic, the Constitution ceases to function as the authoritative benchmark for evaluating public actions. It is through this logic that the 3rd Chamber’s constitution-defiant crusade finds its justification. Accordingly, what ultimately matters for a judge is not to come up with a good-faith interpretation of the Constitution; but rather choosing a side in an irreducibly politicized debate.

In this task, posturing as a member of the “National Judiciary” comes with material benefits. Back in 2020, when the first instance court had disregarded the TCC ruling in the *Berberoğlu* case, Cem Tecimer rightly [wrote](#): “The criminal court and its three members, by disregarding a ruling of the highest court of the country, have, in my opinion, committed a serious judicial offense, which warrants prompt and commensurate disciplinary action, and possibly even a criminal investigation.” Disciplinary action aside, the head of the defiant panel, Akın Gürlek, has been [rewarded](#) with a promotion in a matter of months. In this respect, there is a perverse incentive structure operating in the background, complementing the ideological battle on the surface. Given the earlier examples, it is reasonable to expect similar career possibilities opening up for the 3<sup>rd</sup> Chamber judges as well.

What appears as a “constitutional crisis” to most of us, then, is business as usual for the judicial operators of authoritarianism. “What fascinates and terrifies us about the Roman Empire is not that it finally went smash,” wrote W. H. Auden commenting on the long-running crisis of



the Romans, but rather that “it managed to last for four centuries without creativity, warmth, or hope.”<sup>2</sup> In a similar fashion, Turkey’s constitutional crisis has become terrifyingly self-stabilizing, without hitting a bottom or leading to a widespread and reinvigorating sense of “this

is too much.” In short, what requires explanation is this resilience, the features that keep the system going despite the widely acknowledged venality defining the judicial system and everyday political practices.

---

<sup>2</sup>Ross Douthat, a NY Times Columnist, inspired by Auden’s diagnosis, suggests that the United States, and the West generally, has similarly entered what he calls a “decadent” phase in its multigenerational story—a phase of cultural exhaustion and discontent, that is far too sustainable. In this last part, I am inspired by his diagnosis of an internally stabilizing crisis.

Emre Turkut, Ali Yildiz

# The Individual Application Mechanism is on the Verge of Collapse, and so is Turkish Constitutionalism



doi: 10.17176/20231123-213828-0

Turkey is plunged into yet another profound judicial crisis as the Turkish Constitutional Court (TCC) and the Turkish Court of Cassation (Yargıtay) lock horns over the fate of an imprisoned opposition politician. While two earlier posts published on *Verfassungsblog* have already meticulously dissected this unfolding judicial drama ([here](#) and [here](#)), we aim to invigorate the debate with a fresh vantage point. In this piece, we will narrow the focus to one key actor: the TCC. More particularly, we will delve into the implications this evolving judicial crisis holds for the future of the TCC's individual application mechanism. This is crucial because, in response to the crisis, President Erdoğan [called for constitutional change](#) and/or a new constitution, if needed, to resolve it. A potential midway solution, as [the Turkish media reported](#), would be to limit the scope of the TCC's application mechanism. In particular, it has been reported that President Erdoğan plans to curtail the TCC's power in individual applications, restricting it to merely awarding compensation. This would effectively remove the TCC's authority to order the reopening of proceedings, utilized by the court to put an end to the violation and erase its consequences, including the release of the applicant and retrial. Such legislative/constitutional change would inevitably render the effectiveness of the TCC's individual application mechanism obsolete.

## The TCC vs. Yargıtay: Rattling foundations of Turkish constitutionalism

To briefly recapitulate: On 25 October 2023, in an individual application lodged by an imprisoned opposition politician, Şerafettin Can Atalay, the TCC ruled by a majority of 9 votes to 5 that his rights to be elected and to personal liberty were violated. Atalay is a lawyer and was elected to Parliament for the opposition in the May 2023 elections. He has been imprisoned since April 2022, convicted of

attempting to overthrow the government in the Gezi Park trial. In its decision, the TCC explicitly ordered the Istanbul 13th Heavy Penal Court to release him. In a peculiar yet precedented move, the Istanbul court did not comply with the TCC's decision and instead referred the matter to Yargıtay. In an unprecedented decision, Yargıtay unanimously ruled not to implement the TCC's decision, arguing that the TCC had exceeded its jurisdiction and decided to lodge criminal complaints against nine TCC justices who voted in Atalay's favour – a move that will leave an indelible mark on Turkish constitutional history.

At first glance, this is truly noteworthy, but there are parts that are familiar to Turkey observers. This was not the first time that TCC judgments had been ignored. On 11 January 2018, the TCC found that the pre-trial detentions of two journalists, Mehmet Altan and Sahin Alpay, violated their right to liberty and freedom of expression. The Turkish Government [condemned](#) the decision, accusing the TCC of going 'beyond the boundaries drawn out by the Constitution' and 'overstepping its jurisdiction'. Partly due to government pressure, two Turkish as-size courts (including our resister in the *Atalay* case, the Istanbul 13th Heavy Penal Court) refused to implement these decisions, citing arguments almost identical to those the government offered. A similar foot-dragging by another first-instance court (this time, the Istanbul 14th Heavy Penal Court) led to yet another judicial crisis in October 2020 after the [Berberoğlu](#) case.

What distinguishes this particular case from the now routinized judicial crises in Turkey, beyond the consistently politicized justifications offered, is the involvement of Yargıtay. In its decision, Yargıtay goes to great lengths to assert that the TCC "exercises unconstitutional authority", that it "assumed an unprecedented role as a "super-appeal authority" and that it should function "solely as a filtering body within its jurisdiction, serving as a domestic remedy that must be exhausted before individual ap-

plications to the ECHR, without intervening in matters falling under the purview of other high courts“. None of these assertions warrants an exhaustive discussion individually. Yet collectively, they reveal a lot about the current decay of Turkish constitutionalism and the compromised constitutional authority of the TCC within the Turkish legal landscape. Regrettably, the perception of the individual application mechanism by Turkish high courts is particularly concerning. This mechanism, despite its shortcomings, stands as one of the few remaining bastions of Turkish constitutionalism. The recent confrontation, however, threatens to erode even this fragile safeguard, casting a shadow over its effectiveness as a domestic remedy.

### The TCC's individual application mechanism

Introduced by the 2010 constitutional referendum, Turkey implemented the individual complaint procedure to the TCC in September 2012 for rights that are protected at the intersection of the ECHR and the Turkish Constitution. The individual complaint mechanism initially performed well in the country. The TCC issued several landmark freedom-serving decisions, including a precedent-setting judgment in *Mustafa Balbay* of December 2013 on the pre-trial detention of a parliamentarian and two highly praised judgments that deemed the government ban on access to *Twitter* and *YouTube* a violation of free speech. These judgments, among many others in highly critical cases, increased the *Court's popularity* and garnered much praise from domestic and international circles. Reasonably enough, in the famous *Hasan Uzun* decision of April 2013, the European Court of Human Rights (ECtHR) took the position that an individual application before the TCC may qualify as an effective domestic remedy and declared applications inadmissible for failure to seek redress before the TCC.

In reaching this conclusion in *Uzun*, the ECtHR clearly outlined the components that the individual application mechanism should possess in view of similar mechanisms in Germany, Spain and the Czech Republic. Finding that these mechanisms constitute effective remedies, the Court highlighted that the constitutional courts in the countries are vested with powers to (1) “remedy violations committed by a public authority” (2) “prohibit the authority concerned from continuing the violation of that right”, and (3) “order to restore the *status quo ante as far as possible*” (paras. 42-28). In contrast, in *Apostol*,

the Court found that the individual constitutional remedy could not be regarded as effective, as the Georgian Constitutional Court lacked the jurisdiction to annul individual decisions taken by public authorities or judicial bodies that directly affect individuals' rights (paras. 36-46).

Another important factor for the Court's decision in *Uzun* was the TCC's undisputed authority in the Turkish constitutional system and the binding nature of its decisions under Article 153 of the *Turkish Constitution*. Ironically, the Court also noted that the question of compliance with TCC decisions, in practice, “should *not a priori* arise”. In particular, it found it sufficient to observe that, in the past, “even the decision to dissolve a political party that was in power as part of a coalition government had been implemented”, referring to the *Refah Partisi and Others v. Turkey* decision (para. 66). Indeed, the sheer difference between Turkey of 2013 and Turkey of 2023 is unbelievable. Yet this was a long time in the making.

### The TCC since the post-2016 coup period

In the aftermath of the 15 July coup attempt, the TCC found itself on a dramatic “*constitutional roller coaster*”. In what can be described as a survival mode in the initial months of the post-coup emergency rule, the TCC dismissed two of its members, Alparslan Altan and Erdal Tercan, without any adjudicative criminal proceedings or adherence to essential judicial guarantees and deferred to the AKP's aggressive campaign to purge the Gülenist influence from state institutions. On 12 October 2016, the TCC refrained from reviewing the constitutionality of emergency decrees, despite clear precedents, giving the government *carte blanche* to move the country toward authoritarianism under emergency rule and underscoring the TCC's regime-supporting role. As for the individual applications, this mechanism emerged as a platform where the TCC frequently balanced political pressure and individual justice, resulting in increasingly inconsistent decisions in the post-coup period. Flooded by hundreds of thousands of individual applications relating to Turkish post-coup measures, the TCC initially had been markedly slow to react to wide-ranging human rights violation claims. And finally, on 11 January 2018, the TCC signalled a potential shift in this cycle by issuing the landmark decisions in the *Mehmet Altan* and *Sahin Alpay* cases. However, this development was swiftly followed by an extra-legal constitutional crisis.

Any hope that these cases indicated a change of direc-

tion was quickly extinguished by the TCC's selective approach, which led to more controversy, further undermining the individual application mechanism. For example, in May 2019, the TCC heard a group of cases with similar underlying causes to those of the *Altan* and *Alpay* cases. In *Ali Bulac, Murat Aksoy and Kadir Gursel*, the TCC ruled that the applicants' detentions, based merely on journalistic writings and expressions, were unlawful. However, resorting to its usual exit strategy of factual distinguishing, it failed to protect the same principles in other cases, e.g., *Ahmet Altan, Nazli Ilicak, and Murat Sabuncu*, by either finding no violation or rejecting them.

Such a fragmented approach is also visible in many other recent cases, including *Osman Kavala and Yuksel Yalçinkaya*. Juxtaposing the ECtHR findings in *Kavala* and *Yalçinkaya* with what the TCC found in their applications reveals a stark contrast: In *Kavala*, the TCC found no violation, whereas the ECtHR found many violations, including an Article 18 ECHR violation (ulterior purpose behind his pre-trial detention). In *Yalçinkaya*, the TCC found the application manifestly unfounded, whereas the ECtHR found an Article 7 violation (no punishment without law).

The fraught relationship between the ECtHR and the TCC hit a dramatic crescendo when the latter issued the *Yıldırım Turan* case in July 2020. By unanimously finding that domestic courts are better placed to interpret the provisions of domestic law than international human rights monitoring bodies, the TCC, for the first time, openly defied the ECtHR's authority. Later, in November 2021, the ECtHR found the detention of *Yıldırım Turan and 426 others* – all of whom were sitting judges or prosecutors before the 2016 attempted coup – was unlawful and lacked reasonable suspicion.

In a minority of cases, such as *Wikipedia* and *Academics for Peace*, the TCC was able to demonstrate resilience against political pressures and delivered justice. Yet, they also showed internal dissension and ideological divisions among the TCC judges: Those members strictly loyal to President Erdoğan notably articulated lengthy dissenting views to challenge the gist of the majority's significant findings. Predictably, the majority of members faced severe and unwarranted backlash from the Turkish Govern-

ment.

Even before the ongoing judicial crisis surrounding the *Atalay* controversy, the *Keser Altıntaş* case of 10 October 2023 laid bare the profound systemic paralysis gripping the individual application mechanism. In that case, the TCC ruled that it would no longer rule on complaints (around 80,000 pending applications) regarding the right to a fair trial within a reasonable time. As the TCC has previously adopted more than 55,000 violations that raised similar fair trial issues where it identified a structural problem and referred the matter to the Turkish Parliament for a lasting political solution, it decided not to be bothered with the pending applications. Put in simpler terms, the TCC became –probably– the first apex court that disregarded its constitutional duty to provide a remedy for the right to be tried within a reasonable time, because it believes that there are 'too many cases' and 'not enough time to decide on them'. Sadly, today's TCC is trapped in a self-destructive tailspin.

## Conclusion

The recent judicial crisis between TCC and Yargıtay is unprecedented in many ways, and serves as a clear manifestation of the profound erosion of constitutionalism in Turkey. Amidst multifaceted implications, one clear takeaway is that the TCC's undisputed authority within Turkey's constitutional framework is seriously at stake. As things stand, the TCC's individual application mechanism is on the verge of collapse. Any legislative or constitutional changes on the individual application mechanism would further undermine the TCC's capacity to serve as a check on political power (or what's left of it!). The final nail in the coffin will probably be when President Erdoğan will appoint three new members to the TCC to replace those whose tenure will end between January and April 2024. By doing so, he will have directly appointed 10 of the 15 TCC members and supervised three appointments made by the Turkish parliament. The stakes are high, and the outcome of this crisis could significantly shape the trajectory of constitutional governance in Turkey.

Alice Donald, Joelle Grogan

# Defeat in the Supreme Court

Where Next for UK Asylum Policy?

doi: 10.17176/20231117-233450-0



On 15 November 2023, the UK Supreme Court (UKSC) unanimously declared the government's policy of removing some asylum seekers to Rwanda to process their claims **unlawful**. Like the [Court of Appeal](#), it found substantial grounds for believing that asylum seekers would face a real risk of ill-treatment because of insufficient guarantees against **refoulement**. This post explores the origin and significance of the UKSC judgment and the legal and policy implications of the UK government's immediate response to it.

## 'Stop the Boats' and the Rwanda Policy

The Rwanda policy, **announced** in April 2022, is a five-year asylum partnership arrangement known as the **Migration and Economic Development Partnership** (MEDP). It was recorded in a Memorandum of Understanding and two 'notes verbales' between the UK and Rwanda, rendering it a **political agreement**, not a legally-binding treaty. Due to assurances given in the MEDP, former Home Secretary Priti Patel deemed Rwanda a safe third country to which asylum seekers could be removed. The MEDP provides for the relocation to Rwanda of individuals who arrived in the UK through an illegal and dangerous route on or after 1 January 2022 and who do not have a right to stay. Those to be removed would be identified through a screening process, with **exemptions** only for unaccompanied children, families with children, Rwandan asylum seekers and EU citizens.

According to the government, the policy is designed to deter irregular migrants who arguably fail to claim asylum in countries they pass through on the way to the UK, such as France. The political priority accorded to stopping irregular migration across the Channel – which reached a **record 45,756 people** in 2022 – is encapsulated in Rishi Sunak's high-profile pledge to '**stop the boats**'. In this respect, the Rwanda scheme has also been viewed as pivotal for implementing the **Illegal Migration Act**, which became law on 20 July 2023. The Act gives the Home Secretary the power to detain – and the duty to make ar-

rangements to remove – individuals who come to the UK illegally, either to their home country or a safe third country. However, the Act has largely not been brought into force as Rwanda is currently the **only country** with which the UK has an agreement for the transfer of asylum seekers. Arguably, however, the agreement is of more political than practical significance: while the arrangement is uncapped, the government has **acknowledged** that Rwanda has initial capacity to receive just 200 people annually. The policy's likely impact in deterring irregular migration has also been questioned: the most senior civil servant in the Home Office **stated** that evidence of a deterrent effect is 'highly uncertain'.

The first flight to Rwanda in June 2022 was **stopped** after an urgent injunction issued by the European Court of Human Rights that barred removals to Rwanda until after UK litigation determining the legality of the policy had been concluded. In the 17 months leading up to the UKSC judgment, wider political instability has seen three prime ministers, and four Home Secretaries in the UK. The latest, James Cleverly, was appointed three days before the UKSC judgment, following the **sacking** of Suella Braverman on 13 November.

## The Judgment

Only a month after the hearings, a unanimous UKSC found the policy of sending asylum seekers to Rwanda for processing unlawful. The judgment held that non-refoulement is a principle embedded in several international covenants and treaties by which the UK is bound, including the **UN Refugee Convention**, the **International Covenant on Civil and Political Rights 1966**, the **UN Convention against Torture**, and the **European Convention on Human Rights** (ECHR). The Court also listed the Acts of Parliament that enshrine the principle in the UK's own national law. Non-refoulement, it **concluded**, is a 'core principle of international law, to which the United Kingdom government has repeatedly committed itself [para 29].'



The **Court** emphasised that the case did not hinge solely on the ECHR or the Human Rights Act 1998, which gives effect to most Convention rights in UK law. Withdrawal from the ECHR – called for by, among others, **Suella Braverman** while she was Home Secretary – would not remove the obligation to respect this cardinal principle.

The judgment was also notable for the ‘considerable weight’ it accorded to **evidence** presented by the UN refugee agency (UNHCR) about the ‘serious and systemic defects in Rwanda’s institutions and procedures for processing asylum claims [para 50].’ UNHCR’s evidence shows a 100% rejection rate by Rwandan authorities from 2020–22 for nationals of Afghanistan and Syria, from which asylum seekers removed from the UK may well emanate. By contrast, Home Office data shows that asylum claims in the UK were **granted** in 99% of cases from Syria and 98% of cases from Afghanistan. Further, the UN had documented 100 cases of refoulement, including after the agreement with the UK had been reached [para 89]. While accepting that Rwandan assurances had been made ‘in good faith’ [paras 101–2], the Court pointed to an agreement Rwanda had reached with Israel between 2013–18: despite explicitly committing to non-refoulement in this agreement, there was evidence that Rwanda had surreptitiously moved asylum-seekers from Israel to Uganda where they were at risk of being refouled [para 96.]

In addition, the Court noted that Rwandan judges may not be independent of political influence and lawyers may not be provided to asylum seekers. Despite a right of appeal to the Rwandan High Court in asylum cases, this had never happened in practice [para 105].

The Supreme Court also adduced evidence of Rwanda’s **poor human rights record**, and highlighted that UK police had to warn Rwandan nationals living in the UK of threats to their life from the Rwandan government.

In summary, the central issue upon which the UKSC determined that Rwanda was not safe was doubt about the country’s

practical ability to fulfil its assurances, at least in the short term, in the light of the present deficiencies of the Rwandan asylum system, the past and continuing practice of refoulement ... and the scale of the changes in procedure, understanding and culture which are required [para 102].

## The Government’s Response

The **UKSC**, like the **Court of Appeal** and the **High Court**, did not find the policy of removing asylum-seekers to a third country for their claims to be processed unlawful, only that *Rwanda* is not currently a safe country to do so.

Following the ruling, Prime Minister Rishi Sunak therefore **announced** plans to make a treaty with Rwanda, and, in parallel, introduce emergency legislation designating Rwanda a safe country.

There is one precedent for the UK resolving a potential violation of rights through a treaty. Former Home Secretary Theresa May concluded a **treaty with Jordan** guaranteeing fair trial rights for deported radical cleric, Abu Qatada. However, in this case potentially hundreds of individuals would be annually subject to what the UKSC called the ‘serious and systemic defects’ in Rwanda’s asylum system. The sheer magnitude of those affected renders this case substantially different to the degree that it would be inapplicable. Moreover, UNHCR’s concerns ‘relate not to the text of [Rwandan] legislation but to how the system operates in practice’ – and would equally apply to a treaty unless it addressed the substance of those concerns. The UKSC ventured that:

The necessary changes may not be straightforward, as they require an appreciation that the current approach is inadequate, a change of attitudes, and effective training and monitoring.

The Home Secretary, James Cleverly, **indicated** that the treaty would require that asylum seekers sent to Rwanda could not be sent to a country other than the UK. Sunak later said that the treaty would ensure that ‘those who are relocated from the UK to Rwanda will be protected against removal from Rwanda’. This has led to **speculation** that asylum-seekers who fail to meet the test for refugee status under Rwandan law (or, for example, are a nationality with 100% rejection rate) could be returned to the UK. This would seemingly undermine Rwanda’s incentive to give, and asylum seekers to seek, refugee status in Rwanda. Nor is it legally feasible given that Article 30 of the Illegal Migration Act 2023 bans the return of asylum seekers removed to a third country to the UK.

Uncertainty over the content of the treaty is perhaps why Sunak also plans to **introduce** ‘emergency legislation’ (or **fast-tracked legislation**) designating Rwanda a

safe country. He has emphasised that the law would stop ‘systemic challenges in [...] domestic courts’ and ‘not allow a foreign court to block’ removals. This suggests the law would explicitly disapply relevant human rights protections in the ECHR and other international obligations related to non-refoulement.

### Will ‘Plan B’ work?

**Treaties** are negotiated by the government, with only a limited role for Parliament in their ratification. A treaty must be **laid before Parliament** for 21 sitting days. The Lords cannot block or delay a treaty. The House of Commons can – but **has not done so** in recent times.

The passage of fast-tracked legislation could be much trickier. Legislation can be passed quickly, even within a day, but only if both Houses of Parliament agree on its necessity. Although the government’s current majority in the Commons could see such a bill passed quickly, ministers do not control the House of Lords’ timetable. Against the weight of evidence provided and a unanimous Supreme Court judgment, the Lords will likely closely scrutinise the question of whether Rwanda is, in fact, safe. Numerous **prominent legal figures** have opined that, as **Philippe Sands** put it, ‘To override such a ruling – to change the facts – would be extraordinary’.

The lack of an electoral mandate for the Rwanda policy and the disapplication of international norms and human rights would only embolden the Lords’ potential resistance. Where bills raise fundamental constitutional questions, the upper house has **indicated** that ‘parliamentary scrutiny ... should not be rushed unless there are justifiable reasons for fast-tracking them’. The Lords could therefore **feasibly delay** the passage of the emergency legislation up until the next UK general election, expected within a year.

### Facts Cannot be Legislated Away

In passing a law, the Prime Minister hopes to immunise the Rwanda policy from legal challenge, given the doctri-

ne of parliamentary sovereignty. This prevents the Supreme Court and the European Court of Human Rights from striking down an Act of Parliament.

However, declaring Rwanda safe and introducing **ouster clauses** would not end the UK’s obligations under international law. The law would only have domestic effect, not change the facts on the ground. The European Court of Human Rights could still find that the law violated the ECHR if it considered Rwanda not to be a safe country, and so issue **interim measures** (‘rule 39 orders’ or urgent injunctions) to stop any flights, as it did with the first flight to Rwanda.

### An Uncertain Outlook

The alternative is to pursue agreements with other countries, as the UK government is **reportedly** doing. The Illegal Migration Act lists **56 other countries** (8 for men only) that are considered safe. Many of them are facing their own migration challenges, and some of those in Europe have been looking closely at the UK policy of removal as a potential model to **follow**. For example, on 6 November 2023, the Italian and Albanian Prime Ministers announced an agreement to **relocate asylum seekers** rescued at sea by Italian vessels to Albania. The two centres would host up to 3,000 people and be staffed by Italian officials operating under Italian and EU legislation. This differs to the UK-Rwanda agreement, whereby asylum seekers would be processed by Rwandan officials under Rwandan law.

The future of the UK government’s immigration policy remains profoundly unclear – not least because countries with which it might strike deals may look at the Rwanda furore and wish to avoid the same level of scrutiny and exposure. Labour has said it will **scrap the Rwanda scheme** and negotiate a **quota-based deal with the EU** instead. The clock is ticking towards a general election that **polling** widely suggests Labour will win.

David Owen

# Magical Thinking and Obsessive Desires

Conservative Politics, Human Rights, and the Rwanda Judgment

doi: 10.17176/20231119-233351-0



On May 4<sup>th</sup> 2015, the Prime Minister David Cameron [tweeted](#):

Britain faces a simple and inescapable choice  
– stability and strong Government with me,  
or chaos with Ed Miliband.

When, three days later, a shock result delivered an unexpected majority to the Conservatives, Cameron announced the referendum on the UK's membership of the European Union. The ensuing eight years of chaotic Conservative Party psychodrama has, if the past few months of polls are right, fostered a desperate wish among the British public for government to become dull, boring, and competent under a Labour Party leader who publicly personifies those qualities.

The latest episode of the Conservative Party's dysfunctional political family feuding dropped last week with a Cabinet reshuffle. Home Secretary, Suella Braverman, was sacked and replaced with James Cleverly. David Cameron (remember him?) was recalled from his political retirement as Oxfordshire shed-dweller and dodgy finance company lobbyist to replace Cleverly as Foreign Secretary. If this was a Korean television drama, we would know that the story arc is close to its conclusion.

The timing of the reshuffle for Monday 13<sup>th</sup> November allowed the Prime Minister, Rishi Sunak, to rid himself of Braverman before the Supreme Court's ruling on the government's Rwanda Plan, the symbolic core of its "illegal migration" policy. The sacking, the ruling, and the aftermath demonstrate both a key division in the Conservative Party and illustrate the choice it faces on the kind of politics it will promote after the next election: socially liberal technocratic nationalism (the Sunak option) or illiberal 'culture war' nationalism (the Braverman faction). The election has to be called by 17 December 2024 and the Conservatives are currently expected to lose it.

The Supreme Court's judgment raises the stakes in this conflict because its grounds for ruling the Rwanda Plan unlawful appear to provide ammunition for the ra-

dical illiberal wing of the Conservative Party.

## The Ruling

The Rwanda Plan refers to a political agreement between the UK and Rwanda to relocate some asylum seekers who arrive "irregularly" in the UK to Rwanda to process their claims and, if successful, be granted asylum in Rwanda. The UK Supreme Court ([2023] UKSC 42) on Wednesday 15<sup>th</sup> November found the policy is unlawful because it is not compatible with the norm of non-refoulement (expressed in domestic UK law, European law, and international law related to treaty commitments).

Reaching this conclusion involved three steps:

- A legal reconstruction of the norm of non-refoulement, and the UK's commitment thereto, which demonstrates the norm is breached by sending an asylum seeker to a country in which there is a genuine risk of refoulement;
- The determination that the court is legally required to consider for itself the evidence concerning whether Rwanda is a safe country for asylum seekers (rather than being asked to judge whether the Home Secretary has formed a reasonable view);
- The judgment that Rwanda is not a safe country and that the UK would be in breach of the requirements of the non-refoulement principle by sending asylum seekers there.

The judgment effectively undermines the linchpin of the current UK government's flagship 'stop the boats' migration policy, namely, relocation of irregularly arriving asylum seekers to another state (since Rwanda was the only available option).

## Its Political Context

What does this mean politically? Two days before the Supreme Court's judgment, Rishi Sunak had sacked Suella Braverman from her role as the Home Secretary as part of a general Cabinet reshuffle. It has been clear for some

time that Braverman is preparing for a presumptive leadership bid following the next election. Alongside [Kemi Badenoch](#), she is the most likely challenger from the culturally illiberal right. Her strategy has been to put Sunak in an impossible position by acting out in ever more outrageous ways and therefore forcing him either to sack her (“martyrdom”) or to look weak in comparison to her. Recent outbursts on [homelessness as a lifestyle choice](#), on protests for a ceasefire in Gaza [as antisemitic extremism](#), and on [police bias](#) in regulating protests [gave Sunak ample grounds for her dismissal](#) and removing her as part of a wider re-organisation of his ministerial team was probably Sunak’s best option. However, Braverman has wasted no time in publishing a [letter](#) to Sunak accusing him of a betrayal of ‘*your promise to the nation that you would do “whatever it takes” to stop the boats*’ and arguing:

*If we lose in the supreme court, an outcome that I have consistently argued we must be prepared for, you will have wasted a year and an act of parliament, only to arrive back at square one. Worse than this, your magical thinking – believing that you can will your way through this without upsetting polite opinion – has meant you have failed to prepare any sort of credible plan B.*

In the face of this vituperative onslaught, Sunak is [publicly insisting that he will do whatever it takes to get the Rwanda Plan back on track](#). However, [the proposed actions of having a treaty with Rwanda and emergency legislation in the UK](#) that declares Rwanda to be a safe country are insufficient – as Sunak surely knows. Indeed, the proposed emergency legislation seems more designed to create problems for the Labour Party by enabling him to portray them as blocking plans to “stop the boats” than address the issue itself.

