



# ZEUS

04

28. Jahrgang 2025  
Seiten 537-740

## ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN



### Herausgeber

Marc Bungenberg  
Christian Calliess  
Thomas Giegerich  
Michael Hahn  
Torsten Stein†

Eckart Klein

Kritik der Menschenrechte

Pascal Hector

Außen- und Sicherheitspolitik nach der Zeitenwende – ein Paradigmenwechsel

Ursula Fasselt

Der Menschenrechtsansatz oder die „Mühen der Ebenen“

Ulrich Nussbaum

Regeln für die digitale Ökonomie: von der nationalen zur europäischen Rechtsetzung

Lucius Caflisch

Umweltverträglichkeitsprüfungen im grenzüberschreitenden Rahmen

Jörg Ukrow

Zeitenwende für die Medienregulierung

Joachim Wolf

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Herzstück im System verfassungskonformer exekutiver Wahrnehmung von Staatsaufgaben  
Christian Calliess

Die Europäische Union zwischen Überdehnung und Erweiterung:  
Zeit für eine flexiblere europäische Architektur

Gero Leibrock

Die Rechtliche Einordnung harmonisierter europäischer Normen  
im Rechtsgefüge des Gemeinschaftsrechts

Jürgen Bröhmer

Die Welt im Wandel

Stefan Weber

Legitime Ziele im Subsidiaritätsprinzip des Art.5 Abs. 3

Reden – Georg Ress zum 90. Geburtstag



Nomos

Inlibra

---

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN

**Herausgeber:** Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. (Lausanne) | Prof. Dr. Christian Calliess LL.M.Eur. | Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. (Virginia) | Prof. Dr. Michael Hahn LL.M. (Michigan) | Prof. Dr. Torsten Stein†

**Gründungsherausgeber:** Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress

Europa-Institut der Universität des Saarlandes · Sektion Rechtswissenschaft · Postfach 15 11 50 · D-66041 Saarbrücken

**Redaktion:** Dr. Bianca Böhme LL.M. | Prof. Dr. Jürgen Bröhmer | Dr. Christian von Buttlar LL.M. | Prof. Dr. Iris Canor | Dr. Mareike Fröhlich LL.M. | Dr. Oskar Gstrein LL.M. | Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. | André Husheer | Dieter Lang LL.M.Eur. | Prof. Dr. Maria Meng-Papantoni | Prof. Dr. Zlatan Meškić | Dr. Kristina Müller | Prof. Dr. Alexander Proelß | Prof. Dr. Dagmar Richter | Rüdiger Sailer | Dr. Anne Thies LL.M. | Dr. Anja Trautmann LL.M. | Dr. Pieter Van Vaerenbergh LL.M. | Sebastian Ramelli LL.M.

## Inhalt

<b>Vorwort</b>	<b>539</b>
Eckart Klein	
<b>Kritik der Menschenrechte</b>	<b>540</b>
Pascal Hector	
Außen- und Sicherheitspolitik nach der Zeitenwende – ein Paradigmenwechsel	551
Ursula Fasselt	
Der Menschenrechtsansatz oder die „Mühen der Ebenen“	563
Ulrich Nussbaum	
Regeln für die digitale Ökonomie: von der nationalen zur europäischen Rechtsetzung	588
Lucius Caflisch	
Umweltverträglichkeitsprüfungen im grenzüberschreitenden Rahmen	599
Jörg Ukrow	
Zeitenwende für die Medienregulierung	610
Joachim Wolf	
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Herzstück im System verfassungskonformer exekutiver Wahrnehmung von Staatsaufgaben	639
Christian Calliess	
Die Europäische Union zwischen Überdehnung und Erweiterung: Zeit für eine flexiblere europäische Architektur	660
Gero Leibrock	
Die Rechtliche Einordnung harmonisierter europäischer Normen im Rechtsgefüge des Gemeinschaftsrechts	675
Jürgen Bröhmer	
Die Welt im Wandel	683
ZEuS 4/2025, DOI: 10.5771/1435-439X-2025-4-537	537

Stefan Weber	
<b>Legitime Ziele im Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV</b>	701
<b>Reden – Georg Ress zum 90. Geburtstag</b>	730

## IMPRESSUM

### Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)

ISSN 1435-439X

**Schriftleitung:** Dr. Philipp Reinhold (V.i.S.d.P.)

**Lektorat:** Lisa Vita Landes

**Einsendungen bitte an:** Europa-Institut der Universität des Saarlandes | Sektion Rechtswissenschaft | Postfach 15 11 50 | D-66041 Saarbrücken | Telefon (0681) 302 6653 | Fax (0681) 302 4879 | E-Mail zeus@europainstitut.de | www.zeus.nomos.de

**Manuskripte und andere Einsendungen:** Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigelegte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter [www.nomos.de/urheberrecht](http://www.nomos.de/urheberrecht).

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben. Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

**Anzeigen:** Verlag C.H. Beck GmbH & Co. KG | Media Sales | Dr. Jiri Pavelka | Wilhelmstraße 9 | 80801 München  
Tel: (089) 381 89-687 | [mediasales@beck.de](mailto:mediasales@beck.de)

**Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:** Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestrasse 3-5 | 76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-0 | Fax (07221) 2104-899 | [www.nomos.de](http://www.nomos.de)  
Geschäftsführer: Thomas Gottlöber | HRA 200026, Mannheim

**Bankverbindung:** Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: IBAN DE05 6625 0030 0005 0022 66 (BIC SOLADES1BAD)  
**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich

**Preise für die Druckausgabe:** Institutionen: Jahresabo 219,- €, Einzelheft: 37,- €.

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil 18,- € bzw. Direktbeorderungsgebühr 1,90 € (Inland).

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Kundenservice:** Telefon: +49-7221-2104-222 | E-Mail: [service@nomos.de](mailto:service@nomos.de)

**Kündigung:** Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

## Vorwort

Am 21. Januar 2025 beging der Jubilar, unser Lehrer Georg Ress, seinen 90. Geburtstag. Es ist zu einer schönen Tradition geworden, alle fünf Jahre den „runden“ Geburtstag des Jubilars mit einem festlichen Kolloquium zu feiern und danach das verschriftlichte Resultat zu veröffentlichen. So auch diesmal.

Vor fünf Jahren stand die Welt im Zeichen des Coronavirus. Noch ist nicht abschließend zu ermessen, welche langfristige Bedeutung die Pandemie für die Menschheit haben wird. Sicher ist jedoch, dass sie vieles verändert hat, im Hinblick auf den gesellschaftlichen Zusammenhalt, Vertrauen, Arbeitskultur oder Digitalisierung. Fünf Jahre später sehen wir uns neuen Herausforderungen gegenüber: Die regelbasierte (internationale) Ordnung ist infrage gestellt. Populistische Strömungen gewinnen an Einfluss. Institutionen geraten unter Druck. Vertrauen und Kohäsion werden auf die Probe gestellt. In Europa führt ein Staat einen Angriffskrieg gegen ein Nachbarland. Konflikte in verschiedenen Regionen dauern an.

Eine Konstante über all die Jahre war und ist der Optimismus des Jubilars. Jede Herausforderung birgt Anlass, den Blick nach vorn zu richten. Das Vorwort vor fünf Jahren zitierte Georg Ress mit den Worten: „Wir werden gewinnen.“ Es war seine Antwort auf schon früher geäußerte pessimistische Gedanken, getragen von seiner Überzeugung in die Kraft des Völkerrechts, der Menschenrechte und der europäischen Integration. Diesen seinen Optimismus braucht es heute in besonderem Maße, wenn die Europäische Union daran arbeitet, ihre Rolle als Gewicht und Gegengewicht im globalen Gefüge zu definieren und zu stärken. Die Zukunft fordert von uns Glauben an das Gelingen und die Kraft zu klaren Entscheidungen. Orientierung geben jene Werte, für die Georg Ress steht.

Dass dieses Kolloquium und dieses Sonderheft der ZEuS möglich wurden, ist – wie so oft – dem Engagement vieler zu verdanken: dem Europa-Institut mit seinen Direktoren Marc Bungenberg und Thomas Giegerich sowie der Geschäftsführung unter der Leitung von Julia Legleitner; der ZEuS-Redaktion unter der Leitung von Dr. Philipp Reinhold; zahlreichen Personen, die im Hintergrund gewirkt haben; und – last but not least – den Vortragenden, die ihre Gedanken zu Papier gebracht haben, und das auch noch rechtzeitig. Allen zusammen ein herzliches Danke!

Schlussendlich sei allen Teilnehmern des Kolloquiums für ihr Kommen und die regen Diskussionen gedankt. Sie haben diesen Tag zu einem Festtag gemacht.

*Jürgen Bröhmer und Stefan Weber*

# Kritik der Menschenrechte

Eckart Klein\*

## Inhalt

A. Begriff der Kritik und ihr Gegenstand	541
B. Externe Angriffe auf die Grundlagen der Völkerrechtsordnung	542
C. Interne Gefährdungen	542
D. Fazit	547

## Abstract

Mit dieser Kritik der Menschenrechte wird versucht, die Herausforderungen zu bewerten, die die Menschenrechte daran hindern können, ihre Ziele zu erreichen. Menschenrechte sind in diesem Zusammenhang internationale Rechte, die für die Staaten durch das Völkerrecht verbindlich sind. Die Herausforderungen kommen von außen, insbesondere durch die zunehmende Missachtung des Völkerrechts durch die Staaten und den Klimawandel (Anstieg des Meeresspiegels), der das Leben und das Eigentum der Menschen unmittelbar bedroht. Der Artikel befasst sich jedoch eher mit den internen Entwicklungen im Menschenrechtsbereich, die die Menschenrechte daran hindern können, ihre Versprechen zu erfüllen. Kritisch behandelt werden ein einseitiges Verständnis der Universalität der Menschenrechte und ihr hedonistischer Gebrauch. Menschenrechtsaktivismus, der auf moralischen und nicht auf rechtlichen Grundlagen beruht, führt zu Problemen, wenn diese moralischen Normen nicht geteilt werden. Internationale Gerichtshöfe, die die Menschenrechte zu Recht als „lebendige Instrumente“ verstehen, sollten dieses Auslegungsargument vorsichtig verwenden, aber die Grenzen zwischen Normsetzung und Auslegung nicht überschreiten.

## Critique of Human Rights

This critique of human rights tries to assess challenges which may impede human rights to achieve their aims. Human rights are, in this context, international rights binding on States by international law. The challenges come from outside, particularly by the growing disrespect of international law by States, and the climate change (sea-level rise) directly threatening people's life and property. However, the

\* Prof. em. Dr. iur. utr., Universität Potsdam (Germany) und Mitglied des UN Menschenrechtsausschusses von 1995 – 2002. Email: klein@uni-potsdam.de. Die hier vorgelegten Ausführungen wurden bei einem Kolloquium zu Ehren von Georg Ress vorgetragen und sind für den Druck geringfügig ergänzt und mit Fußnoten versehen worden.

article tackles rather the internal developments in human rights law which may hamper human rights to fulfil their promises. Critically treated are a one-sided understanding of the universality of human rights and their hedonistic use. Human rights activism founded on moral not legal foundations leads to problems where these moral norms are not shared. International courts while rightly understanding human rights as "living instruments" should carefully use this interpretive argument but not overstep the limits drawn between norm setting and interpretation.

**Keywords:** Universality of human rights; hedonistic use; human rights activism; moral and legal norms; human rights as living instrumemnts; limits of interpretation.

### A. Begriff der Kritik und ihr Gegenstand

Unter Kritik verstehe ich für meine Ausführungen die Erörterung eines Gegenstands, seine Beurteilung und Bewertung.<sup>1</sup> Gegenstand hier sind die Menschenrechte. Dabei handelt es sich für meine Zwecke um juridische (nicht moralische) Rechte, also solche, die eine völkerrechtliche Form gefunden haben und rechtlich verbindlich sind.<sup>2</sup> Es sind keine apriorische Rechte, sondern aus schlimmsten Erfahrungen, Leid und Schmerz erwachsene normative Festlegungen, die dem Schutz der Menschen auch und gerade gegenüber dem eigenen Staat dienen sollen.<sup>3</sup> Es ist diese Normativierung von Wertvorstellungen, welche die Rechtssubjektivität des Menschen auch im Völkerrecht voraussetzt<sup>4</sup> und die zusammen mit dem militärischen Gewaltverbot zu der häufig genannten, aus den Erfahrungen der Weltkriege und des Holocaust generierten kopernikanischen Wende des Völkerrechts geführt hat. Die Substanz dieser Wende ist im Urteil des Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien zum Tadić-Fall prägnant zum Ausdruck gebracht worden: „A state-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach.“<sup>5</sup> Kann die damit angesprochene Aufgabe unter den das Völkerrecht und die Menschenrechte von außen und innen gefährdenden Bedingungen (noch) erfüllt werden? Mit dieser Frage will ich mich im Folgenden in der zeitgebundenen Kürze beschäftigen.

1 Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 9. Aufl. 1975, Bd. 14, Stichwort: Kritik, S. 384 f.

2 Zum Verhältnis von moralischen zu juridischen Rechten *Klein*, Intercultural Human Rights Law Review 2015, S. 8 ff.; *Mota*, Buffalo Human Rights Law Review 2023-2024, S. 97 f.

3 Art. 3 Abs. 3 GG gibt einen Hinweis auf solche Erfahrungen.

4 *Mosler*, ZaÖRV 1962/1, S. 1 ff.

5 ICTY, *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-I-A (Appeal), 2.10.1995, Rn. 97.

## B. Externe Angriffe auf die Grundlagen der Völkerrechtsordnung

Auf die von außen gegen die bestehende Völkerrechtsordnung anbrandenden Herausforderungen kann ich nur höchst oberflächlich eingehen. An erster Stelle zu nennen ist der offene Versuch von Staaten, eine an die Stelle der seit 1945 bestehenden Völkerrechtsordnung tretende neue Ordnung zu setzen, die den Machtinteressen der Staaten freie Bahn lässt und damit das militärische Gewaltverbot und, als notwendige Folge, auch eine entscheidende Voraussetzung für den Menschenrechtsschutz aushebeln will. Primäre Protagonisten sind dabei Russland und China und leider auch die USA unter der sich populistischen Methoden verschriebenen Präsidentschaft Trump.<sup>6</sup> Zugleich wird damit die Rolle des VN Sicherheitsrats minimiert, da es sich gerade bei diesen Staaten um Vetomächte handelt, die ihre Kompetenz immer weniger zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Weltfriedens, sondern zur Abwehr aller gegen ihre eigenen imperial-kolonialorientierten Interessen gerichteten Maßnahmen nutzen. Die Bedeutung des Sicherheitsrats ist in unseren Tagen auf einen historischen Tiefpunkt gesunken.<sup>7</sup> Eine besondere Herausforderung ganz anderer Art stellt der Klimawandel dar, dessen Folgen schon heute sichtbar sind und in Zukunft zahlreiche schwere Bedrohungen für Leben, Gesundheit und Heimat für Hunderttausende herbeiführen werden.<sup>8</sup>

## C. Interne Gefährdungen

Den Schwerpunkt meiner Ausführungen möchte ich indes auf solche Gefährdungen der Menschenrechte legen, die aus ihnen selbst, ihrem Verständnis und ihrer Anwendung entstehen. Die folgenden Überlegungen erheben nicht den Anspruch auf Vollständigkeit, wollen aber einige Gesichtspunkte aufzeigen, die meines Erachtens der Erfüllung des Versprechens der Menschenrechte im Weg stehen können.

I. Es gibt keinen guten Grund, von der mit den Menschenrechten eng verbundenen *Universalitätsidee* Abstand zu nehmen. Dies folgt aus dem die Menschenrechtskonzeption als „foundational value“ tragenden Gedanken der Menschenwürde,<sup>9</sup> deren Grundlage ihrerseits nicht näher bestimmt zu werden braucht.<sup>10</sup> Allerdings ergibt sich hieraus im Völkerrecht nur eine Universalitätsbehauptung, deren Erfolg

6 Haratsch, DÖV 2025/9, S. 367 ff.

7 Vgl. etwa Wildangel, Vereinte Nationen 2025/3, S. 103 ff.

8 Dazu Klein, in: Liber Amicorum Stein, S. 189 ff.; Pacific Island's Forum's 2023 Declaration on the Continuity of Statehood and the protection of Persons in the Face of Climate Change-Related Sea-Level Rise, abrufbar unter: <https://forumsec.org/publications/2023-declaration-continuity-statehood-and-protection-persons-face-climate-change> (2.8.2025).

9 Chaskalson, in: The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, S. 135.

10 Vgl. Heuss, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, N.F. S. 49: Die Würde des Menschen sei eine „nicht interpretierte These“. Es gibt eben verschiedene Wege, die nach Rom führen. Ob es einen moralischen Universalismus gibt, ist denkbar, einen Mindeststandard mag man erkennen. Zuletzt zu dieser Frage, ob es einen moralischen Universalismus gibt und wie er zu konstruieren ist, Joas, S. 39 ff. (zum Begriff); 879 ff. (zu den Herausforderungen).

in der Praxis offen bleibt.<sup>11</sup> Schon die Tatsache, dass die meisten völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge gekündigt werden können,<sup>12</sup> ist hierauf ein klarer Hinweis, ebenso wie die engen Voraussetzungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht. Nur wenige Menschenrechte haben den Rang von Normen, also zwingenden, alle Staaten bindenden Rechts erreicht.<sup>13</sup> Die Berufung auf den moralischen Kern von Menschenrechten ist zwar möglich, wird aber oft ins Leere gehen, schon deshalb, weil moralische Überzeugungen nicht notwendig von allen geteilt werden müssen. Das ist ja eben der Vorteil der völkerrechtlichen Normativierung der Menschenrechte, dass sie unabhängig von einer geteilten moralischen Grundlegung rechtliche Verbindlichkeit erhalten, falls die Staaten die vertragliche Grundlage ratifiziert haben. So kann man zum Beispiel Staaten, die entsprechende völkerrechtliche Verpflichtungen nicht akzeptiert haben, die Beibehaltung der Todesstrafe nicht als Rechtsverletzung vorwerfen. Wohl aber kann man versuchen, sie in diplomatischer Zurückhaltung vom Sinn des Verzichts auf die Todesstrafe zu überzeugen. Rechtsstaatsdialoge mit dazu bereiten Staaten ohne moralisierendes Gehabe haben durchaus ihren guten Sinn.

II. Das präronciert *individualistische Verständnis* der Menschenrechte ist westliches Gedankengut, das von der Antike zu Kant und zu dem in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung erklärten Recht der Menschen auf Streben nach Glück reicht.<sup>14</sup> Nun wird gerade diese Hervorhebung des individuellen Glückstrebens nicht von jedermann, vor allem nicht von vielen ausländischen Kulturen geteilt, die eher die Gemeinschaft in den Blick nehmen und die Einzelpersonen als bloße Glieder dieser Gemeinschaft verstehen, denen nur bestimmte Mitgliedschaftsrechte zugeteilt sind. Dies ist insbesondere der Fall in Diktaturen, in denen die Einzelnen ohnehin weitgehend rechtlos sind.<sup>15</sup> Aber auch in Staaten mit wenig ausgebildeten Sozialsystemen, in denen die Einzelnen nicht in die Beliebigkeit entlassen werden können, sondern für die Erfüllung der Bedürfnisse der kleineren Gemeinschaften wie Familie oder der größeren wie ihrem Stamm oder Volk gebraucht werden. So enthält die nicht von ungefähr so betitelte „African Charter on Human and Peoples‘ Rights“ einen eigenen Abschnitt, in dem jedermann „Pflichten gegenüber seiner Familie und der Gesellschaft, gegenüber dem Staat und anderen gesetzlich anerkannten Gemeinschaften sowie gegenüber der internationalen Gemeinschaft“ auferlegt werden.<sup>16</sup>

Wir haben keinen Grund, von der prinzipiell individualistischen Ausprägung der Menschenrechte abzugehen. Aber die Rechte dürfen nicht ohne Beachtung ihrer ausdrücklichen oder immanenten Grenzen beansprucht werden. Besonders

11 Klein, in: Festschrift Kirchhof, § 43, Rn. 4 und 13 ff. (S. 476, 480 f.).

12 Ausführlich Hofmann, S. 45 ff.

13 *The American Law Institute*, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, Vol. 2, 1987, § 702, S. 161, 167.

14 Murray, S. 14 ff., 334: „The problem of freedom of the individual in the ancient world required us to demonstrate the existence of the individual apart from the community.“.

15 Dazu heißt es bei Schmitt, S. 94: „Der Staat ergreift das Individuum und fügt es in seinen Rhythmus ein.“.

16 Afrikanische Konvention Kapitel II Art. 27–29.

gefährlich wird ihre Inanspruchnahme bei einem Umschlag in Hedonismus, der das persönliche Glücksstreben dem Gemeinwohl grundsätzlich vorordnen möchte. Es ist wahr, dass die rechte Mitte schon deshalb schwierig zu finden ist, weil wir das Individualwohl zugleich als Teil des Gemeinwohls verstehen. Es ist aber darauf zu verweisen, dass mit privatem Glücksstreben Selbstverantwortung einhergehen muss, die aber, wenn sie nicht wahrgenommen wird oder nicht zur Erfüllung ausreicht, immer stärker auf den Staat unter Berufung auf Menschenrechte überantwortet wird, der damit das private Glücksstreben nicht nur zu respektieren, sondern auch alle Voraussetzungen hierfür bereitstellen soll.<sup>17</sup> Damit wird aus dem Recht auf sich selbst bestimmter aber auch selbstverantworteter Lebensführung unter der Hand ein Leistungsrecht.<sup>18</sup> Mit dieser Einstellung wird der Staat schlicht überfordert. Dass er kaum mehr wagt, einen allgemeinen Gemeindienst für junge Menschen zu beschließen, von einer Wiederaktivierung des Wehrdienstes ganz zu schweigen, zeigt, wie schwer Gemeinwohlvorstellungen – etwa die klassische, heute aber nicht mehr einzige Aufgabe des Staates, nämlich die Sicherheit im Innern und nach Außen zu garantieren<sup>19</sup> – gegenüber Individualwohlvorstellungen durchzusetzen sind. Neben übertriebener individualistischer Ausdeutung der Menschenrechte – oder auch damit verbunden – werden zunehmend Identitätsforderungen von Gruppen (Gruppenindividualismus) erhoben, die das Problem verschärfen und übrigens in einer Demokratie auch Repräsentationsfragen aufwerfen.<sup>20</sup> Was für die nationalen Grundrechte gilt lässt sich auf die internationale Ebene übertragen.

Verdunkeln übersteigerte Individualrechte das Gemeinwohl, so lösen sich die Menschenrechte aus ihrer nicht verzichtbaren Verankerung in dem Boden, auf dem sie allein wirken können. Dem Dilemma, das sich aus dem ‘verzweigten Gegenüberstehen’ von Individual- und Gemeinwohl ergibt, ist nicht zu entgehen. Die richtige Balance ist immer wieder neu zu bestimmen. Übersteigerungen der einen oder anderen Seite gefährden die Glaubwürdigkeit der Menschenrechte, die auch Säulen einer gerechten Gesamtordnung sein sollen und daher nicht allein Einzelinteressen dienen können.

III. Auch *menschenrechtlicher Aktivismus*, oft nur „im Dienst der Moral unterwegs“,<sup>21</sup> kann der Geltung und Wirkung der Menschenrechte schädlich sein. Aktivisten in diesem Sinn sind meist Einzelne oder Gruppen, aber auch Staaten, genauer: ihre Regierungen, können zu Aktivisten werden, etwa in der Hoffnung, dadurch demokratische Dividenden im Sinne wahlaktischer Vorteile zu erhalten. Dabei geht es um Versuche, immer neue Menschenrechte zu kreieren, etwa das Recht auf Frieden, auf ausreichenden Schulraum, mehr medizinische Forschung oder gar die Erstreckung menschenrechtsäquivalenter Rechte auf Tiere und Pflanzen, Flüsse

17 Vgl. zur analogen Inanspruchnahme nationaler Grundrechte BVerfG, Beschl. v. 23.9.2024, 1 BvL 9/21, Ziff. 38 und 44.

18 Bahr, in: Evangelische Verantwortung, S. 6.

19 v. Humboldt, S. 58 ff.; Ress, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 48, S. 83 ff.

20 Wirsching, Auf die Probe gestellt, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 23.12.2024, S. 6.

21 Wagner, Moralische Irritationen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 11.12.2024, S. N 4.

und Berge mit der einhergehenden Verleihung von Rechtspersönlichkeit.<sup>22</sup> Es wird zu wenig bedacht, dass solche Rechte oder schon ihre Propagierung das menschenrechtliche System sprengen, dem Normalmenschen nicht mehr vermittelbar sind und dadurch Reaktionen hervorrufen, die man eindeutig als politisch und letztlich auch als rechtlich fatal beurteilen muss.<sup>23</sup>

IV. Allgemein stimmt man darin überein, dass der *völkerrechtliche Durchsetzungsmechanismus* defizitär ist, und das betrifft zweifellos gerade den Menschenrechtsschutz.<sup>24</sup> Unabhängig davon, ob die Menschenrechte und die daraus folgenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Staaten in das nationale Recht inkorporiert sind oder nicht und ob die über geltend gemachte Verletzungen entscheidenden Instanzen rechtlich verbindlich judizieren oder nur Empfehlungen abgeben können, reißt die letztliche Abhängigkeit des Menschenrechtsschutzes von der Kooperationsbereitschaft der Staaten eine unübersehbare Lücke in diesen Schutz. Diese Lücke wird umso sichtbarer, je häufiger auch sich den Menschenrechten nicht verschließende Staaten bei der Umsetzung einschlägiger Gerichtsurteile zögern oder sich ihr ganz verweigern.<sup>25</sup> Man kann das rechtlich nicht billigen, doch sollte es Anlass sein, die dieses Verhalten auslösende Rechtsprechung kritisch zu überdenken. Denn gerade dieses Problem weist auf die unabdingbare Rolle der Staaten beim Menschenrechtsschutz zurück.<sup>26</sup>

*Rigorosität* kann auch im Übrigen schädlich sein. Die nahezu unisono erhobene Forderung, keinesfalls Straflosigkeit (impunity) bei schweren Verbrechen zuzulassen, kann zur Fortsetzung von Kriegen und damit zu zahllosen weiteren Menschenrechtsverletzungen führen. Statt strikt einer aus Gerechtigkeitsgründen zunächst einleuchtenden Politik zu folgen, könnte ein Abwägungsprozess zu dem Ergebnis führen, dass es doch der Gerechtigkeitsidee nicht widerspricht, wenn durch Unterlassung von Strafverfolgung zahllose Menschenleben gerettet werden können. Dies gilt insbesondere dann, wenn andere Möglichkeiten der Wahrheitsermittlung

22 Heinz, Vereinte Nationen 2011/5, S. 222; Klein, in: Festschrift Riedel, S. 121 f. Auf der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht in Hamburg (März 2025) wurden die Themen „Flüsse, Berge und Wälder als Rechtspersonen?“ und „Schimpansen, Flusspferde und Flüsse vor deutschen Gerichten? Partei- und Rechtsfähigkeit von natürlichen Ressourcen und Tieren im anthropozentrischen Kollisionsrecht“ erörtert. Dazu auch, Joas, S. 885 ff., der dabei auch die mit Einräumung einer Rechtsinhaberschaft nicht abtrennbare Frage nach Rechtspflichten aufwirft.

23 Sehr zutreffend heißt es bei Nußberger, ZaöRV 2024/4, S. 1000: „(t)he more rights are labelled ‚human rights‘ and the more detailed and differentiated they are, the less likely they will be universally recognised. The question remains whether a good compromise that all can accept is better or worse than the potentially ideal solution that many reject.“

24 Vgl. dazu etwa aus dem Bereich der VN Menschenrechtsausschüsse Grobmann, S. 16 ff., 133 ff.

25 Insgesamt zu diesem Phänomen Breuer, in: Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgments, S. 323 ff., sowie die übrigen Beiträge in diesem Buch.

26 Vorsicht ist auch geboten, wenn eher triviales Handeln vorschnell, weil die Lebenswirklichkeit ausblendet, als Verletzung von Art. 3 EMRK (Folterverbot) beurteilt wird. Vgl. hierzu EGMR (GK), Nr. 23380/09, *Bouyid v. Belgium*, Urteil v. 28. September 2015, Nr. 100–113, und das Dissent der drei Richter de Gaetano, Lemmens und Mahoney, dem ich zustimme.

und daraus sich ergebender Versöhnung bestehen (Beispiel Südafrika). Man muss überhaupt darüber nachdenken, dass nicht nur das Recht, sondern auch das Streben nach Gerechtigkeit ihre Grenzen kennen sollten. Ebenso darf – leider – die Erkenntnis nicht ignoriert werden, dass die Größe einer Menschenrechtsverletzung im umgekehrten Verhältnis zur völligen oder auch nur weitreichenden Möglichkeit ihrer Wiedergutmachung steht.<sup>27</sup>

V. Vielleicht besteht auch eine *Überschätzung der internationalen Gerichtsbarkeit*.<sup>28</sup> Man hat nicht zu Unrecht die fortschreitende Institutionalisierung, vor allem auch von Gerichten, zu den wesentlichen Charakteristika des modernen Völkerrechts gezählt.<sup>29</sup> Dabei sind, gerade im menschenrechtlichen Bereich, andere Formen der Streitregelung in den Hintergrund getreten.<sup>30</sup>

Wichtiger noch ist die Einsicht, dass internationale Gerichte ihres Amtes mit *Zurückhaltung* walten sollten, dies gilt erneut auch im Bereich der Menschenrechte. Der Bewertung der Menschenrechte als „living instruments“, als in der Zeit stehende und darum mit der Zeit gehende und als solche auszulegende Schutznormen, ist völlig zuzustimmen.<sup>31</sup> Nicht zu übersehen ist auch, dass vertraglich gewollt ein wichtiger Teil der Interpretationskompetenz von den Staaten auf internationale Instanzen übergeht. Aber was übertragen wird, ist eine Kompetenz, eine Zuständigkeit, deren Einhaltung gerade im internationalen Recht wegen der möglichen politischen Folgen besonders genau zu beachten ist. Interpretationskompetenz sollte daher nicht im Sinne progressiver Entwicklung eingesetzt werden. Fortentwicklung des Rechts ist primär Sache des Gesetzgebers, und im Völkerrecht sind das ganz wesentlich nach wie vor die Staaten. Das wird heute gerne bestritten und dazu zahlreiche weitere Akteure ins Feld geführt, aber letztlich sprechen doch die Staaten das entscheidende Wort. Ihnen dieses entziehen zu wollen, führt in vielen Fällen zur Verweigerung der Staaten. Das vielberufene Konstitutionalisierungsparadigma führt insoweit im Völkerrecht in die Irre, auch wenn es dafür – ich verweise nur auf die verbindlichen Entscheidungen des Sicherheitsrates und die Ius-cogens-Normen – gewiss Ansätze gibt.<sup>32</sup> Selbst im regionalen, etwa europäischen Bereich ist Zurückhaltung angebracht. Auch hier sollte man die für zeitgemäß erachtete Auslegung mit Vorsicht betreiben (Stichworte: „consensus“, „common ground“).<sup>33</sup> Dies gilt sowohl für das materielle Recht als auch für die prozessuale in die Zukunft reichen-

27 Dies gilt etwa für die Vertreibung der Deutschen aus den ehemaligen Ostgebieten ebenso wie für die Vertreibung der Palästinenser aus dem Gebiet des neugegründeten Staates Israel. In der Praxis bleibt nur die Möglichkeit symbolischer Wiedergutmachung. Wie anders könnte der Holocaust „wiedergutmacht“ werden!?

28 Vgl. dazu etwa *Malkoo*, American Journal of International Law 2024/3, S. 524 ff.

29 Dazu *Ulfstein*, in: Klabbers/Peters/Ulfstein (Hrsg.), S. 126.

30 Gedacht ist insbesondere an Formen der „stillen Diplomatie“ und „friendly settlement“, Art. 39 EMRK.

31 Neuerdings dazu *Ksiazek*, European Human Rights Law Review 2024/6, S. 507 ff.

32 Zum Problem etwa *Frowein*, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 39, 2000, S. 435 ff.; *Klabbers/Peters/Ulfstein*.

33 Etwa *Medina*, in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law, S. 650 ff.; kritisch *Klein*, in: Estudios en Homenaje a Cecilia Medina Quiroga, S. 64 ff. Dazu auch *Schmahl*, § 10 Rn. 149.

de Ausweitung des Opferstatus („victim“) und der damit verbundenen Ausweitung der Klage- bzw. Beschwerdeberechtigung („actio popularis“).<sup>34</sup> Wichtig wird dies erst recht im globalen Bereich. Auch wenn sich manche neue Einsicht in einzelnen Teilen der Welt gebildet hat, zum Teil nach langen und schwierigen Kämpfen (nehmen Sie das Beispiel der Homosexualität oder der Ehe für alle), sollte man sich hüten, diese partiell als menschenrechtlichen Fortschritt erkannte Regelung vorschnell für universell verbindlich zu erklären. Wir neigen zu häufig dazu, Universalität und Fortschritt aus einer eurozentrischen Perspektive zu betrachten. Bei der Suche nach einem ausreichenden globalen „transnational consensus“ ist diese verengte Sicht zu vermeiden.<sup>35</sup> Wird diese Erkenntnis missachtet, ist das Scheitern der internationalen Jurisdiktion absehbar.

## D. Fazit

Ich möchte wie folgt resümieren. Das geltende völkerrechtliche Schutzsystem ist wohl das Maximum dessen, was sich unter den gegebenen politischen Umständen jedenfalls auf der globalen Ebene erreichen lässt. Aber es ist nicht ungefährdet. Es besteht die Gefahr, dass der gegenwärtige Zustand nicht aufrechterhalten werden kann. Externe Bedrohungen durch das Verhalten von Staaten, die die Grundlagen der völkerrechtlichen Ordnung erschüttern wollen, sind wenig durch das diskutierte Schutzsystem zu beeinflussen. Wohl aber kann man versuchen, von den gegebenen Möglichkeiten so Gebrauch zu machen, dass das System nicht von innen heraus geschwächt wird. Insoweit plädiere ich für Bescheidenheit und Zurückhaltung bei der Auslegung der menschenrechtlichen Normen und für das vorsichtige Erstellen eines „common ground“, der nicht zur Überforderung der Staaten und ihrer Gesellschaften führt. Eine „Alles-oder-nichts-Maxime“ und rigoroses Fortschrittsdenken haben im internationalen Menschenrechtsschutz keinen Platz<sup>36</sup> – wobei das, was menschenrechtlicher Fortschritt oder Regression ist, ohnehin nicht immer leicht zu bestimmen ist.<sup>37</sup> Gebot ist vielmehr das Halten von Maß und Mitte und die Beachtung des „respice finem“.<sup>38</sup> Eine der wichtigsten Errungenschaften der menschlichen Zivilisation – der Schutz der Menschenrechte – sollte nicht leichten Sinnes aufs Spiel gesetzt werden.

34 Zum Klagerecht *Pedersen*, AJIL 2025/119, S. 133 ff.

35 *Besson*, in: *The Human Rights Covenants* at 50, S. 267 ff.

36 Vgl. *Ando/Bhagwati/Klein/Kretzmer*, Dissenting Opinion, Rn. 6 zu UN HRC, *Stuart v. Canada*, UN Doc. CCPR/C/67/D/845/1999, Entsch. v. 2. November 1999, Rn. 6.3–6.7.

37 Hierzu neuerdings *Miklasová/Wissmann/Rhein-Fischer/Holzer/Kruse/Kujus/Mührel/Wielenga*, ZaöRV 2024/4, S. 787 ff.

38 Vgl. EuGH, Rs. C-137/21, *Parliament v. Commission*, Urteil v. 5. September 2023, in dem diese Vorsicht pragmatisch zur Anwendung kommt.

## Bibliographie

- BAHR, PETRA, *Leihmutterschaft*, Evangelische Verantwortung, 2024, Jg.11+12, S. 3–6
- BESSION, SAMANTHA, *The Influence of the Two Covenants on States Parties Across Regions: Lessons for the Role of Comparative Law and of Regions in International Human Rights Law*, in: Moeckli, Daniel; Keller, Helen (Hrsg.), *The Human Rights Covenants at 50. Their Past, Present, and Future*, Oxford, 2018, S. 243–276
- BREUER, MARTEN, ‘*Principled Resistance*’ to ECtHR Judgments: An Appraisal, in: Breuer, Marten (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?*, Berlin, 2019, S. 323–350
- CHASCALSON, ARTHUR, *Human Dignity as a Constitution Value*, in: Kretzmer, David; Klein, Eckart (Hrsg.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002, S. 133–144
- FROWEIN, JOCHEN A., *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 39, Heidelberg, 2000, S. 427–445
- GROHMANN, NILS-HENDRIK, *Strengthening the UN Human Rights Treaty Bodies*, Tübingen, 2024
- HARATSCH, ANDREAS, *Der Angriff des Populismus auf Demokratie und Rechtsstaat*, Die Öffentliche Verwaltung, 2025, Jg. 78(9), S. 365 – 372
- HEINZ, WOLFGANG S., *Ein Menschenrecht auf Frieden?*, Vereinte Nationen, 2011, Jg. 5, S. 221–225
- HOFMANN, BIANCA, *Beendigung menschenrechtlicher Verträge. Rechtliche und faktische Schranken*, Berlin, 2009
- v. HUMBOLDT, WILHELM, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Leipzig, Reclams Universal Bibliothek, Nr. 1991 und 1992, o.J. (Erstveröffentlichung 1792)
- JOAS, HANS, *Universalismus. Weltherrschaft und Menschheitsethos*, Berlin, 2025
- KLABBERS, JAN; PETERS, ANNE; ULFSTEIN, GEIR (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 1. Auflage, Oxford, 2009
- KLEIN, ECKART, *Some remarks on the interpretation of human rights treaties between text and ‘unlimited dynamic interpretation’*, in: Parra Vera, Oscar; Sijniensky, Romina I.; Pacheco Arias, Gabriela (Hrsg.), *La Lucha Por Los Derechos Humanos Hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, Valencia, 2017, S. 61–74
- KLEIN, ECKART, *Die internationale Dimension des demographischen und klimatischen Wandels*, in: Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung. Liber Amicorum für Torsten Stein, Baden-Baden, 2015, S. 176–195
- KLEIN, ECKART, *The Importance and Challenges of Values-Based Legal Orders*, Intercultural Human Rights Law Review, 2015, Jg. 10, S. 1–23

- KLEIN, ECKART, *Universalität der Menschenrechte*, in: Kube, Hano, Mellinghoff, Rudolf; Morgenthaler, Gerd u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts. Festschrift für Paul Kirchhof, Bd. I, Heidelberg, 2013, § 43, S. 475–482
- KLEIN, ECKART, *Menschenrechtsinflation?*, in: Hanschel, Dirk; Graf von Kielmannsegg, Sebastian; Kischel, Uwe; Koenig, Christian; Lorz, Ralph (Hrsg.), Mensch und Recht, Festschrift für Eibe Riedel, Berlin, 2013, S. 117–129
- KSIAZEK, KONRAD, *The Living Instrument Doctrine and Effectiveness of Human Rights*, European Human Rights Law Review, 2024, Jg. 6, S. 507–524
- MÄLKSOO, LAURI, *Entscheidungsbesprechung*, American Journal of International Law, 2024, Jg. 3(118), S. 519–526
- MEDINA, CECILIA, *The Role of International Tribunals: Law Making or Creative Interpretation?*, in: Shelton, Dinah (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, Oxford, 2013, S. 649–669
- MIKLASOVA, JULIA; WISSMANN, SARA; RHEIN-FISCHER, PAULA; HOLZER, ALEXANDER; KRUSE, REBECCA; KUJUS, LISA; MÜHREL, JASPER; WIELENGAS, LORENZ, *Editorial: Progress and International Law: A Cursed Relationship?*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2024, Jg. 4(84), S. 785–800
- MOSLER, HERMANN, *Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte*, in: Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1962, Jg. 1(22), S. 1–48
- MOTA, CARLOS, *The Hierarchical Implication of Jus Cogens: An Analysis of Schwarzenberger and Kelsen on the Recognition of the Prohibition of Torture and Genocide as Peremptory Norms*, Buffalo Human Rights Law Review, 2023–24, Jg. 30, S. 1–99
- MURRAY, OSWYN, “*The Muse of History*”. *The Ancient Greeks from the Enlightenment to the Present*, London, 2024
- NUßBERGER, ANGELIKA, *Progress Renegotiated – Closing Remarks on a Remarkable Conference*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2024, Jg. 4(84), S. 999–1000
- PEDERSEN, OLE W., *Disruption, Special Climate Considerations, and Striking the Balance*, American Journal of International Law, 2025, Jg. 1(119), S. 129–141
- RESS, GEORG, *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 48, 1990, S. 56–118
- SCHMAHL, STEFANIE, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 1. Auflage, München, 2025
- SCHMITT, CARL, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, 3. Auflage, Berlin, 2015

ULFSTEIN, GEIR, *The International Judiciary*, in: Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, S. 126–152

WILDANGEL, RENÉ, *Welche Relevanz haben die UN noch in Nahost?*, Vereinte Nationen, 2025, Jg. 73(3), S. 103-109



© Eckart Klein

# Außen- und Sicherheitspolitik nach der Zeitenwende – ein Paradigmenwechsel

Pascal Hector\*

## Inhalt

A. Einleitung	552
B. Der Grundkonflikt des 21. Jahrhunderts: Regelbasierte internationale Ordnung versus Machtpolitik	553
C. Was ist Putins Motivation?	554
D. Sind wir als Westen mitursächlich für den Ausbruch dieses Krieges?	555
E. Was ist jetzt zu tun?	557
I. Beendigung des Krieges	558
II. „Kriegstüchtigkeit“ von Deutschland und Europa	558

## Abstract

Der russische Überfall auf die Ukraine hat den Gegensatz von regelbasiertem internationaler Ordnung und Machtpolitik als Grundkonflikt auch des 21. Jahrhunderts (wieder) in den Mittelpunkt gerückt. Die Vertreter der Machtpolitik orientieren sich am Großraumdenken Carl Schmitts und lassen sich nicht durch Appeasement, sondern nur durch wirksame Abschreckung aufhalten. Daher ist „Kriegstüchtigkeit“ zur Voraussetzung für effiziente Friedenspolitik geworden.

Grundsätzlicher betrachtet, werden die Werte einer freiheitlichen Gesellschaft von Autokraten als Bedrohung ihrer Macht aufgefasst und konsequent bekämpft, wie vielfältige hybride Angriffe zeigen. Mit der Europäischen Union als Instrument zur Bündelung unserer Kräfte und mit der nachdrücklichen Verteidigung unserer freiheitlich-demokratischen Werte verfügen wir aber über alle Instrumente, um uns auch in diesem neuen, rauheren internationalen Umfeld wirksam behaupten zu können.

## Foreign and security policy after the turning point – a paradigm shift

The Russian attack on Ukraine has (once again) brought the contrast between a rules-based international order and power politics into focus as the fundamental

\* Prof. Dr. Pascal Hector ist deutscher Botschafter in Kopenhagen (Copenhagen, Denmark) und Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes (Germany). Diese Veröffentlichung stellt jedoch eine ausschließlich private Meinungsäußerung dar und ist weder dem Auswärtigen Amt noch dem Europa-Institut zuzurechnen. Der Vortragsstil wurde beibehalten. E-Mail: mail@pascal-hector.de.

conflict of the 21st century. The proponents of power politics are guided by Carl Schmitt's "Großraum" (broader area) thinking and can only be stopped by effective deterrence, not appeasement. Therefore, "competence for war" has become a prerequisite for effective peace policy.

More fundamentally, the values of a free society are perceived by autocrats as a threat to their power and are consistently fought against, as diverse hybrid attacks demonstrate. However, with the European Union as an instrument for pooling our forces and by vigorously defending our liberal-democratic values, we have all the tools we need to be able to assert ourselves effectively, even in this new, harsher international environment.

**Keywords:** International rules based order; power politics, Russian war against Ukraine; imperialism; deterrence; balance of power; Zeitenwende; Systemkonflikt; Kriegstüchtigkeit als Voraussetzung für Friedenspolitik

## A. Einleitung

Der 24. Februar 2022 hat eine Illusion zerstört: Die Hoffnung, dass der dauerhafte Durchbruch zu einer regelbasierten internationalen Ordnung bereits gelungen sei. Eine solche Ordnung hat man seit 1945 auf der Grundlage der Charta der Vereinten Nationen angestrebt und meinte, sie mit der vorherigen Zeitenwende, der von 1989/90, bereits erreicht zu haben. 2022 hat dagegen gezeigt: eine Ordnung in der alle internationalen Akteure sich zu einem pluralistischen und auf der Gleichheit aller Staaten und aller Menschen aufbauenden globalen Regelsystem bekennen, bleibt – vorerst und auf absehbare Zeit – nur ein Sehnsuchtsziel.

An diesem Tag hat Russland eine Tat begangen, die man eigentlich seit 1945 für undenkbar gehalten hatte: Ein ständiges Mitglied des VN-Sicherheitsrats führt einen unprovokierten großflächigen Angriffskrieg gegen ein souveränes Mitglied der Vereinten Nationen, mit dem Ziel – unter anderen – sich dessen Territorium einzuerleben.<sup>1</sup> Dies ist eine Negierung der fundamentalsten Grundsätze der internationalen Ordnung, wie sie seit dem Ende des 2. Weltkriegs mit der Charta der Vereinten Nationen aufgebaut worden war.

Der Überfall bedeutet stattdessen einen Rückgriff auf das archaischste aller internationalen Politiksysteme: Machtpolitik. Damit markiert dieses Datum einen geschichtlichen Epochensprung, mit dem endgültig die Konfliktlinien deutlich geworden sind, die das 21. Jahrhundert prägen werden.

Wir stehen vor einer ganzen Reihe wichtiger Fragen, von denen ich hier vier näher betrachten will: Worin genau besteht dieser Gegensatz Machtpolitik versus regelbasierte internationale Ordnung? Was war Putins Motivation bei seinem Überfall? Sind wir als Westen mitursächlich für den Ausbruch des Krieges in Europa? Und vor allem: Was ist jetzt zu tun – auf strategischer Ebene und für jeden Einzel-

<sup>1</sup> Wie spätestens mit dem Versuch der Annexion von Teilen des ukrainischen Territoriums durch Russland offensichtlich geworden ist.

nen von uns – auch unter Berücksichtigung der jüngst neu erstandenen Gefahr einer Oligarchisierung auch des Westens?

### B. Der Grundkonflikt des 21. Jahrhunderts: Regelbasierte internationale Ordnung versus Machtpolitik

Das Spannungsverhältnis zwischen der Praxis der Machtpolitik und der Sehnsucht nach einer gerechten, regelbasierten internationalen Ordnung ist so alt wie die Menschheit: Der Athener Strateg Thukydides hat diesen Konflikt jedenfalls schon im fünften Jahrhundert v. Chr. in seinem Melierdialog treffend beschrieben.

Die Athener hatten die Insel Melos überfallen und die bedingungslose Unterwerfung der Melier gefordert. Diese wiesen in einem ausführlichen Dialog mit den Angreifern darauf hin, dass das Vorgehen der Athener gegen Recht und Moral verstöße. Die Athener aber beharrten auf ihrer militärischen Stärke und am Ende, nach intensivem Kampf, wurden alle erwachsenen Melier hingerichtet und die Frauen und Kinder in die Sklaverei verschleppt. Nicht zuletzt, weil die Verbündeten der Melier, die Spartaner, sie nicht ausreichend unterstützt hatten.

Diese antike Begebenheit zeigt das brutale Prinzip nackter Machtpolitik in der ewiggültigen Zuspritzung durch Thukydides: „da ihr genauso gut wisst wie wir, dass zwar nach menschlicher Berechnung Gerechtigkeit bei Gleichheit der Zwangslage entschieden wird, aber dass die Überlegenen das, was erreichbar ist, durchsetzen und die Schwachen nachgeben.“<sup>2</sup>

So wurde Jahrtausende lang internationale Politik betrieben. Ein erster praktischer Versuch, dieses Prinzip zu überwinden, keimte nach dem ersten Weltkrieg auf, mit dem Völkerbund, der aber dramatisch scheiterte.

Realistische Hoffnungen gab es erst nach 1945, als in der Charta der Vereinten Nationen ein grundlegend neuer Ansatz internationaler Beziehungen gewählt wurde, die Festlegung fundamentaler Rechtsgrundsätze, an die alle Staaten seitdem gebunden sind: die souveräne Gleichheit aller Staaten (Art. 2 Ziff. 1 UNC), die Unverletzlichkeit der territorialen Integrität sowie das Verbot der Gewaltanwendung in den internationalen Beziehung (Art. 2 Ziff. 4 UNC) mit Ausnahme (u.a.) der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung, die Pflicht zur Achtung von internationalem Verträge (*pacta sunt servanda*) oder der Schutz der universellen Menschenrechte, um nur einige besonders wichtige zu nennen.

Seitdem bestand bei Vielen die Hoffnung, die Erwartung, ja sogar die Überzeugung, dass damit die alte Machtpolitik überwunden sei und internationale Bezie-

2 *Griechenland Aktuell*, Thukydides: Melierdialog 5.89 – deutschsprachige Fassung zitiert nach, „Melierdialog griechisch-deutsch“, <https://www.latein.at/phpBB/viewtopic.php?f=1&t=40969> (7.8.2025).

hungen künftig nach diesen Grundsätzen der „verfassten Staatengemeinschaft“<sup>3</sup> gestaltet würden. So habe auch ich es jahrzehntelang in meinen Vorlesungen gelehrt.

Diese Erwartung hat der 24. Februar 2022 zerstört, als Russland auf die uralte Form der Machtpolitik zurückgriff und so – ohne auch nur den Versuch einer völkerrechtlichen Bemäntelung – in offensichtlicher Weise gegen zentrale Regeln der UN-Charta verstieß: das Gewaltverbot, denn der Einmarsch war ein unprovokierter bewaffneter Angriff; die Unverletzlichkeit der Grenzen, da ukrainische Gebiete erobert und dem eigenen Staatsgebiet einverlebt werden sollten; die Menschenrechte der Ukrainer, wie die Massaker in Butscha und die systematischen Angriffe auf zivile Ziele zeigen, die im Übrigen auch einen schweren Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht darstellen. Truppenteile, die an den Massakern von Butscha beteiligt waren, wurden von der russischen Staatsführung explizit ausgezeichnet, was zeigt, dass Russland Kriegsverbrechen als systematisches Mittel der Kriegsführung einsetzt.

All dies ist im Übrigen nicht nur ein Verstoß gegen die UN-Charta, sondern auch gegen spezifische völkerrechtliche Verträge, wie den „Vertrag über Freundschaft, Zusammenarbeit und Partnerschaft“ und weitere Abkommen, in denen Russland die Ukraine explizit als unabhängigen Staat in den Grenzen von 1991 anerkannt hat. Und nicht zuletzt auch gegen das „Budapester Memorandum von 1994, in dem Russland der Ukraine Sicherheitsgarantien (sic!) gab, im Gegenzug dafür, dass sie die auf ihrem Territorium verbliebenen Atomwaffen der Sowjetunion abgab.“

### C. Was ist Putins Motivation?

Um die richtige Reaktion auf das russische Vorgehen entwickeln zu können, ist es von entscheidender Bedeutung, die Motivation der Handelnden möglichst genau zu erfassen. Das ist hier recht einfach, da Putin seine Beweggründe in mehreren ausführlichen Stellungnahmen, beginnend mit seiner Rede auf der Münchener Sicherheitskonferenz 2007, dargelegt hat. In aller gebotenen Kürze:

Putin will erklärtermaßen ein russisches Imperium (wieder-)errichten, weil er dies als Auftrag aus der Geschichte versteht und sich militärisch dazu in der Lage sah.

Zugrunde liegt ein imperialistisches, machtpolitisches Großraumdenken, das – juristisch gesprochen – an Carl Schmitt<sup>4</sup> erinnert: Die Welt wird als Ansammlung von sog. „Großräumen“ gesehen, die jeweils von einer Großmacht beherrscht und von dieser gegen Eingriffe sog. „raumfremder Mächte“, d.h. der anderen Großmächte, verteidigt werden. Die darin befindlichen kleineren Staaten werden als abhängige Vasallen der raumbeherrschenden Großmacht gesehen. Diese versucht zudem tendenziell ihren Großraum zulasten anderer Großmächte auszudehnen.

3 Vgl. statt aller: Verdross/Simma, S. 69 ff., in denen Bruno Simma die Vereinten Nationen und insbes. deren Charta als „Verfassung“ der Staatengemeinschaft darstellt. Daraus folge u.a. eine Tendenz, das Völkerrecht „von einem bloßen Zwischenmächterecht zur Rechtsordnung der vielfach gegliederten Menschheit“ auszugestalten (S. 916).

4 Vgl. z.B.: Schmitt.

Es ist offensichtlich, dass solche Vorstellungen nicht mit der souveränen Gleichheit aller Staaten und vielen anderen Regeln des Völkerrechts vereinbar sind, welche die UN-Charta seit 1945 verbindlich vorgibt.

Ergänzt wird dieses Denken durch kolonialistische Vorstellungen, da die Ukrainer nicht als unabhängiges und gleichberechtigtes Volk im Sinne der souveränen Gleichheit angesehen werden, sondern im besten Falle als „kleiner Bruder“, der an die Hand zu nehmen und zu leiten ist. Nationale Eigenständigkeit wird nicht geduldet.

Dass dieses imperialistische Denken, in Form einer klassischen Herrschaft des Zentrums über die Peripherie ohne demokratische Rückkoppelung – wie es für Imperien<sup>5</sup> typisch ist –, in der breiten Wahrnehmung so wenig thematisiert wird, liegt möglicherweise an dem traditionell nur gering ausgeprägten Interesse an osteuropäischer Geschichte, sowie dem Umstand, dass die Territorien nicht – wie bei den früheren westlichen Kolonialreichen – geographisch vom „Mutterland“ getrennt sind.

Schließlich enthält dieses Denken, insofern die Existenz der Ukrainer als eigenständiges Volk enden und ihre eigene Kultur ausgelöscht werden soll, möglicherweise auch genozidale Elemente.

Angesichts der bereits erwähnten Kriegsverbrechen der russischen Streitkräfte in der Ukraine überrascht es nicht, dass gegen Putin und eine mögliche Mittäterin ein Haftbefehl des Internationale Strafgerichtshofs wegen Kriegsverbrechen, insbesondere der Deportation ukrainischer Kinder nach Russland erlassen worden ist. Auch wenn dieser im Moment noch nicht unmittelbar vollstreckt werden kann, schränkt er doch seine Reisemöglichkeiten entscheidend ein.

#### **D. Sind wir als Westen mitursächlich für den Ausbruch dieses Krieges?**

Wir haben gesehen, welchen Epochenbruch diese Rückkehr des Krieges in großem Maßstab auf den europäischen Kontinent bedeutet. Daher stellt sich die Frage: Sind wir als Westen mitursächlich für diese Entwicklung?

Um die – vielleicht überraschend erscheinende – Antwort vorwegzunehmen: Ja. Aber in ganz anderer Weise, als dies gemeinhin diskutiert wird.

Oft wird – russischen Narrativen folgend – argumentiert: Der Westen sei (zumindest mit-)schuld, da er nach dem Untergang der Sowjetunion, durch die Ausdehnung der NATO, Russland „eingekreist“ und damit in seinem Sicherheitsempfinden gestört habe.

Das ist falsch, um es klar zu sagen. Zum einen hat es – entgegen mancher Desinformation – nie eine Zusage gegeben, die NATO nicht auf Staaten des ehemaligen

<sup>5</sup> Und in diametralem Gegensatz zur Europäischen Union steht, deren Charakteristikum gerade die Mitwirkung aller Mitgliedstaaten an der politischen Willensbildung der Union sowie deren unmittelbare demokratische Rückkoppelung an die Völker der Mitgliedstaaten über das Europäische Parlament sowie deren mittelbare demokratische Rückkoppelung über die den nationalen Parlamenten gegenüber verantwortlichen Regierungen im Rat ist.

Warschauer Paktes oder der Sowjetunion (außerhalb des Gebiets der ehemaligen DDR) auszuweiten.<sup>6</sup>

Zum anderen stellt die NATO als reines Verteidigungsbündnis keinerlei Gefahr für andere Staaten dar, jedenfalls soweit diese Ziele verfolgen, die mit der VN-Charta vereinbar sind. Dessen ist sich auch Russland bewusst, wie es implizit dadurch zu erkennen gegeben hat, dass es nach dem NATO-Beitritt Finlands nicht etwa seine Truppen an dieser langen zusätzlichen NATO-Grenze verstärkt, sondern sogar von dort noch Truppen zugunsten des Kriegseinsatzes in der Ukraine abgezogen hat.

Ein Problem stellt die NATO allerdings für Staaten dar, die in aggressiver Weise Nachbarstaaten überfallen wollen, denn davor sucht sie zumindest ihre Mitglieder effektiv zu schützen. Dazu später mehr.

Und ein essentielles Problem für alle Gewaltherrscher stellt die bloße Existenz erfolgreicher und prosperierender freiheitlicher Gesellschaften an ihren Grenzen dar, da diesen den eigenen Bürgern vor Augen führen, dass ein Leben in Armut und Unterdrückung nicht alternativlos ist. Das ist allerdings keine zulässige Begründung für den bewaffneten Überfall auf ein Nachbarland. Es erklärt aber den Furor, mit dem diese Regime – und neuerdings vielleicht auch andere Kräfte – solche Gesellschaften zu zerstören suchen.

Worin besteht also unsere „Mitschuld“, wenn wir schon von einer solchen sprechen müssen?

In der mangelnden Abschreckung: Es ist uns offensichtlich nicht gelungen, Russland wirksam vom Angriff auf die Ukraine abzuschrecken. Die tiefere Ursache dafür liegt m.E. darin, dass wir uns lange nicht die Absichten und die Natur des Gegners Putin einzustehen wagten und daher zu lange an der Strategie festgehalten haben, eine kooperative Sicherheitsordnung im Zusammenwirken mit Putins Russland zu entwickeln.

Dieses (zu) lange Festhalten ist nachvollziehbar, denn es war die fundamentale Erfahrung – gerade der Deutschen – von 1989, dass Entspannung zur Überwindung von Gegensätzen führen kann. Diese Erfolgsgeschichte der Entspannungspolitik wollten wir forschreiben.

Auch die intensive Beschäftigung mit den Ursachen des Kriegsausbruchs von 1914 zum Zentenarrium 2014 hat uns wohl in dieser Fehlperzeption bestärkt: denn damals „schlafwandelten“ (Christopher Clarke) die europäischen Mächte in den Krieg. Eine wirksame Entspannungspolitik hätte 1914 Wunder bewirken können.

Durch die Konzentration auf 1914 übersah man die viel näher liegende historische Parallele von 1938/39, vom Münchener Abkommen bis zum 2. Weltkrieg: Ein zu allem entschlossener Aggressor fühlte sich durch die Appeasement-Versuche der als schwach perzipierten Vertreter des „Westens“ nur noch bestärkt.

Es ist eine der Paradoxien der Sicherheitspolitik, dass eine in friedlichster Absicht unternommene Entspannungspolitik im Ergebnis zu ihrem Gegenteil, dem Ausbruch eines Krieges durch Ermutigung des Aggressors führen kann.

6 Vgl. zu dieser umfangreichen Debatte u.a.: *Adomeit*, m.w.N.

Alles hängt von den Absichten und der Natur des Gegners ab: Ist es eine Status quo-Macht, die im Kern auf die Bewahrung des Vorhandenen abzielt, dann sind Entspannung und Verständigung das Mittel der Wahl. So bei der späten Sowjetunion und wohl auch in der Staatenwelt von 1914. Ist der Gegner aber ein Aggressor mit expansiven Absichten, der nicht davor zurückschreckt, seine Ziele auch mit militärischer Gewalt durchzusetzen, hilft nur effektive Abschreckung.

Das entscheidende Wort ist hier: effektiv. Effektiv, wirksam, heißt, dass die Politik dem Gegner glaubhaft vermitteln muss, dass das Ziel seiner Aggression definitiv nicht erreicht werden kann. Daran sind wir offenbar im Vorfeld von 2022 gescheitert. Worin das im Einzelnen gelegen hat, ist eine andere Debatte, die zu gegebener Zeit geführt werden muss.

#### E. Was ist jetzt zu tun?

Der Bundeskanzler hat nur 3 Tage nach dem Überfall, am 27.2.2022 im Deutschen Bundestag den historischen Schluss gezogen, dass dieser Angriff eine Zeitenwende darstellt: die Abkehr von der regelbasierten Ordnung und die Hinwendung zur Machtpolitik durch Russland.

Daraus folgt als übergeordnetes Ziel für unser Handeln, dass Russland keinen Vorteil aus seiner Aggression ziehen darf, denn sonst wäre das eine Ermutigung zur Machtpolitik, nicht nur für Russland, sondern auch in anderen Teilen der Welt. Und in einer Welt, in der „die großen Fragen der Zeit nicht durch Reden und Majoritätsbeschlüsse, sondern durch Eisen und Blut entschieden“ werden, wie es Bismarck<sup>7</sup> formuliert hatte, wollen wir auf keinen Fall wieder zurück!

Die unmittelbare Konsequenz daraus kann nur die entschlossene Unterstützung der Ukraine in ihrem Kampf gegen den Aggressor sein, „solange wie nötig“, wie der Bundeskanzler gesagt hat. Hier müssen wir wirksamer handeln als die Spartaner gegenüber den Meliern.

Dies ist nicht nur im Interesse der Ukraine, sondern auch in unserem ureigensten Interesse, denn solange diese Gewissheit – dass ein Aggressor aus seiner Aggression keinen dauerhaften Nutzen ziehen kann – im Denken Putins nicht fest verankert ist, wird er die Aggression fortsetzen und ausweiten. Einen zwischenzeitlichen Waffenstillstand würde er nur dazu nutzen, neue Kräfte zu sammeln und anschließend wieder mit neuer Kraft anzugreifen – möglicherweise sogar über die Ukraine hinaus.

<sup>7</sup> Rede Bismarcks in der Budget-Kommission des Preußischen Landtags vom 30.9.1862, in: *Bismarck*, S. 140 – zitiert nach: <https://www.bismarck-stiftung.de/otto-von-bismarck/zitat-e-von-otto-von-bismarck/> (2.10.2025).

## I. Beendigung des Krieges

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass dieser Konflikt zu einem gegebenen Zeitpunkt mit Verhandlungen enden muss. Allerdings stellen sich mindestens vier schwerwiegende Probleme für solche Verhandlungen:

- Russland zeigt bisher keine Bereitschaft, sich auf echte Verhandlungen einzulassen, hierzu bedürfte es also erst einmal wirksamer Anreize, um eine solche Bereitschaft herbeizuführen.
- Wenn es, wie oben dargelegt, zur Vermeidung von Nachahmung wichtig ist, dass Russland keinen dauerhaften Vorteil aus seiner Aggression ziehen darf, schränkt dies mögliche Vereinbarungen stark ein. Letztlich kommt es auf eine Gesamtschau an.
- Russland hat mit seinem Agieren seit dem Budapester Memorandum gezeigt, dass es vertragliche Vereinbarungen nicht achtet; jede ausgehandelte Lösung bedarf daher dauerhafter wirksamer Sicherheitsgarantien.
- Die Massaker von Butscha oder das russische Vorgehen in den besetzten Gebieten der östlichen Ukraine, z.B. Mariupol, zeigen den grausamen Umgang Russlands mit den dort ansässigen Menschen.<sup>8</sup> Es stellt sich daher die Frage, wie deren Schutz gewährleistet werden kann.