## Competitive Nationalism instead of Human Rights

Given the reasoning of the judgment, [it is clear that Braverman has a firmer grip on what would be required to rescue the Rwanda Plan](#). This involves disapplying the Human Rights Act, the European Convention on Human Rights, and relevant sections of other international treaty obligations to which the UK is a signatory including the Refugee Convention [Art 33(1)], the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights [Art 2 read with Art 6 and 7], the United Nations Convention

against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [Art 3(1)].

This is a step Braverman is perfectly happy to take, indeed desirous of making. It is, she proclaims, “[her ‘dream’ and ‘obsession’](#) to see a flight take asylum seekers to Rwanda”. Sunak, by contrast, appears less willing for the UK to damage further an international reputation already torn and tattered by Johnson’s reckless premiership and Truss’s brief prime ministerial spasm. The danger of Braverman’s position is not simply that of turning the UK into a state that publicly treats international treaty obligations as a buffet from which one can pick and choose at will. It also aims at effectively dismantling the human rights architecture established in the aftermath of global warfare and genocide and encouraging a return to an international politics of competitive nationalism in its stead at a time when global cooperation in the face of climate change (and increasing climate-induced migration) is more necessary than ever before. Is this fascism? I will leave that debate to others, but it certainly coheres with the varied forms of ‘illiberal democracy’ that Putin, Erdogan, Orban, Modi, and others have pioneered in recent years.

## Suella’s Dream and Sunak’s Options

It may appear that reinstating the Rwanda Plan requires embracing Braverman’s illiberalism. However, the temptation for Sunak to steal Suella’s clothes may be tempered not only by his discomfort with her radicalism, but also by a comment within the Supreme Court’s ruling.

Section 25 of the judgment inserts a seemingly unnecessary comment:

It may be that the principle of non-refoulement also forms part of customary international law. The United Kingdom has subscribed to this view, along with the other states parties to the Refugee Convention, in the 2001 Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees (UN Doc HCR/MMSP/2001/09). The fourth recital to the preamble to the declaration acknowledged the continuing relevance and resilience of the international regime of rights and principles established for the protection of refugees, “including at its core the principle of



non-refoulement, whose applicability is embedded in customary international law". The significance of non-refoulement being a principle of customary international law is that it is consequently binding upon all states in international law, regardless of whether they are party to any treaties which give it effect. However, as we have not been addressed on this matter, we do not rely on it in our reasoning.

I read the deliberate insertion of this comment as the court making clear that it would understand itself to be required to make a ruling on this matter if the government chose to adopt the Braverman strategy. Because legal challenges to this course of action are virtually guaranteed, this means that regardless of the substance of the court's ruling, there appears no realistic prospect of reviving the Rwanda Plan prior to the general election.

It is also important to notice that the Supreme Court found nothing unlawful about states engaging in bilateral agreements with other states of the general kind represented by the Rwanda Plan. This notably differs from UNHCR's preference for asylum seekers to stay within the state in which they made their claim if it is successful. The Court does not rule out such responsibility exchanges if the receiving state's asylum determination procedures are adequate and it can be confidently expected not to engage in refoulement [UKSC 42 s.24]. Hence it is open to Sunak's government to seek other partners for such an agreement or to work with Rwanda to address the problems identified by the judgment with their current asylum system. However, neither of these options are likely to be accomplished before the next general election.

Sunak's current political strategy is, understandably, a policy of deflecting attention from the unpalatable political reality that he cannot revive the Rwanda Plan during this Parliament. Deflect media attention with the Cameron appointment. Deflect media focus onto the Labour Party and the House of Lords through emergency legislation that both will oppose. Deflect media attention by announcing [a radical shake-up of the UK's foreign aid and development policy](#). Braverman's strategy is to try and

keep the focus on Sunak's "[betrayal](#)" of the British public in order to garner support among right-wing Conservative MPs and party members. Meanwhile the British public shows every sign of desperately hoping that the latest episode of this long running drama is the last and will just ... end.

## Suella as Symptom and the Future of Global Politics

If we step back from the UK scene, we should notice that this whole debacle around asylum and immigration is a product of a wider set of problems. These are also manifest in, for example, the EU's deals with Turkey, Libya and Tunisia and its attempts to wash its hands of the human rights abuses, drownings and other deaths at its borders. The politics represented by Suella Braverman are not solely a UK phenomenon; they are to be found across Europe, Oceania, and the Americas. In relation to refugee protection, the general danger represented by this politics was long ago [pointed out by Erica Feller](#), former UNHCR Assistant High Commissioner for Protection:

Refugee protection is a global concern and a common trust. This means that responsibility for it is shared, not individual. It also means that, unless this is shouldered widely, it may be borne by none.

On human rights, the last word should go to Sir David Normington, former Home Office permanent secretary who, on being asked whether, as Braverman charges, international law was outdated, [remarked](#):

„What is true is that the rights of people to not be tortured never goes out of date.“

### *Acknowledgements*

*My thanks to Nicholas Baigent, Kiran Bannerjee, Chris Bertram, Jon Courtenay Grimwood, Matt Lister, Ben Saunders and Eric Schliesser for offering to give quick reactions to an earlier draft. Particular thanks to Anja Bossow for specific and very helpful editorial suggestions that greatly improved the final version.*



Catherine Briddick, Cathryn Costello

# Supreme Judgecraft

Non-Refoulement and the end of the UK-Rwanda ‘deal’?

doi: 10.17176/20231120-233402-0



In *R (on the application of AAA (Syria) and others)* the UK Supreme Court held that the Secretary of State’s policy to remove protection seekers to Rwanda was unlawful. Rwanda is not, at present, a safe third country (‘STC’). There are, the Supreme Court found, “substantial grounds for believing that there is a real risk that asylum claims will not be determined properly, and that asylum seekers will in consequence be at risk of being returned directly or indirectly to their country of origin.” Should this occur “refugees will face a real risk of ill-treatment in circumstances where they should not have been returned at all” (para 105).

We argue that the Supreme Court’s legal reasoning and evidential assessment are both impeccable, applying legal principles that are well-embedded in international and domestic law to very clear evidence. However, the UK government’s responses are deeply troubling, from the perspectives of refugee protection, international legality, and the rule of law in the UK.

## Background

In April 2022, the UK Government and Rwanda entered into a Migration and Economic Development Partnership (MEDP) through a [Memorandum of Understanding \(MoU\)](#). This [political, not legal, agreement](#) sought to enable the ‘transfer’ of asylum-seekers from the UK to Rwanda to have their claims for protection determined there. Following the granting of [urgent interim measures](#) by the [European Court of Human Rights \(ECtHR\)](#), no removals to Rwanda have taken place.

*AAA and others* concerns claims brought by asylum seekers (“the claimants”) variously from Iran, Iraq, Sudan, Syria, and Vietnam, who travelled to the UK irregularly in small boats or, in one case, by lorry. The Home Secretary declared the claimants’ applications for asylum inadmissible. Under the Immigration Rules, a person with an inadmissible claim may be removed to a Safe Third Country (STC). The relevant definition refers to a place that the claimant was previously present, to which they

have a connection, or any other STC which may agree to their entry (para 123).

Pursuant to the MEDP, the Secretary of State sought to have the claimants removed to Rwanda. The claimants challenged both the lawfulness of the Rwanda policy in general, and the inadmissibility and removal decisions made in each individual case. UNHCR was given permission to intervene, and as will be seen, its evidence and argumentation in the case were impactful.

In December 2022, the UK’s Divisional Court [upheld](#) the legality of the Rwanda scheme but quashed the individual inadmissibility and removal decisions. In contrast, in June 2023, the Court of Appeal [held](#) that the policy was unlawful. On 15<sup>th</sup> of November, the Supreme Court upheld the Court of Appeal’s findings.

## The UK’s Externalisation Game

This case has to be considered alongside the UK’s broader attempts at ‘[externalisation](#)’. These include (but are alas, not limited to) the [Illegal Migration Act 2023](#). This legislation, the key provisions of which are not in force, create a group of people who cannot have their claims for protection determined in the UK and who are instead subject to a [duty to deport and a power to detain](#). As UNHCR has explained when the Bill was being debated:

The legislation, if passed, would amount to an asylum ban – extinguishing the right to seek refugee protection in the United Kingdom for those who arrive irregularly, no matter how genuine and compelling their claim may be, and with no consideration of their individual circumstances.

The use of STC practices to send asylum seekers elsewhere is, of course, well-established. STC agreements were invented in Europe in the 1990s. Often justified as a means to share responsibility for refugee protection, their legality depends at a minimum on the inclusion of procedural safeguards to ensure the safety of the third country

both as a general matter and for the individual protection seeker. In EU law, further safeguards apply, with the [Dublin Regulation](#) including a connection requirement, a personal interview, and procedures to ensure the “best interests” of children are respected.

The UK was bound by the Dublin Regulation until 31 December 2020. When the Brexit transition period ended, the Government [sought](#) to enter into alternative bilateral returns arrangements with other European states. However, it has been [reported](#) that France, Germany, the Netherlands, Belgium and Sweden refused to enter into any such agreements. This left the UK with no legal arrangements in place for STC returns to any of its neighbours.

Against this backdrop, the UK looked to Rwanda, the only African state to have previously engaged in these practices. This included briefly [accepting asylum seekers from Israel](#), and reaching, but not implementing, an [agreement with Denmark](#).

UNHCR has consistently maintained that “[primary responsibility](#)” for assessing protection needs rests with the state in which an asylum-seeker arrives, or with whose jurisdiction it engages. STC agreements [should](#) guarantee minimum rights, and “contribute to the enhancement of the overall protection space.” Deporting asylum seekers to Rwanda distorts the notion that STC arrangements involve sharing responsibility, including by returning someone to a country that they could have sought protection in on their journey. This notion forms the basis of the Dublin Regulation and the US-Canada agreement. Instead, the UK’s approach seeks to shift responsibility to a country already hosting many refugees, [compounding racialised inequalities within refugee law and the refugee regime](#). Notably, no other African state plays this externalisation game.

STC arrangements rarely deter arrivals, as [UK research](#) and decades of European experience testifies. Nevertheless, in the UK’s current political climate, where “stopping the boats” has become highly politicised, the portrayal of the ‘Rwanda deal’ as the only way to address irregular migration has somehow taken hold. Influential, in this regard, have been [think tank reports](#) which fail to engage with either empirical evidence on the dynamics of irregular arrivals or legal scholarship. The Government’s apparent engagement with such work belies the fact that it has no serious policy on this or other pressing issues, including the asylum backlog, the quality of decision making or the availability of legal advice.

## The Supreme Court Ruling

The Court’s unanimous judgment is a model of judicial economy and clarity. It states at the outset that it is

... not concerned with the political debate surrounding the policy, and nothing in this judgment should be regarded as supporting or opposing any political view of the issues [2].

Instead, the Court’s starting point is the UK’s obligations under the Refugee Convention and international human rights law and the many UK statutes giving effect to the principle of *non-refoulement*.

The Supreme Court affirms that the UK’s right to control the entry and residence of migrants is limited by international law, in particular by the prohibition on *refoulement* (para 19). This prohibition is found in a range of treaties to which the UK is party, including the [Refugee Convention](#), [CAT](#), [ICCPR](#) and [ECHR](#). In the case of each key Treaty, the Court mentions not only the UK’s ratification, but also the considerable number of other state parties. It also cites the [Human Rights Committee’s General Recommendation 31](#) and offers a succinct distillation of key aspects of the ECtHR’s *non-refoulement* jurisprudence, including *Soering* (1989), *MSS* (2011) and *Ilias v Hungary* (2019). This emphasis on the principle’s place in the system of international legality is also evident in the fact that the Court goes out of its way to acknowledge the likely customary character of *non-refoulement* (para 25). It concludes that the prohibition on *refoulement* is:

a core principle of international law, to which the United Kingdom government has repeatedly committed itself on the international stage, consistently with this country’s reputation for developing and upholding the rule of law [26].

The Court then emphasises that this principle is part of domestic law by virtue of a range of statutory provisions, concluding that:

Asylum seekers are thus protected against *refoulement* not only by the Human Rights Act but also by provisions in the [three other statutes], under which Parliament has given effect to the Refugee Convention as well as the ECHR [33].

## Adjudicating Non-refoulement

One of the central questions in the litigation concerned the approach, and test, to be applied in *non-refoulement* cases. One of the Supreme Court's strongest rebukes was of the Divisional Court on this point. "[S]everal passages" of the Divisional Court's decision suggested that they had "misunderstood their function" by limiting themselves to *reviewing* decisions made by the Secretary of State and deciding whether or not they were "tenable" (para 39). Indeed, it is interesting how clear the Supreme Court is on the constitutional role of courts, *vis-à-vis* that of the executive. When assurances are given by other governments, even in cases concerning national security, it is for courts to determine whether an individual's rights have been breached (para 56). The question that should be addressed in all such cases is whether there are "substantial grounds for thinking that there is a real risk of refoulement" (paras 39 and 57). The Supreme Court thereby both affirms a standard well-established across human rights courts and bodies and defends the role of the judiciary in applying it.

Another question, crucial to the application of this test, was the weight to be accorded to evidence provided by UNHCR. The Court of Appeal had been correct to interfere with the decision of the Divisional Court, not only because of the above, but also because of its failure to appreciate the status, role, and expertise of UNHCR (para 42).

Having identified, and corrected, the errors of the Divisional Court, the Supreme Court then applied the correct test to the evidence it had on the general human rights situation in Rwanda, and the adequacy of its asylum system. In doing so, it drew extensively on the UNHCR's evidence and the "impressive" judgement of Underhill LJ in the Court of Appeal (para 74).

Of note in this part of the judgment is the Supreme Court's concern about an overall lack of independence, in relation to the legal profession, judiciary, and court system in Rwanda (paras 82-3). Familiar to those who have followed the case through the domestic courts is evidence concerning the quality of decisions themselves:

UNHCR's evidence shows 100% rejection rates at RSDC level during 2020-2022 for nationals of Afghanistan, Syria and Yemen, from which asylum seekers removed from the United Kingdom may well emanate. This is a

surprisingly high rejection rate for claimants from known conflict zones. By comparison, Home Office statistics for the same period show that asylum claims in the United Kingdom were granted in 74% of cases from Afghanistan, 98% of cases from Syria, and 40% of cases from Yemen. UNHCR attributes the refusal of such claims by the Rwandan authorities to a view that persons from the Middle East and Afghanistan should claim asylum in their own region [85].

Significantly, the Supreme Court identifies a "practice of refoulement" (para 87) and a failure to understand the substantive legal content of its prohibition (para 91). Finally, the Court finds it relevant that Rwanda had failed to meet obligations it had assumed in other, similar, agreements, notably with Israel (para 100).

As the Court concludes in a one of the simplest, but most compelling of sentences:

But risk is judged in the light of what has happened in the past, and in the light of the situation as it currently exists, as well as in the light of what may be promised for the future [103].

The Court of Appeal was correct, the Secretary of State's policy unlawful (para 149).

## Anticipating Objections

Despite the Court's attempt to distance itself from the broader political context, certain elements of the judgment nonetheless speak to it.

To those who might assert that domestic law should be determinative, the Court engages with a raft of provisions in primary legislation that give effect to the Refugee Convention. It also refers to section 6 of the Human Rights Act 1998, which makes it unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with an ECHR right.

To those who, like the Prime Minister or Suella Braverman, think that the ECHR stands in the way of the Rwanda policy, the Court explains that the prohibition of *refoulement* is "given effect not only by the ECHR but also by other international conventions to which the United Kingdom is party" (para 26). As mentioned, the Supreme Court emphasises on place of *non-refoulement* in the

wider system of international legality, including its likely customary character (para 25). We could also mention that [the principle is “ripe for recognition” as a norm of jus cogens.](#)

## Strategic Silences

Judges under pressure often adopt minimalist judgments, focusing on the legal principles that are most clear and well-established. Breaking new legal ground or advancing new points of law is often for cases less in the spotlight. Perhaps understandably then, the Supreme Court limits its legal analysis to *non-refoulement*. To those concerned with legality of different kinds of arrangements for responsibility sharing or shifting, the judgement offers a silence that neither precludes nor permits.

On STC practices, the Supreme Court did not consider whether or not there is an implied obligation in the Refugee Convention on states to process the claims made by those within their jurisdiction. It did not explore the relevance of the principles of non-penalisation (article 31 of the Refugee Convention) and non-discrimination (article 3 of the Refugee Convention, article 14 ECHR). Nor did it rule on the question of whether or not the motivations of states in entering into STC agreements matter. This is potentially salient, because when the Supreme Court of Canada [reviewed the legality](#) of Canada’s agreement with the US, it took into account the role of that agreement in *sharing* responsibility for claims in accordance with international law (paras 39, 128). In contrast, the explicit purpose of the UK’s scheme is to *evade* responsibility, potentially contrary to the object and purpose of the Refugee Convention.

Finally, the court did not rule on whether or not STC agreements should contain a ‘connection requirement’, some link between the protection-seeker and the jurisdiction they are returned to. The attempt to rely on the connection requirement in the EU Asylum Procedures Directive as ‘retained EU law’ failed. The Supreme Court did, however, point out that:

No question has been raised in these proceedings as to whether the removal of asylum seekers to a state with which they have no connection is compatible with the ECHR [16].

Ditto, we would add, the Refugee Convention.

Leaving these judicial markers is perhaps significant, admitting the narrow scope of the ruling and that there

are legal issues to explore on another day. Notably, the Supreme Court’s aside on the likely customary status of *non-refoulement* is also suggestive in that respect.

## The Fragility of (International) Legality

*R (on the application of AAA (Syria) and others)* was decided on narrowest and most solid of grounds. It is a judgment to be welcomed. No one will, for the time being at least, be removed to a country to which they have no connection and in which their rights are at risk. As we know, asylum seekers have been [“highly distressed, anxious, and traumatised about the prospect of being shipped as though they are human cargo to Rwanda.”](#) We hope that those living in fear of such removal are now released from it.

Worryingly, however, the Supreme Court’s careful reasoning and legal precision and clarity was met with immediate, direct and obfuscatory challenges to its legal authority from the highest political level.

Rishi Sunak, the British Prime Minister, announced that he would seek to pass [“emergency legislation”](#) that would pronounce Rwanda safe. He also fired a warning shot at the ECtHR: [“I will not allow a foreign court to block these flights.”](#) This was not enough for those on the right of the Conservative party. Suella Braverman MP, the former Home Secretary sacked days before by Sunak, called for legislation to [“block off”](#) challenges under the ECHR and the Human Rights Act. Miriam Cates MP and Danny Kruger MP, co-chairs of the [New Conservatives](#), said Sunak’s emergency law should disapply the UK Human Rights Act and [“give effect to the policy \\*notwithstanding\\* the ECHR and \[UN\] Refugee Convention”](#). The Deputy Chair of the Conservative Party, Lee Anderson MP, said Sunak should ignore the Supreme Court ruling, telling reporters [“I think we should just get the planes in the air now and send them to Rwanda.”](#)

These responses render international legality’s fragility all too apparent. Here, we have the apex court of an established constitutional democracy deciding a question, the safety of a country for refugees, on the clearest of legal points, a principle of international law that is well-established, widely accepted, and judicialised. It did so on the basis of a wealth of evidence from an expert source: UNHCR, [the guardian of the Refugee Convention](#).

That this ruling has been met with immediate, political rejection should also prompt concern for the rule of law in the UK and for the values that underpin its



“collaborative constitution”. It forms part of the increasingly populist turn in British conservative politics which has included frequent attacks on the judiciary. The current political posturing contributes to this trend, even if it ultimately leads to nothing. It is doubtful that the “emergency legislation” being proposed could become law before the next election. It is likely to encounter significant opposition in the House of Lords, the UK’s unelected upper house, which has the power to both revise and to delay. Those proposing and supporting this legislation are likely to know this. Indeed, they may cynically hope to make securing legislative change the central plank of their election (or leadership) campaign. Yet, these moves may also lack their imagined popular appeal. As Alison Young has noted [on this blog](#), the British public is largely supportive of the judicial protection of rights. It also shows “[notably higher support for judicial interventions than is often supposed.](#)” Trust in judges is “[much higher](#)” than that in politicians.

### The Costs of Overriding the Law

If, conversely, overriding legislation is passed, a range of significant international legal and constitutional issues arise. From an international perspective, direct legislative change in the face of customary international law (perhaps even *jus cogens*) and a raft of treaty obligations, would put the UK out of step with its European neighbours and all the other states with whom it would seek to cooperate. It would also place it on a collision course with the ECtHR and a range of UN Treaty Bodies.

Legislation may be passed that, for example, seeks to disapply key provisions in the Human Rights Act or other legislation. Section 1(5) of the Illegal Migration Act is illustrative in this regard. It seeks to do just that in relation to section 3 of the Human Rights Act (on the interpretation of legislation). This provision, if brought into force,

will be the subject of highly contentious legal challenge. Domestically, direct legislative overruling of factual finding by the Supreme Court would, however, be constitutionally unprecedented. As Nick Vineall KC, Chair of Bar Council [explains](#), the Supreme Court decision turned on the safety of Rwanda:

If parliament were to pass legislation the effect of which was to reverse a finding of fact made by a court of competent jurisdiction, that would raise profound and important questions about the respective role of the courts and parliament in countries that subscribe to the Rule of Law.

The UK constitution rests on parliamentary legislative supremacy. The judiciary have, however, always asserted common law and constitutional principles of legality. Such principles notionally protect liberties and judicial independence. Politicians have, wisely, not sought to flout these constitutional principles so egregiously before. One could look again at the Supreme Court’s comments on the relationship between it and the executive in cases involving human rights (para 56, discussed above) and draw a range of conclusions as to its likely response if required to adjudicate on any such legislation. One might also want to reflect on the relationship between the common law and customary international law: the Supreme Court’s comments on the prohibition of *refoulement* being part of the latter, [potentially](#) make it part of the former. Litigation on any of these points would be of historical constitutional significance.

#### Acknowledgements

*Catherine and Cathryn would like to thank Anja Bossow for her generous comments and thoughtful editing.*



Raphael Oidtmann

# Fighting Impunity Through Intermediaries

doi: 10.17176/20231103-223712-0



## The European Union, International Criminal Justice, and the Rule of Law

The 24<sup>th</sup> of February 2022 lastingly altered Europe's security architecture: following the Russian Federation's full-scale invasion of Ukraine, characterized by many observers as one of the most unambiguous cases of the [crime of aggression](#) in the post-World War II era, European foreign and security policy has therefore lastingly pivoted towards its Eastern neighbourhood.

Since then, the European Union as well single member states have continued to [support Ukraine](#) in a multitude of ways, including direct financial assistance, political support in relevant international fora, far-reaching sanctions against Russian citizens and businesses, and massive arms supplies. While single supportive measures have, at least at times, not always been uncontroversial amongst EU member states, the imperative to maintain support on various levels to Ukraine to counter the Russian Federation's attack on the EU level remained steadfast. What has, however, remained ambiguous at times is within which (legal) framework the EU has provided different means of support towards Ukraine. In other words: what legal principle – that may also be derived from its treaty framework – determined and guided EU support towards Ukraine? This contribution argues that at least certain streams of EU assistance for Ukraine in countering the Russian Federation's aggression – namely those aimed at [ending impunity for international crimes](#) – have been organized within a distinct *rule of law* context.

[Article 2 of the Treaty on European Union \(TEU\)](#) enshrines the rule of law as one of the foundational principles governing the EU and distinguishes it as a value common to its member states. The long-held conviction, however, that the rule of law is a given among member states as well as among the European Union itself has been challenged in recent years: internally, most strikingly within the context of the (pending) [Article 7 TEU procedures](#) against [Poland](#) (responding to the country's con-

troversial judiciary reform agenda) and [Hungary](#) (reacting to a constant undermining of rule of law standards, including freedom of speech or freedom of science); whereas internationally, by being confronted with a growing number of increasingly hostile and in part authoritarian adversaries that have continued to flagrantly contest the validity, effectiveness, and normative value of a legal-political community based on the rule of law.

## 'External' Rule of Law Promotion

Notwithstanding these patterns of contestation, the EU has continued to support and strengthen multilateral as well as domestic judicial structures and institutions abroad under a distinct rule of law paradigm: with a view towards partner countries' justice systems, for example, the EU has thus engaged in direct measures across a [broad range of topical areas, including tackling urban crime and violence, the countering of organised transnational crime relating to arms, drugs, or human trafficking, as well as the fight against corruption](#). To assist in reforming the justice sector in respective partner countries and to thereby improve individual citizens' access to justice may thus also be perceived as an epitome of lastingly strengthening the rule of law abroad – an objective also in line with the [UN 2030 Agenda for Sustainable Development](#).

Following up on these efforts and with a view towards multilateral structures, the EU has also continued its efforts to bolster the rule of law through the domains of international criminal justice and human rights protect, for example by establishing the [European Union Rule of Law Mission in Kosovo \(EULEX\)](#), including substantial support for the [Kosovo Specialist Chambers \(KSC\)](#). Notwithstanding that such measures have regularly been implemented within the framework of its [Common Security and Defence Policy \(CSDP\)](#), the EU – together with a majority of its member states – has been actively contributing towards fighting international crimes through distinct international fora, including by strategically strengthening and empowering capable intermediaries, for example in-

stitutionalized judicial structures neither located within a distinct European nor domestic legal framework. [Amongst these intermediaries, the International Criminal Court \(ICC\) has emerged as one main judicial focal point for the EU, also in the current context of the War in Ukraine.](#)

## Fighting Impunity as Rule of Law Strengthening

The fight against impunity for international crimes has thus become an increasingly important aspect of EU law-making in recent years. What has remained somewhat vague, however, is the EU's very understanding and (legal) conceptualization of impunity as well as, interrelatedly, the question of how this might influence and thus guide respective EU policies, including with a view towards facilitating the eventual prosecution and subsequent adjudication on international crimes. Notwithstanding that the EU is no state and as such not party to the [Rome Statute](#) – the legal-organizational framework determining the ICC's jurisdiction, mandate, and operations – it has still evolved into one of the Court's staunchest supporters ever since its inception in the early 2000s. [The EU's sustained endorsement of the Court as a legitimate forum for prosecuting international crimes](#) has thus been reinforced not only by underlining its pivotal importance for and within the realm of international criminal justice through expressing policy-related support and emphasizing its normative value, but likewise by providing generous financial assistance to the institution over the last two decades.

The EU's (re-)focussing towards addressing the notion of impunity through such adjudicative fora is particularly noteworthy as nowhere in the Treaty on European Union one finds a correspondent value or objective that could as such be deemed specific enough so as to fully encapsulate the guiding principles stipulated in the Rome Statute. Therefore, the contingency for the EU to engage in the fight against impunity has usually been accommodated under the rubrics of consolidating and fostering the rule of law and respect for human rights as stipulated in various TEU provisions; pursuant to [Article 21\(2\) TEU](#), for example, the consolidation of the rule of law as well as the respect for fundamental human rights is mentioned in conjunction with the requirement to preserve peace and strengthen international security in conformity with the Charter of the United Nations. Based thereupon, it has arguably been assumed that the principles guiding the Rome Statute and thus the ICC would also broadly fall in line

with those fundamental values and objectives guiding the EU. The question of how the principle of fighting impunity for international crimes may be properly accommodated within the context of the European Treaty frameworks will be addressed in the ensuing paper based on the present contribution.

## Modes of Rule of Law Encouragement

Besides direct rule of law encouragement in partner countries, the EU and its member states have also engaged in a more indirect empowerment of specific rule of law mechanisms, including with a view to judicial intermediaries. With a view towards international criminal justice, the EU's approach of countering impunity through the empowerment of such intermediaries has hence taken two distinct patterns: on one side, the direct empowerment of international justice mechanisms through a broad array of [supportive measures](#), including political, legal, as well as financial assistance – for example by publicly supporting investigations, providing legal-technical assistance and cooperation, or contributing towards institutional budgets. On the other side, such institutions have also been indirectly supported: when examining the means by and through which the EU has, for example, provided indirect assistance towards the International Criminal Court, amongst others, [Article 11\(7\) of the recently terminated revised Cotonou Agreement](#) – previously constituting the legal framework for the EU's (economic) relationship with a total of 79 countries in Africa, the Caribbean, and the Pacific – protrudes. Correspondingly, Article 11(7) hence entailed that

“promoting the strengthening of peace and international justice, the Parties reaffirm[ed] their determination to share experience in the adoption of legal adjustments required to allow for the ratification and implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court; and [to] fight against international crime in accordance with international law, giving due regard to the Rome Statute”.