Diese Punkte sind nicht unüberwindbar, aber sie machen aber deutlich wie wichtig weiterer hoher militärischer Druck seitens der Ukraine im Vorfeld und ein möglichst wirksamer politischer und wirtschaftlicher Druck seitens (eines möglichst großen Teils) der internationalen Staatengemeinschaft im Verlauf und möglicherweise auch noch nach Abschluss solcher Verhandlungen sein werden.

## II. „Kriegstüchtigkeit“ von Deutschland und Europa

Unabhängig vom Fortgang in der Ukraine müssen wir uns intensiv auf den Fall vorbereiten, dass Russland seine Aggression auch auf das NATO-Bündnisgebiet oder gar auf unser Territorium ausdehnen sollte. Es ist, aufgrund der auf Kriegswirtschaft umgestellten Ökonomie Russlands, davon auszugehen, dass Russland mittelfristig, also in etwa 3 bis 8 Jahren wieder die Fähigkeit erwerben könnte, NATO-Gebiet anzugreifen.<sup>9</sup> Im russischen System hängt ein solcher Angriff in letzter Konsequenz nur von der tatsächlichen Fähigkeit und vom Willen Putins ab.

8 Siehe hierzu z.B. jüngst die erschütternden Beschreibungen in: *Lewis*.

9 Vgl. die öffentlichen Aussagen verantwortlicher Politiker und Experten z.B. im Deutschlandfunk, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/russland-nato-kriegsgefahr-100.html> (2.10.2025): Bundesverteidigungsminister Boris Pistorius: „Aktuell sei ein Angriff auf Mitgliedsländer des westlichen Militärbündnisses nicht wahrscheinlich – aber in fünf bis acht Jahren möglich“; der Präsident des Bundesnachrichtendienstes Bruno Kahl: „Spätestens Ende dieses Jahrzehnts dürften russische Streitkräfte in der Lage sein, einen Angriff auf die NATO durchzuführen.“; der dänische Verteidigungsminister Troels Lund Poulsen geht davon aus, „dass Russland innerhalb von drei bis fünf Jahren ein NATO-Land angreifen könne“.

Die Bundeswehr muss daher, wie es der Bundesminister der Verteidigung Boris Pistorius formuliert hat, „kriegstüchtig“ werden. Das gilt auch für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union insgesamt, nicht zuletzt wegen der Beistandsklausel des Art. 42 Abs. 7 EUV.

Dies ist keinesfalls eine Abkehr vom Paradigma deutscher Friedenspolitik, die zu unserer politischen DNA gehört, sondern ihre zeitgemäße Ausprägung: Wir müssen, um wieder mit Pistorius zu sprechen, „Krieg führen können, um keinen Krieg führen zu müssen“.<sup>10</sup>

Denn nach dem oben beschriebenen Paradoxon der Sicherheitspolitik lässt sich der Frieden gegen einen zu allem entschlossenen Aggressor nur durch wirksame Abschreckung verteidigen.

Konkret bedeutet dies einen grundlegenden Rück-Umbau der Bundeswehr, die nach 1990 von einer Armee der Landes- und Bündnisverteidigung zu einer Armee für das Management internationaler Krisen umgestaltet wurde und nun wieder den Weg zurück zur Landes- und Bündnisverteidigung gehen muss. Diese Reformen sind auf dem Weg und werden nicht zuletzt durch das Sondervermögen von 100.-Mrd. EUR sowie die dauerhafte Erhöhung der Verteidigungsausgaben auf über 2 % des Bruttoinlandsprodukts finanziert. Diese Ausgaben müssen in Zukunft noch deutlich weiter gesteigert werden. Deren Finanzierung wird eine zentrale Aufgabe für die kommende Bundesregierung sein.

Auch über das Finanzielle hinaus benötigt die Bundeswehr Unterstützung aus der Gesellschaft heraus. Es muss ein tiefgreifender Mentalitätswandel zu Ende geführt werden, der viele Aspekte unserer Gesellschaft auch außerhalb des Militärischen im engeren Sinne umfasst: Bisher tabuisierte Bereiche, wie z.B. die wissenschaftliche Forschung an Waffensystemen an unseren Universitäten oder der Rüstungsexport an gleichgesinnte Länder müssen neu angegangen und zu positiven Bestandteilen unserer Sicherheitspolitik werden. Wichtig ist auch eine Überarbeitung der EU-Taxonomie, damit eine ausreichende Kapitalzufuhr für den notwendigen Ausbau der europäischen Rüstungsindustrie ermöglicht wird.

Und wir brauchen noch ein Drittes – und das ist eine Aufgabe für uns alle: eine gesamtgesellschaftliche Zeitenwende, um unsere freiheitlich-demokratische Grundordnung auch im Alltag gegen die zunehmenden hybriden Angriffe wirksam zu verteidigen.

Wir müssen uns – leider – darauf einstellen, dass der Systemkonflikt mit Russland – und generell autokratischen Tendenzen weltweit – lange dauern wird, noch viele

<sup>10</sup> Zu dieser von ihm häufiger benutzten Formel z.B.: *Kombaki*, Pistorius im Modus Selbstverteidigung, Spiegel Online, 10.11.2023, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-boris-pistorius-im-modus-der-selbstverteidigung-a-1663b8c5-a7ae-4479-803e-15cab7024f11> (2.10.2025).

Jahre, vielleicht Jahrzehnte. Währenddessen gilt: „Wir sind nicht im Krieg, aber wir sind auch nicht mehr im Frieden.“<sup>11</sup>

Die Bedrohungen durch hybride Angriffe, auf die wir uns einstellen müssen, sind subtiler, aber ebenfalls gefährlich. Und vor allem sind sie vielfältig in ihren Erscheinungsformen: wir sind umfassenden und systematischen Angriffen ausgesetzt. Hier nur ein paar Beispiele:

- Verdeckte Einflussnahme auf die (innen-)politischen Debatten und die demokratischen Prozesse in unseren Ländern, vor allem über die Sozialen Medien mit gezielter Desinformation, um gesellschaftliche Spaltungen zu vertiefen und Hass anzufachen.
- Finanzielle Einflussnahme, entweder über direkte Bestechung oder subtiler, z.B. über die Beschäftigung in russischen Unternehmen oder in Form von lukrativen Geschäftsangeboten.
- Kompromate: Das Kompromat, also das Sammeln belastender Informationen, um damit einen politischen Gegner erpressen zu können, ist die hohe Kunst des alten KGB, dem Putin bekanntlich entstammt. Es ist nicht davon auszugehen, dass das russische Regime künftig darauf verzichten wird.
- Daneben gibt es noch viele weitere Methoden, auf die ich hier nicht näher eingehen kann, vom geschickten Ausnutzen der menschlichen Eitelkeiten bis zur (versuchten oder vollendeten) Ermordung politischer Gegner auf westlichem Staatsgebiet, wie z.B. in den Fällen Litwinienko, Skripal oder dem Tiergartenmord, reicht der prall gefüllte Instrumentenkasten.

Allen diesen Bedrohungen gegenüber müssen wir aufmerksamer werden, um sie rechtzeitig zu erkennen. Das wichtigste Indiz: Wenn jemand auffallend pro-russische Positionen vertritt, sollte man besonders genau hinschauen!

Insgesamt brauchen wir mehr Bewusstsein und Energie bei der Verteidigung der grundlegenden Werte unserer Gesellschaft, der Werte, die unsere Gesellschaft so lebenswert für uns selbst und so attraktiv für viele Menschen von außen macht.

Diese Werte sind im Grundgesetz klar und eindeutig beschrieben: Im Zentrum steht die Würde des Menschen als Wesenskern. Darum herum kommen, als weitere Schichten – nur ganz kurSORisch – die Menschenrechte, die Demokratie mit ihren *checks and balances* als Garantie gegen Usurpatoren und der Rechtsstaat als Schutz des Einzelnen gegen jede Form von Tyrannie, auch die Tyrannie der Mehrheit.

Diese Werte sind – wie oben gesagt – das eigentliche Feindbild der Autokraten. Diese Werte fürchten sie – zu Recht – als Bedrohung ihrer autokratischen Herrschaft und bekämpfen sie daher mit aller Kraft. Das waren wir bisher nicht gewohnt und dagegen müssen wir uns nunmehr wappnen.

11 Diese Formulierung ist spätestens seit der Tagung der Münchner Sicherheitskonferenz vom Februar 2024 weit verbreitet und wurde z.B. von mehreren nordeuropäischen Staats- und Regierungschefs nach dem Ostsee-Sicherheitsgipfel vom 14.1.2025 aufgegriffen, z.B. von der dänischen Ministerpräsidentin Mette Frederiksen im Dänischen Rundfunk, abrufbar unter: <https://www.dr.dk/drn-video/67864d092d79c5561216d2bd> (2.10.2025).

Neu ist: Diese Gefahr kommt nicht mehr nur von außen, sie droht auch aus dem Inneren unserer westlichen Systeme. Die Möglichkeit einer „Oligarchisierung des Westens“, vor der der scheidende US-Präsident Joe Biden in seiner Abschiedsrede gewarnt hat,<sup>12</sup> ist eine völlig neue Entwicklung, auf die wir uns bisher noch kaum vorbereitet haben.

Die wirksamen Einschränkungen individueller – auch wirtschaftlicher – Macht durch rechtsstaatliche Vorgaben und Verfahren sind der Grund weshalb wirtschaftliche Akteure mit großem Einfluss versuchen, demokratisch gesetzte und rechtsstaatlich angewandte Regeln zu unterlaufen oder außer Kraft zu setzen. Gleiche Angriffe gelten der Europäischen Union, die den im Weltmaßstab relativ kleinen Mitgliedstaaten viel größere Macht und Einfluss verschafft, als sie individuell je haben könnten und deswegen unser zentrales und unverzichtbares Handlungsinstrument nach außen ist.

Eine besonders Besorgnis erregende und akute Gefahr für das Modell der regelbasierten internationalen Ordnung geht von der Versuchung auch für westliche Politiker aus, deren völkerrechtlichen Grundsätze in Frage zu stellen oder – rhetorisch oder gar tatsächlich – auf Methoden der Machtpolitik zurückzugreifen.

Die Strategien gegen die demokratische und rechtstaatliche Gesellschaft sind vielfältig und werden von den Feinden der Freiheit systematisch eingesetzt: Im Zentrum steht das bewusste Untergraben des demokratischen Diskurses und der wissenschaftlichen Methode, der Suche nach der Wahrheit und dem ehrlichen Ringen um die beste Vorgehensweise bei der praktischen Lösung eines gesellschaftlichen Problems. Instrumente hierfür sind die systematische Verächtlichmachung der demokratischen Institutionen und Prozesse, das absichtliche Nichtverstehen der Anliegen des Gegenübers, das Aufpeitschen von Emotionen, um eine wissenschaftliche und sachliche Auseinandersetzung mit einem Problem zu untergraben, Angriffe *ad hominem* statt Argumentation in der Sache.

Allen diesen Techniken der Antidemokraten begegnen wir jeden Tag. Aber wir sind nicht wehrlos: Wenn wir uns diese Mechanismen immer wieder bewusst machen, können wir ihnen auch entschlossen entgegentreten, sobald wir sie erkennen.

Schließen möchte ich mit zwei wesentlichen Schlussfolgerungen, wie wir, die Staaten und Gesellschaften Europas, uns in dieser, zunehmend von Gewalt und Unsicherheit geprägten Welt des fortgeschrittenen 21. Jahrhunderts behaupten können:

Im Zentrum unserer Außenpolitik muss die Verteidigung der regelbasierten internationalen Ordnung stehen, mit der Europäischen Union als unverzichtbarem Handlungsrahmen unserer – im Weltmaßstab vergleichsweise kleinen – Mitgliedsstaaten.

12 Der Volltext dieser Ansprache ist abgedruckt in der New York Times, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2025/01/15/us/politics/full-transcript-of-president-bidens-farewell-address.html> (2.10.2025) (von der Website des Weißen Hauses wurde der Text offenbar entfernt). Grundlegend zu den Gefahren einer Oligarchisierung auch demokratischer Systeme: Applebaum, *Twilight of Democracy*; Applebaum, *Autocracy*.

In das Zentrum unserer gesellschaftlichen Debatten müssen wir die Verteidigung unserer freiheitlichen und demokratischen Werte stellen und allen Feinden dieser Werte – im Auswärtigen wie im Inneren – entschlossen entgegentreten.

### Bibliographie

- ADOMEIT, HANNES, *NATO Osterweiterung: Gab es westliche Garantien?*, Bundesakademie für Sicherheitspolitik, Arbeitspapier Sicherheitspolitik, Nr. 3/2018
- APPLEBAUM, ANNE, *Twilight of Democracy: The Seductive Lure of Authoritarianism*, New York, 2020
- APPLEBAUM, ANNE, *Inc. – The Dictators Who Want to Run the World*, New York, 2024
- BISMARCK, OTTO FÜRST VON, *Die gesammelten Werke, Band 10: Reden*, Friedrichsruher Ausgabe, bearb. von Wilhelm Schüßler, Berlin, 1928
- LEWIS, DAVID, *Occupation – Russian Rule in South-Eastern Ukraine*, London, 2025
- SCHMITT, CARL, *Völkerrechtliche Großraumordnung und Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Ausgabe 1941, Reprint, Berlin, 2022
- VERDROSS, ALFRED; SIMMA, BRUNO, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage, Berlin, 1984



© Pascal Hector

# Der Menschenrechtsansatz oder die „Mühen der Ebenen“

Ursula Fasselt\*

Inhalt	
A. Einleitung	564
B. Der Menschenrechtsansatz/Human Rights-Based Approach	566
I. Der Human Rights-Based Approach in der Entwicklungszusammenarbeit	566
II. Der Menschenrechtsansatz und soziale Rechte	571
1. Allgemeines	571
2. Der MRA in der Arbeit der Weltgesundheitsorganisation (WHO)	573
3. Der MRA und das Recht auf Gesundheit – am Beispiel der Zahngesundheit	574
4. Der Menschenrechtsansatz und der Schutz von Frauen gegen Gewalt im Gesundheitssystem	576
III. Der Menschenrechtsansatz in der Arbeit des Netzwerkes ENNHRI	577
1. Allgemeines	577
2. Checkliste für nationale Menschenrechtsinstitute	578
3. Projekt im Bereich Armutspolitik “Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement”	578
4. Projekt im Bereich der Langzeitpflege „Respect my rights“	580
IV. Der Menschenrechtsansatz in der Sozialen Arbeit	582
C. Herausforderungen	583
I. Gesellschaftliche Widerstände	583
II. Gegenteilige Auswirkungen – Risikoabschätzung – das Prinzip „do no harm“	584
D. Fazit	584

## Abstract

Der Graben zwischen Menschenrechten und ihrer Verwirklichung scheint größer denn je – einerseits wird staatliche Verantwortlichkeit zunehmend verrechtlicht, zuletzt im Bereich der Umweltpolitik, andererseits werden die menschenrechtlichen Pflichten aus unterschiedlichen Gründen immer offener mißachtet – Ressourcenmangel oder Fehlallokation, Zunahme autokratischer und illiberaler Regierungen,

\* Prof. Dr. (i.R.), Frankfurt University of Applied Science, Frankfurt (Germany). Email: u.fasselt@icloud.com.

ideologische Widerstände. Gleichzeitig finden sich in Wissenschaft und Praxis zahlreiche Konzepte, die ganz konkret darauf abzielen, die Menschenrechte besonders vulnerabler Personen zu stärken und den für ihren Schutz verantwortlichen Staaten und anderen Stellen Instrumente an die Hand zu geben, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Das dahinterstehende Konzept wird mit dem Begriff Menschenrechtsansatz bzw. Human Rights-Based Approach benannt. Die Autorin stellt das Konzept des Menschenrechtsansatzes vor, beschreibt einige ausgewählte Projekte und wirft auch Fragen nach Widerständen und Risiken auf.

### **The human rights approach or the “struggle of the plains”**

The divide between human rights and their implementation seems wider than ever – on the one hand, state responsibility is increasingly being codified into law, most recently in the field of environmental policy, while on the other hand, human rights obligations are being increasingly disregarded for various reasons – lack of resources or misallocation, the rise of autocratic and illiberal governments, ideological resistance. At the same time, there are numerous concepts in academia and practice that specifically aim to strengthen the human rights of particularly vulnerable persons and to provide the states and other bodies responsible for their protection with instruments to fulfill their obligations. The underlying concept is referred to as the human rights-based approach. The author introduces the concept of the human rights-based approach, describes a few selected projects, and also raises questions about resistance to and risks.

**Keywords:** Diskriminierung; Entwicklungszusammenarbeit; Human Rights-based Approach; Menschenrechtsansatz; Soziale Rechte; vulnerable Personen

### **A. Einleitung**

Menschenrechte sind auf staatlicher und überstaatlicher Ebene inzwischen rechtlich gut verankert. Die internationalen und nationalen Monitoring- Institutionen haben Auslegungsprinzipien und Leitlinien für die Umsetzung entwickelt. Gleichwohl besteht nach wie vor ein Graben zwischen den abstrakt gültigen Menschenrechten und ihrer tatsächlichen Verwirklichung. Eine Zeitlang schien es so, als ob der Schutz individueller Grund- und Menschenrechte im Völkerrecht und im nationalen Recht eine kontinuierliche Fortschrittsgeschichte wäre – im Zuge dieser Entwicklung ist seit 1948 auf der Ebene der Vereinten Nationen und auf regionaler Ebene ein ausdifferenziertes System von Menschenrechtskonventionen und von Monitoring-Institutionen entstanden. Auch hat sich die tatsächliche Menschenrechtssituation in vielen Ländern verbessert.

Heute befinden wir uns dagegen vielfach in einer Zeit des Rückschritts.<sup>1</sup> Die Diskrepanz zwischen menschenrechtlichen Verpflichtungen und ihrer Implementierung in Gesetzgebung und staatlichem Handeln begleitet den Prozess der Normsetzung und der gerichtlichen Interpretation der Menschenrechte zwar von Anfang an,<sup>2</sup> die Offenheit mit der heute ihre Geltung infrage gestellt wird, scheint mir aber neu und sie gefährdet die Grundlagen von Demokratie und Rechtsstaat.<sup>3</sup>

Völkerrechtliche Verträge, v. a. das humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechtskonventionen werden offen missachtet oder abgelehnt<sup>4</sup> und selbst in demokratischen Rechtsstaaten werden Urteile der zuständigen Gerichte, wenn es politisch opportun erscheint, als nicht verbindlich angesehen.<sup>5</sup> Auch in Deutschland lässt sich diskutieren, welche Verbindlichkeit den Entscheidungen des BVerfG zum Klimaschutz und zum Existenzminimum oder den Entscheidungen des EGMR und des EUGH zum Asylrecht noch zukommen.<sup>6</sup> Gefährdet ist die Umsetzung der Menschenrechte auch durch die zunehmenden Beschränkungen, denen sich zivilge-

1 Amnesty International Report 2024/2025: The State of the World's Human Rights, Amnesty International Report, Nr. POL 10/8515/2025; *Europarat*, 6th General Report on Grevio's Activities, 2025, abrufbar unter: [https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention /-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders](https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/new-report-indicates-shrinking-space-for-women-s-rights-defenders) (26.9.2025). Das betrifft in hohem Maße Frauenrechte. vgl. *UNGA*, Update to the technical guidance on the application of a human rights-based approach to the elimination of preventable maternal mortality and morbidity, der Verantwortlichen Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/60/43, 24. Juli 2025, S. 3.

2 Z.B. der Fall Görgülü, in dem ein deutsches Familiengericht mehrfach Entscheidungen des EGMR mißachtet hatte. Eine daraufhin erhobene Verfassungsbeschwerde hatte vor dem BVerfGE Erfolg, BVerfG 10.6.2005, 1 BvR 2790/04.

3 Zu der wachsenden Ablehnung der Menschenrechte und rechtsstaatlicher Garantien vgl. *DIMR*, Die Herausforderungen unserer Zeit menschenrechtlich gestalten. Strategie 2024 – 2028, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/die-herausforderungen-unserer-zeit-menschenrechtlich-gestalten-strategie-2024-2028> (26.9.2025), S. 14.

4 Z.B. der Austritt der Türkei aus der Istanbul Konvention.

5 “In fact, the aftermath of the KlimaSeniorinnen case exemplifies the downside of such an approach, since Switzerland is currently rejecting the ECtHR judgement.” *Rundel*, Is It Time? On the Recognition of the Human Right to a Healthy Environment in Europe, abrufbar unter: <https://doi.org/10.17176/20240911-020545-0> (26.9.2025); *Niranjan*, in: *Niranjan*, Swiss lawmakers reject climate ruling in favor of female climate elders, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/article/2024/jun/12/swiss-lawmakers-reject-climate-ruling-in-favour-of-female-climate-elders> (26.9.2025), “But the Swiss parliament's lower house voted on Wednesday to disregard the ruling – with 111 votes in favour and 72 against – arguing that the judges had overstepped their bounds and that Switzerland had done enough. The declaration, which has been adopted by the upper house but does not bind the federal government, accused the court of “inadmissible and disproportionate judicial activism”.

6 *DIMR*, Die Herausforderungen unserer Zeit menschenrechtlich gestalten. Strategie 2024 – 2028, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/die-herausforderungen-unserer-zeit-menschenrechtlich-gestalten-strategie-2024-2028> (26.9.2025), S. 13; Stellungnahme des DIMR Zurückweisung von Asylsuchenden an den Grenzen vom 3.6.2025, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/zurueckweisungen-von-asylsuchenden-an-den-grenzen> (26.9.2025).

sellschaftliche Organisationen in vielen Ländern ausgesetzt sehen – sog. shrinking spaces der Zivilgesellschaft.<sup>7</sup>

Gleichzeitig finden die Menschenrechte als moralische und rechtliche Leitprinzipien in immer mehr Kontexten Anwendung, so z.B. in der internationalen Entwicklungszusammenarbeit, bei der Verwirklichung sozialer Rechte, beim Kampf gegen soziale Ungleichheit, im Bereich der global agierenden Wirtschaft und in gerichtlichen Entscheidungen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene zur Umweltpolitik.

Angesichts dieser Diskrepanz stellen sich u. folgende Fragen:

Kann die Berufung auf Menschenrechte zur Lösung der aktuellen Herausforderungen beitragen, kann das Konzept des HRBA/ MRA die Garantie von Menschenrechten auch in Interessenskonflikten stärken?<sup>8</sup> Führt der Menschenrechtsansatz in konkreten Lebenssituationen zu Stärkungen der Menschenrechte? Kann etwa eine Ressourcenfrage im Zusammenhang mit der Verwirklichung sozialer Rechte mit Berufung auf Menschenrechte entschieden werden? Oder verstärkt die Berufung auf Menschenrechte Widerstände, da ein politischer Aushandlungsprozess fehlt? Wie verhalten sich politische Erwägungen, wie die Begrenzung von Migration, zu individuellen Rechtspositionen geflüchteter Menschen?

Ich gehe in meinem Beitrag der Frage nach, welche konkreten Ansätze in unterschiedlichen Politikbereichen verfolgt werden, um die Menschenrechte in der Praxis umzusetzen. An einer Vielzahl von Beispielen aus verschiedenen Politikbereichen lässt sich zeigen, was der Menschenrechtsansatz bedeutet.

## B. Der Menschenrechtsansatz/Human Rights-Based Approach

### I. Der Human Rights-Based Approach in der Entwicklungszusammenarbeit

Das Konzept des Menschenrechtsansatzes (MRA) bzw. human rights-based approach (HRBA) wurde in den 1990er Jahren im Zusammenhang mit den Bemühungen die Entwicklungszusammenarbeit stärker an den Menschenrechten auszurichten,<sup>9</sup> entwickelt. Er wird von den entwicklungspolitischen Organisationen der Vereinten Nationen und der EU als konzeptionelles Rahmenkonzept für Aktivitä-

<sup>7</sup> Würth (2017), Stellungnahme zum Schwerpunktthema ‘Shrinking Space‘ – Einschränkungen des Handlungsspielraums für die Zivilgesellschaft“ des 12. Menschenrechtsberichts der Bundesregierung, Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), Berlin; s. auch DIMR, Die Herausforderungen unserer Zeit menschenrechtlich gestalten. Strategie 2024 – 2028, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/die-herausforderungen-unserer-zeit-menschenrechtlich-gestalten-strategie-2024-2028> (download 8.8.2025), S. 14.

<sup>8</sup> So z.B. Kerns, J Environ Stud Sci. 2014/3, S. 418 ff.

<sup>9</sup> Krennerich, Soziale Menschenrechte, S. 38.

ten der Entwicklungszusammenarbeit bezeichnet.<sup>10</sup> Auch Deutschland verweist in seinen entwicklungspolitischen Grundlagenpapieren auf einen Menschenrechtsansatz.<sup>11</sup>

Das Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen (UNDP) sieht eine nachhaltige Entwicklung untrennbar verbunden mit der Verwirklichung der Menschenrechte und zwar sowohl der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen als auch der politischen und bürgerlichen Rechte. Eine an den Menschenrechten orientierte Umsetzung der Sustainable Development Goals (SDGs) setzt die Transformation von Gesellschaften voraus. „Universal values are what enable the SDGs to be truly transformative, by placing the person and their inherent dignity at the heart of development efforts, empowering all people to become active partners in this endeavour.“<sup>12</sup>

Ziel der Entwicklungspolitik ist es eine Gesellschaft zu schaffen, in der alle gleichberechtigt befähigt werden ihre Rechte auszuüben. „Leave no one behind“ ist das Leitprinzip der Agenda 2030 und der SDGs. Der Fokus aller Aktivitäten liegt daher auf Frauen und besonders vulnerablen Bevölkerungsgruppen wie Kinder, Menschen mit Behinderungen, LGTBQI, ethnischen Minderheiten, etc.<sup>13</sup>

Um zu einem einheitlichen Konzept des human rights – based approach in der Entwicklungszusammenarbeit zu kommen, wurde auf UN-Ebene 2003 ein common understanding entwickelt, das die folgenden Grundsätze aufstellt:<sup>14</sup>

- „1. Alle Programme und Aktivitäten der Entwicklungszusammenarbeit sollten zur Verwirklichung der Menschenrechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und anderen internationalen Menschenrechtsinstrumenten niedergelegt sind, beitragen.

10 *UN Sustainable Development Group*, Universal Values, „The human rights-based approach (HRBA) is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights. It seeks to analyse inequalities which lie at the heart of development problems and redress discriminatory practices and unjust distributions of power that impede development progress and often result in groups of people being left behind“ abrufbar unter: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> (12.8.2025).

11 *BMZ*, Menschenrechte und Entwicklung, Menschenrechtskonzept der deutschen Entwicklungspolitik (2023), abrufbar unter: <https://www.bmz.de/de/themen/menschenrechte> (26.9.2025).

12 *UN Sustainable Development Group*, Universal Values, abrufbar unter: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values> (26.9.2025).

13 *United Nations Sustainable Cooperation Framework* (2019), abrufbar unter: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2022-06/UN%20Cooperation%20Framework%20Internal%20Guidance%20--%20201%20June%202022.pdf> (26.9.2025), § 19; *UN Sustainable Development Group*, Human Rights Based Approach, abrufbar unter: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> (26.9.2025).

14 *UN Sustainable Development Group*, The Human Rights – Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies, abrufbar unter <https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un> (26.9.2025).

2. Die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in anderen internationalen Menschenrechtsübereinkünften enthaltenen Menschenrechtsnormen und die daraus abgeleiteten Prinzipien leiten die gesamte Entwicklungszusammenarbeit und ihre Programme in allen Sektoren und in allen Phasen des Prozesses (Bedarfsanalyse, Planung und Ausgestaltung der Projekte, Monitoring und Evaluation).
3. Entwicklungszusammenarbeit stärkt die Kapazitäten der Pflichtenträger ihre Verpflichtungen zu erfüllen und die Fähigkeiten der Rechtsinhaber ihre Rechte einzufordern.“<sup>15</sup>

Gemeinsame Grundannahme der verschiedenen Konzepte ist die gleiche Würde aller Menschen. Normative Grundlage sind die völkerrechtlichen Verpflichtungen aller Staaten, die die UN-Menschenrechtskonventionen ratifiziert und sich damit verpflichtet haben, die in den Konventionen garantierten Menschenrechte zu respektieren, zu schützen und zu gewährleisten (respect, protect and fulfill). Weiterhin bedeutet der menschenrechtsbasierte Ansatz die Orientierung an menschenrechtlichen Prinzipien: Universalität und Unveräußerlichkeit, Unteilbarkeit und Interdependenz, Gleichstellung und Nicht-Diskriminierung, Partizipation und Inklusion, Rechenschaftspflicht und Rechtsstaatlichkeit in allen Sektoren und Phasen der Entwicklungspolitischen Maßnahmen (Planung, Durchführung, Evaluierung). Ein weiteres Merkmal eines Menschenrechtsansatzes ist der Perspektivenwechsel im Hinblick auf Zielgruppen der Entwicklungszusammenarbeit: diese werden nicht mehr als hilfebedürftige Personen begriffen, sondern als Partner mit Rechtsansprüchen.<sup>16</sup>

Der HRBA wird vor allem in der Arbeit mit vulnerablen Personen verwendet, beispielsweise Kindern oder Menschen mit Beeinträchtigungen. Beispielhaft sei hier auf die Kinderrechtsarbeit von UNICEF näher eingegangen.

15 Freie Übersetzung Verfasserin. Vgl. auch World Bank (2024): „Ein menschenrechtsbasierter Ansatz (HRBA) zielt darauf ab, bessere und nachhaltigere Entwicklungsergebnisse zu unterstützen, indem die Ungleichheiten, diskriminierenden Praktiken (de jure und de facto) und ungerechten Machtverhältnisse, die häufig den Kern von Entwicklungsproblemen bilden, analysiert und angegangen werden. Im Rahmen eines menschenrechtsbasierten Ansatzes sind die Entwicklungsbemühungen in einem System von Rechten und entsprechenden staatlichen Verpflichtungen verankert, die durch internationales Recht festgelegt sind. Die bürgerlichen, kulturellen, wirtschaftlichen, politischen und sozialen Rechte bilden einen Orientierungsrahmen für Entwicklungspläne, -politiken und -prozesse. Neben der Anwendung eines rechtlichen Rahmens für die Menschenrechte werden in einer HRBA auch die zentralen Menschenrechtsprinzipien wie Nichtdiskriminierung, Partizipation, Rechenschaftspflicht und Menschenwürde angewandt. Ein HRBA betont auch die Bedeutung des Kapazitätsaufbaus bei den ‚Pflichtenträgern‘, um ihren Verpflichtungen nachzukommen, und bei den ‚Rechte-inhabern‘, um ihre Rechte einzufordern.“, abrufbar unter: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/5187c606b75877ea4933d84619f2d85e-0260012024/original/Integrating-HR-into-development-WEB.pdf> (26.9.2025).

16 *UN Sustainable Development Group*, Human Rights Based Approach, abrufbar unter: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach> (26.9.2025).

Die Politik von UNICEF basiert auf der Grundannahme, dass die Verwirklichung von Kinderrechten eng verknüpft ist mit dem Verständnis von Familie und daher eine Transformation der gesellschaftlichen und familiären Handlungsmuster voraussetzt.<sup>17</sup> Um dies zu erreichen, müssen die sozialen und die Gendernormen sowie Diskriminierungen und Machtungleichgewichte analysiert und die Kapazitäten der Rechtsinhaber und der Pflichtenträger gestärkt werden. Um eine nachhaltige Verhaltensänderung zu bewirken, wurde das Programm des *Social Behaviour Change* (SBC) entwickelt.<sup>18</sup>

Im Konzept von UNICEF umfasst der Menschenrechtsansatz folgende Kernprinzipien:

**„Verwirklichung von Rechten:** Die Programme von UNICEF zielen auf die Realisierung von Menschenrechten als Grundlage von Entwicklung. Ihr Fokus liegt auf der Verwirklichung von Rechten marginalisierter und ausgeschlossener Gruppen.

**Lokale Beteiligung und Eigenverantwortung:** Der Entwicklungsprozess liegt in der Verantwortung der lokalen Gemeinschaften, Partizipation und Eigenverantwortung sind dabei gleichzeitig Instrument und Ziel der Programme.

**Empowerment:** Die Menschen werden als zentrale Akteure ihrer eigenen Entwicklung betrachtet. Die Strategien zielen aktiv darauf ab, ihre Fähigkeiten zu stärken.

**Empirische Evidenz:** Empirische Forschung wird eingesetzt, um die Herausforderungen zu verstehen und die Wirkungen der Programme zu evaluieren. Alle messbaren Ziele und Indikatoren werden auf der Grundlage von Menschenrechtsstandards formuliert.”<sup>19</sup>

Die Internetseiten von UNICEF enthalten eine Vielzahl von Programmen, die geeignet scheinen, die Rechtsstellung und Lebenssituation von Kindern nachhaltig

17 Vgl. Schmahl, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), S. 56.

18 UNICEF, Social Behaviour Change, abrufbar unter: <https://www.sbcguidance.org>. UNICEF vermittelt in einem Videokurs den Inhalt und die Methoden von SBC; <https://a gora.unicef.org/course/info.php?id=35185#:~:text=SBC%20is%20defined%20as%20a,en vironments%2C%20societies%2C%20and%20behaviours> (26.9.2025); ein anschauliches Beispiel für die Anwendung von SBC im Bereich der Kinderrechte bieten Projekte von Unicef in Indien; abrufbar unter: <https://www.unicef.org/india/topics/social-and-behavio ur-change> (22.8.2025).

19 UNICEF, Core SBC Principles, abrufbar unter: <https://www.sbcguidance.org/understan d/core-sbc-principles> (26.9.2026) (eigene Übersetzung Verfasserin); dazu Nyamu-Musembi/Cornwall, What is the rights-based approach all about?, abrufbar unter: <https://www.i ds.ac.uk/files/dmfile/Wp234.pdf> (26.9.2025), S. 21 ff: “In summary, UNICEF’s understanding of and implementation of a rights-based approach to development means that rights provide the ethical basis for their work; that it provides a tool for analysis of the complex web of social and political relationships that must be understood before any intervention; that in order for it to be grounded it must be integrated into a community capacity building programme that enables people (e.g. children) to claim their rights, while also empowering the obligation holders (e.g. parents, communities and government agencies).”.

zu verbessern. Auch stellt UNICEF Trainingsmaterial Beispielsweise für den MRA in der Arbeit mit und für Kinder mit Beeinträchtigungen bereit.<sup>20</sup>

Das BMFSFJ und UNICEF Deutschland haben in Kooperation mit zahlreichen NGOs 2016 Mindeststandards in Gemeinschaftsunterkünften von Flüchtlingen entwickelt, die kontinuierlich weiterentwickelt werden. Ihr Fokus liegt auf der Verwirklichung der Rechte der untergebrachten Flüchtlinge mit einem besonderen Fokus auf dem Schutz vor Gewalt. Hierdurch sollen Frauen und besonders schutzbedürftige Personengruppen wie Kindern, Flüchtlinge mit Beeinträchtigungen und Traumastörungen sowie LGTBQI Schutz erfahren.<sup>21</sup>

Auch Deutschland bekennt sich zu den Menschenrechten als Grundlage seiner Entwicklungspolitik. Grundlage ist das von den Institutionen der Vereinten Nationen entwickelte Konzept des MRA: Die international kodifizierten Menschenrechte und ihre Prinzipien sind Grundlage der Entwicklungszusammenarbeit in allen ihren Phasen, die Projekte zielen auf die Förderung und Umsetzung der Rechte der Zielgruppe und die Unterstützung der verpflichteten Staaten.<sup>22</sup> Eine Evaluation der deutschen Entwicklungspolitik durch DEval zeigt, welchen Stellenwert der Menschenrechtsansatz für die Planung, Konzeptionierung, Durchführung und Evaluation von Programmen und Projekten haben kann. Beispiel: Der MRA in einem Programm der Entwicklungszusammenarbeit würde entsprechend dem Leitfaden des BMZ<sup>23</sup> bedeuten, „dass alle bilateralen Vorhaben menschenrechtliche Standards und Prinzipien im gesamten Zyklus berücksichtigen, gezielt Wirkungen auf Menschenrechte vorsehen und potenzielle Menschenrechtsverletzungen identifizieren und verhindern.<sup>24</sup>

Zu den menschenrechtlichen Prinzipien zählt das BMZ Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit, Partizipation und Empowerment sowie Transparenz und

20 UNICEF, Disability-inclusion – Frontline workers training, abrufbar unter: <https://www.unicef.org/disabilities/disability-inclusion-frontline-workers-training> (26.9.2025).

21 UNICEF, Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften 2021, abrufbar unter: <https://www.unicef.de/informieren/materialien/mindeststandards-schutz-fluechtlinge-2021/243676> (26.9.2025).

22 BMZ, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik, 2011, abrufbar unter: <https://www.bmz.de/resource/blob/23480/f8b949cbdbecf314a89125b1841bdbce/strategiepapier303-04-2011-data.pdf> (26.9.2025); BMZ, Menschenrechtskonzept der deutschen Entwicklungspolitik, 2023, abrufbar unter: <https://www.bmz.de/resource/blob/194624/menschenrechtskonzept-der-deutschen-entwicklungspolitik.pdf> (26.9.2025); DMR, Entwicklungspolitik, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/themen/entwicklungspolitik> (26.9.2025).

23 Leitfaden zur Berücksichtigung von menschenrechtlichen Standards und Prinzipien, einschl. Gender, bei der Erstellung von Programmvorlagen der deutschen staatlichen Technischen und Finanziellen Zusammenarbeit, abrufbar unter <https://www.bmz.de/resource/blob/78972/leitfaden-menschenrechte-2013.pdf>. (25.11.2025).

24 Zur Evaluation des Menschenrechtsansatzes in der deutschen EZ vgl. DEval, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik. Teil 2: Umsetzung und Wirksamkeit des Menschenrechtsansatzes im Aktionsfeld „Privatsektor- und Finanzsystementwicklung“, S. 19, abrufbar unter: [https://www.deval.org/fileadmin/Redaktion/PDF/05-Publikationen/Berichte/2022\\_Menschenrechte\\_Teil\\_2/2022\\_DEval\\_Menschenrechte\\_Teil\\_2\\_barrierefrei\\_web.pdf](https://www.deval.org/fileadmin/Redaktion/PDF/05-Publikationen/Berichte/2022_Menschenrechte_Teil_2/2022_DEval_Menschenrechte_Teil_2_barrierefrei_web.pdf) (26.9.2025).

Rechenschaftspflicht. So können Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit bedeuten, „dass Rechteinhabende Informationen über das Vorhaben in einer lokalen Sprache (...) erhalten. Partizipation und Empowerment können etwa bedeuten, von Vorhaben adressierte Rechteinhabende und besonders strukturell benachteiligte Gruppen auf Beteiligungsverfahren vorzubereiten und sie in diese gezielt einzubeziehen. Die Prinzipien Transparenz und Rechenschaftspflicht beinhalten etwa die offene und öffentliche Kommunikation über Vorhaben und die Zugänglichkeit von Beschwerdemechanismen, die es den Vorhaben ermöglichen, von potenziellen Menschenrechtsverletzungen zu erfahren und diesen nachzugehen.“<sup>25</sup> Erweiternd gegenüber dem MRA der UN wird auch die Prüfung menschenrechtlicher Risiken und Wirkungen in das Menschenrechtskonzept einbezogen. Dies bedeutet, bei der Planung, Konzeptionierung und Durchführung von Programmen Risiken vorausschauend zu berücksichtigen und im Sinne des Do-no-harm-Prinzips Menschenrechtsverletzungen der Zielgruppe oder anderer Betroffener bestmöglich zu vermeiden.<sup>26</sup>

## II. Der Menschenrechtsansatz und soziale Rechte

### 1. Allgemeines

Die Arbeit mit dem Konzept des MRA erweist sich als ein geeignetes Instrument zur Stärkung der sozialen Menschenrechte. Grund hierfür sind die besonderen Anforderungen, die die Implementierung der sozialen Rechte an die zu ihrer Umsetzung verpflichteten Staaten stellt. Die staatlichen Pflichten werden unterteilt in: Achtungspflichten, Schutzpflichten, Gewährleistungspflichten (duty to respect, protect and fulfil).<sup>27</sup> Die Schutzpflicht bedeutet, dass Staaten nicht nur für eigenes Handeln verantwortlich sind, sondern auch die Pflicht haben, Personen vor der Verletzung ihrer Rechte durch Dritte zu schützen. Die Gewährleistungspflicht spielt bei sozialen Rechten eine besondere Rolle, sie verlangt aktives Handeln der Staaten zur Verwirklichung der Menschenrechte, was vielfach mit erheblichen Investitionen in Infrastruktur verbunden ist. Die Ressourcenfrage wird im Sozialpakt berücksichtigt, so verlangt etwa Art. 2 Abs. 1 eine progressive Umsetzung. Fehlende Ressourcen sind dabei kein Rechtfertigungsgrund für Untätigkeit, die Staaten müssen nachweisen, dass sie einen zielführenden Prozess eingeleitet haben, der schrittweise zur Umsetzung der sozialen Rechte führt.<sup>28</sup> Unmittelbar zu erfüllen sind Kernver-

25 *DEval*, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik. Teil 2: Umsetzung und Wirksamkeit des Menschenrechtsansatzes im Aktionsfeld „Privatsektor- und Finanzsystementwicklung“, S. 19.

26 *DEval*, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik. Teil 2: Umsetzung und Wirksamkeit des Menschenrechtsansatzes im Aktionsfeld „Privatsektor- und Finanzsystementwicklung“, S. 19.

27 Klein, S. 125; Krennerich, Zeitschrift für Menschenrechte 2015/2, S. 17ff.; Krennerich, Soziale Menschenrechte, S. 103.

28 Krennerich, Zeitschrift für Menschenrechte 2015/2, S. 26.

pflichtungen zu den jeweiligen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, z.B. beim Recht auf Gesundheit ein diskriminierungsfreier Zugang zu medizinischen Einrichtungen und ärztlicher Betreuung, sowie Zugang zu einem Mindestmaß an Nahrungsmitteln, Trinkwasser, Unterkunft und sanitären Einrichtungen.<sup>29</sup> Die Leitlinien eines MRA sind ein geeignetes Instrument, um die progressive Verwirklichung der Rechte in den Phasen der Planung und Umsetzung zu steuern und zu begleiten. Ein weiterer Grund für den Einsatz des MRA auf dem Feld der sozialen Rechte ist der holistische Ansatz, der berücksichtigt, dass eine Stärkung der Menschenrechte häufig gesellschaftliche Transformation und eine Veränderung des Bewusstseins verlangt. Deutlich wird das beim Recht auf Gesundheit, dessen Verwirklichung auch von einer Mitwirkung der Zielgruppen abhängt.<sup>30</sup> Gleiches gilt bei der Umsetzung von Frauen- und Kinderrechten, deren Interpretation von kulturellen Vorstellungen und religiösen Traditionen geprägt ist und Veränderungen von Machtstrukturen innerhalb der Familie voraussetzt.<sup>31</sup>

Das Konzept des MRA im Bereich sozialer Rechte beinhaltet neben den oben genannten menschenrechtlichen Prinzipien weitere Kriterien, die mit dem Kürzel AAAQ bezeichnet werden. Dahinter verborgen sich die Begriffe: Verfügbarkeit (Availability, Zugänglichkeit (Accessability), Annehmbarkeit (Acceptability) und Qualität (Quality) = AAAQ.<sup>32</sup> Sie dienen dazu, die Verwirklichung sozialer Rechte unter konkreten Rahmenbedingungen messbar zu machen.<sup>33</sup>

29 *Krennerich*, Zeitschrift für Menschenrechte 2015/2, S. 26 f. dort zu weiteren Kernverpflichtungen.

30 *Krennerich*, Soziale Menschenrechte, S. 204 f.; daher betont der Menschenrechtsausschuss die Bedeutung der Partizipation der Bevölkerung an gesundheitspolitischen Entscheidungsprozessen auf kommunaler, staatlicher und internationaler Ebene. Das Kriterium Akzeptanz/ Acceptability bedeutet im Bereich der Gesundheit, dass auf die kulturellen Einstellungen der Bevölkerung Rücksicht genommen werden muss: "All health facilities, goods and services must be respectful of medical ethics and culturally appropriate, i.e. respectful of the culture of individuals, minorities, peoples and communities, sensitive to gender and life-cycle requirements, as well as being designed to respect confidentiality and improve the health status of those concerned;" CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) para. 12.c, adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11. August 2000, E/C.12/2000/4, abrufbar unter <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/GC14.pdf> (26.9.2025); Zum Zusammenhang von gesundheitsbezogenen Einstellungen und Verhaltensweisen vgl. *Lambert*, Soziale Ungleichheit der Gesundheitschancen und Erkrankungsrisiken in Deutschland, S. 91; *Ekezie/Connor/Gibson/Khunuti/Kamal*, MDPI Vaccines 2023/11(7).

31 Siehe CEDAW Präambel, vorletzter Absatz und Art. 5; *Schoepp-Schilling*, in: Klein (Hrsg.), S. 14; *Wyttensbach*, in Pollmann/Lohmann (Hrsg.), S. 282ff.; es ist kein Zufall, dass CEDAW die Konvention mit den meisten Vorbehalten ist, die sich oft auf den Bereich Familie beziehen, *Schoepp-Schilling*, in: Klein (Hrsg.), S. 19.

32 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, E/C.12/2000/4, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/GC14.pdf> (26.9.2025).

33 *Mollet/Manton/Wollgast/Toebes*, Caries Res 2024/58(4), S. 447.

## 2. Der MRA in der Arbeit der Weltgesundheitsorganisation (WHO)

Das Recht auf Gesundheit ist in Art. 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verankert. Es ist verbunden mit zahlreichen SDGs, zu deren Umsetzung sich die Staaten in der Agenda 2030 verpflichtet haben.<sup>34</sup> In ihrem Globalen Aktionsplan für Bewegung /*Global action plan for physical activity* zur Förderung der Gesundheit durch mehr körperliche Bewegung weist die WHO auf diese Verpflichtungen hin und fordert die Staaten auf bei der Umsetzung des Aktionsplans einen Rechte-basierten und partizipativen Ansatz anzuwenden, der die Zielgruppen und die beteiligten Kommunen einbezieht.<sup>35</sup> Was eine menschenrechtliche Perspektive im Bereich der Bewegungsförderung bedeuten kann, wurde anhand eines konkreten Projektes in Erlangen analysiert.<sup>36</sup> Ausgehend von der Erkenntnis, dass Frauen auf dem Gebiet der Bewegungsförderung weniger aktiv sind als Männer und dass neben dem Geschlecht auch Bildung, kulturelle Zugehörigkeit und Einkommen die Ausübung körperliche Aktivitäten prägen, wurde in Deutschland 2005 ein Programm zur Bewegungsförderung speziell für Frauen in schwierigen Lebenslagen (Alleinerziehende, Frauen mit Migrationsgeschichte oder niedrigem Haushaltseinkommen) gestartet – das Modellprojekt BIG *Bewegung als Investition in Gesundheit*.<sup>37</sup> 2024 untersuchten Wissenschaftler\*innen der Universität Erlangen-Nürnberg anhand dieses Projektes, wie eine menschenrechtliche Perspektive in der Praxis der Bewegungsförderung angewendet werden kann.<sup>38</sup> Hierzu

<sup>34</sup> Z.B. SDG 3 (good health and well-being); SDG 2 (ending all forms of malnutrition); SDG4 (quality education); SDG 5 (gender equality); SDG 8 (decent work and economic growth); SDG 9 (industry, innovation and infrastructure); SDG 10 (reduced inequalities); SDG 11(sustainable cities and communities); SDG 12, (responsible production and consumption); SDG 13 (climate action); SDG 15 (life on land); SDG 16 (peace, justice and strong institutions) and SDG 17 (partnerships).

<sup>35</sup> WHO, More active people for a healthier world, abrufbar unter: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/272722/9789241514187-eng.pdf?sequence=1> (26.9.2025), Chapter 3, p. 22, “The WHO Constitution enshrines that the highest attainable standard of health is a fundamental right of every human being. As an essential resource for everyday living, health is a shared social and political priority for all countries. In the 2030 Agenda, countries committed to invest in health, achieve universal health coverage and reduce health inequalities for people of all ages and abilities. Implementation of this action plan should employ a rights-based approach and incorporate a commitment to engaging and empowering individuals and communities to actively participate in the development of solutions.”.

<sup>36</sup> Sommer/Till/Ziemainz/Abu-Omar, Public Health Forum 2024/32(3), S. 239–241.

<sup>37</sup> Kooperationsverbund *Gesundheitliche Chancengleichheit*, Bewegung als Investition in Gesundheit: Das BIG-Projekt, Kurzdarstellung, abrufbar unter: <https://www.gesundheitliche-chancengleichheit.de/good-practice/detailseite/das-big-projekt/> (26.9.2025). Projektträger des Programm BIG war zunächst das Bundesministerium für Bildung und Forschung, nach der Modellphase wurde es von der Stadt Erlangen übernommen. Es wurde auch auf andere Gemeinden in Deutschland ausgerollt, vgl. Kooperationsverbund *Gesundheitliche Chancengleichheit*, Good Practice, Bewegung als Investition in Gesundheit: Das BIG-Projekt, abrufbar unter: <https://www.gesundheitliche-chancengleichheit.de/good-practice/detailseite/das-big-projekt/> (26.9.2025).

<sup>38</sup> Sommer/Till/Ziemainz/Abu-Omar, Public Health Forum 2024/32(3), S. 239–241.

wurden das Konzept und eine Evaluation des BIG Projektes analysiert anhand der vier für soziale Rechte entwickelten menschenrechtlichen Kriterien: Verfügbarkeit (Availability, Zugänglichkeit (Accessability), Annehmbarkeit (Acceptability) und Qualität (Quality) = AAAQ.<sup>39</sup>

Zunächst wurde festgestellt, dass die Frauen an der Planung und Umsetzung aktiv beteiligt werden (damit werden auch die weiteren menschenrechtlichen Prinzipien Equality und Partizipation erfüllt, was die Autor\*innen aber nicht explizit erwähnen) und dass das Projekt nachhaltig angelegt ist, in dem es darauf abzielt, Strukturen der Bewegungsförderung in der Kommune aufzubauen.<sup>40</sup> Die Evaluation des Projektes anhand der Verfügbarkeit von Angeboten der Bewegungsförderung zeigt auf, dass diese einen maßgeblichen Einfluss auf die Aktivität von Frauen hat. Die Verfügbarkeit weist ein Stadt-Land Gefälle auf. In den Städten gibt es vielfältige Angebote durch verschiedene Institutionen wie Sportvereine oder Volks hochschulen. Im ländlichen Raum ist die Verfügbarkeit begrenzt. Die Zugänglichkeit spielt ebenfalls eine entscheidende Rolle, Bewegungsangebote für Frauen sollten die folgenden Elemente berücksichtigen: örtliche Nähe, niedrige Kosten, Flexibilität ohne langfristige Bindung. Diese Elemente unterscheiden die BIG-Projekte von anderen Sportangeboten. Für die Annehmbarkeit von Angeboten ist für die Frauen wichtig, dass diese kulturell sensibel sind (z.B. Geschlechtertrennung oder Bekleidungsvorschriften berücksichtigen), zeitlich flexibel (z.B. an Gebetszeiten oder Ramadan angepasst), und familiäre Verpflichtungen berücksichtigen, z.B. durch Kinderbetreuung. Auch sollten die Kurse einen geschützten Raum für die Frauen bieten, ohne Wettbewerbsdruck. Für die Qualität der Kurse wird u.a. durch ein interkulturelles Kompetenztraining der Trainerinnen gesorgt. Die Einhaltung des menschenrechtlichen Ansatzes geschieht durch eine „Kümmerin“, die als Vermittlerin zwischen Teilnehmerinnen, dem Netzwerk und den Trainerinnen tätig wird. Mehr als 81,2 % der Frauen, die an dem Projekt teilgenommen haben, bestätigen eine Verbesserung ihres Gesundheitszustandes, fühlen sich besser integriert und haben Freundschaften geschlossen.<sup>41</sup>

### **3. Der MRA und das Recht auf Gesundheit – am Beispiel der Zahngesundheit<sup>42</sup>**

Mollet, Manton, Wollgast und Toebe untersuchen in ihrem Artikel: „A Right to Health-Based Approach to Dental Caries: Toward a Comprehensive Control Strategy“ die Wirksamkeit des Menschenrechtsansatzes im Bereich der Zahngesundheit. Die AAAQ-Prinzipien sind für sie benchmarks, mit denen die Anforderungen an staatliches Handeln im Bereich der Kariesbekämpfung analysiert werden kann. Die AAAQ-Prinzipien verlangen die Verfügbarkeit, Zugänglichkeit, Annehmbar-

39 Sommer/Till/Ziemainz/Abu-Omar, Public Health Forum 2024/32(3), S. 240.

40 Sommer/Till/Ziemainz/Abu-Omar, Public Health Forum 2024/32(3), S. 240.

41 Sommer/Till/Ziemainz/Abu-Omar, Public Health Forum 2024/32(3), S. 240.

42 Mollet/Manton/Wollgast/Toebe, Caries Res 2024/58(4).

keit und Qualität von Gesundheitseinrichtungen, Gütern und Diensten.<sup>43</sup> (Diese müssen) „in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Zweitens müssen diese Einrichtungen, Güter und Dienstleistungen physisch und wirtschaftlich in nicht-diskriminierender Weise zugänglich sein. Drittens müssen die Gesundheitsleistungen in Bezug auf medizinische Ethik, kulturelle Faktoren und Vertraulichkeit akzeptabel sein und die Gesundheitsergebnisse verbessern. Schließlich müssen diese Einrichtungen, Güter und Dienstleistungen eine wissenschaftlich und medizinisch angemessene Qualität aufweisen.“<sup>44</sup>

Bezogen auf die Bekämpfung von Karies bedeutet das für die Autor\*innen: Karies betrifft überwiegend Menschen eines niedrigeren sozialen Status. Eine Strategie zur Bekämpfung von Karies muss nicht nur die Krankheit selbst, sondern auch die Lebensweise fokussieren, die zu Karies führt. Maßnahmen zur Förderung des Rechts auf Gesundheit umfassen in der Interpretation des CESCR nicht nur die Zugänglichkeit von Gesundheitseinrichtungen, sondern auch Maßnahmen zur Veränderung der Bestimmungsfaktoren von Gesundheit. Hierzu gehört eine umfassende menschenrechtsbasierte Präventionspolitik, die sich auch auf gesunde Ernährung bezieht. Die Verpflichtung der Staaten kann z.B. darin bestehen, die Rahmenbedingungen für gesunde Ernährung zu verändern, z.B. Pflichten der Unternehmen zur Kennzeichnung des Zuckergehaltes, Werbeverbote oder eine Zuckersteuer einzuführen, oder Aufklärungsprogramme aufzulegen, um den Verzehr ungesunder Nah-

43 *United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Geneva: United Nations Economic and Social Council; 2000. E/C.12/2000/4, 11. Mai, 200. Siehe näher oben.

44 *Mollet/Manton/Wollgast/Toebe*, *Caries Res* 2024/58(4), S. 447, eigene Übersetzung Verfasserin.

rungsmittel einzuschränken.<sup>45</sup> Der Sonderberichterstatter des Menschenrechtsrates geht von gesteigerten Schutzpflichten gegenüber Kindern aus.<sup>46</sup>

#### **4. Der Menschenrechtsansatz und der Schutz von Frauen gegen Gewalt im Gesundheitssystem**

Ein weiteres Beispiel, das die Bedeutung einer menschenrechtsbasierten Analyse und Politik zeigt, ist der Report der UN – Sonderberichterstatterin für Gewalt gegen Frauen zu Menschenrechtsverletzungen von Frauen in Geburtshilfeeinrichtungen. Die Menschenrechtsperspektive ermöglicht den Fokus auf die vielfältigen und miteinander verschränkten Menschenrechtsverletzungen, denen Frauen in Geburtshilfeeinrichtungen in vielen Ländern ausgesetzt sind.<sup>47</sup> Verletzt werden häufig nicht nur das Recht darauf ein Leben ohne Gewalt zu führen, sondern auch das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Privatheit, Autonomie und Freiheit von Diskriminierung. Als Menschenrechtsverletzung wird u.a. die fehlende Aufklärung angesehen, die es den Frauen unmöglich macht, eine informierte Entscheidung zu treffen. Unfreiwillige Sterilisation und Abtreibung gehören zu den weltweit praktizierten Menschenrechtsverletzungen in Einrichtungen der Geburtshilfe. Der MRA bezieht auch strukturelle Gründe für die Vulnerabilität von Frauen in diesen Institutionen mit ein, insbesondere das Machtungleichgewicht zwischen Frauen und Männern sowie ein Mangel an Bewusstsein, Bildung und Respekt vor den Menschenrechten und dem gleichen Status von Frauen. Der Bericht gibt Empfehlungen,

45 “Although there are concerns about a lack of implementation and enforcement of socio-economic rights, a rights-based approach to health and NCD prevention strategies offers several advantages. The legally binding nature of human rights law adds weight to health as a value: the right to health as stipulated in human rights treaties establishes legally binding standards, rather than a set of nonbinding policy recommendations for States to adopt [24]. Moreover, human rights law offers a strong accountability mechanism for States to take measures [24, 25]. As participation is one of the key principles of human rights law, a rights-based approach also emphasizes the role of civil society organizations in policy-making processes, thereby enhancing policy outcomes [24, 25]. Furthermore, in a world where commercial and economic interests tend to prevail, human rights law offers a stronger response in favor of human dignity [25]. Finally, if governments or third parties continue to act in breach with human rights, this breach can provide grounds for strategic litigation in some jurisdictions „, Mollet/Manton/Wollgast/Toebe, *Caries Res* 2024/58(4), S. 445 f.

46 “This obligation has been phrased more explicitly when it comes to marketing aimed at children. In this context, it has even been submitted that appropriate protection in such cases may amount to an outright prohibition of advertising stimulating children to consume foods high in sugars, sodium, and saturated fats”, *Mollet/Manton/Wollgast/Toebe, Caries Res* 2024/58(4), S. 444–453; *HRC*, Twenty-sixth session, A/HRC/26/31, 1. April 2014, Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Anand Grover: *Unhealthy Foods, Non-Communicable Diseases and the Right to Health*.

47 UNGA, Seventy-fourth session, A/74/137, 11. July 2019, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on a human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence, S. 18 (note: Secretary-General).

wie die Staaten ihren Schutzpflichten nachkommen können, unter Einbeziehung dieser zugrundeliegenden Strukturen.<sup>48</sup> Die Gewährleistungspflicht der Staaten umfasst auch den prioritären Einsatz finanzieller Mittel für die Implementierung von sexuellen und reproduktiven Rechten und für die Menschenrechtsbildung des Gesundheitspersonals.<sup>49</sup>

### III. Der Menschenrechtsansatz in der Arbeit des Netzwerkes ENNHRI

#### 1. Allgemeines

Das Netzwerk der nationalen Menschenrechtsinstitute der Vertragsstaaten des Europarates (European Network National Human Rights Institutions ENNHRI) ist ein aktiver Akteur bei der Umsetzung der Menschenrechte im Rahmen des Europarates. Die nationalen Menschenrechtsinstitute haben den Auftrag, die Umsetzung der Menschenrechte in den Staaten des Europarates kritisch zu begleiten und Impulse für eine an Menschenrechten orientierte Politik zu geben.<sup>50</sup> Die vom Europäischen Netzwerk der nationalen Menschenrechtsinstitute durchgeführten Projekte befassen sich überwiegend mit den sozialen Menschenrechten.

Das Netzwerk ENNHRI hat für die in der UN-Entwicklungsarbeit entwickelten Prinzipien<sup>51</sup> eine griffige Formel gefunden: PANEL, d.i. Participation, Accountability, Non-discrimination and Equality, Empowerment and Legality. Ergänzend werden auch von ENNHRI die AAAQ Kriterien: Availability, Accessability, Acceptability und Quality angewandt.

NNHRI hat verschiedene Projekte im Bereich der sozialen Rechte durchgeführt, in denen modellhaft erprobt wurde, ob der MRA geeignet ist, die Menschenrechte insbesondere von vulnerablen Personen zu fördern.

48 UNGA, Seventy-fourth session, A/74/137, 11. July 2019, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on a human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence, S. 21ff.

49 UNGA, Seventy-fourth session, A/74/137, 11. July 2019, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on a human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence, S. 13; so auch, HRC, Twentieth session, A/HRC/21/22, 2. July 2012, Technical guidance on the application of a human rights-based approach to the implementation of policies and programmes to reduce preventable maternal morbidity and mortality; HRC, Twentieth session, A/HRC/21/22/Corr.1, 13. July 2012; and HRC, Twenty-first session, A/HRC/21/22/Corr.2, 25. July 2012, S. 4–8. Aktualisierte Fassung: HRC, Sixtieth session, A/HRC/60/43, 24. July 2025, Update to the technical guidance on the application of a human rights-based approach to the elimination of preventable maternal mortality and morbidity, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

50 DIMR, Die Herausforderungen unserer Zeit menschenrechtlich gestalten. Strategie 2024 – 2028, abrufbar unter: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/die-herausforderungen-unserer-zeit-menschenrechtlich-gestalten-strategie-2024-2028> (26.9.2025), S. 14.

51 S.o. Fn. 16.

## 2. Checkliste für nationale Menschenrechtsinstitute<sup>52</sup>

Im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der durch die Covid 19 Pandemie entstandenen Probleme für Wirtschaftsunternehmen und Beschäftigte wurden von der EU Nationale Aufbau- und Resilienzpläne initiiert und gefördert. Unter Rückgriff auf Arbeiten der UN<sup>53</sup> hat das Netzwerk ENNHRI Qualifizierungsmaßnahmen und Checklisten für die Nationalen Menschenrechtsinstitute entwickelt, um sie in die Lage zu versetzen, ihre Regierungen bei der Entwicklung und dem Monitoring dieser Pläne zu unterstützen und dafür einzutreten, dass diese sich an menschenrechtlichen Prinzipien und dem Grundsatz des „leave no one behind“ ausrichten. Von ENNHRI wurde eine konkrete Checkliste erstellt, mit der Nationale Menschenrechtsinstitute abprüfen können, ob der nationale Aufbau- und Resilienzplan dazu beiträgt, dass Jobs und Einkommen besonders vulnerabler Beschäftigter geschützt werden und wie gleichzeitig Gendergerechtigkeit gewährleistet werden kann.<sup>54</sup>

## 3. Projekt im Bereich Armutspolitik “Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement”<sup>55</sup>

Der Menschenrechtsansatz ermöglicht einen strukturellen und ganzheitlichen Ansatz der Armutsbekämpfung. Die menschenrechtliche Perspektive auf Armut geht von einer multidimensionalen Lebenslage aus, betrachtet wird nicht nur Einkommensarmut, sondern fehlender Zugang zu Gütern, Dienstleistungen und gesellschaftlicher Teilhabe. Armutsberichterstattung und Strategien der Armutsbekämpfung sind menschenrechtliche Prinzipien zugrundezulegen. Die nationalen Menschenrechtsinstitute werden als geeignete Akteure zur Implementierung dieses Ansatzes angesehen, da sie zwischen Zivilgesellschaft und Staat positioniert sind.<sup>56</sup>

52 ENNHRI, A human rights-based approach to COVID-19 economic response and recovery, – protecting jobs, SMEs and workers, including in the context of national recovery and resilience plans: A checklist for European National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <https://ennhri.org/wp-content/uploads/2022/03/Checklist-for-NHRIs-on-protecting-jobs-workers-and-SMEs..pdf> (26.9.2025).