This kind of inherent conditionality for EU partner countries to enter the Rome Statute, thereby substantially contributing towards expanding the regime's operational purview, has subsequently been inserted into various association and trade agreements the EU has concluded with third countries and hence resembles one amongst

various mechanisms the EU has employed in order to consolidate and expand the applicatory ambit of the Rome Statute.

Since the early days of the War in Ukraine, the EU has constantly framed its support for Ukraine in the language of fighting impunity for international crimes allegedly committed by Russian forces. While this argumentative logic may be conceived as laudable from a moral vantage point, a correspondent legal foundation in current EU law would be desirable. Such a legal justification could also support in positioning the European Union as a likewise

normative and political actor in the greater endeavour of inducing (individual) responsibility for massive human rights atrocities.

*The underlying research project has been conducted as part of as 're:constitution' fellowship, which the author completed during the academic year 2022/2023. As part of the fellowship, a final output in the form of a peer-reviewed journal article is scheduled for early 2024.*

Dániel Karsai

# The Right To Die Like The Trees: Standing

doi: 10.17176/20231103-223655-0



My name is dr. Dániel András Karsai. I am a human rights attorney. I am also terminally ill.

In August 2022, I was diagnosed with ALS. ALS – the legendary physicist Stephen Hawking suffered from the same disease – is a so-called motor neurone disease. For reasons unknown to medical science, this disease causes nerve cells that move the muscles to deteriorate, leading to muscle atrophy and ultimately complete paralysis. At the end of the disease, respiratory functions also cease, resulting in death by asphyxiation. However, the mental faculties are not affected, forcing one to experience this with a fully lucid mind.

ALS leads to an extremely humiliating life situation, increasingly depriving you of independence. The final stage of the disease is virtually a vegetative existence, without any possibility of conscious activity or communication. For me, this form of existence is devoid of all meaning and dignity. In this situation, I firmly believe in the arguable claim to demand the right to end my life with dignity instead of enduring meaningless suffering.

In Hungary, patients in a situation like mine, suffering from an incurable disease, do not have this option. What is more, they do not even have the opportunity to go abroad for this purpose and end their lives there with dignity. The reason is that, under the Criminal Code in force, Hungary has extraterritorial jurisdiction, it can prosecute those who assist them in dying with dignity, i.e. family members, friends and doctors – even if this occurs abroad.

In my personal and professional opinion, the total ban on end-of-life decisions in Hungary violates my fundamental human rights, in particular the right to self-determination based on human dignity, the prohibition of inhuman and degrading treatment, and the right to freedom of choice of ideological belief. As there is no legal remedy for this violation in Hungary, I lodged an application with the European Court of Human Rights in Strasbourg.

I want to emphasize from the beginning that my application is not a general plea for a complete legalization

on a European level of all forms of end-of-life decisions for all types of individuals concerned. The question this application raises is the following: what is the scope of the right to freedom of choice for individuals in a position like mine – that is, those with full mental capacity – regarding end-of-life decisions?

My aim is to use my unfortunate situation to initiate a meaningful and respectful public conversation on the subject of the right to make end-of-life decisions. In the following blog post, I will briefly summarize my personal and legal arguments submitted to the Court. Since the aim of the present blog post is to start a public conversation, I am not addressing all the possible arguments and counter-arguments. I am neither quoting nor analysing the Court's related previous case law – but I am very aware of it.

## Introducing myself

Each person brings an individual case to Strasbourg. Since context is everything, I'll begin with a brief introduction of myself.

I am a 46-year-old former staff member of the Registry. I worked at the Court between 2005 and 2009. Since 2009, I have been working as an attorney at law specialising in human rights litigation. I have represented more than a thousand clients before the Constitutional Court of Hungary and the European Court of Human Rights, including four Grand Chamber cases.

I see myself as a spiritual, emotional and intellectual person. My worldview rests on three pillars: belief in God, belief in human rights, and belief in following the path of the Japanese martial art ju-jitsu Kelemen Ryu, a school officially registered in Japan.

I believe that a higher entity – God – created the Universe. I also believe that God gave everybody a certain lifeline, including tasks and hardships (predestination), along with the free will to decide how to navigate them. I have dedicated my life to protecting the rule of law and human rights on a secular basis, on the assumption that

the essence and fundamental principle of human rights is equal dignity and the right to self-determination. As a martial artist, I completely endorse the spirituality of my jujitsu school which can be summarised by the famous aphorism of its founding master, Soke István Kelemen: “We practice ju-jitsu for being able to die like the trees: standing.

## Dignity

My case is about dignity. The word “dignity” appears in many international and regional texts and instruments. Although the Convention does not mention that concept, the Court has emphasised that respect for human dignity forms part of the very essence of the Convention.

For me, the final state of ALS described above does not constitute real life but merely a simple existence stripped of all dignity. A dignified life is one where an individual can set and pursue meaningful goals. This capability will be seriously curtailed and, finally, extinguished. However, an existence containing overwhelmingly or even exclusively pain and suffering, leaving no room for any other meritorious activity, is a life without purpose. Enduring suffering may serve a higher purpose – such as saving a beloved person or standing for high ideas. This is a meaningful choice of conscience and faith.

However, suffering merely for the sake of pain and existing solely for this purpose has no meaning at all in my belief. A dignified life shall mean more than just suffering, and it must at least entail the possibility to decide freely whether to accept it or not.

I do not wish to live a life that is reduced to observing and enduring my own physical and mental deterioration, along with the resulting suffering. If I had a choice, I would end or at least curtail this phase of my existence. Such a choice is not available to me under Hungarian law. However, I wish to follow my religious and secular beliefs and to die standing.

## Right to self-determination

The Court already stated that an individual’s right to decide when and how their life should end, provided they are in a position to freely form their own judgment and act accordingly, is one of the aspects of the right to respect private life within the meaning of Article 8 of the Convention. Consequently, the subject matter of the present application falls within the ambit of Article 8.

Regarding end-of-life decisions, there is a clear trend among Member States towards securing this right. Therefore, a complete ban with extraterritorial effects on end-of-life decisions for people suffering from lethal and incurable illnesses who possess full mental and decision-making capacity cannot be justified under Article 8 of the Convention. It is, in fact, the creation of a “negative obligation”. It is not merely a Hungarian prohibition but a universal persecution order.

At this juncture, the prohibition of discrimination shall be raised. Hungarian law only allows treatment-related end-of-life decisions. This means that only persons whose health status requires lifesaving or life-sustaining treatment are allowed to refuse the treatment and thus shorten or terminate their lives.

Consequently, those – like myself – who “only” suffer from a dying process resulting in an undignified and inhuman situation causing enormous mental stress and psychological suffering without needing life-saving or sustaining treatment are denied the right to make end-of-life decisions. This is a form of indirect discrimination since the seemingly neutral legal framework puts me in a grossly disadvantageous situation compared to other individuals in similar or at least analogous dire health situations. The above-mentioned difference in treatment lacks objective and reasonable justification.

The right to decide at what point my life should end should not be made conditional solely on the basis of an individual’s medical condition. It is not the illness but the individual who enjoys the protection of the Convention. A life entirely confined to observing one’s own mere existence and suffering without any possibility for meaningful activity is inhumanly undignified. This inhuman situation inflicts enormous mental and physical hardship. One has the right to decide to live through this pain. However, no one should be obligated to do so as it starkly contradicts the right to dignity and self-determination enshrined in Article 8 of the Convention. Consequently, the Member States have the obligation to provide individuals with the option to end their suffering by ending their lives with dignity.

As Hungarian law excludes certain categories of persons with incurable diseases, myself included, from making end-of-life decisions, the Member State fails to provide an adequate level of protection of my Article 8 rights, both independently and read in conjunction with Article 14 of the Convention.



## Degrading treatment

The complete paralysation of my body puts me into a state of vulnerability and indignity, causing enormous mental suffering, including feelings of fear, anguish, and a sense of inferiority, not just in the eyes of others, but particularly from my own perspective. This situation reaches the threshold of the minimum level of severity.

I am fully aware that the development of my illness and its lethal consequences cannot be attributed to the Member State. However, any action I wish to take to free myself from the suffering and indignities of my condition can only be legally executed within the confines of the Hungarian legal framework. Consequently, by prohibiting end-of-life decisions, Hungary actively causes my suffering and bears Conventional responsibility for it.

By analogy, it may be argued that the Hungarian state imposes a *de facto* life sentence on me – imprisoned in my own body – without the prospect of release. In this profoundly dark phase of life, a glimmer of hope would be the allowance to decide the time and manner in which my life should end. The mere possibility of ending one's suffering should not be underestimated for its spirit-lifting power, which may provide the otherwise absent strength needed to endure the unspeakable hardships in question.

The complete denial of any end-of-life decisions, while simultaneously allowing other terminally ill patients to refuse life-saving and life-sustaining treatments, constitutes a violation of Article 14 of the Convention, read in conjunction with Article 3 for the same reasons addressed under Article 8 in detail.

## Choosing freely my religious and secular beliefs

Ending my life with dignity for me is the manifestation of the core element both of my religious and secular worldview and belief. As I wrote in the introduction, I firmly believe that God has given each individual a certain lifeline, complete with tasks, challenges, and the free will to decide how to navigate them. As a lawyer, I have dedicated my life to protecting various facets of self-determination flowing from the principle of equal dignity. As a martial artist, I am devoted to fighting for noble causes in a dignified manner. Therefore, the complete ban on end-of-life

decisions falls under the ambit of and constitutes an interference with my Article 9 rights.

Even assuming that the restriction in question follows the legitimate aim of the protection of the health or rights of others, it is not proportionate to these allegedly legitimate aims. Granting me the freedom to end my life with dignity would not infringe upon the rights of other individuals, in particular, the freedom of religion and conscience. The reason is simple: the freedom to make end-of-life decisions by no means imposes an obligation on anybody.

Moreover, other individuals' rights under Articles 2 and 3 are not endangered either. It is clear that robust safeguards must be established in this regard. However, this is a feasible task for lawmakers. The Court has examined the compatibility of such legal frameworks with the Convention on numerous occasions and found the safeguards to be sufficient.

In light of the above considerations, it cannot be stated that Hungary has chosen the least restrictive measures, and no other means exist capable of achieving the same end. This results in the violation of my rights under Article 9.

Moreover, denying me even the possibility of refusing life-saving and life-sustaining treatments, while providing this possibility to other terminally ill patients, constitutes a breach of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 9. This is for the same reasons addressed under Article 8.

## Seneca

I would like to conclude with the thoughts of the ancient Roman philosopher Seneca, in the hope of starting a meaningful and serious public debate on this subject:

“Only a weak and idle man chooses death on account of pain, but only a fool lives for the sake of suffering.”

*The Court, granting my request for priority, will hold a public hearing on 28 November 2023. A press release from the Court can be [accessed here](#).*

*On 17 October, the government submitted its observations. The observations can be found [here](#).*

Christian Breitler, Lorin-Johannes Wagner

# Defusing an Atomic Bomb

doi: 10.17176/20231103-223607-0



The [sigh of relief](#) was audible throughout Europe. In Brussels and other European capitals, the victory of the opposition bloc in the Polish elections sparked hope that the imminent change in government would end the illiberal course of the past. Yet, one should be careful. Years of democratic backsliding have left lasting marks on Poland's political and legal landscape. Undoing this constitutional havoc will be a Herculean task and is bound to raise many legal questions. Still, the newly elected government is clearly committed to leading Poland back onto the path of democracy and the rule of law. Accordingly, a change of course is likewise expected from the institutions of the European Union. For one thing, the number of cases on rule of law infringements reaching the Court of Justice of the European Union (CJEU) will most likely decrease in the near future. Moreover, we may also expect an [end to the deadlock](#) regarding the funds from the Recovery and Resilience Facility reserved for Poland. Despite these promising signs, one pertinent institutional issue remains to be resolved: the still pending procedure against Poland under Art 7 TEU.

## The Constitutional Incompleteness of Deterrence

Art 7 TEU has often been depicted as a [nuclear option](#), to be drawn to ensure the Member States' commitment to the values of the Union (Art 2 TEU). However, like any good nuclear deterrent, Art 7 TEU was never really meant to be triggered. Accordingly, very little thought was devoted to the question of how the procedure would operate in practice. EU primary law only provides a general procedural framework, [leaving important practical aspects open](#). Two blank spots are particularly glaring: First, primary law is silent on how the hearings should be conducted. Second, and more importantly, we do not know from the Treaty text how a (pending) procedure under Art 7 TEU should and could come to an end. Yet, with the expected – and hoped for – Polish rule of law renaissance, the latter question will come to the fore rather sooner than later.

## Institutionalized Inaction - Article 7 TEU as a Forever Sleeping Beauty?

As is well known, the Commission eventually decided to [trigger](#) Art 7 para 1 TEU in 2017. However, the supposed nuclear option has turned out to be a dud rather than the explosive device many thought it to be. The Council has remained, save for holding a limited number of hearings, largely inactive – very much to the [dismay of the European Parliament](#). Now, a rather obvious and straightforward reaction to the wind of change in Poland could be to simply keep the proceedings under Art 7 para 1 TEU in their byzantine state of limbo – the Commission not asking the Council to proceed with any sort of hearing or decision-making and the Council following suit. This way, the nuclear option would turn into a forever sleeping beauty. However, this approach is problematic because Art 7 para 1 TEU, even as a sleeping beauty, is not as moribund as one would like it to be. It is important to [recall](#) that already the opening of the proceedings under Art 7 para 1 TEU produces certain legal effects. Most significantly in practice, the stated reasons of the proposal have particular weight in establishing whether or not the situation in a Member State amounts to a systemic rule of law deficit. Therefore, the existence of the stated reasons could undermine the presumption of mutual trust. The indicative attribution of a systemic deficit – even though it is only part and parcel of the broader assessment – is not simply cast aside by the fact that the process is dormant. Unlike infringement proceedings, which sometimes remain comfortably in the pre-litigation state for years or even decades, the procedure under Art 7 TEU cannot just enter into a state of hibernation. This seems all the more true when the facts on the ground have changed substantially. If the proceedings under Art 7 para 1 TEU are not ended, the mourned deficits seem to persist. Worryingly, this situation creates an environment of legal uncertainty (see also Opinion by AG Bobek, Case [C-650/18](#), Hungary v Parliament, para 100).

## A Controlled Detonation by the Council?

One way to provide legal certainty and formally close the proceedings would be for the Council to finally take action. If the Council were to vote on the Commission's pending proposal but not reach the necessary majority of four-fifths, that would be the end of the matter. After all, the Council's policy options under Art 7 para 1 TEU are limited to a binary choice: either, there is a clear risk of a serious breach of the EU's values, or there is none.

Such an abrupt ending of the procedure may be legally feasible. Yet, given the [mood music in Brussels](#) and the broader implications for the ongoing rule of law struggles in other Member States, there seems to be little inclination to go down this inconsequential route.

A more creative but also more demanding path would be for the Council to establish that a clear risk of a serious breach of the EU's values *existed*. With a little twist in the perspective – thereby obfuscating the binary decision-making structure – the Council could take a decision that, at the time of the Commission proposal and in light of the hearings thereafter, there *was* indeed a clear risk of a serious breach of EU values but that, as of now, it considers the matter settled. Undoubtedly, going this way would formally end the proceedings under Art 7 para 1 TEU, and even earn the Council some extra points for legal creativity. Nonetheless, it seems unlikely that the Council will pursue this avenue. First, the purpose of Art 7 para 1 TEU lies in prevention. Since the rule of law in Poland was already in decay when the Commission made its proposal, it was, in light of its wording, [debatable](#) from the very beginning whether Art 7 para 1 TEU was the right choice. Invoking Art 7 para 2 TEU might have been the more appropriate course of action. But to retroactively establish that there used to be a clear risk of breach of EU values would turn the preventive nature of Art 7 para 1 TEU on its head and most definitely go beyond what the Council may do on the basis of para 1. Second, and more relevant in practice, the Council would not only have to act by a four-fifths majority. It would also need the prior consent of the European Parliament, based on a two-thirds majority (Art 7 para 5 TEU, Art 354 TFEU). In light of the experience so far, it seems very unlikely that the Council and the European Parliament – with the former having done everything it could to thwart the position of the latter in the course of the proceedings – could establish a common understanding necessary for such a more crea-

tive detonation of Art 7 para 1 TEU.

## The Act of Un-Triggering: All Eyes on the Commission

Lastly, one option remains to close the proceedings under Art 7 para 1 TEU. The initiator of the procedure – the Commission, in the case of Poland – could set an act to the contrary (*actus contrarius*) and withdraw its original proposal. Given the Council's previous reluctance to take any significant action, it might not be too unhappy about a decision of the Commission to retract the initial proposal and end the proceedings under Art 7 para 1 TEU.

The critical issue in this – in our view – most likely scenario are the conditions and substantive requirements the Commission has to fulfil to perform such an *actus contrarius*. In accordance with Art 293 para 2 TFEU, “the Commission may alter its proposal at any time during the procedures leading to the adoption of a Union act.” It may also withdraw its proposal altogether. Yet, the right to withdraw a proposal is relative, as a withdrawal must “be supported by cogent evidence or arguments” (CJEU, Case C-409/13, Council v Commission, para. 76).

And here, the Commission might easily find itself between a rock and a hard place.

On the one hand, it is hardly conceivable that a change of government itself suffices as “cogent evidence or arguments.” Since the opening of the proceedings was preceded by the formulation of objective criteria laid down in the so-called “[rule of law mechanism](#)”, the closing of the proceedings should likewise be based on an objective assessment of the situation and a respective set of criteria which back up the argument that Poland is returning to the rule of law.

On the other hand, the Commission must also consider that imposing all too strict conditions for the closure of the proceedings might prove counterproductive. As reshaping the constitutional landscape in Poland will be [no mean feat](#) and inevitably take some time, it might prove frustrating for Poland to be confronted with all too harsh demands before the Commission decides to withdraw its initial proposal. Setting an all too high threshold might be politically detrimental.

Hence, when deciding upon the closing of the procedure under Art 7 para 1 TEU, the difficulty clearly lies in striking a balance between providing “cogent evidence and arguments” and taking due regard of the political realities on the ground. Following a clear strategy and avoiding the impression that the opening and closing of the

procedure is subject to political bargaining is all the more critical, given that [one other Member State](#) monitors the Commission's actions very closely.

### **Conclusion: The Complexity of Defusing**

Although there is a strong urge to do everything to finally end Poland's pariah status and bring it back into the fold,

a Union based on the rule of law must not relent on its values.

On the whole, defusing the nuclear option might thus prove more complex than triggering it.

Carna Pistan

# Why are illiberal monuments legally possible? Some insights from Bosnia and Herzegovina

doi: 10.17176/20231121-113433-0



After unveiling a monument to the genocide denier [Peter Handke](#) a few years ago, local authorities in Banja Luka – the largest city of Bosnia’s Serb-dominated Republika Srpska entity – are now building a massive monument to the soldiers of the Bosnian Serb Army (VRS) who died in the war of 1992–95. The monument is located right in the city center. [A video presentation](#) shows that it will consist of 62 pillars symbolizing the VRS soldiers and brigades. A yew tree will be positioned in the middle of the pillars to symbolize the homeland. The image is consequently one in which the soldiers (pillars) are gathered around Republika Srpska (homeland) to defend it with their bodies. Banja Luka’s mayor, Draško Stanivuković, [said](#) that the city had waited three decades for such a monument and underlined that it would become one of its symbols.

The memorial site in Banja Luka is not the first dedicated to the VRS. On the contrary, it follows the example of other towns and municipalities in the Serb-dominated areas. Together, they form an illiberal politics of remembrance developed by Bosnia, and especially Republika Srpska, since the end of the war in the 1990s. Notably, this memory politics is [marked](#) by the denial of war atrocities and the glorification of war criminals. The monument in Banja Luka commemorates military forces who committed war crimes, crimes against humanity, and genocide but completely disregards the victims of those crimes. Its ongoing construction shows that, almost thirty years after the conflict, there is a need to establish a new and comprehensive legal framework for memorialization in Bosnia. In essence, memorialization should be aligned with human rights and enable the development of a democratic culture. To achieve this twofold goal, constitutional and legislative reforms are needed.

## A constitutionally precluded reconciliation

The Bosnian Constitution is an important, albeit indirect, source that legitimizes the controversial memorialization

initiatives. Adopted as Annex 4 of the U.S.-brokered Dayton Peace Accords, which ended the war in 1995, it distinguishes between three “constituent peoples” – Bosniaks, Croats, and Serbs. The members of ethnic minorities and persons who do not declare affiliation with any particular group are called “others.”

This way, the Bosnian Constitution justifies and perpetuates regimes of divisions and precludes reconciliation. This is because reconciliation is only possible if a “we” figures as the basis of a new political order and if this “we” is as inclusive as possible. Yet, Bosnia’s exceptional constitutional arrangement as a state of two autonomous entities – the abovementioned Serb-majority Republika Srpska and the Bosniak-Croat Federation (itself composed of 10 cantons), the borders of which are drawn along ethnic lines – precludes the possibility of being non-ethnic. It basically condemns the members of society to live within their segregated identities. Worryingly, divided societies produce divided memories along ethnic lines.

Monuments play a central role in reinforcing these constitutionally prescribed divisions. They set in stone three conflicting “[constituent memories](#)” about the war and its causes based on ethno-nationalist interpretations of the past. Each ethnic group sees itself as a victim of historical injustices and perceives the conflict of the 1990s as a defensive liberation war. Overall and across the country, three types of illiberal monuments exist.

### *Monuments paying tribute to soldiers*

[Estimates](#) say that more than 2,100 war memorials have been built in Bosnia since the end of the conflict in the 1990s and that more than 2 million euros have been spent on them from 2016 to 2020. The main issue with these memorial sites is that they pay tribute to the military forces of the dominant ethnic group present in the local area in which the monument is built.



In Republika Srpska, memorials dedicated to the VRS are often positioned near sites of atrocities. For instance, this is the case with the Serb nationalist three-finger salute monument near Zvornik, which was [unveiled](#) in 2017 proximate to a site of mass executions of Bosniaks. Frequently, these monuments honor convicted war criminals. Examples include a [plaque](#) to the wartime Bosnian Serb president Radovan Karadžić placed on the entrance of the student dormitory in Pale in 2016 (but later removed), two memorial sites for the former Bosnian Serb Army commander Ratko Mladić, the first a 3.5-meter-high [monument](#) in his hometown Kalinovik, the second a [plaque](#) in his honor near Sarajevo.

Yet, not just the Serb-dominated entity pays tribute to military formations. In the Federation, most monuments are dedicated to the Army of Bosnia and Herzegovina (ARBiH) or the Croatian Defense Council (HVO), depending on whether Bosniaks or Croats are the ethnic majority in the respective region. In 2012, a [lily monument](#) dedicated to the ARBiH was built in the ethnically divided city of Mostar. It was placed next to the monument commemorating the HVO soldiers. Yet, in 2013, the lily monument was bombed to erase the Bosniaks' war narrative.

#### *Non-existent monuments*

By contrast, numerous atrocities completely go without mentioning, and the victims are not commemorated in any sense. Examples of this silence include the former concentration camps in Republika Srpska (such as Omarska and Trnopolje) where thousands of non-Serbs were subject to abusive and inhumane conditions; the [Višegrad massacres](#), including the daily mass executions of local Bosniaks on the Drina bridge; the burning of women, children and the elderly in the Pionirska Street and Bikavac houses while they were still alive; the murder and rape of women in hotel Vilina Vlas. Shockingly, [Vilina Vlas](#) has even been turned into a hotel yet again, and in Trnopolje, a memorial honoring the VRS was erected near the camp buildings.

Recently, media have reported that the site of the former [Heliodrom detention camp](#) in Mostar will soon become a military museum honoring the HVO soldiers who detained and tortured 10,000 non-Croat civilians during the war. The victims of torture and violence go completely unmentioned.

Painfully, the aim pursued with these unmarked sites of atrocities seems to be the erasure of all memory of the victims. Forgetting is as significant as remembering, and celebrating the perpetrators and their crimes becomes a virtue on its own.

#### *Monuments without memory*

On September 21, 2020 – a date that coincided with the International Day of Peace – a new monument was unveiled in Srebrenica. It features two hands raising a globe with four children standing hand in hand on the top. Srebrenica's mayor, Mladen Grujičić, [said](#) that this is a neutral monument with no direct link to the victims of the past war. It does not commemorate anything but wants to send a message of peace. This is particularly cynical since Grujičić is a noted [genocide denier](#), and the monument has been placed exactly where the convicted war criminal Ratko Mladić ordered genocide in July 1995. To recall: More than 8,000 Bosniak men and boys were killed in and around Srebrenica by the VRS towards the end of the war. This massacre has been [adjudicated](#) as a crime of genocide by two international courts. Still, the "Peace" monument, which is located only 7 km away from the Srebrenica-Potočari Memorial and Cemetery complex – the resting place for the genocide victims – excludes the memory of those who suffered and commemorates those who ordered violence.

### **How is this possible? The issue of fragmented legislation**

At the state level, there is a lack of comprehensive legislation regulating memorialization more generally and the construction of monuments in particular. Against this backdrop and in view of the regimes of division created by the Constitution, the construction of illiberal monuments has flourished. Here are some examples of the patchy legal framework: The [2004 Law on Missing Persons](#) only states that families of missing persons or their associations may request the authorities to mark locations of burials and exhumation (individual or joint), regardless of the number of victims. Further, it establishes that memorial plaques should be financed from a fund supporting the families of missing persons (yet the fund has never been established). In addition, [Annex VIII of the Dayton Peace Accords](#) sets up a Commission to Preserve National Monuments. This Commission has the power to issue

decisions on the designation of movable and immovable properties as national monuments if the respective properties are of great importance to a group of people with common cultural, historical, religious, or ethnic heritage. The Commission may consider Bosnian history until 1960. By contrast, monuments created after that year can only be taken into consideration if they are of special artistic value. The [2002 Criteria for School Names and Symbols](#) further establishes that the eligible school symbols may be war memorial plaques, but, in this case, they must not contain interpretations and qualifications of the war or offensive and unacceptable messages. Despite this, numerous schools have ethnically exclusionary names and symbols.

At the level of the entities, the cantons of the Federation, and the Brčko District (since 2000, the Brčko District has been a separate district where the three constituent peoples share power), the issue of memorialization and monument construction has been regulated in more detail. In Republika Srpska, the [2011 Law on Monuments and Memorials to Liberation Wars](#) contains ethnonationalist elements. According to this Law, acceptable memorials are only those dedicated to the Serb and Montenegrin armies up to 1918, the WWII anti-fascist struggle, and the homeland war for Republika Srpska. These three wars are equated under the term “liberation war.” This way, any Bosnian Serb involvement in or responsibility for the crimes committed in the 1990s is denied.

While the Federation, by contrast, does not have any laws regulating monuments, some cantons have adopted heritage laws addressing the issue of memorialization. However, in cantons without any proper heritage laws on their own, the [1985 Law on the Protection and Preservation of the Cultural, Historical, and Natural Heritage](#) (amended in 1987, 1993, and 1994) continues to apply. Yet, in view of the date of its passing and amendments, said Law does not regulate the construction of monuments related to the 1992–1995 war.

Overall, in most cases, the existing legislation at the level of entities and cantons establishes that the local authorities are responsible for issuing the necessary permits to erect monuments. This way, only the majority ethnic group in the local area is in a position to initiate the construction of war memorials. Consequently, there is [systemic discrimination](#) against monuments dedicated to minority ethnic groups. This is mainly because the construction permits requested by ethnic minorities

are often rejected with reference to the lack of state-level legislation regulating these cases. A slight exception to this rule is the [2003 Law on Monuments and Symbols](#) in the Brčko District, which establishes that only those monuments “based on the equality of all constituent peoples” may be erected in public spaces. However, as a – rather problematic – result, three large monuments dedicated to all three former warring armies have been established in the city center in relative proximity. These monuments profess mutually irreconcilable views about the 1990s war.

## What is to be done?

In a democratic society, different narratives about past violence coexist. Yet, this situation should never lead to the denial of war atrocities and the celebration of those who perpetrated them. Still, in Bosnia, memorialization processes glorify war criminals and exclude ethnic minorities. Further, since sites of atrocities are not acknowledged intentionally, victims get humiliated, and perverse interpretations of the past arise. In these interpretations, the perpetrators of atrocities take the center stage, and those who suffered violence are neglected. This very fact is not only inconsistent with liberal democracy, it also violates the state’s international obligations. In addition, the current legal state in Bosnia harbors the risk of triggering a new wave of cultural violence.