53 Abrufbar unter: [\(28.11.2025\)](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/COVID-19/Checklist_HR-Based_Approach_Socio-Economic_Country_Responses_COVID-19.pdf)

54 ENNHRI, A human rights-based approach to COVID-19 economic response and recovery, – protecting jobs, SMEs and workers, including in the context of national recovery and resilience plans: A checklist for European National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <https://ennhri.org/wp-content/uploads/2022/03/Checklist-for-NHRIs-on-protecting-jobs-workers-and-SMEs..pdf> (26.9.2025). S. 10.

55 ENNHRI (2019), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement. A Guide for National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/11/Applying-a-Human-Rights-Based-Approach-to-Poverty-Reduction-and-Measurement-A-Guide-for-NHRIs.pdf> (26.9.2025).

56 So fordert das DIMR eine menschenrechtsbasierte Politik gegen Ausgrenzung und in der Armutsberichterstattung, vgl. <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/themen/wirtschaftliche-soziale-und-kulturelle-rechte/armut> (26.9.2025).

Der Leitfaden von ENNRHI zeigt sieben Prinzipien auf, mit denen nationale Menschenrechtsinstitute einen menschenrechtsbasierten Ansatz zur Armutsmessung und Bekämpfung voranbringen können. An praktischen Beispielen wird gezeigt, wie Menschenrechtsinstitute in ausgewählten europäischen Ländern schon jetzt einen solchen Ansatz verwenden und welche konkreten Aktionen sie durchführen.<sup>57</sup>

- a) *Accountability / Rechenschaftspflicht:* Die nationalen Menschenrechtsinstitute sollen die Verpflichtungen der Staaten anhand von Indikatoren beobachten und ggf. Empfehlungen aussprechen. Es wird unterschieden zwischen strukturellen Faktoren, z.B. Gesetze und politische Rahmenbedingungen; Prozessindikatoren, die die Aktivitäten der Staaten bei der Umsetzung messen und Ergebnisindikatoren (outcomes).<sup>58</sup>
- b) *Equality and Non-Discrimination:* Armut und Diskriminierung stehen in einem wechselseitigen Zusammenhang. Daher sollen politische Entscheidungen, insbesondere im Bereich des Haushalts einem poverty impact assessment unterworfen werden, in dem geprüft wird, welche Auswirkungen diese Entscheidungen auf Armut und soziale Ungleichheit haben.<sup>59</sup> In diesem Zusammenhang weisen die Empfehlungen auf das Instrument des „Human Rights Budget Work“ hin. Nationale Menschenrechtsinstitute überprüfen, ob die Aufstellung des öffentlichen Haushaltes sich an menschenrechtlichen Standards orientiert.<sup>60</sup>
- c) *Participation* Die Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen<sup>61</sup> empfehlen, dass Staaten die aktive, freie, informierte und bedeutsame Teilhabe von Menschen, die in Armut leben, bei der Gestaltung, Umsetzung und Evaluation von Entscheidungen und Politiken, die sie betreffen, sichern sollen.<sup>62</sup> Nationale Menschenrechtsinstitute können dabei eine Brücke zwischen den betroffenen Personenkreisen und staatli-

<sup>57</sup> Zu den 7 Prinzipien vgl. ENNHRI (2019), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement. A Guide for National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/11/Applying-a-Human-Rights-Based-Approach-to-Poverty-Reduction-and-Measurement-A-Guide-for-NHRIs.pdf> (26.9.2025), S. 28f.

<sup>58</sup> OHCHR (2012), Human Rights Indicators. A guide to measurement and implementation, abrufbar unter: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf) (26.9.2025).

<sup>59</sup> ENNHRI (2019), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement. A Guide for National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/11/Applying-a-Human-Rights-Based-Approach-to-Poverty-Reduction-and-Measurement-A-Guide-for-NHRIs.pdf> (25.9.2025), S. 19.

<sup>60</sup> ENNHRI (2019), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement. A Guide for National Human Rights Institutions, abrufbar unter: <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/11/Applying-a-Human-Rights-Based-Approach-to-Poverty-Reduction-and-Measurement-A-Guide-for-NHRIs.pdf> (26.9.2025), S. 17.

<sup>61</sup> UNHR, OHCHR Guiding principles on extreme poverty, and Human Rights, Res. 21/11, September 2012, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-poverty/guiding-principles-extreme-poverty-and-human-rights> (26.9.2025).

<sup>62</sup> Ibid., S. 18.

- chen Akteuren, z.B. den statistischen Ämtern bilden und durch partizipatorische Prozesse Hintergrundwissen der betroffenen Personenkreise zur Ausgestaltung von menschenrechtlichen Indikatoren gewinnen.
- d) *Data Disaggregation* Eine aussagekräftige Armsberichterstattung und ein impact assessment setzt die Erhebung aussagekräftiger Daten voraus. Daher ist die Erhebung disaggregierter Daten notwendig.
  - e) *Using a plurality of methodologies/ Measuring the non-take up of right/Safeguarding data* Durch Methodenvielfalt bei der Datenerhebung kann eine Teilhabe der betroffenen Personen sichergestellt und Aussagen über die Nicht-Inanspruchnahme von Rechten gewonnen werden. Hierdurch wird auch die Lebenssituation von Personen, die in extremer Armut leben und nicht mehr mit Behörden kommunizieren, einbezogen.
  - f) *Datenschutz* Menschenrechtliche Prinzipien bilden auch die Grundlage für einen wirksamen Datenschutz mit den Kernelementen des Selbstbestimmungsrechtes und dem Prinzip der Self-identification entsprechend Art. 3 (1) Framework Convention for the Protection of National Minorities.<sup>63</sup> Dieses Prinzip bedeutet, dass jede Person selbst entscheiden können muss, ob sie einer nationalen Minderheit zugerechnet werden möchte. Es steht ihr frei entsprechende Angaben zu ihrer ethnischen Zugehörigkeit oder Sprache zu machen.<sup>64</sup>

#### 4. Projekt im Bereich der Langzeitpflege „Respect my rights“<sup>65</sup>

Besonders relevant ist ein menschenrechtsbasierter Ansatz im Bereich von Alter und Pflegebedürftigkeit, insbesondere in der stationären Langzeitpflege. 2015 hat ENNRHI ein Forschungsprojekt initiiert, in dem die Menschenrechtssituation in Einrichtungen der Langzeitpflege in sechs europäischen Staaten begleitet und evaluiert wurde. Ziel des Projektes war die Sensibilisierung für die Menschenrechte älterer Menschen, die in Einrichtungen der Langzeitpflege leben, sowie die Stärkung der Kompetenz der Nationalen Menschenrechtsinstitute zur Überwachung und Unterstützung menschenrechtsbasierter Organisation und Aktivitäten in diesem Bereich. Auf der Grundlage der sechs Länderberichte hat ENNHRI einen Bericht veröffentlicht, der die Menschenrechtssituation in Langzeitpflegeeinrichtungen analysiert. Er zeigte, wie häufig die Menschenrechte älterer Personen in Langzeitpflegeeinrichtungen verletzt werden. Der Bericht nennt zwei Hauptgründe, fehlende Kenntnisse über die Menschenrechte älterer Personen bei diesen selbst und beim

<sup>63</sup> Council of Europe, Framework Convention for the Protection of National Minorities, ETS No. 157, 1.II.1995.

<sup>64</sup> Art. 3 Abs. 1 “Every person belonging to a national minority shall have the right freely to choose to be treated or not to be treated as such and no disadvantage shall result from this choice or from the exercise of the rights which are connected to that choice.”.

<sup>65</sup> Überblick über das Projekt: <https://ennhri.org/?s=long+term+care> (26.9.2025).

Personal von Langzeitpflegeeinrichtungen und fehlende Ressourcen.<sup>66</sup> Schwierigkeiten bereitet vor allem die Menschenrechte in die tägliche Arbeit zu übersetzen und die Würde der Heimbewohner zu achten, also mit dem Dilemma zwischen Autonomie und Schutzbedürftigkeit umzugehen.<sup>67</sup> Die Ergebnisse des Projektes führten zur Erstellung unterschiedlicher Materialien. Entwickelt wurden ein Handbuch für die politischen Entscheider, die Einrichtungsträger und die Mitarbeiter\*innen in den Einrichtungen,<sup>68</sup> und eine Zusammenstellung der Standards in der Arbeit mit älteren Menschen, die von unterschiedlichen Spruchkörpern (EGMR, UN CRPD Committee) vor allem zum Konzept der Autonomie und möglicher Beschränkungen derselben entwickelt worden sind.<sup>69</sup>

Auszug aus dem Handbuch, das im Anhang eine Tabelle der relevanten Menschenrechte enthält.<sup>70</sup>

- 66 ENNRHI, “We have the same rights” The Human Rights of Older Persons in Long-term Care in Europe, abrufbar unter: [https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri\\_hr\\_op\\_web.pdf](https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri_hr_op_web.pdf) (24.8.2025), S. 57 ff.
- 67 ENNHRI, Respect My Rights. An ENNHRI Toolkit on Applying a Human Rights-Based Approach to Long-term Care for Older Persons. October 2017, abrufbar unter: [https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri\\_17\\_005\\_toolkit\\_for\\_care\\_providers-03a-page.pdf](https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri_17_005_toolkit_for_care_providers-03a-page.pdf) (26.9.2025), S. 8.
- 68 ENNHRI, Respect My Rights. An ENNHRI Toolkit on Applying a Human Rights-Based Approach to Long-term Care for Older Persons. October 2017, abrufbar unter: [https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri\\_17\\_005\\_toolkit\\_for\\_care\\_providers-03a-page.pdf](https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri_17_005_toolkit_for_care_providers-03a-page.pdf) (26.9.2025).
- 69 ENNHRI, Human Rights of Older Persons and Long-Term Care Project: The Application of International Human Rights Standards to Older Persons in Long-Term Care February 2017, abrufbar unter: [https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri\\_application\\_of\\_human\\_rights\\_to\\_ltc\\_feb\\_2017.pdf](https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri_application_of_human_rights_to_ltc_feb_2017.pdf) (26.9.2025).
- 70 ENNHRI, Respect My Rights. An ENNHRI Toolkit on Applying a Human Rights-Based Approach to Long-term Care for Older Persons. October 2017, Annex 1, abrufbar unter: [https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri\\_17\\_005\\_toolkit\\_for\\_care\\_providers-03a-page.pdf](https://ennhri.org/wp-content/uploads/2019/10/ennhri_17_005_toolkit_for_care_providers-03a-page.pdf) (26.9.2025).

Right	Compliance Government	Compliance Service Provider
Dignity, Autono- my Art. 1 AEMR Art. 7, 10 ICCP Präamble ICESCR	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Develop minimum standards for care workers on personal care and interaction with care users.</li> <li>▪ Programme of inspection of care homes by an independent statutory authority; human rights training for inspectors.</li> <li>▪ Ensure care homes provide an adequate number of trained staff to ensure residents' needs and wishes are met in a timely manner without the need for restraint.</li> <li>▪ Ensure training courses for care workers include modules on dignity.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ A critical mass of staff with postsecond level training in long-term care.</li> <li>▪ On-going training for staff in human rights and dignity.</li> <li>▪ An adequate staff complement. Leadership from management (e.g. highlighting questionable practices they are not willing to permit).</li> <li>▪ Ensure each resident's potential is met and fulfilled.</li> <li>▪ No unnecessary restraint.</li> <li>▪ No incontinence pads when the individual can access the toilet with support.</li> </ul>

Das Projekt "Respect my rights" zeigt, was ein MRA leisten kann. Es bietet konkrete Hilfestellung zur Umsetzung der Menschenrechte in der Praxis und wirkt zugleich mit an der Bildung von Standards – hier zu den Menschenrechten älterer Menschen. Dieses Projekt eignet sich daher als Vorbild für andere Arbeitsfelder.

#### IV. Der Menschenrechtsansatz in der Sozialen Arbeit

Angesichts der Bedeutung, die menschenrechtsorientierter Umsetzung sozialer Rechte in der Praxis zukommt, ist es nur folgerichtig, dass das Konzept des MRA auch auf die Soziale Arbeit übertragen wird.<sup>71</sup>

Menschenrechtsgarantien und die Entscheidungen von Menschenrechtsgerichten und Ausschüssen dienen als Referenz für die Beratungsarbeit von Sozialarbeiter\*innen mit Personen, die gefährdet sind, diskriminiert werden, ihre Rechte nicht kennen oder deren Rechte vernachlässigt oder verletzt werden.<sup>72</sup>

Sozialarbeiter\*innen können Klienten bei der Durchsetzung ihrer Rechte gegenüber der öffentlichen Verwaltung oder vor Gerichten unterstützen. Sie können strategische Gerichtsprozesse anregen, in denen Menschenrechte eingefordert werden.<sup>73</sup>

71 Soziale Arbeit als Profession, die Menschen in belastenden Situationen befähigt und unterstützt, ihr Leben aus eigener Kraft und möglichst selbstbestimmt gestalten zu können und sich für gesellschaftliche Teilhabe von Menschen in wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Not einzusetzen. Einen guten Überblick über die Diskussion gibt der Sammelband „Menschenrechte und Soziale Arbeit“, herausgegeben von Spatschek/Steckelberg.

72 Siehe beispielhaft: Bochert/Focks/Nachtigall, S. 235 ff. zu partizipativen Unterstützungsangeboten für trans\*, inter und genderqueere Menschen; Vukoman/Heming, S. 275 ff. zum Quartiersmanagement als Möglichkeit, Menschenrechte älterer Menschen umzusetzen; vgl. auch die Beiträge in: Prasad/Muckenfuss/Foitzik, Recht vor Gnade.

73 Prasad, S. 119–129.

Darüber hinaus können Sozialarbeiter\*innen – oft als Mitarbeiter\*innen in zivilgesellschaftlichen Organisationen – individuelle oder systematische Menschenrechtsverletzungen aufdecken und so zum oben erwähnten Monitoringsystem des internationalen Menschenrechtsschutzes beitragen. Schließlich können sich Sozialarbeiter\*innen kollektiv organisieren, um politische oder rechtliche Veränderungen zu initiieren, wenn das Sozialsystem oder die Gesetzgebung und/oder ihre Anwendung als im Widerspruch zu den internationalen Menschenrechtsverpflichtungen eines Staates stehend angesehen werden. Soziale Bewegungen sind ein wichtiger Faktor für den sozialen Wandel: z. B. die Frauenbewegung, Vereinigungen von Menschen mit Behinderungen usw.<sup>74</sup>

## C. Herausforderungen

### I. Gesellschaftliche Widerstände

Eine menschenrechtlich orientierte Politik und Rechtssetzung bezieht immer auch die zugrundeliegenden Machtstrukturen und kulturellen Gefangenheiten mit ein und zielt darauf ab, diese so zu verändern, dass Menschenrechte diskriminierungsfrei garantiert werden. Besonders deutlich wird dies bei Fragen der Gendergerechtigkeit und genderspezifischer Gewalt. Aber auch die Menschenrechte von geflüchteten Menschen stehen oft in einem Spannungsverhältnis zu gesellschaftlichen Vorstellungen und politischen Zielen. Die an Menschenrechten orientierte Politik und Rechtssetzung läuft Gefahr, gesellschaftliche Widerstände zu provozieren und radikalen politischen Kräften Aufwind zu verleihen und damit zu einem Rückschritt zu führen.<sup>75</sup> Die aktuelle Auseinandersetzung um eine gendergerechte Sprache zeigt dies beispielhaft. Ein weiteres Beispiel, das Bezug nimmt auf das oben dargestellte BIG Projekt zeigt die Komplexität, die menschenrechtsorientierte Projekte aufweisen und bei ihrer Planung berücksichtigt werden müssen: Die Berücksichtigung kultureller Rahmenbedingungen bei Sportprojekten für Frauen – etwa eine besondere Zeitschiene für den Schwimmbadbesuch, um Muslima die Möglichkeit zu geben, im Burkini zu schwimmen – kann zu Protesten nicht nur

74 Zur Funktion des HRBA in der Sozialen Arbeit jenseits individueller Rechtsverwirklichung vgl. Cox/Pardasani: “the human rights approach looks beyond the individual and the issues they are facing to the structure and culture of the society itself and the ways in which it is contributing to problems. The approach makes private troubles into public issues as it goes beyond addressing individual needs and advocates for structural and cultural changes at both mezzo and macro levels with needs being perceived as basic human rights (S. 99). The rights-based approach offers a conceptual framework for social work involvement (at a)...micro, mezzo and macro level“. Dies wird am Beispiel von Betreuung (S. 100), Beschäftigung (S. 101), Einkommen (S. 101) und Gesundheit exemplifiziert.

75 Welte, Germany’s Abortion Regulation: A Relic of the Past? The German Regulation in Comparison to International Legislation, abrufbar unter: doi: 10.17176/20241016-005858-0 (26.9.2025). Welte nimmt Bezug auf Andrea Moncada in: *Moncada, Did Latin America’s Progressives become too “woke”*, abrufbar unter: <https://www.americasquarterly.org/article/did-latin-americas-progressives-become-too-woke/> (26.9.2025).

der Rechten führen, sondern feministische Frauenbewegungen auf den Plan rufen, die darin eine Bestärkung der Unterdrückung der Frauen sehen.<sup>76</sup> Gesellschaftlich gefährlich ist es auch wenn durch die Betonung von Rechtsansprüchen Erwartungen geweckt werden, die dann nicht erfüllt werden. Die Rechtsstreitigkeiten in der Covid Pandemie über die Rechtmäßigkeit der Einschränkungen individueller Rechte sprechen eine deutliche Sprache. Die Folge entäuschter Erwartungen produziert Wut und Vertrauensverlust in demokratische Strukturen.<sup>77</sup>

## **II. Gegenteilige Auswirkungen – Risikoabschätzung – das Prinzip „do no harm“**

Eine konsequente Orientierung an individuellen Menschenrechten kann auch für die Rechtsinhaber selbst nachteilige Auswirkungen haben.

In einer Analyse des MRA in von UNICEF verwalteten Flüchtlingslagern verweist Griek<sup>78</sup> mit einem sehr eindrücklichen Beispiel darauf, dass individualrechtliche Antworten auf die Vergewaltigung einer jungen Muslina wie das Anstrengen eines Strafprozesses kollektive community-based Streit- und Konfliktlösungsmechanismen schwächen können, die nachhaltigere Ausgleichsmechanismen vorsehen.<sup>79</sup> Darüber hinaus kann Menschenrechtsserziehung und Empowerment in den Lagern bei Rückkehr in ihr Heimatland dazu führen, dass Mädchen oder Frauen sich nicht mehr in ihrer kulturell anders orientierten Herkunftsgesellschaft integrieren können. Auch bei in Deutschland lebenden Migrantinnen kann die Verwirklichung von Menschenrechten (z.B. das Recht der freien Partnerwahl) zu Konflikten mit der eigenen Familie führen.

Aus diesen Beispielen lassen sich mE keine zwingenden Argumente gegen einen menschenrechtlichen Ansatz ableiten, sie verweisen vielmehr darauf, dass dieser den Kontext einbeziehen muss. Auch muss schon bei der Planung und Konzeptionierung eine Risikoabschätzung für die Zielgruppe selber, aber auch für andere Betroffene durchgeführt werden.<sup>80</sup>

## **D. Fazit**

Der im Rahmen der Entwicklungspolitik entwickelte Menschenrechtsansatz erweist sich als ein geeignetes Instrument für die Analyse, die Implementierung, das Moni-

76 Vgl. den aktuellen Streit zum Burkiniverbot, abrufbar unter: <https://www.islamiq.de/2025/07/15/neue-kleiderordnung-verbietet-burkinis-in-freibadern/> (26.9.2025).

77 Griek, Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights 2009/6, S. 78 im Zusammenhang mit Flüchtlingen, dies gilt aber ebenso für die demokratischen Gesellschaften des sog. Westens, vgl. Eva Illouz, Explosive Moderne.

78 Griek, Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights 2009/6, S. 78 ff.

79 Griek, Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights 2009/6, S. 86.

80 Vgl. DEval, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik. Teil 2: Umsetzung und Wirksamkeit des Menschenrechtsansatzes im Aktionsfeld „Privatsektor- und Finanzsystementwicklung“, abrufbar unter: [https://www.deval.org/fileadmin/Redaktion/PDF/05-Publikationen/Berichte/2022\\_Menschenrechte\\_Teil\\_2/2022\\_DEval\\_Menschenrechte\\_Teil\\_2\\_barrierefrei\\_web.pdf](https://www.deval.org/fileadmin/Redaktion/PDF/05-Publikationen/Berichte/2022_Menschenrechte_Teil_2/2022_DEval_Menschenrechte_Teil_2_barrierefrei_web.pdf) (26.9.2025), S. 19.

toring und die Evaluation der Verpflichtungen, die für die Staaten aus den von ihnen unterzeichneten Menschenrechtskonventionen erwachsen. Es wird ein mehrstufiges Instrumentarium angewandt: Grundlage sind die konkreten Menschenrechte der UN-Konventionen bzw. regionaler Menschenrechtskonventionen in der Interpretation der zuständigen Spruchkörper, als weitere Indikatoren gelten allen Menschenrechten zugrundeliegende Prinzipien und zusätzlich spezifische für bestimmte Menschenrechtsgruppen entwickelte Kriterien. Das Menschenrechtskonzept der deutschen Entwicklungspolitik bezieht auch eine Risikoabschätzung mit ein, dies scheint mir eine wichtige Ergänzung für den Menschenrechtsansatz auch in anderen Bereichen zu sein.

Ein Mehrwert des Menschenrechtsansatzes liegt in meinen Augen darin, dass die juristische Ebene ergänzt wird durch die Einbeziehung kultureller und sozialer Kontexte. Die derzeitigen Entwicklungen in vielen Staaten, die man im Hinblick auf Rechte von Frauen, LGTBQI Personen und Minderheiten durchaus als back-lash bezeichnen kann, zeigen, dass es mit der juristischen Verankerung von Menschenrechten nicht getan ist, sondern vielfach eine kulturelle und soziale Transformation notwendig ist. Hier ist auch der Grundsatz des „do no harm“ zu beachten, d.h. nachteilige Auswirkungen eines an individuellen Rechten orientierten Handelns müssen berücksichtigt werden. Der Menschenrechtsansatz bietet das Instrumentarium, die Verantwortlichkeit der Staaten in Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft auch für die Bedingungen einer solchen Transformation zu stärken. Die betrachteten Praxisbeispiele mögen unbedeutend und kleinteilig erscheinen angesichts der Größe der aktuellen Herausforderungen, vielleicht liegt aber gerade darin die Chance – vor Ort und unter Beteiligung der Menschen spürbare Verbesserungen der Lebensbedingungen zu schaffen und damit zur Transformation beizutragen.

## Bibliographie

- BOCHERT, NADINE; FOCKS, PETRA; NACHTIGALL, ANDREA, *Trans\*, inter\* und genderqueere Jugendliche in Deutschland – partizipativ-empowernde Unterstützungsangebote und ihre Bedeutung für eine menschenrechtsbezogene Soziale Arbeit*, in: Spatscheck, Christian; Steckelberg, Claudia, (Hrsg.), Menschenrechte und Soziale Arbeit. Konzeptionelle Grundlagen, Gestaltungsfelder und Umsetzung einer Realutopie, Opladen, 2018, S. 231–243
- COX, CAROLA; PARDASANI, MANOJ, *Aging and Human Rights: A Rights-Based Approach to Social Work with Older Adults*, Journal of Human Rights and Social Work, 2017, Jg. 2, S. 98–106
- EKEZIE, WINIFRED; CONNOR, AAISHA; GIBSON, EMMA; KUNTHI, KAMLESH; KAMAL, ATIYA, *A Systematic Review of Behaviour Change Techniques within Interventions to Increase Vaccine Uptake among Ethnic Minority Populations*, Vaccines, 2023, Jg. 11(7), S. 1–46

- GRIEK, ILSE, *The «rights turn» in refugee protection: an analysis of UNHCR's adoption of the human rights based approach*, Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos, Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights, 2009, Jg. 6, S. 73–90
- KERNS, TOM, *Ten practical advantages of a human rights approach to environmental advocacy*, Journal of Environmental Studies and Sciences, 2013, Jg. 3(4), S. 416–420
- KLEIN, ECKART, *Die völkerrechtliche Entwicklung nach 1948*, in: Pollmann, Arnd; Lohmann, Georg (Hrsg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch. Stuttgart, 2012, S. 123–128
- KRENNERICH, MICHAEL, *Das Menschenrecht auf Gesundheit*, Zeitschrift für Menschenrechte, 2015, Jg. 9(2), S. 8–35
- KRENNERICH, MICHAEL, *Soziale Menschenrechte*, Schwalbach, 2013
- MESSING, SVEN; KRENNERICH, MICHAEL; ABU-OMAR, Karim; FERSCHL, SUSANNE; GELLIUS, PETER, *Physical activity as a human right?*, Health and Human Rights Journal, 2021, Jg. 23(2), S. 201–211
- MOLLET, S. DOMINIQUE; MANTON, DAVID, JOHN; WOLLGAST, JAN; TOEBES, BRIGIT, *A Right to Health-Based Approach to Dental Caries: Toward a Comprehensive Control Strategy*, Caries Research, 2024, Jg. 58(4), S. 444–453
- NYAMU-MUSEMBI, CELESTINE; CORNWALL, ANDREA, *What is the “rights-based approach” all about? Perspectives from international development agencies*, IDS Working Paper 234, Institute for Development Studies, Brighton, Sussex, BN1 9RE, England, 2004
- PRASAD, NIVEDITA, *Strategische Prozessführung als Mittel zur (Wieder-)Erlangung von Menschenrechten*, in: Prasad, Nivedita; Muckenfuss, Katrin; Foitzik, Andreas (Hrsg.), Recht vor Gnade. Bedeutung von Menschenrechtsentscheidungen für eine diskriminierungskritische (Soziale) Arbeit, Weinheim Basel, 2020, S. 119–129
- SCHMAHL, STEFANIE, *Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart*, in: Richter, Ingo; Krappmann, Lothar; Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte, Baden-Baden, 2020, S. 55–67
- SCHÖPP-SCHILLING, HANNA BEATE, *Bedeutung und Auswirkungen des Frauenrechtsübereinkommens*, in: 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Dokumentation der Tagung in Potsdam, 25./26.11.1999, Studien zu Grund- und Menschenrechten, Heft 5, Potsdam, 2000, S. 13–30
- SOMMER, RALUCA; TILL, MAIKE; MESSING, SVEN; ZIEMAINZ, HEIKO; ABU-OMAR, KARIM, *Kommunale Bewegungsförderung für Frauen aus menschenrechtlicher Sicht*, Public Health Forum, 2024, Jg. 32(3), S. 239–241

SPATSCHEK, CHRISTIAN; STECKELBERG, CLAUDIA, (Hrsg.) *Menschenrechte und Soziale Arbeit. Konzeptionelle Grundlagen, Gestaltungsfelder und Umsetzung einer Realutopie*, Opladen, 2018

VUKOMAN, MARINA; HEMING, ANN-CHRISTIN, *Menschenrechte als Bezugsrahmen für die Soziale Arbeit mit älteren Menschen*, in: Spatschek, Christian; Steckelberg, Claudia (Hrsg.), *Menschenrechte und Soziale Arbeit. Konzeptionelle Grundlagen, Gestaltungsfelder und Umsetzung einer Realutopie*, Opladen, 2018, S. 269–281

WYTTENBACH, JUDITH, *Schutz von Ehe und Familie*, in: Pollmann, Arnd; Lohmann, Georg (Hrsg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*. Stuttgart, 2012, S. 282–285

BMFSFJ, *Mit Recht zur Gleichstellung. Handbuch zur Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen*. (Hrsg.), 2. Auflage, Deutschland, 2023



© Ursula Fasselt

# Regeln für die digitale Ökonomie: von der nationalen zur europäischen Rechtsetzung

Ulrich Nussbaum\*

## Inhalt

A. Einleitung	589
B. § 19a GWB – nationale Mißbrauchsaufsicht	591
C. Digital Markets Act (DMA) – europäische Regulierung	594
D. Fazit	597

## Abstract

Die Ausbreitung von plattformbasierten Geschäftsmodellen in marktübergreifenden digitalen Ökosystemen stellt eine tiefgreifende Herausforderung für die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft dar. Große digitale Kooperationen wie Google, Amazon, Microsoft, Booking oder Meta/Facebook gestalten den Wettbewerb aufgrund ihrer überwältigenden marktübergreifenden Bedeutung zunehmend einseitig zu ihren Gunsten um. Diese Entwicklung macht eine Modernisierung des nationalen und europäischen Wettbewerbsrahmens notwendig. In Deutschland ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) das zentrale Instrument zur Umsetzung der digitalen Ordnungspolitik. Die erweiterten Befugnisse des Bundeskartellamtes bei der Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB sowie die neuen Regelungen für große digitale Plattformen, die als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ eingestuft werden, sollen einen faireren Wettbewerb fördern. Deutschland hat in dieser Hinsicht eine Vorreiterrolle übernommen. Auf europäischer Ebene wurden mit dem Digital Markets Act (DMA), der im Mai 2023 in Kraft tritt, vergleichbare Regelungen für sogenannte „Gatekeeper“ geschaffen. Die nationale Missbrauchsaufsicht bleibt auch dann anwendbar, wenn ein Unternehmen nicht als Gatekeeper benannt wurde. In diesem Zusammenhang sind zwei aktuelle Entscheidungen von besonderer Bedeutung: das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 23. April 2024, mit dem die Berufung von Amazon gegen seine Einstufung als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ zurückgewiesen wurde, und das Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EGC) vom 17. Juli 2024, mit dem die Anfechtung des Gatekeeper-Status von Bytedance (TikTok) zurückgewiesen wurde.

\* Dr. Ulrich Nussbaum war von 2018 bis 2021 Wirtschaftsstaatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Bis 2023 war er Honorarprofessor für Internationales und Europäisches Recht & Finanzbeziehungen an der Jacobs University Bremen (Germany). Email: Info@slh-kg.de.

Unabhängig von diesen Entscheidungen unterstreicht die große Zahl der derzeit vor dem BGH und dem EGC anhängigen Verfahren die Notwendigkeit dieser neuen Instrumente, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten und das reibungslose Funktionieren in der gesamten Europäischen Union sicherzustellen.

### **Rules for the Digital Economy: From National to European Regulation.**

The proliferation of platform-based business models within cross-market digital ecosystems represents a profound challenge to the principles of the social market economy. Major digital cooperations such as Google, Amazon, Microsoft, Booking, or Meta/Facebook are increasingly reshaping competition unilaterally to their advantage, owing to their overwhelming cross-market significance. This development necessitates a modernization of both national and European competition frameworks. In Germany, the Act against Restraints of Competition (GWB) constitutes the primary instrument for implementing digital regulatory policy. Enhanced powers of the Federal Cartel Office in abuse control pursuant to Section 19a GWB, combined with new provisions targeting large digital platforms classified as companies of “paramount cross-market significance for competition”, are designed to promote fairer competitive environment. In this respect, Germany has assumed a pioneering role. At the European level, the Digital Markets Act (DMA), which entered into force in May 2023, established comparable rules for so-called “gatekeepers”. National abuse control remains applicable in cases where a company has not been designated as a gatekeeper. In this context, two recent rulings are of particular importance: the judgement of the Federal Court of Justice (BGH) of 23 April 2024, which dismissed Amazon’s appeal against its designation as a company of “paramount cross-market significance, for competition”, and the judgement of the General Court of the European Union (EGC) of 17 July 2024, which rejected Bytedance’s (TikTok) challenge against its gatekeeper status. Irrespective of these decisions, the large number of proceedings currently pending before the BGH and the EGC underscores the necessity of these new instruments to safeguard effective consumer protection and to ensure the proper functioning across the European Union.

**Keywords:** Digitale Ökonomie; Digital Markets Act; Wettbewerbspolitik; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Plattformregulierung

### **A. Einleitung**

Relativ unbemerkt von einer breiten Öffentlichkeit – die Corona-Pandemie war zu diesem Zeitpunkt das überragende gesellschaftspolitische und wirtschaftliche Thema – wurde Anfang 2021 in der 19. Legislaturperiode unter Wirtschaftsminister Altmaier mit der 10. GWB-Novelle das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundlegend modernisiert.<sup>1</sup>

1 Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil INr. 1, 18.1.2021.

Im damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wurde das sog. GWB-Wettbewerbsbeschränkungen wird dort traditionell als das „Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft“ verstanden. Mit der Modernisierung des Wettbewerbsrahmens verstand man sich als Vorreiter für eine europäische Regelung, die sich zu diesem Zeitpunkt als Digital Markets Act bereits abzeichnete. Es ging nicht mehr oder weniger darum, über das Wettbewerbsrecht einen umfassenden digitalen Ordnungsrahmen für die sog. Plattformökonomie zu schaffen, um die als über groß wahrgenommene Marktmacht der globalen Internetkonzerne zu begrenzen, und den fairen Wettbewerb auf den Plattformmärkten zu erhalten.<sup>2</sup> Aus Sicht der Bundesregierung haben globale Plattformen eine eigenständige Marktstrukturverantwortung und daraus abgeleitet die rechtliche Pflicht, den vom Gesetzgeber vorgegebenen konkreten wettbewerbsrechtlichen Verhaltensnormen nachzukommen. Damit war zugleich für alle Beteiligten des Gesetzesverfahrens offensichtlich, dass Normadressaten der neuen Missbrauchsaufsicht nicht am Umsatz gemessen kleinere Internetunternehmen sind, sondern vorrangig auf die bereits bestehenden internationalen Digitalplattformen wie z.B. Microsoft, Alphabet, Meta, Apple, Bytedance und Amazon abgezielt wird. Also zum Zeitpunkt des Inkrafttreten des Gesetzes eine überschaubare Anzahl von Akteuren, denen als Unternehmen eine Stellung „mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ zukommt und die damit der neuen Missbrauchsaufsicht des Kartellamts gemäß 19a GWB unterliegen. Beim Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes war das GWB damit der erste rechtlich verbindliche, und mit Strafe bewehrte Ordnungsrahmen für die Plattformökonomie in Europa.

Trotz der offensichtlichen Notwendigkeit gesetzgeberisch rasch zu handeln, um den fairen Wettbewerb in der digitalen Plattformökonomie zu sichern, trotz der offensichtlichen Notwendigkeit, die Abschottung digitaler Ökosysteme aufzubrechen und den Missbrauch sog. Gatekeeper oder Torwächterstellungen zu verhindern, war das Gesetzesvorhaben nicht unumstritten. Um einzelne Formulierungen wurde bis zuletzt im parlamentarischen Verfahren gerungen.<sup>3</sup>

Die Anzahl der Verfahren gegen große Digitalkonzerne, die auf der Basis des neuen § 19a GWB beim Bundeskartellamt anhängig sind und die Tatsache, dass die Europäische Kommission im September 2023 im Wesentlichen dieselben Konzerne und deren 22 zentrale Plattformdienste dem Digital Markets Act (DMA)<sup>4</sup> unterworfen hat, zeigen m.E. den nationalen und europäischen Regelungsbedarf und die potentielle Wirksamkeit der neuen Regulierungsinstrumente. Hierauf wird im Nachfolgenden einzugehen sein.

2 Siehe Gesetzentwurf Bundesregierung vom 19.10.2020, BT-Drucksache 19/23492.

3 Zum Vorgangslauf vgl. die Nachweise auf dem Dokumentations- und Informationsystem für Parlamentsmaterialien dip.bundestag.de.

4 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.10.2022, S. 1. *Bundeskartellamt*, Verfahren gegen große Digitalkonzerne auf der Basis von § 19 GWB, Stand: August 2025.

## B. § 19a GWB – nationale Mißbrauchsaufsicht

Neben wichtigen Anpassungen einzelner kartellrechtlicher Bestimmungen (wie z.B. der Anhebung der Schwellenwerte als Voraussetzung für die Fusionskontrolle von 25 auf 30 Millionen Umsatz bzw. 5 auf 10 Millionen Umsatz der beteiligten Unternehmen, die Anhebung der Bagatellgrenze für Untersagungsverfügungen auf 20 Millionen anstelle von 15 Millionen Umsatz, die Einschränkung der Voraussetzungen für die Ministererlaubnis oder der Anspruch auf eine verpflichtende Vorabbewertung durch das Kartellamt bei Kooperationen) ist der unbestrittene Kern oder – wie einige zu recht formulieren –, das „rechtspolitische Herzstück“<sup>5</sup> des Digitalisierungsgesetzes in Ergänzung zu den bereits bestehenden Regelungen vor allem in den §§ 19,20 die Einfügung einer neuen Vorschrift, nämlich § 19 a GWB. Diese Vorschrift adressiert nicht jede Internetplattform, sondern zielt speziell auf eine bestimmte Kategorie von Plattformen, die definiert werden als sog. „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“. Dahinter steht die Überlegung, dass sich digitale Transaktionen von Konsumenten zunehmend auf wenige Plattformen konzentrieren, deren Wachstum und wirtschaftliche Marktmacht nicht allein in ihrer Attraktivität und Innovationsfähigkeit liegt, sondern die über Netzwerkeffekte, Bündelung von enormen Datenmengen und Datenzusammenführung, der Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität oder das Hebeln von Marktmacht auf andere Märkte, sich unfaire Wettbewerbsvorteile verschaffen.<sup>6</sup>

§ 19 a GWB versteht sich deshalb als ein Anti-Big-Tech-Paragraf.<sup>7</sup> Der Wortlaut der Vorschrift ist allgemein gehalten. Er enthält keinen Bezug auf bestimmte Unternehmen oder adressiert ausdrücklich die digitale Plattformökonomie. Nur der Verweis auf die „mehrseitigen Märkte und Netzwerke“ im Sinne von § 18 Abs. 3a GWB und die konkrete Ausgestaltung der Vorschrift lassen erkennen, dass es dem Gesetzgeber eindeutig um die wettbewerbsrechtliche Regulierung marktmächtiger Internetplattformen geht.

§ 19a GWB ist proaktiv. Das ist neu für das GWB. Mit einem zweistufigen Verfahren sollen bereits ex-ante bestimmte wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen untersagt werden können, bevor es zur tatsächlichen Einschränkung des Wettbewerbs durch etwaiges missbräuchliches Verhalten kommt. Deshalb kann das BKA gemäß § 19 a Abs. 1 GWB zunächst positiv feststellen, dass ein bestimmtes Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat. Mit dieser Feststellung fällt das Unternehmen in den Anwendungsbereich des § 19a GWB mit der Rechtsfolge, dass dem Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen gem. Abs. 2 GWB durch Verfügung des BKA untersagt werden können. Gemäß § 19a Abs. 2 Satz 5 GWB können Feststellung und Verfügung uno actu ergehen. Die Darlegungs- und Beweislast, dass die beanstandete Verhaltensweise sach-

5 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 1.

6 § 19a GWB adressiert deshalb de facto nur einen sehr überschaubaren Kreis von Digitalunternehmen. BT-Drucksache 19/23492, S. 75.

7 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 2.

lich gerechtfertigt ist, obliegt soweit dem Unternehmen (§ 19a Abs. 2 Satz 3 GWB). Mit der Beweislastumkehr stärkt der Gesetzgeber das Kartellamt in besonderer Weise.<sup>8</sup>

§ 19 a GWB ist kein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB Damit sind die in § 19 Abs. 2 GWB adressierten Untersagungstatbestände nicht kraft Gesetzes von vorneherein nichtig, sondern ex nunc mit Rechtskraft der auf § 19a Abs. 2 gestützten konkreten Untersagungsverfügung.<sup>9</sup> Entsprechend gibt es bis zu einer Entscheidung des Kartellamtes auch keine zivilrechtlichen Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche. Erst wenn das betroffene Unternehmen die gerügten Verhaltensweisen in Folge nicht einstellt, indem es etwa weiter bei der Behandlung von Angeboten anderer Unternehmen unangemessene Vorteile fordert oder seine eigenen Angebote in unlässiger Weise bevorzugt, kommen zivilrechtliche Ansprüche in Betracht.

§ 19a GWB adressiert missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“, ohne eine Legaldefinition zu formulieren. Die Charakteristika solcher marktübergreifenden Unternehmen gemäß § 19a Abs. Ziffer 1 bis 5, wie etwa marktbeherrschende Stellung, Finanzkraft, sein vertikaler Integrationsgrad, sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten oder sein Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter, sind keine abschließenden Kriterien. § 19a GWB will digitale Plattformunternehmen erfassen. Marktmächtige Unternehmen, die den Schwerpunkt ihrer Geschäftstätigkeit eindeutig im digitalen Bereich haben. Das Plattformgeschäft muss den Hauptteil des Geschäfts und damit den Großteil des Umsatzes ausmachen und darf nicht untergeordnet oder eine Nebentätigkeit sein.<sup>10</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Normtatbestand des § 19a Abs. 1 GWB nicht zu eng gefasst ist, und ob das Wettbewerbsrecht damit der Komplexität, der Innovations- und Anpassungsfähigkeit von digitalen Plattformgeschäftsmodellen perspektivisch überhaupt gerecht werden kann. Wer ist überhaupt Normadressat? Sind es ausschließlich Unternehmen, die eine digitale Plattform anbieten oder solche, die ein Netzwerk oder einfach andere digitale Dienste betreiben? In jedem Fall steht nicht der Markt, auf dem das Unternehmen aktiv ist, im Vordergrund der kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung, sondern die spezifische Wirkmächtigkeit des jeweiligen Unternehmens.

8 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 135, weist zu Recht darauf hin, dass diese Art der formellen und materiellen Beweislastumkehr „ohne Beispiel im deutschen Kartellrecht“ ist. Ob sie allerdings gleich verfassungsrechts- oder unionsrechtswidrig oder „verfassungsrechtlich bedenklich“ ist, wie Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 138 f., formuliert, wird sich zeigen müssen. Jedenfalls ist der BGH in seinem Beschluss zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung von Amazon für den Wettbewerb dieser Ansicht nicht gefolgt. Vgl. BGH Beschluss v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Juris, Rn. 208 ff. und Ls. 1.

9 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 5 unter Hinweis auf die BT-Drucksache19/23492.

10 Zum sachlichen Anwendungsbereich von § 19a GWB siehe Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 35 ff.

Entsprechend hat sich die Monopolkommission kritisch mit der Novellierung von § 19a GWB auseinandergesetzt.<sup>11</sup> Der Wettbewerbsrechtsbezug liegt bei dieser Sichtweise nicht auf digitalen Plattformen und Netzwerken, sondern auf dem umfassenderen Ökosystem, in dem sich diese Akteure bewegen. In ihrem 25. Hauptgutachten vom 8. Juli 2024 hat die Monopolkommission deshalb vorgeschlagen, den Normbereich des § 19a GWB zu erweitern und ausdrücklich auf „digitale Ökosysteme“ auszurichten,<sup>12</sup> „(...)um so in einer Gesamtbetrachtung digitale Ökosysteme und die daraus resultierenden besonderen Gefährdungslagen für den Wettbewerb angemessen zu identifizieren und adressieren zu können“.<sup>13</sup> Insbesondere „die Schaffung einer neuen Machtkategorie, die für die Normadressaten unter anderem eine Beweislastumkehr zur Folge (habe),(erfordere) jedoch auch aus ökonomischer Sicht eine fundierte Rechtfertigungsgrundlage“.<sup>14</sup>

Ausgehend von dem wirtschafts-ökonomischen Konzept des „digitalen Ökosystems“,<sup>15</sup> das zwischen produktbasierten und akteurbasierten – oftmals Multi-Produkt-Ökosystemen – unterscheidet, wird ein ökonomisches Prüfkonzept<sup>16</sup> entwickelt, das in drei Schritten zunächst systemische Faktoren, dann die wirtschaftliche Ökosystem-Macht des Betreibers und schließlich das Potenzial für Diskriminierungs- und Hebelpraktiken identifiziert. Von zentraler Bedeutung ist aus der Sicht dieses Ansatzes die Fähigkeit des Ökosystembetreibers mit der Ökosystemstruktur sog. nicht-generische Komplementaritäten zu organisieren. Darunter werden nicht standardisierte Verbundenheiten ohne vertikale Integration und eine gemeinsame Wertschöpfung verstanden, die die Akteure an das System wirtschaftlich und technisch binden, die Eintrittsbarrieren für Externe erhöhen und dem Betreiber Zugang zu allen relevanten Daten der Akteure und Endkunden gibt.

Wenn man sich das Ökosystem-Konzept näher anschaut, ist es ein interessanter wirtschaftsökonomischer Ansatz, der sicherlich die ökonomischen Auswirkungen und die systemische Komplexität der Digitalwirtschaft gut beschreibt, aber es ist meines Erachtens primär keine rechtstheoretische Kategorie mit der justiziable Tatbestände nachprüfbar erfasst werden können. Dieses Konzept findet sich entsprechend auch nicht im unionsrechtlichen Digital Markets Act (DMA).

Interessanterweise schlägt die Monopolkommission auch nicht etwa vor, den § 19a GWB ersatzlos zu streichen, oder das zentrale Kriterium der besonderen Missbrauchsaufsicht, nämlich der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb“ aufzugeben oder anzupassen.<sup>17</sup> Das wäre meines Erachtens konsequent. So besteht die Zielsetzung des Vorschlags vorrangig darin ein wirtschaftsökonomisches Methodenkonzept gesetzlich zu verankern, ohne

11 *Monopolkommission*.

12 *Monopolkommission*, Rn. 434.

13 *Monopolkommission*, Rn. K20.

14 *Monopolkommission*, Rn. 419. Dazu kommt aus Sicht der Monopolkommission erschwendend hinzu, dass der neue § 19a GWB „...Unschärfen hinsichtlich der Frage ...aufwerfe), wer eigentlich Normadressat ist.“

15 *Monopolkommission*, Rn. 410 ff.

16 *Monopolkommission*, Rn. 428 ff.

17 *Monopolkommission*, Rn. K20.

dass sich im praktischen Anwendungsergebnis am Kreis der erfassten Normadresaten etwas ändern wird: Es sind nach wie vor die großen Internetplattformen dieser Welt.

Es ist nicht auszuschließen, dass die rasante, exponentielle Entwicklung der Digitalwirtschaft, insbesondere mit Hilfe von Künstlicher Intelligenz, die Markt- und Rahmenbedingungen fundamental ändern werden. Dann wird der Normgeber den neuen Herausforderungen für einen freien und fairen Wettbewerb erneut begegnen müssen. Die bisherigen Beschlüsse des Kartellamts zeigen jedoch, dass § 19a GWG in seiner jetzigen Formulierung und zum jetzigen Zeitpunkt praxistauglich ist. Die jüngste Entscheidung des Kartellsenats des BGH<sup>18</sup> zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung von Amazon für den Wettbewerb bestätigt diese Praxis in vollem Umfang.

### C. Digital Markets Act (DMA) – europäische Regulierung

Die Verordnung (EU) 2022/1925 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 – auf deutsch: Gesetz über digitale Märkte oder auf englisch: Digital Markets Act (DMA) – wurde am 12. Oktober 2022 im Amtsblatt der Union verkündet und ist gemäß Art. 54 Abs. 1 DMA am 20. Tag danach formal in Kraft getreten.<sup>19</sup>

Rechtsgrundlage ist die Harmonisierungskompetenz der Union auf Basis des Art. 114 AEUV. Deutschland hatte zusammen mit Frankreich, Polen und Italien schon frühzeitig eine klare Reaktion der Kommission auf die zunehmende wettbewerbsgefährdende Dominanz der großen Internetplattformen gefordert. Mit der GWB-Novelle übernahm Deutschland unbestreitbar eine Vorreiterrolle und konnte damit ordnungspolitische Maßstäbe für die digitale Plattformökonomie setzen.<sup>20</sup>

Anders als das GWB handelt es sich beim DMA nicht um eine wettbewerbsrechtliche Regelung, sondern um eine Regulierung mit ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Charakter.<sup>21</sup> Der DMA verfolgt nach Ziffer 11 Erwägungsgrund das Ziel sicherzustellen, dass digitale Märkte unabhängig vom konkreten Verhalten eines sog.

- 18 BGH Beschluss v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22. In diesem Beschluss hat der BGH die Beschwerde von Amazon gegen den Beschluss des Kartellamts, wonach Amazon eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat, zurückgewiesen. Entscheidend und neu ist dabei die Feststellung des Gerichts, dass die Tätigkeit des Unternehmens keine konkrete Gefahr für den Wettbewerb begründet oder ihn bereits beeinträchtigt hat. Die abstrakte tatsächliche Möglichkeit ist bereits ausreichend.
- 19 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1, S. 1. Siehe hierzu auch die Kommentierung von *Lodigkeit*, AnwZert ITR 2024/19, Anm. 3.
- 20 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 21. Die dort formulierte Einschätzung unter Angabe weiterer Quellen ist zutreffend.
- 21 Siehe Beschluss des BGH v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Rn. 171 ff.

Torwächters „bestreitbar und fair sind und bleiben“. Das rechtliche Schutzinteresse der EU-Verordnung gilt dem objektiven wettbewerbsrechtlichen Status des digitalen Binnenmarkts, unabhängig vom konkreten Verhalten einzelner Marktteilnehmer. Diese Unterscheidung ist wichtig. Damit verstößt § 19a GWB nicht gegen Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA, wonach Mitgliedstaaten Torwächtern keine weiteren Verpflichtungen im Anwendungsbereich des DMA auferlegen.<sup>22</sup>

Normadressat des DMA ist der bereits erwähnte „Torwächter“ oder „Gatekeeper“. Gemäß Art. 2 Ziffer 1 DMA in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 DMA und Art. 2 Nr. 4 DMA ist ein Torwächter ein Unternehmen, das auf einem Markt im digitalen Sektor, auf dem Dienste der Informationsgesellschaft gegen Entgelt elektronisch bereitgestellt werden, zentrale Plattformdienste bereitstellt, und nach Artikel 3 von der Kommission benannt worden ist. Unentgeltliche Dienste und nicht-gewinnorientierte Dienste gelten damit nicht als zentrale Plattformdienste.

Artikel 2 Ziffer 2 DMA zählt alle zentralen Plattformdienste enumerativ und abschließend auf:

- Online-Vermittlungsdienste
- Online-Suchmaschinen
- Online-Dienste sozialer Netzwerke
- Video-Sharing Plattform Dienste
- nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste
- Betriebssysteme
- Webbrowser
- virtuelle Assistenten
- Cloud-Computing-Dienste
- Online-Werbedienste

Den Status als Torwächter erhält das Unternehmen erst durch feststellenden Benennungsbeschluss nach Art. 3 Abs. 9 DMA.<sup>23</sup> Voraussetzung sind 1.) erheblicher Einfluss auf den Binnenmarkt, 2.) die Bereitstellung eines zentralen Plattformdienstes, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und 3.) eine in Zukunft absehbare, oder bereits gefestigte und dauerhafte Position hinsichtlich seiner Tätigkeiten.

Dies soll immer dann der Fall sein, wenn bestimmte quantitative und qualitative Kriterien erfüllt werden, die auf ein bedeutendes Monetarisierungspotential schließen lassen, etwa durch die Höhe des Jahresumsatzes von mindestens 7,5 Milliarden Euro, eine Marktkapitalisierung von 75 Milliarden Euro bei demselben zentralen Plattformdienst in mindestens drei Mitgliedstaaten, oder mindestens 45 Millionen aktive EU-Endnutzer. Allerdings könnten die obigen Schwellenwerte den Eindruck erwecken, vom Unionsgesetzgeber sehr normadressatenspezifisch definiert worden zu sein, um gezielt bestimmte zentrale Plattformdienste als Torwächter adressieren

22 Beschluss des BGH v. 23.4.2024, Az. KVB 56/22, Rn. 173 ff.

23 Wiedemann, in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.3 Rn. 90 ff.

zu können. Die ansonsten sehr umfangreichen Erwägungsgründe der DMA sind an dieser Stelle jedenfalls recht vage (Ziffer 17 bis 20).

Andererseits hat die Kommission seit Ende 2022 umfangreiche Marktuntersuchungen und Stakeholder-Workshops durchgeführt und im September 2023<sup>24</sup> sechs Torwächter benannt: Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta und Microsoft und deren 22 Plattformdienste. Die bekanntesten sind u.a. TikTok, Amazon Marketplace, Facebook, Booking, Google Maps, YouToube, Safari und Windows. Interessanterweise wurde das soziale Netzwerk X bislang nicht als Torwächter eingestuft.

Der DMA soll „bestreitbare und faire digitale Märkte“ sicherstellen.<sup>25</sup> Die Vorschriften des DMA konstituieren eine Art allgemeiner Marktordnung, einen Ordnungsrahmen für Torwächter und die von ihnen verwalteten zentralen Plattformdienste mit umfangreichen Berichtspflichten und Sanktionsmöglichkeiten. Aus der Teilnahme an einem digitalen Markt resultieren nach diesem Ansatz allgemeine und besondere Verhaltenspflichten, Vorgaben die der DMA im Wesentlichen in den Art. 5, 6 und 7 beschreibt und deren Einhaltung die Torwächter gemäß Art. 8 sicherzustellen haben. Anders als in der nationalen Missbrauchsaufsicht gelten diese Pflichten nur für die im Feststellungsbeschluss der Kommission genannten Plattformdienste des Torwächters. Andere Angebote, die z.B. quantitativen und qualitativen Kriterien nicht erfüllen, sind frei.<sup>26</sup> Das Umgehungsverbot des Art. 13 DMA sorgt dafür, dass Torwächter nicht auf freie Dienste zugreifen, um die Verpflichtungen für den benannten Dienst zu umgehen. Über die Einhaltung der Verpflichtungen ist dabei regelmäßig ausführlich und transparent Bericht zu erstatten (Art. 11 DMA). Die Kommission hat umfangreiche Nachprüfungskompetenzen (Art. 23 DMA) und starke Sanktionsmöglichkeiten über Geldbußen in Höhe von 10 Prozent des weltweiten Umsatzes und Zwangsgelder (Art. 30,31), wenn sie in einem sog. „Nichteinhaltungsbeschluss“ gem. Art. 29 DMA feststellt, dass ein Torwächter seinen Verpflichtungen aus dem DMA nicht nachkommt.

Die Verpflichtungen, denen Torwächter und ihre zentralen Plattformdienste unterworfen sind, sind in dem DMA zum Teil sehr detailliert beschrieben und technischer Natur. Sie folgen keinem systematischen Muster. Gleichwohl geht es wie in der nationalen Missbrauchsaufsicht des 19a GWB um bestimmte typische Verhaltenskategorien, wie beispielsweise:

1. Verbot der Selbstbevorzugung, z.B. Bevorzugung eigener Angebote des Torwächters beim Ranking von Suchergebnissen,
2. Unfaire Bündelungspraktiken, z.B. Vorinstallation von digitalen Produkten des Torwächters durch andere Hardwareanbieter,

24 Europäische Kommission, Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, Pressemitteilung, 5. September 2023, IP/23/4328.

25 Wiedemann, in: jurisPK-Internetrecht, Kapitel 1.3 Rn. 88 ff.

26 Grünwald, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, § 19a GWB Rn. 38, der zu Recht darauf hinweist, dass anders als das Karelrecht, Anknüpfungspunkt des DMA nicht das Unternehmen als solches ist, sondern die jeweiligen Dienstleistungen und Angebote.

3. Kopplungsverbot und Hebeln von Marktmarkt auf andere Märkte, z.B. Automatisches Einloggen in das Mail-Programm, wenn ein anderes Programm aufgerufen wird oder zwangsweises Registrieren bei weiteren zentralen Diensten des Torwächters,
4. Datenzusammenführung, z.B. Endnutzer oder Unternehmen müssen der Verarbeitung von Daten aus verschiedenen Diensten oder für Zwecke des Torwächters zustimmen,
5. Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität,
6. Forderung von unangemessenen Vorteilen, z.B. Angebote Dritter auf der Suchmaschine werden von der Erteilung von Gratislizenzen abhängig gemacht,
7. Verbot von Paritäts- und Anti-Steeringklauseln, z.B. gewerbliche Anbieter dürfen nicht daran gehindert werden, dieselben Angebote auch direkt oder über andere Online-Vermittlungsdienste zu anderen Konditionen anzubieten.

## D. Fazit

Die Erfahrung mit digitalen Märkten, mit der Plattformökonomie zeigen, dass die Geschäftsmodelle nicht statisch, sondern höchst komplex, innovativ und dynamisch sind. Die Effekte von Künstlicher Intelligenz werden diesen Trend noch verstärken. Insofern kann man in der Tat zur Beschreibung dieses wirtschaftlichen Phänomens von „dynamischen digitalen Ökosystemen“ sprechen. Rechtlich stellt sich damit die Frage, wie sich diese grenzüberschreitenden Systeme auch zukünftig fair und ohne Wettbewerbsverzerrungen regulieren lassen. Der DMA in Verbindung mit nationalem Wettbewerbsrecht, wie z.B. 19a GWG, ist ein guter Regulierungsansatz und macht deutlich, dass mächtige internationale Internetplattformen nicht außerhalb des nationalen oder europäischen Recht stehen. Dieses klare Signal ist meines Erachtens umso wichtiger, als im digitalen Zeitalter Plattformen eine solche faktische Marktmacht erreichen können, dass der gesetzgeberische Regelungsanspruch ins Leere geht. Der aktuelle Fall TikTok in den USA zeigt eindringlich, dass trotz eindeutigen Parlamentsbeschlüssen von Kongress und Senat ein gesetzliches Verbot nicht umgesetzt wird, weil der populistische Wille über 180 Millionen amerikanischer Nutzer dem entgegenstehen. Fraglich ist auch, inwieweit die Instrumente des Wettbewerbsrechts Entwicklungen regeln können, die wir aktuell beobachten, wo sich quasi monopolartige wirtschaftliche Stärke mit der Macht der Oligarchen der sozialen Medien und der Nähe zur Politik verbündet. Elon Musk und die Plattform X ist das markanteste Beispiel. Die rasanten Fortschritte in der Weiterentwicklung von Künstlicher Intelligenz, nochmals exponentiell beschleunigt durch die gigantischen Investitionen in das Projekt Stargate, werden auch vor den zentralen Plattformdiensten nicht halt machen. Georg Ress<sup>27</sup> hat in einem anderen Zusammenhang vorausschauend, überzeugend und detailliert auf die Gefahren und Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz hingewiesen. Die ungesteuerte und manipulative

27 Ress, ZÖR 2023/3, S. 395 ff.

Seite Künstlicher Intelligenz wird auch vor digitalen Plattformmärkten nicht halt machen und neue angemessene Regelungen erfordern.

### Bibliographie

- GRÜNWALD, ANDREAS, § 19a GWB, in: Jaeger, Wolfgang; Kokott, Juliane; Pohlmann, Petra; Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 109. Lieferung, Köln, September, 2024
- MONOPOLKOMMISSION, *Hauptgutachten: Wettbewerb 2024, XXV. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB*, Baden-Baden, 2024
- LODIGKEIT, KLAUS, *Der Digital Markets Act (Teil 1)*, AnwaltZertifikatOnline IT-Recht, 2024 (19), Anm. 3
- WIEDEMANN, FABIAN, *Kapitel 1.3 Digital Markets Act*, in: Heckmann, Dirk; Pascke, Anne (Hrsg.), juris PraxisKommentar Internetrecht – Das Recht der Digitalisierung, 8. Auflage, Online-Ressource, 2024
- RESS, GEORG, *Maschinenbewusstsein durch Künstliche Intelligenz und die Auswirkungen auf das Europarecht und Völkerrecht*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2023, Jg. 78(3), S. 395–434



© Ulrich Nussbaum

# **Umweltverträglichkeitsprüfungen im grenzüberschreitenden Rahmen**

Lucius Caflisch\*

## Inhalt

A. Einführung	600
B. Das Gutachten des Seegerichtshofs	601
C. Das Übereinkommen von Espoo	602
D. Die internationale Rechtsprechung	604
E. Schlussfolgerungen	609

## **Abstract**

Die hier wiedergegebene Abhandlung hat Situationen zum Gegenstand, in welchen von einem Staat geplante oder erlaubte Tätigkeiten erhebliche grenzüberschreitende und nachteilige Auswirkungen haben könnten. Sie prüft vorerst ein vom Internationalen Seegerichtshof abgegebenes Gutachten, welches in solchen Fällen vom genannten Staat die Vornahme von Umweltverträglichkeitsprüfungen fordert. Sodann beschreibt die Abhandlung den Espoo-Vertrag von 1991, der die Abgabe solcher Prüfungen durch die Vertragsparteien genauer regelt. Schliesslich kommentiert sie die Praxis des Internationalen Gerichtshofs zu dieser Frage, welche eindeutig die Pflicht solcher Staaten bestätigt, bei der Planung von möglicherweise die Umwelt gefährdenden geplanten Aktivitäten Umweltverträglichkeitsprüfungen abzuhalten. Diese Regel ist vom Gerichtshof im kürzlich ergangenen Gutachten über Klimawechsel bestätigt worden.

## **Environmental impact assessments in a cross-border context**

The study reproduced here deals with situations in which activities planned or authorised by a State could have significant transboundary and adverse effects. It first examines an advisory opinion issued by the International Tribunal for the Law of the Sea, which requires the State in question to carry out environmental impact assessments in such cases. The treatise then describes the Espoo Treaty of 1991, which regulates the submission of such assessments by the Contracting Parties in more detail. Finally, it comments on the practice of the International Court of Justice on this issue, which clearly confirms the obligation of such States to carry out environmental impact assessments when planning planned activities that may

\* Prof. Dr. Lucius Caflisch ist Emeritus Professor des Graduate Institute of International and Development Studies in Genf (Switzerland). Email: caflisch.lda@bluewin.ch.

jeopardise the environment. This rule has been confirmed by the Court in its recent Advisory Opinion on Climate Change.

**Keywords:** Espoo-Konvention; Internationaler Gerichtshof; Klimawechsel; Rechts-gutachten; Umweltverträglichkeitsprüfungen.

## A. Einführung

Eine der im gegenwärtigen völkerrechtlichen Umfeld feststellbaren Tendenzen ist das auf dem Gebiet der rechtlichen Streitregelung festzustellende Streben nach Gutachtenverfahren.<sup>1</sup>

Als Modell für solche Verfahren galt dasjenige, welches im Statut des Ständigen internationalen Gerichtshofs vorgesehen war und vom Statut des internationalen Gerichtshofs (IGH) übernommen wurde. Bekanntlich erlaubt dieses Statut Organisationen und Organisationen, die von der Charta der Vereinten Nationen oder im Einklang mit deren Bestimmungen dazu ermächtigt sind, Gutachten zu völkerrechtlichen Fragen einzuholen. Solche Gutachten können nicht von Staaten verlangt werden. Ihr Inhalt ist nicht bindend, bildet aber einen Teil der Praxis des Gerichtshofs.<sup>2</sup>

Das Einholen von Gutachten ist auch in regionalen Ordnungen zum Schutz individueller Menschenrechte vorgesehen, so in Artikel 64 der amerikanischen Menschenrechtskonvention von 1969, welcher dieses Recht den Mitgliedern der Organisation der amerikanischen Staaten (OAS) zuspricht und bisher zu 30 Gutachten geführt hat.<sup>3</sup> Artikel 14 des Protokolls von 1998 über den afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrecht und Rechte der Völker kennt ein ähnliches Verfahren, welches afrikanischen Staaten und Organisation gestattet, menschenrechtliche Fragen vorzulegen. Diese Bestimmung hat bis heute zu 15 Gutachten Anlass gegeben.<sup>4</sup> Schließlich wäre hier Zusatzprotokoll Nr. 16 zur EMRK vom 2. Oktober 2013 zu nennen, welches den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ermächtigt, auf Antrag der höchsten Gerichte von Vertragsstaaten Gutachten über

1 Dies ist beispielsweise der Fall für den Internationalen Gerichtshof und die Ersuchen der Generalversammlung der Vereinten Nation um Gutachten zum *Status der von Israel besetzten Gebiete Palästinas* und zum *Klimawechsel*.

2 Im Klartext heißt dies, dass unmittelbar interessierte Staaten durch den Inhalt eines Gutachtens nicht gebunden sind, was den Beschwerdeführern erlaubt, später dieselbe Frage dem Gerichtshof wieder vorzulegen. In der Regel ist nicht anzunehmen, dass das vorgängige Gutachten, als Teil der Praxis des Gerichtshofs, in einem solchen Fall von diesem umgestoßen würde.

3 Siehe [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm?lang=en](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm?lang=en) (2.10.2025).

4 Siehe <https://www.african-court.org/cpmt/advisory-finalised> (2.10.2025).

menschenrechtliche Probleme abzugeben, die sich in staatlichen Verfahren stellen, ein Recht, von welchem bereits 16 Mal Gebrauch gemacht wurde.<sup>5</sup>

Das Seerecht ist eine weitere Rechtsordnung, welche die Abgabe von Gutachten erlaubt. Artikel 21 des Statuts des Internationalen Seerechtsgerichtshofs bestimmt, dass die Zuständigkeit dieses Organs sich auf die Abfassung von Gutachten erstreckt, welche von ihm zur Konvention von 1982 verlangt werden, sowie auf Fälle, die ihn aufgrund anderer Verträge zur Erstellung von Gutachten berechtigen.<sup>6</sup> Dies war kürzlich der Fall für die Bitte einer Vereinigung kleiner Inselstaaten zur Kontrolle von Klimawechseln (die “COSIS”) um ein Gutachten zu folgenden Fragen:

“Welches sind die Verpflichtungen der Parteien der Seerechtskonvention von 1982: (a) betreffend die Vermeidung, die Verminderung und die Kontrolle der Verschmutzung der Meere, die dem Klimawechsel zuzuschreiben sind? (b) betreffend den Schutz der Meere vor Klimawechsel, insbesondere Erwärmung, Erhebung des Meeresspiegels und Versauerung der Meere?”<sup>7</sup>

## B. Das Gutachten des Seegerichtshofs

In den Paragraphen 352 bis 367 seines Gutachtens äußert sich der Seegerichtshof über Artikel 206 der Seerechtskonvention. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

“Haben Staaten begründeten Anlass zu der Annahme, dass geplante, ihren Hoheitsbefugnissen oder ihrer Kontrolle unterstehende Tätigkeiten eine wesentliche Verschmutzung oder beträchtliche und schädliche Veränderungen der Meeresumwelt zur Folge haben können, so beurteilen sie soweit durchführbar die möglichen Auswirkungen

5 Die Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK) wurde am 4. November 1950 abgeschlossen. Zusatzprotokoll Nr. 16 zu dieser Konvention, welches Ersuchen um Gutachten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ermöglicht, hat mit dieser Öffnung also für 63 Jahre zugewartet. Allerdings ist zu bemerken, dass das vorgesehene Verfahren stark darin von früheren Gutachtenverfahren abweicht, dass es sich nicht um Ersuchen zur Auslegung oder Anwendung von internationalen Vorschriften zum Schutz von Menschenrechten durch Staaten oder internationale Organisationen handelt, sondern von Anfragen, die zur Beantwortung von Grundsatzfragen betreffend die Konvention und Zusatzprotokolle führen, die sich vorgängig bei dem Beruf und einer Beschwerde auf nationaler Ebene stellen.

Der Gerichtshof ist nur zur Abgabe eines Gutachtens befugt, wenn vorher gemäß Art. 2 von Zusatzprotokoll Nr. 16 ein Ausschuss von fünf Richtern festgestellt hat, dass die gestellte(n) Frage(n) “Grundsatzfragen der Auslegung oder Anwendung der in der Konvention oder den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten betreffen” (Art. 2 und 1 von Protokoll Nr. 16).

6 Art. 21 des Statuts des Internationalen Seegerichtshofs hat folgenden Wortlaut (Übersetzung des Verfassers): “Die Kompetenz des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle Streitigkeiten und Anfragen, die ihm gemäß der Konvention unterbreitet werden, sowie auf Fragen für welche ihm aufgrund von anderen Übereinkommen die Kompetenz angewiesen werden.”

7 Übersetzung des Verfassers. Ersuchen um ein Gutachten betreffend Klimawechsel und Völkerrecht, vorgelegt von einer Kommission kleiner Inselstaaten, Internationaler Seegerichtshof (ITLOS), Fall Nr. 31, Rechtsgutachten vom 21. Mai 2024.

dieser Tätigkeiten auf die Meeresumwelt und berichten über die Ergebnisse dieser Beurteilungen in der von Artikel 205 vorgesehenen Weise.”<sup>8</sup>

In Paragraph 367 seines Gutachtens bemerkt der Gerichtshof dass, wenn Staaten mit guten Gründen vermuten, in anderen Staaten geplante Tätigkeiten könnten zu einer wesentlichen Verschmutzung oder beträchtlichen Schäden in der Meeresumwelt führen aufgrund der Emission von Treibausgagen, diese anderen Staaten eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) vorzunehmen haben. Jede geplante, öffentliche oder private Tätigkeit, die der Kompetenz oder Kontrolle einer Vertragspartei unterliegt, hat eine solche Prüfung durch den planenden Staat zu erfahren. Diese Prüfung soll die unliebsamen Folgen der geplanten Tätigkeiten vermeiden oder erträglicher machen. Die Resultate der UVPs müssen gemäß Artikel 205 der See-rechtskonvention allen Vertragsparteien zugänglich gemacht werden.

Sodann erklärt der Gerichtshof, dass der in Artikel 206 verwendete Ausdruck “Hoheitsbefugnisse oder Kontrolle” sich sowohl auf staatliche wie auf private Tätigkeiten bezieht, d.h. auf Projekte des planenden Staates selbst wie auch auf solche von Einzelpersonen und privaten Unternehmen unter seiner Kontrolle. Weiter führt er aus, der Ablauf der UVP sei nicht von Artikel 206 geregelt, sondern von der Rechtsordnung des planenden Staates. Dabei beruft sich der Gerichtshof auf das Urteil des IGH zum Fall *Pulp Mills on the Uruguay River* von 2010 zwischen Argentinien und Uruguay.<sup>9</sup>

Schließlich bemerkt der Seegerichtshof, die elastische Formulierung von Artikel 206 beziehe sich nicht nur auf die spezifischen Auswirkungen von geplanten Aktivitäten, sondern auch auf deren Folgen für bereits bestehende Tätigkeiten.

Diese Feststellungen des Gerichtshofs sind zweifellos zutreffend, wenn auch etwas summarisch. Man möchte mehr erfahren über diese Frage, welche ein zentrales Problem des internationalen Umweltrechts betrifft und sich in allen Situationen der Umweltbedrohung stellt, sei es auf Land, in der Umgebung von internationalen Wasserläufen oder von Meeren, sowie im Luftraum und in der Atmosphäre.

### C. Das Übereinkommen von Espoo

Vielleicht hätte der Seegerichtshof gut daran getan, die ersuchende Vereinigung auf das Übereinkommen von Espoo vom 25. Februar 1991 über Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen aufmerksam zu machen.<sup>10</sup> Dessen Artikel 2.1 bestimmt, dass die Vertragsparteien einzeln oder gemeinsam alle zweckmäßigen Maßnahmen zur Verhütung, Verminderung und Bewältigung von erheblichen

8 Art. 205 hat folgenden Wortlaut: “Die Staaten veröffentlichen Berichte über die in Anwendung des Art. 204 erzielten Ergebnisse oder stellen solche Berichte in angemessenen Zeitabständen den zuständigen internationalen Organen zur Verfügung; diese sollen sie allen Staaten zugänglich machen.”.

9 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 14.

10 SR (Schweiz, Systematische Rechtssammlung) 0.814.06.

chen grenzüberschreitenden und nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt zu ergrifffen haben.

Gemäß *Artikel 3* soll die Partei, die eine Tätigkeit plant, welche solche Folgen haben könnte, alle möglicherweise davon betroffenen anderen Vertragsparteien davon benachrichtigen, mit Angaben über diese möglichen Folgen. Falls sie dies unterlässt, kann ein Drittstaat von ihr verlangen, dass ein UVP-Verfahren eröffnet wird. In der Folge sollen Drittstaaten innerhalb einer vom planenden Staat festgesetzten Frist angeben, ob sie am UVP-Verfahren teilzunehmen wünschen. Gleichzeitig sollen sie dem planenden Staat „in zumutbarer Weise zu beschaffende Informationen über die möglicherweise betroffene Umwelt in ihrem Zuständigkeitsbereich“ liefern und ihm gestatten, sich zur Abhaltung von Konsultationen zu äußern. Falls sich die Parteien nicht über letzteren Punkt einigen, kann jede von ihnen die Angelegenheit einer in Anhang IV des Übereinkommens vorgesehenen Untersuchungskommission unterbreiten.

Die darauffolgenden Schritte bilden Gegenstand der *Artikel 4 und 5*: die Vorbereitung der Dokumentation für die UVPs und Konsultationen der Parteien über diese Dokumentation. Es folgen, gemäß *Artikel 6 und 7*, die endgültige Prüfung durch die planende Partei und die Abhaltung weiterer Konsultationen über die Frage, wie grenzüberschreitende Schäden vermieden, vermindert oder bewältigt werden können. Wird keine Einigung erzielt, kann jeder betroffene Staat die Streitregelungsbestimmungen von Artikel 15 des Übereinkommens<sup>11</sup> anrufen.

Gegenwärtig sind 45 Staaten und eine internationale Organisation – die Europäische Union – Parteien des Übereinkommens von Espoo. Der Zugang zu diesem Vertrag war ursprünglich auf europäische Länder beschränkt, stellt aber heute, dank einer Änderung von *Artikel 17.3*, allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen offen.<sup>12</sup>

11 Art. 15 lautet wie folgt: „1. Bei Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Parteien über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens bemühen sich diese um eine Lösung auf dem Verhandlungswege oder durch andere, für die streitenden Parteien annehmbare Mittel zur Beilegung von Streitigkeiten. 2. Bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung oder beim Beitritt zu diesem Übereinkommen oder jederzeit danach kann eine Partei gegenüber dem Depositar schriftlich erklären, dass im Fall einer Streitigkeit, die nicht entsprechend dem vorstehenden Absatz 1 beigelegt wird, eines oder beide der folgenden Mittel zur Beilegung von Streitigkeiten als verbindlich gegenüber jeder Partei, die dieselbe Verpflichtung eingeht, anerkennt: a) Vorlage der Streitigkeit an den internationalen Gerichtshof; b) Schiedsverfahren nach Anhang VII. 3. Falls sich die streitenden Parteien mit beiden der im vorstehenden Absatz 2 genannten Mitteln zur Beilegung von Streitigkeiten einverstanden erklärt haben, darf die Streitigkeit nur dem internationalen Gerichtshof vorgelegt werden, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.“.

12 Art. 17.3 bestimmt: „Jeder nicht in Absatz 2 genannte Staat, der Mitglied der Vereinten Nationen ist, kann dem Übereinkommen mit Genehmigung der Konferenz der Parteien beitreten. Die Konferenz der Parteien prüft oder genehmigt kein Beitrittsersuchen eines solchen Staates, solange dieser Absatz nicht für alle Staaten und Organisationen, die am 27. Februar 2001 Vertragsparteien dieses Übereinkommens waren, in Kraft getreten ist.“.

## D. Die internationale Rechtsprechung

Im Jahr 1991, als das eben genannte Übereinkommen abgeschlossen wurde, lag keinerlei Absicht vor, dem Erfordernis einer UVP den Charakter einer gewohnheitsrechtlichen Regel zuzuschreiben.

Im Fall der *Pulp Mills* zwischen Argentinien und Uruguay, welcher im Jahr 2010 vom IGH entschieden wurde, behauptete Argentinien, Uruguay habe die Errichtung von zwei Zellstoff-Fabriken<sup>13</sup> am Fluss Uruguay gestattet ohne Argentinien davon zu benachrichtigen, in Verletzung eines Vertrags zwischen den zwei Uferstaaten. Uruguay habe insbesondere unterlassen, der binationalen Flusskommission wie vorgesehen UVPs zukommen zu lassen. Damit habe Uruguay den genannten Vertrag verletzt; ebenfalls – so der Gerichtshof – habe es versäumt UVPs vorzunehmen in allen Situationen, wo Pläne industrieller Natur vorliegen, deren Verwirklichung in Nachbarländern eine wesentliche Verschmutzung hervorrufen könnte.<sup>14</sup>

Ein weiterer Präzedenzfall ist das 2015 ergangene Urteil des IGH in den Fällen *Certain Activities Carried out by Nicaragua on the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*.<sup>15</sup> Costa Rica und Nicaragua waren die Parteien in beiden Fällen, die 2015 vom Gerichtshof in einem einzigen Urteil entschieden wurden. Bezugnehmend auf sein *Pulp Mills* Urteil von 2010 kommt der IGH zum Schluss, dass sich nunmehr eine allgemeine Regel des Völkerrechts herausgebildet hat, welche festlegt, dass Staaten UVPs vorzunehmen haben, wenn sie in einem grenzüberschreitenden Raum möglicherweise schädliche industrielle Tätigkeiten beabsichtigen; nicht nur wenn es um die Umgebung einer internationalen Wasserstraße geht, sondern auch auf Land oder in Meeres- und Lufträumen oder in der Atmosphäre, falls die geplante Tätigkeit zu einer wesentlichen Verschmutzung führen könnte.<sup>16</sup>

Diese Entwicklung wird im Übrigen bestätigt durch die Entscheidung der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen, bei der Behandlung des Themas “Schutz der Atmosphäre” UVPs vorzuschreiben für geplante und wahrscheinlich die Atmosphäre gefährdende Tätigkeiten.<sup>17</sup>

13 Eine Zellstoff-Fabrik (Pulp Mill) ist ein Unternehmen, welches Holzsplitter oder andere Pflanzenfaserstücke in Fiberplatten verwandelt, die in einer Papierfabrik zur weiteren Verwendung gelangen.

14 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 14, para. 205.

15 IGH, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*, Urteil v. 16. Dezember 2015, ICJ Reports 2015, S. 665.

16 IGH, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*, Urteil v. 16. Dezember 2015, ICJ Reports 2015, paras. 160–162.

17 Draft Guidelines on the Protection of the Atmosphere 2021. Leitfaden 4 dieses Dokuments trägt den Titel “Umweltverträglichkeitsprüfungen” und lautet (Übersetzung des Verfassers): “Die Staaten sind gehalten sicherzustellen, dass Umweltverträglichkeitsprüfungen stattfinden bei von ihnen geplanten oder kontrollierten Tätigkeiten, falls diese wahrscheinlich zu beträchtlichen Auswirkungen auf die Atmosphäre in der Form von Verschmutzung oder atmosphärischen Abbau führen.”

In seinem Rechtsgutachten über die Pflichten der Staaten bei Klimawechsels vom 25. Juli 2025<sup>18</sup> hat sich der IGH ausführlicher zur Frage der gewohnheitsrechtlichen Pflichten geäußert, welche den Staaten obliegen, die grenzüberschreitend Tätigkeiten planen, welche anderen Staaten erheblichen Schaden zufügen können. Er hat sich gefragt, wie in solchen Situationen die völkerrechtliche Regel der Sorgfaltspflicht (“due diligence”) auszulegen ist.

Der IGH beginnt mit der Feststellung, dass diese Regel, deren Inhalt in einem gegebenen Fall von verschiedenen Elementen bestimmt wird, insbesondere der Situation des planenden Staats und welche im Lauf der Zeit Änderungen erfahren kann (*Gabčíkovo-Nagymaros – Fall*).<sup>19</sup> Diese Elemente, wie sie auf dem Gebiet des Klimawechsels bestehen, sind die in der Folge genannten (para. 280).

Was die zu treffenden *angemessenen Maßnahmen* anbelangt, muss der planende Staat alle geeigneten Mittel ergreifen, um zu verhindern, dass die von ihm auf seinem Gebiet oder unter seiner Aufsicht geplanten Tätigkeiten anderen Staaten erheblichen Schaden zufügen. Dies bedeutet, wie der Internationale Seegerichtshof in seinem bereits zusammengefassten Gutachten<sup>20</sup> bemerkt, dass der in Frage stehende Staat

“ein... staatliches Verfahren vorsehen muss,...welches gesetzlich vorgeschrieben ist und einen Anwendungsmechanismus zur Regelung der geplanten Tätigkeiten vorsieht. Außerdem muss er die nötige Aufsicht ausüben, um das Funktionieren des Systems zu gewährleisten und das angestrebte Ziel zu erreichen.” (para. 281).

Bei den genannten Maßnahmen handelt es sich hauptsächlich um Regelungsmechanismen zur Milderung des Schadenrisikos. Sie erlauben es, in einem gegebenen Fall festzustellen, ob der Staat seiner gewohnheitsrechtlichen Sorgfaltspflicht nachkommt. Sie regeln die Tätigkeiten von Organen oder Körperschaften auf dem Gebiet des Territorialstaats oder unter dessen Kontrolle und verfügen über effektive Kontrollsysteme (para. 282).

Ein weiteres wichtiges Element ist das Vorliegen wissenschaftlicher und technische Informationen, die erlauben, schädliche Tatsachen festzustellen und damit in einem gegebenen Fall die Bestimmung der Sorgfaltspflicht ermöglichen. Informationen, welche auf ein erhebliches Schadenrisiko schließen lassen, steigern die Sorgfaltspflicht. Solche verpflichten den planenden Staat außerdem, wissenschaftliche Daten beizubringen, um das Schadenrisiko und dessen Umfang zu beurteilen. Falls ein Staat über keine Mittel verfügt, sich solche Daten zu verschaffen, verletzt er seine Sorgfaltspflicht nicht (para. 283).

Die genannte Pflicht kann auch an Bedeutung gewinnen beim Erscheinen neuer wissenschaftlicher oder technische Erkenntnisse. Die zur Vermeidung oder Vermin-

18 IGH, *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Rechtsgutachten v. 23. Juli 2023, General List No. 187.

19 IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Urteil v. 25. September 1997, ICJ Reports 1997, S. 77, para. 140.

20 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 2, S. 56, para. 101.

derung dienenden Maßnahmen hängen von den gelieferten Informationen ab (paras. 284 und 285).

Die Verfügbarkeit technischer Maßnahmen zur Verhinderung oder Verminderung eines Schadens wirkt auf das von einem Staat zu erwartende Verhalten ein. Wenn die verfügbaren Mittel gestatten, einem Risiko zu begegnen, muss der Staat sie anwenden. Falls diese Mittel neue Risiken bergen, sind sie mit Vorsicht zu gebrauchen. Ihre Kosten können ein entscheidendes Element sein zur Bestimmung dessen, was ein Staat zu tun hat (para. 286).

*Die Bestimmungen zur Behandlung von Risiken für die Umwelt* sind auf Klimawechsel anwendbar, wie aus dem *Gabčíkovo-Nagymaros* – Fall und dem Gutachten des Seegerichtshofs hervorgeht.<sup>21</sup> Sie können vertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Natur sein, aber auch aus Entscheidungen der Parteien Konferenzen von Klimaschutzverträgen sowie aus der Praxis oder technischen Empfehlungen (Para. 287), stammen, falls sie aus der Staatenpraxis hervorgehen und einer *opinio juris* entsprechen (para. 287–288).

Die Verpflichtung, Umweltschäden zu vermeiden, beinhaltet materielle Verpflichtungen (wie diejenige, geeignete Maßnahmen zu treffen) und prozedurale Maßnahmen (z.B. die Pflicht, zu informieren). Damit erfüllen die Staaten ihre Sorgfaltspflicht.<sup>22</sup> Allerdings besteht eine Beziehung zwischen den beiden Kategorien; dies bedeutet nicht, dass die Staaten diese Verpflichtungen nicht gesondert erfüllen können,<sup>23</sup> (para. 289).

Der IGH meint, die *Fähigkeit eines Staats, erheblichen Schaden zu vermeiden*,<sup>24</sup> sei ein entscheidendes Element, um den Umfang seiner Sorgfaltspflicht zu bemessen (para. 290).

Wie die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen ausgeführt hat, ist

“[d]er Grad der Aufsicht, der von Staaten erwartet wird, deren Wirtschaft und menschlichen Fähigkeiten sowie dessen Systeme und Strukturen gut entwickelt sind,... nicht derselbe, der von weniger gut bestückten Staaten verlangt wird”.<sup>25</sup>

Eine ähnliche Ansicht wurde vom Internationalen Seegerichtshof geäußert<sup>26</sup> (para. 291).

21 IGH, *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Urteil v. 25. September 1997, ICJ Reports 1997, S. 77, para. 140; ITLOS, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, No. 31, 21. Mai 2024, p. 107, para. 285.

22 IGH, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area*, Urteil v. 16 Dezember 2015, ICJ Reports 2015 (II), S. 706, para. 104.

23 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 49, para. 79.

24 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 56, para. 101; IGH, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*, Urteil v. 16 Dezember 2015, ICJ Reports 2015 (II), S. 706, para. 104.

25 Yearbook of the International Law Commission 2001, Bd. II/2, S. 165, para. 17 (Übersetzung des Verfassens).

26 ITLOS, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, No. 31, 21. Mai 2024, S. 82, para. 241.

In der Tat sind die Pflichten eines entwickelten Staats im Klimasektor – „alle ihm zu Verfügung stehende Mittel“ – bedeutender als diejenigen anderer Länder. Diese Pflichten sind in einem gegebenen Fall letztlich abhängig von der Situation jedes Staats.<sup>27</sup> Die Unterscheidung zwischen entwickelten und Entwicklungstaaten ist deshalb nicht allein entscheidend (para. 292).

Die *wissenschaftlichen Daten* betreffend das Risiko eines bedeutenden Schadens tragen zur Bestimmung der Sorgfaltspflicht bei. Wenn verlässliche wissenschaftliche Beweise vorliegen, dass ein solcher Schaden zu erwarten ist, müssen die betreffenden Staaten handeln, selbst wenn diese Beweise keine absolute Sicherheit schaffen. Das Fehlen einer Sicherheit rechtfertigt keine Verschiebung von Maßnahmen.<sup>28</sup> (para. 293).

Der IGH ist einig mit der Feststellung des Seegerichtshofs, dass beim Vorliegen von ernstzunehmenden Indizien eines Risikos ein Staat, der keine Vorkehrungen trifft, seine Sorgfaltspflicht verletzt.<sup>29</sup> (para 294).

Was die *Evaluation des Risikos und dessen mögliche Einwirkung auf die Umwelt* anbelangt, fordert die Sorgfaltspflicht sowohl materiell- wie auch verfahrensrechtliche Maßnahmen. Der IGH hat im *Paper-Mills* Fall zwischen Argentinien und Uruguay festgehalten, dass wenn ein planender Staates unterlässt, eine UVP vorzunehmen, er diese Pflicht verletzt.<sup>30</sup> Er hat befunden, dass in einem solchen Fall die Pflicht besteht, eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorzunehmen und dass der dieser Pflicht zugrundeliegende Grundsatz nicht nur für industrielle Tätigkeiten gilt, sondern für sämtliche Aktivitäten, welche möglicherweise eine grenzüberschreitende schädliche Wirkung haben könnten.<sup>31</sup> Der IGH hat also festgestellt, dass die Verpflichtung, UVPs vorzunehmen im Fall geplanter industrieller Tätigkeiten in einem

27 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 56, para. 101.

28 Rahmenübereinkommens über Klimaänderungen (CCNUCC) vom 22. April 2016 (RS 0.814.01). Art. 3.3 des Übereinkommens lautet wie folgt: „Die Vertragsparteien sollen Versorgemaßnahmen treffen, um den Ursachen der Klimaänderungen vorzubeugen, sie zu verhindern oder so gering wie möglich zu halten und die nachteiligen Auswirkungen der Klimaänderungen abzuschwächen. In Fällen, in denen ernsthafte oder nicht wieder gutzumachende Schäden drohen, soll das Fehlen einer völligen wissenschaftlichen Gewissheit nicht als ... für das Aufschieben solcher Maßnahmen dienen, wobei zu berücksichtigen ist, dass Politiken und Maßnahmen zur Bewältigung der Klimaänderungen kostengünstig sein sollten um weltweite Vorteile zu möglichst geringen Kosten zu gewährleisten. Zur Erreichung dieses Zweckes sollen die Politiken und Maßnahmen die unterschiedlichen sozioökonomischen Zusammenhänge berücksichtigen, umfassend sein, alle wichtigen Quellen, Senken und Speicher von Treibhausgasen und die Anpassungsmaßnahmen erfassen sowie alle Wirtschaftsbereiche einschließen. Bemühungen zur Bewältigung der Klimaänderungen können von interessierten Vertragsparteien gemeinsam unternommen werden.“.

29 ITLOS, *Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Rechtsgutachten v. 1. Februar 2011, ITLOS Reports 2011, S. 46, para. 131.

30 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 83, para. 204.

31 IGH, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*, Urteil v. 16 Dezember 2015, ICJ Reports 2015 (II), S. 706, para. 104.

grenzüberschreitenden Rahmen Ausdruck einer allgemeineren Regel ist, welche die Vornahme von Risikobeurteilungen fordert.<sup>32</sup> Da das Gewohnheitsvölkerrecht die Einwirkung und den Inhalt dieser Beurteilungen nicht näher bestimmt, und aufgrund des vielschichtigen und Umfeld bestimmten Regel der Sorgfaltspflicht, muss jede UVP den spezifischen Charakter des bestehenden Risikos berücksichtigen. Deshalb erklärt der IGH :

“es liegt jedem Staat ob, im Rahmen seiner Rechtsordnung oder in demjenigen des Genehmigungsverfahrens von Projekten, den genauen Inhalt des Verfahrens zur Feststellung der Wirkung eines Projekts festzulegen, unter Berücksichtigung von dessen Natur und Umfang und dessen wahrscheinlich negative Einwirkung auf die Umwelt, sowie der Notwendigkeit der Ausübung der Sorgfaltspflicht.”<sup>33</sup>

Der Gerichtshof hält es für wichtig, dass alle Staaten UVPs vornehmen, die sich auf die bestmöglichen wissenschaftlichen Daten stützen, falls es sich um wichtige Tätigkeiten handelt und diese auf dem Gebiet des betreffenden Staats oder unter dessen Kontrolle stattfinden sollen und die Emission von Treibhausgas mit sich bringen. Diese spezifischen Kontrollen können gegebenenfalls gestatten, in gewissen Fällen neue Informationen über die Mittel zur Verminderung der Emission von Treibhausgasen zu eruieren (paras. 295–298).

Die Sorgfaltspflicht zu Verhinderung eines erheblichen Schadens kann für die planenden Staaten eine *Pflicht der Notifikation und der Konsultation* anderer Staaten einschließen.<sup>34</sup> Dies ist der Fall, wenn die geplanten Tätigkeiten das Risiko eines erheblichen grenzüberschreitenden Schadens mit sich bringen und Notifikation und Konsultation nötig sind, um dieses Risiko zu beheben. Der IGH meint, dass, angesichts der Besonderheit der Elemente, welche zu Klimawechseln führen, die Notifikations- und Konsultationspflicht in besonderen Maß gilt, wenn eine gegebene Tätigkeit eine gemeinsame Anstrengung zur Erhaltung der Umwelt stört, z. B. neue politische Ansätze betreffend den Abbau von Ressourcen, die zur Emission von Treibhausgas führen, oder die Lieferung von Informationen, welche den Staaten gestattet, im Kampf gegen solche Emissionen produktiv zusammenzuarbeiten. (para. 299).

Der IGH kommt zum *Schluss*, dass die von ihm angeführten Elemente der Sorgfaltspflicht komplexer Natur sind aufgrund der wechselnden Natur dieser Pflicht. Trotzdem liefern die genannten Elemente, einzeln oder zusammengenommen, Anhaltspunkte zur Bestimmung der Sorgfaltspflicht, welche in verschiedenen Situationen gilt. Die Frage, ob ein erheblicher Schaden zu fürchten ist und ob dieses oder jenes Element der Sorgfaltspflicht zum Schutz der Umwelt in einer gegebenen Situation beachtet werden muss, ist objektiv zu beantworten (para. 300).

32 IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Urteil v. 20. April 2010, ICJ Reports 2010, S. 83, para. 205.

33 IGH, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*, Urteil v. 16 Dezember 2015, ICJ Reports 2015 (II), S. 707, para. 104 (zitiert ICJ Reports 2010 (I), S. 83, para. 205). Übersetzung des Verfassers.

34 IGH, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area*, Urteil v. 16 Dezember 2015, ICJ Reports 2015 (II), S. 706, para. 104.

Soweit das Gutachten des IGH, welches dessen Rechtsprechung vervollständigt und erweitert. Es ist zu hoffen, dass die internationale Gemeinschaft den darin enthaltenen Feststellungen nachkommen wird. Diese bringen *einen wahren Durchbruch im Bereich der völkerrechtlichen Regeln über den Umweltschutz*. Besondere Aufmerksamkeit verdient die Tatsache, dass die Feststellungen des IGH nicht nur für grenzüberschreitende Tätigkeiten in der Umgebung von internationalen Wasserstraßen gelten, sondern auch für solche auf Land, in Meeres- und Lufträumen und in der Atmosphäre, falls diese Tätigkeiten das Risiko einer erheblichen Verschmutzung bergen. Weiter ist zu bemerken, dass der IGH, wie das bereits der Seegerichtshof getan hat, zugibt, dass die vorgeschriebenen UVPs weiterhin in der vom Landesrecht vorgeschriebenen Weise vorzunehmen sind, es sei denn, die beteiligten Staaten seien Parteien der Espoo-Konvention.

### E. Schlussfolgerungen

Die vorgängigen Ausführungen erlauben zwei Schlüsse: (i) Das moderne Völkerwohnheitsrecht schützt möglicherweise gefährdete Staaten vor den Risiken geplanter Aktivitäten anderer Staaten. Staaten sind zur Vornahme von UVP verpflichtet, falls ihre geplanten Tätigkeiten Risiken für die Umwelt bergen. (ii) Der Seegerichtshof und vielleicht auch der IGH hätten wohl getan, in ihren Gutachten auf das Übereinkommen von Espoo hinzuweisen, welches die gewohnheitsrechtlichen Vorschriften international absichert.

Auch wenn wichtige Staaten wie Russland, die Vereinigten Staaten, China und Indien dem Übereinkommen (noch) nicht beigetreten sind, bietet dieses Vertragswerk den Vorteil, detaillierte völkerrechtliche Regeln zur Vornahme von UVPs zu enthalten.



© Lucius Caflisch

# **Zeitenwende für die Medienregulierung**

## **Neue Herausforderungen für Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz**

Jörg Ukrow\*

### **Inhalt**

A. Einleitung	612
B. Neue Herausforderungen für den Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz	613
C. Putins Propaganda und kompetenz- sowie grundrechtsbezogene Aspekte demokratischer Resilienz	618
D. Hamas, Hisbollah und Huthi – Propaganda, hybride Kriegsführung und völkerrechtlicher Umgang mit Medien in Kriegszeiten	625
E. Trump, die Tech-Giganten und der Beitrag der Digitalregulierung zum Zerfall der transatlantischen Werte-Gemeinschaft	629
F. Ein Ausblick	634

### **Abstract**

Mit seiner Regierungserklärung am 27. Februar 2022 nach dem Beginn des umfassenden Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine am 24. Februar 2022 hat Bundeskanzler a.D. Olaf Scholz zur Einordnung des Geschehens den Begriff der „Zeitenwende“ benutzt. Dieser Begriff fasst auch eine Vielzahl disruptiver Entwicklungen im Bereich des Medien-Ökosystems treffend zusammen, die mit den Megatrends der Digitalisierung und Globalisierung starteten und durch neue mediale Aktionsmuster staatlicher wie privater Akteure verstärkt wurden und werden. Sowohl die antidemokratische autoritäre Versuchung in einer wachsenden Anzahl von Staaten des Westens als auch der autoritäre Revisionismus auf internationaler Ebene werden durch moderne Medien und Medienintermediäre und ihre je eigenen anti-liberalen und anti-pluralen Funktionsmechanismen befördert. Zugleich stärken die autoritären Tendenzen im Inneren von Staaten und auf internationaler Ebene die Abkehr von einem medienfreiheitlich und vielfaltorientiert verfassten Ordnungssystem. Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag neue Herausforderungen für den Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz und stellt mit Blick auf die desinformierende Propaganda Russlands kompetenz- sowie grundrechtsbezogene Aspekte demokratischer Resilienz dar. Weitere Aspekte des Beitrags betreffen mit Blick auf die Agitation von Hamas und Hisbollah hybride Kriegsführung und

\* Dr. Jörg Ukrow, LL.M.Eur., Stv. Direktor der Medienanstalt Rheinland-Pfalz, Ludwigshafen (Germany), geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Instituts für Europäisches Medi enrecht (EMR), Saarbrücken (Germany). Email: ukrow@lmsaar.de.

den völkerrechtliche Umgang mit Medien in Kriegszeiten. Zudem wird der unterschiedliche Umgang mit Tech-Giganten in der EU und in den USA im Bereich der Digitalregulierung als Beitrag zum Zerfall der transatlantischen Werte-Gemeinschaft beleuchtet. Im Ergebnis plädiert der Beitrag dafür, dass es einer aktiven Regulierung digitaler Medien bedarf, die nicht nur faire Wettbewerbsbedingungen sichert, Medienpluralismus schützt, Medien als Faktor freier demokratischer Willensbildung sichert und die Markt- und Meinungsmacht digitaler Plattformen begrenzt. Es braucht auch den Willen, medialen Angriffen extremistischer Kräfte im Innern und von außen auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung entschlossen entgegenzutreten und damit Vorsorge im Blick auf eine Situation zu treffen, in der Feinde der Freiheit deren mediale Ausprägungen ausnutzen, um mit der Freiheit auch die Medienfreiheit zu beseitigen. Die Zeitenwende, die spätestens der 24. Februar 2022 auslöste, fordert auch in der Zuordnung von Freiheit und sicherheitsbezogenen Gemeinwohlinteressen im Medienbereich ihren Tribut.

### **Turning point for media regulation – New challenges for the protection of democracy, youth and diversity**

In his government statement on February 27, 2022, following the launch of Russia's all-out war of aggression against Ukraine on February 24, 2022, former Chancellor Olaf Scholz used the term "Zeitenwende" (a turning point) to contextualize the events. This term also aptly summarizes a multitude of disruptive developments in the media ecosystem that began with the megatrends of digitalization and globalization and have been and continue to be reinforced by new media action patterns of both state and private actors. Both the anti-democratic authoritarian temptation in a growing number of Western states and authoritarian revisionism at the international level are being promoted by modern media and media intermediaries and their respective anti-liberal and anti-pluralistic functional mechanisms. At the same time, authoritarian tendencies within states and at the international level are reinforcing the move away from a regulatory system based on media freedom and diversity. Against this background, the article examines new challenges for the protection of democracy, minors, and diversity, and presents competence- and fundamental rights-related aspects of democratic resilience against Russia's disinformation propaganda. Further aspects of the article concern hybrid warfare and the handling of media in times of war under international law, with regard to the agitation of Hamas and Hezbollah. Furthermore, the differing approaches to tech giants in the EU and the US in the area of digital regulation are examined as a contribution to the disintegration of the transatlantic community of values. Ultimately, the article argues for the need for active regulation of digital media that not only ensures fair competition, protects media pluralism, safeguards the media as a factor in free democratic decision-making, and limits the market and opinion-forming power of digital platforms. It also requires the will to resolutely counter media attacks by extremist forces, both internally and externally, on the free and democratic basic order, and thus to take precautions against a situation in which enemies of freedom exploit their media manifestations to eliminate freedom along with media freedom.

The turning point, which began on February 24, 2022 at the latest, is also taking its toll on the allocation of freedom and security-related public interest in the media sector.

**Keywords:** authoritarianism; democratic resilience; desinformation; digital regulation; extremism; hybrid warfare; media freedom; media plurality; transatlantic values

## A. Einleitung

Mit seiner Regierungserklärung am 27. Februar 2022 im Deutschen Bundestag<sup>1</sup> nach dem Beginn des umfassenden Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine am 24. Februar 2022 hat Bundeskanzler a.D. Olaf Scholz zur Einordnung des Geschehens den Begriff der „Zeitenwende“<sup>2</sup> benutzt. Mit diesem Begriff lassen sich nicht nur sicherheitspolitische<sup>3</sup> und außenwirtschaftsrechtliche Entwicklungen<sup>4</sup> kennzeichnen. Der Begriff fasst auch eine Vielzahl disruptiver Entwicklungen im Bereich des Medien-Ökosystems treffend zusammen, die mit den Megatrends der Digitalisierung und Globalisierung<sup>5</sup> starteten und durch neue mediale Aktionsmuster staatlicher wie privater Akteure verstärkt wurden und werden.

Die im Vorfeld wie im Zuge und im Nachgang der Zeitenwende vom 24. Februar 2022 zu beobachtende Abkehr einer zunehmenden Anzahl von Akteuren von einer regelbasierten Ordnung unter Ausrichtung auf eine machtbasierte Ordnung<sup>6</sup> hat nicht nur die Steuerungsmöglichkeiten einer an den Grundwerten des Westens ausgerichteten Völkerrechtsordnung erheblich beschränkt. Zugleich wurden dabei zentrifugale Kräfte der Rechtsentwicklung in Richtung auf ein parzelliertes, zumindest dichotomisches Völkerrecht mit nur schwer über unitarische Organisationsstrukturen wie die UN und ihre Organisationen koordinierungsfähigen, durch miteinander konfligierende Werte und Ziele geprägten Teil-Völkerrechtsordnungen befördert.<sup>7</sup> Sozialistisches Völkerrecht<sup>8</sup> als solche Teil-Völkerrechtsordnung scheint als zynisches Völkerrecht autoritärer Staaten eine dogmatische Renaissance zu erleben. Die kurz vor dem russischen umfassenden Angriffskrieg gegen die Ukraine verabschiedete „Gemeinsame Erklärung der Russischen Föderation und der Volksrepublik zu den internationalen Beziehungen, die in eine neue Ära eintreten, und zur globalen

1 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 20/19, v. 27.2.2022, abrufbar unter: <https://dserv.bundestag.de/btp/20/20019.pdf>, S. 1350 ff.

2 Ibid.

3 Vgl. z.B. Bunde, u.a.; Wagner/Schaprian (Hrsg.).

4 Vgl. Niedermann, EuZW 2025/35, S. 649 f.

5 Zur Bedeutung von Digitalisierung und Globalisierung für die Medienordnung vgl. bereits Ukrow in: Bröhmer, u.a. (Hrsg.), S. 1305 ff.

6 Vgl. hierzu jüngst auch Fischer, S. 22; Masala, S. 105; Münker, S. 39 ff.

7 Vgl. hierzu aus der Sicht eines traditionell neutralen Staates *Nachrichtendienst des Bundes (NDB)*, Sicherheit Schweiz, abrufbar unter: <https://cms.news.admin.ch/fileService/sdweb-docs-prod-nsbcch-files/files/2025/07/01/558fc40a-78ee-4d64-b036-47dd7a42ed14.pdf> (25.9.2025), S. 14, 16.

8 Vgl. hierzu Schwiesfurth, S. 342 ff.

nachhaltigen Entwicklung<sup>9</sup> vom 4. Februar 2022 ist eine wichtige Wegmarke in dieser Entwicklung.<sup>10</sup>

Der Ordnungsansatz des „Nie wieder“ einer demokratie- und menschenrechtsfeindlichen Governance ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur durch hoheitlich agierende Akteure bedrängt. Er hat auch mit Blick auf die neue, algorithmisch verstärkte Diskriminierungsbereitschaft und Bereitschaft zur Missachtung von Grundrechten und Menschenwürde von transnational agierenden, die Meinungsbildung zunehmend beeinflussenden privaten Akteuren an globaler normativer Strahl- und Bindungskraft weiter eingebüßt. Insofern stellen sich Fragen nach dem zukünftigen völkerrechtlichen Umgang mit solchen an Partisanen in der klassischen Kriegsführung<sup>11</sup> erinnernden Aktivisten im Kampf gegen die Informations- und Kommunikationsordnung der Medienfreiheit.

Sowohl die antidemokratische autoritäre Versuchung in einer wachsenden Anzahl von Staaten des Westens als auch der autoritäre Revisionismus auf internationaler Ebene werden durch moderne Medien und Medienintermediäre und ihre je eigenen anti-liberalen und anti-pluralen Funktionsmechanismen befördert. Zugleich stärken die autoritären Tendenzen im Inneren von Staaten und auf internationaler Ebene die Abkehr von einem medienfreiheitlich und vielfaltsorientiert verfassten Ordnungssystem.

Das Fehlen einer globalen Regulierung von KI, die an freiheitsschonenden und vielfaltssichernden Leitbildern der UN-Menschenrechtspakten ausgerichtet ist, befördert insoweit die Zweiteilung der Welt zwischen Demokratien und autokratischen Herrschaftssystemen<sup>12</sup> ebenso wie sie zugleich die Grundlagen erodiert, auf denen freiheitliche und solidarisch verfasste Gemeinwesen beruhen. Ob KI-Akteure vor diesem Hintergrund auf die Stabilisierung dieser Grundlagen und eine stärkere Resilienz gegen technologische Gefährdungen des Gemeinwohls hinwirken dürfen oder sogar müssen, ist eine offene verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Fragestellung.

## B. Neue Herausforderungen für den Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz

Neue Herausforderungen für den Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz nicht nur auf Ebene der positiven Medienordnung in Deutschland, sondern auch bei der Regulierung durch EU, Europarat und im europäischen Grundrechtesystem sowie in völkerrechtlichem Kontext<sup>13</sup> stellen sich in der Mitte der Zwanziger Jahre des 21. Jahrhunderts zunächst durch Extremismus und Terrorismus. Sie haben nicht nur

9 Siehe <https://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8215&lib=tax&SearchKeyword&SearchCKeyword> (2.10.2025).

10 Vgl. hierzu *Ukrow*, IEM, abrufbar unter: <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2022/02/EMR-Impulse-Unteilbare-Sicherheit-2202-03.pdf> (30.9.2025), S. 57 ff.

11 Vgl. zur Einordnung privater Akteure als Partisanen und deren völkerrechtlicher Bedeutung vgl. bereits *Schmitt*, S. 20 ff.

12 Vgl. hierzu auch *Applebaum*, S. 9 ff.

13 Vgl. zur Situation de lege lata u.a. *Skordas*, in: Wolfrum (Hrg.), S. 16 (Rn. 11 ff.).

neben den Phänomenen des Links- und Rechtsextremismus und -terrorismus, die bereits vor einem halben Jahrhundert vertraut waren und Herausforderungen für den demokratischen Rechtsstaat begründeten, zusätzliche Ausformungen in Gestalt von religiös motiviertem Extremismus und Terrorismus gefunden,<sup>14</sup> wobei islamistischer Extremismus und islamistische Terrorattacken mit dem Sieg des Ayatollah-Regimes im Iran 1979, der Ermordung des ägyptischen Präsidenten Sadat 1981, den Attacken vom 11. September 2001 in den USA, den Erfolgen des IS nach der Gründung des sog. Kalifats 2014 in Irak sowie Syrien und der Angriff der Hamas auf Israel am 7. Oktober 2023 wichtige Wegmarken dieser Radikalisierung waren. Moderne Extremisten und Terroristen des 21. Jahrhunderts bedienen sich dabei viel intensiver als ihre Vorgänger im 20. Jahrhundert auch Medienstrategien zur Erreichung ihrer Ziele. Dabei wird nicht zuletzt das World Wide Web als Bühne und Instrument für Rekrutierung, Ausbildung und Propaganda eingesetzt. Solche Propaganda nimmt am grund- und menschenrechtlichen Schutz auf völkerrechtlicher Ebene, namentlich am Schutz durch die EMRK, nicht ohne Weiteres teil, mag sie auch von einem weiten Verständnis der durch Völkerrechtsinstrumente geschützten Kommunikationsfreiheiten auf tatbestandlicher Ebene erfasst sein. Denn diese Propaganda kollidiert regelmäßig mit gesetzlichen Vorgaben, die i.S. des Art. 10 Abs. 2 EMRK und vergleichbarer Ausnahmebestimmungen in dritten völkerrechtlichen Konventionen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.<sup>15</sup> Dies gilt nicht zuletzt auch für Kommunikationstypen in Form von diskriminierender Propaganda, Hass-Propaganda, Anstachelung zum Völkermord und zu Terrorismus.<sup>16</sup>

Im Blick auf europa- und völkerrechtliche Herausforderungen bedeutsam sind neben dem Faktor Internet als Mittel und Medium extremistischer und terroristischer Aktivitäten aber auch die transnationalen Ausformungen von Extremismus und Terrorismus. Al Qaida war und ist ein Netzwerk, das auf weltweite Verbreitung von Terror ausgerichtet ist. Der Kampf gegen solche global agierenden Netzwerke mit den Mitteln des Völkerrechts wird indessen dadurch belastet, dass von gemeinsamer, nicht zuletzt auch Russland und China umfassender Abwehr- und Sanktionsbereitschaft im Nachgang zum 11. September 2001 ein Vierteljahrhundert später nur noch wenig übriggeblieben ist. Vielmehr haben unmittelbare und mittelbare Unterstützungen von extremistischen und Terrororganisationen durch macht-

14 Zu diesen Formen des Extremismus vgl. z.B. *Bundesministerium des Innern*, Verfassungsschutzbericht 2024, Berlin 2025, abrufbar unter: [https://www.verfassungsschutz.de/ShareddDocs/publikationen/DE/verfassungsschutzberichte/2025-06-10-verfassungsschutzbericht-2024-startseitenmodul.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.verfassungsschutz.de/ShareddDocs/publikationen/DE/verfassungsschutzberichte/2025-06-10-verfassungsschutzbericht-2024-startseitenmodul.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (25.9.2025), S. 25 ff. Aus für die EU vergleichender Perspektive vgl. bereits *Jesse/Thieme*, S. 13 ff.

15 Vgl. *De Brabandere*, in: Wolfrum (Ed.), S. 507 Rn. 8 ff.

16 Vgl. ibid., Rn. 21 ff., 26 ff.

und sicherheitspolitisch bedeutsame staatliche Akteure wie Russland, China, den Iran und Nordkorea zugenommen.<sup>17</sup> Ob diese „Achse des Bösen“ in der Rückschau als *self-fulfilling prophecy* einzuordnen sein wird, ist eine offene Frage.

Neue Herausforderungen für den Demokratie-, Jugend- und Vielfaltsschutz stellen sich aktuell zudem im Prozess der Entwicklung eines globalen Systems von algorithmisch geprägten Netzwerken der Kommunikation, deren Einordnung als „soziale Netzwerke“ mit Blick auf ihre gesellschaftlichen Folgewirkungen ein Euphemismus ist. Diese Entwicklung ist durch einen Wandel im Medien-Nutzungsverhalten, einen Wandel in der Marktmacht und einen Wandel in der Bedeutung von Mediengattungen für die Kommunikationsordnung geprägt: Klassische, journalistisch-redaktionell kuratierte Angaben verlieren bei der Mediennutzung an Reichweite, global agierende und außerhalb der EU beheimatete Tech-Konzerne wie Google, Meta und ByteDance haben sich im Zuge der Entwicklung digitaler Plattformökonomie, verbunden mit der Verlagerung von Content und kommerzieller Kommunikation ins Internet zu marktbeherrschenden Akteuren entwickelt. Für die Kommunikationsordnung werden Internet-only-Angebote immer bestimmender. Der Schutz von Demokratie und Vielfalt und die Wahrung der Rechte von Kindern und Jugendlichen auf geschützte Entwicklung bewegen sich dabei im Widerstreit grundwerte-, innovations- und wettbewerbsorientierter Zielsetzungen digitaler Plattform- und KI-Ökonomie.<sup>18</sup> Die für die positive Medienordnung in Deutschland verantwortlichen Länder haben hierauf nicht zuletzt mit Transparenzgeboten und Diskriminierungsverboten für Medienintermediäre wie Suchmaschinen und soziale Netzwerke in den §§ 93 und 94 Medienstaatsvertrag (MStV)<sup>19</sup> sowie der Verpflichtung von Anbietern von journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedien zur Wahrung journalistischer Sorgfaltspflichten in § 19 MStV reagiert. Die EU hat in ihrer Digitalgesetzgebung nicht zuletzt mit dem Digital Services Act (DSA),<sup>20</sup> dem Digital Markets Act (DMA),<sup>21</sup> dem European Media Freedom Act (EMFA)<sup>22</sup> und

- 17 Vgl. Freytag von Loringhoven/Erlenhorst, S. 180 ff.; Münker, S. 266 ff.; U.S. Department of State, Country Reports on Terrorism 2023, Chapter 2. State Sponsors of Terrorism, Washington D.C. 2024, abrufbar unter: <https://www.state.gov/reports/country-reports-on-terrorism-2023/> (25.9.2025).
- 18 Vgl. im KI-Kontext *Ukrow*, Art. 1 Verordnung der EU über Künstliche Intelligenz (KI-VO), Ludwigshafen 2025, Rn. 15 ff.
- 19 Medienstaatsvertrag (MStV) vom 23. April 2020 (z.B. BayGVBl. 2020 S. 450, 451, 2021 S. 14, BayRS 02-33-S), der zuletzt durch Art. 1 des Vertrages vom 14. März 2025 (z.B. BayGVBl. S. 350) und durch Art. 2 des Vertrages vom 14. März 2025 (BayGVBl. S. 396) geändert worden ist.
- 20 VO (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 v. 27.10.2022, S. 1.
- 21 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 v. 12.19.2022, S. 1.
- 22 VO (EU) 2024/1083 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU, ABl. L 2024/1083 v. 17.4.2024.

dem AI Act<sup>23</sup> damit begonnen, das Integrationsprogramm der EU vielfaltsfördernd und demokratiestabilisierend auszuformen.<sup>24</sup>

Ob die in Art. 50 Abs. 1 u. 4 des AI Act vorgesehenen Transparenzvorgaben in Bezug auf sog. *social bots* und sog. *deep fakes*<sup>25</sup> – Vorgaben, die an das Leitbild eines medien- und digitalkompetenten Bürgers anknüpfen – im Hinblick auf die real sehr begrenzte Wirkkraft solcher Aufklärung den Gefährdungen hinreichend gerecht werden, die von den genannten Verformungen des Diskurses für den Schutz von Demokratie und Vielfalt und den Kinder- und Jugendmedienschutz zunehmend ausgehen, erscheint dabei allerdings zweifelhaft.

Das demokratische und vielfaltssichernde digitale Schutzprogramm der EU erscheint zudem auch mit Blick auf die Herausforderungen, die für die demokratischen Gesellschaften der EU-Mitgliedstaaten nicht zuletzt auch von islamistischen Gefährdern ausgehen, nicht ohne Weiteres hinreichend. Denn die dschihadistisch geprägte Radikalisierung Minderjähriger findet in vielen Fällen online und im Vergleich zu Erwachsenen häufig in kurzer Zeit statt. Die Nutzung sozialer Medien steht dabei vielfach am Beginn von Radikalisierungsprozessen. In radikalere und gleichzeitig abgeschirmte Online-Kreise geraten die betreffenden Verantwortlichen erst später. Der Zugang zu dschihadistischer Propaganda wurde zwar inzwischen EU-weit erschwert<sup>26</sup> und Plattformbetreiber gehen intensiver gegen dschihadistische Inhalte vor. Allerdings zeigen sich die Online-Propagandisten des „Islamischen Staats“ anpassungsfähig. Sie umgehen oder vermeiden die Kontrollmechanismen oder wechseln auf alternative Medien. Die starke Resilienz der dschihadistischen Propagandaszene beruht dabei auf einer Reihe von Faktoren:

- Permanent werden Anwendungen verbessert und neue Plattformen entwickelt, die weitestgehende Anonymität ermöglichen.
- Jüngere digital natives treffen immer stärkere Sicherheitsmaßnahmen.
- Im Internet haben sich viele alte Propagandainhalte angesammelt, die konsumiert oder weiterverarbeitet werden können.<sup>27</sup>

Die stetige Konfrontation mit dschihadistischen Inhalten, befördert durch entsprechende Algorithmen, kann insbesondere psychisch labile, sozial isolierte oder in

23 VO (EU) 2024/1689 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L 2024/1689, 12.7.2024.

24 Vgl. hierzu überblicksartig Cole/Etteldorf/Ory/Ukrow, S. 31 ff.

25 Vgl. zur Einordnung Kremer/Haar, in: Schwartmann, u.a. (Hrsg.), KI-VO, Rn. 450 ff.; Martini, in: Martini/Wendehotst (Hrsg.), Art. 50 KI-VO, Rn. 1 ff.

26 Vgl. hierzu insbesondere die VO (EU) 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABl. L 172 v. 17.5.2021, S. 79. Zu völkerrechtlichen Ansätzen des Verbots von Terror-Propaganda vgl. UNSC, UN Doc. S/RES/1624(2005), 14 September 2005; sowie Art. 5 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005 (ETS Nr. 196); hierzu z.B. Kaunert/ Léonard (eds.).

27 Vgl. Nachrichtendienst des Bundes (NDB), S. 46.

einer persönlichen Krise steckende Jugendliche radikalisieren und zur extremistischen und terroristischen Gewaltanwendung motivieren.<sup>28</sup>

Aber nicht nur der Schutz vor und die Vorbeugung gegenüber Terror wird durch Logiken der digitalen Plattformökonomie gefährdet. Im Zuge ihres Erfolgs nimmt auch die geographische und thematische Vielfalt der Berichterstattung ab, redaktionelle Unabhängigkeit wird durch ökonomische Abhängigkeiten unterminiert, und der öffentliche Diskurs wird durch algorithmisch gesteuerte Inhalte zunehmend polarisiert. Zudem übernehmen Intermediäre wie TikTok, ohne publizistische Verantwortung zu tragen, zentrale Rollen in der Informationsverbreitung. Inhalte werden dabei dank algorithmisch gesteuerter Prozesse individualisiert und personalisiert. Was insoweit ökonomisch im Blick auf die Vermeidung von Streuverlusten nachvollziehbar ist, ist demokratie- und vielfaltsbezogen schädlich: Denn damit werden das Entstehen von Filterblasen und der Zerfall der Gesellschaft in Teilgesellschaften gefördert. Gerade auch Feinde von Freiheit und Demokratie im In- und Ausland bemühen sich, solche Fehlentwicklungen zusätzlich zu beschleunigen.<sup>29</sup>

Insofern erleben Gesellschaften des (u.U. vormaligen) westlichen Werteverbandes auch einen Kampf der Kulturen *revisited*. Dem Bekenntnis des europäischen Integrationsverbundes zur kulturellen Vielfalt, wie es sich namentlich in dem UNESCO-Übereinkommen vom 20. Oktober 2005 über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen<sup>30</sup> sowie der kulturpolitischen Querschnittsklausel in Art. 167 Abs. 4 AEUV findet, steht die Absage an kulturelle Vielfalt bei populistischen und extremistischen Kräften gegenüber, die in einer zunehmenden Anzahl von Staaten, die zumindest bislang dem westlichen Werteverband zugeordnet werden konnten, entgegen. Diese Kräfte sind u.a. durch die Orientierung auf ein ethnozentriertes, auf Ausgrenzung statt Integration gerichtetes Menschenbild geprägt, das im Widerspruch zum Menschenwürde-Gehalt von GG und Grundrechte-Charta der EU steht. Denn mit der Menschenwürde, die egalitär ist, sind weder ein rechtlich abgewerteter, an einem „ethnisch-kulturellen“ Volksbegriff ausgerichteter Status z.B. von Staats- oder Unionsbürgern mit Migrationshintergrund noch demütigende Ungleichbehandlungen vereinbar. Derartige Ungleichbehandlungen verstößen zudem auch gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG.<sup>31</sup>

Feinde einer freiheitlich-demokratisch und rechtsstaatlich geprägten Wertesordnung, die die in Art. 2 EUV verankerten Grundwerte von Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern umfassend oder in einer Vielzahl von Teilelementen bekämpfen, finden

28 Vgl. *Nachrichtendienst des Bundes (NDB)*, S. 47.

29 Vgl. hierzu auch *Freytag von Loringhoven/Erlenhorst*, S. 63 ff., 102 ff.

30 BGBl. 2007 II S. 235.

31 Vgl. hierzu jüngst BVerwG, Urt. v. 24.6.2025, 6 A 4.24 (Pressemitteilung abrufbar unter <https://www.bverwg.de/pm/2025/48>) sowie OVG NRW, Urt. v. 13.5.2024, 5 A 1218/22, ECLI:DE:OVGNRW:2024:0513.5A1218.22.00, Rn. 200 ff. in Anknüpfung an BVerfGE 144, 20, Rn. 538 ff.; BVerfG, NJW 2024, 645, Rn. 250 ff.; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 25 [Stand Jan. 2024]; *Baer/Markard*, in: Huber/Voßkuhle, Art. 3 GG, Rn. 407.

sich inzwischen auch im Inneren der westlichen Wertegemeinschaft<sup>32</sup> – was sowohl eine Veto-Macht autokratischer Bündnisse innerhalb der EU in der Abwehr von auf Art. 7 EUV gestützten Bemühungen um eine wehrhaft demokratische Ausformung einer immer engeren Union des europäischen Integrationsprozesses begründet<sup>33</sup> als auch die Frage provoziert, ob einzelne Mitgliedstaaten der NATO noch Art. 2 Satz 1 des NATO-Vertrages angemessen Rechnung tragen. Danach werden die Vertragsparteien

„zur weiteren Entwicklung friedlicher und freundschaftlicher internationaler Beziehungen beitragen, indem sie ihre freien Einrichtungen festigen, ein besseres Verständnis für die Grundsätze herbeiführen, auf denen diese Einrichtungen beruhen, und indem sie die Voraussetzungen für die innere Festigkeit und das Wohlergehen fördern“.

Maßnahmen von NATO-Vertragsstaaten, die auf eine Aushöhlung rechtsstaatlicher Strukturen und eine Einschränkung von Medienfreiheiten – von der Produktion von Medieninhalten bis zu deren Verbreitung – ausgerichtet sind oder diese bewirken, erweisen sich im Blick auf Art. 2 Satz 1 des NATO-Vertrages als ebenso problematisch wie Maßnahmen, die nicht auf gesellschaftliche Solidarität, sondern die Segmentierung der Gesellschaften in den NATO-Vertragsstaaten gerichtet sind oder diese bewirken. Entsprechende Maßnahmen befördern nicht nur einen *chilling effect*<sup>34</sup> in Bezug auf die Wahrnehmung von medienbezogenen Kommunikationsfreiheiten im Innern der NATO-Vertragsstaaten rsp. EU-Mitgliedstaaten, sondern befördern im Blick auf den Konnex zwischen Art. 2 Satz 1 des NATO-Vertrages<sup>35</sup> und dessen in Art. 5 verankerter Beistandsklausel<sup>36</sup> auch einen Abschreckungszerfall gegenüber dritten Staaten.

### C. Putins Propaganda und kompetenz- sowie grundrechtsbezogene Aspekte demokratischer Resilienz

Der umfassende Überfall Russlands auf die Ukraine am 24. Februar 2022 stellte eine Zeitenwende dar, die auch das Medienrecht erfasst. Der russische Angriffskrieg wurde durch russische staatliche Medien, aber auch durch mediale Aktivitäten dritter Akteure in einer geschichtsklitternden Weise als Verteidigungsakt geframt, über Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Zuge dieses Versto-

32 Vgl. hierzu bereits *Ukrow*, vorgänge 2016/4, S. 47 ff.; *Ukrow*, vorgänge 2018/4, S. 57 ff.

33 Vgl. hierzu mit unterschiedlicher Akzentuierung *Franzius*, Europäische Verfassungsaufsicht – Art. 7 EUV, Bremen 2024, abrufbar unter: [https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user\\_upload/fachbereiche/fb6/feu/FEU/Arbeitspapiere\\_FEU/FEU\\_AP17\\_Franzius\\_Art\\_7\\_EUV.pdf](https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/fachbereiche/fb6/feu/FEU/Arbeitspapiere_FEU/FEU_AP17_Franzius_Art_7_EUV.pdf) (30.9.2025), S. 6 ff.; *Giegerich*, ZEuS 2019/1, S. 61 (86 ff.); *Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaats-Verfahren gegen mehrere Mitgliedstaaten, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten/> (30.9.2025).

34 Zum *chilling effect* als grundrechtlichem Problem vgl. bereits *Gorby/Ress*, in: Bleckmann, (Hrsg.), S. 184 sowie z.B. *Staben*, S. 14 ff.

35 Vgl. zu diesem *Kačić*, Emory International Law Review 2019/0, S. 53 ff.

36 Vgl. hierzu z.B. *Gornig*, § 158 Rn. 64; *Grady*, Georgia Journal of International and Comparative Law 2002/1, S. 167 ff.

ßes gegen das Gewaltverbot medial desinformiert. Die Russische Föderation hat aus Sicht der EU

„eine systematische internationale Kampagne der Medienmanipulation und Verfälschung von Fakten unternommen, um ihre Strategie der Destabilisierung ihrer Nachbarländer und der Union und ihrer Mitgliedstaaten zu intensivieren. Insbesondere richtete sich die Propaganda wiederholt und nachdrücklich gegen europäische politische Parteien, insbesondere während der Wahlen, sowie gegen die Zivilgesellschaft, Asylsuchende, russische ethnische Minderheiten, geschlechtliche Minderheiten und das Funktionieren demokratischer Institutionen in der Union und ihren Mitgliedstaaten. Um ihre Aggressionen gegen die Ukraine zu rechtfertigen und zu unterstützen, betreibt die Russische Föderation kontinuierliche und konzertierte Propagandaaktionen, die sich gegen die Zivilgesellschaft der Union und ihrer Nachbarländer richten und die Fakten drastisch verzerren und manipulieren.“<sup>37</sup>

Vor diesem Hintergrund hat der Rat der Europäischen Union (EU) im Rahmen seiner Sanktionspakete seit dem 1. März 2022 mit den RT-Sendern und Sputnik eine ganze Reihe staatlicher oder staatlich dominierter russischer Sender in die Sanktionsmaßnahmen aufgenommen.<sup>38</sup>

Von der Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens geht die Gerichtsbarkeit der EU aus.<sup>39</sup> Hieran werden allerdings aus kompetenz- wie grundrechtlichen Gründen Zweifel angemeldet. Kompetenziell sind (auch) die medienbezogenen Sanktionsmaßnahmen auf Art. 215 AEUV gestützt. Danach erlässt der Rat die erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung von Sanktionen, die von den Mitgliedstaaten beschlossen wurden. Art. 215 AEUV kennt dabei, ebenso wie die zugrundeliegende Regelung zu Sanktionen im Rahmen der GASP, keine Bereichsausnahme für Medien. Art. 40 EUV stellt zwar einerseits in seinem Absatz 1 klar, dass über Sanktionen die Kompetenzordnung der EU nicht erweitert wird – von der Kompetenzordnung ist allerdings auch die Herstellung und Wahrung eines Medien-Binnenmarktes grundsätzlich erfasst. Art. 40 Abs. 2 verdeutlicht zugleich, dass Kompetenztitel der EU nicht sankti-

<sup>37</sup> Vgl. die Erwägungsgründe 6 und 7 der VO (EU) 2022/350 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. L 65 v. 2.3.2022, S. 1.