It is beyond any doubt: Monuments should be a warning sign not to repeat the crimes of the past. They should serve to remember the victims, not the perpetrators. Therefore, Bosnia should – without any further delay – adopt state-level legislation on memorialization that clearly defines standards and criteria for monument construction. Further, the debate on constitutional reforms should be reopened. The latter would make it possible to lead the country from a divisive past to a common future. Implementing memorialization that supports the culture of democracy and human rights is an [obligation](#) that flows from both primary and secondary sources of international human rights law, such as the [Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance](#), the [Durban Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance](#), the [Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Actions to Combat Impunity](#), and the [Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross](#)

Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. According to the UN regulatory framework, memorialization should respect the right to truth and reparation and the guarantees of non-recurrence. Further, victims of violence should play a central role. Following the above guidance and complying with existing obligations is crucial in societies that have suffered serious violations of inter-

national humanitarian and human rights law.

*This publication is part of the project We-R (Illusions of eternity: the Constitution as a lieu de mémoire and the problem of collective remembrance in the Western Balkans) that has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 898966.*

Sotiris Mitralaxis

# An Unholy Relic in the Greek Constitution? On the Peculiar Obsolescence of Article 3 para. 3



doi: 10.17176/20231123-213859-0

## “Thou Shall Not Translate” - A bizarre constitutional provision

On a constant basis, church-state relations are a prominent topic in the Greek news. Currently, the [new leader of the main opposition party](#) repeatedly emphasizes that he strives to advance “church-state separation.” As far as the *desiderata* for constitutional reform are concerned, relevant discussions usually centre on [Article 3 para. 1](#) of the Greek Constitution (cited as “Article 3,” but usually referring particularly to Article 3 para. 1), which defines the Orthodox Church as “the prevailing religion in Greece”. Often, yet to a lesser extent, debates focus on [Article 16 para. 2](#), which lists “the development of [...] religious consciousness” as one of the goals of school education. Still rarer, the debates cite [Article 105](#) dealing with the monastic communities of Mount Athos. Surprisingly, [Article 3 para. 3](#) of the Greek Constitution is barely ever brought up in the debates. Yet, precisely this paragraph could – rather uncontroversially – be labelled as utterly peculiar and, above that, obsolete.

## The 20<sup>th</sup>-century historical background: Translating in the vernacular might cost lives

In its current iteration (within the [2019 Constitution](#)), Article 3 para. 3 states:

“The text of the Holy Scripture shall be maintained unaltered. Official translation of the text into any other form of language, without prior sanction by the Autocephalous Church of Greece and the Great Church of Christ in Constantinople, is prohibited.”

At first glance, it seems surprising that the constitution regulates the “form of language” of a religious community’s scripture. Yet, there is a specific historical background to this provision, which dates

back to the 1901 *Evangelika* (Ευαγγελικά, or *Evangelika*, Ευαγγελικά) events in Athens. Back then, Athens experienced a significant social upheaval due to the translation of the Bible into modern Greek. Controversially, a translation of the New Testament’s four gospels into “**demotic**” Greek – the everyday vernacular, rather than the original *Koine* Greek or the official *Katharevousa* dialect of the day – was published as a series in the *Acropolis* newspaper. This led to fierce criticism from conservative factions and ecclesiastical authorities. The situation escalated when about 500 students protested violently: The offices of the newspaper *Acropolis* were ransacked, the *Acropolis* newspaper issues with the translated – or paraphrased – gospels were burned. Prime Minister Georgios Theotokis ordered an armed intervention that caused several human injuries, casualties, and police arrests. At the end of the unrest, both Prime Minister Theotokis and the Metropolitan of Athens, Procopius, resigned (for studies and reflections on these events, see indicatively: [Kaiafa 2005](#); for eyewitness testimonies, see: [Sotiropoulou, Matlis, and Leontaritis 1902](#)).

Crucially and critically, after the unrest, the protestors’ demands for banning all unauthorized translations/paraphrasings of the Bible were codified in the [Greek Constitution of 1911](#).

## Constitutional revisions – and a cunning “official” addition to Article 3 para. 3

Although I do not want to delve much deeper into the historical events in question, it is worth to shed some light on how the constitutional provision evolved over time. For this purpose, I disclose a curious internal “short-circuiting” of the Greek Constitution that, in my opinion, emphasizes the differences between earlier constitutional iterations and the current version (indicated in **bold**).

When the aforementioned provision was introduced in the [1911 Greek Constitution](#), Article 2 para. 2 read as

follows:

“The text of the Holy Scriptures shall be maintained unaltered. The **rendering** thereof in any other form of [Greek] language, without prior sanction by the Great Church of Christ in Constantinople, is **absolutely** prohibited.”

Article 2 para. 2 of the [1952 Constitution](#) incorporated only slight changes. It included the Autocephalous Church of Greece next to the Ecumenical Patriarchate as the ones being authorized to sanction translations:

“The text of the Holy Scriptures shall be maintained unaltered. The **rendering** thereof in any other form of [Greek] language, without prior sanction by the **Autocephalous Church of Greece** and the Great Church of Christ in Constantinople, is **absolutely** prohibited.”

The crucial yet seemingly subtle change in this development came with Article 3 para. 3 of the [1975 Constitution](#). This version, which basically remained unchanged up to this day, was enacted mere months before the government resolution of the [Greek language question](#) and the elevation of Demotic Greek, the vernacular, to Greece’s official language in January 1976. Article 3 para. 3 of the 1975 Constitution reads as follows:

“The text of the Holy Scripture shall be maintained unaltered. The **official translation** thereof in any other form of [Greek] language, without prior sanction by the Autocephalous Church of Greece and the Great Church of Christ in Constantinople, is prohibited.”

The crucial change with regard to prior versions does not lie in the abolition of an “absolute” (ἀπολύτως) prohibition in favour of a “mere” prohibition. Equally, neither the change from “rendering” to “translation” (ἀπόδοσις, μετάφρασις) nor the reference to “Scripture” instead of the plural “Scriptures” in prior versions is essential. Rather, the decisive normative difference lies in the fact that the Constitution now refers to an “official” – hence qualified – translation (ἐπίσημος μετάφρασις in 1975’s *Katharevousa*, today ἐπίσημη μετάφραση). In short, only the “official” translation of the Holy Scripture is regulated by the Constitution, not its translation(s) at large.

## “It is official only when it is official” - or how to circumvent a constitutional provision

Now, what makes a translation an “official” translation, given that it is the Holy Scripture that is at issue? Presumably, there are two possibilities: *Either* (i) official church bodies (in our case, the Autocephalous Church of Greece and the Great Church of Christ in Constantinople, also called the Ecumenical Patriarchate) declare a specific translation as “official.” In this case, the official nature of a scriptural translation would be an intra-religious matter, even if the Constitution proposes to regulate it. *Or* (ii) the declaration as an “official” translation comes from the Greek state itself, rather than church bodies. The latter would be the case if one (somewhat perplexingly) approached the whole matter as a state issue. I will address both interpretive options.

Following possibility (i), I argue that the current, post-1975 iteration of Article 3 para. 3 of the Greek Constitution is a *short-circuited* constitutional provision. It cancels itself. In essence, it is tautological since it lacks any normative guidance and is void of descriptive or historical potency. This is because,

- if a *mere* “translation” of the Holy Scripture into any “other form of [Greek] language” is *not* prohibited after 1975;
- but an “official translation” thereof is prohibited; and
- if the sanctioning by appropriate church bodies – as an intra-religious matter – makes a translation “official”, and actually the sole permitted “official” translation,

then a constitutional provision declaring that “only official translations are indeed official” (whereas non-official translations are permitted as long as they are not flagged as official) would seem to lack a *raison d’être* or at least any normative function. It is not even descriptive in any meaningful sense. Since the definition of a translation as “official” (by virtue of it having been sanctioned by appropriate church bodies) has no impact whatsoever on “unofficial” translations – that is, *any possible* translation by *anybody* – and effects no actual difference or prohibition, such a definition would arguably be more akin to dictionaries or trivia cards than to constitutions.

Alternatively speculating, in line with possibility (ii), that it is the Greek state that renders a translation “offici-



al” and that this is the reason for the post-1975 iteration of Article 3 para. 3, also leads to an impasse as the very article explicitly rules otherwise, defining that it is *church bodies* rather than the state that render a translation “official”, without any involvement of the state in the process. Hence, we end up with a constitutional paragraph that is void of any meaning and thus obsolete.

Potential commentators sporting a conspiratorial quality of disposition might quip that this “short-circuiting” of Article 3 para. 3 in the 1975 Constitution might have been an intentional act by the constitutional legislator. By discreetly inserting the word “official” [translation], the normative value of Article 3 para. 3 was cancelled. There was thus no need to wholly dispose of the paragraph – and risk a public brouhaha in doing so. Assuming that constitutional revisions are not random, it seems there was a plan behind this manoeuvre. Yet, this constitutional change constitutes suboptimal practice. Furthermore, it would be challenging to argue that Article 3 para. 3 of the Greek Constitution retains merely *historical* significance as a subtle reminder of the 1901 *Evangelika* affair, precisely because such a reminder would be *unwanted*. Arguably, the last thing the Greek constitutional legislator would desire after the 1976 resolution of the Greek language question would be to retain an implicit constitutional reminder of Greece’s *diglossia* woes “for historical reasons” – and solely in Article 3 on “Church-State Relations”, of all places.. It should be borne in mind that the Greek language question was only conclusively resolved in 1976 and that Article 3 para. 3 heralds from a time long before this resolution. Still, it is surprising that, since 1975, four waves of constitutional revisions (1986, 2001, 2008, 2019) left Article 3 para. 3 untouched – despite its short-circuited, self-cancelled nature.

To recapitulate and conclude: The predecessors of

the current Article 3 para 3 of the Greek Constitution emerged as a response to the violent 1901 *Evangelika* affair. The conflation of the controversies on the Greek language question with the issue of authoritative translations of the Holy Scripture had produced violent uprisings. Thus, *prima facie*, the provision under scrutiny here concerns Church-State relations and is explicitly labeled as such (by virtue of its inclusion under Article 3). Yet, in essence, the whole issue is more – and intrinsically – related to Greece’s (now obsolete) *diglossia*. After the seemingly subtle revision of “translation” (or “rendition”) to “official translation” in the 1975 Constitution and ensuing versions, which led to the short-circuiting and self-cancellation of Article 3 para. 3, the paragraph was stripped of any normative and descriptive value. Even its historical value may be questioned. Since constitutions should not become repositories for provisions devoid of content or shelves for obsolete historical artefacts, the continued inclusion of Article 3 para. 3 in the Greek Constitution is problematic. Therefore, in future constitutional revisions, Article 3 para. 3 should be abolished, and the constitutional text hence “tidied up.” Curiously, no one involved in the Greek church-state separation discourse formulates this as an explicit *desideratum*.

*Addendum: Abolishing Article 3 para. 1 on Greece’s “prevailing religion” is widely considered the Holy Grail of constitutional reform on church-state relations. However, constitutionalist and long-time centre-left minister Evangelos Venizelos has persuasively argued that, in practice, Article 3 favours Greece’s Orthodox Church little more than Article 13 on religious freedom. In fact, Article 13 would perfectly suffice for consolidating the Orthodox Church’s prerogative and influence even after an eventual, hypothetical abolition of Article 3. Yet, this would be a topic for a different Verfassungsblog discussion.*

Niels Graaf

# Dutch Rule of Law Alert

Why Dutch Constitutional Culture Is not Prepared for Geert Wilders' Shock Electoral Win

doi: 10.17176/20231128-213846-0



It is never a good sign when Viktor Orbán celebrates the election results of another country. Last Wednesday was one of those days. On X, formerly Twitter, Orbán stressed: 'The winds of change are here! Congratulations to Geert Wilders on winning the Dutch elections!'. It became even worse: Russian State TV joined the party and applauded Wilders' victory.

For the first time in the history of Dutch politics, a far-right party became by far the biggest party in the Dutch parliament. Geert Wilders' Freedom Party (PVV), infamously known for undermining the judiciary and advocating for a Nexit, a ban on the Quran, closing Islamic schools and taking away voting rights for people with dual citizenship, won 37 out of the 150 seats. In the Dutch proportional electoral system, that equates to almost 25 per cent of the votes. It is bad news in many respects, and even more, because the Dutch constitutional system knows a lack of formal rule of law safeguards. In contrast to countries such as Italy or Germany, the Dutch constitutional system is not prepared for a democratic move to the anti-liberal far right.

## A Broad European Shift towards Illiberalism

How did this enormous victory for the far right happen in a country that proclaims tolerance as its national virtue? Short answer: when virtue became vice – or, ironically put, because it became too tolerant. This tolerance of the extreme right became especially apparent in the way the centre-right VVD, the Dutch ruling party, treated Wilders in the weeks before the elections. After years of maintaining a 'cordon sanitaire', a 'Brandmauer,' between themselves and Wilders' Freedom party, they publicly made clear that the PVV was an acceptable coalition partner. This (desperate) attempt to attract right-wing voters proved to be a capital mistake. As political scientist Joost van Spanje already observed: Dutch voters interpreted this message in the sense that a vote on the PVV was now socially acceptable. Lifting the cordon sanitaire, in combination with Wilders softening his tone on subjects

such as the EU and Islam, resulted in the political earthquake Orbán & friends now applaud.

Yet, this is not the complete picture. If we add the seats of other extreme right-wing parties (yes, there are more) – such as Thierry Baudet's Forum for Democracy – to Wilders' victory, a shocking image appears: almost 30 per cent of the votes went to political parties that undermine the rule of law. This huge and unprecedented victory of the far right means that the Netherlands follows suit with a broad European shift to parties against liberal democracy – visible from Italy to Sweden.

How dangerous is this? Quite. While there is a rich tradition of thinking about militant democracy dating back to the 1930s, the constitutional system is largely built on informal norms. The lack of formal rule of law safeguards used to be a theoretical problem. Yet, the enormous and unexpected victory of the Dutch extreme right shows that it is naive to think that an illiberal turn would never happen in the Dutch consensus oriented democracy built around compromise and toleration of political, cultural and religious differences among citizens. To put it differently: since last Wednesday, the Netherlands (and the EU) cannot solely rely on the strength of Dutch 'constitutional consensus culture' anymore. Whatever the outcome of coalition negotiations, and while it is true that Wilders & friends still have to cooperate with moderate parties in order to form a government, this is the time to seriously think about including some new formal rule of law safeguards in the Netherlands.

## Better Safe than Sorry

Where to begin? At least two flaws in the Dutch constitutional system deserve our immediate attention. First, the Dutch constitution neither knows an *Ewigheidsklausel* nor a constitutional court. Much to the contrary, a ban on constitutional review even exists. Article 120 of the Dutch Constitution states that 'the courts shall not review the constitutionality of acts of parliament and treaties'. Behind the ban on the constitutional review of legislation is

a constitutional ideology grounded on the idea that the Dutch Parliament functions as a constitutional assembly that democratically reviews the constitutionality of its own legislation. In other words, only the Dutch Parliament decides whether legislation contains a conflict with the Constitution.

This idea of parliamentarians' role as constitutional guardians used to work in the past. But what happens when Wilders & friends manage to find enough votes for legislation that goes against the constitution? Luckily, Dutch courts are allowed to review acts of Parliament regarding their compliance with directly applicable provisions of international treaties such as the ECHR. However, this is not a one-on-one replacement for constitutional review. As already stressed by [Ingrid Leijten](#): Dutch courts are not always able to ensure effective protection of ECHR rights. Yet, it is perhaps even more troubling that all of the above might not even matter since Wilders does not see a problem in ignoring court rulings. A few months ago, he commented on such a violation of the *trias politica*: 'That is doable, we should just try it.' Such a 'try' would possibly mean that both Dutch and European courts could no longer defend marginalised groups in the Dutch political process. A worrisome scenario.

This brings us to a second constitutional bug: Dutch judicial independence is poorly defended. Already in 2018, Geert Corstens, former president of the Supreme Court, rang the alarm bells about this issue. In [Dutch daily newspaper NRC](#), he stated: 'I have been asked the question whether the independence of judges in the Netherlands is better protected by law than in Poland. The answer to the question could not be outright affirmative. There are all kinds of informal safeguards, but it is precisely these that are easily set aside when the tide turns.'

A case in point is the fragile way in which the Dutch Supreme Court selects its own judges. The procedure at the moment is as follows: First, the Dutch Supreme Court recommends six candidates to the Dutch parliament. Based on this list, parliament selects three candidates. The minister, then, appoints the number one on this list (but

can theoretically choose from among the three candidates). In today's constitutional culture, an informal norm exists that the recommendation of the Dutch Supreme Court is followed. In practice, this implies that the number one candidate brought up by the Dutch Supreme Court is appointed.

Yet, if the Dutch parliament wants to exercise more influence over the composition of the Supreme Court, there is no formal safeguard to prevent such. It can simply set aside the Supreme Court's recommendation. Unfortunately, following the huge victory of the extreme right, this is not a theoretical scenario anymore. In [the past](#), Wilders already challenged two appointments in the Supreme Court.

Just a month ago, the Venice Commission and Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe concluded the following about the functioning of informal safeguards entrenched in Dutch constitutional culture and practice:

'The existence of such norms accepted by all institutions is evidence of a strong culture for the rule of law in the Netherlands. However, informal norms should not substitute formal safeguards altogether.'

These words were spot on. The report finished with the following sentence:

'In this opinion, the Venice Commission and DGI provide the Dutch authorities with proposals and advice concerning rule of law safeguards which should be integrated in the legislation mostly as a preventive measure to protect it against possible political threats to the independence of the institutions examined in the opinion, which may arise in the future if the current political, societal and legal culture happened to change'.

Sadly, since last Wednesday, this future is now.

Gertrude Lübke-Wolff

# Einseitig besetzte Gerichte

Ein Problem der Unparteilichkeit – nicht nur in Polen

doi: 10.17176/20231204-141103-0



In Polen ist die am 15. Oktober gewählte neue Parlamentsmehrheit nicht nur mit einem von der PiS ins Amt gebrachten Staatspräsidenten konfrontiert, der ihr das Leben schwer machen kann, sondern auch mit einem Verfassungsgericht, das inzwischen von lauter unter der Ägide der PiS gewählten Richtern besetzt ist. Jede Bemühung, in der polnischen Justiz wieder rechtsstaatliche Verhältnisse herzustellen, muss mit Widerständen dieser beiden Veto-Player rechnen. Die Schwierigkeiten rechtsstaatlicher Bewältigung der Rechtsstaatswidrigkeiten, die sich seit 2010 in der polnischen Justiz und speziell auch beim polnischen Verfassungsgerichtshof aufgetürmt haben (zu diesen Schwierigkeiten u.a. [hier](#), S. 227 ff., und [hier](#)), lenken den Blick auf ein zugrundeliegendes Kernproblem, das nicht nur in Polen zu besichtigen ist, und auch sonst nicht nur in Staaten, die von wirklich demokratischen und rechtsstaatlichen Verhältnissen noch oder wieder weit entfernt sind: Das Problem politisch einseitig besetzter Verfassungsgerichte. Es handelt sich um ein wenig beachtetes, aber sehr ernstes Problem – solange die politischen und regulatorischen Verhältnisse andauern, auf denen die einseitige Besetzung beruht, und, wie jetzt der polnische Fall deutlich macht, auch noch dann, wenn die politischen Verhältnisse sich ändern.

## Individuelle und systemische Unparteilichkeit

Dieses Problem wird, wenn überhaupt, regelmäßig in begrifflich unsauberer Aufhängung diskutiert, nämlich als Problem der richterlichen Unabhängigkeit (dazu noch unten). Das führt häufig dazu, dass die Besetzung von Verfassungsgerichten durch das Parlament und andere politische Verfassungsorgane überhaupt im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Richter kritisch betrachtet wird. Die Richterbestellung durch politische Organe erzeugt aber, wie sich an vielen Höchstgerichten weltweit beobachten lässt, keineswegs notwendigerweise Abhängigkeiten. Ein Problem entsteht nicht ohne weiteres durch

politische, sondern durch *politisch einseitige* Besetzung, und dieses Problem ist nicht – und wenn doch, dann nicht der politischen Besetzung oder ihrer Einseitigkeit wegen – ein Problem der Unabhängigkeit. Was dem politisch einseitig besetzten Gericht *per se* fehlt, ist die *strukturelle* oder *systemische* Unparteilichkeit. Hier geht es nicht um besondere Voreingenommenheiten individueller Richterpersönlichkeiten, die eine Befangenheit begründen würden, also um die individuelle Unparteilichkeit der einzelnen Richter, sondern darum, dass dem Spruchkörper als Ganzem die Ausgewogenheit fehlt, die nötig ist, damit Werthaltungen, Vormeinungen, dadurch bedingte selektive Aufmerksamkeiten usf., wie sie jeder einzelne Richter mitbringt, sich nicht kraft numerischen Übergewichts oder gar gänzlicher Konkurrenzlosigkeit zu einer Rechtsprechung fügen, die in vorhersehbarer Weise stets oder weit überwiegend zugunsten oder zulasten bestimmter Seiten des politischen Spektrums ausschlägt.

Dass ein Gericht, dem die systemische Unparteilichkeit fehlt, *außerdem* auch noch mit Richtern bestückt sein kann, die individuell parteilich sind und nicht die von unabhängigen Richtern zu erwartende Distanz zu den Organen der Politik pflegen, und dass dies beim polnischen Verfassungsgericht zumindest teilweise der Fall war und ist,<sup>1</sup> steht auf einem anderen Blatt und ändert nichts daran, dass diese Defizite zunächst einmal voneinander zu unterscheiden sind. Zwar gibt es Zusammenhänge: Abhängigkeit beeinträchtigt stets zugleich die Unparteilichkeit (so zutreffend das Consultative Council of European Judges, [hier](#) S. 4 f.). Umgekehrt können aber vollkommen unabhängige Richter nichtsdestoweniger individuell parteilich sein, und einem vollkommen unabhängigen Spruchkörper kann aufgrund seiner unausgewogenen Zusammensetzung die systemische Unparteilichkeit fehlen.

<sup>1</sup>S. z.B. zum Gebaren der amtierenden Gerichtspräsidentin Julia Przyłębska Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, S. S. 67 ff.; Ploszka, [hier](#), S. 54 f.

## Unabhängigkeit und Unparteilichkeit - abstrakte Bestimmungen in der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR

In der Rechtsprechung der europäischen Gerichte wird systemische Unparteilichkeit bislang nicht explizit als solche und als Verstoß gegen das Unparteilichkeitsgebot der EMRK bzw. der Europäischen Verträge identifiziert.

Der EuGH unterscheidet hinsichtlich der richterlichen *Unabhängigkeit* die beiden Aspekte des Außen- und Innenverhältnisses und behandelt die Unparteilichkeit als den das Innenverhältnis betreffenden Aspekt der Unabhängigkeit. Dieser beziehe sich „darauf ..., dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird. Dieser Aspekt verlangt, dass Sachlichkeit obwaltet und neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht“.<sup>2</sup> Abgesehen von der wenig glücklichen Gegenüberstellung von Außen- und Innenverhältnis – schließlich geht es auch bei der Unparteilichkeit um das Verhältnis zu Außenstehenden und um deren Wahrnehmung des Gerichts – ist auch die Behandlung der Unparteilichkeit als ein „Aspekt“ der Unabhängigkeit nicht erkenntnisförderlich, weil sie den dargestellten – einseitigen – Zusammenhang zwischen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht erhellt und die Möglichkeit einer trotz voller Unabhängigkeit bestehenden Parteilichkeit ganz verdunkelt, indem sie sie *per definitionem* ausschließt (wenn Unparteilichkeit ein „Aspekt“, also ein Element oder Unterfall, der Unabhängigkeit sein soll, beeinträchtigt ja Parteilichkeit zwangsläufig auch die Unabhängigkeit, und umgekehrt impliziert die Feststellung einer so verstandenen Unabhängigkeit, dass auch Parteilichkeit nicht vorliegt). Dass systemische Unparteilichkeit unter die zitierte abstrakte Umschreibung des Begriffs der Unparteilichkeit fällt, ist zwar nicht ausgemacht. Die weitere Erläuterung, wonach „die Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit“ voraussetzen, „dass es Regeln“ unter anderem „für die Zusammensetzung der Einrichtung ... gibt, die es ermöglichen, bei den Einzelnen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfindlichkeit dieser Einrichtung für

äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen“<sup>3</sup>. Der EuGH hat die zitierte Erläuterung zwar bislang, obwohl dafür durchaus Anlässe bestanden hätten, nicht explizit auf das Problem der systemischen Unparteilichkeit hin konkretisiert, so dass man meinen könnte, er habe sie jedenfalls nicht mit Absicht auch auf die systemische Unparteilichkeit gemünzt. Trotzdem liegt es nahe, sie auch darauf zu beziehen. Dass etwa ein ausschließlich mit Exponenten einer bestimmten politischen Richtung besetztes Verfassungsgericht „berechtigte Zweifel“ an dessen „Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen“ auszulösen geeignet ist, lässt sich ja wohl kaum bestreiten.

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist die von Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Unparteilichkeit anhand eines subjektiven und eines objektiven Tests zu bestimmen, wobei der subjektive die Frage der Voreingenommenheit eines bestimmten Richters in einem gegebenen Fall betrifft, während der objektive darauf zielt, festzustellen, ob das Gericht selbst und unter anderem dessen Zusammensetzung hinreichende Garantien bieten, um jeden berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit auszuschließen.<sup>4</sup> Zugleich gibt es aber zum sogenannten objektiven Test Erläuterungen, denen zufolge es dabei um objektive Fakten gehen soll, die Zweifel an der Unparteilichkeit eines *individuellen* Richters wecken, wobei dieser Test meist hierarchische Verbindungen zwischen dem Richter und anderen Protagonisten des Verfahrens betreffe.<sup>5</sup> Bei aller Unzulänglichkeit dieser begrifflichen Klärungsversuche wird man doch die explizite Aussage, dass für die Frage der Unparteilichkeit unter anderem die Zusammensetzung des Gerichts relevant ist, ernst nehmen dürfen.

An klaren, imperativen Standards für das insoweit Geforderte fehlt es allerdings in der Rechtsprechung beider Gerichtshöfe, und das ist kein Zufall.

### Vorkehrungen gegen systemisch parteiliche Besetzungen

Ein striktes und ausreichend konkretisiertes Postulat, dass Gerichte strukturell unparteilich im oben erläuterten

<sup>2</sup>Zum Ganzen hier EuGH, Urt. v. 19.11.2019, Rs. C-585/18 u.a., Rn. 121 ff. (zitierte Passage aus Rn. 122); s. auch Urt. v. 29.3.2022, Rs C-132/20, Rn. 95, m.w.N.

<sup>3</sup>EuGH, Urt. v. 19.11.2019, Rs. C-585/18 u.a. Rn. 123; Urt. v. 29.3.2022, Rs C-132/20, Rn. 119, jew. m.w.N.

<sup>4</sup>S. zuletzt EGMR, Urt. v. 7.9.2023, Nr. 43627/16 und 71667/16, Rn 56, m.w.N.).

<sup>5</sup>EGMR (Fn. 4), Rn. 59 f., m.w.N.



ten Sinne sein müssen, existiert im internationalen und supranationalen Recht schon deshalb nicht, weil es an entsprechenden institutionellen Ausprägungen auf der nationalen Ebene in den meisten Staaten, und auch in einem großen Teil der demokratischen Rechtsstaaten, fehlt. Es gehört zu den Problemen vieler Verfassungsgerichte – weltweit, auch in Europa, und auch in der EU –, und zu den Ursachen nicht seltener Dysfunktionen und politischer Konflikte um die Verfassungsgerichtsbarkeit, dass selbst gegen politisch grob einseitige Besetzungen oft keine oder keine verlässlichen Vorkehrungen getroffen sind. Zwar findet man neben gänzlich abwesenden Pluralitätssicherungen auch verschiedene Formen des Versuchs, auf eine gewisse politische Pluralität in der Gerichtsbesetzung hinzuwirken. In etlichen davon kann man einen Ausdruck normativer Überzeugungen sehen; zumindest den Ausdruck der Überzeugung, dass gänzliche parteipolitische oder sonstige ideologische Homogenität nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Aber all diese Vorkehrungen wirken nur begrenzt und nur unter bestimmten, nicht notwendigerweise permanent gegebenen, in der Praxis oft tatsächlich nicht vorliegenden Voraussetzungen.

Begrenzungen der Richteramtszeit verbessern die Aussicht auf Vermeidung langanhaltend einseitiger Gerichtsbesetzungen dadurch, dass die auswahlzuständigen politischen Organe, die ihrerseits in Demokratien meist nach Ablauf einiger Zeit politisch andersfarbig besetzt werden, in kürzeren Abständen als bei den ohne Altersgrenze auf Lebenszeit berufenen Richtern des US Supreme Court neue Besetzungsentscheidungen treffen können. Die Beteiligung unterschiedlicher Verfassungsorgane an der Richterbestellung, sei es im Split-Modell (jedes beteiligte Organ bestimmt einen Teil der Richter) oder im Kooperationsmodell (mehrere Organe müssen sich auf gemeinsam unterstützte Kandidaten einigen) oder in diversen Kombinationen beider Modelle (dazu näher [hier](#), S. 162 ff.) geht ebenfalls mit verbesserten Chancen auf plurale Gerichtsbesetzungen einher. Sie diene zwar ursprünglich wohl eher der Sicherung von Ausgewogenheit im Verhältnis verschiedener Staatsorgane, erhöht zugleich aber die Wahrscheinlichkeit, dass bei der Rich-

terauswahl unterschiedliche parteipolitische Strömungen zum Zuge kommen. Es kann aber eben auch sein, dass die verschiedenen Organe politisch gleichfarbig besetzt bzw. dominiert sind und sich daran bis zu den nächsten Gelegenheiten, neue Richter zu bestellen, nichts ändert. So berichtete Pierre Joxe, dass er während seiner gesamten neunjährigen Amtszeit (bis 2010) beim französischen *Conseil Constitutionnel* unter den ernannten Richtern der einzige nicht vom ehemaligen Staatspräsidenten Chirac oder dessen politischen Gefolgsleuten an der Spitze der beiden Parlamentskammern ins Amt gebrachte war.<sup>6</sup> Auch Versuche, über eine zeitliche Streckung der Ernennung neuer Richter mittels zeitlich gestaffelter Amtsperioden (*staggered appointments*) ausreichende politische Pluralität sicherzustellen, scheitern häufig daran, dass im Zeitverlauf kein dafür ausreichender politischer Wechsel in der Besetzung der auswahlberechtigten Verfassungsorgane stattfindet und/oder dass keine ausreichenden Vorkehrungen für Verschiebungen der vorgesehenen Nachwahltermine durch vorzeitige Amtszeitbeendigung (Tod, Rücktritt etc.) oder durch Blockaden im Verfahren der Neubesetzung getroffen sind (näher [hier](#), S. 173 ff.). Es kommt vor, dass die Regularien gerade auf Runderneuerung der gesamten Gerichtsbesetzung im Amtsperiodenrhythmus angelegt sind (Beispiele [hier](#), S. 172, 179), und manchmal ist das zumindest ein Effekt der einschlägigen Besetzungsregeln. In der Tschechischen Republik zum Beispiel findet in zehnjährigen Abständen ein mehr oder weniger weitreichender Austausch der gesamten Besetzung des Verfassungsgerichts statt. Politisch pluralen Besetzungen sind solche Verhältnisse naturgemäß nicht zuträglich, wenn der nominierungsberechtigte Staatspräsident und der Senat, der die Nominierung nur mit einfacher Mehrheit bestätigen muss, ihre Befugnisse nicht auf ausgeprägt überparteiliche Weise ausüben belieben.<sup>7</sup> Im laufenden und im kommenden Jahr sind bzw. waren dreizehn der fünfzehn tschechischen Verfassungsrichter neu zu ernennen. Der seit diesem Jahr amtierende Staatspräsident hat ein beratendes Gremium ernannt, das ihm Kandidaten empfehlen und dabei auf Diversität u.a. der Meinungen achten soll, und zusätzlich verschiedene Institutionen zu Vorschlä-

<sup>6</sup>Joxe, *Cas de conscience*, Genf 2010, S. 160 m. Fn. 1. Neben den ernannten Mitgliedern gab und gibt es noch die ehemaligen Staatspräsidenten als Mitglieder von Rechts wegen (*membres de droit*), darunter zur damaligen Zeit als eines der beiden einzigen, die diese Mitgliedschaft aktiv wahrnahmen, Chirac selbst. Zu Phasen einseitiger Besetzung auch Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris 2021, S. 485 f., Rn. 507.

<sup>7</sup>Dazu Kosař / Vyhnánek in diesem Buch, S. 119 ff., 130, und Šipulová in diesem, S. 32 ff., 35.

gen aufgefordert. Ob diese *prima facie* begrüßenswerte, zumindest Transparenzsteigernde und mit gewissen informellen Selbstbindungen einhergehende, aber **umstrittene** Veränderung auf eine ausgewogene Besetzung hinausläuft, bleibt abzuwarten.

Die mehr oder weniger weitreichende Verlagerung von Auswahlkompetenzen auf empfehlende, abschließend vorschlags- oder sogar abschließend auswahlberechtigte Gremien wie Justizräte u.ä. ist auch sonst verbreitet. Sie wird nicht zuletzt als Instrument der Entpolitisierung der Richterauswahl und damit verbundener Steigerung der Unabhängigkeit der Richter propagiert und kann durchaus auch zu politischer Pluralisierung beitragen. Sie ist aber alles andere als ein sicheres Mittel dazu. Oft verschleiert sie gerade in ihren auf Entpolitisierung zielenden Ausgestaltungen politische Einflüsse – die im Übrigen nicht nur von den politischen Verfassungsorganen, sondern auch von beteiligten Justizorganen und gesellschaftlichen Akteuren ausgehen können –, und verschärft justizinterne Abhängigkeiten. Je verbindlicher der Einfluss solcher Gremien ausgestaltet ist, desto mehr wirft er zudem, besonders bei Verfassungsgerichten, Probleme der demokratischen Legitimation auf (zum Ganzen [hier](#), S. 210 ff.).

Selbst qualifizierte Mehrheitserfordernisse für die Richterwahl, wie sie in Deutschland (Zweidrittelmehrheitserfordernis gem. § 6 II 2, § 7 BVerfGG) und vielen anderen Ländern – zuweilen nur für einen von Mehrpersonenorganen gewählten Teil der Richter – vorgesehen sind, können als Instrumente der Herstellung von Ausgewogenheit versagen, sei es weil das besondere Mehrheitserfordernis sich auf einen zu kleinen Teil der Richter bezieht, sei es wiederum aufgrund von Blockaden, für deren Überwindung ausreichende **Auffangmechanismen** fehlen, oder sei es, weil eine dominante Partei oder regierende Parteienkoalition in die Lage kommt, ein geltendes qualifiziertes Mehrheitserfordernis ohne Einbeziehung der Opposition zu erfüllen, wie es aufgrund eines die Präferenzen der Wähler schlecht widerspiegelnden Wahlrechts wiederholt in Ungarn der Fall war. Normen wiederum, nach denen bei Richterwahlen auf eine proportionale Verteilung der Richterstellen entsprechend den politischen Verhältnissen im jeweiligen Parlament zu achten ist, wie sie in der Schweiz in einigen Kantonen kraft Verfassung statuiert sind und auf eidgenössischer Ebene als Konvention gelten und befolgt werden, wirken nur unter den dort gegebenen Bedingungen eines

Vielparteiensystems ohne großkoalitionäre Blockbildungen hinreichend pluralisierend, ganz zu schweigen davon, dass in der gegenwärtigen Phase zunehmender politischer Polarisierung bloße Konventionen zunehmend unter Druck geraten.

## Soft law und - nicht nur softes - Rückschrittsverbot

Die internationale Praxis lässt also durchaus einen verbreiteten Sinn für die Notwendigkeit politischer Pluralität in der Besetzung höchster Gerichte erkennen. Allgemein anerkannte strikte Standards dafür, geschweige denn für die nähere Ausgestaltung der Instrumente, mit denen sie zu erreichen wäre, existieren allerdings selbst im Kreis anerkannter rechtsstaatlicher Demokratien nicht und können deshalb auch von internationalen Gerichten, die sich bei der Konkretisierung abstrakter Rechtsstaatlichkeitsnormen nicht beliebig von den in den jeweiligen Mitglieds- bzw. Vertragsstaaten herrschenden Rechtsüberzeugungen abkoppeln können, einstweilen kaum entwickelt werden. Zudem zeigt sich an den obigen Beispielen, dass die Angemessenheit rechtlicher Rahmenbedingungen zur Sicherung einer ausgewogenen Besetzung von Verfassungsgerichten in hohem Maße kontextabhängig ist. Uniforme strikte Standards lassen sich auch aus diesem Grund nicht sinnvoll entwickeln.

Erkennbar ist aber ein *soft law*, das die ausgewogene Besetzung von Höchstgerichten, die über Verfassungsfragen entscheiden, als ein Desiderat rechtsstaatlicher Gerichtsorganisation begreift, und, damit zusammenhängend, ein Verbot diesbezüglicher Rückschritte, insbesondere dort, wo sich im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zeigt, dass diese auf eine politische Indienstnahme des jeweiligen Gerichts zielen.

Die Venedig-Kommission des Europarats, die dessen Mitgliedstaaten in Verfassungsfragen berät und der die Funktion der Entwicklung eines *soft law* zugeschrieben wird (s. nur Grabenwarter, in [diesem Buch](#) S. 527 ff., 540), befürwortet institutionelle Vorkehrungen, die das Risiko reduzieren, dass in einem Verfassungsgericht eine einzelne „Fraktion“ eine beherrschende Stellung erlangt („reducing the risk of one faction dominating the CC“ [hier](#), Rn. 24, betr. gestaffelte Ernennungen). Sie begrüßt regulatorische Mechanismen, die dafür sorgen, dass die Richter nicht nur als Instrument dieser oder jener politischen Kraft betrachtet werden („so that the judges are seen as being more than the instrument of one or the

other political force“, [hier](#), Abschn. 4.3.1, betr. qualifizierte Mehrheitserfordernisse für die Richterwahl) oder, so eine andere Formulierung, die der Zusammensetzung von Verfassungsgerichten ein gewisses Maß an Heterogenität und Pluralismus und größere repräsentative Ausgewogenheit sichern („ensuring to achieve a degree of heterogeneity and pluralism and greater balance in representation“, [hier](#), Rn. 35, betr. Amtszeitbegrenzungen; allgemeiner zum Ausgewogenheitsdesiderat s. auch [hier](#), S. 156 ff.).

Nach der „samtenen Revolution“ von 2018 in Armenien hat die Venedig-Kommission einer Reform, die u.a. auf Pluralisierung des vollkommen einseitig und mit bis zum Ruhestandsalter berufenen Richtern besetzten Verfassungsgerichts zielte und mit Verkürzungen der Amtszeit der vorhandenen Richter verbunden war, keine grundsätzliche Absage erteilt. Unter den gegebenen Umständen hielt sie es nur für notwendig, für einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Unabsetzbarkeit amtierender Richter und den berechtigten Reformanliegen zu sorgen (näher [hier](#), Rn. 27 ff., 52 f.).

Wenn eine Anforderung wie die, dass Verfassungsgerichte nicht politisch einseitig besetzt sein und die Rahmenbedingungen einer einseitigen Besetzung einigermaßen verlässlich entgegenwirken sollten, sich in den Vertragsstaaten des Europarats oder in den Mitgliedstaaten der EU noch nicht so weit durchgesetzt hat, dass sie sich im Wege der Auslegung der EMRK oder des Unionsrechts als harter normativer Standard identifizieren lässt, die Rechtsüberzeugungen sich aber in eine bestimmte Richtung entwickeln, kann immerhin rechtliche Bedeutung erlangen, ob die Entwicklungsrichtung stimmt. Damit lässt sich auch besser als mit einem harten Ausgewogenheitsstandard dem Umstand Rechnung tragen, dass Ausgewogenheit eine Gradfrage und das Ideal auch kaum sinnvoll ganz präzise bestimmbar ist. Und angesichts von Komplexitäten und Kontextabhängigkeiten, die uniforme, kontextfreie harte Standards nur in engen Grenzen als angemessen erscheinen lassen, kann doch eine Beurteilung der Gesamtsituation es zumindest ermöglichen, bestimmte Manöver als im gegebenen Kontext eindeutig rechtsstaatswidrig zu identifizieren.<sup>8</sup>

So hat z.B. der EuGH zur (inzwischen umbenannten und umstrukturierten, s. [hier](#), m.w.N.) Disziplinarkammer beim Obersten Gerichtshof festgestellt, der Um-

stand, dass der in die Ernennung dieser Kammer eingebundene Landesjustizrat überwiegend von der Legislative oder Exekutive ausgewählt wird, für sich genommen nicht zu Zweifeln an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der gewählten Richter führen könne, wohl aber in Kombination mit anderen, hinzukommenden Gesichtspunkten, zu denen der Gerichtshof u.a. gezählt hat, dass die Regeln für die Zusammensetzung des Justizrates kürzlich dahin geändert worden waren, dass anstelle der früheren Wahl der 15 richterlichen Mitglieder durch ihre Amtskollegen die Wahl durch ein Legislativorgan trat und der Rat in seiner neuen Zusammensetzung daher, statt mehrheitlich aus justizinternen Gewählten, fast ausschließlich (23 von 25 Mitgliedern) aus von der polnischen Exekutive und Legislative Benannten bestehe (EuGH, [Urt. v. 15.7.2021, C-791/19](#), Rn 103 f., m.w.N.). Hinzu kamen u.a. Amtszeitverkürzungen, die der EuGH als Beitrag zum negativen Gesamtbild anführt (s. Rn. 105, f.). In der diese und weitere Veränderungen berücksichtigenden Gesamtschau sah der Gerichtshof die von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Disziplinarkammer nicht gewahrt (ebd. Rn. 112, 147). Es fehlt hier zwar an klaren Zuordnungen speziell zum Gesichtspunkt der Unparteilichkeit und noch spezieller zum Gesichtspunkt der systemischen Unparteilichkeit, und man vermisst u.a. eine Differenzierung dahingehend, dass die Verlagerung der Auswahlkompetenz für die Mitglieder des Landesjustizrats auf ein Legislativorgan nicht als solche einen Rückschritt in Bezug auf die Unparteilichkeit des Rats und damit mittelbar der unter seiner Mitwirkung ernannten Richter darstellt, sondern dass das eigentliche Problem im gänzlichen Fehlen von Vorkehrungen gegen politisch einseitige Besetzungen bestand. Auch dass die durch Amtszeitverkürzungen ermöglichten schubhaften Neubesetzungen die Einseitigkeit zusätzlich förderten, wird nicht explizit vermerkt. Dennoch wird erkennbar, dass im Rahmen der vorgenommenen Gesamtwürdigung die deutliche Verschlechterung der Rahmenbedingungen für eine politisch ausgewogene Besetzung zu den Gesichtspunkten gehörte, deretwegen der Gerichtshof Zweifel u.a. an der „Neutralität“ der Disziplinarkammer „in Bezug auf die widerstreitenden Interessen“ für begründet erachtete (ebd. Rn. 112; zur Gesamtwürdigung von Umständen, einschließlich ihrer Veränderungen, in Bezug auf Justizrat und Disziplinarkammer s. auch EuGH,

<sup>8</sup>Zu beidem näher, mit Rechtsprechungsnachweisen, Lübke-Wolff, in diesem Buch, S. 363 ff., 370 ff.

Urt. v. 22.3.2022, C-508/19, Rn. 74 ff.; Urt. v. 19.11.2019, C-585/18 u.a., Rn. 142 ff.; für die Relevanz der Entwicklungsrichtung auch Urt. v. 5.6.2023, C-204/21, Rn. 286).

Der EGMR hat der Disziplinarkammer beim polnischen Obersten Gericht gleichfalls bescheinigt, dass sie nicht die Anforderung eines i.S.d. 6 I 1 EMRK unabhängigen und unparteiischen Gerichts erfüllt (Urt. v. 22.7.2021, Nr. 43447/19, Rn. 270 ff. 284; vgl. auch zuletzt Urt. v. 6.10.2022, Nr. 35599/20, Rn. 192 ff., 215 3, und Urt. v. 6.7.2023, Nr. 21181/19 u.a., Rn. 340). Insgesamt hat der EGMR als das zugrundeliegende Defizit beim polnischen Justizrat einseitiger die Unabhängigkeit von politischer Einflussnahme als nicht gewahrt in den Vordergrund gestellt und bleibt insofern *in concreto*, anders als bei den weiter oben behandelten abstrakten Begriffsbestimmungen, hinsichtlich der Frage der systemischen Unparteilichkeit unergiebig. Ebenso wie der EuGH berücksichtigt aber auch der EGMR in komplexen Materien und wo es sich um noch nicht um eindeutige, harte Standards handelt, Kontexte und Entwicklungsrichtungen (s.o. Text m. Fn. 8).

Der EuGH hat für den Justizbereich der Entwicklungsrichtung sogar die Bedeutung beigemessen, dass „beim Schutz des Wertes der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere bei den Garantien der richterlichen Unabhängigkeit“ Rückschritte verboten seien (so die Wiedergabe in den Schlussanträgen des Generalanwalts Collins vom 15.12.2022 in der Rechtssache C-181/21 u.a., Rn. 54, m.w.N.; aus der Rechtspr. s. EuGH, Urt. v. 20.1.2021, C-896/19, Rn. 65, m.w.N.). Das betrifft, auch wenn dies nicht in allen gerichtlichen Formulierungen des postu-

lierten Rückschrittsverbots klar zum Ausdruck kommt,<sup>9</sup> offensichtlich gerade auch Rückschritte hin zu einem Zustand, der nicht schon für sich genommen der richterlichen Unabhängigkeit oder anderen „Werten der Rechtsstaatlichkeit“ zuwiderläuft. Verhielte es sich anders, wäre das Rückschrittsverbot überflüssig, da sich in jedem Fall seiner Anwendbarkeit ein Verstoß gegen den betroffenen Wert der Rechtsstaatlichkeit ganz unabhängig von der Entwicklungsrichtung feststellen ließe.

### Rückschrittsverbot bei nationalen Vorkehrungen zur Sicherung der systemischen Unparteilichkeit

Das postulierte Rückschrittsverbot gilt zweifelsfrei auch für die Sicherung der gerichtlichen Unparteilichkeit, die gleichfalls einen der zentralen „Werte der Rechtsstaatlichkeit“ – nach der Rechtsprechung des EuGH sogar ein Element der Unabhängigkeit (s.o.) – darstellt. Schon angesichts der im Verbund der europäischen und der nationalen Verfassungsgerichte nach Möglichkeit zu wahren Kohärenz der Rechtsprechung zu diesen Werten liegt es deshalb nahe, anzunehmen, dass es der häufig geforderten Hochzoning des deutschen Zweidrittelmehrheitserfordernisses für die Verfassungsrichterwahl auf die Ebene des Verfassungsrechts gar nicht bedarf, weil die Abschaffung dieses Erfordernisses, jedenfalls wenn sie ohne Ersatz durch gleichermaßen wirksame anderweitige Vorkehrungen zur Vermeidung systemischer Unparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts erfolgte, dem Verbot des Rückschritts beim Schutz dieses rechtsstaatlichen Werts zuwiderliefe

<sup>9</sup>Missverständlich zuletzt EuGH, Urt. v. 7.9.2023, C-216/21, Rn. 69, wonach Rückschritte nicht die richterliche Unabhängigkeit unterminieren dürfen.



Erick Guapizaca

# Voting To Annex?

On the Venezuelan 2023 Esequibo Referendum

doi: 10.17176/20231111-083648-0



On December 3, Venezuelans will vote in a referendum on the annexation of Esequibo to the territory of the Bolivarian Republic of Venezuela. This blog post argues that the referendum has implications for both domestic constitutional law and international law. Since the referendum cannot have any practical effect under international law, it also violates the voters' constitutional right to participate freely in public affairs. By prioritizing solely the interests of Venezuela over the sovereignty of Guyana, the referendum might be contrary to the principles of peaceful dispute settlement and the prohibition of force, as stipulated in the United Nations Charter. It could also challenge the established legal doctrine of state consent and infringe upon the principle of prioritizing international obligations over national law.

## Again, Venezuela v. Guyana, but wasn't the dispute on Esequibo settled already?

Venezuela and Guyana have a long-standing unsolved [territorial dispute](#) over Guyana's Esequibo, a region [rich in natural resource deposits](#). Two international agreements, the former concluded during British Guyana's colonial period and the latter after its independence, provide an overview of the territorial dispute. In 1897, aware of the importance of Esequibo, the United Kingdom, on behalf of Guyana and Venezuela, signed a [treaty of arbitration](#) to delimit their borders. In 1899, the [Paris Award](#) determined that Esequibo belonged to British Guyana. These territories were officially demarcated in the following years, and peace prevailed, making it seem like the matter was settled. However, in 1962, right before Guyana's independence from the United Kingdom, Venezuela [unilaterally declared the award null and void](#), alleging that it resulted from a secretive, under-the-table agreement.

Once again, Venezuela and the United Kingdom agreed to enter negotiations. As a result, the [Geneva Agreement was signed in 1966](#). This agreement had a schedule with three phases. In the first phase, the use of the mixed commission with representatives of both

countries to determine the borders was unsuccessfully exhausted. In the second phase, the mechanisms for friendly settlement of disputes provided in [Article 33 of the United Nations Charter](#) were employed unsuccessfully. In the third, the dispute was referred to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General's entitlement was to select a [dispute settlement mechanism](#). The first measure chosen was to employ good offices in resolving the controversy. However, given the failure of this mechanism after several extensions, Secretary-General António Guterres [decided to resort the territorial dispute to the International Court of Justice](#) ("ICJ").

In 2018, [Guyana filed an application](#) requesting the ICJ to confirm the legal validity and binding effect of the 1899 Award. The ICJ issued a procedural [judgment declaring that it had jurisdiction for the final resolution](#) of the territorial conflict over Esequibo. On the other hand, in response to Guyana's submission, Venezuela contended on the grounds of lack of consent to resort to the ICJ; however, the Court also dismissed this [preliminary objection](#). Thus, the next step is for the Court to issue a judgment on the merits, determining the boundaries of each country.

In response to the rejection of its preliminary objection, Venezuela called for a [consultative referendum](#) in which its citizens could express their stance on annexing Esequibo to Venezuela and delegitimizing any actions taken by the ICJ, which will take place on December 3<sup>rd</sup>.

## Venezuela's Unilateral Response to the Esequibo Dispute

In its traditional design, a [consultative referendum](#) is the most sacred mechanism of direct democracy, as it is the citizens who retain power over public interest decisions. [Article 71](#) of the Venezuelan Constitution allows for consultative referendums to be initiated either by the various branches of government or by the citizenry in "matters of special national significance." The referendum process



includes a stage of judicial review to ensure that the matter to be consulted is in compliance with the Venezuelan Constitution. Following judicial review, it is the responsibility of the National Electoral Council to organize the elections and announce the results.

The National Assembly proposed the referendum, and once it passed judicial review by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice (“STJ”), it was convened by the National Electoral Council to be held on December 3<sup>rd</sup>.

## A fraudulent referendum

The referendum, however, is unlawful from multiple perspectives. Let’s begin with the domestic perspective: The referendum directly affects the citizenry as it infringes upon their right to “freely” [participate in public affairs](#) as outlined in Article 62 of the Constitution of Venezuela. In other Latin American jurisdictions, Constitutional Courts have a rigorous approach to reviewing referendums, often striking down such referendums due to unclear questions, unenforceable outcomes, or conflicts with constitutional rights. For instance, the Constitutional Court of Ecuador struck down a [consultation](#) where the citizenry of the mining canton of Ponce Enriquez was consulted about their agreement with metallic mining. The Court argued that such consultation had the defect of being “an illusory mechanism of citizen participation, as it does not offer the citizenry the material possibility of choice, nor does it have the potential to generate effects independently of the result obtained.” Accordingly, the Constitutional Court of Colombia has established a [line of jurisprudential precedents](#) in which it has restricted referendums aimed at prohibiting mining activities in certain territories. This is because such consultations are seen as contrary to the principle of a unitary state and territorial autonomy. In a controversial outcome, the Supreme Court of Justice of Mexico modified the content of a [popular consultation](#) aimed at judging former presidents. The Court conditioned the constitutionality of the consultation on the condition that, if approved, it would not lead to a direct trial and that the appropriate actions be taken while respecting the human rights of the former presidents. What is similar in these three jurisdictions is a strict judicial review that aims to ensure the free participation of its citizens.

The [STJ upheld](#) the questions of the Esequibo referendum on the grounds that these are in accordance with

the Venezuelan Constitution. However, I argue that the STJ should have declared the referendum unconstitutional because, being contrary to several principles of international law, it does not allow Venezuelans to decide freely in the dispute over the Esequibo.

## A referendum as an excuse to circumvent international law

To begin with, if the referendum were to be in favor of the annex of Esequibo, the questions would have no practical implications due to their infringement of international law principles. Firstly, because it involves a conflict between two states that requires a solution agreed upon by both parties under the [legal doctrine of State consent](#), which specifies that governments are bound to adhere to rules if they have already consented to adopt them. In this case, Venezuela and Guyana, by signing the Geneva Agreement, established a dispute settlement mechanism and, therefore, cannot backtrack. Accordingly, if the referendum were to be approved in favor of the annex of Esequibo, there would be no practical effect because the Venezuelan sovereign power decides on an issue unilaterally without the consent of Guyana as directly affected.

Secondly, the execution of the referendum would result in a clear violation of the principle set out in [Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties](#), which states, “[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.” In this regard, although Venezuela challenged the 1898 award and the outcome of the application of the Geneva Agreement regarding the resolution of the dispute before the ICJ, it is clearly obligated to comply with the award and respect the execution of the Geneva Agreement. The result of the referendum does not triumph or prevail over international legal obligations.

Thirdly, as the issue extends beyond Venezuela’s interests and directly involves Guyana’s territorial sovereignty, the referendum threatens to undermine the principle of [peacefully settling international disputes](#), as recognized in Article 2(4) of the [United Nations Charter](#). Under the jurisdiction of the ICJ, there is a pending case specifically aimed at determining the boundaries of the disputed territory. Therefore, it would be appropriate for Venezuela to present its arguments before the ICJ to contend that under international law, this territory belongs to Venezuela and not Guyana. The act of turning to its citi-

zens to decide an international dispute is a cynical departure from the rules that Venezuela previously consented to by signing the Geneva Agreement. There is no way the referendum could have legal effects because, in due course and even without Venezuela's cooperation, the ICJ will render a judgment and put an end to the dispute.

Finally, any attempt to execute the referendum that involves annexing part of the territory that currently belongs to Guyana would lead Venezuela to violate the prohibition of the [threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state](#) as outlined in Article 2 (4) the United Nations Charter. Thus, the referendum is a fraud to the citizens of Venezuela becau-

se it goes against international law for the armed forces of Venezuela to occupy a territory.

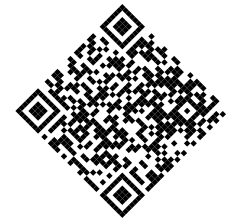
### Concluding remark

One of the aspects that the ICJ must clarify is whether the consultative referendum constitutes a violation of the principles already described. One thing that is underway is [Guyana's request for provisional measures to the ICJ](#) to order the suspension of the referendum, which could serve as a preventive measure against various violations by Venezuela. All in all, if the ICJ decides to award the Essequibo to Guyana, Venezuela will have no choice but to abide by the decision.

Sofía María Fölsch Schroh

# Machado vs. the Goliath Chavista

doi: 10.17176/20231128-213829-0



On October 27, María Corina Machado [was declared the winner of the presidential primary elections](#) organized by the National Commission, a civil society association. With more than 92% of the votes, she has become the new face of the Venezuelan opposition. Despite having popular support, her ability to run for the presidency in 2024 is in doubt. Since June 2023, the political ban she was once subject to in 2015 has been extended for [fifteen years](#), which the Venezuelan Supreme Tribunal of Justice (STJ) [confirmed](#) on October 30 following an electoral administrative appeal by the pro-government parliamentarian Brito Rodríguez. This blog details the constitutional and procedural problems that plague Machado's political ban and explains why it should be seen as Maduro's latest attempt to obstruct the holding of free and fair elections in 2024.