<sup>38</sup> Vgl. zunächst Art. 2f i.V.m. Anhang XV der VO (EU) 833/2014 i.d.F. der VO (EU) 2022/350 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. L 65 v. 2.3.2022, S. 1 (gestützt auf den Beschluss (GASP) 2022/351 des Rates vom 1. März 2022 zur Änderung des Beschlusses 2014/512/GASP über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. L 65 vom 2.3.2022, S. 5). Zur Ausdehnung der Liste sanktionierter Medien vgl. KommAustria, Durchsetzung von EU-Sanktionen im Medienbereich: Verwaltungsstrafbestimmung § 64 Abs. 3a AMD-G (Update vom 8. April 2025), [https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/Erlaeuterungen\\_zu\\_Paragraf\\_64\\_Abs\\_3a\\_AMD-G.de.html](https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/Erlaeuterungen_zu_Paragraf_64_Abs_3a_AMD-G.de.html) (30.9.2025).

<sup>39</sup> Vgl. EuG, Rs. T-125/22, RT France/Rat, Urteil v. 27.7.2022, ECLI:EU:T:2022:483. Das gegen diese Entscheidung ursprünglich eingelegte Rechtsmittel wurde zurückgezogen; vgl. EuGH, Rs. C-620/22 P, *France v Council*, Beschluss v. 28.7.2023, ECLI:EU:C:2023:615.

onshemmend ausgelegt werden dürfen.<sup>40</sup> Ein Ansatz, dass sich Sanktionen, die an Medien-Manipulationen und Propaganda-Aktivitäten anknüpfen,<sup>41</sup> auf die Meinungsbildung beziehen und es der EU daher an einer Regelungskompetenz fehlt,<sup>42</sup> verschiebt diese Balance zu Lasten der EU und zu Gunsten rechtswidrigen Verhaltens. Er würde zu der Konsequenz führen, dass die EU nicht befugt wäre, sich gegen Maßnahmen zu wehren, die auf ihre Zerstörung zielen. Dies widerspricht der Berechtigung der EU zu Selbstschutz. Dass dieser Selbstschutz nicht in die ausschließliche Kompetenz der EU fällt, weshalb Maßnahmen der Mitgliedstaaten gegen auf Aushöhlung der EU gerichtete Desinformations- und Propaganda-Aktionen seitens Drittstaaten und dritter Akteure fortdauernd ungeachtet von Sanktionspaketen der EU möglich bleiben, ist auch im Hinblick auf die Loyalitätspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der EU naheliegend. Erst recht sperren die Sanktionsmaßnahmen der EU nicht auf dritte, medienrechtliche Grundlagen gestützte Zulassungs- und Aufsichtsmaßnahmen der zuständigen mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden wegen Verstößen z.B. gegen das Staatsfernsehgebot bei privatem, in Deutschland veranstaltetem Rundfunk.<sup>43</sup>

Auch bei auf Art. 215 AEUV gestützten Sanktionsmaßnahmen im Medienbereich ist die EU zwar an die Grundrechtecharta (GRCh), namentlich auch deren Art. 11 Abs. 1, gebunden – und zwar auch in Krisenzeiten. Allerdings können sich weder ausländische Staaten noch von diesen beherrschte Medienunternehmen auf Art. 11 der Grundrechte-Charta und Art. 10 EMRK als Parallelregelung im Straßburger Menschenrechts-Schutzmechanismus berufen.

Anders sieht dies nicht zuletzt bei privaten „Betreibern“ aus, die die Verbreitung von sanktionierten staatlichen oder staatsnahen Medien „ermöglichen, erleichtern oder auf andere Weise dazu beizutragen“. Die Verordnung bezieht dabei u.a. auch, aber nicht abschließend „die Übertragung und Verbreitung über Kabel, Satellit, IP-TV, Internetdienstleister, Internet-Video-Sharing-Plattformen oder -Anwendungen“ ein. Erfasst sind damit namentlich auch Medienplattformen und Medienintermediäre wie Suchmaschinen und soziale Netzwerke. Denn wenn Suchmaschinen wie Google Medien, die die völkerrechtswidrige Kriegsführung gegen die Ukraine nachhaltig befördern und unterstützen, Nachbarländer der Ukraine destabilisieren und Instrumente für eine immer aggressiver auf die Verletzung von politischer Unabhängigkeit und territorialer Integrität von Drittstaaten darstellen, befördern, nicht angehalten werden können, solche Propaganda-Sender aus ihren Listen zu streichen, wäre es um die Wehrhaftigkeit europäischen Integrationsverbundes kom-

40 Beides verkennt *Schulz*, EU-Verbot von Russia Today und Sputnik. Informationsfreiheit im Ausnahmezustand, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/russia-today-verbot-der-eu-zulaessig-oder-nicht-kompetenzueberschreitung> (30.9.2025).

41 Vgl. die Erwägungsgründe 6 und 8 der Verordnung (EU) 2022/350.

42 So *Schulz* (s.o.).

43 Vgl. hierzu z.B. *VG Berlin*, Az. VG 27 L 43/22, Beschluss v. 17.3.2022, abrufbar unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/NJRE001498459> (30.9.2025). Zur zugrundeliegenden Aufsichtsmaßnahme vgl. <https://www.die-medienanstalten.de/presse/pressemittelungen/senden-ohne-rundfunklizenzen-zak-versagt-veranstaltung-und-verbreitung-des-fernsehprogramms-rt-de-in-deutschland/> (30.9.2025).

munikativ geschehen. Anbieter von Internetsuchdiensten sind dementsprechend aufgrund der Verordnung verpflichtet sicherzustellen, dass Inhalte der in den Sanktionspaketen gelisteten Medien, einschließlich kurzer Textbeschreibungen, visueller Elemente und Links zu den entsprechenden Websites, nicht in den Suchergebnissen erscheinen, die Nutzern in der EU bereitgestellt werden. Soziale Netzwerke müssen ihre Nutzer daran hindern Inhalte der sanktionierten Medien zu verbreiten. Zudem müssen Social-Media-Konten, die formell oder de facto sanktionierte Medien oder deren verbundenen Unternehmen gehören, gesperrt werden.<sup>44</sup>

Insofern dürfte die „Abwehr einer erheblichen und unmittelbaren Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit der EU“,<sup>45</sup> nicht zuletzt auch durch den Schutz unverfälschter kommunikativer Diskursgrundlagen, ein Rechtfertigungsgrund sein, der Eingriffe in die Informations-, Kommunikations- und unternehmerischen Grundrechte dieser Akteure unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des sanktionierenden EU-Gesetzgebers rechtfertigt.

Bei der Frage der Durchsetzung der Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland liegt es ungeachtet ihres handels- und sicherheitspolitischen Ausgangspunktes nahe, die Zuständigkeit für die Durchsetzung so zu ressortieren, dass dem verfassungsrechtlichen Gebot staatsferner Aufsicht Rechnung getragen wird. Dem trägt die bisherige Aufsichtsstruktur in Deutschland nicht angemessen Rechnung. Denn über die Einhaltung des Verbreitungsverbots aus Art. 2f Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 wacht – im Unterschied zur Rechtslage z.B. in Österreich<sup>46</sup> – nicht die auch nach den Maßgaben der AVMD-Richtlinie und des EMFA funktional unabhängige Medienaufsicht.<sup>47</sup>

Obwohl der Zugang zu RT Deutsch in der EU seit März 2022 eingeschränkt ist, repliziert ein Netzwerk von Mirror-Sites allerdings weiterhin dessen Inhalte. Die EU-Sanktionen haben zwar die Reichweite der alten Domain von RT Deutsch deutlich reduziert. Die Mirror-Sites zogen allerdings etwa ein Drittel des Datenverkehrs der ursprünglichen Site vor den Sanktionen an. Die Nutzerinteraktion blieb zudem stark und übertraf teilweise sogar die der ursprünglichen Domain von RT

44 Vgl. erläuterndes Schreiben der Europäischen Kommission vom 4. März 2022, abrufbar unter: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/EU\_RT\_and\_Sputnik\_Takedown\_Order\_to\_Search\_Engines\_and\_SocMe.pdf (30.9.2025).

45 Vgl. den 8. Erwägungsgrund der der VO (EU) 2022/350 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. L 65 v. 2.3.2022, S. 1.

46 Vgl. *KommAustria*, Durchsetzung von EU-Sanktionen im Medienbereich: Verwaltungsstrafbestimmung § 64 Abs. 3a AMD-G (Update vom 8. April 2025), abrufbar unter: https://www.rtr.at/medien/aktuelles/veroeffentlichungen/Veroeffentlichungen/Sonstiges/Erlaute rungen\_zu\_Paragraf\_64\_Abs\_3a\_AMD-G.de.html (30.9.2025).

47 Vgl. hierzu die Antwort der Staatsministerin beim Bundeskanzler *Claudia Roth* vom 12. Mai 2022 auf die Anfrage der Abgeordneten *Tabea Rößner*, BT-Drs. 20/1817 S. 2, Nr. 3.

Deutsch vor den Sanktionen.<sup>48</sup> Diese Ergebnisse unterstreichen die Notwendigkeit nachhaltigerer Regulierungsmaßnahmen zur Begrenzung der Reichweite von Domänen, die die Inhalte von Propaganda-Seiten spiegeln. Der 6. Medienänderungsstaatsvertrag der Länder,<sup>49</sup> der nach Ratifikation durch die Parlamente der 16 Länder am 1. Dezember 2025 in Kraft getreten ist, sieht solche robusteren Regulierungsmöglichkeiten vor, indem er in einem neuen § 109 Abs. 3 Satz 2 Medienstaatsvertrag (MStV) regelt, dass

„Gleicher (d.h. die Befugnis zu Sperrverfügungen, d.Verf.)<sup>50</sup> (auch) für Angebote (gilt), die mit bereits zur Sperrung angeordneten Angeboten ganz oder im Wesentlichen inhaltsgleich sind.“

Hilfreich für eine nachhaltigere Durchsetzung der Sanktionen wäre im Übrigen auch eine stärkere Zusammenarbeit zwischen den Internetdienstanbietern bei der Durchsetzung von Sanktionen.<sup>51</sup>

Aber nicht nur Mirror-Sites beeinträchtigen die Eindämmung von Propaganda als Element wehrhafter Medien-Demokratie. Auch die fehlende Bereitschaft von Mediointermediären zur Unterstützung dieser Wehrhaftigkeit erweist sich als demokratiefindliches Problem. So stellte die deutsche Ausgabe des sanktionierten russischen Propagandasenders RT im Vorfeld der vorgezogenen Bundestagswahl am 23. Februar 2025 ihre Präsenz auf dem sozialen Netzwerk X (vormals Twitter) als Teil einer umfassenderen pro-Kreml-Strategie zur Einmischung in die demokratischen Prozesse Europas wieder her. Der RT-Deutschland-Account auf X wurde erst, nachdem dies offenbar wurde,<sup>52</sup> Anfang 2025 gesperrt.<sup>53</sup>

Diese Vorgänge beschäftigten auch die EU im Hinblick auf die Vorgaben des Digital Services Act (DSA). Auf eine parlamentarische Anfrage vom 29.1.2025<sup>54</sup> hin, wies der Exekutiv-Vizepräsident Virkkunen im Namen der Europäischen Kommissio-

48 Vgl. *Maristany de las Casas/Reyes*, The achilles' heel of EU's media sanctions: Reassessing RT Deutsch access ahead of Germany's 2025 Federal Election, abrufbar unter: [https://www.isdglobal.org/digital\\_dispatches/the-achilles-heel-of-eus-media-sanctions-reassessing-rt-deutsch-access-ahead-of-germanys-2025-federal-election/](https://www.isdglobal.org/digital_dispatches/the-achilles-heel-of-eus-media-sanctions-reassessing-rt-deutsch-access-ahead-of-germanys-2025-federal-election/) (30.9.2025).

49 Abrufbar unter: [https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/6.\\_MAEStV\\_Synopsen\\_StV\\_und\\_Begründung/6.\\_MAEStV\\_Druckfassung.pdf](https://rundfunkkommission.rlp.de/fileadmin/rundfunkkommission/Dokumente/6._MAEStV_Synopsen_StV_und_Begründung/6._MAEStV_Druckfassung.pdf) (30.9.2025).

50 § 109 Abs. 3 Satz 1 MStV, auf den sich der neuer Satz 2 bezieht, lautet: „Erweisen sich Maßnahmen gegenüber dem Veranstalter oder Anbieter als nicht durchführbar oder nicht Erfolg versprechend, können Maßnahmen zur Entfernung oder Sperrung von Angeboten nach Absatz 1 auch gegen Dritte unter Beachtung der Vorgaben des Digitale-Dienste-Gesetzes und der Verordnung (EU) 2022/2065 gerichtet werden, sofern dies technisch möglich und zumutbar ist.“.

51 Vgl. *Maristany de las Casas/Reyes*, The achilles' heel of EU's media sanctions: Reassessing RT Deutsch access ahead of Germany's 2025 Federal Election, abrufbar unter: [https://www.isdglobal.org/digital\\_dispatches/the-achilles-heel-of-eus-media-sanctions-reassessing-rt-deutsch-access-ahead-of-germanys-2025-federal-election/](https://www.isdglobal.org/digital_dispatches/the-achilles-heel-of-eus-media-sanctions-reassessing-rt-deutsch-access-ahead-of-germanys-2025-federal-election/) (30.9.2025).

52 Vgl. <https://euvsdisinfo.eu/another-election-another-kremlin-interference-attempt/> (30.9.2025).

53 Siehe [https://x.com/RTDE\\_OFFIZIELL](https://x.com/RTDE_OFFIZIELL) (2.10.2025).

54 Parliamentary question – P-000391/2025, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-10-2025-000391\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-10-2025-000391_EN.html) (30.9.2025).

sion am 7.3.2025<sup>55</sup> auf die zwischenzeitliche Sperrung des RT-Deutschland-Account auf X und die Bedeutung von Art. 2f Abs. 2 der Sanktions-Verordnung (EU) 2022/350 hin. Er betonte dabei, dass

„(d)ie Umsetzung dieser Maßnahmen und die Untersuchung etwaiger Verstöße ... den zuständigen nationalen Behörden (obliegen).“

Die Kommission überwache die Einhaltung der Maßnahmen aufmerksam. Zudem betonte der Kommissar im Kontext des RT-DE-Accounts auf X allerdings auch die durch den DSA gegenüber sehr großen Online-Plattformen wie X eröffneten Möglichkeiten:

„Am 18. Dezember 2023 leitete die Kommission ein förmliches Verfahren<sup>56</sup> ein, um zu prüfen, ob X möglicherweise gegen den Digital Services Act (DSA) verstoßen hat, auch im Hinblick auf die Verbreitung illegaler Inhalte in der EU und die Wirksamkeit der Maßnahmen zur Bekämpfung der Informationsmanipulation auf der Plattform.

Am 12. Juli 2024 wurde die Plattform über die vorläufige Auffassung der Kommission informiert, dass sie gegen den DSA verstößt.<sup>57</sup> Am 17. Januar 2025 forderte die Kommission weitere technische Ermittlungsmaßnahmen bei X<sup>58</sup> an, darunter eine Anfrage nach Zugang zu bestimmten kommerziellen Anwendungsprogrammierschnittstellen von X. Dabei handelt es sich um technische Schnittstellen zu seinen Inhalten, die eine direkte Sachverhaltsermittlung zur Inhaltsmoderation und Viralität von Konten ermöglichen.

Diese Schritte ermöglichen es den Dienststellen der Kommission, bei der komplexen Bewertung systemischer Risiken und ihrer Eindämmung durch X im Rahmen des DSA alle relevanten Fakten zu berücksichtigen.“<sup>59</sup>

Nach Erkenntnissen einer jüngsten Untersuchung des *Institute for Strategic Dialogue (ISD)*<sup>60</sup> ist bei den größten drei Internet-Service-Providern in sechs Mitgliedstaaten der EU weniger als ein Viertel der Zugriffsversuche auf die Inhalte sanktionsierter russischer Staatsmedien wirksam blockiert worden, womit die Blockade von Domains durch die Internetanbieter in den EU-Staaten weitgehend unwirksam sein dürfte. Die Inhalte russischer Staatsmedien werden in den sozialen Medien vielfach verbreitet, besonders auch weiterhin auf X; Konten, die sich auf das Verbreiten von Beiträgen mit Links zu verbotenen Internetadressen konzentrieren, finden sich dort in großer Zahl. Über Drittanbieter kann man die gesperrten Internetseiten

55 [\(30.9.2025\).](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-10-2025-000391-ASW_EN.html)

56 [\(30.9.2025\).](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_679)

57 [\(30.9.2025\).](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3761)

58 [\(29.9.2025\).](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-addresses-additional-investigatory-measures-x-ongoing-proceedings-under-digital-services)

59 [\(29.9.2025\).](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-10-2025-000391-ASW_EN.html)

60 Vgl. *Maristany de las Casas*, Holding the line: Auditing the EU's ban of Russian state media 3 years on, abrufbar unter: [https://www.isdglobal.org/digital\\_dispatches/investigation-holding-the-line-auditing-the-eus-ban-of-russian-state-media-3-years-on/](https://www.isdglobal.org/digital_dispatches/investigation-holding-the-line-auditing-the-eus-ban-of-russian-state-media-3-years-on/) (29.9.2025).

dann problemlos aufrufen. Zudem sind, wie die Untersuchung aufzeigt, technische Einschränkungen, veraltete oder unvollständige Domain-Listen der Europäischen Kommission und Lücken in den Rechtsrahmen einzelner Mitgliedstaaten mögliche Gründe dafür, dass sich die von der EU verfügten Internetsperren leicht umgehen lassen.<sup>61</sup>

Im Ergebnis droht damit ohne zusätzliche regulatorische Steuerungen bei gleichzeitiger konsequenter Anwendung der bereits bestehenden Aufsichtsmöglichkeiten der EU-Kommission und mitgliedstaatlicher Behörden der Schutz gegen rechtswidrige, auf die Aushöhlung der Grundwerte des Art. 2 EUV gerichtete Inhalte, Online-Desinformation oder andere erhebliche Risiken für die freiheitlich-demokratische Ordnung einschließlich ihrer die öffentliche Aufgaben der Medien stützenden Elemente an normativer Autorität erheblich einzubüßen – ohne dass allerdings die Umgehungs möglichkeiten aus Kohärenzblickwinkel per se für eine Unverhältnismäßigkeit gesetzlich und administrativ vorgesehener Grundrechtsbeeinträchtigung sprechen würden.<sup>62</sup>

Ob die freiheitliche Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes wie des europäischen Integrationsverbundes vor dem Hintergrund einer hybriden Kriegsführung Russlands, die strategisch auf eine Unterstützung der Wirkmacht militärischer, das völkerrechtliche Gewaltverbot und die politische Unabhängigkeit und territoriale Integrität verletzende Aktivitäten durch kommunikative Desinformations- und Propaganda-Maßnahmen gerichtet ist,<sup>63</sup> einem wirksame(re)n Schutz der regelbasierten Ordnung entgegensteht oder ob der Ansatz, die schwere Rückholbarkeit von Fehlentwicklungen für den Demokratieschutz<sup>64</sup> zum Anlass zu nehmen, die positive Medienordnung um weitere Elemente zu ergänzen, die eine Übernahme von autoritarem, demokratiefeindlichem Framing im Rahmen der Kommunikationsfreiheiten auf Ebene der Inhaltsgenerierung, des Inhaltentransports

61 Vgl. hierzu auch *Schröder*, Russische Staatsmedien in der EU, FAZ Nr. 198 v. 27. August 2025, S. 13.

62 Dass die Anforderungen an die Kohärenz einer Regulierung nicht überspannt werden dürfen und nicht per se jede Umgehungs möglichkeit für die Unverhältnismäßigkeit der Regulierung spricht, ist nicht zuletzt auch in Bezug auf die Glücksspielregulierung, die Ausgangspunkt der Kohärenz-Konzeption des EuGH war, herausgearbeitet worden. Vgl. zum Kohärenzgebot im Rahmen der Glücksspielregulierung vgl. *Barczak/Hartmann*, S. 10 ff.; *Wormit*, S. 55 ff.

63 Vgl. zur Bedeutung von Desinformation bei hybriden Bedrohungen und hybrider Kriegsführung z.B. *D'Cunha/Ferraro /Rodenhäuser*, ‘Hybrid threats’, ‘grey zones’, ‘competition’, and ‘proxies’: When is it actually war?, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/hybrid-threats-grey-zones-competition-and-proxies-when-is-it-actually-war/> (29.9.2025); *Sari*, Metaphors, Rules and War: Making Sense of Hybrid Threats and Grey Zone Conflict, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/metaphors-rules-and-war-making-sense-of-hybrid-threats-and-grey-zone-conflict/> (29.9.2025); *Tursyn/Aigerim*, Eurasian Science Review 2024/2(5), S. 10 (18 f.).

64 Zu gesetzgeberischen Handlungspflichten i.S. einer positiven Medienordnung zur Vermeidung von Fehlentwicklungen im Medienbereich mit Blick auf das Ziel der Vielfaltssicherung vgl. die Prophylaxe-Judikatur des BVerfG, namentlich BVerfGE 95, 163 (173); zuvor bereits BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); im Anschluss z.B. BVerfGE 119, 181 (217); 121, 30 (52).

und/oder der Inhalte auffindbarkeit hemmen, ist eine in der Zeitenwende-Perzeption noch nicht vertieft durchdrungene und hier mit Blick auf den Rahmen des Beitrags nur aufgezeigte Rechtsfrage mit Berührungs punkten nicht zuletzt auch zur Schutzpflichten-Dogmatik.<sup>65</sup>

#### **D. Hamas, Hisbollah und Huthi – Propaganda, hybride Kriegsführung und völkerrechtlicher Umgang mit Medien in Kriegszeiten**

Am 7. Oktober 2023 ermordeten palästinensische Terroristen in der israelischen Grenzregion zum Gazastreifen mehr als tausend Menschen. Über 200 Frauen, Männer und Kinder wurden verschleppt und als Geiseln genommen. Ein Teil von ihnen befindet sich fast zwei Jahre in den Händen der Terroristen. Der Terrorangriff der Hamas auf Israel stellte den größten Massenmord jüdischen Lebens seit der Shoah dar. Er verstärkte die regionalen Spannungen, die bereits durch Raketen-Angriffe der von der Islamischen Republik Iran unterstützten Hisbollah im Libanon und Huthi im Jemen auf Israel und seine Zivilbevölkerung bestanden, und mündete in eine Situation unmittelbarer militärischer Konfrontation von Iran und Israel und ein israelisches Vorgehen gegen das Atomprogramm des Iran, an dem sich auch die USA vor dem Hintergrund von Befürchtungen, das Atomprogramm ziele auf Vernichtung des Staates Israel, beteiligten.

Die deutsche Medienaufsicht reagierte auf die islamistische Propaganda, die Terror-Attacken gegen Israel legitimierten und dessen Existenzrecht bestritt, seit Dezember 2024 mit Sperrverfügungen gegenüber den marktmächtigsten deutschen Telekommunikationsunternehmen als sog. Access-Providern in Bezug auf arabisch- und englischsprachigen Webseiten des libanesischen TV-Senders „Al-Manar TV“<sup>66</sup> sowie das deutschsprachige Angebot „kalifat.com“.<sup>67</sup> Zuvor hatte sich ein Vorgehen gegen die jeweiligen Inhalte anbieter selbst und gegen Host-Provider der Inhalte als nicht durchführbar und für Zwecke einer effektiven Rechtsdurchsetzung ungeeignet erwiesen hatte. Grundlage für entsprechende Aufsichtsmaßnahmen der jeweils örtlich zuständigen Landesmedienanstalten waren auf § 4 Abs. 1 S. 1, § 20 Abs. 1, Abs. 4 JMStV i. V. m. § 109 Abs. 3 MStV gestützte Beschlüsse der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) wegen der Verwendung verfassungsfeindlicher Kennzeichen und gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichteten Inhalten der Angebote.

<sup>65</sup> Zu grundrechtlich fundierten Schutzpflichten des Staates zunächst BVerfGE 39, 1 (42) („Schwangerschaftsabbruch I“) sowie im Anschluss z.B. BVerfGE 49, 89 (141 f.); 53, 30 (46 f.); 56, 54 (73 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. <https://www.kjm-online.de/pressemitteilungen/vorgehen-al-manar/> (29.9.2025).

<sup>67</sup> Vgl. <https://www.kjm-online.de/pressemitteilungen/medienanstalten-gehen-gegen-extremismus-im-internet-vor/> (29.9.2025).

Trotz der vom Bundesinnenministerium (BMI) ausgesprochenen Betätigungsverbote gegen die Inhalteanbieter<sup>68</sup> waren die von den Sperrverfügungen betroffenen Angebote in Deutschland bis zum Erlass der Sperrverfügungen nach wie vor frei abrufbar. Das verdeutlicht, dass es einer weitergehenden Synchronisierung von Medien- und Vereinsrecht bedarf, um Verbote von Vereinen auch im Digitalen stringent umzusetzen. Die Landesmedienanstalten sprechen sich daher für eine Anpassung des Medienstaatsvertrags und die Schaffung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage aus, die es der Medienaufsicht ermöglicht, gegen Medienangebote von vereinsrechtlich verbotenen Organisationen vereinfacht aktiv zu werden.<sup>69</sup>

Die Einordnung der Angriffe Israels und der USA auf die Atomanlagen im Iran, aber auch auf Medieneinrichtungen im Iran ist zunächst generell mit Blick auf die Frage streitig, ob es sich hierbei um eine völkerrechtliche gerechtfertigte Abweichung vom in Art. 2 Abs. 4 der UN-Charta verankerten Grundsatz des Gewaltverbots in zwischenstaatlichen Beziehungen handelt.<sup>70</sup> Art. 51 der UN-Charta räumt den UN-Mitgliedstaaten zwar in Abweichung vom Verbot der Anwendung und Androhung von Gewalt das Recht auf individuelle oder kollektive Selbstverteidigung ein. Dieses Recht darf allerdings nur ausgeübt werden, wenn ein bewaffneter Angriff auf einen UN-Mitgliedstaat erfolgt. Zudem rechtfertigt es nur angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen rechtfertigen, die als Reaktion auf einen bewaffneten Angriff erforderlich sind. Israel selbst hat zur Rechtfertigung seiner Angriffe gegenüber dem UN-Sicherheitsrat geltend gemacht, dass

- seine Attacken auf Einrichtungen und Personal im Iran im Rahmen eines andauernden internationalen bewaffneten Konflikts zwischen Israel und dem Iran erfolgten, dass
- es einen anhaltenden bewaffneten Angriff des Iran auf Israel gab und dass der Einsatz von Gewalt durch Israel eine Reaktion auf diesen Angriff darstellte, gleichzeitig aber notwendig und verhältnismäßig sei, um diesen Angriff zu stoppen, und

68 Vgl. für Al Manar TV BAnz, Nr. 171 vom 11. November 2008, S. 4060; für Kalfat.com das Verbot des dahinterstehenden Hizb ut-Tahrir in Deutschland und die hierzu ergangene Rechtsprechung von BVerwG und EGMR [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-114052%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-114052%22]) (30.9.2025).

69 Vgl. ibid.

70 Vgl. hierzu z.B. einerseits (die Legalität zumindest offenlassend) Cohen/Shany, A New War or a New Stage in an Ongoing War – Observations on June 13 Israeli Attack against Iran, abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/114641/israel-iran-un-charter-jus-a-d-bellum/> (29.9.2025); andererseits (die Legalität verneinend) Ambos, Dieser Angriff war klar völkerrechtswidrig, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/ausland/israel-und-iran-dieser-angriff-war-klar-völkerrechtswidrig-sagt-rechtsprofessor-kai-ambos-a-31b7047b-1be4-413b-af0d-152688941c61> (29.9.2025); Payandeh, Mit zweierlei Maß. Die deutsche Position zu den israelischen Militärschlägen gegen den Iran, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/israel-iran-völkerrecht/> (29.9.2025); Schmitt, Israel's Operation Rising Lion and the Right of Self-Defense, abrufbar unter: <https://ieber.westpoint.edu/israels-operation-rising-lion-right-of-self-defense/> (29.9.2025).

- tatsächlich ein nuklearer Angriff des Iran auf Israel unmittelbar bevorstehe und dass die militärische Reaktion notwendig und angemessen sei, weil dies das letzte Zeitfenster für Israels Handlungsspielraum sei.<sup>71</sup>

Die völkerrechtliche Überzeugungskraft dieser Argumentationslinie ist umstritten. Sie nimmt allerdings in dem Maße zu, in dem man von einer völkerrechtlich relevanten hybriden Kriegsführung des Irans gegen Israel oder zumindest von einer völkerrechtlich relevanten hybriden Gewaltanwendung des Irans gegen Israel und einer Bedeutung auch nicht-militärischer Maßnahmen für die Qualität einer Selbstverteidigung rechtfertigenden Gewaltanwendung ausgeht.<sup>72</sup> Eine entsprechend auch für die kriegsvölkerrechtliche Legitimation von Gewalt-Maßnahmen Israels bedeutsame Qualität hybrider Kriegsführung des Iran dürfte nach vorliegenden Erkenntnissen zum einen durch die Unterstützung staatlicher, auf die Verletzung der Integrität Israels gerichteten Aktivitäten des Irans durch in Drittstaaten beheimatete, nicht-staatliche Terror-Organisationen gefördert werden. Zugleich können aber auch propagandistische, auf die Mobilisierung von gewaltsamen Aktionen gegen Israel und seine Bürger gerichtete Aktivitäten staatlicher Medien des Iran einer solchen hybriden Kriegsführung zugerechnet werden. Ob solche mediale Beiträge zu einer auf Kriegsführung gegen Israel konditionierten Indoktrination namentlich der iranischen wie der palästinensischen Bevölkerung allerdings eine Qualität aufweisen, die eine Durchbrechung des Schutzes von Medienschaffenden und Medieneinrichtungen gestatten, erscheint zumindest fraglich. Eine entsprechende, völkergewohnheitsrechtlich relevante Rechtsüberzeugung dürfte zumindest noch nicht bestehen.

Geht man von der völkerrechtlichen Relevanz solcher medialer Propaganda-Aktivitäten mit Blick auf vom *ius in bello* erfasste Sachverhalte aus, stellt sich die Folgefrage, ob Angriffe auf staatliche Medieneinrichtungen, wie sie am 16. Juni 2025 erfolgten, als völkerrechtlich gerechtfertigt eingeordnet werden können. Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage ist, dass weder Presse noch Rundfunk oder sonstige Medien als solche in dem das *ius in bello* kodifizierenden Kriegsvölkerrecht der Genfer Konventionen eine ausdrückliche Erwähnung finden. Dies gilt auch für das Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, das sog. 1. Genfer Zusatz-

71 Vgl. [https://www.gov.il/BlobFolder/news/fm-sa-ar-s-letter-to-the-un-security-council-on-operation-rising-lion-17-june-2025/en/English\\_Swords\\_of\\_Iron\\_DOCUMENTS\\_Operation\\_Rising\\_Lion\\_FM\\_Saar\\_Letter\\_to\\_UN\\_Security\\_Council.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/news/fm-sa-ar-s-letter-to-the-un-security-council-on-operation-rising-lion-17-june-2025/en/English_Swords_of_Iron_DOCUMENTS_Operation_Rising_Lion_FM_Saar_Letter_to_UN_Security_Council.pdf) (29.9.2025).

72 Kritisch gegenüber der Einordnung hybrider Kriegsführung als völkerrechtlich relevanter Kategorie *D'Cunha/Ferraro/Rodenhäuser*, ‘Hybrid threats’, ‘grey zones’, ‘competition’, and ‘proxies’: When is it actually war?, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/hybrid-threats-grey-zones-competition-and-proxies-when-is-it-actually-war/> (29.9.2025); offener – zumindest in der Entwicklungsperspektive – mit Blick auf nicht-kinetische Formen des Schadens und deren Bedeutung für den völkerrechtlichen Kriegsbegriff *Sari*, Metaphors, Rules and War: Making Sense of Hybrid Threats and Grey Zone Conflict, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/metaphors-rules-and-war-making-sense-of-hybrid-threats-and-grey-zone-conflict/> (29.9.2025).

satzprotokoll<sup>73</sup> (hinfert: 1. ZP Genf). Allerdings gibt Art. 79 Abs. 1 des 1. ZP Genf vor, dass Journalisten, die in Gebieten eines bewaffneten Konflikts gefährliche berufliche Aufträge ausführen,<sup>74</sup> als Zivilpersonen im Sinne des Art. 50 Abs 1 des 1. ZP Genf gelten.<sup>75</sup> Sie sind als solche gemäß Art. 79 Abs. 2 1. Halbsatz des 1. ZP Genf nach den Genfer Abkommen und diesem Protokoll geschützt, sofern sie nichts unternehmen, was ihren Status als Zivilpersonen beeinträchtigt. Die Zivilbevölkerung und einzelne Zivilpersonen genießen wiederum nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 des 1. ZP Genf allgemeinen Schutz vor den von Kriegshandlungen ausgehenden Gefahren. Weder die Zivilbevölkerung als solche noch einzelne Zivilpersonen dürfen nach Art. 51 Abs. 2 des 1. ZP Genf das Ziel von Angriffen sein. Zivilpersonen genießen gemäß Art. 51 Abs. 3 des 1. ZP Genf den danach gewährten Schutz, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen. Diese in Art. 51 Abs. 3 des 1. ZP Genf vorgesehene Begrenzung des Schutzes greift bei Journalisten nicht bereits bei Aktivitäten im Rahmen ihrer üblichen Aufgaben, sondern nur im Hinblick auf eine ungewöhnliche Handlung, die einen direkten und wirksamen Beitrag zu den militärischen Maßnahmen leistet. Die Verbreitung von Propagandabotschaften durch einen Journalisten kann nicht bereits als solche als eine entsprechende Beteiligung angesehen werden.<sup>76</sup>

Art. 52 des 1. ZP Genf ergänzt diesen personenbezogenen Schutz von Zivilpersonen um den allgemeinen Schutz ziviler Objekte. Solche dürfen nach Absatz 1 Satz 1 der Bestimmung weder angegriffen noch zum Gegenstand von Repressalien gemacht werden. Zivile Objekte sind nach Satz 2 dieses Absatzes alle Objekte, die nicht militärische Ziele i.S. des Absatzes 2 von Art. 52 des 1. ZP Genf sind. Nach Satz 2 dieses Absatzes wiederum gelten als militärische Ziele nur solche Objekte, die auf Grund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren gänzliche oder teilweise Zerstörung, deren Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt. Nach Art. 52 Abs. 3 des 1. ZP Genf wird im Zweifelsfall vermutet, dass ein in der Regel für zivile Zwecke bestimmtes Objekt nicht dazu verwendet wird, wirksam zu militärischen Handlungen beizutragen.<sup>77</sup>

Ebenso wie Journalisten danach regelmäßig Zivilpersonen i.S. des 1. ZP Genf sind, sind Räumlichkeiten von Medien (wie Redaktionsräume und Rundfunkstudios), aber auch Sendeanlagen von Rundfunkanbietern danach regelmäßig zivile Objekte i.S. dieses völkerrechtlichen Vertrages. Diese schutzauslösende Qualität endet allerdings dort, wo diese Räumlichkeiten oder Anlage für militärische Zwecke

73 BGBI. 1990 II S. 1550, 1551.

74 Vgl. zum gebotenen weiten Verständnis der Tatbestandsmerkmale *Pilloud*, in: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Hrsg.), Article 79 Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, S. 917 ff.

75 Vgl. hierzu z.B. *Balguy-Gallois*, Rev. ICR 2004/853, 2004/853, S. 40 f.

76 Vgl. hierzu z.B. *Balguy-Gallois*, Rev. ICR 2004/853, 2004/853, S. 44.

77 Vgl. *Gasser*, in: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Hrsg.), Rn. 2031 ff.

genutzt werden, z.B. als Aufenthaltsort für militärisches Personal oder als Teil militärischer Kommunikations-Infrastruktur.<sup>78</sup>

In Bezug auf den Umgang mit Propaganda dürfte vor diesem Hintergrund eine differenzierte völkerrechtliche Betrachtung geboten sein. Medieneinrichtungen und Journalisten sind nicht allein aufgrund der Tatsache, dass sie Propaganda verbreiten, ein „legitimes Ziel“ für militärische Aktivitäten, auch wenn diese Tätigkeit die Kriegsanstrengungen unterstützt. Auch die Moral der Bevölkerung eines gegnerischen Staates ist nicht als solche ein legitimes militärisches Ziel.<sup>79</sup> Bei der völkerrechtlichen Beurteilung ist allerdings auch zu beachten, dass nicht alle Formen von Propaganda völkerrechtlich geschützt sind: Propaganda, die zu schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht, zu Völkermord oder zu Gewalttaten aufruft, ist verboten, und Medien, die solche Propaganda verbreiten, können zu legitimen militärischen Zielen werden – zumindest dann, wenn diese Propaganda über „bloße“ Hassrede hinausreicht.<sup>80</sup> Die auf Vernichtung des Staates Israel und auf Auslöschung von Juden gerichtete Propaganda, wie sie im iranischen Staatsfernsehen dessen Programm mitprägend zu finden war (und ist), konnte in der militärischen Kampagne Israels im Kontext der am und nach dem 7. Oktober 2023 erfolgten, iranisch unmittelbar verantworteten oder gesteuerten Angriffe auf Israel auch Angriffe auf Einrichtungen des iranischen Staatsfernsehens rechtfertigen.

### E. Trump, die Tech-Giganten und der Beitrag der Digitalregulierung zum Zerfall der transatlantischen Werte-Gemeinschaft

Der 20. Januar 2025 kann als weiteres Datum einer Zeitenwende mit Bedeutung auch für den Medienbereich eingestuft werden. Im Vorfeld der 2. Inauguration von Donald Trump als US-Präsident hatte Joe Biden in seiner *Farewell Address* den Blick auch auf Entwicklungen in der Medienlandschaft und bei KI gelenkt und da-

<sup>78</sup> Vgl. hierzu z.B. UNSC, S/RES/1738(2006), 23. Dezember 2006, Rn. 3; *Balguy-Gallois*, Rev. ICR 2004/853, S. 47 f.; *Skordas*, in: Wolfrum (Hrg.), S. 16 (Rn. 45).

<sup>79</sup> Vgl. im Zusammenhang mit den Bombardements von Medieneinrichtungen durch die NATO im Jugoslawien-Krieg ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8. Juni 2000, Rn. 47, 55, 74, 76 (abrufbar unter <https://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>). Vgl. allgemein auch *Balguy-Gallois*, Rev. ICR 2004/853, 2004/853, S. 37 (S. 52 et seq.).

<sup>80</sup> Vgl. im Zusammenhang mit den Bombardements von Medieneinrichtungen durch die NATO im Jugoslawien-Krieg ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 8. Juni 2000, Rn. 47, 55, 76. Mit Blick auf die völkerstrafrechtliche Bewältigung der Verbrechen an den Tutsis in Ruanda vgl. International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR-99-52-A, *Prosecutor v. Ntagimana* [Appeal Judgment], Urteil v. 28. November 2007, Rn. 673 et seq. (678, 692) (abrufbar unter [https://www.worldcourts.com/ictr/eng/dispositions/2007.11.28\\_Ntagimana\\_v\\_Prosecutor.pdf](https://www.worldcourts.com/ictr/eng/dispositions/2007.11.28_Ntagimana_v_Prosecutor.pdf) (25.9.2025); sowie *Skordas*, in: Wolfrum (Hrg.), S. 16 (Rn. 51 f.). Vgl. allgemein auch *Balguy-Gallois*, Rev. ICR 2004/853, S. 53.

bei Warnungen ausgesprochen, die an die Abschiedsrede von Präsident *Dwight D. Eisenhower* an die US-amerikanische Nation 64 Jahre zuvor anknüpften:<sup>81</sup>

„Präsident Eisenhower sprach von den Gefahren des militärisch-industriellen Komplexes. Er warnte uns damals vor, ich zitiere, „dem potenziellen katastrophalen Aufstieg fehlgeleiteter Macht“, Ende des Zitats.

Sechs Jahrzehnte später bin ich ebenso besorgt über den potenziellen Aufstieg eines technologisch-industriellen Komplexes, der ebenfalls eine echte Gefahr für unser Land darstellen könnte.

Die Amerikaner werden unter einer Lawine von Fehlinformationen und Desinformationen begraben, die den Missbrauch von Macht ermöglichen. Die freie Presse bröckelt. Redakteure verschwinden. Die sozialen Medien geben die Überprüfung von Fakten auf. Die Wahrheit wird von Lügen ersticken, die aus Macht- und Profitgier verbreitet werden.

Wir müssen die sozialen Plattformen zur Verantwortung ziehen, um unsere Kinder, unsere Familien und unsere Demokratie vor Machtmisbrauch zu schützen.

Unterdessen ist künstliche Intelligenz die folgenreichste Technologie unserer Zeit – vielleicht sogar aller Zeiten. Nichts bietet tiefgreifendere Möglichkeiten und Risiken für unsere Wirtschaft und unsere Sicherheit, unsere Gesellschaft, für die Menschheit.

... Ohne entsprechende Sicherheitsvorkehrungen könnte KI neue Bedrohungen für unsere Rechte, unsere Lebensweise, unsere Privatsphäre, unsere Arbeitsweise und den Schutz unserer Nation mit sich bringen.

Wir müssen sicherstellen, dass KI sicher und vertrauenswürdig ist und der gesamten Menschheit zugute kommt.“

Dass *Donald J. Trump* auch in diesen Bereichen einen Bruch mit der Politik seines Vorgängers vornehmen will, machte er bereits in seiner Antrittsrede als US-Präsident deutlich. In seiner *Inauguration Address* betonte er am 20 Januar 2025:

„Nach jahrelangen illegalen und verfassungswidrigen Bemühungen der Bundesregierung, die freie Meinungsäußerung einzuschränken, werde ich ... eine Durchführungsverordnung unterzeichnen, die jegliche staatliche Zensur sofort beendet und die freie Meinungsäußerung in Amerika wiederherstellt.“<sup>82</sup>

Noch am Abend seiner Amtseinführung unterzeichnete Trump entsprechend dieser Ankündigung eine *executive order*, mit dem Titel „*Restoring Freedom of Speech and Ending Federal Censorship*“.<sup>83</sup> Zu deren Zweck führt deren Abschnitt 1 aus:

„Der Erste Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten, eine für den Erfolg unserer Republik unverzichtbare Änderung, verankert das Recht des amerikanischen Volkes, sich auf öffentlichen Plätzen frei und ohne Einmischung der Re-

81 <https://bidenwhitehouse.archives.gov/briefing-room/speeches-remarks/2025/01/15/remarks-by-president-biden-in-a-farewell-address-to-the-nation/> (25.9.2025) (Übersetzung des Verfassers).

82 <https://www.whitehouse.gov/remarks/2025/01/the-inaugural-address/> (25.9.2025) (Übersetzung des Verfassers).

83 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/restoring-freedom-of-speech-and-ending-federal-censorship/> (25.9.2025).

gierung zu äußern. In den letzten vier Jahren hat die vorherige Regierung das Recht auf freie Meinungsäußerung mit Füßen getreten, indem sie die Äußerungen von Amerikanern auf Online-Plattformen zensierte und dabei oft erheblichen Druck auf Dritte, wie beispielsweise Social-Media-Unternehmen, ausühte, um Äußerungen, die die Bundesregierung nicht gutheißen konnte, zu moderieren, zu löschen oder auf andere Weise zu unterdrücken. Unter dem Vorwand, „Fehlinformationen“, „Desinformation“ und „Malinformation“ zu bekämpfen, hat die Bundesregierung die verfassungsmäßig geschützten Meinungsrechte der amerikanischen Bürger in den gesamten Vereinigten Staaten in einer Weise verletzt, die die von der Regierung bevorzugte Darstellung wichtiger Themen der öffentlichen Debatte förderte. Zensur von Meinungsäußerungen durch die Regierung ist in einer freien Gesellschaft nicht hinnehmbar.“

Diese Einordnung von Maßnahmen, mit denen Medienintermediäre angehalten werden, auf eine faktengestützte statt desinformierende Prägung des öffentlichen Diskurses hinzuwirken, ist seither für die Medien- und Digitalpolitik der *Trump*-Administration nicht nur innerhalb der USA, sondern auch im transatlantischen Verhältnis bestimmend. Vizepräsident *J.D. Vance* hatte dieses Framing von Maßnahmen gegen Desinformation und illegale Inhalte im Netz, auf die nicht zuletzt auch der Digital Services Act der EU hinzielt, bereits in seiner programmativen Rede bei der Münchener Sicherheitskonferenz am 14. Februar 2025 angedeutet.<sup>84</sup> Im Hinblick auf das Konzept wehrhafter Demokratie wurden schon hier transatlantische Verschiebungen in der Akzentuierung der Zuordnung von Kommunikationsfreiheiten und Schrankensetzungen zur Vermeidung eines Missbrauchs dieser Freiheiten zur Aushöhlung der demokratischen Verfassungsordnung deutlich. Anknüpfend an die *Inauguration Address* von Präsident *Trump* wie auch an das Erbe von Papst von *Johannes Paul II.* mündete der Vortrag von Vizepräsident *Vance* in die Aufforderung:

„Wir sollten keine Angst vor unserem Volk haben, auch wenn es Ansichten äußert, die nicht mit denen seiner Führung übereinstimmen.“<sup>85</sup>

Aus dem Kontext der Rede erschloss sich, dass dieses weite, verfassungsrechtlich in der *freedom of speech*-Konzeption der US-Verfassung wurzelnde Verständnis des kommunikativ Hinnehmbaren uneingeschränkt auch Feinden der Freiheit zugute kommen sollte.

Dass aus Sicht der US-Administration Maßnahmen gegen Desinformation und gegen Fake News mit diesem schrankenlosen Verständnis kollidierten, erschloss sich bereits aus Abschnitt 2 der vorerwähnten *executive order „Restoring Freedom of Speech and Ending Federal Censorship“* von Präsident *Trump*. Dieser bestimmt:

<sup>84</sup> Abgedruckt in *Franke*, (Hrsg.), in: Munich Security Conference 2025. Speech by JD Vance and Selected Reactions, München 2025, abrufbar unter: [https://securityconference.org/assets/user\\_upload/MSC\\_Speeches\\_2025\\_Vol2\\_Ansicht.pdf](https://securityconference.org/assets/user_upload/MSC_Speeches_2025_Vol2_Ansicht.pdf) (25.9.2025), S. 15 ff.

<sup>85</sup> *Franke*, (Hrsg.), in: Munich Security Conference 2025. Speech by JD Vance and Selected Reactions, München 2025, S. 23.

„Es ist die Politik der Vereinigten Staaten:

- (a) das Recht des amerikanischen Volkes auf verfassungsmäßig geschützte Meinungsäußerung zu sichern;
- (b) sicherzustellen, dass kein Beamter, Angestellter oder Vertreter der Bundesregierung Handlungen vornimmt oder erleichtert, die die freie Meinungsäußerung eines amerikanischen Bürgers verfassungswidrig einschränken würden;
- (c) sicherzustellen, dass keine Steuergelder verwendet werden, um Handlungen zu begehen oder zu erleichtern, die die freie Meinungsäußerung eines amerikanischen Bürgers verfassungswidrig einschränken würden; und
- (d) frühere Verfehlungen der Bundesregierung im Zusammenhang mit der Zensur geschützter Meinungsäußerungen zu identifizieren und geeignete Maßnahmen zu ihrer Korrektur zu ergreifen.“

Dieser kommunikationspolitische Ansatz entfaltete nicht nur Auswirkungen im Innern der USA, für die die *executive order* in ihrem Abschnitt 3 Maßnahmen unter dem Titel „Beendigung der Zensur geschützter Rede“ vorsieht, wobei sich dieses Vorgehen in eine Medienpolitik der *Trump*-Administration einfügt, die auf Einschränkung und Einschüchterung unabhängiger, regierungskritischer Medienunternehmen zielt.<sup>86</sup> Er prägt auch Aktivitäten der *Trump*-Administration, aber auch des von *Trump*-Unterstützern dominierten US-Repräsentantenhauses zur Stigmatisierung der auf den DSA gestützten Regulierungsaktivitäten der EU und ihrer Mitgliedstaaten, einschließlich mitgliedstaatlicher Medienregulierungsbehörden, im Interesse eines freien demokratischen Diskurses.

Erwähnung verdient insoweit nicht zuletzt der Zwischenbericht des Justizausschusses des US-Repräsentantenhauses vom 25. Juli 2025 „Die Bedrohung durch ausländische Zensur: Wie der Digital Services Act der Europäischen Union zu globaler Zensur zwingt und die amerikanische Meinungsfreiheit verletzt“.<sup>87</sup> In diesem Bericht wird aus Sicht der Verfasser detailliert beschrieben, wie die EU den DSA als Zensurinstrument einsetzt und die weltweit größten Social-Media-Plattformen dazu verpflichtet, zentrale politische Diskurse in Europa, den USA und weltweit zu zensieren. Der DSA werde genutzt, um politische Äußerungen, einschließlich Humor und Satire, zu zensieren. Europäische Zensoren nähmen zentrale politische Äußerungen ins Visier nehmen, die weder schädlich noch illegal seien, und versuchten, Debatten zu Themen wie Einwanderung und Umwelt zu unterdrücken.

86 Zivilklagen von US-Präsident *Trump* gegen US-Fernsehveranstalter, die Zustimmung zu Übernahmen im Medienbereich unter politischen Auflagen und Androhungen des Verlustes von Sendelizenzen zählen zum Portfolio von Maßnahmen, die einen *chilling effect* auf die Wahrnehmung kommunikativer Freiheiten ausüben können und wohl auch sollen. Vgl. hierzu *Hanfeld*, Lizenziert, FAZ Nr. 198 v. 27 August 2025, S. 13; *Tröger/Theine*, Zeitschrift für Journalismusforschung 2025/8, 104 ff.

87 *Interim Staff Report of the Committee on the Judiciary of the U.S. House of Representatives*, The Foreign Censorship Threat: How the European Union’s Digital Services Act Compels Global Censorship and Infringes on American Free Speech, abrufbar unter: [https://judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/republicans-judiciary.house.gov/files/2025-07/DSA\\_Report%26Appendix%2807.25.25%29.pdf](https://judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/republicans-judiciary.house.gov/files/2025-07/DSA_Report%26Appendix%2807.25.25%29.pdf) (25.9.2025).

Von welchem Fehlverständnis extremistischer Diskurse der Zwischenbericht ausgeht, verdeutlicht bereits eines der (wenigen) Beispiele, die den Zensur-Vorwurf stützen sollen: In einem Workshop der EU-Kommission sei ein hypothetischer Social-Media-Beitrag mit der Aussage „Wir müssen unser Land zurückerobern“ als „illegale Hassrede“ bezeichnet worden, die Plattformen gemäß dem DSA zensieren müssten. Bei dieser Aussage handele es sich um „eine gängige, harmlose politische Aussage“. Dass diese Aussage weder „gängig“, noch „harmlos“ ist, erschließt sich aus dem Kontext einer solchen Aussage in einem rechtspopulistischen und rechts-extremistischen Framing, dass unterstellt, die demokratische Ordnung sei in der EU, namentlich auch Deutschland, aktuell in gleicher Weise, nicht zuletzt auch durch migrantische Bewegungen, verletzt bzw. nicht (mehr) vorhanden wie im Vorfeld der demokratischen Freiheits-Revolutionen in der DDR und weiteren Staaten Mittel- und Osteuropas 1989/90. Eine solche Kontextualisierung, die auch für die kommunikationsrechtliche Einordnung von politischen Aussagen bedeutsam ist, unterbleibt in dem Zwischenbericht gänzlich.

Der Zwischenbericht, der vermeintlich auf Verteidigung der Meinungsfreiheit zielt, verteidigt realiter die Fähigkeit großer Online-Plattformen, sich der Verantwortung für die von ihnen verbreiteten Inhalte zu entziehen. Indem er den DSA als „ausländische Zensur“ einordnet, stellt er demokratische Schutzmechanismen als autoritäre Bedrohung dar. Diese Darstellung ist Teil einer Taktik mit dem Ziel, ein unregulierte Online-Umfeld aufrechtzuerhalten, in dem Desinformation und Schikanen ohne wirksame Kontrollen fortbestehen können – eine Taktik, an der sich nicht nur die *Trump*-Administration, sondern auch (dritte) extremistische Kräfte i.S. eines *chilling effect* ausrichten.<sup>88</sup>

Die Einstufung des DSA durch den Ausschuss als „digitaler Faschismus“ und „ausländische Bedrohung der Meinungsfreiheit in den USA“ verzerrt den Zweck des DSA und blendet die in diesem vorgesehenen rechtsstaatlichen Schutzmechanismen im Besonderen wie die rechtsstaatliche und grundrechtliche Kontrolle, die der AEUV allgemein eröffnet, aus. Dass Verkehrs-Regeln im digitalen Raum demokratisch legitimiert und nicht von Technologieunternehmen im Wege ihrer Marktmacht durchgesetzt werden sollten, entsprach bis zur 2. *Trump*-Administration einem gemeinsamen transatlantischen demokratischen Leitbild. Erst seit dessen Amtübernahme 2025 wird in Washington bewusst die Unterscheidung zwischen Inhaltskontrolle und staatlicher Unterdrückung abweichender Meinungen verwischt.<sup>89</sup> Den DSA als „Zensur“ einzuordnen nützt nur denjenigen, die vom Fehlen demokratischer Regeln im digitalen Raum profitieren. Dieses Fehlen schützt nicht die Freiheit; vielmehr befördert es ein digitales Medien-Ökosystem, das von die Plattform-Ökonomie beherrschenden Unternehmen geprägt wird und Feinden

88 Vgl. *Kremidas-Courtney*, The US GOP’s disinformation on Europe’s Digital Rules, abrufbar unter: <https://www.epc.eu/publication/the-us-gops-disinformation-on-europe-s-digital-rules/> (25.9.2025).

89 Vgl. *Kremidas-Courtney*, The US GOP’s disinformation on Europe’s Digital Rules, abrufbar unter: <https://www.epc.eu/publication/the-us-gops-disinformation-on-europe-s-digital-rules/> (25.9.2025).

demokratischer Freiheit zusätzliche Möglichkeiten zur Verbreitung illegaler Inhalte eröffnet.

## F. Ein Ausblick

Im Übergang zum 2. Quartal des 21. Jahrhunderts braucht es mehr denn je eine aktive Regulierung digitaler Medien, die nicht nur faire Wettbewerbsbedingungen sichert, Medienpluralismus schützt, Medien als Faktor freier demokratischer Willensbildung sichert und die Markt- und Meinungsmacht digitaler Plattformen begrenzt. Es braucht auch den Willen, medialen Angriffen extremistischer Kräfte im Innern und von außen auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung entschlossen entgegenzutreten und damit Vorsorge im Blick auf eine Situation zu treffen, in der Feinde der Freiheit deren mediale Ausprägungen ausnutzen, um mit der Freiheit auch die Medienfreiheit zu beseitigen.

Hierfür reicht Medienkompetenz, selbst wenn sie um Aspekte der Demokratie-, Digital- und KI-Kompetenz angereichert wird,<sup>90</sup> allein nicht aus. Es braucht vielmehr einen klaren digitalen Ordnungsrahmen im europäischen Integrations-, Solidar- und Sicherheitsverbund, um die demokratische Funktion der Medien im digitalen Zeitalter zu wahren.<sup>91</sup>

Es ist Zeit für einen *Spiderman*-Moment bei der Frage der Verantwortlichkeit von Plattformen: Mit großer Macht muss bei ihnen endlich, 25 Jahre nach der Verabschiedung der e-commerce-Richtlinie, auch große Verantwortung einhergehen. Plattformen wie z.B. TikTok und X übernehmen, ohne publizistische Verantwortung zu tragen, zentrale Rollen in der Informationsverbreitung. Damit umgehen solche Plattformen das marktwirtschaftliche Haftungsprinzip, wonach Nutzen und Schaden in einer Balance stehen sollten. Diese Haftungslücke erlaubt es Plattformen, traditionelle Medien wirtschaftlich zu verdrängen – insbesondere durch den Entzug von Werbeeinnahmen –, ohne für die Qualität oder Richtigkeit der verbreiteten Inhalte einzustehen. Inhalte werden durch sie personalisiert, ausgespielte Inhalte durch wirtschaftliche Interessen beeinflusst und vielfältige Auswahlmöglichkeiten für den Einzelnen real in Filterblasen begrenzt. Das Kommunikationsmodell der Freiheit, das Leitbild der Judikatur des BVerfG zu Art. 5 Abs. 1 GG ist, wird durch jede dieser Entwicklungen für sich, vor allem aber auch in ihrer wechselseitigen Verstärkung ausgeöhlt.

Jetzt ist zudem der *Churchill*-Moment für die Digital- und Medienregulierung der EU. In Anknüpfung an dessen Rede am 18. Juni 1940 im Angesicht der sich nach dem Fall von Paris abzeichnenden militärische Niederlage Frankreichs mit dem Appell

90 Vgl. hierzu *Ukrow*, in: Medienanstalt Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Art. 4 Rheinland-Pfälzische Kommentare zum Recht der Digitalisierung, Rn. 42 ff.

91 Vgl. hierzu auch *Koch*, Medien in der Krise. Googles Dominanz gefährdet die Demokratie, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region-und-hessen/medien-i-n-der-krise-googles-dominanz-gefaehrdet-die-demokratie-110608283.html> (25.9.2025).

„Let us therefore brace ourselves to our duties, and so bear ourselves that, if the British Empire and its Commonwealth last for a thousand years, men will still say, ‘This was their finest hour.’“<sup>92</sup>

sollte es einen zweiten Kniefall der EU gegenüber – nunmehr digitalökonomischen – Interessen der USA nach der Demütigung in der Zoll-Politik durch den Deal der EU-Kommission mit Präsident Trump<sup>93</sup> ebenso wenig geben wie ein fortduerndes Zögern bei der konsequenten Durchsetzung der auch medienbezogenen Sanktionen gegenüber dem Aggressor Russland.

Es bedarf eines Beitrags auch der Medien in den NATO-Staaten, um das Entstehen, Wiederbeleben oder Festigen einer strategischen Kultur in den Gesellschaften dieser Staaten zu befördern, die für die demokratische und digitale Resilienz dieser Staaten unverzichtbar ist – sozusagen als sicherheitspolitische Konnotation des Böckenförde-Diktums,<sup>94</sup> dass der Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht schaffen kann.

„Eine Gesellschaft, der nicht bewusst ist, dass ihre Form des Zusammenlebens durch hybride Kriegsführung bedroht ist, die nicht realisiert, dass Russland durch vielfältige Propagandamaßnahmen und Desinformationskampagnen das Vertrauen der Bevölkerung in die Problemlösungsfähigkeit demokratischer Institutionen und Verfahren erschüttern will, mit dem Ziel, die Demokratie als Staatsform zu diskreditieren, wird nicht die Bereitschaft entwickeln, resilient und widerstandsfähig zu werden. Dabei ist Resilienz die zentrale Voraussetzung, um die Aufgaben, die in den nächsten Jahren auf die europäischen Staaten zukommen werden, zu bewältigen. Denn Russland abzuschrecken und einzudämmen, kann nur gelingen, wenn die europäischen Gesellschaften bereit sind, den dafür anfallenden Preis zu zahlen.“<sup>95</sup>

Eine solche Erwartung an Medien, im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags einen eigenen Beitrag zur Wehrhaftigkeit und Kriegstüchtigkeit zu leisten, mag mit dem Freiheitsversprechen des Art. 5 Abs. 1 GG in dem medialen sicherheitsaversen Selbstverständnis kollidieren, dass sich im Zeichen der Friedensdividende entwickelte, die mit dem Ende des Kalten Krieges einherzugehen schien. Aber die Zeitenwende, die spätestens der 24. Februar 2022 auslöste, fordert auch in der Zuordnung von Freiheit und sicherheitsbezogenen Gemeinwohlinteressen im Medienbereich ihren Tribut.

## Bibliographie

- APPLEBAUM, ANNE, *Die Achse der Autokraten*, 1. Auflage, München, 2024  
 BAER, SUSANNE; MARKARD, NORA, *Art. 3 GG*, in: Huber, Peter; Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), GG–Kommentar, Band 1, 8. Auflage, München, 2024

92 <https://winstonchurchill.org/resources/speeches/1940-the-finest-hour/their-finest-hour/> (25.9.2025).

93 Vgl. [https://policy.trade.ec.europa.eu/news/joint-statement-united-states-european-union-framework-agreement-reciprocal-fair-and-balanced-trade-2025-08-21\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/news/joint-statement-united-states-european-union-framework-agreement-reciprocal-fair-and-balanced-trade-2025-08-21_en) (25.9.2025).

94 *Böckenförde*, in: ders. (Hrsg.), S. 112 f.

95 *Masala*, S. 118.

- BALGUY-GALLOIS, ALEXANDRE, *Protection des journalistes et des médias en période de conflit armé*, International Review of the Red Cross, 2004, Jg. 86(853), S. 37–67
- BARCZAK, TRISTAN; HARTMANN, BERND J., *Kohärenz im Glücksspiel*, Tübingen, 2021
- BÖCKENFÖRDE, ERNST WOLFGANG, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: Böckenförde, Wolfgang (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1. Auflage, Frankfurt, 1991, S. 92–114
- BUNDE, TOBIAS; HARTMANN, LAURA; STÄRK, FRANZiska; CARR, RANDOLF; ERBER, CHRISTOPH; HAMMELEHLE, JULIA; KABUS, JULIANE, *Zeitenwende|Wendezeiten: Sonderausgabe des Munich Security Report*, Münchener Sicherheitskonferenz, 1. Auflage, München, 2020
- COLE, MARK D.; ETTELDORF, CHRISTINA; ORY, STEPHAN; UKROW, JÖRG, *Überblick zu Stand und Entwicklung der Medienregulierung. Zusammenspiel zwischen EU- und nationalem Recht*, 1. Auflage, Püttlingen, 2025
- DE BRABANDERE, ERIC, *Propaganda*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. VIII, 1. Auflage, Oxford, 2010
- FISCHER, JOSCHKA, *Die Kriege der Gegenwart und der Beginn einer neuen Weltordnung*, 1. Auflage, Köln, 2025
- FRANKE, BENEDIKT (Hrsg.), *Selected Key Speeches, Vol. 2: Munich Security Conference 2025, Speech by JD Vance and Selected Reactions*, München, 2025
- FRANZIUS, CLAUDIO, *Europäische Verfassungsaufsicht – Art. 7 EUV*, FEU RESEARCH PAPER NO. 17/2024, Bremen, 2024
- FREYTAG VON LORINGHOVEN, ARNDT; ERLENHORST, LEON, *Putins Angriff auf Deutschland. Desinformation, Propaganda, Cyberattacken*, 1. Auflage, Berlin, 2024
- GASSER, HANS-PETER, *Article 79*, in: Sandoz, Yves; Swinarski, Christophe; Zimmermann, Bruno (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1. Auflage, Genf, 1987
- GIEGERICH, THOMAS, *Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2019, Jg. 22(1), S. 61–112
- GORBY, JOHN; RESS, GEORG, *Demonstrationsfreiheit und Straßenverkehr in den Vereinigten Staaten von Amerika*, in: Bleckmann, Albert (Hrsg.), *Demonstration und Straßenverkehr. Landesberichte und Rechtsvergleichung*, 1. Auflage, Köln u. a., 1970, S. 171–202

- GORNIG, GILBERT, *Völkerrecht*, 1. Auflage, München, 2023
- GRADY, BRODERICK C., *Article 5 of the North Atlantic Treaty: Past, Present, and Uncertain Future*, Georgia Journal of International and Comparative Law, 2002, Jg. 31(1), S. 167–198
- JESSE, ECKHARD; THIEME, TOM, *Extremismus in den EU-Staaten*, 1. Auflage, Wiesbaden, 2011
- KAČIČ, MATJAŽ, *Commentary on Articles 2 and 3 of the Washington Treaty*, Emory International Law Review, 2019, Jg. 34(0), S. 53–70
- KAUNERT, CHRISTIAN; LÉONARD, SARAH (Hrsg.), *Collective Securitization and Cri-sification of EU Policy Change. Two Decades of EU Counterterrorism Policy*, 1. Auflage, Oxford/New York, 2022
- KREMER, SASCHA; HAAR, TOBIAS, *KI-Systeme mit besonderen Transparenzpflichten*, (Rn. 450–476) in: Schwartmann, Rolf; Keber, Tobias; Zenner, Kai (Hrsg.), KI-VO. Leitfaden für die Praxis, 2. Auflage, Heidelberg, 2024,
- LANGENFELD, CHRISTINE, *Art. 3 GG*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, 74 Lieferung, München, Mai 2015
- MARTINI, MARIO, *Art. 50 KI-VO*, in: Martini, Mario; Wendehotst, Christiane (Hrsg.), KI-VO: Verordnung über Künstliche Intelligenz, 1. Auflage, München, 2024
- MASALA, CARLO, *Wenn Russland gewinnt. Ein Szenario*, 1. Auflage, München, 2025
- MÜNKKER, HERFRIED, *Macht im Umbruch*, 1. Auflage, Berlin, 2025
- NIEDERMARK, WOLFGANG, *Zeitenwende auch für die Außenwirtschaft*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2025, Jg. 36(14), S. 649–650
- SCHMITT, CARL, *Theorie des Partisanen*, 1. Auflage, Berlin 1963
- SCHWEISFURTH, THEODOR, *Sozialistisches Völkerrecht? Darstellung – Analyse – Wertung der sowjetmarxistischen Theorie vom Völkerrecht „neuen Typs“*, 1. Auflage, Berlin u.a., 2011
- SKORDAS, ACHILLES, *Mass Media, Influence on International relations*, in: Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. VII, 1. Auflage, Oxford, 2012
- STABEN, JULIAN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, 1. Auflage, Tübingen, 2016
- TRÖGER, MANDY; THEINE, HENDRIK, *Zum Einfluss der Trump-Regierung auf Medien und Medienregulierung in Europa*, Journalistik. Zeitschrift für Journalismusforschung, 2025, Jg. 8(1), S. 103–116

UKROW, JÖRG, *Das Medienrecht auf dem Weg von technischer zu regulatorischer Konvergenz bei Wahrung kultureller Vielfalt. Entwicklungsperspektiven im Zeitalter europäischer Verfassungsgebung und gemeinwohlverträglicher Globalisierung*, in: Bröhmer, Jürgen u.a. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, 1. Auflage, Köln, 2005, S. 1305–1331

UKROW, JÖRG, *Wächst Europa an seinen rechtspopulistischen Feinden? Europäische wehrhafte Demokratie und Schutz der Grundwerte in der EU*, vorgänge, 2016, Jg. 55(4), S. 47–67

UKROW, JÖRG, *Jenseits der Grenze – Rechtspopulismus in Polen und Ungarn*, vorgänge, 2018, Jg. 57(4), S. 57–75

UKROW, JÖRG, *Unteilbare Sicherheit durch asymmetrische, zynische Verträge? Völker- und medienrechtliche Überlegungen zur Einordnung der Entwürfe des russischen Außenministeriums für einen Vertrag mit den USA über Sicherheitsgarantien und ein Abkommen mit den NATO-Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit*, 1. Auflage, Saarbrücken, 2022

UKROW, JÖRG, *Art. 4*, in: Medienanstalt Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Verordnung der EU über Künstliche Intelligenz (KI-VO), Rheinland-Pfälzische Kommentare zum Recht der Digitalisierung, Band 1, 1. Auflage, Ludwigshafen, 2024

UKROW, JÖRG, *Art. 1*, in: Medienanstalt Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Verordnung der EU über Künstliche Intelligenz (KI-VO), Rheinland-Pfälzische Kommentare zum Recht der Digitalisierung, Band 1, 1. Auflage, Ludwigshafen, 2025

WAGNER, RINGO/SCHAPRIAN, HANS-JOACHIM (Hrsg.), *Zeitenwende in der Sicherheitspolitik*, Magdeburg, 2022

WORMIT, MAXIMILIAN, *Kohärenz als unionsrechtliche Determinante der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung*, 1. Auflage, Berlin, 2020



© Jörg Ukrow

# **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Herzstück im System verfassungskonformer exekutiver Wahrnehmung von Staatsaufgaben**

Joachim Wolf\*

## Inhalt

A. Einleitung	641
B. Offene dogmatische Grundfragen	642
I. Zu enge Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes	642
II. Die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	643
C. Die Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf alle vom Grundgesetz her geprägten Bereiche des Rechts	643
D. Der Weg eines „pragmatischen Verständnisses“ des Verhältnismäßigkeitsgebots über seine drei Grundelemente	644
I. Verzicht auf eine dogmatische Gesamtkonzeption	645
II. Das unklare Verhältnis der Grundelemente einer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität zueinander	646
III. Das Grundelement der Erforderlichkeit entzieht sich einer allgemeingültigen Formel („milderes Mittel“)	646
IV. Das umstrittene dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität)	648
1. Gescheiterte Bemühungen um das dritte Grundelement	648
2. Von der dreistufigen zur einstufigen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	649
V. Die Rechtsprechung des BVerfG's zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	650
VI. Ansätze im Schrifttum zur dogmatischen Öffnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über seine Grundelemente hinaus	650
1. Lerche's Annahme eines „dirigistischen Teils der Verfassung“	650
2. Rechtsstaatlich umfassender Ermächtigungsansatz aller Staatsgewalt (A. Bleckmann)	651

\* Professor (em.) bis 2014 an der Ruhr Universität Bochum (RUB) für Verwaltungsrecht, Umweltrecht und Planungsrecht; von 1998 bis 2014 geschäftsführender Direktor des Instituts für Friedenssicherungs- und humanitäres Völkerrecht (IFHV), einer zentralen wissenschaftlichen Einrichtung der RUB, Bochum (Germany); Research Fellow am Human Rights Center der University of the Free State, Bloemfontein (South Africa). Email: loammi.wolf@outlook.de.

E. Von konturlosen staatlichen Maßnahmen zu gesetzlich gestalteten Staatsaufgaben und ihrer rechtsstaatlichen Wahrnehmung	653
I. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben – die bislang fehlende inhaltlich-materiellrechtliche Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	653
II. Staatsaufgaben – Staatszwecke	654
III. Doppelcharakter von Staatsaufgaben – Prinzipieller staatsrechtlicher Verpflichtungscharakter und kompetenzrechtliche Ermächtigungsgrundlagen	655
IV. Rechtlicher Erforderlichkeitsgehalt der jeweiligen Staatsaufgabe	656
1. Walfangtragödie	656
2. Von der Walfangtragödie zum exzessiven Handelsschiffahrtsverkehr	658
F. Schlußbemerkung	658

## Abstract

Dogmatisch leiten Lehre und Rechtsprechung den denkbar weiträumigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus der rechtsstaatlichen Ordnung der Verfassung wie aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes her. Nach der in diesem Beitrag entwickelten Grundthese besteht der Gewährleistungsgehalt des Gebots der Verhältnismäßigkeit in der verfassungskonformen exekutiven Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben im Ge-meinwohlinteresse. Weitere für die Handhabung dieses Grundprinzips wesentliche Elemente liegen außerhalb des Grundgesetzes. Sie müssen aus der Gesetzgebung wie der Rechtsprechung des BVerfG's ermittelt werden. Mit der systematischen Trennung zwischen dem auf das Gemeinwohl bezogenen staatlichen Verantwortlichkeits- und Tätigkeitsbereich auf der einen Seite und dem individual-gesellschaftlich geprägten Freiheits- und Eigenverantwortungsbereich auf der anderen hat das Grundgesetz die rechtsstaatliche Grundlage für eine Staat und Gesellschaft umfassende Gesamtrechtsordnung geschaffen, auf die sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezieht. Grundelemente dieses Grundsatzes sind die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Proportionnalität im engeren Sinne) staatlicher Maßnahmen. Verfassungsrechtlich geht es immer um ein einziges Kriterium – die Erforderlichkeit. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben liefern die bislang fehlende materiellrechtliche Basis, welche eine inhaltliche Aufschlüsselung des Erforderlichkeitskriteriums durch Abstufungen bei der Mittelauswahl im Rahmen der konkreten Aufgabenwahrnehmung ermöglichen. Erstens werden über die Staatsaufgaben alle Bereiche des Rechts für diesen rechtsstaatlichen Maßstab zugänglich und das Kernelement verhältnismäßiger Wahrnehmung von Staatsaufgaben liefert zugleich den übergreifenden einzelfallbezogenen Ausführungsmaßstab.

## The principle of proportionality – the centrepiece of the system of constitutionally compliant executive performance of state tasks

The doctrine of proportionality as it evolved in precedent and jurisprudence is based on the idea of the Rechtstaat or constitutional state based on the rule of law and human rights as foundational principles of the Basic Law (as the German constitution is called). The principle of proportionality, it is argued here, underpins all executive power and implies that the Executive must execute its state functions in conformity with constitutional principles, abiding by the normative foundation of the bill of rights, and that it should serve the common interest. Other elements essential to the application of the principle of proportionality are not explicitly regulated by the Basic Law. They must be distilled from legislation and legal precedent of the Federal Constitutional Court (BVerfG). The Basic Law has created a rule-of-law foundation rooted in the principle of proportionality for a comprehensive legal order encompassing both the state and society, whereby it makes a clear distinction between the sphere of state competency to regulate and execute state functions based on the common good, on the one hand, and the sphere of personal and societal responsibility and freedom, on the other. According to the prevailing doctrine, the principle of proportionality consists of three elements: the suitability of measures taken, the necessity of such measures, and proportionality in the narrower sense. From a constitutional-law perspective, it is seen as a single criterion – the necessity of the measure. Legislation that regulates state powers and obligations in practical terms, provides substantive legal norms that is aimed at curbing excesses of state authority and serves as a filter to temper harshness of statutory provisions and executive exercise of state power in a specific instance. Thus, in the execution of state functions all areas of law are subject this normative standard, and the core element of proportionality of state action simultaneously finds its expression in case-specific implementation of the standard.

**Keywords:** principle of proportionality; suitability; necessity; proportionality in the narrower sense; state functions; common good; bill of rights freedoms

### A. Einleitung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch ist seine verfassungsrechtliche Verankerung in zwei Punkten in Lehre und Rechtsprechung außer Streit: Als Gesetzesgebundenheit aller exekutiven Staatsgewalt in Art. 20 Abs. 3 GG sowie als verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt aller staatlichen Eingriffe in Grund- und Freiheitsrechte der Bürger in Art. 1 Abs. 3 GG. Beide Eckdaten dieser verfassungsrechtlichen Verankerung werden in der Rechtsprechung des BVerfG's wie in weiten Teilen der Lehre als Teilelemente eines übergreifenden Verfassungsgebots rechtsstaatlicher Ordnung des Grundgesetzes eingeordnet, die aber aus dem Grundgesetz selbst in der Regel nicht überzeugend begründet wird. Nach der Grundthese, die in diesem Beitrag schrittweise entwickelt

und begründet werden soll, besteht der primäre und umfassende Gewährleistungsgehalt des Verfassungsgebots der Verhältnismäßigkeit in der verfassungskonformen exekutiven Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben im Gemeinwohlinteresse.

## B. Offene dogmatische Grundfragen

Funktion, Inhalt und Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lassen sich allein aus Einzelbestimmungen des Grundgesetzes heraus nicht ermitteln. Es fehlen übergreifende Systemzusammenhänge im Rechtsstaatsgebot wie im Grundrechtsabschnitt der Art. 1 bis 19 GG, die beide zusammen als maßgebliche Verfassungsgrundlagen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Lehre und Rechtsprechung zu Recht außer Streit sind. Ob man sich einer möglichst vollständigen Deutung und Erfassung des denkbar weiträumigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entweder über die rechtsstaatliche Ordnung der Verfassung, oder über die Grund- und Freiheitsrechte des Grundgesetzes oder über die Modalitäten eines im Grundgesetz teils enthaltenen teils in ihm vorausgesetzten Staatshandlungssystems anzunähern versucht – stets bleiben gewisse Defizite übrig. Fortbestehende Lücken in der Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes röhren vor allem daher, dass weder die im Grundgesetz vorhandenen Grundlagen des Rechtsstaatsgebots noch die in den Grundrechtsbestimmungen verankerten systematischen Grundlagen in Lehre und Rechtsprechung bisher vollständig ausgeschöpft worden sind.

### I. Zu enge Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein aus den Grund- und Freiheitsrechten des Grundgesetzes

Als bloßes Beschränkungsprinzip allen staatlichen Handelns zum Schutz individueller Grund- und Freiheitsrechte von Bürgern – so wichtig dieser Aspekt ist – gerät der primäre Gewährleistungsbereich dieses Verfassungsprinzips im Gebot rechtsstaatskonformer Wahrnehmung allgemeiner Staatsaufgaben leicht aus dem Blick. Mit einer bloßen negatorischen Eingriffsschranke in den Grund- und Freiheitsrechten blieben weite Bereiche der Gesellschaft und des Zivillebens sich selbst überlassen. Lebens- und Rechtsbereichen wie der Arbeitswelt, dem Streikrecht, der Religionsausübung oder Ehe, Familie und Eltern-Kind-Beziehungen kommt aber eine im Grundgesetz verankerte weitreichende Bedeutung für die individuelle Entfaltung wie für die gesellschaftliche Entwicklung zu. Diese Dimension verlangt Rahmenbedingungen und rechtliche Gestaltungen durch den Staat, nicht dagegen primär Beschränkungen des Staats. Auch pragmatische Kurzformeln für das Verhältnismäßigkeitsprinzip wie eine verhältnismäßige *Zweck-Mittel-Relation* für Staatstätigkeiten<sup>1</sup> oder eine *Angemessenheit ihrer Belastungseffekte* für betroffene Bürger nach Maßgabe ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit,<sup>2</sup> mögen zwar einen Eindruck von der Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips vermitteln. Sie

1 Hierzu unten Abschnitt B. I, C. I, D. I. und E. II. 3.

2 Hierzu unten Abschnitt D. IV. 1.

haben aber per se keinen rechtlichen Gehalt. Vieles von diesen Desideraten hat als offen gebliebene Last auf die eine oder andere Weise in die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Eingang gefunden.

## **II. Die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**

Um die Dimension des rechtsstaatlichen Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfassen, wird man nicht umhinkommen, die Suche nach überzeugenden Erklärungen für die Rechtsgrundlagen, den Inhalt und die weiträumige Wirkungsweise dieses Grundsatzes so offen und so umfassend wie möglich auszurichten. Dazu gehören auch Grundlagen und Erklärungen außerhalb des Verfassungsrechts. So eindeutig es sich aufgrund seiner umfassenden Bedeutung für die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes um ein Verfassungsprinzip handelt, so wenig können alle Rechtsgrundlagen, Geltungsbereiche und Modalitätskriterien für die rechtspraktische Durchführung von Verhältnismäßigkeitskontrollen nur aus dem Grundgesetz selbst abgeleitet werden. Weitere wesentliche Elemente für das Verständnis und die Handhabung dieses staatstragenden Grundprinzips müssen aus der parlamentarischen Gesetzgebung sowie aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerfG's wie der Fachgerichte ermittelt werden.

### **C. Die Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf alle vom Grundgesetz her geprägten Bereiche des Rechts**

Das Grundgesetz hat mit der systematischen Trennung zwischen dem auf das Gemeinwohl bezogenen staatlichen Verantwortlichkeits- und Tätigkeitsbereich auf der einen Seite und dem individual-gesellschaftlich geprägten Freiheits- und Eigenverantwortungsbereich auf der anderen die rechtsstaatliche Grundlage für eine Staat und Gesellschaft umfassende Gesamtrechtsordnung geschaffen. Es gehört zur prägenden Struktur dieses Grundgesetzes von 1949, dass sich eine solche Trennung nicht nur aus positivrechtlichen Einzelbestimmungen ableiten lässt, sondern insbesondere auch aus einer summarischen Zusammenschau jeweils strukturell zusammengehöriger Verfassungsbestimmungen folgt.<sup>3</sup>

Das Ergebnis einer solchen Zusammenschau sind in sich homogene Rechtssphären, die sich inhaltlich wie strukturell klar dem einen oder dem anderen Bereich zuordnen lassen. Diesem Sphärenkonzept liegt keine strikte, sondern eine lediglich systematische Trennung der beiden Bereiche Staat und Gesellschaft zugrunde. Sie lässt Raum für vielfältige Verbindungen und Zusammenhänge zwischen beiden

3 Kunig, S. 85 ff. spricht vom Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes als einem „allgemeinen Verfassungsgrundsatz“. Wie hier nimmt Bleckmann, JuS 1994, S. 177 eine vom GG her geprägte Gesamtrechtsordnung aus kollektivrechtlichem staatlichen Bereich und individual-gesellschaftlichem Freiheitsbereich an, auf der das Rechtsstaatsprinzip umfassend aufbaut.

Sphären, die der im Ergebnis simplen, in ihren Details aber hochkomplexen Lebenswirklichkeit Rechnung tragen, dass beide Sphären trotz aller Strukturunterschiede aufeinander bezogen sind und sich gegenseitig tragen und erhalten. Ihre strikte Trennung würde letztlich eine gesamtstaatliche Rechtsordnung unmöglich machen, die Staat und Gesellschaft übergreift. Hierin liegt das dem Grundgesetz zugrundeliegende Konzept einer Staat und Gesellschaft übergreifenden homogenen Gesamtrechtsordnung.

In den individuellen Grund- und Freiheitsrechten der Art. 1 bis 19 GG wie im umfassenden, in seinen Teilelementen aber offen gebliebenen Rechtsstaatsgebot sind weiträumige Verfassungsgrundlagen verankert, die in Lehre und Rechtsprechung zu grundlegenden Verfassungsprinzipien weiterentwickelt wurden. Nach dem heutigen Stand der Staats- und Verfassungsrechtslehre und der Rechtsprechung des BVerfG's sind mit den individualrechtlichen Grund- und Freiheitsrechten und dem Rechtsstaatsgebot zugleich maßgebliche Rechtsgrundlagen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Übermaßverbots benannt.<sup>4</sup> Diese weiträumigen Verfassungsgrundlagen enthalten alle wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung und die umfassende rechtliche Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgebots. Seine Grundstruktur knüpft an dieselbe Spannungslage zwischen Staat und Gesellschaft an, wie sie das Grundgesetz für eine übergreifende Gesamtrechtsordnung geschaffen hat (Zweck-Mittel-Struktur) und enthält mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dieselbe Grundregel einer Konfliktvermeidung und ggf. Konfliktauflösung zwischen beiden Bereichen.

#### D. Der Weg eines „pragmatischen Verständnisses“ des Verhältnismäßigkeitsgebots über seine drei Grundelemente

Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Staat und Gesellschaft umfassendes Verfassungsprinzip, das alle Ebenen der Staatsgewalt erfasst und sich in alle Bereiche des vom Staat geprägten öffentlichen Rechts hinein erstreckt, ist prinzipiell unbestritten. Nach der Jahrzehntelangen ständigen Bedeutungszunahme des Verhältnismäßigkeitsgebots in der Rechtspraxis stößt man heute auch auf kritische Stimmen, die vor einer Überstrapazierung dieses allgegenwärtigen Grundsatzes warnen.<sup>5</sup> Das ändert nichts daran, dass sich eine gesicherte anwendungsbezogene Dogmatik, mit der sich alle konkreten Prüfungen der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall bewältigen lassen, bisher noch nicht entwickelt hat.

4 Vgl. Kunig (Fn. 12), S. 165, 195 ff.; Grabitz, AÖR 1973/4, S. 584 ff.

5 Vor einer Überdehnung des gesetzesbindenden Übermaßverbots warnte schon früh *Lerche*, Vorwort. Siehe auch Krebs, Jura 2001, S. 233 – kritisch gegenüber einem Verständnis des Übermaßverbots als Universalprinzip. Deutliche Kritik auch bei Ossenbühl, Jura 1997, S. 621: „Der Verfassungsrang des Übermaßverbots erhebt den Richter zum Herrn über das parlamentsbeschlossene Gesetz und trägt damit die Gefahr einer Machtverschiebung im Gefüge der Staatsfunktionen in sich. Verhältnismäßigkeit herzustellen, ist zuvörderst eine Aufgabe des Gesetzgebers.“.

## I. Verzicht auf eine dogmatische Gesamtkonzeption

Prinzipiell unbestrittene *Grundelemente* des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Proportionalität im engeren Sinne) staatlicher Maßnahmen, mit denen zuständige Stellen ihre jeweiligen Ziele zu verfolgen und Aufgaben zu erfüllen haben. Zu Funktion, Inhalt und Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind noch zahlreiche Fragen offen. Allenfalls über seine verfassungsrechtlich erforderliche staatsbegrenzende Grundfunktion besteht weitgehende Einigkeit.<sup>6</sup> Der materielle Regelungsgehalt bleibt ebenso unscharf und letztlich offen wie die weitergehende Grundfrage, ob es sich überhaupt um einen Rechtssatz handelt, der auf explizite Regelungen im Grundgesetz und in Parlamentsgesetzen zurückgeführt werden kann. Diese positivrechtliche Prämisse ist lediglich im Hinblick auf Teilmerkmale außer Streit, die auf einer Qualifizierung als bloße Ausschnitte aus einem vorausgesetzten Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit beruhen. Auch normtheoretische Untersuchungsansätze auf der Grundlage der Unterscheidung zwischen Prinzip und Norm<sup>7</sup> haben die dogmatischen Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsgebots nicht weiter vorangebracht. Sie tendieren im Gegenteil dazu, die rechtsstaatliche Dimension verfassungsrechtlich gewährleisteter personaler Freiheit in Staat und Gesellschaft zu relativieren und damit einen Kernbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu vernachlässigen.

Lehre und Rechtsprechung haben sich stillschweigend seit langem unter Verzicht auf eine umfassende dogmatische Konzeption in unmittelbarem Zugriff auf die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgebots als rechtsstaatlicher Kontrollmaßstab auf eine pragmatische Handhabung mit Hilfe der genannten Grundelemente verständigt. Ihre prägende Bedeutung für den gesamten Umgang mit diesem Verfassungsgrundsatz beruht auf ihrer gedanklichen Herleitung aus einer *Zweck-Mittel-Relation*, auf die strukturell auch die meisten staatlichen Tätigkeiten zurückgeführt werden können. Praktische Schwierigkeiten im Umgang mit diesen Grundelementen bei Verhältnismäßigkeitskontrollen beginnen damit, dass die Ableitungsgrundlage einer abstrakten Zweck-Mittel-Relation in staatlichen Maßnahmen völlig inhaltslos bleibt. Sie trägt als bloße Struktur inhaltlich nichts zu einer im Einzelfall durchzuführenden Kontrolle der Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen bei. Das gilt ebenso für die aus dieser abstrakten Zweck-Mittel-Relation hergeleiteten Grundelemente einer Geeignetheit und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen, solange es bei bloßen strukturellen Ableitungen aus einem vorausgesetzten Verfassungsprinzip bleibt. Verschärft wird das Problem einer zu abstrakt gebliebenen inhaltlichen Substanz dadurch, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dogmatische Öffnungen gegenüber einer parlamentarischen, exekutiven und gerichtlichen Rechtspraxis fehlen. Es sind die auf allen Stufen der Ausübung staatlicher Gewalt entstehenden realen Kontexte, die den unverzichtbaren sachverhaltsmäßi-

6 Vgl. statt Vieler *Lerche*, S. 65 ff., 75 ff.; und *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 177.

7 Vgl. *Esser*, S. 51 ff.; *Esser*, S. 35 ff.; *Alexy*, S. 100 ff.; *von Arnould*, JZ 2000/6, S. 276.

gen Stoff für Verhältnismäßigkeitsprobleme liefern, die aus dem Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftlich-individualer Freiheitssphäre und staatlicher Aufgabenwahrnehmung entstehen.

## **II. Das unklare Verhältnis der Grundelemente einer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität zueinander**

Die Vorstellung, ein auf alle Bereiche der Staat und Gesellschaft übergreifenden Gesamtrechtsordnung erweitertes Verhältnismäßigkeitsgebot lediglich von seinen Grundelementen her aufschlüsseln und praktisch realisieren zu können, ist vom Ansatz her wenig aussichtsreich. Es fällt auf, dass diese Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne stets in derselben Reihenfolge genannt werden, für die es keine objektive Grundlage gibt und die niemand von einem übergreifenden Konzept her zu erklären versucht.

Ein maßgeblicher Impuls für die rechtsstaatliche Begründungsbedürftigkeit aller in Rechte von Einzelpersonen eingreifender staatlicher Maßnahmen kam aus der besonderen grundrechtlichen Relevanz polizeirechtlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen. Er setzte sich auch in der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes über seine traditionellen Grundlagen im Polizeirecht hinaus in alle Bereiche des Rechts fort. Das erklärt nicht nur die prägende Bedeutung der Grundelemente einer Geeignetheit und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen, sondern auch die verbreitete Annahme eines Vorrangs des Gebots der Geeignetheit vor demjenigen der Erforderlichkeit, an dem die staats- und verfassungsrechtliche Dogmatik überwiegend festhält. Das lässt sich damit erklären, dass die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung den Einsatz effektiver Mittel der Gefahrenabwehr verlangt, die aufgrund des rechtsstaatlichen Gewaltmonopols legal allein dem Staat zur Verfügung stehen.

Im Zuge der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>8</sup> ist ein genereller Vorrang des Geeignetheitelements vor demjenigen der Erforderlichkeit nicht mehr begründbar. Er mag auch künftig für neue staatliche Aufgabenfelder begründbar bleiben, die von der Sache her eine dominante Eingriffsstruktur und ein entsprechendes Effektivitätsgewicht beim Mitteleinsatz aufweisen. Als Bestandteil eines Verfassungsprinzips ist er überholt.

## **III. Das Grundelement der Erforderlichkeit entzieht sich einer allgemeingültigen Formel („milderes Mittel“)**

Dem Element der Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen wird in Lehre und Rechtsprechung bei Prüfungen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots die größte Aufmerksamkeit geschenkt. Das liegt zum einen an der erheblichen Bandbreite von Sachverhalten, die staatliche Maßnahmen verlangen und die von un-

8 Siehe hierzu näher unten Abschnitt E.

terschiedlichsten Ansätzen her immer wieder neu die Frage nach ihrer Erforderlichkeit aufwerfen. Es liegt aber auch am rechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit, der in Kontrollen der Erforderlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen sein rechtspraktisch effektivstes Element aufweist. Es sind die Kontrollen der Erforderlichkeit, nicht der Geeignetheit und Proportionalität im engeren Sinne, die zur herausragenden Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtspraxis geführt haben. Hierzu hat die Rechtsprechung des BVerfG's wichtige Beiträge geliefert. Verglichen mit dem konkreten Erforderlichkeitsmaßstab haben abstrakte Geeignetheitsprüfungen oder isolierte Proportionalitätsprüfungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nie eine signifikante Bedeutung erlangt.

Das möglicherweise „mildere Mittel“, das sich als Kriterium für Prüfungen der Erforderlichkeit in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt hat,<sup>9</sup> trifft den Grundgedanken einer Verhältnismäßigkeitsdogmatik, die bei staatlichen Eingriffen in Rechte einzelner und Belastungen der Allgemeinheit ansetzt und nach ihrem Verhältnis zum jeweiligen politischen Kontext und seiner staatsrechtlichen Grundlage fragt: Ist die konkret ergriffene und auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfende staatliche Maßnahme im Rahmen dessen geblieben, was als *erforderliche Maßnahme* aus diesem politisch-staatsrechtlichen Kontext gemessen am jeweiligen Eingriffseffekt im Hinblick auf die Erfüllung der Staatsaufgabe begründbar ist? Vom System des Rechtsstaats her ist das für den Bereich der Eingriffsverwaltung zweifellos die richtige Fragestellung. Für alle anderen Bereiche und Formen staatlicher Tätigkeiten, mit denen keine gezielten Eingriffe in Rechte einzelner verbunden sind, muss der fehlende Eingriffseffekt durch weiter ausgreifende und flexiblere Maßstäbe ersetzt werden. Das gilt insbesondere für hybride Mischformen zwischen grundrechtsbeschränkenden staatlichen Eingriffen und rechts- und freiheitserweiternden Formen rechtlicher Ausgestaltung privater Rechtspositionen.<sup>10</sup>

Das Problem mit dem *milderen Mittel* verglichen mit tatsächlich ergriffenen Maßnahmen ist nicht nur sein spezifischer Zuschnitt auf die Eingriffsverwaltung, sondern seine inhaltliche Offenheit und Uferlosigkeit. Zur Problematik des Maßstabs gehört hierbei in erster Linie die Realitätsgrenze zwischen in der Entscheidungssituation tatsächlich verfügbaren oder nur denkbaren mildernden Mitteln. Aber auch innerhalb des Bereichs real zugänglicher milderer Mittel können vorhandene Alternativen einen Umfang annehmen, der zuständige Behörden in ihrer Entscheidung blockiert. Das passiert, wenn vom gesunden Menschenverstand her erforderliche staatliche Maßnahmen durch inhaltlich offen gebliebene Rechtsstaatspostulate politisch oder über den Rechtsweg verhindert werden. Mit der tatbestandlichen Unabgeschlossenheit offener Verfassungsprinzipien muss man leben. Das gilt auch für das Kriterium der Erforderlichkeit. Wann eine staatliche Maßnahme im konkreten Fall erforderlich ist, lässt sich abstrakt nicht sagen. Darüber besteht im einschlägigen

9 BVerfG 30, 292 (316); 33, 171 (187); Hirschberg, S. 43 ff.; Kluth, JA 1999, S. 609.

10 Vgl. Bleckmann, JuS 1994/3, S. 177, 179; im Hinblick auf Grundrechtsdrittewirkungen im Privatrecht und Lerche's Gesetzestypisierung, die zu unterschiedlicher Anwendung und Auswirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf der Gesetzgebungs Ebene führen (Lerche, S. 65 ff., 75 ff.).

Schrifttum Einigkeit. Die Tragweite dieses Befunds für den praktischen Umgang mit dem Verhältnismäßigkeitssgebot wird deutlicher, wenn man sich klarmacht, dass hiervom die Aufschlüsselung der rechtlich einschlägigen Relationen bei der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit abhängt.

#### **IV. Das umstrittene dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität)**

Im Zuge der Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf alle Bereiche des Rechts wurden Modifikationen im praktischen Umgang mit den Grundelementen unumgänglich. Sie werden in deutlich verstärkten Bemühungen um das dritte Grundelement einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erkennbar, die gedanklich zunehmend mit *Proportionalität* schlechthin gleichgesetzt wird.<sup>11</sup>

Im Zuge dieser Gewichtsverschiebungen zwischen den Grundelementen sind insbesondere auf der Gesetzgebungsebene unbewältigte Fragen aufgetreten. Dass Verhältnismäßigkeitsprüfungen auf der Legislativebene mitunter keinen rechten Sinn ergeben, hat schon *Lerche* erkannt und in seiner auf die Gesetzgebung konzentrierten Untersuchung zum Übermaßverbot vorgeschlagen, auf ein Geeignetheitsgebot als Grundelement des Verhältnismäßigkeitsprinzips generell zu verzichten.<sup>12</sup> Für die Gesetzgebungsebene ist dem sicherlich zu folgen, weil hier etwaige Geeignetheitskontrollen durch Gerichte unvermeidbar in den Kernbereich gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit hineinführen. Im System des Grundgesetzes ist die Gesetzgebung die umfassend demokratisch legitimierte staatliche Gestaltungskraft, aus der auch die Exekutivmacht des Staates abgeleitet ist. Diese Verfassungsgrundlage des Staates schlechthin kann nicht der Kontrolle einer anderen Teilstaatsgewalt überantwortet werden, die ihrerseits übergeordneten Verfassungsbindungen unterliegt. Im Hinblick auf dieses Fehlergebnis sind die vom Ansatz her zutreffenden Bemühungen um eine dogmatische Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf alle Ebenen der Staatsgewalt zu weit gegangen.

##### **1. Gescheiterte Bemühungen um das dritte Grundelement**

Angemessenheit grundrechtsbeeinträchtigender staatlicher Maßnahmen, Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen im engeren Sinne, Proportionalität oder Zumutbarkeit – das sind die einschlägigen Kriterien in den Diskussionen um die Suche nach dem als fehlend empfundenen dritten Grundelement des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>13</sup> Bei allen genannten Kriterien geht es um die Suche nach der richtigen Relation zwischen konkreten Maßnahmen, die staatliche Stellen zur

11 So z.B. *Grabitz*, AÖR 1973/4, S. 575 ff.; *Gentz*, NJW 1968/21, S. 1600; BVerfG 7, 377 (407); 28, 264 (280); 159, 223, Rn. 119 vom 29. September 2022 – Tierarztvorbehalt.

12 *Lerche*, S. 21.

13 Zur unterschiedlichen Terminologie siehe *Grabitz*, AÖR 1973/4, S. 570 f.; BVerfG 159, 223, Rn. 119 vom 29. September 2022 – Tierarztvorbehalt.

Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergreifen, und belastenden Auswirkungen dieser Maßnahmen auf betroffene Bürger oder die Allgemeinheit. Das ist zwar ein wichtiger und richtiger Schritt über bloße Mittelbetrachtungen hinaus in den Geltungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgebots hinein. Denn nur das dritte Grundelement führt zum Kern dieses Gebots, weil es als einziges Element offen für Verhältnisse – Relationen – zu anderen Faktoren staatlicher Tätigkeiten ist.<sup>14</sup> Aber diese Relationen lassen sich mit dem üblichen Verständnis des Erforderlichkeitselements als „milderes Mittel“ bei staatlichen Maßnahmen nicht aufschlüsseln.

## 2. Von der dreistufigen zur einstufigen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Neben der unklaren Terminologie *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* werden beim gesuchten dritten Element der Regelungsbehalt des Verfassungsgrundsatzes mit der methodischen Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Einzelfall miteinander vermenkt. Rechtlich um ein einziges Kriterium: Die Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen. Sowohl die Eignung einer konkret ergriffenen staatlichen Maßnahme als auch ihre Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind lediglich methodische Unterpunkte bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit *jeder formal korrekten staatlichen Eingriffsmaßnahme* handelt. Wird die Erforderlichkeit bejaht, ist der Eingriff rechtmäßig.<sup>15</sup> Es kommt also alles auf eine überzeugende rechtliche Bestimmung des Erforderlichkeitselements an.

Wenn bei Prüfungen der Erforderlichkeit in der Rechtspraxis nach dem am wenigsten schädigenden Mittel gefragt wird, um das jeweilige Ziel zu erreichen, liegt das nicht von vornherein neben der Sache – mit *einer* wichtigen Einschränkung: Dass man stets bei den in der Entscheidungssituation real vorhandenen möglichst wenig schädigenden Mitteln bleibt und nicht in den Bereich lediglich *denkbar* am wenigsten schädlicher Mittel abgleitet, wie es dem BVerfG mitunter passiert.<sup>16</sup> Dieser Bereich ist irreale und uferlos.

14 So dezidiert auch das BVerfG im Beschluss vom 29. September 2022 zum Tierarztvorbehalt, BVerfG 159, 223 Rn. 119 (Dritter Leitsatz).

15 Im Ergebnis wie hier wohl auch Bleckmann, JuS 1994/3, S. 177 ff. Bleckmann nennt zwar stets Eignung und Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen als Grundelemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips, behandelt beide innerhalb dieses Verfassungsprinzips aber durchweg als gleichermaßen konstitutive Kriterien.

16 Jedenfalls gibt es eine Reihe von Entscheidungen des BVerfG's zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die so (miß-)verstanden werden können, dass die Verhältnismäßigkeitsfrage auf der Grundlage eines lediglich *denkbar* mildesten Mittels zu beurteilen sei. Den Weg zu diesem Verständnis öffnet das BVerfG selbst dadurch, dass es als rechtliche Beurteilungsgrundlage nur noch Verfahrensregeln heranzieht und keine tatbestandlich geschlossenen materiellrechtlichen Regeln. Vgl. z.B. BVerfG 11, 30 (44 f.); 30, 292 (324); 17, 306 (313 f.); 20, 150 (259). Siehe zu dieser Rechtsprechungspraxis auch Grabitz, Fn. 13, S. 381 ff., 383.

## V. Die Rechtsprechung des BVerfG's zum Verhältnismäßigkeitssatz

Nach dem BVerfG ergeben sich „die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots ...als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip...und (haben) deshalb Verfassungsrang“.<sup>17</sup> Bei seiner Ableitung beschränkt sich das Gericht aber nicht auf eine Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots als einem offenen Verfassungsprinzip im System des Grundgesetzes, zu dessen (mit)konstituierenden Elementen auch die Grundrechte gehören. Ergänzend fügt das Gericht für den Bereich der Freiheitsrechte hinzu, dass sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „im Grunde aus dem Wesen der Grundrechte selbst“ ergebe, „die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“<sup>18</sup> Wie weit der Gesetzgeber die Grund- und Freiheitsrechte der Bürger hierbei im Rahmen der Schrankenvorbehalte von Art. 1 bis 19 GG einschränken könne, müsse sich aus dem Grundgesetz selbst ergeben. Damit trägt das BVerfG allen wesentlichen Verfassungsanforderungen an die Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen Rechnung.

## VI. Ansätze im Schrifttum zur dogmatischen Öffnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über seine Grundelemente hinaus

Zur rechtsstaatlich gebotenen Erweiterung des Verhältnismäßigkeitsgebots über die Eingriffsverwaltung hinaus in alle Bereiche des Rechts haben zwei Abhandlungen im Schrifttum Beiträge geleistet, die zugleich wichtige Ansätze zur dogmatischen Öffnung des Verhältnismäßigkeitsgebots über pragmatische Beschränkungen auf bloße Grundelemente hinaus enthalten. Das sind *Lerche's* grundlegende Schrift zum Übermaßverbot<sup>19</sup> und drei Jahrzehnte später *Bleckmann's* umfassender kompetenzrechtlicher Ansatz zur Erweiterung des Rechtsstaatsgebots auf alle Formen und Initiativen staatlicher Tätigkeit.<sup>20</sup>

### 1. Lerche's Annahme eines „dirigistischen Teils der Verfassung“

Um den Gesetzgeber trotz seiner prinzipiellen Gestaltungsfreiheit auf das nach *Lerche's* Terminologie im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit enthaltene Übermaßverbot zu verpflichten, leitete *Lerche* aus dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitspostulat selbst wie aus dem Bestimmtheitsgebot und dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes einen „dirigistischen Teil der Verfassung“ ab. Das seien an den Gesetzgeber adressierte verpflichtende Verfassungsdirektiven, die

17 BVerfG 2, 1 (79); 17, 108 (117 f.); 20, 45 (49 f.).

18 BVerfG 20, 45 (49 f.).

19 *Lerche*.

20 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 177.

„in stetigem Tun...vollzogen werden müssen“.<sup>21</sup> Dieses Verständnis scheitert daran, dass die Verfassungsdirektiven, die *Lerche* aus einem „dirigierenden Teil der Verfassung“ herleiten will, in erster Linie an die exekutive Staatsgewalt gerichtet sind und nicht an den Gesetzgeber (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch der allgemeine Gleichheitssatz bindet die Gesetzgebung in erster Linie nur in Form eines Willkürausschlusses, lässt dem Gesetzgeber aber im Übrigen weitreichende Freiheiten zur Ungleichbehandlung.<sup>22</sup> Demgegenüber ist die vollziehende Gewalt strikt an die Gleichheit der Gesetzesanwendung gegenüber jedermann gebunden. Das erklärt, warum durch gezielte Rechtsbeschränkungen ausgelöste Verhältnismäßigkeitskontrollen auf der Eingriffsebene in Grundrechte im jeweiligen Kontext schwerpunktmaßig Mitteleinsatz-Kontrollen bleiben müssen und keine Zweckkontrollen sein dürfen, die sich auf die parlamentarische Gesetzgebungsebene erstrecken. Mit der Annahme verpflichtender Verfassungsdirektiven im Sinne *Lerche's* wird der Gesetzgeber jedoch inhaltlichen Bindungen unterworfen, die mit der Gestaltungsfreiheit des Parlaments als unmittelbar demokratisch gebildete und legitimierte Staatsgewalt nicht zu vereinbaren sind.

## 2. Rechtsstaatlich umfassender Ermächtigungsansatz aller Staatsgewalt (A. Bleckmann)

Mit seiner Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei staatlichen Eingriffen in den Schutzbereich der Grund- und Freiheitsrechte des Grundgesetzes setzt *Bleckmann* im Einklang mit der überwiegenden Lehre grundrechtlich an, geht aber danach in mehreren Schritten über diesen Ansatz hinaus. Nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgebots seien solche Eingriffe nur gestattet, wenn sie zur Durchsetzung eines überwiegenden, im Lichte der Verfassung legitimen öffentlichen oder privaten Interesses geeignet und erforderlich seien. Teilweise passt das zwar noch zum grundrechtlichen Ansatz, geht aber schon mit dem unscheinbar klingenden Zusatz überwiegender „öffentlicher oder privater Interessen“<sup>23</sup> deutlich über den rein grundrechtlichen Rahmen hinaus. Mit dem Gedanken eines generellen Staatsausschlusses aus der im Rechtsstaat des Grundgesetzes vorausgesetzten umfassenden und prinzipiell gegenüber dem Staatsbereich vorrangigen individuellen und gesellschaftlichen Freiheitssphäre verlässt *Bleckmann* den grundrechtlichen Rahmen weiter in Richtung auf eine umfassende Rechtsstaatsargumentation.

Zwei eigenständige Grundgedanke ragen aus dieser Argumentation hervor, mit denen das Rechtsstaatsgebot als primäre dogmatische Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein klares Profil erlangt. Das ist zum einen die These vom bereits im Rechtsstaatsprinzip – und nicht erst im Grundrechtsteil der Art. 1 bis 19 GG – verankerten Güterabwägungsprinzip<sup>24</sup> sowie die weitere These von der

21 *Lerche*, S. 65 ff., 75 ff.

22 Zur Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes für das Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe *Grabitz*, AÖR 1973/4, S. 599.

23 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 178.

24 *Bleckmann*, JuS 1994/3, S. 179.

durchgängigen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Ermächtigungsbedürftigkeit *jeglicher Staatsgewalt*, die nach Bleckmann das primäre Grundelement im Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes darstellt. Nach ihm beschränken sich staatliche Kompetenzen in jeder Hinsicht auf die Realisierung *legitimer öffentlicher Interessen*.<sup>25</sup> Folgt man diesem Ansatz, enden von der Materie her einschlägige Kompetenzgrundlagen für staatliche Maßnahmen schon dann, wenn diese zur Durchsetzung legitimer öffentlicher Interessen nicht geeignet und nicht erforderlich sind. Die rechtsstaatliche Durchschlagskraft dieser Argumentation ist hoch. Sie öffnet einen rechtlichen Spielraum für Fälle, in denen selbst verfassungsrechtlich eröffnete Handlungsermächtigungen des Staates aus Gründen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht wahrgenommen werden dürfen, weil sich von zuständigen staatlichen Stellen präferierte Maßnahmen in der jeweiligen Situation im Hinblick auf die allgemeine einschlägige Staatsaufgabe als nicht geeignet oder als nicht erforderlich erweisen.

Der rechtsstaatlich-verfassungsrechtliche Ermächtigungsansatz *Bleckmanns* hat die Bemühungen im Schrifttum um eine Klärung der Verfassungsgrundlagen des Verhältnismäßigkeitsgebots vorangebracht. Er hat sie aus ihrer zu starken Einbindung in das grundrechtlich geprägte Eingriffsdenken gelöst und mit einer erneuerten umfassenden Interpretation des Rechtsstaatsgebots eine verfassungsrechtlich schlüssige Begründung für eine **prinzipielle Erstreckung** des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch gegenüber der parlamentarischen Gesetzgebung geliefert. Zu der verfassungsrechtlichen Schlüsselfrage, wie weit diese Rechtsstaatsbindung in den Bereich verfassungsrechtlich garantierter gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit des Parlaments hineinwirken kann, hat sich Bleckmann nicht geäußert. Die Frage wird insbesondere dann brisant, wenn man sie mit der Frage nach der Kontrollierbarkeit des Gesetzgebers durch das BVerfG verbindet. Folgende Orientierungspunkte wird man hierzu nach der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsordnung des Grundgesetzes festhalten und hervorheben können. Die unmittelbare und umfassende Legitimation des Parlaments durch das Volk in Wahlen und Abstimmungen im Hinblick auf die Begründung, die Ausgestaltung und die Begrenzung staatlicher Gewalt schließt jegliche *Inpflichtnahme* des Parlaments durch das BVerfG aus. Daraus ergibt sich, dass die Erfüllung des nach Maßgabe des Grundgesetzes auch an das Parlament adressierten verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgebots im Zuge von Gesetzgebungsverfahren nur vom Parlament selbst aus der eigenen Mitte heraus geleistet werden kann – in freien parlamentarischen Gesetzgebungsdebatten über das jeweilige Gesetzesvorhaben, über die Staatsaufgaben, von denen es getragen wird, seine Ausgestaltung und seinen rechtsstaatlichen Erforderlichkeitsgehalt im Hinblick auf eine verfassungskonforme Einschränkbarkeit individueller Grund- und Freiheitsrechte.

25 Bleckmann, JuS 1994/3, S. 181.

## E. Von konturlosen staatlichen Maßnahmen zu gesetzlich gestalteten Staatsaufgaben und ihrer rechtsstaatlichen Wahrnehmung

Der Rahmen für die Entstehung des Verhältnismäßigkeitsgebots als Verfassungsprinzip wurde – wie erwähnt – mit der im System des Grundgesetzes verankerten Trennung zwischen Staat und Gesellschaft mit ihren übergreifenden Verfassungsgeboten für eine Staat und Gesellschaft umfassende rechtsstaatliche Gesamtrechtsordnung gelegt. Diese Gesamtrechtsordnung liefert die Dimension, die für die Weiträumigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips benötigt wird. Sie liefert außerdem die Grundlage für das rechtliche Spannungsverhältnis zwischen kollektivrechtlicher Staatsordnung und individual-privatrechtlich geprägtem gesellschaftlichen Freiheitsbereich. Das ist die Strukturgrundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für alle seine Geltungs- und Anwendungsbereiche.<sup>26</sup> Sie bedarf der Öffnung und inhaltlichen Aufschlüsselung über die gesamte Rechts- und Gesellschaftsordnung hinweg, um ihr Potential zur Wirkung zu bringen.

### I. Gesetzlich gestaltete Staatsaufgaben – die bislang fehlende inhaltlich-materiellrechtliche Basis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Allein auf der Grundlage kontur- und inhaltlos bleibender *staatlicher Maßnahmen* lassen sich keine rechtsstaatlich aussagekräftigen Verhältnismäßigkeitskontrollen durchführen. Die erforderliche *inhaltliche Aufschlüsselung* muss bei den rein abstrakt gebliebenen staatlichen Maßnahmen ansetzen und eine dogmatische Erklärung für die Erstreckung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in alle Bereiche der Rechtsordnung liefern, in denen der Staat tätig wird. Die Aufschlüsselung muss aber auch zu einer inhaltlichen Abstufung beim rechtsstaatlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeitskontrollen durchdringen – dem Gebot der Erforderlichkeit. Erst zusammen mit vom Staat verfolgten Zwecken und hierfür eingesetzten Mitteln schafft dieses Gebot den staats- und verfassungsrechtlichen Rahmen für Verhältnismäßigkeitskontrollen.

Gesetzlich gestaltete *Staatsaufgaben* liefern die bislang fehlende materiellrechtliche Basis, welche eine detaillierte und inhaltlich weitreichende Aufschlüsselung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von der parlamentarischen Gesetzgebung und den vielfältigen Formen der Staatsverwaltung her ermöglicht. Vom Gesetzgeber gestaltete materielle Staatsaufgaben als Grundlage jeglicher Staatstätigkeit, individuelle Grund-, Freiheits- und Gleichheitsrechte als die verfassungsrechtlichen Grenzen ihrer konkreten Wahrnehmung sowie der aus der inhaltlichen Reichweite der materiellen Aufgabe und dem Grad der Erforderlichkeit ihrer Ausführung im Einzelfall auch zu Lasten von Rechten Einzelner bestehende Rahmen bilden die rechtliche Substanz des Verhältnismäßigkeitsgebots. Eine zusammenhängende Terminologie stellt das Grundgesetz für diese Substanz nicht zur Verfügung. Weder der materielle

<sup>26</sup> Dieselbe Bedeutung hat die Kurzformel von der „Ziel-Mittel-Struktur“ staatlicher Maßnahmen, bei der Kontrollen ihrer Verhältnismäßigkeit ansetzen.

Aufgabenbereich noch die Modalitäten einer Aufgabenwahrnehmung werden im Grundgesetz gesondert spezifiziert – eine kluge Form der Verfassungsgebung, die ihre Kompetenzordnung auf umfassende zentrale Ordnungskräfte verteilt, ohne sich in Details zu verlieren. Ein Verfassungsgesetz umfassender, auch nur annähernd vollständiger materieller Staatsaufgaben lässt sich vom Grundgesetz her nicht begründen und wäre angesichts der Komplexität und ständigen Veränderungen unterliegender staatlicher Verantwortung illusorisch. Wohl aber gehört zum Rechtsstaatsgebot, dass wesentliche Bereiche der Staatsaufgabenverantwortung gesetzlich festgelegt und auch im Hinblick auf ihre Wahrnehmung vom Gesetzgeber ausgestaltet werden. Wie weit der Gesetzgeber hierbei geht, entscheidet er selbst.

Dass das Grundgesetz weder explizite Abschnitte zu den Staatsaufgaben noch zu den Modalitäten ihrer Wahrnehmung enthält, ist nicht etwa ein Systemfehler. An die Stelle expliziter Aufgabenkataloge tritt ein umfassendes föderales System auf Bund, Länder, Kreise und Gemeinden verteilter Gesetzgebungs- und Rechtsetzungskompetenzen. Man ist eben damals im Jahre 1949 beim konstruktiven Aufbau einer neuen Verfassung anders vorgegangen: nämlich mit einer Vielfalt aufeinander abgestimmter und ineinander greifender Ermächtigungsgrundlagen, die auch bezüglich der materiellen Staatsaufgaben keine wesentlichen Lücken hinterließen.

## II. Staatsaufgaben – Staatszwecke

Das Grundgesetz schließt stillschweigend im Staatsbegriff oder in historischen Überlieferungen vorausgesetzte Staatsaufgaben verfassungsrechtlich aus. Im Kontext dieses Beitrags werden unter Staatsaufgaben die im Grundgesetz verankerten Verantwortlichkeiten des Staates für die rechtliche Gewährleistung oder für die eigene Herstellung von Lebensgrundlagen der Bevölkerung verstanden, die den persönlichen Arbeits- und Wirkungsbereich jedes einzelnen Menschen überschreiten und die daher nur über kollektive Vorkehrungen und Leistungen des Staates für alle zugänglich werden. Die inhaltliche Bandbreite dieser Gewährleistungsverantwortlichkeiten ergibt sich aus den föderalen verfassungsrechtlichen Zuständigkeitskatalogen für die parlamentarische Gesetzgebung in Bund und Ländern sowie für den örtlichen Bereich aus den Kommunalgesetzen und den kommunalen Satzungen. Unmittelbar selbst verantwortlich auch im Hinblick auf Personal und Sachausstattung ist der Staat für den militärischen Verteidigungsbereich und den Bereich polizeilicher Gefahrenabwehr.

Gegenstand und wesentlicher Inhalt materieller Staatsaufgaben – bei grundrechtlich sensiblen Materien ggf. auch Modalitäten ihrer Wahrnehmung – werden vom Gesetzgeber in Form von Parlamentsgesetzen geregelt. Sie gehören verfassungsrechtlich zu den wesentlichen Entscheidungen des Staates, die einer gesetzlichen

Grundlage bedürfen.<sup>27</sup> An eine vom Gesetzgeber bereits im Gesetz vorgenommene Abstimmung zwischen Modalitäten von Ausführungsmaßnahmen und individuell betroffenen Personen ist die vollziehende Gewalt auf Regierungs- und Verwaltungsebene gebunden. Auf beiden Ebenen kommt hierbei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine rechtsstaatlich steuernde Funktion zu. Das Ergebnis ist eine maßgeblich von den Gesetzgebern in Bund und Ländern hergestellte Staatsaufgabenordnung.

Langfristig prägende Vorgaben zu dieser Staatsaufgabenordnung sind aus der historischen Entwicklung der Staatstheorien entstanden, die immer vorrangig nach der funktionalen Dimension von Staaten – den Staatszwecken – gefragt hat. In den modernen Staatsformen europäischer Prägung, zu denen auch das deutsche Grundgesetz gehört, kommt den Staatszwecken im Vergleich mit den aktuellen Staatsaufgaben nur noch die Bedeutung per se unverbindlicher, idealtypisch-zielhafter Orientierungsgrundlagen zu, aus denen dann vom Gesetzgeber geschaffene aktuelle Staatsaufgaben entstehen können.<sup>28</sup>

### **III. Doppelcharakter von Staatsaufgaben – Prinzipieller staatsrechtlicher Verpflichtungscharakter und kompetenzrechtliche Ermächtigungsgrundlagen**

Alle für eine allgemeine Staatsaufgabe und ihre Wahrnehmung einschlägigen Gesetzesgrundlagen bilden in ihrer Bezogenheit aufeinander und in ihrem Zusammenwirken die nicht nur rechtlich relevante, sondern rechtsverbindliche Grundlage ihrer Wahrnehmung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hierin liegt in der Regel ein rechtlicher Doppelcharakter einschlägiger Staatsaufgaben. Aufgrund der in vielen gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen hergestellten engen Verknüpfung von Kompetenzzuweisungen mit inhaltlichen Merkmalen der auszuführenden Tätigkeiten haben solche Bestimmungen oft ermächtigenden Charakter. Mit ihren inhaltlich-materiellen Festlegungen und Ausgestaltungen ist der staats- und verfassungsrechtliche Verpflichtungseffekt verbunden, dem Allgemeinwohl dienende Lebensgrundlagen zu schaffen und ständig weiterzuentwickeln. Dafür müssen strukturell immer zwei Schritte zusammenkommen: Die inhaltliche Bestimmung und Ausgestaltung allgemeiner materieller Staatsaufgaben durch den Gesetzgeber sowie ihre gesetzliche Zuweisung an für ihre Wahrnehmung und Ausführung zuständige staatliche Stellen.

27 In ständiger Rechtsprechung verlangt das BVerfG, dass alle nach Maßgabe des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots wesentlichen Entscheidungen des Staates vom Gesetzgeber getroffen werden müssen (grundlegend BVerfGE 49, 89 (126); s. ferner BVerfGE 47, 46 (78 ff.) – Sexualkundeunterricht; 33, 303 (345) – Hochschulzugang; 40, 237 (249) – Strafvollzug). Auch unabhängig von Grundrechtseingriffen gehören hierzu die kompetenzmäßige Öffnung und Ausgestaltung neuer staatlicher Tätigkeiten wie alle Fragen von besonderer Bedeutung für die Allgemeinheit und den Staat, die eine gesetzliche Ordnungsgrundlage verlangen.

28 Zum Verhältnis allgemeiner Staatsaufgaben zu den Staatszwecken siehe den Bericht von Ress, S. 56 ff.

Mit der Zuständigkeitsbegründen gesetzlichen Zuweisung an staatliche Stellen ist die Besonderheit verknüpft, dass aus ihr der staatsrechtliche Verpflichtungsgehalt der jeweiligen Aufgabe entsteht.<sup>29</sup>

#### **IV. Rechtlicher Erforderlichkeitsgehalt der jeweiligen Staatsaufgabe**

Die Tragweite allgemeiner materieller Staatsaufgaben für eine Systembildung im Verhältnis der positivrechtlichen Einzelregelungen des Verhältnismäßigkeitsgebots untereinander ist erheblich. Das wurde schon aus dem inhaltlichen Aufschlüsselungseffekt wie aus der Legitimationswirkung von Parlamentsgesetzen ersichtlich, mit denen Staatsaufgaben bestimmt, ausgestaltet und in den staatlichen Verantwortungsbereich einbezogen werden. Ein noch nicht näher beleuchteter dritter Systemeffekt solcher Gesetze sind in ihnen regelmäßig explizit oder implizit enthaltene Aussagen zum rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt, welcher der jeweiligen Aufgabe auf der exekutiven Ausführungsebene im Hinblick auf die Einschränkung individueller Rechte Betroffener innewohnt. Diesen Erforderlichkeitsgehalt kann der Gesetzgeber generell bei der inhaltlichen Bestimmung der Staatsaufgabe oder bei ihrer Ausgestaltung regeln. Er kann die Kompetenz zu seiner Festlegung aber auch an die Verwaltung in Form gesetzlicher Ermessensermächtigungen delegieren.

In jedem Fall geht es darum, den ausführenden exekutiven Entscheidungsträgern graduelle Abstufungen im Hinblick auf ein rechtsstaatlich vertretbares Verhältnis exekutiver Aufgabenausführung und hiermit verbundener Rechtsbeschränkungen betroffener Personen zu ermöglichen. Dieses flexible Element gradueller Abstufbarkeit in der Handhabung des rechtlichen Maßstabs – dem Resultat aus materiellem Aufgabeninhalt, seinem rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt und den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grenzen der Einschränkbarkeit von Rechten Betroffener – ist das Kernelement des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

##### **1. Walfangtragödie**

Wie weiträumig die Zusammenhänge und Implikationen des im Staatsaufgabensystems enthaltenen Kriteriums eines rechtlichen Erforderlichkeitsgehalts für den Umgang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sein können, mag ein Beispiel jüngerer kooperativer wissenschaftlicher Erkenntnisse aus dem Bereich der Meeres-

29 Der Verpflichtungscharakter von Verwaltungsgesetzen, die Staatsaufgaben regeln, ergibt sich nicht immer explizit aus dem einschlägigen Gesetz. Bei polizeilichen Gefahrenabwehrgesetzen ist das in der Regel der Fall. Zuständigkeitsbegründende Gesetze, mit denen behördliche Verwaltungsaufgaben bestimmt und ausgestaltet werden, enthalten zumindest die implizite Verpflichtung der jeweiligen Behörde oder staatlichen Stelle zur administrativen Wahrnehmung und Durchführung der Aufgabe. Die gesetzliche Zuständigkeit wird um der Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe willen begründet.

forschung und der Klimatologie zeigen: Die globalen Langzeitfolgen des exzessiven Walfangs.<sup>30</sup>

In der Phase des globalen Walfangs zwischen 1880 und 1950 sind – mit zunehmender Intensität gegen Ende hin – mehr als drei Millionen Walfische zur Verwertung ihrer Körperfette und ihres Fleisches getötet worden. Welche Tragödie diese zeitweise industriell betriebene Form der Vernichtung der größten lebenden Säugetiere der Erde für die Menschheit bedeutet, haben Meeresbiologen und Klimaforscher schrittweise aufgedeckt. Es geht um die Zerstörung der sog. *Walpumpe*. So bezeichnen Meeresbiologen die Lebensform dieser größten Säugetiere auf dem Planeten – durch ihre Nahrungsaufnahme in der Tiefsee vor allem in Form von Krillkrebsen große Mengen an stickstoff- und eisenhaltigen Substanzen im eigenen Körper aufzunehmen und auf ihren Reiserouten durch die Weltmeere durch Ausscheiden ihrer Exkreme zu verteilen, wenn sie zur Sauerstoffaufnahme an die Meeresoberflächen kommen. Fernab der Küsten sind die Ozeane nährstoffarme Wüsten, die durch diese sog. Walpumpe mit Nährstoffen angereichert werden, wovon Myriaden von Kleinstlebewesen – Plankton – leben und sich ausbreiten. Im Plankton der Weltmeere sind hohe Mengen des Sauerstoffgehalts der Ozeane gebündelt, der in die Erdatmosphäre abgegeben wird. 50 Prozent des Sauerstoffgehalts der Lufthülle, die alle Formen des Lebens auf der Erde trägt, werden aus den Weltmeeren in die Erdatmosphäre abgegeben. Seit den 1970er Jahren mehreren sich Forschungsergebnisse, in denen globale Folgen des Klimawandels auf den mit der beeinträchtigten Walpumpe gestörten Sauerstoffkreislauf des Ökosystems der Erde zurückgeführt werden.

In vielen Ländern der Welt ist der Umweltschutz seither zur Staatsaufgabe geworden. Deutschland hat in Art. 20 a GG den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und den Tierschutz zu einer neuen Staatszielbestimmung gemacht. Wie eng Zusammenhänge zwischen Tierschutz und globalem Schutz natürlicher Lebensgrundlagen sein können, belegt nachdrücklich die Walfangtragödie. So wenig sie rückwirkend ungeschehen gemacht werden kann, so wichtig sind ihre Lehren für das zentrale flexible Element des rechtlichen Erforderlichkeitsgehalts materieller Staatsaufgaben für den künftigen Umgang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Von entscheidender Bedeutung ist ein staatlich gewährleisteter regelmäßiger Informationsfluss von für den Schutz natürlicher Lebensgrundlagen und der Umwelt relevanten Forschungsergebnissen hin zu allen staatlichen Stellen und gesellschaftlichen Einrichtungen, die sich mit diesen Aufgaben befassen. Über welchen rechtlichen Erforderlichkeitsgehalt materielle Staatsaufgaben verfügen, ist vor allem ein Informationsproblem, das bei so komplexen Materien wie dem Klimaschutz und der Erhaltung des ökologischen Gleichgewichts der Weltmeere nur mit gezielter wissenschaftlicher Unterstützung bewältigt werden kann.

30 Siehe Antje Boetius Überleben! – Unsere Chancen, Terra-X Dokureihe, 24. Oktober 2024, ZDF Mediathek; auch OceanCare Walfang im 21. Jahrhundert: Ein Überlebter Anarcho-ökologismus WaveUpMag 2/2025 S. 32, abrufbar unter: <https://www.oceanicare.org/wp-content/uploads/2025/06/waveup-2025-2-Walfang-OceanCare-final.pdf> (6.12.2025).