## The Current Institutional Crisis in a Nutshell

Since the first presidential [election of Chávez in 1998](#), Venezuela has been ruled by a Chavist regime. In his moribund condition, [Chávez appointed Nicolás Maduro Moros as his successor and enjoined his followers to vote for him](#). Following [Chávez's death on March 5<sup>th</sup>, 2013](#), Maduro won the presidential elections [in 2013 against Capriles Radonski](#) and has governed the country ever since. His rule is widely known for its [large-scale-human-rights violations](#) and a [humanitarian crisis](#) that has caused more than [7 million Venezuelans](#), a quarter of the country's population, to flee the country.

Venezuela's current institutional crisis can be traced back to 2015 when the opposition [won two-thirds of parliamentary seats](#), their first electoral success since the [electoral defeat of Chavez in 2007](#). In retaliation, the pro-Chavist STJ declared the [parliament in contempt](#) and [Maduro decreed the creation](#) of a Constituent Assembly, which instead of drafting a new Constitution acted as a [parallel parliament](#). Just before the start of the new parliament's term, the incumbent National Assembly [illegally selected new government-friendly magisters for the](#)

[STJ](#); an appointment that subsequently would be [nullified in 2016 by the new National Assembly](#). Despite the government's refusal to recognize the annulment, the IV. National Assembly elected new magisters that would later be persecuted and forced into exile, leading thus to the creation of a [parallel STJ operating from exile](#).

In 2019, after holding [fraudulent elections in December of 2018](#), in which Nicolás Maduro was proclaimed the winner, the institutional crisis reached its climax: Juan Guaidó, then president of the National Assembly, [declared himself the interim president](#), a decision [supported](#) by Machado. He did so on the basis of [Article 233](#) of the Venezuelan Constitution which regulates the cases of absolute absence (*faltas absolutas*), or permanent unavailability to serve, of the President, *inter alia*, due to popular revocation of his mandate. [If the absence occurs before the chosen President assumes office, the President of the National Assembly shall take on the presidency until the new President is elected](#).

This political move [made Guaidó, who until then had been a largely unknown lawmaker, the leader of the opposition](#). However, because Guaidó couldn't keep his political promise to overthrow the government of Maduro, the opposition [lost faith in him](#) and [the National Assembly voted to dissolve his interim presidency in 2022](#). The unfulfilled political promises and the termination of Guaidó's interim presidency led to a lack of leadership among the opposition. This changed on October 27, when María Corina Machado [was declared the winner](#) of the presidential primary elections organized by the national Commission, a civil society organization.

## Machado's Political Trajectory

Machado made her first steps into politics in 2002 when she co-founded the NGO *Súmame* – an organization dedicated to the defense of electoral rights. Among other projects, it [helped to recollect millions of signatures to hold a referendum against Chávez in 2004](#). In 2005, Machado was welcomed in the White House by the former president

of the U.S., George W. Bush, which **infuriated** the government. In 2010, after resigning from her post in *Súmate*, Machado ran for parliament and **won** her first and only office. Due to her appearance at the Permanent Council of the OAS in 2014, however, in which she denounced the serious situation in Venezuela, making usage of an alternative accreditation of Panama, Machado **was stripped of this mandate** by Diosdado Cabello (then president of the National Assembly). In 2012, the opposition organized – for the first time – **presidential primaries**, in which Machado participated with her liberal party “*Vente Venezuela*”. Among other opposition figures, Machado was subsequently **charged with planning the murder of Maduro** in 2014; an accusation that was **repeated in 2018**. Neither resulted in a conviction.

Instead, Machado **was banned from holding public office for 12 months in 2015** pursuant to Article 39 of the Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción, which lists concealment, falsification or non-compliance with regards to asset disclosure obligations as relevant legal grounds. Notably, the official document does not specify the ground for Machado’s ban. Even though those 12 months have already passed years ago, a public servant of the Comptroller General’s Office **confirmed in June 2023 that the political ban placed on Machado has been extended based on Article 105(2) of the Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal (LOCGRSNCF)** for fifteen years, likely until 2030. On August 14, the STJ rejected two legal actions against Machado’s political disqualification (**Judgement Nr. 1.243, File Nr. 23-0706** and **Judgement Nr. 1.244, File Nr. 23-0722**). The first claim was rejected due to the applicant’s **lack of legitimacy**, while the other was dismissed due to having an **unsuitable subject matter for a constitutional complaint**. **Curiously enough**, both decisions were only recently published on October 16, some days after the fifth evaluation of the state of political and civil rights in Venezuela by the United Nations Human Rights Committee has started.

### Constitutional Issues with the Ban

From a constitutional law and **human rights perspective**, Article 105(2) LOCGRSNCF is highly problematic. In particular, it empowers the Comptroller of the Republic – who is not a judge – to ban officials that have committed an administrative – not a criminal offence – from the exercise of public functions. This appears to violate Ar-

ticle 42(2) of the Venezuelan Constitution which establishes that only a final *judicial* decision might suspend the exercise of political rights. Furthermore, Article 65 of the Venezuelan Constitution specifies that only criminal acts committed during the performance of public functions can justify the suspension of political rights. Hence, **the commission of an administrative offence is inadequate to suspend political rights**.

For similar reasons, **Article 105(2) LOCGRSNCF is also incompatible with the ACHR**. Article 23(2) ACHR stipulates that the law may only regulate the exercise of the right to participate in government on the basis of, inter alia, sentencing by a competent court in criminal proceedings. Despite its **denunciation** by the government in September 2012, the ACHR arguably still forms part of the **Venezuelan block of constitutionality**. Both because the denunciation was **unconstitutional** from the beginning, as it infringed the constitutional supremacy of the ACHR (Article 23 of the Venezuelan Constitution), the right to address petitions or complaints to an international body for the protection of human rights (Article 31(1) of the Venezuelan Constitution) and the principle of progressiveness of human rights (Article 19 of the Venezuelan Constitution), and because **Guaidó ratified the ACHR with retroactive effect in July 2019**.

### Procedural Irregularities

There were also significant procedural irregularities with the ban’s extension. In June 2023, upon a request by the pro-government parliamentarian Brito Rodríguez, a public servant of the Comptroller General’s Office notified him about the decision of the Comptroller to “*continue*” its assets investigations against Machado. According to the document, it was “*found*” that Machado is **banned from holding public office for 15 years**. Formally speaking, the notification amounts to a **mere relationship certification**, since it reports the testimony of an official on facts of their knowledge regarding the content of a case. However, Article 173 Ley Orgánica de la Administración Pública prohibits the public issuance of such a document.

At the same time, the certification was not issued by the current Comptroller of the Republic, Félix Antonio Santana García, but by Antonio José Meneses Rodríguez, a Director-General for special procedures of the Comptroller’s office. Yet, pursuant Article 105(2) LOCGRSNCF, the right to ban someone from holding public office is “*exclusively and exhaustively*” vested in the Comptrol-

ler. Moreover, the addressee of the letter was not Machado, but the parliamentarian Brito. This is contravention of Article 79 and Article 77 LOCGRSNCF which declare such kind of investigations to be “reserved”. Hence, only directly involved parties shall be informed.

At the same time, Machado is arguably no longer a norm addressee of Article 105(2). Thus, Article 9 LOCGRSNCF stipulates, *inter alia*, that only those working in bodies or entities of public power are subject to it. Machado, however, has not held any official public office since her removal from parliament in 2014.

Finally, [the suggested grounds](#) for the extension suffer from vagueness and generalizations. They include unspecified errors and omissions in Machado’s sworn declarations of assets; her participation in the “corruption scheme” of Juan Guaidó which, *inter alia*, led to the “criminal” blocking of Venezuela as well as the “shameless dispossession” of companies and wealth (located abroad) of the Venezuelan people; her “request” to blockade Venezuela economically which ended up causing “great harm to the public health system” and the “external displacement of the population;” and her acceptance of the accreditation as an alternative representative of the delegation of Panama at the OAS “since” 2014. It is questionable whether the sanctions imposed on Venezuela have something to do with a “request” coming from Machado or that the “great harm to the public health” and the external displacement of the population were caused by her. It also remains unclear exactly how Machado “participated” in the “corruption scheme” of Guaidó, given that she has not held public office since 2014. Finally, Machado only appeared once as an alternative representative of Panama at the OAS in 2014, and not “since” then.

In light of these difficulties, this “ban extension” is unlikely to pass legal muster. To add injury to insult, it might also infringe Machado’s human rights (her right to due process (Article 49 of the Venezuelan Constitution), to judicial protection (Article 25 ACHR) and her right to participate in government (Article 62(1) of the Venezuelan Constitution, Article 23 ACHR, Article 25 ICCPR)).

## A State of Uncertainty

After the collapse of Guaidó’s interim presidency, the Venezuelan opposition lacked leadership. This changed when more than 2 million Venezuelans voted for María Corina Machado in the presidential primary elections organized by the National Commission in October 2023. Her political ban is arguably further evidence of undemocratic and arbitrary essence of Maduro’s regime which tries to hold onto power through legal and political manipulation. Machado’s disqualification affects not only the strength of the opposition, who is being left with a leader for whom they cannot vote in the upcoming presidential elections, but also the democratic future of the country. In this regard, it should be clear that a presidential election without Machado’s candidature can neither be fair nor free. And yet, in spite of the [pressure exerted by the U.S.](#), it does not seem that the [narco-kleptocratic](#)-state of Maduro will lift the ban on Machado any time soon. Under these circumstances, there is a high chance that the opposition will have no choice but to choose another candidate who – for reasons of time – probably will not be selected in a primary election.



Lukas Graute

# A Second Term for “the World’s coolest Dictator”?



doi: 10.17176/20231113-172442-0

On October 26, Nayib Bukele, current President of the Republic of El Salvador, [officially registered](#) his candidacy for the presidency. This is [in clear violation of El Salvador’s Constitution which prohibits the renewed, consecutive candidacy of a sitting president](#). In the “Western” [media, Bukele has mostly made the news](#) for establishing “mega-prisons” and conducting mass arrests under his watch. These measures mostly targeted young men who were assumed to have a connection to gang violence, often on the basis of [visible tattoos or a certain physical appearance](#). In total over [70.000 arrests](#) were made in a span of just 19 months. Nonetheless or perhaps precisely because of these events, current polls and his [approval ratings](#) predict that he is likely to be reelected.

In this blogpost, I highlight the political moves that Bukele has made to legitimize his rule and methods, including his repeated extension of El Salvador’s state of emergency and his capture of the Constitutional Chamber. Together with his renewed candidacy, his rule has destroyed El Salvador’s adherence to its own constitutional framework.

## Saving A State Through Repression?

For decades, El Salvador has suffered from political instability and gang violence. Before the recent problems with gang violence and organized crime, El Salvador experienced a civil war from [1979-1992](#).

Years later, violence spread in El Salvador and Central America by the rise of street gangs such as [MS-19 or its rival 18<sup>th</sup> street gang](#). The gang wars made the day to day life for a lot of Salvadorans impossible, [fearing the sheer amount of violence happening on the streets](#). Many Salvadorans lost their loved ones or had to migrate because of the violence. The government simply could not keep the situation under control resulting in a frustration among voters in El Salvador. Nayib Bukele, a [young and charismatic entrepreneur](#) didn’t fit into the ruling class of politicians and founded, after becoming mayor in San Salvador, his own party: *Nuevas Ideas* (New Ideas). Wi-

th his disruptive style of politics, populist rhetoric focusing on security issues and strong social media presence he quickly gained a substantial following, ultimately winning the [presidential elections in 2019](#).

Nayib Bukele’s success in addressing some of the security issue in El Salvador is the reason why he possesses popular support. For example, there is no denying in that the [crime rate has declined significantly](#), especially for serious crimes committed by gangs (the [homicide rate fell](#) by 56% in 2022). As such, the same people who have suffered daily street crime support the “strong man” who guarantees order and security. However, these achievements have come at a price. Not only has a substantial amount of El Salvador’s population been incarcerated but also the methods of arrests and [incarceration can be criticized](#). In March this year, the [U.N. office for human rights](#) criticized the situation in El Salvador, highlighting the thousands of arbitrary arrests and dozens of deaths in custody that have occurred under Bukele’s rule.

“Western” critiques of what is happening in El Salvador often ignore the position of privilege from which they are being levelled. To insist on the rule of law and human rights might appear like a delusional luxury for those living under conditions where they cannot let their children play in the street for fear of being killed in crossfire or recruited by gangs. While a self-critical perspective is thus important, it is at the same time undeniable that Bukele’s governmental actions threaten to severely weaken, perhaps to the point of collapse, what is left of El Salvador’s adherence to its constitutional framework.

## A Permanent State of Emergency

In this regard, a core controversy surrounding Bukele began with the [declaration of a state of emergency in El Salvador on March 27, 2022](#). States of emergency are important legal instruments for maintaining order in the State and providing security to the population in times of extraordinary danger. It makes it easier for the executive to take swift measures by avoiding the time-consuming

legislative process. This may be necessary in certain extreme cases, e.g. in times of a natural disaster or an outbreak of a highly infectious disease. In the case of El Salvador, the state of emergency was based on article 29 of El Salvador's constitution and was justified with increasing homicide rate as a result of [gang violence that spiraled out of control](#). On the same day of the state of emergency was announced, [62 people were killed](#).

It is highly questionable whether a high crime rate can justify declaring a state of emergency. In particular, a legal instrument for short term interventions should not be applied to a longer lasting situation, like the rise of crime in El Salvador that has been a problem for years. This is in line with what the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice [ruled](#), before Nayib Bukele's influence on the court. It held that the escalation of crime, even though it might be an emergency does not meet the requirements of a state of emergency. Moreover, the fact that this procedure [should be limited in time is unanimously](#) recognized in the literature and is also regulated in [El Salvador's 1983 Constitution. Article 30](#) stipulates that states of emergency may not exceed 30 days. If a situation requiring a state of emergency persists, it may be extended for a further 30 days by means of decree. El Salvador's very own [Supreme Court suspended](#) a state of emergency that was declared due to the coronavirus in 2020 on the basis that it exceeded the permissible duration.

Bukele's administration has repeatedly ignored these constitutional limits on the duration of the state of emergency. In July 2023, the [Congress voted in favor of a sixteenth extension](#). One central problem arising from this has been the suspension of procedural guarantees which are essential to preserving the character of a democratic state. But the shift towards a more and more authoritarian rule does not only affect thousands of [innocent and wrongfully detained and incarcerated people](#) but also freedom of speech and freedom of the press. Any Salvadoran journalist reporting on gang violence can face up to [15 years of imprisonment](#).

The supposed aim of the state of emergency in El Salvador was to enable the government to take more repressive and authoritarian measures than usually permitted, especially in the area of criminal law. Following the reasoning of Bukele it was a necessary measure to contain and decrease gang violence. The suspension of fundamental rights and especially procedural rights have facilitated the mass arrests and steady [transformation into](#)

[a police state](#). Perhaps surprisingly, the [great majority of Salvadorans nonetheless approve](#) of these measures and the newly won security on the streets of El Salvador.

## An Unconstitutional Candidacy

Critical voices from [abroad](#), but also from [within the country](#), also consider Bukele's renewed candidacy a violation of the Salvadoran Constitution. The following article of the Salvadoran Constitution explains why:

Article 152.- They may not be candidates for President of the Republic:

1. Whoever has held the office of President of the Republic for more than six months, consecutive or not, during the immediately preceding period, or within the last six months prior to the beginning of the presidential term;

However, Bukele and his party simply ignored the provision. In September 15, 2022, the [Nuevas Ideas party announced that it would re-nominate him](#). On July 8, 2023 Bukele was [officially announced as its candidate](#). And, in October 2023, [he registered his candidacy for the 2024 presidential elections](#).

Bukele's renewed breach of a constitutional provision is unlikely to have any consequences for him, given that none of El Salvador's institutions are in a position to assume the role of checking him anymore. In particular, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice (CSJ) is made up of [magistrates loyal to President Bukele](#). Thus, [in May 2021](#), the National Assembly, led by a majority of Bukele's party, dismissed 5 judges and 4 alternate judges, as well as the Attorney General by means of a resolution, replacing them with people loyal to President Bukele's government. While the National Assembly does have the competence [to remove constitutional judges](#), a simple ["house cleaning,"](#) to use Bukele's words, arguably amounts to an abuse of these constitutional powers. Indeed, as originally constituted, [the Constitutional Chamber declared unconstitutional the dismissals decided by the National Assembly](#).

## A Captured Constitutional Chamber

Nonetheless, the Constitutional Chamber is now exclusively composed of loyalists. [In September 2021](#), they paved the way for Bukele's reelection by ruling that a second

consecutive presidential term is de facto possible despite the clear meaning of article 152. They reasoned not only that term limits constitute an [excessive restriction](#) but also that if the people would want to vote for a certain president, they should be able to do so and that, therefore, a [rejection would go against the will of the people](#). This directly contradicts Article 235 of the Constitution of El Salvador, according to which any civilian or military official must act in accordance with the Constitution. The CSJ further argued that a second consecutive presidential term could be in accordance with article 152 ordinal 1 if the president resigns right before the presidential elections just [to resume office for a second term](#) after winning the elections. This evidently contradicts the telos of article 152 ordinal 1.

The CSJ thereby overturned its [previous jurisprudence](#), having prohibited the TSE from registering the candidacy of the [former president Elías Saca who wanted run for reelection](#) in 2014. There would have to be an additional presidential term before the same person could step in again and run for presidential election, it ruled back then.

While constitutional courts may change their jurisprudential line over time, in this case the change of heart appears to be driven by its composition and Bukele’s influence over its members. Notably, the [Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice also ordered](#) the Supreme Electoral Tribunal (TSE) to authorize the presi-

dent who had not been in office “in the immediately preceding period to participate in the electoral contest for a second occasion”. By resigning right before the elections Bukele would *technically* not be in office before the start of the new mandate in 2024. *Nuevas Ideas*, Bukele’s party already [announced](#) that they would take advantage of the constitutional court’s ruling and Bukele would [resign on November 30, 2023](#).

On November 3, the TSE followed this ruling, [officially inscribing Bukele as a candidate](#) for the 2024 presidential election. Four of the TSE’s [5 judges had to vote](#) in favor of Bukele’s candidacy for Bukele to be officially admitted as a presidential candidate. The TSE, which thus would have been the last instance that could have prevented Bukele from running again for the presidency, failed to do so.

### Sealing El Salvador’s Authoritarian Fate

The Supreme Electoral Tribunal would have been the last instance of keeping Bukele in check. With the decision of November 3, 2023, it has become apparent that the TSE, alongside every other institution in El Salvador which could prohibit authoritarian leaders to come to power, is not capable of doing so any longer. With the removal of its system of checks and balances, El Salvador’s slide from democracy to an authoritarian regime is likely to continue and will probably be sealed with Bukele’s re-election.

Carolina Fernández Blanco, M. Victoria Kristan

# Change for the Sake of Change

Why Argentinian Voters Took a Leap into the Void

doi: 10.17176/20231126-213654-0



On 19 November 2023, Argentinian citizens voted in a run-off election between Sergio Massa, the current Minister of Economy, and Javier Milei, the libertarian candidate, to elect the president of the Republic for the next four years. With a difference of 11%, Milei, an anarcho-libertarian and [anti-caste populist](#), won over the populist alternative of the Peronist apparatus. The result of the elections means that 40 years after the restoration of democracy, the extreme right has come back into power in Argentina. In this blog, we provide a possible explanation of Milei's electoral win and map how Argentina's institutional framework and constitutional safeguards might help reign in some of his more radical proposals.

## Choosing a 'Madman'

Argentina's turn to an unknown, radicalised and peculiar political character (the president-elect has been nicknamed "[the madman](#)" in the past) is the product of people being utterly disillusioned with many years of government in the hands of "Kirchnerism." Called after the name of the first president who practised this type of politics, Nestor Kirchner, "Kirchnerism" is a self-identified populist left-wing movement linked to Peronism. It has governed for four electoral periods from 2003 to 2022, with only one interruption by a center-right elected government between 2015 and 2019. Néstor Kirchner's term was followed by two terms with his wife, Cristina Kirchner, and then the current president, Alberto Fernández, of whom Cristina Kirchner is the vice president.

Under their governance, Argentina has plunged into a serious social crisis: [40% of the population lives in poverty, 10% live in extreme poverty and at least half of the population works in the informal economy](#). Milei, throughout the campaign, appealed to the anger of voters at a political establishment that has led [corruption flourish and struts their wealth before the eyes of the poorest](#). Meanwhile, [obstacles to productivity](#) are omnipresent, and the quality of public [education](#) – once a point of [pride](#) for Argentina's people because of its quality and for its ability

to promote [social mobility](#) – has plummeted and just become a flag to wave. People are *fed up* to the degree that their anger at the political establishment overcame the fear that Milei's political character and his radical proposals evoke. These include, *inter alia*, proposals to dollarise the economy, ban abortion, and reduce the state to a minimum as well as to [reduce the number of ministries from 18 to 8](#).

Yet, the question remains as to why after 40 years of democratic upswing, Argentinians elected a right-wing leaning populist, who has largely distinguished himself by his radicalism, unpredictability and at times aggressive behaviour. As Roberto Gargarella [writes](#), this election confronted voters with an impossible choice. Both options – [be it the current economy minister of an indebted Argentina with a failing economy or the candidate who literally used a chainsaw to demonstrate how we would cut state institutions and some of the most basic rights](#) – were clearly unwise. Faced with this kind of choice, citizens can only lose. Symbolically speaking, the loss is undeniable. Anarcho-libertarian populism has invaded the civic life of a country that has already been shaken by the [rift between Kirchnerists and non-Kirchnerists](#) and where the enemy is now the [political caste](#) that Milei is calling for to be [eradicated](#). The caste is those who, in his opinion, support an impoverished state and all those who do not join his libertarian agenda.

## Milei's Agenda

Milei's election has occurred against the backdrop of an existential conflict between Argentina's Kirchnerists and non-Kirchnerist citizens who see themselves as [staunch enemies](#). The tension between antagonistic groups reached its peak last year when there was an [attempt to assassinate](#) Vice President Cristina Kirchner just before a corruption conviction was issued against her. Nevertheless, few politicians have been as aggressive as Milei, who wielded the chainsaw to eradicate the political caste or took on the Vatican, calling the Argentinian Pope a



“filthy leftist” and a “representative of evil.” While some of his rhetoric is clearly right-wing, his proposals are many and varied and it is thus difficult to pigeonhole him. For example, he does not share any nationalist ideas or alignment with the Catholic Church. Nor does he call for Argentine sovereignty over the Malvinas Islands. This is quite remarkable since no presidential candidate had ever expressed the intention to relinquish sovereignty over the Malvinas Islands.

However, there is one part of Milei’s proposals that has led even right-wing leaning anti-Kirchnerist citizens to cast their vote in favour of the Kirchnerist candidate, Sergio Massa. These proposals, which are causing the greatest anxiety, are linked to the breaking of some fundamental agreements, some of which are the basis of co-existence even in an unhappy Argentina. We refer, for example, to Milei’s denial of state crimes during the last dictatorship as well as his proposal to liberalise the sale of firearms and to allow the sale of organs. The proposals in question, despite their varied nature, have caused disquiet because they appear to be quite extreme in a nation already struggling with social conflict, high crime rates, and extensive poverty. The latter two suggestions, particularly in a context of significant poverty and inequality, and notably the contentious idea of allowing the sale of organs to settle debts, pose a threat to peace and co-existence, as well as to the limits that the state can impose on individual autonomy in situations of extreme disadvantage.

### An Orderly Transfer of Power

Despite the heated nature of the elections, marked by Milei’s accusations of fraud on the eve of voting, and the triumph of “the madman”, the government accepted defeat and the candidates behaved reasonably. Similarly, despite the widespread anger, the celebrations on the streets also passed off without any significant incidents. Javier Milei and the outgoing president held a formally cordial meeting to organize the transition, which was followed by meetings between the vice-president-elect and the outgoing one, as well as various ministers in the same situation. If no unexpected events occur, it is likely that the transition will proceed in an orderly manner. We hope that President Fernández will present President-elect Milei with the presidential sash and administer the oath of office. This would be a sign of integrity and democratic quality and would allow Milei to take office within the

institutional framework provided by the legal system.

### Constitutional Roadblocks to the ‘Madman’s’ Agenda

At the same time, Milei’s arrival in the presidency creates a significant degree of uncertainty due to the radical nature of various of his proposals, his proven aggressiveness and Argentina’s turn towards populism. The question remains as to what constitutional democracy, with its system of checks and balances, can do to erect a fence against Milei’s more radical proposals, as for instance the free use of weapons, or to ‘burn’ the Central Bank.

It matters, in this regard, that despite his victory, Milei does not have a parliamentary majority. The parliamentary elections were held together with the first round of the presidential elections, in which several political forces competed, winning seats, and distributing representation in both the Chamber of Deputies and the Senate. In the new composition of the Chamber of Deputies, the current ruling party (associated with Kirchnerism) will maintain the largest share with 108 seats, followed by the center-right coalition (Juntos por el cambio) with 94 seats, and the party of the winner, Javier Milei, with only 38 seats. In the Senate, Kirchnerism will also remain the strongest party with 33 seats, the center-right coalition (Juntos por el cambio) will hold 21 seats, and Milei’s party will have only 7 senators. No bloc will have a quorum on its own, and the three main forces will need to negotiate among themselves.

Milei will therefore need the support of another force from the centre-right to pass legislation in parliament. This support will likely be lent by some of the members of Juntos por el Cambio, which supported him in the run-off. Nonetheless, the other parties will hopefully put the brakes on some of Milei’s more radical libertarian proposals that arguably jeopardise Argentina’s core democratic and constitutional values. In this respect, the opposition will likely oppose proposals such as the sale of human organs, the deregulation of the arms trade, the semi-privatization model of education proposed by Milei, the dismantling of public policies related to historical memory, and the suspension of trials for crimes committed during the dictatorship, among other things. On the other hand, it is foreseeable that with the support of his center-right allies, Milei may succeed in implementing some of his key economic proposals, such as the privatization of public companies, a drastic reduction in public spending, a decrease in the size of the state, as well



as an extensive deregulatory policy.

The lack of a parliamentary majority in the hands of the new President has another advantage in case Milei's nickname "the madman" is more than that and becomes a problem that would make it difficult for him to lead as President of the Republic. In particular, Articles 53, 59 and 60 of the Constitution outline the process for impeachment proceedings, which can be initiated in cases of misconduct or crimes committed while fulfilling official duties.

Moreover, even if all this fails and unconstitutional laws flourish, the Argentine Supreme Court remains an independent body with a certain degree of institutional health. This is so despite various manipulations and attempts at manipulation. It has in the past proven its willingness to fulfil its role as a guarantor of Argentina's Constitution and democratic institutions.

### The Opposition's Task

The institutional checks and the control of the vigilant citizenry can give us hope to overcome Argentina's typical problem of reducing democracy to periodic votes every two or four years. At the same time, Milei's lack of a political "apparatus," in particular his inability to rely on long-standing politicians to staff his cabinet and the

youth of his party, might help overcome the party corruption and political clientelism that have long characterized Argentine politics, among many other problems. That being said, addressing these latter problems will neither be easy, nor can it be achieved quickly, given that Argentina's problems are multifaceted, complex and interwoven, and depend to a large extent on the mayors, who wield considerable power.

As previously noted, Milei holds a minority position in both chambers of Parliament. He does not possess the support of any governors or mayors, which significantly limits his power. This limitation is particularly evident considering that most of his campaign proposals, whether economic or social, require Congressional approval.

In the worst case, however, the absence of a political apparatus could lead to two possible extreme scenarios: a very weak president who cannot make policies and has difficulties with governability, as in the case of Pedro Castillo in Peru; or the self-construction of a president who, to overcome his weaknesses, builds his strength through authoritarianism, as in the case of Nayib Bukele in Salvador. Let us hope that neither one nor the other materialises. The future opposition that is now leaving power and the accidental allies of the new president will bear a lot of responsibility in the next four years in Argentina, much more than on other occasions.

Anne Twomey

# A Frozen Constitution in a Sunburnt Country

The Loss of Another Australian Referendum

doi: 10.17176/20231114-233407-0



Australia's Constitution remains frozen, with the loss of a referendum on 14 October 2023. Only [eight out of forty-five](#) national referendums to amend the Constitution have succeeded, with no successful change since 1977. As the periods between holding referendums get longer, the people become unfamiliar with the mechanisms of constitutional change and even more wary about approving it. This feeds a spiral of loss and increasing reluctance on the part of governments to spend their political capital on futile constitutional reform attempts.

The 2023 [referendum](#) would have recognised Indigenous Australians in the national Constitution and provided a means, described as a 'Voice', for them to make representations to Parliament and the Executive Government on matters relating to Aboriginal and Torres Strait Islander peoples.

Harry Hobbs has previously [explained](#) the mechanism for constitutional change and the background to the Voice referendum. In this post, therefore, I will seek to give an overview of the reasons for the failure of the referendum, including the 'No' arguments, factors that contributed to the 'No' vote, and the demographics of the voting outcome.

## The arguments for 'No'

Opponents of the Voice referendum came from the political left as well as the right. The '[Progressive No](#)' campaign from the left, which attracted some support from Indigenous groups, regarded recognition in the Constitution as inconsistent with Indigenous sovereignty. It contended that Indigenous Australians should not engage in a 'colonial' constitutional process. It also portrayed the proposed Voice as a powerless and ineffective body, and instead campaigned for a treaty and a process of truth-telling, which it regarded as more likely to occur if the Voice referendum failed.

The Conservative No campaign's most [effective](#) argu-

ment was that the amendment would be [divisive](#) and [insert race in the Constitution](#). It argued that it was racist to include in the Constitution a provision that gives a Voice to a group of people based upon their racial ancestry. It claimed that the amendment would [divide us by race](#) by giving 'special rights' to Indigenous peoples that are not held by others, destroying the [equality of citizenship](#) established by the Constitution.

The proposed amendment was described as creating two different grades of citizenship, based on race. In effect, it turned on its head the argument that opposition to the Voice was based on racism, by arguing that it was in fact racist to vote for the Voice and that people had to vote 'No' to prevent Australia entrenching racism in its Constitution.

Next, the Conservative No campaign contended that the amendment was '[legally risky](#)'. It raised fears that the High Court of Australia would interpret it as requiring prior consultation of the Voice in relation to all government decisions, resulting in the courts being blocked up with judicial review applications if the Voice did not get its way. It claimed that Government would become [dysfunctional](#) as all decision-making became bogged down in litigation.

A third argument was that there was [insufficient detail](#) about how the Voice would be comprised or operate, as this would be left to Parliament to determine. This argument fed into a distrust of politicians and Parliament to resolve the problems of Indigenous disadvantage and concerns that the Voice would either be too weak or too strong, and would be dominated by Indigenous '[elites](#)' rather than people from remote areas who were better acquainted with the most serious problems facing Aboriginal and Torres Strait Islander peoples.

There were, of course, rational [counter-arguments](#) to all these arguments, but they required greater explanation and were not easily distilled to sound-bites. It takes more than 10 seconds to outline the concept of [substan-](#)

ive equality and explain that it does not require treating everyone exactly the same regardless of their different characteristics and circumstances. Moreover, such explanations required a degree of trust in those giving them, and trust was singularly lacking in the social media din, especially during a period marked by cost of living stress.

The absence of detail about the architecture of the Voice also fuelled a narrative of secrecy and *Trojan Horses*, which was particularly attractive to a constituency of the ‘No’ campaign that included sovereign citizens, those who feel oppressed or neglected by Government and those who are vulnerable to conspiracy theories.

Social media effectively spread many conspiracy theories, including that the Voice referendum: would result in people losing their homes and backyards to Indigenous claimants; was a plot by the United Nations to take control of Australia; would give effect to a coup to put in place an un-elected Indigenous monarchy and apartheid; would establish a separate tier of Indigenous government; or would turn Indigenous Australians into British subjects and strip them of their land rights. Trying to put out the spot-fires of these more extreme claims had the undesirable effect of shining attention on them, fuelling the general impression that the proposal was ‘risky’ and best abandoned.

## Other influences

There were a number of other factors that influenced the outcome.

### *Compulsory voting*

The first was compulsory voting which applies both to elections and referendums in Australia. On the one hand, this ensures the outcome is a more accurate reflection of the views of voters, and bolsters the credibility and legitimacy of the vote. The outcome of a referendum does not just reflect the views of those on the extremes and those who are more successful at ‘getting out the vote’. However, compulsory voting does also mean that those who have no view and are not prepared to educate themselves to form a view, still vote. In an election, they may choose to vote informally, but in a referendum they tend to vote for the status quo, which means they vote ‘No’. Political scientists have estimated that compulsory voting adds 7% of voters to the ‘No’ cause, raising the bar for ‘Yes’ to win.

### *Treaty, sovereignty and other Indigenous policy issues*

A significant portion of the campaign was spent debating other matters, such as the negotiation of treaties, the establishment of a truth-telling process, whether reparations would be payable for past confiscation of land, the status and meaning of Indigenous sovereignty and whether existing rights to land would be affected. There was confusion within the community about whether they were voting on these matters, as opposed to the actual constitutional amendment.

### *Degree of Indigenous support*

The degree of support for the referendum proposal amongst Indigenous Australians was also an important and contested factor. The Voice proposal had been a key recommendation of a constitutional convention of Indigenous Australians, which was the culmination of a consultation by way of dialogues held across the country in Indigenous communities. It therefore had broad support amongst disparate Indigenous groups, as well as by Indigenous organisations, such as Land Councils and peak bodies.

However, the ‘No’ campaign was led by three Indigenous Australians – Senator Lidia Thorpe on the progressive left side and Senator Jacinta Nampijinpa Price and Nyunggai Warren Mundine on the conservative side. Indigenous leadership on the ‘No’ side gave cover for arguments that might otherwise have been regarded as socially unacceptable. Voters also asked why they should support a measure to recognise and aid Indigenous Australians, if Indigenous Australians were not themselves agreed that it would be desirable and effective.

### *The risk and permanency of change*

The difficulty of changing the Constitution is to an extent self-fulfilling. The perceived risk of change is enhanced because voters know that once something is enshrined in the Constitution it cannot be changed by legislation or corrected if it has unintended effects or is interpreted by the courts in an unexpected fashion. The only way to alter it is to hold another referendum to change the Constitution, which is unlikely to succeed. The perceived permanence of change makes voters reluctant to support it, especially if they feel ill-equipped to understand the proposal or assess the consequences of change. Polling research by DemosAU – *Voice to Parliament Research – What*

**Drove the No Victory?** – concluded that the ‘determining factor in this referendum [was] fear of constitutional change’.

### *The Campaign*

Both the Yes and No campaigns engaged in advertising – with the No campaign concentrating on online advertising through social media and focusing on the States with smaller populations (as an Australian referendum requires support in a majority of States to succeed). It seized the narrative early in the campaign, leaving the Yes campaign struggling to turn it around later in the campaign.

According to the [Resolve Political Monitor](#) on the Voice Referendum Poll in October 2023, the Yes campaign was more effective in swinging votes through door-knocking and direct conversations with voters, but less effective with its advertising.

### **The Result and its demographic spread**

The [result](#) was roughly a 40-60 split, with 39.94% of valid votes for ‘Yes’ and 60.06% of valid votes for ‘No’. Voting was compulsory, with a turnout of 89.95% (almost the same as for the 2022 election) and a very low informal vote of less than 1%. The referendum failed to obtain a majority in any State, with only the Australian Capital Territory achieving a majority Yes vote of 61.29% approving the constitutional change.

Overall, electors in the 18-34 age group voted in favour of the referendum, with electors aged 35 and over tending to vote ‘No’, with the likelihood of a No vote increasing with a person’s age. The electorates that voted Yes were almost exclusively inner metropolitan seats or

seats in large regional cities. The No vote dominated in outer suburban, regional and remote areas. For most of the campaign, females were more likely to say they would vote Yes than males, but this began to even-up towards the end of the campaign, so that sex was no longer a significant distinction.

Electorates with higher levels of [affluence](#) were more likely to vote Yes, but the biggest predictor of voting outcomes was [level of education](#), with electorates with high numbers of [university graduates](#) voting Yes, while those dominated by people with high school or trade qualifications tended to vote No. All of the nine electorates in the country where more than half of the population has at least a [bachelor’s degree](#) voted Yes.

While there was ongoing debate about how Indigenous electors voted in the referendum, with much of the analysis falling into ‘[ecological fallacy](#)’, there was [some evidence](#) to show that at a polling booth level, those booths with predominantly Indigenous electors voted Yes.

### **Prospects for future reform**

The defeat of the referendum makes it far less likely that future referendums will be held. The current federal Government had previously floated the prospect of a republic referendum as a ‘second term’ possibility. But the defeat of the relatively simple Voice referendum suggests that a far more complex republic referendum in a politically charged environment would have little to no chance of success. So the Constitution remains frozen in cryostasis, awaiting a political thaw in a future age.

Julia Dehm

# Undermining the Energy Transition

doi: 10.17176/20231119-233326-0



Australia is confronted with three multi-billion dollar investment treaty claims from a mining company. The basis for two of the claims is a judgment from the Queensland Land Court, in which the court recommended that no mining lease and environmental authority should be granted to a subsidiary of the claimant for its coal mine. The investment treaty arbitration serves as another illustration of how the international investment protection system poses a threat to an urgent and just energy transition. In this blog post, I explain the background of the investment treaty claim, the decision of the Queensland Land Court, and argue that the Court's decision is an important precedent for the connection between coal, climate change, and human rights.

## Linking Climate Change and Human Rights

In a decision widely hailed as “historic” and “landmark”, the Queensland Land Court, in the case of *Waratah Coal Pty Ltd v Youth Verdict Ltd*, recommended the refusal of an environmental authority and mining lease applications for a coal mine project. This was in part because the mine's contribution to climate change would undermine human rights. Following the decision from November 2022, the Queensland Department of Environment and Science [refused the environmental authority for the mine](#). While the company initially appealed, it [withdrew this appeal](#) in February 2023. [In May 2023](#), Australian mining magnate Clive Palmer's Singapore-based company, Zeph Investments Pty Ltd (which owns 100% of Waratah Coal) filed a notice of arbitration against Australia under Chapter 11 of the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement, seeking \$43 billion in damages for the refusal of environmental permits for the mine. In October 2023, Zeph Investments Pty Ltd filed a further [notice of intention](#) to commence arbitration against the Australian government under the Singapore-Australia Free Trade Agreement, seeking \$69 billion in damages. This notice alleges, amongst other claims, that the decision of the Land Court breached the minimum standard of treatment

required under the fair and equitable treatment clause of the Agreement and constituted an expropriation.

These cases highlight how investment treaties pose a real risk to a rapid transition away from fossil fuels and increase the costs of the energy transition. In a recent [report](#), the United Nations Special Rapporteur on human rights and the environment provided compelling evidence of how ISDS has “become a major obstacle to the urgent actions needed to address the planetary and human rights crises”, concerns also echoed by the [Inter-governmental Panel on Climate Change](#) (IPCC). Analysis in [Science](#) documented that to date, there have been at least 231 ISDS cases related to fossil fuel investment (with 72% success rates for fossil fuel investors). Governments around the world could face exposure to claims from fossil fuel investors amounting to \$340 billion.

The Queensland Land Court's decision was the first case in Australia to explicitly link climate change and human rights and is arguably one of the few cases globally where the links between expanding fossil fuel production, its impacts on climate change, and the resulting effects on human rights have been recognized. There is growing scientific evidence, including in the [IPCC AR6 Synthesis Report](#) and the [International Energy Association's modelling](#), that in order to limit warming to 1.5°C, there can be no new fossil fuel infrastructure, and there needs to be a rapid phase-out of existing infrastructure. Yet the alarming reality is, as the [Production Gap report](#) shows, that governments around the world are planning to produce double the amount of fossil fuels that would be consistent with limiting warming to 1.5°C. Australia is already the [third largest exporter](#) of fossil fuel globally; it is one of the countries with [the biggest expansion plans](#) as well as one of the highest subsidizers of fossil fuels.

Additionally, there is now a consensus that climate change threatens the realisation of all human rights and will have a “cataclysmic” impact on the realisation of rights unless more ambitious action is urgently taken. In recent years there has been a “rights turn” in climate liti-



gation, with now [over 121](#) decided or pending cases that utilised human rights arguments to advance climate mitigation or adaptation (for an overview see [here](#) and [here](#)). However, there remains a real “[supply-side accountability gap](#)”. Some human rights treaty bodies and special procedure mandate holders have [offered views](#) on the role of fossil fuel production. Arguably, this is starting to coalesce into a clear normative position that preventing new fossil fuel developments is necessary to protect, respect, and fulfil the realisation of all human rights.

## Burning Coal, Violating Rights

The proposed Waratah Coal mine project, proposed for both open cut and underground thermal coal mining, is located north of Alpha in Central Queensland. The project would impact several properties, including a privately owned protected area, the Bimblebox Nature Refuge. It was intended that the coal extracted from this mine would be exported to countries in southeast Asia for electricity generation. The mine, if approved, would have extracted 40 million tonnes of coal per year, producing 1.58 billion tonnes of carbon dioxide emissions over its lifetime.

The Queensland Land Court, under the applicable legislative framework governing mining in Queensland – including the [Mineral Resources Act 1989 \(Qld\)](#) and the [Environmental Protection Act 1994 \(Qld\)](#) – was tasked with hearing an application for a mining license and environmental authority and made recommendations to the final decision maker. The objectors in this case, including Youth Verdict, a coalition of young people from across Queensland, represented by public interest environmental lawyers, the [Environmental Defenders Office](#), argued that the recently enacted [Human Rights Act 2019 \(Qld\)](#) was relevant to these proceedings, given that the Queensland Land Court, as a ‘public entity’ has obligations under the Act, including to make a decision in a way that is compatible with human rights and to give proper consideration to human rights in making its decision. Thus, although the [Human Rights Act](#) does not provide an independent cause of action, rights considerations could thereby be “piggy backed” onto an existing cause of action, such as an administrative appeal.

Youth Verdict argued that the project would infringe upon a multitude of rights protected by the [Human Rights Act 2019 \(Qld\)](#). These rights included the right to life of people in Queensland, the rights of First Nations peoples,

the rights of children, the right of property of the people in Queensland, and the right of certain groups to enjoy human rights without discrimination. Waratah Coal, however, argued that the emissions caused by the burning of the coal were not a relevant consideration for the court, as the responsibility for emissions caused from the combustion of the coal rests with the country where the coal is burnt.

The decision by President Kingham, spanning 372 pages, is incredibly careful in its consideration of the extensive evidence before the court, including detailed deliberations of how to engage climate scenarios and models, economic models about the pricing and demand for coal, and the political questions that structure the various assumptions that go into a cost-benefit analysis. Kingham P dismissed arguments made by Waratah Coal that there was too much uncertainty to predict what will happen with climate change, affirming that “there is sufficient certainty in the science to understand the relationship between emissions and temperature” [28]. In considering the impacts of the emissions from the mine, she considered the carbon budget approach “helpful” and found that the 1.58GtCO<sub>2</sub> resulting from the mine between 2029 and 2051 would make a “material contribution” to the remaining carbon budget (which expert evidence showed was 320Gt to limit warming to 1.5°C or 620GtCO<sub>2</sub> to limit warming to 2°C). While Waratah Coal tried to argue that Scope 3 emissions should not be considered by the court, relying in part on arguments that the Paris Agreement was based on a territorially bounded system of reporting of GHG emissions, Kingham P affirmed that scope 3 emissions were a relevant consideration.

Most significantly, Kingham P also rejected the so-called “market substitution defense” raised by Waratah Coal. The company argued that approving the mine would make no difference to global emissions because other coal – perhaps of lesser quality and higher carbon intensity – would simply be extracted from elsewhere to meet demand. This argument has been relied on by the fossil fuel industry in climate litigation in Australia and applied in several Queensland cases. However, it has been strongly [criticised by legal academics](#). Kingham P characterized substitution as a “factual not a legal question” [793], noting that “there is a vast difference between accepting the relevance of the possibility of perfect substitution and assuming it will occur” [793]. She then proceeded to carefully consider expert evidence, including on the dynamics of

supply and demand in international coal markets, before concluding that “the evidence about the perfect substitution proposition does not satisfy me the mine would have no bearing on GHG emissions” [1026].

This case should be of international interest for scholars of both human rights and climate litigation because of its careful engagement with the relationship between human rights and the extraction and burning of coal. After a detailed discussion of the relevant legislative tests, and international human rights jurisprudence (which was considered a ‘useful source of analogical reasoning’ even though it must be ‘approached with caution’ when considering the scope of rights and whether they were limited by the project [1354]), Kingham P found that approving the mine would cause climate change impacts, would limit several rights including the right to life, the cultural rights of First Nations peoples, the rights of children, the right to property and to privacy and home and the right to enjoy human rights equally. She thus concluded that the “balance weighs against approving the applications” [1655] and that “the importance of preserving the human rights is more important than the purpose of the Protect” [1657].

Given the careful and meticulous analysis conducted by Kingham P, it is concerning that the notice of intent to commence arbitration argues that the decision of the Queensland Land Court “was contrary to established precedent and jurisprudence, replete with error, illogicality, unreasonableness and involved findings of fact and law made to fit a predetermined and prejudicial outcome.” The notice also seeks to question the impartiality of President Kingham, describing her as “a political appointee with an anti-coal, pro-climate change activist agenda”,

citing evidence that she has previously “publicly expressed her support for the extremist climate change action organisation ‘Extinction Rebellion’” on social media. It also alleges improper interactions between the Queensland Land Court and the lawyers from the Environmental Defenders Office. It thus seeks to present an image of Australia as a state that does not provide mining companies with basic rule of law protections, when [academic studies](#) have shown the opposite: that fossil fuel and resource extraction industries have “constructed a covert network of lobbyists and revolving door appointments which has ensured that industry interests continue to dominate Australia’s energy policy”.

### A Precedent and a Warning

The Australian government said other legal action by Zeph Investments Pty Ltd would be “[vigorously defended](#)” and the governing Australian Labour Party (ALP) has a [policy](#) to “review ISDS provisions in existing trade and investment agreements and seek to work with Australia’s trading partners to remove these provisions”. However, even if this arbitration (brought by someone [considered by some](#) a “vexatious litigant”), that is likely to be challenged on jurisdictional grounds, is not ultimately successful, such investment arbitration can still have a “[chilling effect](#)” at a time when a much more rapid transition away from fossil fuels is urgently needed. *Waratah Coal v Youth Verdict* is thus both an important international precedent about coal, climate change and human rights, but also an important warning about how international arbitration risks undermining urgent and just energy transition.

Szymon Kucharski

# Limited Success

Reflections on the Falepili Union Treaty

doi: 10.17176/20231121-233427-0



On November 11 Australia and Tuvalu concluded a [treaty](#) on establishing the ‘Falepili Union,’ which deals with three pressing matters (art.1): climate change adaptation, collective security, and a new human mobility pathway. Hailed as ‘[groundbreaking](#)’, and ‘[the most significant Pacific agreement in history](#),’ the Treaty certainly constitutes a profound step forward in building climate-resilient international relations, especially with its contributions to international migration law and international law on statehood. However, it also falls short in several instances, especially in fully respecting Tuvaluan equality in relation to Australia, and leaves a number of questions unanswered.

## An Overview

Article 1(a) of this treaty, as well as its preamble, call the newly established Union between Tuvalu and Australia by the name *Falepili*. Tuvalu has previously invoked this term in its [temporary refuge scheme](#) for foreigners stranded on its soil during the time of the COVID-19 pandemic, as well as in various [climate resilience projects](#) undertaken in international co-operation. Its original meaning derives from the [Indigenous Knowledge](#) of Tuvaluans, and could be summarized as [duty of care for safety of neighbours in need](#), understood in an inclusive manner [p.2]. Similar principles might be found in [other](#) Indigenous culture of Pacific nations [p. 861]. The Treaty between Tuvalu and Australia seems to invoke it in a similar manner, as describing the Falepili Union as one ‘(...) based on values of good neighbourliness, care and mutual respect (...)’

Contrary to the [emphasis of international media](#) on a human mobility scheme for climate-vulnerable Tuvaluans to be established by the Australian state, provisions on that subject are included only in the third article of the Falepili Treaty. Before focusing on solutions based on outmigration, the Parties stressed the importance of *in situ* adaptation and maintenance of Tuvaluan statehood in article 2. Subsequently, security and defence obligations

of the Parties are laid down in the fourth article. Australia pledges to aid Tuvalu in times of major natural disaster, public health emergencies of international concern, military aggressions against Tuvalu. Tuvalu in return offers Australia rights of access, presence within, and overflight of its territory (if necessary to execute the aforementioned duty, and upon an advance notice). Moreover, Tuvalu obliged itself to mutually agree with Australia any arrangement, partnership, or engagement with third parties in matters of ‘defence, policing, border protection, cyber security and critical infrastructure, including ports, telecommunications and energy infrastructure.’ In order to discuss issues arising from this agreement, to interpret its provisions, and to settle disputes related to it, the Parties decided to establish Joint Committee with those prerogatives (articles 5 and 6).

## Implications for International Migration Law

Contrary to media reporting, the treaty does not [offer special visas for ‘climate refugees.’](#) Climate migrants or [people moving because impacts of global warming had \(or is about to\) rendered their territory uninhabitable](#) [p. 165], do not generally meet the criteria for [refugee status](#), as set by the Refugee Convention of 1951 [pp. 157-158]. This is mostly due to difficulties in establishing any persecutory [intention](#) [p. 48], – save for extreme cases of [environmental persecution](#). It is equally difficult to challenge the removal of climate migrants to their climate-vulnerable state on the grounds of the prohibition of *non-refoulement*, [due to the problems with individualization of future human rights violation, and the probabilistic nature of those](#) [paras. 9.7-9.10, 9.12]. The multicausal and heterogenous nature of climate migrations, presented exhaustively [here](#), thus poses a unique challenge for addressing it within the international legal order. The absence of any clear, non-discretionary pathway for the lawful resettlement of people experiencing heavy impacts of global warming in their home states has been described as a ‘[legal lacuna](#)’ concerning climate migrants [p. 132]. How-

ver, this might be changing. [African](#) and [American](#) regional refugee regimes use more open refugee definitions, which protect, among others, people displaced by ‘events seriously disturbing public order’. Moreover, the [Global Compact for Migration](#) (objective 2), and [Refugees](#) (paragraph 8) invoked the climate change-migration nexus in non-binding provisions. Some European courts have begun to refer to global warming-related environmental degradation in their rulings on [subsidiary protection](#), and [non-refoulement](#).

The Falepili treaty does not provide a lot of information about the details of its mobility scheme: it only states that Australia shall ‘arrange for a special human mobility pathway,’ for Tuvaluans to live, work, and study in this Continent, while also being able to access Australian healthcare welfare systems (art. 2). Tuvalu on its end is obliged to strengthen its immigration control, probably in order not to open this mobility pathway for citizens of other Pacific Nations. Because the Treaty does not speak of ‘refuge’ or ‘refugees,’ it seemingly creates a new category of migrants eligible for residence permits.

It nonetheless amounts to an important step to fill said legal lacuna concerning climate migrants in the Pacific context. In particular, although it draws inspiration from Aotearoan [Pacific Access Category](#), which allows a quota of Pacific nationals from Kiribati, Tuvalu, Tonga, and Fiji, to be granted a residence permit in New Zealand, the Treaty’s mobility scheme is by itself an innovative concept. At the same time, because its starting position is *not* the one of the necessity of migration, the Treaty reflects the [preference](#) established in international soft law for *in situ* adaptation [para. 14(f)] while respecting the [wishes](#) of a majority of Pacific Indigenous Communities to remain and persevere in their state of origin.

Moreover, the Falepili Treaty emphasizes a cooperation between Tuvalu and Australia in determining persons most in need of resettlement to the latter state (articles 2(3) and 3(2) respectively). This further strengthens the solidarist nature of relocations of said individuals to Australia – in contrast to refugee protection, which, once granted, implies that the state of origin was either the persecutor or failed protector of the migrant, leading to [potential tensions](#). And while the [number](#) of migrants which Australia (outside of the Treaty) pledged to accommodate on a yearly basis might seem low, it still constitutes a considerable figure of [2.5%](#) of Tuvaluan population.

## Implications for International Law on Statehood

The possibility of small atoll nations being completely swallowed by rising sea levels, induced by global warming, has also posed a challenge for [international legal doctrine](#). Since the [Montevideo Convention](#), which also reflects customary law on statehood, enumerates territory as one of conditions for state’s existence (art. 1b), will nations like Tuvalu or Kiribati eventually cease to exist?

Legal scholars have proposed several [ways](#) through which atoll nations could survive, including cession of territory, protectorate status, confederacy etc. [pp. 119-160]. Newer [research](#) has also shown that sea-level rise is not necessarily a capital sentence for those states, as they have so far successfully maintained their territorial integrity [pp. 850-855]. It also seems that the international legal community clearly prefers to keep the statehood of climate-vulnerable atoll nations, as illustrated by Biden’s recent [statement](#). Nonetheless, a threat of ‘state disappearance’ remains.

The Falepili Treaty makes it abundantly clear (art. 2(2b)) that ‘the statehood and sovereignty of Tuvalu will continue (...) notwithstanding the impact of climate change-related sea-level rise.’ Moreover, there are no provisions that obligate Tuvalu to concede their territorial rights, such as those concerning their marine areas and Exclusive Economic Zone, as had been [previously suggested](#) by the Australian government in exchange for their further support. The Treaty’s adoption might therefore amount to state practice that deviates from the Montevideo principles by decoupling statehood from the requirement of territory where this is lost due to climate change. This could possibly lead to the formulation of a new [customary rule](#).

## Latent Inequality

The Falepili Treaty offers a potential way forward for Tuvaluans vulnerable to the impacts of global warming, cements Tuvalu’s statehood and continued presence on world maps, and includes Indigenous Knowledge as a moral basis for an international legal treaty.

Nonetheless, this agreement falls short of being a model for the international community to follow. To begin with, substantive parts of the treaty remain silent on exact Australian contributions to Tuvalu, both in terms of financial assistance for adaptation, and in the number of Tuvaluans being eligible for residence in Australia.

lia. While its provisions might therefore sound promising today, Australia could in the future severely minimize its participation in those schemes. Moreover, in Article 6 the Parties surrendered their right to bring disputes arising from the Falepili Treaty before international bodies. This further enhances Australia's capacity for diminishing its efforts to fulfil its treaty commitments. This problem is further exacerbated by the fact that [the parties to this agreement, despite words of mutual respect, are not equals, with their relationship reflecting the postcolonial global order](#). While the Treaty confirms Tuvaluan autonomy and does not include far-reaching obligations concerning security and defence partnerships, it nonetheless positions islanders as somewhat dependant on Australia. This casts doubt on the Treaty's egalitarian wording.

### Lingering Questions

At the same time, the Treaty remains silent on several crucial issues. Is the Falepili Union a [confederation](#)? Or shall Tuvalu now be an Australian [protectorate](#), with limited autonomy in foreign policy? The strong proclamation of Tuvaluan sovereignty, and a creation of a common body are arguments for the former. Australian security guarantees, combined with Tuvaluan surrender of its full freedom in external relations make the case for the latter. The question matters as it determines how other states should interact with Australia and Tuvalu regarding the issues covered by the treaty.

Another question pertains to the position of the Joint Committee in the context of the implementation of the Treaty. Wider competences for this body, or at least a high level of respect towards its opinions, would definitely improve the Tuvaluan position in this unequal relationship.

Moreover, it remains to be seen whether the new human mobility scheme will limit the possibility of Tuvaluans to apply for international protection, in Australia and in other states. For instance, protection granted by

the UNRWA to Palestinian displaced persons is treated as a reason to exclude them from the scope of the [Refugee Convention](#) [art. 1D, see also Akram's [summary](#) of issue, notably pp. 230-231], while in the European context people receiving [temporary protection](#) are still allowed to obtain refugee status [art 3(1)]. Since under this scheme Tuvaluans will be given residence permits, it seems justifiable to argue that the subsequent application for refugee status in Australia would be superfluous, since they already would receive a higher level of protection from this state. However, being exempt from this new pathway should not prevent individuals from obtaining international protection elsewhere, in case they meet necessary criteria.