## 2. Von der Walfangtragödie zum exzessiven Handelsschiffahrtsverkehr

Wer glaubt, dass die exzessive Walfangtragödie früherer Jahrzehnte ein abgeschlossenes in der Vergangenheit liegendes Problem darstellt, liegt leider falsch.

Aufgrund zunehmender Meldungen über Kollisionen großer Handelsschiffe und Tanker mit Grauwalen in den Weltmeeren haben sich Umwelt- und Tierschutzorganisationen dieses Problems angenommen und sind zu erschreckenden Ergebnissen gekommen. Gestützt auf Kollisionsmeldungen und eigene Recherchen kommen aufgrund der enorm zugenommenen Handelsschiffahrt mit sehr großen Schiffen jährlich rund 60 000 Grauwale – die größte Walfischart – bei Kollisionen zu Tode. Mit Hilfe von Schnellbooten und Druckluftgewehren statteten die Tierschützer Grauwale mit Sendern aus, die global empfangbare Signale aussenden. Gestützt hierauf können für alle Weltmeere auf diese Weise Bewegungsprofile in Form von Seekarten angefertigt werden. Diese Karten werden den Reedereien der Handelsflotten übermittelt mit der Intention, darauf hinzuwirken, dass die großen Schiffe von Grauwalen besonders frequentierte Meeresbereiche möglichst meiden.

Diese Strategie scheint gewisse Erfolge zu erzielen. Zahlen liegen mir leider nicht vor. Alle Handelsnationen müssen das Problem verfolgen und an Lösungen mitwirken. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Verständnis eines staatsaufgabenmäßigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Rechtsgrundlagen, die für eine exekutive Umsetzung benötigt werden, müssen angesichts der Materie erst durch völkerrechtliche Vereinbarungen geschaffen werden. Die rechtliche Botschaft, die ich mit diesem Beitrag präsentiert habe, lautet: Das ist eben nicht nur eine Frage souveräner parlamentarischer Gesetzgebungs freiheit, sondern zugleich auch eine Frage rechtsstaatlicher Verantwortung jedes Handelsstaats gegenüber dem Erhalt natürlicher Lebensgrundlagen. Hier sind wir wieder beim rechtlichen Doppelcharakter von Staatsaufgaben. Der Staatsrechtler, Verfassungsrechtler und Europarechtler in Deutschland, der die Erstreckung der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber mit Nachdruck vertreten hat, war Albert Bleckmann.

## F. Schlußbemerkung

Die Öffnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegenüber einer umfassenden Staatsaufgabenordnung hat sich vor allem aus zwei Gründen als Schlüssel zur dogmatischen Weiterführung erwiesen. Erstens werden über die Staatsaufgaben alle Bereiche des Rechts für diesen rechtsstaatlichen Maßstab zugänglich und das Kernelement verhältnismäßiger Wahrnehmung von Staatsaufgaben liefert zugleich den übergreifenden einzelfallbezogenen Ausführungsmaßstab. Das Grundgesetz enthält alle Grundlagen und Voraussetzungen für das dargelegte Verständnis des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

## Bibliographie

- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, 3. Auflage, Berlin, 1996
- BLECKMANN, ALBERT, *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips*, Juristische Schulung, 1994, Jg. 34(3), S. 177–183
- ESSER, JOSEF, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Auflage, Tübingen, 1964
- ESSER, JOSEF, *Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970
- GENTZ, MANFRED, *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, Neue juristische Wochenschrift, 1968, Jg. 21, S. 1600–1607
- GRABITZ, EBERHARD, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Archiv des öffentlichen Rechts, 1973, Jg. 98(4), S. 568–616
- HIRSCHBERG, LOTHAR, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981
- KLUTH, WINFRIED, *Das Übermaßverbot*, Juristische Arbeitsblätter, 1999, S. 606–613
- KREBS, WALTER, *Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbots*, Jura, 2001, S. 228–234
- KUNIG, PHILIP, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986
- LERCHE, PETER, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, 1961
- OSSEN BüHL, FRITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte*, Jura, 1997, S. 617–621
- RESS, GEORG, *Erster Beratungsgegenstand: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, 2. Bericht, in: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz. Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verfassungsrecht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hannover vom 4. bis 7. Oktober 1989, Berlin, 1990, S. 56–118
- LINK, CHRISTOPH; RESS, GEORG, *Staatszweck im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, in: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hannover vom 4. bis 7. Oktober 1989, Heft. 48, Berlin, 1990, S. 10–112
- VON ARNAULD, ANDREAS, *Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, JuristenZeitung, 2000, Jg. 55(6), S. 276–280



© Joachim Wolf

# Die Europäische Union zwischen Überdehnung und Erweiterung: Zeit für eine flexiblere europäische Architektur

Christian Calliess<sup>\*</sup>

## Abstract

Mit seinem nur allzu verständlichen Wunsch auf Beitritt stellt der Präsident der Ukraine die Europäischen Union (EU) unter Zugzwang und damit vor große politische Herausforderungen. Vor diesem Hintergrund liefert der Beitrag eine europarechtliche Ideenskizze, wie man die EU auf eine Erweiterung vorbereiten und zugleich ihre Überdehnung und Desintegration verhindern kann. Insoweit gilt es die Handlungsfähigkeit der EU nicht nur zu erhalten, sondern zu verbessern und zugleich über eine neue Architektur Europas nachzudenken, die mit einer um den Binnenmarkt gruppierten Kernunion (nur) auf den ersten Blick dem klassischen Narrativ und in Art. 1 EUV niedergelegten Ziel einer "immer engeren Union" zu widersprechen scheint.

## The European Union between overstretching and enlargement: time for a more flexible European architecture

An enlargement of the European Union (EU) is back on the European agenda. But without a reform of the EU it may lead to an „overstretch“ and therefore to disintegration. Nonetheless, tackling the ongoing European ‘polycrisis’ by adequate reforms has been and still is complicated. A EU that has become more diverse with enlargement is being expected to deepen in areas that are highly sensitive domestically. With reference to the scenarios presented in the European Commission’s White Paper on the Future of Europe from 2017 the author argues for a more flexible architecture of the EU. Where no consensus can be reached among Member States greater flexibility and – in the long run – a new architecture of the EU should allow for pioneer groups to move ahead and to lead by positive example.

**Keywords:** Reform der Europäischen Union; Erweiterung der Europäischen Union; Weißbuch zur Zukunft Europas; Flexibilität; Kerneuropa; differenzierte Integration

\* Univ.-Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht, Freie Universität Berlin (Germany). Email: europarecht@fu-berlin.de. Von 2015 bis 2019 war der Verfasser von seiner Professur beurlaubt, um als Rechtsberater und Leiter des Institutionellen Teams des European Political Strategy Centre (EPSC), dem Strategieteam des Präsidenten der Europäischen Kommission, zu arbeiten. In diesem Kontext war er u.a. mit dem Weißbuch zur Zukunft Europas und dessen Folgeprozess einschließlich der Taskforce „Subsidiarität und Szenario 4“ befasst. Der Beitrag nimmt Überlegungen auf, die der Verfasser in der NVwZ 2018/1, S. 1 und in der EuZW 2023/17, S. 781 veröffentlicht hat.

## A. Bestandsaufnahme: Die EU zwischen Erweiterung, Polykrise und Überdehnung

Wenn wir heute den 90. Geburtstag von Georg Ress feiern, so feiern wir mit ihm einen in Wissenschaft und Praxis engagierten Europäer, der mit seinen inspirierenden und oftmals innovativen Beiträgen zum Europarecht in der Forschung zum Weiterdenken anregte und in der Lehre Studenten für das Fach begeisterte.<sup>1</sup> So auch mich.<sup>2</sup> Auch das Thema einer Reform der EU hat Georg Ress in den verschiedenen Phasen immer wieder beschäftigt.<sup>3</sup> Und dieses Thema ist ein “Dauerbrenner” geblieben, zumal vor dem Hintergrund der aktuellen Erweiterungsdebatte.

Mehr oder weniger parallel zum bisherigen Erweiterungsprozess der EU auf (nach dem Brexit) 27 Mitgliedstaaten wurde versucht, den Vertiefungsprozess durch Vertragsänderungen zu gestalten, um die EU überhaupt erweiterungsfähig zu machen: Maastricht 1992, Amsterdam 1998, Nizza 2000 und dann der aus dem gescheiterten „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ hervorgegangene Vertrag von Lissabon, der 2009 in Kraft trat.<sup>4</sup> Mit den West-Balkanstaaten und der Ukraine stehen nunmehr weitere Beitrittskandidaten vor der Tür. Deren Aufnahme wird in der Politik aus geopolitischen Gründen befürwortet. Rechtlich kann nach Art. 49 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) jeder europäische Staat, der die Werte des Art. 2 EUV (vor allem Demokratie und Rechtsstaatlichkeit) achtet,<sup>5</sup> einen Antrag auf Beitritt stellen. Darauf folgt zwar kein Recht auf Beitritt,<sup>6</sup> aber ein Anspruch auf eine transparente politische Entscheidung im Lichte dieser Kriterien. Politisch führte die Beitrittsperspektive regelmäßig zu einer Beschleunigung der innenpolitischen Reformprozesse, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, das Beitrittsziel als wirkungsvolles Transformationsinstrument der EU zu bezeichnen.<sup>7</sup>

Allerdings ist die EU bis heute nicht erweiterungsfähig. Ohne grundlegende Reformen droht eine Überdehnung der EU, die das Ende der europäischen Integration bedeuten könnte.<sup>8</sup> Denn die EU befindet sich nun schon seit der Staatschuldenkrise im Euroraum<sup>9</sup> in einem Krisenmodus, der mit der Migrations- und Sicherheitskri-

1 Beispielhaft: *Ress*, EuGRZ 1986, S. 549 zum föderalen Verständnis der EU; *Ress*, JuS 1992, S. 985 zu den Perspektiven der EU nach dem Vertrag von Maastricht; *Ress*, VVDStRL 1990/48, S. 56 zum Staatsverständnis.

2 Sein Vertrauen nach 4 Semestern Studium in Saarbrücken und am Europa-Institut von 1984-1986, das sich bei meinem Abschied im Zuge meines Wechsels nach Göttingen in dem Satz ausdrückte: “Und wenn Sie promovieren wollen, dann kommen Sie zu mir.“ Und im Zuge meiner von ihm betreuten Doktorarbeit direkt nach der Disputation, die Anregung und Ermöglichung einer wissenschaftlichen Perspektive durch das Angebot einer Assistentenstelle zusammen mit Torsten Stein.

3 *Ress*, EuGRZ 1987, S. 361 zur Einheitlichen Europäischen Akte; *Ress*, JuS 1992, S. 985 zur EU nach dem Vertrag von Maastricht.

4 Instruktive Analyse *Schorkopf*, S. 209 ff.

5 *Calliess*, JZ 2004, S. 1033 ff.

6 *Zeh*, S. 9.

7 *Van der Hout*, in: *Calliess* (Hrsg.), S. 145 (157).

8 Dazu bereits *Calliess*, in: *Calliess/Isak* (Hrsg.), S. 9 ff.

9 Kritisch zu den Maßnahmen *Ruffert*, CMLRev 2011/48, S. 1777; differenzierend *Calliess*, ZEuS 2011/14, S. 213 ff.

se<sup>10</sup> im Jahre 2016 in einer „Polykrise“<sup>11</sup> kulminierte, die bis heute anhält, ja sich mit der Corona-Pandemie<sup>12</sup> und dem Krieg in der Ukraine sogar noch verstärkt hat.<sup>13</sup>

Zu Recht sprechen sich die Befürworter einer Erweiterung daher für eine vorhergehende Reform der EU zur Stärkung ihrer Handlungsfähigkeit aus. Insoweit wird es jedoch nicht ausreichen, in einigen zusätzlichen Bereichen von der Einstimmigkeit auf Mehrheitsentscheidungen überzugehen. Vielmehr sind tiefergehende Reformen notwendig. Jedoch stoßen die notwendigen Reformen auf vielfältige Widerstände, die in der Tatsache ihren Ursprung haben, dass die EU in wirtschaftlicher, kultureller, sozialer und politischer Hinsicht immer heterogener geworden ist. In der Folge herrscht weder zwischen den 27 Mitgliedstaaten noch unter den europäischen Bürgern ein Konsens über die gewünschte Rolle, die Aufgaben und die Zukunftsperspektiven der EU. Dies ist nicht zuletzt darin begründet, dass Reformen innenpolitisch höchst sensible Bereiche vertiefen müssen. So geht es z.B. im Euroraum um innenpolitisch so sensible Themen wie eine weitergehende Europäisierung der Finanz- und Haushaltspolitik mit Auswirkungen auf die nationale Sozialpolitik. Auch im Schengen-Raum geht es um nicht weniger sensible Herausforderungen im Bereich einer europäischen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik samt Innerer Sicherheit. Selbst mit Blick auf den europäischen Binnenmarkt, dessen Gestalt sich durch die Digitalisierung und die damit verbundenen Innovationen (Plattform-Wirtschaft, Blockchain, Künstliche Intelligenz)<sup>14</sup> sowie die mit Blick auf den Klimaschutz notwendige Dekarbonisierung vor allem in den Bereichen Energie und Verkehr mitunter disruptiv verändern wird,<sup>15</sup> erscheint ein Konsens schwierig.

Durch die im Zuge der Erweiterung größer gewordene Heterogenität der EU ist überdies ihre Fähigkeit zur Governance<sup>16</sup> herausgefordert: Zwar unterstellen die Verträge, dass alle Mitgliedstaaten eine gewisse Grundhomogenität im Hinblick auf Rechtstaatlichkeit, Demokratie und Grundrechte aufweisen (vgl. Art. 49 und Art. 2 EUV), jedoch haben sowohl die Entwicklungen in Ungarn, Polen und Rumänien als auch die Krise im Euro- und Schengenraum den Konflikt über die Bedeutung des Rechts und seine Einhaltung in der europäischen Rechtsgemeinschaft befeuert.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> *Hailbronner*, in: Giegerich (Hrsg.), S. 195 ff.; *Thym*, CMLRev 2016/6, S. 1545; *Europäische Kommission* (EPSC), Towards a Security Union, EPSC Strategic Notes, Issue 12 vom 20.4.2016.

<sup>11</sup> Vgl. *Präsident Juncker*, Rede vom 21.6.2016 in Athen.

<sup>12</sup> *Calliess*, NVwZ 2021/3, S. 505.

<sup>13</sup> *Rath/Ekardt*, NVwZ 2023/42, S. 293.

<sup>14</sup> Zu diesen Herausforderungen die Beiträge von *Weber*; *Langenfeld*; *Bröhmer*; *Ukrow*, ZEuS 2021/1, S. 11 ff.

<sup>15</sup> Dazu Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU), Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen, Sondergutachten 2019, Rn. 1 ff.; zu den notwendigen Maßnahmen *Calliess/Dross*, ZUR 2020/31, S. 456 ff.; *Frenz*, EuR 2020/55, S. 605 ff.; *Schlacke*, NVwZ 2022/13, S. 905 ff.

<sup>16</sup> Vgl. zum Begriff: *Europäische Kommission*, Weißbuch „Europäisches Regieren“, COM (2001) 428 final.

<sup>17</sup> *Franzius*, DÖV 2018, S. 381; ausführliche Analyse in den Beiträgen in: *Closa/Kochanov* (Hrsg.).

Von Beginn an aber war das Recht Voraussetzung und zugleich Instrument der europäischen Integration. Denn im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, den EU und Mitgliedstaaten gemeinsam bilden,<sup>18</sup> ist die europäische Ebene auf die nationalen Regierungen, Verwaltungen und Gerichte angewiesen, die für die Umsetzung, den Vollzug und die Anwendung des Unionsrechts zuständig sind. Vollzugsdefizite, im europäischen Recht schon immer ein Problem,<sup>19</sup> nehmen jedoch aktuell zu: Im Zuge dessen wird europäisches Recht nicht einheitlich umgesetzt und angewandt. Insoweit hatte der EuGH bereits in seinem „Schlachtpremien-Urteil“ aus dem Jahre 1973 sehr eindrücklich und bis heute wegweisend formuliert.<sup>20</sup>

„Der Vertrag erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Vorteile der Gemeinschaft für sich zu nutzen, er erlegt ihnen aber die Verpflichtung auf, deren Rechtsvorschriften zu beachten. Stört ein Staat aufgrund der Vorstellung, die er sich von seinen nationalen Interessen macht, einseitig das mit der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft verbundene Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten, so stellt dies die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor dem Gemeinschaftsrecht in Frage [...] Ein solcher Verstoß gegen die Pflicht der Solidarität, welche die Mitgliedstaaten durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft übernommen haben, beeinträchtigt die Rechtsordnung der Gemeinschaft bis in ihre Grundfesten.“

Solchermaßen wurde das Recht zu einer Vertrauen schaffenden Brücke zwischen in wirtschaftlicher, kultureller und politischer Hinsicht unterschiedlichen Mitgliedstaaten. Der Anspruch der einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts, vermittelt über seinen Vorrang, stößt jedoch zunehmend auf die politische Heterogenität in den Mitgliedstaaten. Immer häufiger greift eine Grundhaltung in den Mitgliedstaaten Platz, im Zuge derer man zwar die wirtschaftlichen Vorteile des Binnenmarkts, des Euros oder der Freizügigkeit der eigenen Bürger im Schengen-Raum für sich in Anspruch nehmen will, aber die damit verbundenen, in vertraglichen Regeln zum Ausdruck kommenden Lasten und Verantwortlichkeiten für das „europäische Gemeinwohl“,<sup>21</sup> die über die prozedurale Dimension des europäischen Solidaritätsprinzips (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV: Unionstreue) bewirkt werden, nicht tragen will.<sup>22</sup>

Die vorstehend geschilderten Entwicklungen bilden den Hintergrund für den fehlenden Konsens der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die notwendigen Reformen der EU. Immer deutlicher wird, dass ein Konsens über Reformen eine Antwort auf die Frage voraussetzt, welche Gestalt, Rolle und Entwicklungsperspektive die Mitgliedstaaten und ihre Bürger für die EU wollen.

18 Dazu *Pernice*, S. 385 ff., insbes. S. 625 ff.; differenzierend *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 1 EUV, Rn. 41–50 ff.

19 Instruktiv am Beispiel des Umweltrechts die Beiträge in *Lübbe-Wolff*.

20 EuGH, C-39/72, *Kommission/Italien*, Urt. v. 7. Februar 1973, ECLI:EU:C:1973:13, Rn. 24 f.

21 Dazu *Calliess*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), S. 173.

22 Vertiefend mit aktuellen Beispielen *Bieber*, ZEuS 2021/1, S. 221 ff.

## B. Mögliche Entwicklungspfade der EU im Weißbuch zur Zukunft Europas vom 1. März 2017

Vor dem vorstehend skizzierten Hintergrund formulierte das am 1. März 2017 von der Kommission vorgelegte Weißbuch zur Zukunft Europas<sup>23</sup> – im Unterschied zu früheren Weißbüchern – keinen Fahrplan (sog. Roadmap) mit konkreten Reformvorschlägen- und schritten. Vielmehr wurden im Weißbuch unter bewusstem Verzicht auf institutionelle und kompetenzielle Fragen fünf mögliche Szenarien (Entwicklungspfade) für die EU der 27 im Jahre 2025 skizziert.<sup>24</sup> Diese dürfen nicht als Vorschläge der Kommission missverstanden werden, vielmehr sollen sie eine europäische Debatte anregen. Ergänzt werden die Szenarien im Hinblick auf bestimmte Politikfelder durch sog. Reflexionspapiere zu den Themenfeldern Globalisierung und Handelspolitik, Soziale Dimension, Reform der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU), Verteidigung und Haushalt.<sup>25</sup> Ziel dieser Arbeiten war eine breite Debatte, im Zuge derer sich Regierungen, Parlamente und Bürger der Mitgliedstaaten über den einzuschlagenden europäischen Weg Klarheit verschaffen sollten.

Das Szenario 1 „Weiter wie bisher“ setzt auf den pragmatisch orientierten Prozess eines tagespolitischen Weiterhangelns („Muddeling Through“) von Krise zu Krise.<sup>26</sup> Insoweit geht es darum, pragmatisch die aktuellen Herausforderungen der EU zu bewältigen und solchermaßen Handlungsfähigkeit zu demonstrieren. Konkret bedeutet dies: Die 27 Mitgliedstaaten und die EU-Organe verfolgen in dem so definierten Rahmen zwar eine gemeinsame Agenda, das Tempo der Beschlussfassung hängt jedoch davon ab, wie zügig es ihnen gelingt, Differenzen auszuräumen, damit gemeinsame langfristige Prioritäten umgesetzt werden können.

In dem Wunsch, die EU zu entpolitisieren und ihre Gesetzgebungsaktivitäten zu reduzieren, wird in Szenario 2 „Schwerpunkt Binnenmarkt“ das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zur „Hauptdaseinsberechtigung“ der EU27 gemacht. Für den Warenverkehr erweist sich dies einfacher als für andere Bereiche. Da der Schwerpunkt dieses Szenarios in hohem Maße auf dem Abbau von nationaler Regulierung, vor allem vermittelt über die Grundfreiheiten (sog. negative Integration), liegt, bleiben in Fragen gemeinsamer Verbraucher-, Sozial- und Umweltstandards sowie Steuern und Beihilfenkontrolle Differenzen bestehen oder verschärfen sich. In den außerhalb des Binnenmarkts liegenden Bereichen wie Mig-

23 *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017) 2025.

24 In enger Anlehnung an die Formulierungen in: *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017) 2025.

25 *Europäische Kommission*: Reflexionspapier „Die Globalisierung meistern“, COM(2017) 240; Reflexionspapier zur sozialen Dimension Europas, COM(2017) 206; Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM(2017) 291; Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung COM(2017) 315; Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finanzen, COM(2017) 358.

26 Positiv dazu *Emmanouilidis/Zuleeg*.

ration, Sicherheit oder Verteidigung gibt es keinen gemeinsamen Willen, stärker zusammenzuarbeiten.

Szenario 3 „Wer mehr will, tut mehr“ nimmt unter dem Begriff „Coalitions of the Willing“ Aspekte eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten für die EU27 auf. Es formieren sich eine oder mehrere „Koalitionen der Willigen“, die in bestimmten Politikbereichen zusammenarbeiten. „Dies kann Bereiche wie Verteidigung, innere Sicherheit, Steuern oder Soziales betreffen. Das bedeutet, dass neue Gruppen von Mitgliedstaaten spezifische Rechts- und Finanzregelungen vereinbaren, um ihre Zusammenarbeit in ausgewählten Bereichen zu vertiefen. Wie im Falle des Schengen-Raums oder des Euro kann dies auf dem bestehenden EU-Rahmen aufbauen, setzt aber die Präzisierung von Rechten und Pflichten voraus.“ Entscheidend ist, dass der Status der übrigen Mitgliedstaaten gewahrt bleibt und es ihnen jederzeit offensteht, sich im Laufe der Zeit denjenigen anzuschließen, die vorangehen. „In den Bereichen Sicherheit und Justiz gehen mehrere Länder einen Schritt weiter und beschließen, die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Nachrichtendiensten auszubauen, indem sie im Kampf gegen organisierte Kriminalität und terrorismusbezogene Aktivitäten all ihre Erkenntnisse teilen. Eine Gruppe von Ländern aus Mitgliedern des Euro-Währungsgebiets und möglicherweise einigen anderen Mitgliedstaaten entscheidet sich nach Szenario 3 beispielsweise für eine deutlich engere Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Soziales.“

In Szenario 4 „Weniger, aber effizienter“ konzentriert sich die EU auf einige zentrale Politikfelder, setzt politische Prioritäten und erhält hier mehr Kompetenzen, vor allem auch im Vollzugsbereich.<sup>27</sup> Damit soll nicht zuletzt der allgegenwärtigen Kritik entgegengestellt werden, die EU verliere sich im „Kleinkarierten“ und liefere nicht mit Blick auf die großen, europäischen Herausforderungen.<sup>28</sup>

In Szenario 5 „Viel mehr gemeinsames Handeln“ arbeiten alle Mitgliedstaaten auf allen Gebieten enger zusammen als zuvor. Im Zuge dessen werden bestehende Defizite vor allem in den „Schönwetterräumen“ durch die Einsicht aller Mitgliedstaaten in die notwendige Vervollständigung und Vertiefung aller europäischen Politiken behoben.<sup>29</sup> Entscheidungen werden auf europäischer Ebene mit Mehrheit und schneller getroffen und rasch umgesetzt. Innerhalb des Euro-Währungsgebiets, aber auch in allen anderen Mitgliedstaaten, die sich anschließen wollen, werden fiskalische, soziale und steuerliche Fragen sowie die europäische Aufsicht über den Finanzdienstleistungssektor wesentlich stärker koordiniert.<sup>30</sup> Die EU stellt zusätzli-

27 *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Zukunft Europas, COM (2017) 2025, S. 22.

28 Symptomatisch für diese – auch oftmals auf der nationalen Ebene zu hörenden – Kritik siehe: *Bittner, So nicht, Europa! – Die drei großen Fehler der EU*, 2010.

29 Szenario 5 wurde mitunter auch als Verhofstadt-Szenario bezeichnet. Grund hierfür ist der ambitionierte und föderal geprägte Verhofstadt-Bericht des EP: *Europäisches Parlament*, Bericht über mögliche Entwicklungen und Anpassungen der derzeitigen institutionellen Struktur der Europäischen Union (2014/2248(INI)); vgl. ferner auch die Vorschläge der *Spinelli Group/Bertelsmann Stiftung*, A Fundamental Law of the European Union, 2013.

30 Vgl. den sog. Fünf Präsidenten Bericht, Die WWU vollenden, Juni 2015, Mitteilung der Kommission, COM(2015) 600 final.

che Finanzmittel zur Verfügung, um die wirtschaftliche Entwicklung anzukurbeln und auf regionaler, sektoraler und nationaler Ebene auf Schocks reagieren zu können.<sup>31</sup> Auf der internationalen Ebene spricht Europa in Handelsfragen mit einer Stimme und ist in den meisten internationalen Foren mit einem Sitz vertreten. Sicherheit und Verteidigung haben Priorität. Der Schengenraum löst das Versprechen, ein "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" zu sein ein. Wo Mitgliedstaaten überfordert sind, springen europäische Agenturen unterstützend ein. In diesem Sinne wird auch die Migrationspolitik wirksam koordiniert und in vollständiger Komplementarität mit der NATO wird eine Europäische Verteidigungsunion geschaffen.

## C. Vorschläge für eine flexiblere EU

### I. Einführung

Nach ihrem (inoffiziellen) Motto ist die EU „in Vielfalt geeint“. Dahinter verbirgt sich ein mehrdimensionales Spannungsverhältnis: Vielfalt ist eine Stärke der EU, zugleich ist sie mit Blick auf Einheit und Gleichbehandlung (Art. 4 Abs. 2 EUV; Art. 18 AEUV) als Ideal der europäischen Integration eine Herausforderung. Im Zuge der Erweiterung ist die EU in wirtschaftlicher, kultureller, sozialer und politischer Hinsicht immer vielfältiger und damit heterogener geworden. Wenn aus dieser Heterogenität so unterschiedliche Interessen resultieren, dass im Rahmen europäischer Politiken kein Konsens mehr über notwenige Maßnahmen und Reformen zu erreichen ist, dann gerät die EU – analog zur (stark ökonomisch begründeten) Analyse des Historikers Paul Kennedy – in den Zustand eines ihre Existenz bedrohenden „imperial overstretch“.<sup>32</sup> Um damit verbundene Prozesse der Desintegration zu verhindern, sollte die zukünftige Architektur der EU vor ihrer Erweiterung im Sinne von Szenario 3 des Weißbuchs flexibler gestaltet werden. Dies kann durch verschiedene Formen von “Coalitions of the Willing and Able” geschehen. Diesbezügliche Modelle können von der vertraglich in Art. 20 EUV und Art. 326 ff. AEUV geregelten verstärkten Zusammenarbeit über andere Formen der differenzierten Integration bis hin zu einer asymmetrischen Integration in einem Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten oder variablen Geometrie reichen.<sup>33</sup>

### II. Differenzierte Integration durch konzentrische Kreise

In diesem Rahmen liegt es nahe, an die bekannten und viel diskutierten Vorschläge für eine EU der konzentrischen Kreise anzuknüpfen, in deren Mittelpunkt sich ein

31 Zu Szenario 5 mit einem starken Akzent hierauf: von *Bogdandy/Ioannidis*, KritV 2024/1, S. 62 (70 ff.).

32 *Kennedy*, S. 536 ff.; dazu *Calliess*, in: *Calliess/Isak* (Hrsg.), S. 10 ff.

33 Zu den unterschiedlichen Formen *Thym*, S. 28 ff.; am Beispiel europäischer Umweltpolitik *Calliess*, EurUP 2007/5, S. 54; am Beispiel der WWU *Piris*, S. 61 ff.

innerer Kreis von Mitgliedstaaten befindet. Dieser wird im bekannten *Schäuble-Lamers-Papier*<sup>34</sup> als "Kerneuropa" bezeichnet. Dieser Kern bildet eine föderal organisierte Politische Union, definiert durch Szenario 5, mithin also u.a. durch einen voll funktionsfähigen Euro- und Schengenraum sowie eine Verteidigungsunion, verwirklichen wollen. Dabei teilt die Kernunion die Aufgaben und Kompetenzen der sie umgebenden, weniger intergrierten Kreise, die von einem supranationalen Binnenmarkt und einer Zollunion bis hin zu intergouvernementaler Kooperation reichen können. Das langfristige Ziel aller Mitgliedstaaten bliebe zwar das einer immer engeren Union. Allerdings würde dieses Ziel durch „zwischenzeitliche“ Differenzierung erreicht werden.<sup>35</sup> Ein solches (relativ statisches) „Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten“, das parallele und voneinander getrennte Räume mit verschiedener Integrationsdichte etabliert, wird allerdings nicht nur von den Beitrittskandidaten, sondern auch von vielen Mitgliedstaaten abgelehnt. Insoweit besteht die Befürchtung, zu „Europäern 2. Klasse“ zu werden.

### III. Eine durch den Binnenmarkt definierte Kernunion plus Pioniergruppen

Vor diesem Hintergrund ließe sich als Alternative eine neue Architektur der EU vorstellen, in deren Mittelpunkt sich zwar ebenfalls ein innerer Kreis („Kernunion“) von Mitgliedstaaten befindet. Anders als dies die bislang diskutierten Kern-europa-Vorschläge intendieren, sollte sich dieser Kern der EU aber nicht über eine vertiefte politische Integration definieren, sondern über den ökonomischen Minimalkonsens der EU, den Binnenmarkt samt ihn ordnungspolitisch flankierender Politiken. Denn nach wie vor ist die Teilhabe am Binnenmarkt und seinen über die Strukturfonds finanzierten Kohäsionspolitiken das treibende Motiv einer Mitgliedschaft in der EU. Auch wenn dies auf den ersten Blick dem historischen Narrativ der europäischen Integration widerspricht, so würde Mitgliedschaft in der EU im Kern „nur“ Mitgliedschaft im Binnenmarkt samt flankierender Politiken (z.B. Handel, Umwelt- und Verbraucherschutz) bedeuten. Dies würde nicht nur viele Konflikte der EU, die ja primär um die europäische Beschränkung nationaler Souveränität in politischen Fragen kreisen, entschärfen. Sondern dies würde auch die erwähnten Vollzugsprobleme reduzieren, da es beim Binnenmarkt um politisch weniger sensible und komplexe Politikbereiche geht, die zugleich weitgehend in einem Zusammenspiel von Zivilgesellschaft und Gerichten durchgesetzt werden. Stichwort ist insoweit die durch die Marktfreiheiten bewirkte Mobilisierung der Unionsbürger für die Durchsetzung des Unionsrechts,<sup>36</sup> die im auf konkretisierende Legislativmaßnahmen angewiesenen Schengenraum (wenn überhaupt) nur begrenzt gespiegelt werden kann. Insoweit als von diesem Kern wie bisher auch

34 Vgl. z.B. das sog. *Schäuble/Lamers-Papier*, dazu die Beiträge von *Lamers/Green/Wessels/Hasse*, Wirtschaftsdienst 1994/74, S. 495 ff.

35 Ausführlich *Calliess*, Yearbook of European Law 2021/40, S. 27 ff.

36 Erstmals EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Urt. v. 5. Februar 1963, 1 (25); dazu *King-green*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches VerfR, S. 705 ff.; *Masing*, S. 175 ff.; *Calliess*, 2010, S. 359 ff.

die den Binnenmarkt flankierenden Politiken, also vor allem die Umwelt-, Verbraucherschutz und Sozialpolitik. umfasst wäre, geht dieser Vorschlag über Szenario 2 des Weißbuchs hinaus.

Jener Kreis von Mitgliedstaaten, die mehr (politische) Integration, also z.B. einen voll funktionsfähigen Euro- oder Schengenraum oder eine Verteidigungsunion verwirklichen wollen, könnten dies von der durch den Binnenmarkt definierten Kernunion ausgehend in ergänzenden Pioniergruppen tun. Um den Binnenmarktkern der EU würden sich also in Form von überschneidenden Kreisen jene stärker integrierte politische Räume bilden, die miteinander über gemeinsame Institutionen, die Funktionsprinzipien des Anwendungsvorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts sowie die europäischen Ordnungsprinzipien der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, der Subsidiarität, Solidarität und Kohärenz verbunden sind. Die Anzahl dieser Pioniergruppen wäre weder begrenzt noch müssten sie einem bestimmten Modell folgen: Die teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie Umfang und Form der vertieften Integration können von dem jeweiligen Politikbereich abhängen. Die daraus fließenden Vorteile, der europäische Mehrwert der Pioniergruppe, stünde jedoch nur deren Mitgliedern offen, bildet aber damit zugleich einen Anreiz, der Pioniergruppe beizutreten. Nicht zuletzt bestünde die Möglichkeit, dass sich die Pioniergruppen bei Bedarf auch gegenüber Drittstaaten öffnen, also z.B. in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik eine enge Kooperation mit dem Vereinigten Königreich ermöglichen.

All dies setzt einen klaren institutionellen Rahmen der EU voraus: Wenn jeder willige und dazu fähige Mitgliedstaat jederzeit einer Pioniergruppe beitreten können soll, dann dürfen die Pioniergruppen aus Gründen der Kohärenz – abgesehen von Agenturen – keine neuen Institutionen gründen. Vielmehr würden die bestehenden EU-Institutionen schnittmengenartig genutzt und ihre Verfahren und Entscheidungsbefugnisse für die jeweilige Pioniergruppe erweitert. Kommission und EuGH sichern im Verhältnis zwischen EU und Pioniergruppen die Kohärenz, in Rat und EP entscheiden nur die Mitglieder der jeweiligen Pioniergruppe. Jede Pioniergruppe hat jedoch ihren eigenen (zum Binnenmarktkern zusätzlichen) Haushalt, der sich aus den von den Pionierstaaten vereinbarten Mitteln speist.

Mit dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten zum Binnenmarktkern, könnte diese neue Architektur aufs Gleis gesetzt und dann auch als Integrationsoption für jene „alten“ Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen, die sich mit den notwendigen Reformen zur Gewährleistung der Handlungsfähigkeit der EU<sup>37</sup> schwer tun.

#### IV. Mehr Flexibilität in der Mitgliedschaft

Zugleich sollten die Pioniergruppen durch mehr Flexibilität in der Mitgliedschaft geprägt sein. Ausgangspunkt ist, dass die nicht an einer Pioniergruppe teilnehmenden Mitgliedstaaten können mit allen Rechten und Pflichten (vgl. Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV) im Binnenmarktkern der Union verbleiben können, ohne dass insoweit

37 Vgl. Calliess, EuZW 2023/17, S. 781 ff.

die „Verfassungserwartung“ des Art. 1 EUV gilt, dass an weiteren Integrations-schritten der „immer engeren Union“ mitzuwirken ist.<sup>38</sup> Zugleich dürfen sie jedoch andere Mitgliedstaaten nicht daran hindern, Pioniergruppen zu bilden.<sup>39</sup>

Die Pioniergruppen gehen mit dem Ziel vertiefter Integration voran und schaffen insoweit ein positives Beispiel, dessen Ausstrahlungswirkung in Form der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vorteile andere Mitgliedstaaten motiviert, sich anzuschließen. Die vertiefte Integration der Pioniergruppen könnte sich im Wege einer (idealiter durch Vertragsänderung entsprechend erleichterten Form) verstärkten Zusammenarbeit gem. Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326 ff. AEUV (im Bereich der Verteidigungspolitik gem. Art. 42 Abs. 6, 46 EUV), hilfsweise aber auch im Wege intergouvernementaler Zusammenarbeit vollziehen. Die Ermächtigung zur Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit muss gem. Art. 20 Abs. 2 EUV i.V.m. Art. 329 Abs. 1 AEUV von einer qualifizierten Mehrheit aller Mitgliedstaaten im Rat mit Zustimmung des Europäischen Parlaments erteilt werden; Einstimmigkeit ist nur im Rahmen der GASP erforderlich.<sup>40</sup> Anschließend müssten die an einer verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaaten neue Regeln im Einklang mit der jeweiligen Rechtsgrundlage im Vertrag annehmen. Damit z.B. innerhalb von "Pioniergruppen" die Entscheidungsfindung nicht durch die Einstimmigkeitsregel behindert wird, muss die in Artikel 333 AEUV festgelegte spezifische Passerelleklausel für die verstärkte Zusammenarbeit genutzt werden, die es der Pioniergruppe ermöglicht, abweichend von der Rechtsgrundlage der jeweiligen Politik (z.B. Art. 113 AEUV) ihren Entscheidungsprozess von der Einstimmigkeit auf die qualifizierte Mehrheit umzustellen.

Wie die Austrittsklausel des Art. 50 EUV unterstreicht ist die EU auf Freiwilligkeit gegründet. Daher sollte eine neue Architektur der EU im Unterschied zur heutigen „Einbahnstraße“ des Integrationsprozesses neue Formen dynamischer Flexibilität ermöglichen. Hierüber sollten sich die Pioniergruppen definieren. Analog zu der grundsätzlichen Offenheit der EU für den Beitritt europäischer Verfassungsstaaten (Art. 49 EUV) verlangt dies einerseits, dass die jeweiligen Pioniergruppen Mitgliedstaaten der EU den Zugang ermöglichen, wenn diese willens und in der Lage sind, deren ambitioniertere Ziele zu verwirklichen (vgl. auch Art. 331 Abs. 1 AEUV). Andererseits zeichnen sich Pioniergruppen gerade dadurch aus, dass sie nicht den kleinsten gemeinsamen Nenner spiegeln, sondern einen effizienten und zukunftsorientierten Zusammenschluss der Willigen und Fähigen bilden. Insoweit kann es keinen Freibrief für die Mitgliedstaaten der Pioniergruppe geben: Einmal

38 Siehe Schlussfolgerungen des *Europäischen Rates*, EUCO 1/16, 19.2.2016, S. 9, in Bezug auf den Standpunkt hinsichtlich einer neuen Beziehung mit dem Vereinigten Königreich, falls dieses im Brexit-Referendum mit „Remain“ stimmen würde: „Derartige Prozesse ermöglichen infolgedessen verschiedene Wege der Integration für verschiedene Mitgliedstaaten und gestatten es denjenigen, die die Integration vertiefen möchten, weiter voranzugehen, wobei sie die Rechte derjenigen achten, die diesen Weg nicht einschlagen wollen.“

39 Erklärung von Rom, Erklärung der führenden Vertreter von 27 Mitgliedstaaten und des Europäischen Rates, des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission, 25.3.2017.

40 Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 329 EUV, Rn. 2 f.

Mitglied müssen sie konstant ihren Willen unter Beweis stellen, die gemeinsam beschlossenen „Pionierziele“ zu erfüllen. Sind sie dazu – z.B. im Zuge einer Krise – nicht mehr in der Lage, dann können ihnen die Institutionen aus den Ressourcen der Pioniergruppe basierend auf dem Modell der kooperativen Rechtdurchsetzung finanzielle, technische oder administrative Hilfe anbieten.<sup>41</sup> Sollte ein Mitglied diese Hilfe nicht annehmen oder aber aus anderen Gründen, z.B. nach einer Wahl mit Regierungswechsel, nicht mehr willens sein, die ambitionierten Ziele der Pioniergruppe zu erfüllen, dann müsste es diese verlassen. Zu diesem Zweck müsste jede Pioniergruppe zwingend über eine Austritts- und Ausschlussklausel verfügen. Diese könnte nach dem Vorbild von Art. 46 Abs. 4 und 5 EUV gestaltet werden, der die erwähnten verteidigungspolitischen Pioniergruppen adressiert. Der Austritt oder Ausschluss aus der Pioniergruppe würde aber nicht die Mitgliedschaft in der EU betreffen, vielmehr fielet der betreffende Mitgliedstaat in die durch den Binnenmarkt definierte Kernunion zurück, womit er freilich die Integrationsvorteile der verlassenen Pioniergruppe verliert.

#### D. Zusammenfassendes Ergebnis

Die EU ist im Zuge ihrer Erweiterung von 6 Mitgliedstaaten auf heute 27 Mitgliedstaaten in wirtschaftlicher, kultureller, sozialer und politischer Hinsicht **immer heterogener** geworden. Wenn hieraus so unterschiedliche Interessen resultieren, dass im Rahmen europäischer Politiken kein Konsens mehr über notwenige Maßnahmen und Reformen erreicht werden kann, dann leidet die Handlungsfähigkeit der EU. Ihre Legitimation schwindet und sie gerät in den Zustand einer ihre Existenz bedrohenden Überdehnung. Vor diesem Hintergrund gilt es, die zukünftige Architektur flexibler (und damit zugleich dynamischer) zu gestalten, um Prozesse der Desintegration zu verhindern.

Ein statisches „**Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten**“, das parallele und voneinander getrennte Räume mit verschiedener Integrationsdichte etabliert, wird nicht nur von den neuen Beitrittskandidaten wie der Ukraine und den Westbalkanstaaten, sondern auch von vielen Mitgliedstaaten abgelehnt. Insoweit besteht die Befürchtung, zu „**Europäern 2. Klasse**“ zu werden.

Als **Lösung** ließe sich eine **neue Architektur** für die EU vorstellen, in deren Mittelpunkt sich ein innerer Kreis („Kernunion“) von Mitgliedstaaten befindet. Anders als dies bislang bekannte Kerneuropa-Vorschläge intendieren, sollte sich dieser Kern der EU aber **nicht** über eine vertiefte **politische Integration** definieren, sondern über den **ökonomischen Minimalkonsens** der EU, den Binnenmarkt. Nach wie vor ist die Teilhabe am grenzüberschreitenden europäischen Markt und den ergänzenden, projektbezogenen Finanztransfers für strukturschwache Regionen das treibende Motiv einer Mitgliedschaft in der EU. Auch wenn diese Neuaustrichtung auf den ersten Blick dem historischen Narrativ der europäischen Integration widerspricht, so würde **Mitgliedschaft in der EU dann im Kern Mitgliedschaft**

41 Dazu Calliess, in: Kirchhof/Keller/Schmidt (Hrsg.), S. 275 ff.

im Binnenmarkt samt der diesen ordnungspolitisch flankierende Politiken (z.B. Wettbewerbskontrolle, Verbraucher- und Umweltschutz) bedeuten. Dies würde nicht nur viele Konflikte der EU, die ja primär um die europäische Beschränkung nationaler Souveränität in politischen Fragen kreisen (z.B. Migrationspolitik), entschärfen. Sonder dies würde auch die Vollzugsprobleme bei der Anwendung der gemeinsamen europäischen Regeln reduzieren, da es beim Binnenmarkt um politisch weniger sensible und komplexe Politikbereiche geht, die zugleich weitgehend in einem Zusammenspiel von Zivilgesellschaft und Gerichten durchgesetzt werden. Mit dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten zum Binnenmarktkern, könnte diese neue Architektur aufs Gleis gesetzt und dann auch als Integrationsoption für „alte“ Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen.

Um den Binnenmarktkern der EU könnten sich in Form von sich überschneidenden Kreisen stärker integrierte politische Räume bilden, die allesamt durch die europäischen Ordnungsprinzipien der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie der Subsidiarität und Solidarität verbunden sind. Jener Kreis von Mitgliedstaaten, die mehr (politische) Integration, also z.B. einen voll funktionsfähigen Euro- oder Schengenraum oder eine Verteidigungsunion verwirklichen wollen, könnten dies von der durch den Binnenmarkt definierten Kernunion ausgehend in ambitionierten **Pioniergruppen** tun. Diese würden die bestehenden EU-Institutionen des Kerns nutzen, wobei ihre Handlungsfähigkeit durch **Mehrheitsentscheidungen** sichergestellt werden muss. Die Pioniergruppen gehen daher mit dem Ziel vertiefter Integration voran und schaffen insoweit ein positives Beispiel, dessen **Ausstrahlungswirkung** in Form der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vorteile andere Mitgliedstaaten motiviert, sich anzuschließen.

Die Pioniergruppen stehen zunächst einmal allen **Mitgliedstaaten der Kernunion offen**. Darüber hinaus könnten bestimmte Pioniergruppen auch gegenüber Drittstaaten geöffnet werden, so dass Kooperationen mit dem Vereinigten Königreich in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik möglich werden.

Im Interesse der europäischen Handlungsfähigkeit ist das Leitprinzip der Kernunion konsequent umzusetzen, wonach die Pioniergruppen nur jenen Mitgliedstaaten offenstehen, die **willens und in der Lage** sind, deren ambitionierte Ziele zu verwirklichen. Sollte daher ein Mitgliedstaat überfordert sein und ihm angebotene europäische Unterstützung nicht annehmen oder aber aus anderen Gründen, z.B. nach einer Wahl mit Regierungswechsel, nicht mehr willens sein, die ambitionierten Ziele der Pioniergruppe zu erfüllen, dann muss ein Mechanismus vorgesehen sein, der seinen Austritt und Ausschluss aus der Pioniergruppe ermöglicht. In diesem Fall wäre er jedoch nicht aus der EU ausgeschlossen, sondern verlöre „nur“ die Integrationsvorteile der Pioniergruppe. Im übrigen fiele er in den Binnenmarktkern der EU zurück.

## Bibliographie

- BIEBER, ROLAND, *Wechselseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten – Ein Rechtsprinzip der Europäischen Union?*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2021, Jg. 24(1), S. 221–230

- BITTNER, JOCHEN, *So nicht, Europa! – Die drei großen Fehler der EU*, 1. Auflage, München, 2010
- BRÖHMER, JÜRGEN, *Die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch Private – Am Beispiel der Universitäten in Australien*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2021, Jg. 24(1), S. 43–64
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Art. 1 EUV* in: Calliess, Christian; Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage, München, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Braucht die Europäische Union eine Kompetenz zur (Corona-) Pandemiebekämpfung*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2021, Jg. 3, S. 505–584
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Das EU-Umweltrecht im politischen Dilemma zwischen Einheit und Vielfalt*, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht, 2007, Jg. 5(2), S. 54–69
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, JuristenZeitung, 2004, S. 1033–1045
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Gemeinwohl in der Europäischen Union – Vom Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund*, in: Brugger, Winfried (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden 2002, S. 173–213
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Perspektive des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2011, Jg. 14(2), S. 213–229
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Bausteine einer erneuerten Europäischen Union. Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2018, Jg. 37(1-2), S. 1–9
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Die Verfassung der EU im Kontext der Erweiterung – Eine Einführung anhand von drei Szenarien*, in: Christian Calliess; Hubert Isak (Hrsg.), *Der Konventsentwurf im Kontext der Erweiterung*, Baden-Baden 2004, S. 9–28
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Erweiterung und Reform der Europäischen Union*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2023, Jg. 34(17), S. 781–788
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Szenarien für die EU der Zukunft*, in: Kirchhof, Gregor; Keller, Mario; Schmidt, Reiner (Hrsg.), *Europa: In Vielfalt geeint!*, München, 2020, S. 263–296
- CALLIESS, CHRISTIAN; DROSS, MIRIAM, *Umwelt- und Klimaschutz als integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik*, Zeitschrift für Umweltrecht, Jg. 31(9), S. 456–464
- CLOSA, CARLOS; KOCHENOV, DIMITRY; WEILER, JOSEPH (Hrsg.), *Rule of Law Oversight in the European Union*, 2016

- EMMANOUILIDIS, JANIS/ZULEEG, FABIAN, *EU@60 – Countering a Regressive and Illiberal Europe*, European Policy Centre, Oktober 2016
- FRANZIUS, CLAUDIO, *Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn: Wie kann und soll die Europäische Union reagieren?*, Die Öffentliche Verwaltung 2018, Jg. 64(10), S. 381–389
- FRENZ, WALTER, *Klimaeuroparecht zwischen Green Deal und Corona*, Europa-recht, 2020, Jg. 55(6), S. 605–621
- GIEGERICH, THOMAS; HEINZ, URSULA (Hrsg.), *Herausforderungen und Perspektiven der EU*, Berlin, 2012
- HAILBRONNER, KAY, *Europäisches Asyl- und Einwanderungsrecht: Festung Europa?*, in: Giegerich, Thomas; Heinz, Ursual (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, 1. Auflage, Berlin, 2012, S. 196–211
- KENNEDY, PAUL, *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500-2000*, 1. Auflage, Lanham, 1987
- KINGREEN, THORSTEN, *Grundfreiheiten*, in: von Bogdandy, Armin; Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2009, S. 705–748
- LAMERS, KARL; GREEN, PAULINE; WESSELS, WOLFGANG; HASSE, ROLF H., *Ein Kerneuropa in der Europäischen Union?*, Wirtschaftsdienst, 1994, Jg. 74(10), S. 495–506
- LANGENFELD, CHRISTINE, *Der Schutz freier Kommunikationsräume in der digitalen Welt – Eine Gedankenskizze*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2021, Jg. 24(1), S. 33–42
- LÜBBE-WOLFF, GERTRUDE, *Der Vollzug des europäischen Umweltrechts*, Berlin, 1996
- MASING, JOHANNES, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Schriften zum Öffentlichen Recht, 1997, S. 175–238
- PERNICE, INGOLF (Hrsg.), *Europa-Visionen*, 2007, Berlin
- PERNICE, INGOLF, *Der Europäische Verfassungsverbund*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2020
- PIRIS, JEAN-CLAUDE, *The Future of Europe. Towards a Two-Speed EU?*, 1. Auflage, Cambridge, 2012
- RATH, THERESA/EKARDT, FELIX, *Energiekrise: Rechtsentwicklungen auf EU- und Bundesebene. Ein Update*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2023, Jg. 42(5), S. 293–297
- RESS, GEORG, *Das deutsche Zustimmungsgesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte/Ein Schritt zur „Föderalisierung“ der Europapolitik*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1987, 361–
- RESS, GEORG, *Die Europäische Union und die neue juristische. Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften*, JuS 1992, 985–

- RESS, GEORG, *Die Europäischen Gemeinschaften und der deutsche Föderalismus*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1986, 549–
- RESS, GEORG, *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 48, 1990, S. 56–118
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 329 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert Matthias(Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage, München, 2022
- RUFFERT, MATTHIAS, *The European debt crisis and European Union law*, Common Market Law Review, 2011, Jg. 48(6), S. 1777–1805
- SCHLACKE, SABINE, *Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, Jg. 41(13), S. 905–912
- SCHORKOPF, FRANK, *Die unentschiedene Macht*, 1. Auflage, Wien, 2023
- SPINELLI GROUP; BERTELSMANN STIFTUNG, *A Fundamental Law of the European Union*, Gütersloh, 2013
- THYM, DANIEL, *The “refugee crisis” as a challenge of legal design and institutional legitimacy*, Common Market Law Review, 2016, Jg. 53(6), S. 1545–1573
- THYM, DANIEL, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2004
- UKROW, JÖRG, *Wehrhafte Demokratie 4.0 – Grundwerte, Grundrechte und Social Media-Exzesse*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2021, Jg. 24(1), S. 65–98
- VAN DER HOUT, ROBIN, *Äußere Sicherheit durch gute Nachbarschaft? Die sicherheitspolitische Dimension der Europäischen Nachbarschaftspolitik*, in: Calliess, Christian (Hrsg.), Äußere Sicherheit – neue Herausforderungen an eine neue Staatsaufgabe – Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Torsten Stein, Baden-Baden, 2005
- VON BOGDANDY, ARMIN; IOANNIDIS, MICHAEL, *Die republikanische Entwicklung der europäischen Gesellschaft im Lichte des Weißbuchs von 2017*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften, 2024, Jg. 107(1), S. 62–78
- WEBER, STEFAN, *Kontrolle durch Massenmedien, Kontrolle durch Gerichtsbarkeit*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2021, Jg. 24(1), S. 11–32
- ZEH, JULI, *Recht auf Beitritt?*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2002



© Christian Calliess

# Die Rechtliche Einordnung harmonisierter europäischer Normen im Rechtsgefüge des Gemeinschaftsrechts

Gero Leibrock\*

## Inhalt

A. Definition technischer Normen	677
B. Harmonisierte europäische Normen	677
C. Die Erarbeitung harmonisierter europäischer Normen	678
D. Die Verwendung harmonisierter europäischer Normen in der EU Gesetzgebung	678
E. Harmonisierte europäische Normen und Urheberrecht	679
F. Der Rechtscharakter harmonisierter europäischer Normen	679
I. Die Lage vor 2012	679
II. EuGH Urteil vom 27. Oktober 2016 in der Rs. C – 613/14 („James Elliot“)	680
III. EuGH Urteil vom 4. Maerz 2024 in der Rs. C-588/21 P („Mamalud“)	680
1. Hintergrund	680
2. Die Entscheidung des EuGH	681
G. Schlussfolgerungen	681

## Abstract

Auch wenn der Begriff „Normen“ zuweilen zu Missverständnissen führen mag, unterscheiden sich technische Normen deutlich von Rechtsnormen, sowohl institutionell als auch materiell. Institutionell gibt es zwei voneinander unabhängige Entscheidungsebenen. Technische Normen werden von der Industrie erarbeitet und angenommen, Rechtssetzungskakte hingegen auf der staatlichen Ebene. Technische Normen sind „per se“ freiwillig und haben eher den Charakter einer Empfehlung, wohingegen Rechtsnormen verbindlich sind. Der Adressatenkreis einer technischen Norm ist eher begrenzt. In der Regel handelt es sich um Hersteller bestimmter Produkte oder Erbringer von Dienstleistungen. Eine Rechtsnorm hingegen adressiert die Allgemeinheit. Gleichwohl haben beide eine Gemeinsamkeit. Beide formulieren allgemeine materiellrechtliche Regeln, die von jedermann angewendet werden

\* Dr. Gero Leibrock leitete bis Ende 2022 das juristische Team im Referat „Normungspolitik“ der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie, Unternehmen und KMU bei der Europäischen Kommission, Brüssel (Belgium). Es wird darauf hingewiesen, dass die nachfolgenden Ausführungen ausschließlich die Auffassung des Verfassers wiedergeben und nicht diejenige seiner ehemaligen Behörde.

können (Normung) oder müssen (Rechtsnormen). Aufgrund des in den Normungsorganisationen versammelten technischen Know-hows, der breiten Akzeptanz der Normung und der ständigen Anpassung von Normen an den neuesten Stand der Technik greift der Gesetzgeber gerne häufig auf Normen zurück, um seine Gesetzgebung zu unterstützen. Auch der europäische Gesetzgeber macht umfänglich Gebrauch von der Normung zur Unterstützung seiner Gesetzgebung. Dies gilt insbesondere für die Binnenmarktgeseztgebung. Hier hat er eine Methode entwickelt, die auf der einen Seite das Prinzip der Freiwilligkeit der Anwendung von Normen sowie auf der anderen Seite die Unabhängigkeit der Normungsorganisationen aufrechterhält. Andererseits schafft sie aber auch eine Sonderstellung für die Normen in der rechtlichen Struktur des Gemeinschaftsrechts. Unklar war bisher und ist es aber letztendlich immer noch, welche rechtliche Stellung Normen, die im Rahmen der Binnenmarktgeseztgebung erarbeitet wurden, einnehmen. Inzwischen gibt es Urteile des europäischen Gerichtshofes, die der Beantwortung dieser Frage näherkommen.

Ziel des nachfolgenden Beitrags ist, die Bedeutung der jüngsten Urteile der europäischen Gerichte, insbesondere des EuGH, näher zu erläutern sowie auf noch offene Fragen einzugehen

### **The legal classification of harmonised European standards in the legal structure of Community law**

Although the term "standards" may sometimes lead to misunderstandings, technical standards (norms) are very different from legal standards (norms), both institutionally and on the substance. Institutionally, there are two independent decision-making levels. Technical standards are drawn up and adopted by industry, while legal norms are drawn up at the state level. Technical standards are "per se" voluntary and have more of the character of a recommendation, whereas legal norms are always binding. The group of addressees of a technical standard is rather limited. In general, they are manufacturers of certain products or providers of services. A legal norm, on the other hand, addresses the general public. Nevertheless, both have one thing in common. Both formulate general substantive "rules" that can (technical standards) or must be applied by anyone (legal norms). Because of the technical know-how gathered in the standardisation organisations, the broad acceptance of standardisation and the constant adaptation of standards to the latest state of the art, the legislative institutions make frequent use of standards to support their legislation. In the same spirit, the European legislator makes extensive use of standardisation to support its legislation. This is particularly true for internal market legislation. Here he has developed a method that, on the one hand, maintains the principle of voluntary application of standards and, on the other hand, the independence of the standardization organizations. However, it also creates a special position for specific technical standards within the legal structure of Community law. Nevertheless, it has been and still is unclear what legal status standards developed in the context of the internal market legislation have. In the meantime,

there are judgments of the European Court of Justice that come closer to answering this question.

The aim of the following contribution is to highlight the importance of the Court's judgments as well as to discuss the yet open questions.

**Keywords:** Standardisation; Standardisation and Legislation; Role of Standards within the Internal Market Legislation; Regulation 1025/2012 on European Standardisation; Current Problems on the Interpretation of Regulation 1025/2012

### A. Definition technischer Normen

Eine einheitliche, international gültige Definition existiert nicht. Jedoch kann man aus unterschiedlichen Definitionen bestimmte Grundsätze<sup>1</sup> herauslesen. Danach sind Normen technische Dokumente, die

1. von allen interessierten Parteien (private, vor allem Industrie, und öffentliche, vor allem Administration und Gesetzgeber) ausgearbeitet und angenommen worden sind
2. auf der Grundlage einer Reihe von weltweit anerkannten Grundsätzen (Offenheit, Transparenz, Konsens) erarbeitet worden sind, und
3. von privaten, unabhängigen und – in Europa – offiziell anerkannten Normungsorganisationen entwickelt worden sind
4. ihre Anwendung ist freiwillig

### B. Harmonisierte europäische Normen

Gem. Artikel 2(1)c der Verordnung 1025/2012 vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung<sup>2</sup> sind „harmonisierte europäische Normen“ europäische Normen, die von einer oder mehreren der anerkannten europäischen Normungsorganisationen (ESOs) CEN, CENELEC und ETSI<sup>3</sup> erarbeitet worden sind. Sie basieren auf einem Auftrag der Kommission zur Durchführung von Hamonisierungsrechtsschriften der Union.

1 EN 45020Ö 1993 – ISO/IEC Guide 2, Section 2.2; Schepel/Falke, S. 91.

2 Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 316 vom 14.11.2012, S. 12.

3 VO (EU) 1025/2012, Anhang 1.

### C. Die Erarbeitung harmonisierter europäischer Normen

Eine ausführliche Regelung zur Erarbeitung harmonisierter europäischer Normen ist in Artikel 10 der VO 1025/2012 enthalten. Danach

1. ergeht von Seiten der Kommission, nach Konsultation des Normungsausschusses bestehend aus Vertretern der Mitgliedstaaten, ein Normungsauftrag an eine oder mehrere europäische Normungsorganisationen (Art. 10(1) und (2) der VO 1025/2012)
2. haben die europäischen Normungsorganisationen einen Monat Zeit um zu erklären, ob sie den Auftrag annehmen oder nicht (Artikel 10(3) der VO 1025/2012)
3. wird der Normenentwurf nach Erarbeitung der Kommission zur Überprüfung vorgelegt. Stellt die Kommission fest, dass die vorgelegte Norm den Anforderungen des Normungsauftrags entspricht, wird die Fundstelle der Norm im Amtsblatt der EU veröffentlicht (Artikel 10 (5) und (6) der VO 1025/2012). Dies geschieht seit 2019 im Wege einer offiziellen Entscheidung der Kommission, die im Amtsblatt L der europäischen Union veröffentlicht wird.

### D. Die Verwendung harmonisierter europäischer Normen in der EU Gesetzgebung

Das bekannteste und erfolgreichste Beispiel für die Bezugnahme auf und die Nutzung von Normen in den Rechtsvorschriften der EU ist der sogenannte „neue Ansatz“ oder „New Approach“ (NA).

Der neue Ansatz wurde 1985 vorgeschlagen und angenommen, um die grenzenlose Vermarktung von Gütern im Rahmen des Binnenmarktes für Waren zu ermöglichen („Binnenmarktprogramm 1992“).<sup>4</sup>

Eine Besonderheit des NA besteht in der Aufgabenteilung zwischen dem europäischen Gesetzgeber und den europäischen Normungsorganisationen.

Im Zuge dieser Aufteilung hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die wesentlichen Anforderungen in den Rechtsvorschriften zu formulieren, denen Produkte oder Dienstleistungen entsprechen müssen. Hierbei handelt es sich um das „was“, dh. das zwingend Erforderliche zur Erfüllung der gesetzgeberischen Pflichten.<sup>5</sup>

Die Bedingungen zur Erfüllung dieser wesentlichen Anforderungen sind in harmonisierten europäischen Normen (hEN) festgelegt, die von den bereits erwähnten, anerkannten europäischen Normungsgremien (ESOs) im Anschluss an einen spezifischen Normungsauftrag der Kommission ausgearbeitet wurden. Hierbei handelt es sich um das „wie“, d.h. eine Empfehlung, auf welche Art und Weise man den gesetzgeberischen Pflichten entsprechen kann.<sup>6</sup>

4 Europäische Kommission Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 final.

5 Siehe z.B. VO (EU) 2023/1230 über Maschinen, ABl. L 165 v. 29.6.2024, S. 1.

6 Siehe z.B. ABl. L 194 v. 2.8.2023, S. 48.

Wie bei der Anwendung der von der Industrie ausgearbeiteten Normen üblich, bleibt auch hier die Anwendung der Normen freiwillig.

Jedoch genießt ein Hersteller oder Dienstleister, der von harmonisierten europäischen Normen Gebrauch macht, einen immensen Vorteil gegenüber Wettbewerbern, die dies nicht tun. Während Letztere im Einzelnen nachweisen müssen, dass ihr Produkt oder ihre Dienstleistung im Einklang mit den Harmonisierungsvorschriften der Binnenmarktgesetzgebung stehen, wird bei Ersteren davon ausgegangen, dass ihre Produkte den Rechtsvorschriften der Binnenmarktgesetzgebung entsprechen.

Das neue Konzept hat sich als überaus erfolgreich herausgestellt. Es wird weit über die Binnenmarktgesetzgebung hinaus angewendet. Beispiele hierfür finden sich in jeweils etwas abgewandelter Form in der Produkthaftung,<sup>7</sup> im Umweltbereich,<sup>8</sup> sowie auch kürzlich im Digital Service Act<sup>9</sup> und im Bereich der künstlichen Intelligenz.<sup>10</sup>

## **E. Harmonisierte europäische Normen und Urheberrecht**

Harmonisierte europäische Normen sind, wie alle anderen Normen auch, urheberrechtlich geschützt, denn die privaten Normungsorganisationen finanzieren sich überwiegend durch den Verkauf von Normen und generieren durch den Verkauf dieser Normen Einkommen, das wiederum zur Bezahlung der an der Normungsarbeit Beteiligten beiträgt.