Lastly, is the *Falepili* principle equal in substance to the principle of good neighbourliness, or is it an addition to the international legal language? If treated as synonymous, it could boost the Tuvaluan position even further, since, as [Basheka](#) puts it, the existence of good neighbourliness implies a symmetric, equal relationship between the states [p. 32-33]. One could therefore argue that Australia cannot simply forbid Tuvalu from concluding an international partnership with a third party, but should justify its position, try to negotiate a compromise with its partner, and generally not abuse its right. If the *Falepili* principle is a separate principle, there is definitely a need to specify its legal meaning, in order to properly deduce normative obligations arising from it.

In conclusion, researchers and policymakers concerned with the implications of global warming on human migrations should carefully consider the Treaty's content and include it in their future works.



Noam Kozlov

# How the War in Gaza May Upend Israel's Constitutional Limbo

doi: 10.17176/20231109-203724-0



On October 7, a [murderous surprise attack](#) by the Hamas militant group left 1,400 Israelis dead. In response, Israel launched a full-scale invasion of the Gaza Strip in an attempt to end the Hamas rule there. This invasion claimed, up to this point, the lives of [almost 10,000 Palestinians](#), many of them women and children. This war was brought upon Israel following a year of chaos and political turmoil that surrounded the government's ambitious judicial overhaul. Immediately after the government assumed office, it [proposed several extensive reforms](#) in the Israeli judicial system that attempted to quash the judiciary's powers and [diminish checks and balances](#) on the government's authority. Enjoying an absolute majority in the Knesset, Israel's parliament, it seemed that the government would be successful in its endeavor – after all, nothing stood in its way, or so we thought. However, a year into the government's tenure, even before the war erupted, the judicial reform seemed to [be struggling](#), and now, with the war on the way and with total public mistrust of the government, it seems that the war serves as the final nail in the judicial reform's coffin. The Israeli political climate, and especially the relentless effort by protesters who opposed the revolution, coupled with the surprise attack on Israel and the current war, all stopped the judicial overhaul this time around. However, there are no guarantees that these exogenous factors will still be in place when the populist voices in Israeli politics will attempt to once again undermine the constitutional structure of Israel, and they *will* try. Therefore, the current failed judicial overhaul should be used as a warning sign for the democracy-seeking public in Israel and lead to a demand for constitutional entrenchment of the democratic values of the Israeli state. As the judicial overhaul of 2023 has shown us – democracy is not safe if it hangs by the thread of a simple majority in parliament.

Before we proceed, a short disclaimer: The piece discusses ongoing events and touches on the political repercussions of the Israel-Gaza war; the full extent of these repercussions obviously remains to be seen.

## Is The Reform Done?

A few days following the October 7 attack, Prime Minister Benjamin Netanyahu established a [national unity government](#) with a key opposition leader, Benny Gantz. Gantz, former Chief of Staff of the Israeli military and a centrist politician, [conditioned](#) his agreement to enter the coalition on Netanyahu's commitment to refrain from pushing through any legislation unrelated to the war effort, specifically the halt of the judicial reform. Gantz, who enjoys unprecedented [approval in the polls](#) and is perceived by many as a uniting and uncontroversial figure, is both a top contender to inherit Netanyahu as Prime Minister and is also a fierce opponent of the judicial overhaul. Thus, with Gantz in government, legislating any bills related to judicial reform would prove impossible. In addition, with the government's [unprecedented disapproval in the public's eyes](#), it would not risk alienating the public even further by attempting to make political gains amidst the ongoing war. Finally, critical members of the government, including Netanyahu himself, explicitly stated that the reform "[wasn't on the table](#)" anymore. Yariv Levin, the Minister of Justice and a vital proponent of the judicial overhaul, is rumored to have decided to [resign](#) after the war, seeing himself and his reform as at least partially responsible for the October 7 catastrophe. As a result, Levin finally [agreed to convene](#) the Committee for Nomination of Judges. Previously, Levin argued that the committee gave unfair representation to members of the judicial branch and thus refused to convene the committee in its current form. The committee's makeup was a [vital part of the judicial reform](#), as the election of favorable judges was one of the [main motivations](#) behind the government's judicial overhaul. Hence, the decision to convene the committee in its current form, where the coalition would be in the minority, seems like the admission of defeat, especially when the decision comes from Levin himself, probably the most zealous proponent of the overhaul, who declined to convene the committee even in

the face of [petitions awaiting the Supreme Court's ruling](#).

## But what about after the war? Won't it be possible for the government to return to track when the cannons stop firing?

Well, first, it seems that the war will not end anytime soon. The government's proclaimed goal, [eliminating Hamas from Gaza](#), would ultimately take time to achieve, if at all possible. Furthermore, it is not yet clear that the limited conflict between Israel and Hamas won't escalate to an [all-out regional war with Hizballah](#) in the north and other factions on Israel's Syrian border. Even after the war has ended, Israel will face yet another challenge: dealing with the post-Hamas Gaza Strip and its 2 million civilian inhabitants. Thus, it is yet unclear just how long will the current conflict take and what Israel will look like in its aftermath. But in any event, it seems pretty clear that the government will struggle to stay in power the day after. Current polls reduce Netanyahu's Likud party [by at least a third](#), with some of its allies hanging next to the electoral threshold and in danger of being erased from the political map. The Israeli government was unpopular even before the war, where the judicial overhaul alienated many swing voters and predicted that the government would decisively lose the next elections, a prediction that the war made even worse. Even before the war, Israel faced [mass protests of hundreds of thousands](#), demanding the government to stop the judicial overhaul. These protests will only grow if the government fails to resign after the war.

Furthermore, just days before the war, Israel's Supreme Court [heard arguments](#) over the constitutionality of a part of the judicial reform, and it was predicted by many that a court decision that would declare the reform unconstitutional [might not be adhered to by the government](#) plunging Israel into a constitutional crisis. It now seems that if the government enjoyed any mandate disregarding the court's ruling before the war, this mandate is gone. Overall, it seems that the government's reform was struggling even before the war erupted, with many arguing that Netanyahu and his allies had already begun to discuss [ways to halt the overhaul](#) without disappointing their political base. These hurdles that the reform faced before the war were only exacerbated by it, where now it seems that the government's days are numbered, and the judicial overhaul is little more than a distant memory of

the past.

Another aspect of the day after the war is the pending [investigation](#) into the causes of the strategic failure that led to the October 7 catastrophe. The Israeli army, one of the strongest in the region, was caught in complete surprise by an unsophisticated and relatively small threat – the Hamas militant group. This surprise came at a terrible human cost to civilian and military personnel alike. The Israeli public will demand an investigation into this failure, and political leaders – including Netanyahu – have already committed to [conducting a complete and thorough investigation](#) after the war. This investigation would ultimately surface multiple moments in the past year that the government would prefer to be forgotten, among them Netanyahu's [decision to decline](#) the IDF's Chief of Staff's request to meet and discuss the repercussions of the judicial overhaul on the integrity and strength of the military, as well as Netanyahu's decision to [dismiss his Minister of Defense](#), after the last warned that the judicial overhaul might harm Israel's defense capabilities and expose it to security threats. Netanyahu will not find himself alone, as other senior public officials [explicitly dismissed](#) the security concerns raised by the military. While military generals are also expected to come under scrutiny in this investigation, it can hardly be seen how the government could keep its hands clean. Of course, the makeup and independence of the investigatory body would significantly shape the investigation. Still, it seems that even without an official report, the fingers will be pointed at Netanyahu and his judicial overhaul in the aftermath of the war. Even if Netanyahu were to survive politically somehow – which seems highly unlikely – the already crippled judicial overhaul would not endure, as what remained of it died with the victims of the October 7 attack.

## Will the Judicial Overhaul Be Back?

Even if the current attempt to reform the judicial system had failed, the populist voices that initiated it [will not be erased from the Israeli political map](#). It is yet to be seen how the power dynamics in Israel would play out in the days after the war, but it is pretty clear that the strong base of support for populist policies is not going anywhere. With that in mind, the unique, almost extraordinary, exogenous factors that prevented the current judicial overhaul are not sure to repeat themselves: the current protests, accompanied by the political strength that the pro-

testing groups enjoyed this time around through their relative influence over the [military](#), [the academy](#), [the high-tech industry](#), and other vital institutions in Israel, may not be as effective in the future. Similarly, the dire security situation that Israel faces today is – hopefully – not sure to return the next time populism attempts to hijack Israeli democracy. Thus, even if the Israeli political structure withstood this current attack, there is no guarantee that future attempts to undermine the independence of the judiciary won't succeed.

Therefore, proponents of democracy in Israel cannot wait for the next crisis to come. The judicial overhaul of 2023 showed just how fragile Israeli democracy is and how easy it would be for a [simple parliamentary majority](#) to demolish the [already weak separation of power structure](#) in Israel. Maybe in this time, the exogenous, informal checks on the power of the political branches managed to stop the judicial overhaul. Still, there are no assurances

that they will always manage to protect Israel's democracy, especially considering the unforeseeable consequences of the current war. Thus, if one lesson can be learned from the attempted constitutional revolution in Israel, it is that constitutional rights and protections cannot be left to the whims of a simple parliamentary majority. Therefore, Israel needs to enshrine its constitutional structure in entrenched constitutional provisions, protected by stability clauses, that cannot be changed with just a simple and incidental parliamentary majority. These constitutional protections will need to, *inter alia*, specify the power dynamics between the different branches and set the framework for the judicial review of legislative and constitutional acts. While the full political repercussions of the current Israel-Gaza war remain to be seen, without an entrenched and complete constitutional text, it would be surprising if Israel wouldn't find itself in yet another constitutional turmoil in a few years.

Khaled El Mahmoud

# 'Steadfast and Unreserved'

Is Germany in Breach of its Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law?

doi: 10.17176/20231128-213804-0



On 24 November 2023, the [Barcelona City Council](#) passed a resolution, suspending diplomatic ties with Israel, until a permanent ceasefire is established. While this may not reflect the stance of the Spanish government, it has nevertheless condemned 'the indiscriminate killing of innocent civilians'. As more EU States (such as [Belgium](#), [France](#), and [Ireland](#)) have raised their concerns regarding Israel's military operations in Gaza, Germany has remained steadfast in its 'unwavering' and 'unreserved' support for Israel. To the extent that Israel has failed to comply with international humanitarian law (IHL), Germany's position might amount to a breach of its obligation under common Article 1 (CA1) of the 1949 Geneva Conventions (GC) to 'ensure respect' for IHL. While this obligation is incumbent on all States parties to the GC, this post focuses on Germany due to its particularly affirmative position with respect to Israel's conduct.

## Israel's Response to the Terrorist Attacks

On 7 October 2023, Hamas launched an [estimated 3,000 to 5,000 rockets](#) and unprecedented terrorist attacks in several locations in Israel. In wake of these appalling acts of terror, Prime Minister Benjamin Netanyahu [declared a state of war](#). Subsequently, [a complete siege was imposed on the Gaza Strip](#), cutting off 2,3 million people from all essential supplies. The incessant bombardment of the Gaza Strip by the Israeli Defense Forces has caused a significant number of casualties, [with over 11,000 estimated dead, and over 28,000 injured](#). These staggering tolls are particularly distressing given that [children make up almost half of Gaza's population](#). An [evacuation order issued by the IDF](#) required more than 1 million people to leave northern Gaza within 24 hours. Subsequently, [over 1,5 million people have been internally displaced](#). Moreover, significant damage has been caused to residential buildings and vital civilian infrastructure, resulting in [rendering extensive areas uninhabitable](#).

## Germany's Position

In a [public statement on 26 October 2023](#), Chancellor Scholz asserted Germany's position by saying that:

'Israel is a democratic State with humanitarian principles that guide it and therefore you can be sure that the Israeli army will observe the rules arising from international law in its conduct. I have no doubt about that.'

Germany has repeatedly demonstrated its '[unwavering](#)' and '[unreserved](#)' support for Israel. In this regard, an official spokesperson for the government of Germany stated at a [press conference on 30 October 2023](#) that 'Germany has always made it clear that [it] stand[s] by Israel's side without any ifs or buts.' The topic of whether Israel is acting in accordance with IHL was discussed on multiple occasions during press conferences held on [1 November](#), [6 November](#), and [15 November 2023](#). While the responses recognised Israel's legitimate right to self-defense, the German government was unwilling to address Israel's potential breaches of IHL. In a more recent [press release on 18 November 2023](#), Scholz reiterated Germany's full solidarity with Israel, stressing that 'Germany stands unwaveringly by Israel's side.'

While States, by virtue of their sovereignty, are *prima facie* free to conduct their foreign policy as they see fit, this freedom is not absolute, but subject to constraints imposed by international law. Such a restriction may arise from Common Article 1 of the Geneva Conventions which states:

'The High Contracting Parties *undertake* to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.'

## The Positive and External Element of CA1

Some believe CA1 to simply amount to a broad commitment with no substantial legal significance, which lacks both a *positive* and *external* element [[here](#) and [here](#)]. Yet,



it was highlighted by the ICJ that '[t]he ordinary meaning of the word "undertake" is to give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation. [...] It is not merely hortatory or purposive' [para. 162]. The ICRC comments accompanying the draft introducing the relevant language stated that it was intended to 'stress that if the system of protection of the Convention is to be effective', States parties 'must also do everything in their power to ensure that the humanitarian principles [...] [are] universally applied' [p. 5]. These observations clearly indicate that CA1 contains a *positive* obligation. However, it is equally clear that, at the time of its drafting, the primary *rationale* for the inclusion of the phrase 'to ensure respect' was to reaffirm the commitment of States parties to guarantee compliance with the Geneva Conventions not only by their armed forces but also by their populations. Against this historical background, it appears that the phrase 'to ensure respect' was originally intended to emphasise a broad internal compliance rather than encourage enforcement of *external compliance*.

While the phrasing of CA1 is inconclusive as to whether the obligation to ensure respect has an external dimension, Article 31(3)(b) VCLT permits subsequent practice to be taken into account to determine a norm's meaning. There is ample evidence of practice that supports attributing an external dimension to the obligation under CA1. For one, the UNSC endorsed the idea that CA1 encompasses an 'external compliance dimension' in [Resolution 681 \(1990\)](#), 'calling upon the High Contracting Parties [...] to ensure respect by Israel [...] for its obligations under the Convention in accordance with article 1 thereof'. The UNGA has adopted a number of [resolutions](#) to the same effect. The external element of CA1 was also acknowledged by the [UN Human Rights Council](#) and other regional organisations, notably the [Council of Europe](#), the [Organisation of African Unity](#), and the [Organisation of American States](#). While [resolutions adopted by international organisations do not constitute subsequent practice within the meaning of Article 31 VCLT per se](#), their contents may nevertheless provide an authentic interpretation of CA1 to the extent that they reflect an agreed subsequent practice of States parties [p. 40, para. 14].

Moreover, the ICRC has also [appealed in the past to the international community to guarantee IHL compliance by States accused of violations](#), without any criti-

cism. [Customary law Rule 144 of the ICRC's study on customary international humanitarian law \(CIHL study\)](#), which establishes that CA1 'is *not limited to behavior by parties to a conflict*, but includes that States do all in their power to ensure that [IHL] is respected universally.' While some rules specified in the CIHL study faced [significant opposition from particular States](#), Rule 144 has not yet been objected to. The interpretative guidance set out by the ICRC in the CIHL study is 'the result of an expert process based on an analysis of State treaty and customary practice' and may therefore reflect subsequent practice [p. 41, para. 15].

The [CIHL database](#) offers substantial further evidence of State practice with regards to CA1's external compliance dimension and can be referred to for this purpose.

Crucially, the ICJ has also found that [there is an external compliance dimension to the obligation to prevent genocide](#) [para. 430] arising from [Article I of the Genocide Convention](#). The latter bears structural resemblance to CA1. Therefore, it is unsurprising that the ICJ also recognised the external compliance dimension of CA1, notably in its 1986 judgment of the [Nicaragua case](#) [paras. 220, 255-6] and its 2004 advisory opinion on the [Israeli Wall](#) [paras. 158-9]. In the latter, it emphasised that:

'It follows from that provision [i.e., CA1] that every State party to that Convention [i.e., GC IV], whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with. All the States parties to the Geneva Convention [...] are under an obligation, while respecting the UN Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law'.

The ICJ's position was further confirmed by the ICTY in its judgments in the 1998 [Furundžija case](#) [para. 151] and in the 2000 [Kupreškić case](#) [paras. 517-9].

Taken together, there is little or no doubt that CA1 today encompasses an external compliance dimension.

## Is Germany obliged under CA1?

The obligation under CA1 applies to [international and non-international armed conflicts](#) [para. 125]. The application to the latter is reinforced by Article 1(1) of the Additional Protocol II to the GC (AP II) of 1977 which asserts



that the ‘Protocol [...] develops and supplements Article 3’. The classification of the Israeli-Palestinian conflict as an international or non-international conflict is irrelevant, since both fall under the purview of CA1. Neither does the status of Gaza matter, for CA1 also applies to a [state of occupation](#) [para. 125]. Thus, any breach of the GC by another State activates the obligation under CA1.

Scholars have convincingly argued elsewhere that certain military actions taken by Israel constitute violations of IHL, triggering the obligation under CA1. For instance, the complete siege of Gaza has been recognised as the infliction of starvation as a method of warfare [[here](#) and [here](#)]. The Jabaliya bombardments, on 31 October and 1 November 2023, have also been classified as indiscriminate attacks, thus violating the principle of proportionality [[here](#)].

Therefore, it is incumbent upon Germany to undertake positive steps to induce Israel to respect IHL.

### Some Possible Measures

With respect to the structurally related obligation of due diligence in preventing genocide, the ICJ has stated that it is the duty of States ‘[to employ all means reasonably available to them](#)’ [para. 430]. Consequently, the obligation to ensure respect is an [obligation of conduct](#) and must also be fulfilled with a standard of [due diligence](#) [paras. 166]. In principle, Germany can choose from a range of measures, as long as they are [deemed appropriate to enforce compliance](#) [para. 165]. The [specific circumstances determine the precise substance of the obligation](#), taking into account the gravity of the violations, the means reasonably available to Germany, and the degree of influence it has over Israel [para. 165].

Germany is Israel’s [primary economic partner in the EU](#) and one of its [significant supplier of arms](#). By the beginning of November 2023, Germany had approved considerably more arms exports to Israel than in the previous year, [with an increase in value from 32 to 303 million euros](#). Against this backdrop, Germany’s potential influence on Israel must be fully factored in to determine the necessary measures to be taken.

The ICRC provides an [overview of possible measures](#) to ensure respect [para. 181]. In the event of persistent violations of IHL, Germany should exert diplomatic pres-

sure by publicly condemning Israel’s strategy of warfare and demanding an immediate end to its transgressions. It may further pursue accountability for perpetrators of serious violations of IHL both through the [ICC in its ongoing investigation into the situation in Palestine](#), and the [universal jurisdiction mechanism](#). In the event of persistent non-compliance, Germany will have to take stronger measures to fulfil its duty of due diligence.

By way of comparison, in response to Russia’s aggression towards Ukraine and [non-compliance with IHL](#), Germany enforced a series of diplomatic, economic, and political sanctions. These measures form part of an [EU-led response](#) to the ongoing war, with the objective of ‘[dismantling Russia’s industrial and economic ability to wage war](#)’. To be sure, they are likely less appropriate in the case of Israel, given the different nature of the conflict. In particular, contrary to Russia, Israel is exercising its [legitimate right to self-defense](#). However, in case of enduring non-compliance with the norms of IHL, nuanced sanctions remain an option to exert pressure on Israel. Moreover, Germany also has the option of conditioning its arms transfers on compliance with IHL and restrict them accordingly.

### Germany’s International Responsibility

On 16 November 2023, a statement was released by UN experts expressing that they are ‘[profoundly concerned about the support of certain governments for Israel’s strategy of warfare against the besieged population of Gaza](#)’. There is little doubt that this statement implicitly pertains to the German government. Is its current stance the right one?

After World War II, Germany took considerable time to regain faith and confidence in the idea that it could be a member of the world community, which respects international law. At present, however, it appears to be in breach of its obligation arising from CA1. Considering Germany’s historical responsibility for the Holocaust, it remains imperative that it provide support to Israel amid the appalling terrorist attacks. However, Germany’s commitment to Israel’s security may not exceed the bounds of international law. Going forward, Germany must give due consideration to its international obligations in its support for Israel.

Nathalie A. Smuha

# Biden, Bletchley, and the emerging international law of AI

doi: 10.17176/20231115-113402-0



On 30 October 2023, US President Biden issued a ‘landmark’ [Executive Order](#) to ensure that ‘America leads the way in seizing the promise and managing the risks’ of AI. In the two weeks that passed since, commentators across the world have analyzed its merits and drawbacks. Yet rather than its substance, the aspect of this Executive Order that I find most interesting, is its timing. The Order was issued four days after the plenary session of the [Council of Europe’s AI Committee](#) (CAI), where an international treaty on AI is being negotiated; two days ahead of the UK’s AI Safety Summit, which resulted in the [Bletchley declaration](#) calling for international cooperation to manage AI’s risks; four days ahead of the [UN First Committee’s adoption](#) of a draft resolution on lethal autonomous weapons; and on the very same day as the [G7 leaders’ agreement](#) on Guiding Principles and a Code of Conduct on AI.

Each of these global fora positions itself as a venue to discuss, create and shape international AI regulation, alongside national and supranational venues aspiring similar ends. The European Union’s efforts to finalize the [impending AI Act](#), a comprehensive regulation set to become ‘a blueprint’ for AI legislation across the world, can for instance be seen against the same background. The significance of Biden’s Executive Order can therefore only be understood when taking a step back and considering the growing global AI regulatory landscape. In this blogpost, I argue that an international law of AI is slowly starting to emerge, pushing countries to adopt their own position on this technology in the international regulatory arena, before others do so for them. Biden’s Executive Order should hence be read with exactly this purpose in mind.

## The race to AI regulation

A while ago, I wrote that the race to AI (in which the US, the EU, China and others are eagerly pursuing leadership over the technology) is gradually being comple-

mented by a [race to AI regulation](#). At that time, the regulatory race was however primarily driven by soft law initiatives. The European Commission’s High-Level [Expert Group](#) had issued AI Ethics Guidelines (2019), [Japan](#) published a guidance document titled “Social Principles of Human-centric AI” (2019), and [China](#) issued ‘Ethical Norms for New Generation Artificial Intelligence’ (2021). Since then, the stakes have changed significantly.

First, AI systems and their uptake continued to increase in scale, along with media reporting on the subject (not always shying away from sensationalism, yet also shedding light on important AI misuses). As awareness about the technology’s risks matured, international organizations started putting AI higher on their agenda, and announced their intention to propose new legal frameworks (not always devoid of the underlying desire to be the first to do so). Second, a growing number of regulators also explicitly proclaimed the need for new *binding* legislation. Shortly after the European Commission proposed a sweeping AI Act (2021), China adopted legal rules on [algorithmic recommendation](#) systems (2022), followed by rules targeting [deep fakes](#) (2023) and, most recently, interim measures for [generative AI](#) (2023). Canada too proposed binding rules in its Artificial Intelligence and Data Act ([AIDA](#)) in 2022, indicating a willingness to potentially accept an economic setback in exchange for better citizen protection. Third, the technology itself and its many manifestations also changed. The advent of ChatGPT and the like, which enable the public at large to delegate text and hence also thought to AI, as well as other generative applications, only underlined the sense of urgency when it comes to its governance.

Today, the race to AI regulation is fiercer than ever, fueled by various motivations. The most obvious is the genuine concern that AI systems – despite all their beneficial potential – can also cause significant individual, collective and [societal harm](#), which may impede the very goals of their adoption. Moreover, if people don’t trust

the technology (or rather, if they don't trust the technology's *developers* and *users*), they won't rely on it, hence forsaking its benefits. Consequently, clear rules are needed to manage AI's risks and to offer developers legal certainty while preserving their appetite for innovation. The question is, of course, how these two aspects ought to be balanced. In addition, regulators hope to gain a first-mover advantage by going in early with new AI rules. This could enable them to disseminate their AI standards in global fora, to export them to other jurisdictions (like the EU's so-called '[Brussels Effect](#)' in the privacy space, for instance), and to retain a competitive advantage for domestic actors by providing them with a head start to implement the new rules. In theory, at least.

### Catching-up

In light of these developments (and given the Biden administration's closer cooperation with the EU on technology and the protection of liberal democracy) the US could not lag behind. In what seemed like an attempt to catch up in the race to AI regulation, the White House published a [Blueprint for an AI Bill of Rights](#) in 2022, followed by the more recent [Executive Order](#) 'on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence' which explicitly builds on the Blueprint. The Executive Order covers a lot of ground – from a mandate for developers of 'the most powerful AI systems' to share their safety test results and other critical information with the U.S. government, to the establishment of standards and best practices to detect deepfakes, a call on Congress to pass bipartisan data privacy legislation, and principles to protect workers. There is, however, not much *new* ground. That said, the Executive Order also puts forward a crucial goal on which the US does seem to deliver: 'advancing American leadership abroad', by 'expanding bilateral, multilateral, and multistakeholder engagements to collaborate on AI'.

With this Order, the US hence stands firm in establishing itself as a crucial force in AI's global regulatory arena, and as a key contributor to the emerging international law of AI. Since last year, the US joined the CAI's negotiations for an [international treaty](#) on AI based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law, taking on a prominent role. Set to be finalized in the spring of 2024, this treaty could become the first binding international legislation on AI. In July 2023, the US also became – once again – a member of UNESCO, which previously adopted a [Recommendati-](#)

[on](#) the Ethics of AI. While this recommendation is non-binding, it calls for strong human rights-oriented protections – including a monitoring mechanism – and was adopted by 193 states. Furthermore, in February 2023, the US also made a [political declaration on the responsible military use of AI and autonomy](#), which it is persuading other countries to join (so far, with moderate success).

Yet beyond *direct* legal endeavors, the US is also *indirectly* influencing the tone of the international regulatory debate, as can be seen from its involvement in the UK's AI Safety Summit. The Summit, which took place in Bletchley on 1 and 2 November 2023, was initially criticized for overly focusing on AI's more hypothetical 'existential threats' to humanity rather than tackling the technology's very real and current harms – a prioritization question that is currently dividing the international AI community. The UK government seemed to have opted for the former. In her 2023 State of the Union [speech](#), Commission president Ursula Von der Leyen likewise stressed 'the risk of extinction from AI', to the dismay of many actors who fear this might push the urge to deal with existing injustices to the background (though the EU's AI Act plainly centers on current harms). When looking at the US' stance, Biden's Executive Order is rooted in the 'current harms' approach, as also underlined by Kamala Harris' [speech](#) in Bletchley. Without denying the need for global action against AI's existential threats, she emphasized there are also threats which cause harm already today and which, 'to many people, also feel existential'. These threats pertain not only to discrimination and surveillance, but also to errors leading to medical misdiagnosis, the loss of healthcare benefits, or the flood of mis- and disinformation. Ultimately, the plea to broaden the UK's understanding of 'AI safety' has also found its way to the final Bletchley declaration, which focuses on short- and long-term risks alike.

### Conclusion

There will likely be many more normative AI declarations, recommendations, and orders before the first binding international treaty on AI sees the light of day. Many obstacles and differences in opinions and priorities still need to be overcome for this to happen. Yet without a doubt, an emerging international law of AI is slowly taking shape, complementing as *lex specialis* the many international norms and rules that already apply today (such as, for instance, international humanitarian law when AI is used

in military contexts). This occurs in parallel with the development of national AI regulation, which likewise comes in many colors and shapes, yet which unmistakably influences its international counterpart.

As of yet, it is too early to ascertain what the value and effect of these initiatives will be, and whether the global efforts towards harmonizing certain AI norms will

prevent or legitimize a regulatory race to the bottom by individual states. Yet with its Executive Order, notwithstanding the fact that its requirements are still nowhere near the EU's intricate upcoming AI Act, the US has effectively claimed back leadership in the global regulatory arena for AI. Let us hope it uses this position well.

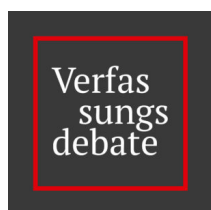
# About Us

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

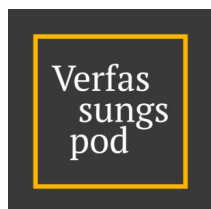
Verfassungsblog is a space for legal and political controversy and debate. Opinions published on the website and as collated in this volume are not necessarily shared by the Verfassungsblog editors/publisher/partners.



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



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



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



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

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

---

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

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



Verfassungsbooks  
ON MATTERS CONSTITUTIONAL