Die Kommission hat dies stets in mit den europäischen Normungsorganisationen abgeschlossenen Rahmenabkommen zur Finanzierung der europäischen Normung (FPAs)<sup>11</sup> anerkannt.

Danach steht die freie Nutzung und In- Einsichtnahme harmonisierter europäischer Normen nur für den internen Gebrauch zur Verfügung. Eine Weiterleitung ist strikt untersagt.

## **F. Der Rechtscharakter harmonisierter europäischer Normen**

### **I. Die Lage vor 2012**

Zwischen 1985 und vor dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1025/2012 am 1. Januar 2013, die Normen sowohl hinsichtlich ihrer Bedeutung als auch des Verfahrens zu ihrer Ausarbeitung in ein breiteres öffentliches Licht stellt, sind keinerlei Dis-

7 Richtlinie (EU) 2024/2853 über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L v. 8.12.2024.

8 VO (EU) 2024/1781 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Oekodesign – Anforderungen für nachhaltige Produkte, ABl. L 2024/1781 v. 28.6.2024.

9 Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136 v. 22.5.2019, S. 2.

10 VO 2024/1689 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz, ABl. L 1689 v. 12.7.2024.

11 Nur auf Google auffindbar.

kussionen hinsichtlich harmonisierter europäischer Normen aufgetreten; weder bzgl. Ihrer rechtlichen Einordnung, noch wurde das zur Verfügung Stellen einer Norm durch die europäischen Normungsorganisationen nur gegen Entgelt je in Frage gestellt.

## **II. EuGH Urteil vom 27. Oktober 2016 in der Rs. C – 613/14 („James Elliot“)**

Das Urteil bedeutet einen Wendepunkt in der Einordnung harmonisierter europäischer Normen in das Rechtsgefüge des Gemeinschaftsrechts.

Die Kernfrage hinter diesem Vorabentscheidungsersuchen bestand darin zu erfahren, wer das Auslegungsmonopol hinsichtlich harmonisierter europäischer Normen besitzt.

Der EuGH erklärte sich in dieser Sache für allein zuständig und stellte fest, dass harmonisierte europäische Normen »Teil des Unionsrechts« seien. Denn, so der EuGH,

1. Die Referenzen der Normen werden im Amtsblatt der EU veröffentlicht
2. Die harmonisierten europäischen Normen entfalten eine Rechtswirkung: die Vermutung der Konformität mit EU Recht
3. Harmonisierte europäische Normen sind eine Durchfuehrungsmassnahme von EU Recht
4. Ungeachtet der Tatsache, dass die Normen von den privatrechtlichen Normungsorganisationen erarbeitet werden, übt die Kommission eine erhebliche Kontrolle über die Normungsorganisationen aus.
5. Die Kommission ist daher für harmonisierte europäische Normen, die in ihrem Auftrag erarbeitet worden sind, verantwortlich

Jedoch enthält das Urteil keine Aussage darüber, was genau unter «Teil des Unionsrechts» zu verstehen ist. Handelt es sich hierbei um einen Rechtsakt im Sinne von Artikel 288 AEUV?

Ebenso wenig wurde geklärt, ob harmonisierte europäische Normen, obwohl nunmehr zum Teil des Gemeinschaftsrechts erhoben, auch trotz des Urheberrechts der europäischen Normungsorganisationen für die Öffentlichkeit frei zur Verfügung gestellt werden müssen.

## **III. EuGH Urteil vom 4. März 2024 in der Rs. C-588/21 P („Mamalud“)**

### **1. Hintergrund**

Im Jahr 2018 stellten zwei US-amerikanische Nichtregierungsorganisationen, auf Basis der Verordnung (VO) Nr. 1049/2001 über den Zugang zu Dokumenten der Kommission<sup>12</sup> bei der Kommission den Antrag, kostenlosen Zugang zu vier harmo-

12 ABl. L 2 v. 5.1.2001.

nisierten europäischen Normen, die im Zusammenhang mit der Spielzeugrichtlinie<sup>13</sup> entwickelt worden sind, zu erhalten.

Die Kommission verweigerte den Zugang unter Hinweis auf den Urheberrechts-schutz der europäischen Normungsorganisationen, der das öffentliche Interesse an einer kostenlosen Herausgabe der Normen überwiege. Diese Einschätzung wurde vom Gericht 1. Instanz bestätigt.<sup>14</sup>

## **2. Die Entscheidung des EuGH**

In seinem Urteil vom 4. Maerz 2024 bestätigt der EuGH, dass harmonisierte euro-päische Normen aufgrund ihrer Rechtswirkung Bestandteil des EU Rechts sind. Wiederum ist jedoch keine nähere Erläuterung hinsichtlich der rechtlichen Qualität von harmonisierten europäischen Normen im Gefüge des Gemeinschaftsrechts erkennbar.

Der EuGH führte weiter aus, dass die Kommission eine zentrale Rolle im europäischen Normungssystem spielt, beginnend vom Normungsauftrag bis zur Veröffentlichung der Fundstelle (Artikel 10 VO 1025/2012)

Darueberhinaus geboten die Grundsätze der Transparenz und Offenheit<sup>15</sup> eine größtmögliche Offenheit für alle Dokumente, die sich im Besitz der europäischen Institutionen befänden. Daher bestehe ein schwerwiegendes öffentliches Interesse an einer unentgeltlichen Zurverfügungstellung von harmonisierten europäischen Normen durch die Kommission im Sinne von Art. 4(2) letzter Satz der VO 1049/2001.

## **G. Schlussfolgerungen**

In seinem Urteil vom 4. Maerz 2024 hat sich der EuGH nicht eindeutig dazu geäußert, ob eine harmonisierte europäische Norm, die zwar Teil des Gemeinschafts-rechts ist, einem Rechtsakt der EU gleichzustellen ist. Es bleibt daher – vorläufig – ausreichend, lediglich die Fundstellen einer harmonisierten europäischen Norm im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen.

Das Urteil hat das Urheberrecht der europaeischen Normungsorganisationen hinsichtlich der hamonisierten europaeischen Normen nicht in Frage gestellt. Es bleibt zu beobachten, wie die beteiligten betroffenen Kreise darauf reagieren werden.

13 ABl. L v. 18.6.2009.

14 EuGH, Rs T 185-19, *Public.Resource.Org and Right to Know v. Commission*, Urteil v. 14. Juli 2021, ECLI:EU:T:2021:445.

15 Art. 10 Abs. 1, 2, 10 Abs. 3, 15 Abs. 3 AEUV.

## Bibliographie

SCHEPEL, HARM; FALKE, JOSEF, *Legal Aspects of Standardization in the Member States of the EC and EFTA*, 1. Auflage, Brüssel, 2020



© Gero Leibrock

# Die Welt im Wandel

## Recht – Governance – Demokratie: Einige kritische Betrachtungen

Jürgen Bröhmer\*

### Inhalt

A. Ausgangslage	684
I. Der sich auflösende gemeinsame Nenner	684
II. Die wachsende Dringlichkeit transnationaler Probleme	686
III. Die neuen Herausforderungen	688
B. Das Gutachten des IGH zu den staatlichen Rechtspflichten zur Bekämpfung des Klimawandels	689
I. Die Rolle des Rechts	689
II. Die besonderen Herausforderungen des Klimaschutzes und die transnationale Governance	692
1. Vom IGH herausgearbeitete Beispiele völkerrechtlicher Rechtspflichten	693
2. Mehr Bescheidenheit?	695
3. Verfassungsrechtliche Rechtspflichten	697
C. Schlussfolgerung	699

### Abstract

Der Beitrag enthält einige kritische Überlegungen zur Überdehnung des Rechts als Instrument zur Lösung von, im Wesentlichen, politischen Fragen und Kontroversen. Vor dem Hintergrund der Erosion des institutionellen Vertrauens, des Populismus und der Legitimität der politischen Entscheidungsfindung, sowohl auf transnationaler als auch auf nationaler Ebene, weist der Beitrag auf das zunehmende Governance-Defizit hin, das besonders in Bereichen virulent ist, die sowohl nationale als auch internationale Maßnahmen erfordern. Das jüngste Gutachten des IGH zu den Verpflichtungen der Staaten bei der Bekämpfung des Klimawandels dient als wichtige Illustration. Die Befürworter wirksamer Klimaschutzmaßnahmen verweisen auf dieses Rechtsinstrument, um den Eindruck zu erwecken, dass weitreichende rechtliche Verpflichtungen die umfangreichen politischen Entscheidungen, die getroffen werden müssen, vorwegnehmen, während sich bei näherer Betrachtung herausstellt, dass es weitaus weniger rechtliche Verpflichtungen gibt, als es auf den

\* Der Verfasser ist Professor an der Murdoch University, Perth (Australia). Email: J.Brohmer@murdoch.edu.au.

ersten Blick den Anschein hat, und zwar schon deshalb, weil der politische Prozess nicht durch das Recht vorweggenommen werden kann – das Recht ist viel mehr ein Ergebnis politischer Prozesse als sein Motor. Das ist kein gutes Omen für die Fähigkeit, Lösungen für tiefgreifende Probleme wie den Klimawandel zu finden.

### Law – Governance – Democracy: Some Critical Remarks

The paper offers some critical thoughts on the overextension of law as an instrument to resolve what are, in essence, political questions and controversies. Against a backdrop of the erosion of institutional trust, populism, and the legitimacy of political decision-making, both transnationally and domestically, the paper points to the increasing governance deficit that is especially virulent in areas that require both domestic and international action. The recent Advisory Opinion of the ICJ on the obligations of states regarding combating climate change serves as a major point of illustration. The advocates for effective climate change action point to this legal instrument to create the impression that far-reaching legal obligations pre-empt the vast political decisions that have to be taken, when in fact a closer look reveals that there might be far less in terms of legal obligations than might appear at first sight, if only because the political process cannot be pre-empted by law – law is a result of political processes much more than its driver. That being so does not bode well for the ability to provide solutions for profound problems such as climate change.

**Keywords:** Governance; Democracy; Governance Deficit; climate change; ICJ Advisory Opinion

## A. Ausgangslage

### I. Der sich auflösende gemeinsame Nenner

Über den Zusammenhang zwischen Recht, Governance und Demokratie aus internationaler Sicht zu schreiben, ist heute ohne Berücksichtigung der aktuellen politischen Lage kaum möglich. Der herrschende Zustand wird oft mit dem Begriff „Populismus“ umschrieben. Möglicherweise eignet sich der Begriff „trumpistisch“ besser, um zu erfassen, um was es geht: ein tiefes Misstrauen gegenüber allem und jedem, was als elitär oder Teil des Establishments gilt, ebenso wie ein fast vollumfänglicher Vertrauensverlust gegenüber Institutionen, die irgendwie als Teil des Status quo angesehen werden können. Dieser Vertrauensverlust umfasst die Wissenschaft – Wissenschaftler und Experten aller Art sind eben nur ein Teil der als Hegemonie betrachteten Herrschaft des Establishments.

Letzteres ist besonders bedeutsam, da die Wissenschaft in der Moderne weitgehend außerhalb tiefgreifender Kontroversen oder völliger Missachtung stand – ungeachtet berüchtigter Versuche, mit teilweise katastrophalsten Ergebnissen „falsche Wissenschaft“ zu schaffen, um rassistische und andere bösartigste und widerwärtige Politiken und Überzeugungen zu stützen, wie etwa durch die Nazis in Deutschland.

All dies geht einher mit – oder hat bereits zu – dem Verschwinden oder der Erosion dessen geführt, was man als gemeinsame gesellschaftliche Grundlage dessen bezeichnen könnte, was als plausibel und möglich gilt oder was als Unsinn betrachtet werden muss. Der Umfang dessen, was in einer bestimmten Situation als plausibel erscheinen mag (für eine Anzahl von Menschen, die groß genug ist, um den Diskurs zu beeinflussen), hat sich erheblich erweitert. Die Grenzlinie zwischen potenziell plausibel erscheinenden Diskursen über Ursachen, Wirkungen und Sachzusammenhänge einerseits und bloßem Unsinn hat sich deutlich in Richtung des Unsinns verschoben. Dabei spielt es zunächst einmal allenfalls eine untergeordnete Rolle, ob der Unsinn auf Ignoranz beruht oder Methode hat – das eine schließt das andere nicht aus. In diesem Kontext findet weltweit Politik statt.

In westlichen Demokratien unter Bedingungen der freien Meinungsäußerung ist diese verschobene Grenzlinie ein zentrales Element des täglichen Diskurses. Sie erschwert die Rolle, die dieser Diskurs für den Gang der Meinungs- und Entscheidungsfindung spielt. Wenn Fakten, Meinungen, Bewertungen usw. deutlich über ein auch weit gedachtes Plausibilitätsspielfeld hinaus reichen, wird eine der Hauptaufgaben des Diskurses – nämlich die Reduktion von Komplexität auf ein Maß, das für Entscheidungsfindung verdaulich ist – zunehmend unmöglich, da die Legitimitäts- und Akzeptanzbasis für das Ergebnis eines solchen Prozesses schrumpft. In autokratischen Gesellschaften wird dieses Phänomen teilweise ausgenutzt, indem nützliche Narrative verbreitet und bedrohliche unterdrückt werden. In allen Gesellschaften wird Desinformation zu einem wesentlich mächtigeren Werkzeug.

Dieses Phänomen lässt sich nicht einfach als postfaktisch oder gegenfaktisch beschreiben. Natürlich werden Fakten bereitwillig negiert, wenn sie nicht in die Narrative passen, aber das bedeutendere Problem liegt nicht so sehr in der Ablehnung der Fakten selbst (so schlimm das auch ist), sondern in grundlegenden Streitigkeiten über die Bewertung der Fakten. Der Verlust eines gemeinsamen Kanons von Möglichem und Unmöglichem, gepaart mit der Fähigkeit sozialer Medien, große Gruppen von Menschen hinter nahezu jedem Narrativ zu versammeln – so obskur es auch erscheinen mag –, fördert Tendenzen, Realität durch veränderte Wahrnehmung zu schaffen oder zu beeinflussen. Die Bedeutung der Behauptung, dass einige Einwanderer die Katzen und Hunde der Einheimischen essen, liegt nicht in der faktischen Einschätzung, ob dies überhaupt passiert ist, ob es vielleicht nur ein paar Mal vorgekommen ist oder gar ein häufiger Konflikt zwischen lokalen und Einwandererkulturen ist. Die Bedeutung liegt in der dadurch kommunizierten Wertung, dass Einwanderer negativ anders und bedrohlich sind. Die Bedeutung des Brexit-Slogans „take back control“ liegt nicht in einem positiven Unterschied zwischen der Quantität und Qualität nationaler versus transnationaler Entscheidungsfindung durch EU-Institutionen. Das Narrativ suggeriert, dass heimische Entscheidungen legitim sind und z.B. transnationale EU-Entscheidungen eben nicht; diese sind daher problematisch und letztlich inakzeptabel.

Das grundlegende Demokratieproblem transnationaler Entscheidungsprozesse tritt dabei offen zu Tage. Nationale Entscheidungsprozesse bleiben wichtig, aber sind immer weniger geeignet, grenzüberschreitende Probleme allein wirksam zu

adressieren. Transnationale Entscheidungsprozesse hingegen werden wichtiger, leiden aber unter Legitimitätsproblemen, die insbesondere dann problematisch werden, wenn diese Entscheidungen politisch umstritten sind und unmittelbar und sichtbar in die Lebensbereiche der einzelnen Menschen eingreifen.

Allerdings darf man das Ungeheuer auch nicht größer machen, als es ist. Nationale Entscheidungsprozesse sind ebenfalls einer Erosion ihrer demokratischen Legitimation ausgesetzt. In Deutschland wird das durch den Spruch AfD-naher und sonstiger Kritiker ausgedrückt, sie seien das Volk, die Andersdenkenden per Implikation aber nicht. Die deutsche „Lügenpresse“ (gemeint sind die Medien schlechthin) und die amerikanischen oder trumpischen „fake news“ sind ein und dasselbe; Hintergrund ist jeweils die Überzeugung, dass die andere Seite keine belastbare Legitimationsgrundlage habe. Ein Werkzeug dabei ist die pauschale inhaltliche Inbesitznahme des Begriffs des nationalen Interesses. Diese Inbesitznahme ist zwar vollkommen tautologisch (im Sinne von inhaltsleer und nicht falsifizierbar), denn was im nationalen Interesse liegt – ob etwa niedrige, keine oder sehr hohe Zölle auf Einführen – ist ja gerade umstritten. Dennoch fällt auf, dass die entsprechenden politischen Akteure versuchen, den Begriff zu besetzen und damit zu insinuieren, sie haben das nationale Interesse nicht hinreichend oder gar nicht im Blick.

Ein politischer Körper wie die EU, der Teil einer komplexen und komplizierteren Mehrebenen-Governance-Struktur ist – bestehend aus mindestens drei (lokal, Mitgliedstaat und EU) und im Fall föderaler Mitgliedstaaten sogar vier Regierungsebenen – und der inhärent auf rationaler, hoch abstrakter, bürokratiegetriebener, technokratischer und Experten geleiteter Governance basiert, ist besonders schlecht geeignet, mit dieser neuen Realität umzugehen. Die Lage verschärft sich noch dadurch, dass die EU weitgehend auf indirekte Mittel zur Schaffung greifbarer politischer Verantwortlichkeit angewiesen ist. Hinzu kommt die Tendenz politischer Eliten der Mitgliedstaaten, positive Ergebnisse für sich zu reklamieren und zumindest einige negative Ergebnisse „Brüssel“ anzulasten und/oder sich bequem hinter der EU zu verstecken, wenn es um (zu Hause) unpopuläre, aber als notwendig erachtete Maßnahmen geht. Dass die EU zu alledem noch ein Musterfeindbild gerade für diejenigen darstellt, die sich in besondere Weise dem selbst definierten nationalen Interesse verpflichtet fühlen, kommt noch hinzu.

## **II. Die wachsende Dringlichkeit transnationaler Probleme**

Die Idee der Demokratie ist in ihrem Kern ein einfaches Konzept (aber nur dort). Die Legislative ermächtigt exekutive Entscheidungsträger, innerhalb des in der Gesetzgebung vorgesehenen Rahmens zu handeln. Im Allgemeinen besteht diese Gesetzgebung aus Parlamentsgesetzen, die den Umfang exekutiver Maßnahmen definieren, oder sie besteht aus Gesetzen, die die Befugnis zur Bestimmung des Ermächtigungsumfangs an die Exekutive delegieren, man denke an Artikel 80 GG, dabei aber gewisse Aufsichtsrechte behalten, nicht zuletzt die Befugnis, die delegierte Macht zu widerrufen oder deren Ausübung zu überstimmen. Die demokratische Verantwortlichkeit des Gesetzgebers besteht in direkter Weise gegenüber

den Bürgern, die letztlich von den autorisierten Entscheidungen als relevantes und bindendes Recht betroffen sind. Wenn den Bürgern nicht gefällt, was autorisiert, d.h. gesetzlich den Exekutivbehörden erlaubt oder aufgegeben wurde, können sie die Parlamentsmehrheit ändern in der Hoffnung, andere politische Ergebnisse zu erzielen. Bei direkt-demokratischen Verfahren ist es auch möglich, dass die Bürger solche Maßnahmen in die Wege leiten oder gar beschließen. Man findet dies oft in kleineren Organisationen oder auf den unteren Ebenen mehrstufiger Governance-Systeme; in der Schweiz sind solche direkt-demokratischen Entscheidungsmöglichkeiten sogar auf der Bundesebene nicht nur vorhanden, sondern werden häufig genutzt.<sup>1</sup>

Was hier beschrieben wird, ist im Grundsatz für jede auf Mitbestimmung aufbauende Organisation zutreffend, seien es staatliche Institutionen, seien es Vereine oder auch Unternehmen, die kommerzielle Ziele verfolgen. Immer ist die exekutive Entscheidungsfindung rückgekoppelt an die Mitglieder der Organisation, seien es die Vereinsmitglieder oder die Aktionäre oder darüber hinaus noch andere „Stakeholder“, die gesetzlich in ähnlicher Weise anerkannt werden, wie zum Beispiel die Beschäftigten eines mitbestimmten Unternehmens.<sup>2</sup> Die hier in Frage stehenden Organisationseinheiten sind die Nationalstaaten und die internationale Gemeinschaft als Aggregation der existierenden fast 200 Nationalstaaten,<sup>3</sup> sowie ggf. Teilorganisationen dieser Staaten wie z.B. die quasi-föderale Europäische Union.

In der aktuellen internationalen Ordnung werden Nationalstaaten als souveräne Einheiten betrachtet. Das bedeutet, dass es aus rechtlicher Perspektive keine Institution gibt, die hierarchisch dem Nationalstaat übergeordnet ist. Entgegen einem allzu häufigen Gebrauch des Begriffs Souveränität (in den Medien, aber nicht nur dort) bedeutet der souveräne Status rechtlich nicht, dass der Nationalstaat über dem Gesetz steht, ungeachtet der Tatsache, dass manche Staaten dies zunehmend für sich in Anspruch nehmen. Ganz im Gegenteil, Souveränität ist das Kernprinzip des öffentlichen Völkerrechts, und Nationalstaaten genießen Souveränität als Mitglieder der völkerrechtlichen Gemeinschaft. Rechtliche Verpflichtungen, die Staaten unter der völkerrechtlichen Ordnung freiwillig<sup>4</sup> eingehen, wie Vertragsverbindlichkeiten oder Verpflichtungen aus dem gewohnheitsrechtlichen Völkerrecht, sind daher nicht Einschränkungen der Souveränität eines Staates. Vielmehr müssen sie als

1 Mayer, in: Merkel/Ritzi (Hrsg.), S. 51 ff. Einen zahlenmäßigen Überblick über Volksabstimmungen in der Schweiz von 1848-2022 (obligatorische und fakultative Referenden und Volksinitiativen) gibt Wagschal, Der Modern Staat 2023/1, S. 79: insgesamt 677 mit einer Annahmequote von fast 50%.

2 Zur Mitbestimmung in deutschen Unternehmen aus historisch-politischer Sicht, Gotto, in: Berger/Jäger/Teichmann (Hrsg.), S. 481; s.a. Jäger/Noy/Schoefer, ILR Review 2022/4, S. 857 ff.

3 Die Vereinten Nationen haben derzeit 193 Mitgliedsstaaten, <https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership>. Palästina und der Heilige Stuhl besitzen Beobachterstatus, abrufbar unter <https://www.un.org/en/about-us/non-member-states> (2.10.2025). Daneben gibt es noch eine Reihe von Gebieten, die nicht Mitgliedsstaaten der UN sind, sondern in irgend einer Weise problembehaftete de facto Staaten, z.B. Taiwan, Transnistrien, Süd-Ossetien, Abchasien, Somaliland, Kosovo oder Nordzypern.

4 Artikel 52 der Wiener Vertragsrechtskonvention (VCLT).

Ausdruck dieser Souveränität verstanden werden. Grundlegend ist dabei der Begriff der Zustimmung, denn das Prinzip der freiwilligen (souveränen) Zustimmung ist die Übersetzung des Begriffs der Souveränität in die reale Welt, ebenso wie die Vertragsfreiheit im privaten Bereich als Übersetzung der Privatautonomie gelten kann. Die Staaten – in ihrer Gesamtheit – sind die Herren des Völkerrechts und in diesem Sinne souverän.

### III. Die neuen Herausforderungen

In den letzten Jahrzehnten hat die Welt tiefgreifende, mehr oder weniger subtile Veränderungen mit Blick auf „international governance“ erlebt. Das Völkerrecht ist nicht mehr nur oder vordringlich eine koexistenzsichernde Rechtsordnung. Vielmehr hat das Element der Kooperation und Zusammenarbeit zwischen Staaten zunehmend an Bedeutung gewonnen. Dies zeigt sich im Aufstieg internationaler Organisationen im Allgemeinen und dem Aufstieg internationaler Organisationen mit Entscheidungsbefugnissen im Besonderen.<sup>5</sup> Hegels Sicht, dass die Rechtsbeziehungen (Verträge) zwischen Staaten „von unendlich geringerer Mannigfaltigkeit als in der bürgerlichen Gesellschaft, in der die Einzelnen nach den vielfachsten Rücksichten in gegenseitiger Abhängigkeit stehen“ und daher „Staaten vornehmlich sich in sich befriedigende Ganze“ seien, stimmt nicht mehr. Die Staaten können ihre Umwelt, ihren Wohlstand, ihre Sicherheit, ihre Entwicklung eben nicht mehr autonom und „vornehmlich in sich“ gestalten, sondern sie stehen wie die Einzelnen „in vielfachen Rücksichten in gegenseitiger Abhängigkeit“.<sup>6</sup>

Der Grund für diesen Wandel liegt in der Tatsache, dass einige Probleme nicht ausreichend auf nationaler Ebene angegangen werden können und ein gewisses Maß an internationaler Zusammenarbeit beanspruchen und sogar internationale Entscheidungsbefugnisse notwendig sind, um Problemlösungen überhaupt erst zu ermöglichen. Es bedarf mithin internationaler Institutionen mit Entscheidungsbefugnissen – oder etwas weiter gefasst – transnationaler Governancestrukturen. Transnationale Entscheidungsfindung kann nur existieren, wenn das transnationale Gremium, das diese Entscheidungsbefugnisse ausüben soll, von den kollaborierenden Staaten mit solchen Befugnissen ermächtigt wurde. Die Logik diktiert, dass jede Macht, die so an eine transnationale Institution abgegeben wird, eine Macht ist, die nicht mehr ausschließlich dem Staat gehört, der sie abgegeben hat – und zwar genau in dem Ausmaß und für die Zeitspanne, für die diese Befugnis abgegeben wurde.

Paradebeispiele für solche transnationale Entscheidungsfindung können im internationalen Handel, im Finanzwesen und in der Wirtschaft gefunden werden. Die WTO sowie regionale, bi- oder multilaterale Freihandelsabkommen üben solche Befugnisse gegenüber den jeweiligen Parteien der zugrunde liegenden Verträge aus oder beschränken zumindest die Regelungsbefugnisse der teilnehmenden Staaten. Der IWF und die berüchtigte Konditionalität, die an seine Notfallkredite geknüpft

5 Dazu Schimmelfennig et. al.

6 Hegel, § 332.

ist, sind ein weiteres Beispiel. Der Schutz der Umwelt und des Klimas steht sicherlich in der Tabelle der Menschheitsprobleme sehr weit oben. Institutionell sticht die Europäische Union (EU) als das herausragendste Beispiel hervor, mit einem Integrationsniveau, das dem eines föderierten Staates nahekommt.

Es häufen sich jetzt jedoch Anzeichen, dass die Toleranz der Nationalstaaten für die Einbindung in solche transnationalen Governancestrukturen auf zunehmenden Widerstand stößt. Das ist mitnichten nur eine Funktion der Machtergreifung von Donald Trump in den USA oder der Ausübung nationalistischer Wahnvorstellungen von Putin und seinen Anhängern.

## B. Das Gutachten des IGH zu den staatlichen Rechtspflichten zur Bekämpfung des Klimawandels

Das kürzlich veröffentlichte Gutachten des IGH ist ein schönes Beispiel für die Schwierigkeiten nicht nur von transnationaler und nationaler Governance. Auch die dem Recht insgesamt zukommende Rolle kann an diesem Beispiel zugespitzt kommentiert werden.<sup>7</sup>

### I. Die Rolle des Rechts

Zur Rolle des Rechts fällt zunächst auf, wie dieses Gutachten in den Diskurs einwirkt. Die Rede ist von einer „landmark opinion“.<sup>8</sup> Es wird der Eindruck erweckt, als sei hier rechtlich etwas Außergewöhnliches passiert. Es ist aber rechtlich eigentlich sehr wenig passiert und es konnte auch rechtlich nicht viel passieren, denn die Aufgabe des IGH war es ja gerade nicht, Recht zu setzen. Vielmehr bestand die Aufgabe des IGH ausweislich der von der Generalversammlung ihm gestellten Fragen darin, die verschiedenen klimarechtlich relevanten Instrumente, z.B. das Pariser Übereinkommen oder die Seerechtskonvention, aber auch das Völkerrechtsrecht daraufhin zu untersuchen, ob und wenn ja welche rechtlichen Verpflichtungen für die Staaten sich aus diesen Instrumenten ergeben. Der IGH hat also in der Sache einen juristischen Besinnungsaufsatz geschrieben, die verschiedenen Instrumente

<sup>7</sup> IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/case/187/advisory-opinions> (2.10.2025).

<sup>8</sup> Z.B. *Clark/Cummings/Eckhoff*, ICJ's landmark climate opinion: what it means for business, 24.7.2025, abrufbar unter: <https://www.ashurst.com/en/insights/icjs-landmark-climate-opinion-what-it-means-for-business/> (2.10.2025). Ebenso, *Dunna/Gabbatiss/Lempriere*, CarbonBrief, ICJ: What the world court's landmark opinion means for climate change, 25.7.2025, abrufbar unter: <https://www.carbonbrief.org/icj-what-the-world-courts-landmark-opinion-means-for-climate-change/> (2.10.2025); *Peel*, Historic ruling finds climate change 'imperils all forms of life' and puts laggard nations on notice, 24.7.2025, abrufbar unter: <https://theconversation.com/historic-ruling-finds-climate-change-imperils-all-forms-of-life-and-puts-laggard-nations-on-notice-261848> (2.10.2025).

und das Völker gewohnheitsrecht analysiert und eine fast unüberschaubare Anzahl von entsprechenden Verpflichtungen im weitesten Sinne destilliert.<sup>9</sup>

Die Reaktionen darauf sind ein Beispiel dafür, wie das Recht in den politischen Diskurs hineinwirkt. Diskursteilnehmer, die den Klimawandel als bedrohliche und wissenschaftlich bestätigte Entwicklung ansehen, weisen diesem Gutachten große Bedeutung zu und versuchen, dies in ihre Bemühungen, andere zu überzeugen, so gut zu nutzen wie möglich. Auf der Gegenseite wird das Gutachten teilweise völlig ignoriert.<sup>10</sup> So hat z.B. das Wall Street Journal nicht über das Gutachten berichtet. Ganz anders stellt sich die Lage für den ICC dar. Dort kann man dasselbe Phänomen, sozusagen umgekehrt, erkennen. (Nicht nur) dessen Haftbefehle im Zusammenhang mit dem Gaza-Konflikt haben nicht wenige Gegner dieses Vorgehens zu scharfen Reaktionen veranlasst. Der Editorial Board des Wall Street Journal hat in einem Meinungsbeitrag erklärt, der ICC sei „a Danger to Americans“ und Präsident Trump aufgefordert, „to do more to neutralize the court’s impact“, u.a. auch durch Druck auf „allies to quit the court.“<sup>11</sup>

Die unmittelbare Politisierung eigentlich rechtlicher, aber dennoch inhärent politischer Vorgänge ist natürlich kein neues Phänomen.<sup>12</sup> Wie so oft macht auch hier die Dosis das Gift. In Zeiten sozialer Medien und wachsender binärer Polarisierung

9 Unter Zuhilfenahme der KI Grok und mit hoffentlich hilfreicher Hinführung der KI zu einem möglichst korrekten Ergebnis (etwas hochtrabend „prompt engineering“) hat Grok über 100 solcher Verpflichtungen im weiteren Sinne identifiziert Und zwar wie verlangt unter Hinweis auf den jeweiligen Paragraphen in dem Gutachten. Einerseits eine schöne Spielerei, aber andererseits illustriert das auch die detaillierte Herangehensweise des IGH.

10 Ignoriert wurde das Gutachten selbstverständlich auch von Präsident Trump in seiner Ansprache an die UN-Generalversammlung am 23.9.2025. Allerdings war das in diesem extremen Fall das Beste, was man über die Rede sagen kann. Wörtlich sagte der Präsident: „It’s the greatest con job ever perpetrated on the world, in my opinion. Climate change, no matter what happens, you’re involved in that. No more global warming, no more global cooling. All of these predictions made by the United Nations and many others, often for bad reasons, were wrong. They were made by stupid people. But of course, their countries’ fortunes, and given those same countries, no chance for success. If you don’t get away from this green scam, your country is going to fail. And I’m really good at predicting things, you know? They actually said during the campaign, they had a hat, the best-selling hat: ‘Trump was right about everything.’ And I don’t say that in a braggadocious way, but it’s true. I’ve been right about everything. And I’m telling you that if you don’t get away from the green energy scam, your country is going to fail”, zitiert nach Transcript, Trump to U.N.: „Your Countries Are Going to Hell“ – Read Trump’s full address at the U.N. General Assembly, Foreign Policy, 23.9.2025, abrufbar unter: <https://foreignpolicy.com/2025/09/23/trump-united-nations-speech-immigration-energy/> (2.10.2025).

11 The Wall Street Journal, Editorial Board, The ICC is a Danger to Americans – Trump imposes new sanctions on individuals, but more can be done, 20.8.2025, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/opinion/international-criminal-court-donald-trump-sanctions-israel-america-f8a56b18> (2.10.2025).

12 S. z.B. Mengel, APuZ 1989/13-14, S. 30: „Recht ist Politik, weil letztere erstere zur Gestaltung der Gesellschaft benutzt. Auch die Jurisdiktion besitzt politischen Charakter, indem auch sie gestaltet. Der wesentliche Unterschied zwischen Jurisdiktion und Politik liegt darin, daß diese sich sehr eng an vorgegebene Gestaltungsregeln (Rechtsvorschriften) zu halten hat als jene (Verfassungsvorschriften).“

steigt das Risiko für die Fähigkeit des Rechts, als zweite, dem Primat der Politik bis zu dessen verfassungsrechtlicher Grenze untergeordnete, eigenständige Institution der Konfliktresolution und Ausbalancierung zu fungieren. Der politische Diskurs greift über die letztlich auf Rechtssetzung zielende und nur verfassungsrechtlich limitierte Entscheidungsmacht hinaus und umfasst in zunehmendem Maße auch den eigentlich viel Engeren an den Rechtsvorschriften angelegten Rechtsdiskurs – er wird damit zu einer Art Monopoldiskurs. Alles ist nur noch oder weitgehend politisch. Das gefährdet die Legitimität des Rechts allgemein und des Völkerrechts im Besonderen. Die insbesondere im angelsächsischen Rechtsraum bei völkerrechtlichen Fragen wie Klimaschutz oder Menschenrechte zu beobachtende Methodik, nicht einmal mehr zu fragen, was genau das geltende Recht beinhaltet, sondern stattdessen Rechtspolitik („advocacy“) zu betreiben – also primär die Entwicklung eines verfolgten Politikzieles in die gewünschte Richtung voranzutreiben –, illustriert diese Entwicklung. Gegen Rechtspolitik ist nichts einzuwenden, im Gegenteil: Das geltende Recht ist und darf kein statisches Gebilde sein. Aber gerade in der Rechtswissenschaft, jedoch nicht nur dort, ist die Unterscheidung zwischen dem, was objektiv ist, und dem, was nach subjektiver Ansicht sein sollte, von großer Bedeutung. Dass die Existenz des Völkerrechts als real existierender normativer Rahmen gegenwärtig jedenfalls in zentral wichtigen Teilbereichen starken Zweifeln unterliegt, ist fraglos zuvörderst eine Konsequenz der Existenz von Großmächten wie den USA und China, und, als reine Destruktivgroßmacht anscheinend ohne jeden Anspruch auf eine irgendwie geartete positive Gestaltungsbereitschaft jenseits der eigenen Macht, auch Russland, in denen herrschende politische Strömungen davon ausgehen, dass sie dieser Rechtsordnung nicht nur nicht bedürfen, sondern, dass diese Rechtsordnung sie zu weitreichend einzuhügeln versucht, als man zu akzeptieren willens ist.<sup>13</sup> Es gibt eine Vielzahl kleinerer und größerer Ausprägungen dieses Unilateralismus. Der von George W. Bush offen (re-)formulierte Anspruch, völlig autonom darüber zu entscheiden, ob eine Selbstverteidigungslage vorliegt und ggf. präventive Verteidigungsmaßnahmen zu ergreifen, ist eines der eindrücklichsten Beispiele.<sup>14</sup>

Die von Präsident Trump – nicht nur von ihm – ganz natürlich eingenommene Haltung, dass nur er selber entscheide, was aus Gründen der nationalen Sicherheit geschehen könne, betrifft nicht nur das Völker- sondern auch das Verfassungsrecht. Im Rahmen der Lahmlegung des Streitschlichtungsmechanismus der WTO hat sich die Frage gestellt, wer die Totalkontrolle über den Begriff der „essential (national)

13 Vgl. dazu Niederberger, in: Niederberger/Wolf (Hrsg.), S. 146 der einen ersten wichtigen Ausgangspunkt für diese Entwicklung in der Reaktion auf den Zerfall Jugoslawiens sieht.

14 The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, abrufbar unter: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (2.10.2025): „The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy’s attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.“.

security interests“ im Art. XXI GATT hat und daher, ob es überhaupt rechtliche Verpflichtungen im Rahmen der WTO und des GATT geben kann. Ein WTO-Panel hat sich dazu erklärt und festgestellt, dass der Begriff nicht gänzlich jenseits der Auslegungsbefugnisse der WTO-Streitschlichtungsorgane liegen könne.<sup>15</sup> Treu und Glauben verlangen, dass jedenfalls der Missbrauch des Begriffs festgestellt werden kann, wenn ein Staat auf dieser Grundlage versuchte, sich seiner rechtlichen Verpflichtungen zu entledigen.<sup>16</sup> Der damalige United States Trade Representative (USTR) Robert Lighthizer hatte schon vorher klargemacht, dass diese Feststellung alleine den USA selbst obliege, darauf gestützte Schutzzölle daher vollkommen rechtmäßig seien und Gegenmaßnahmen konsequenterweise unrechtmäßig sein müssen.<sup>17</sup> Die gleiche Frage stellt sich jetzt innerstaatlich in den USA. Kann der Präsident als oberste Exekutive im Lande Notstandsbefugnisse unter § 232 des Trade Expansion Act 1962 („Safeguarding National Security“) erlassen, ohne dass seine Auslegung des Begriffs der nationalen Sicherheit irgendwelchen Einschränkungen unterliegt?<sup>18</sup> Der Gedanke führt unweigerlich zu Carl Schmitt und dessen Diktum, dass „souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“ Innerstaatlich zielt dieser Satz auf die Aufhebung verfassungsrechtlicher Bindungen ab und transnational auf die Aufhebung völkerrechtlicher Bindungen. Der Kreis schließt sich mit dem berühmten, Ludwig XIV. zugesprochenen Diktum „L'État, c'est moi.“ Das Recht spielt nur noch eine untergeordnete Rolle in einem untergeordneten Bereich, der für sich von keinem gesteigerten politischen Interesse ist.

## II. Die besonderen Herausforderungen des Klimaschutzes und die transnationale Governance

Der IGH hat in seinem Gutachten sehr detailliert die Verpflichtungen der Staaten im Hinblick auf den Klimaschutz herausgearbeitet. Man mag darüber streiten, was genau eine Verpflichtung in diesem Sinne bedeutet und deshalb wie viele Verpflichtungen man aus den untersuchten Instrumenten herausarbeiten kann oder wie viele

15 Russia – Traffic in Transit, WTO Panel Report, WT/DS512/R (5 April 2019), abrufbar unter: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds512\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm) (2.10.2025).

16 Russia – Traffic in Transit, WTO Panel Report, WT/DS512/R (5 April 2019), para. 7.133: „The obligation of good faith requires that Members not use the exceptions in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994. A glaring example of this would be where a Member sought to release itself from the structure of ‚reciprocal and mutually advantageous arrangements‘ that constitutes the multilateral trading system simply by re-labelling trade interests that it had agreed to protect and promote within the system, as ‚essential security interests‘, falling outside the reach of that system.“.

17 Statement by USTR Robert Lighthizer on Retaliatory Duties, 26.6.2018, abrufbar unter: <https://2017-2021-translations.state.gov/2018/06/26/statement-by-ustr-robert-lighthizer-on-retaliatory-duties/> (2.10.2025).

18 Dazu Campbell, Louisiana Law Review 2023/2, S. 595 ff.; Congressional Research Service (CRS), Section 232 Investigations: Overview and Issues for Congress, R45249, 18.5.2021, abrufbar unter: [https://www.congress.gov/crs\\_external\\_products/R/PDF/R45249/R45249.2.pdf](https://www.congress.gov/crs_external_products/R/PDF/R45249/R45249.2.pdf) (2.10.2025).

unterschiedliche Pflichten der IGH herausgearbeitet hat.<sup>19</sup> Es sind jedenfalls recht viele. Wenn man sich vor Augen führt, dass der Teil des Gutachtens der sich mit dieser Analyse befasst, circa 100 Seiten lang ist, dann wird sofort klar, dass das Gericht nicht im Detail auf alle sich stellenden Fragen eingehen konnte, sei es zu Fragen des genauen Umfangs der Pflichten oder sei es zu Detailfragen der Zurechnung, der Haftung oder des Schadensersatzes. Es ist aber nicht so, dass es sich bei den gezeigten Verpflichtungen nur um Kleinigkeiten handeln würde – ganz im Gegenteil.

### 1. Vom IGH herausgearbeitete Beispiele völkerrechtlicher Rechtspflichten

Der IGH führt zu Recht und wenig überraschend aus, dass völkergewohnheitsrechtliche Verpflichtungen für alle Staaten gelten, unabhängig davon, ob sie einen Klimaschutzvertrag unterzeichnet und ratifiziert haben oder nicht. Etwas überraschender ist die folgende Feststellung des IGH, dass man davon ausgehen könne, ein vertragskonformes Verhalten von Nichtvertragsstaaten würde jedenfalls kein Recht verletzen, dass aber umgekehrt ein Nichtvertragsstaat die Beweislast dafür trage, dass seine Nichtkooperation mit Vertragsstaaten keine Gewohnheitsrechtsverletzung darstellt.<sup>20</sup> Das ist deswegen überraschend, weil das Gericht auf diese Weise völkergewohnheitsrechtliche, also ggf. nicht konsentierte Rechtspflichten statuiert, deren Reichweite, wenn man sie nicht einschränkend verstehen wollte, atemberaubend wäre. Im Kontext von Due-Diligence-Verpflichtungen und unter Verweis auf seine Pulp-Mills-Entscheidung sagt das Gericht, dass ein Staat alles unternehmen muss, was möglich ist, damit Maßnahmen in seinem Territorium keine signifikanten Schäden in einem anderen Staat hervorrufen.<sup>21</sup> Daraus folgt laut IGH für den Klimaschutz:

“282. As far as climate change is concerned, such appropriate rules and measures include, but are not limited to, regulatory mitigation mechanisms that are designed to achieve the deep, rapid, and sustained reductions of GHG emissions that are necessary for the prevention of significant harm to the climate system. Adaptation measures reduce the risk of significant harm occurring and are therefore also relevant for assessing whether a State is fulfilling its customary obligations with due diligence. These rules and measures must regulate the conduct of public and private operators within the States’ jurisdiction or control and be accompanied by effective enforcement and monitoring mechanisms to ensure their implementation.”<sup>22</sup>

19 S.o. Fn. 9.

20 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 315.

21 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 229, 281 unter Verweis auf IGH, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20.4.2010, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf> (2.10.2025), Rn. 101.

22 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 282.

Die Tragweite dieser Worte kann, auf den ersten Blick, kaum unterschätzt werden. Danach unterliegen die Staaten einer Rechtsverpflichtung, umfassend, schnell und nachhaltig entsprechende Emissionen zu minimieren, um signifikante Schädigungen am Klimasystem zu vermeiden, und die Staaten müssen diese Pflichten effektiv überwachen und durchsetzen. Das bedeutet, dass in den Kernbereichssektoren Energie, Gebäude und Infrastruktur, Transport und Mobilität, Industrie und Landnutzung (Land- und Forstwirtschaft)<sup>23</sup> Maßnahmen der weitreichendsten Art durchzuführen sind. Schon jetzt stehen Klimaschutzmaßnahmen in vielen Ländern unter erheblichem Druck, weil sie teilweise in Konkurrenz zu anderen Politikzielen stehen. Selbst in Ländern, die oft eng mit positiven Klimaschutzabsichten in Verbindung gebracht werden, ist der einfache Zusammenhang zwischen Emissionsverringerung durch entsprechende Preissignale im Energiesektor, sprich höhere Energiepreise, zu einer Belastungsgrenze geworden, die z.B. Deutschland mit zum Scheitern einer Bundesregierung geführt hat. Auch in Australien stehen die Klimaschutzziele vor allem wegen der Energiepreise zurzeit unter erheblichem Druck.<sup>24</sup> Der ehemalige australische Außenminister Alexander Downer hat in einem Meinungsbeitrag die Sache auf den Punkt gebracht:

„The same principle applies to net zero. It is a noble aspiration, but the costs of absolutism will destroy the economy. Leaders must be honest about that. They must explain that while Australians support emissions reduction, they do not support endless increases in electricity bills or the deindustrialisation of the nation. You cannot have one without the other.“<sup>25</sup>

Nimmt man das „Rechtspflichtenheft“ des IGH für bare Münze, bleibt für den demokratischen Diskurs kaum Raum. Dann ist unausweichlich, dass alles dem Klimaschutz unterzuordnen ist. Mindestens jedoch hätte dann das Politikziel Klimaschutz ein derartiges Gewicht, dass man nicht umhin könnte, zu fragen, inwieweit derar-

23 Sektoren übernommen aus dem Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung, <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/klimaschutzplan-2050.pdf> (2.10.2025). Diese Einteilung geht zurück auf das im Rahmen der UNFCCC entwickelte „National GHG Inventory Reporting“. Vgl. dazu Aizawa, National GHG Inventory Reporting – Introduction to Modalities, Procedures, and Guidelines (MPGs), 28.5.2024, abrufbar unter: [https://unosd.un.org/sites/unosd.un.org/files/session\\_11\\_mr.\\_tomoyuki\\_aizawa\\_unfccc.pdf](https://unosd.un.org/sites/unosd.un.org/files/session_11_mr._tomoyuki_aizawa_unfccc.pdf) (2.10.2025).

24 S.o., Fn. 10. Die dort zitierte Passage hat unmittelbare Auswirkungen auf den schon vorher belasteten Diskurs über die Klimapolitik. In Australien droht die Conservative Opposition (eine Koalition aus Liberal and National Party) an dem „Net-Zero Goal 2050“ zu zerbrechen. Schon am nächsten Tag leitartikelte in der konservativen, zum Murdoch Medienkonzern gehörenden Zeitung „The Australian“ Peta Credlin: „Like it or not, Donald Trump nails it on immigration and climate“, 25.9.2025, <https://www.theaustralian.com.au/commentary/like-it-or-not-donald-trump-nails-it-on-immigration-and-climate/news-story/de0fb3fbe743517e950a2e83a0bdcff8> (2.10.2025).

25 *Downer*, Dishonest policies trap nation in doom loop, The Australian, 8.9.2025, S. 11. Der Beitrag findet sich unter anderem Titel in der Online Ausgabe der Zeitung unter: <https://www.theaustralian.com.au/commentary/life-must-be-quiet-in-dfat-when-foreign-policy-has-all-the-impact-of-a-paper-umbrella-in-a-hurricane/news-story/f3c59e8be8653d532c4f948b6e83b13d> (2.10.2025).

tig weitreichende völkerrechtliche Verpflichtungen, an denen das Parlament nicht mitwirkt, verfassungsrechtlich überhaupt zulässig sein können, ohne gegen den Verfassungssubstanzkern zu verstößen, den das BVerfG als Schutzmauer sogar für den Fall aufgestellt hat, dass in Deutschland jemand auf die Idee kommen könnte, die grundgesetzlich und parlamentarisch extremst legitimierte europäische Integration zu vertiefen. Jedenfalls ist nur schwer vorstellbar, wie ein solches Ausmaß an Rechtspflichten die Hürden des BVerfG zur Identitätskontrolle<sup>26</sup> überwinden könnte, weil die verbleibenden Budget- und Entscheidungsbefugnisse über die Art und Ausmaß der Verfolgung verschiedener Politikziele ganz erheblich reduziert wären. Oder geht es, um noch einmal an das Zitat von Alexander Downer anzuknüpfen, bei den „Rechtspflichten“ letztendlich doch nicht um Pflichten im engeren Sinne, sondern nur um „hohre Ziele“? Handelte es sich um Pflichten im engeren Sinne, wo lägen deren Grenzen? Kann man rechtlich argumentieren, ein Rechtssystem verpflichtete die politisch Handelnden bzw. beschränkte deren Handlungsspielraum derart, dass nationale (oder im EU-Kontext supranationale) politische Entscheidungen oder Unterlassungen verpflichtend und rechtlich unausweichlich werden, die sich tiefgreifend auf die gesamten Lebensumstände der Menschen signifikant auswirken? Entscheidungen zur Deindustrialisierung oder zu Ernährungs- und allen möglichen Lebensgewohnheiten. Diese Frage stellt sich umso mehr, wenn man davon ausgeht, dass der Klimawandel selbst auch solche einschneidenden Auswirkungen hat. Man kann der Frage nicht dadurch aus dem Weg gehen, dass man das Problem einfach verneint und deswegen auch kein Problem hat. Kleinteiliger gefragt, muss man den IGH so verstehen, dass die Bundesregierung aus rechtlicher Sicht den Strompreis für die Industrie (und ggf. auch für die Verbraucher) nicht subventionieren darf, wenn dadurch und durch ähnliche andere Maßnahmen die Emissionsreduktionsziele nicht oder viel später erreicht werden?

## 2. Mehr Bescheidenheit?

Die Alternative ist eine etwas vorsichtigere Auslegung dessen, was der IGH sagt, nicht ganz unähnlich der Problematik, die sich auch bei der Auslegung des Art. XXI GATT stellt. Man kann im IGH-Gutachten auch Anhaltspunkte dafür finden, dass die gerade im Kontext des Völkerrechts eher weitreichend formulierten Rechtspflichten in Wirklichkeit doch unter „Bemühensvorbehalten“ stehen oder in ähnlicher Weise reduziert zu verstehen sind. Was der IGH wie oben zitiert formuliert hat,<sup>27</sup> klingt in anderenorts schon nicht mehr ganz so bedrohlich, wenn dieselbe Due Diligence dort unter dem Vorbehalt des Möglichen gestellt wird.<sup>28</sup> Mit Blick auf das Paris Agreement wird zwar festgestellt, dass die „Nationally Determined Contributions“ (NDCs) zwar streng und ambitioniert sein

<sup>26</sup> BVerfG, Urteil vom 5. Mai 2020, Az. 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 und 2 BvR 980/16, insbes. Rn. 101–104.

<sup>27</sup> S.o. Fn 20.

<sup>28</sup> IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 136: „[...] to the best of their ability [...].“

müssen, aber das Resultat der Begrenzung der Erwärmung auf 1,5/2 Grad Celsius schulden nur alle Staaten gemeinsam, während die einzelnen Staaten zur Einhaltung ihrer eigenen NDCs nicht verpflichtet sind, sondern nur zu einem „best effort to obtain such a result“.<sup>29</sup> Der IGH bezeichnet solche „best effort“-Verpflichtungen als Verhaltenspflichten („obligations of conduct“).<sup>30</sup> Das besagt aber nichts oder nur wenig darüber, wie sich die Staaten genau zu verhalten haben bzw. wann ein bestimmtes Verhalten oder Unterlassen zu einer Rechtspflichtverletzung wird. Die Rechtsverpflichtung, mitigierende Maßnahmen mit Blick auf Treibhausgasemissionen zu unternehmen, ist eine solche Verhaltensverpflichtung.<sup>31</sup> Der Bezugspunkt jedoch bleibt dunkel. Geht es nur um Darlegungspflichten, dass man überhaupt etwas getan hat? Genügt schon die Unterlassung von Maßnahmen, die zu mehr Treibhausgasen führen? Kann man argumentieren, dass eine „drill baby, drill“ Politik zwar kurzfristig die Treibhausgasemissionen ansteigen lässt, aber mittel- und langfristig die Kapitalbasis dafür schafft, nachhaltig solche Emissionen zu verringern, weil die Wirtschaft und damit die Kapitalkraft insgesamt und das Einnahmepotential des Staates höher sind während andererseits das Risiko einer zu starken Belastung der Wirtschaft steigt und die Nachhaltigkeit von guter Klimapolitik zunehmend unter Druck gerät oder sogar zur Abkehr jedweder Anstrengungen führt, ggf. sogar zum Austritt aus Klimaschutzvereinbarungen?<sup>32</sup>

Es ist zweifelhaft, ob ein völkerrechtliches Instrument oder gar das Völkerwohnheitsrecht den Staaten diese Einschätzungsprärogativen wegnehmen kann. Die Staaten bestimmen letztlich selbst, was sie können, wie sie konfligierende Politikziele abwägen und umsetzen. De jure, und vermutlich eher theoretisch-akademisch, bleibt allenfalls die Frage, ob dieser Abwägungsvorbehalt in der Sache unbegrenzt ist oder, wenn nicht, wo die Missbrauchsgrenze liegt. Die rechtliche Situation im Bereich Klimaschutzes ist daher nicht wesentlich anders als im Kontext des internationalen Handelsrechts. Umgangssprachlich ausgedrückt, wenn es um das „Eingemachte“ geht, sind die souveränen Staaten auch rechtlich weitgehend autonom. Das ist nicht gut für eine effektive Klimapolitik, aber es wird nicht dadurch besser,

29 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 253. Der „best effort“ taucht noch öfter auf, s. Rn. 203, 229, 258, 270.

30 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 203.

31 IGH, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion v. 23. Juli 2025, Rn. 251.

32 Administration of Donald J. Trump, Executive Order 14162 – Putting America First in International Environmental Agreements, 20.1.2025, abrufbar unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-202500129/pdf/DCPD-202500129.pdf> (2.10.2025). Abgesehen von dem in sich unsinnigen Titel ist der in Section 1 zum Ausdruck kommende Konflikt zwischen wirtschaftlichen und Umweltinteressen kein spezifisch amerikanisches Problem. Man denke nur an die scharfe Auseinandersetzung zum sog. „Gasheizungsgesetz“ (Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz – GEG)), abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/geg/BJNR172810020.html> (2.10.2025). Dazu Haas/Sander/Fünfgeld/Mey, Energy Research & Social Science 2025/123, 104034. Die Konfliktlage wird außerdem sehr eindrucksvoll von Brand et. al, Nature Climate Change 2025/15 beschrieben.

dass man einfach behauptet, es existierten weitreichende Rechtspflichten, die dann durchweg, andauernd und systemisch gebrochen werden.

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtspflichten

Die hier vertretene Ansicht, den rechtlichen Gehalt an internationalen Klimaschutzpflichten als sehr überschaubar zu betrachten, wird sicherlich auf manchen Widerspruch stoßen. Es ist aber nicht so, dass die Lage innerstaatlich besser ist. Dort mögen scheinbar weitreichende Klimaschutzgesetze existieren, aber diese stehen immer unter dem demokratischen Vorbehalt der Änderung. Dann verlagert sich die Argumentation in Staaten wie Deutschland in das Verfassungsrecht. Dort findet man dann Rechtskonstrukte, die, ähnlich wie diejenigen im internationalen Klimaschutzrecht, weitreichende Wirkungen insinuieren, aber bei Lichte betrachtet entweder nur wenig aussagen oder jedenfalls nur wenig konkrete Steuerungskraft haben.

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 illustriert das Problem.<sup>33</sup> Schon beim Lesen der Leitsätze kann man sich fragen, ob das Recht, auch wenn es sich um Verfassungsrecht handelt, das leisten kann, was dort vorgegeben zu werden scheint. Oder ob es sich doch eher um gutgemeinte und durchaus zustimmungsfähige Allgemeinplätze handelt, deren Betonung durchaus auch nützlich sein mag, deren konkret politiksteuernder Inhalt aber – gerade auch verfassungsrechtlich – beschränkt bleiben muss.

Das Bestehen von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG für Leben und Gesundheit ist selbstredend unbestritten und ebenso ist es, dass diese ggf. auch präventive Schutzmaßnahmen erfordern und dabei auch längerfristige Überlegungen eine Rolle spielen müssen (künftige Generationen).<sup>34</sup> Weder aus Art. 14 GG<sup>35</sup> noch aus Art. 20a GG<sup>36</sup> ergeben sich weitergehende Schutzpflichten. Das BVerfG scheint in manchen Passagen seines Beschlusses anzudeuten, dass es um mehr geht als um gutgemeinte und durchaus zustimmungsfähige Allgemeinplätze wie oben formuliert. So wird festgestellt, dass ein Politikkonzept, das nur auf die Reduktion von Treibhausgasemissionen zielt, den Schutzpflichten nicht gerecht werden könnte, sondern Klimaneutralität anzustreben sei.<sup>37</sup> Verfassungsrechtlich gefordert wäre mithin ein gesteigertes Maß an Emissionsreduktion. Auch dürfe der Gesetzgeber sich nicht al-

33 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz).

34 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz), Rn. 144 ff.

35 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz), Rn. 171 f.

36 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz), Rn. 197 ff.

37 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz), Rn. 155.

lein auf Anpassungsmaßnahmen verlassen, sondern müsse den Ausstoß von Treibhausgasemissionen beschränken.<sup>38</sup>

Aber die Frage bleibt, was genau aus diesen Schutzpflichten folgt und ab welchem Unterlassungsgrad sie verletzt sind, insbesondere wenn die potenziell zu verurteilenden Unterlassungen im Klimaschutz mit Abwägungen zugunsten anderer wichtiger Politikziele wie z.B. die Aufrechterhaltung des Sozialstaates oder der Verteidigungsfähigkeit kollidiert. Der Bundestag hat mit Grundgesetzänderungen vor allem betreffend die Artikel 115 Abs. 2 und 145h erst kürzlich Mittel für Sonderinvestitionen für den Ausbau der Infrastruktur und die Herstellung der Verteidigungsfähigkeit in Höhe von EUR 1 Billion (sic!) über 12 Jahre frei gemacht. Hätte man das nicht beschlossen, gäbe es diese über die regulären Ausgaben in diesen Bereichen hinausgehenden Sonderinvestitionen nicht. Man darf gesichert davon ausgehen, dass diese Investitionen die deutschen Treibhausgasemissionen signifikant erhöhen werden.<sup>39</sup> Handelt es sich deswegen bei diesen Investitionen gar schon um verfassungswidriges Verfassungsrecht? Oder muss der Gesetzgeber diese zusätzlichen Emissionen durch erhöhte Reduzierungen anderweitig ausbalancieren? Oder reicht es, dass ein Teil dieser Investitionen auch in den Klimaschutz fließen soll? Müssen die auf diese Art finanzierten Sonderinvestitionen in sich klimaneutral sein?

Man wird diese Fragen jedenfalls sehr weitgehend verneinen müssen. Das Verfassungsrecht kann, ebenso wenig wie das Völkerrecht, eine effektive Klimapolitik erzwingen. Das können allenfalls die politischen – im Falle Deutschlands und anderer „westlicher“ Staaten – die demokratischen Organe, allerdings nur dann und solange diese über die notwendige Legitimation und Akzeptanz verfügen. Im Sinne greifbarer rechtlicher Verpflichtungen bleibt damit auch verfassungsrechtlich gar nicht so viel übrig. Und das, was bleibt, ist im Kern mehr politisch als rechtlich angelegt. Es geht darum, dass der Klimaschutz Teil des aktiven Diskurses bleiben soll, dass transparent und nachvollziehbar zwischen den verschiedenen Politikzielen abgewogen wird, z.B. durch Klimaschutzpläne, auch wenn die Zielerreichung dieser Pläne nicht rechtlich garantiert werden kann. Es geht darum, über die Verrechtlichung des Politikfelds Klimaschutz den entsprechenden Interessenvertretern mit dem Recht ein wichtiges Forum und Instrument zur Interessenvertretung zu eröffnen. Nicht nur die Gerichte sind das Forum des Rechts, sondern der öffentliche Diskurs insgesamt. Wenn Institutionen wie der IGH oder das Bundesverfassungs-

38 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, Az. 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, BvR 96/20 u. 1 BvR 288/20 (Klimaschutz), Rn. 157.

39 Vgl. dazu z.B. *Mottschall/Bergmann*, Treibhausgas-Emissionen durch Infrastruktur und Fahrzeuge des Straßen-, Schienen- und Luftverkehrs sowie der Binnenschifffahrt in Deutschland, Umweltbundesamt 96/2013, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/treibhausgas-emissionen-durch-infrastruktur> (2.10.2025). Ein Kommentar in der wissenschaftlichen Zeitschrift *Nature* (*Rajaeifar et. al.*, *Nature* 2022/611, S. 30) führt aus, dass pro Kopf gerechnet und als Staat eingeordnet, das US-Militär mit Abstand der größte Emittent von Treibhausgasen wäre wäre (weit vor den USA selbst). Das, grob gesprochen, mit Deutschlands Bundeswehr größtenteils vergleichbare britische Militär wäre als Staat der sechstgrößte Emittent, ebenfalls weit vor dem UK selbst.

gericht Entscheidungen treffen oder Beschlüsse fassen, die aktiveren Klimaschutz, wenn nicht gar anmahnen, so doch wenigstens prüfen, ob Klimaschutz als wichtiger Abwägungsgrund hinreichend in die Überlegungen und die Entscheidungen eingeflossen ist, dann gewinnt der Klimaschutz an Legitimität – man kann sich „im Recht“ wähnen und die Sache des Klimaschutzes bekommt auch politisch Aufwind. Letztlich geht es schlicht darum, auch auf rechtlichem Weg wenigstens das zu tun, was möglich erscheint, auch wenn es, wie hier vertreten, am Ende so viel nicht ist. Besser als nichts mag man sagen.

### C. Schlussfolgerung

Es bleibt die ernüchternde Feststellung, dass das Recht als Instrument der Governance sowohl transnational als auch national schneller an seine Grenzen gestoßen ist, als viele vielleicht vermutet oder wenigstens gehofft hätten. Das Recht funktioniert nur auf einem begrenzten „Spielfeld“ eines bestehenden Grundkonsenses. Wenn dieser Grundkonsens brüchig wird, tritt die Macht an die Stelle des Rechts. Entscheidungen werden dann entweder ohne rechtliche Rücksichten getroffen oder das Recht wird so verstanden (wenn es nicht geändert werden kann), dass es wieder zum „Spielfeld“ passt. Die Menschheit verfügt weiterhin nicht über eine Governancestruktur, die zur Hoffnung berechtigt, tiefgreifende und langfristige nationale und transnationale Problemlagen, nachhaltig angehen zu können.

### Bibliographie

- BRAND, ULRICH; HAUSKNOST, DANIEL; BRAD, ALINA; EYSELEIN, GABRIEL; KRAMS, MATHIAS; MANEKA, DANYAL; PICHLER, MELANIE; SCHNEIDER, ETIENNE, *Structural Limitations of the Decarbonization State*, Nature Climate Change, 2025, Vol. 15, S. 927–934, <https://doi.org/10.1038/s41558-025-02394-y>
- CAMPBELL, TOM, *Presidential Authority to Impose Tariffs*, Louisiana Law Review, 2023, Vol. 83(2), S. 595–618
- GOTTO, BERNHARD, *Ein schöneredeter Misserfolg?: Erinnerungen an das Mitbestimmungsgesetz von 1976*, in: Berger, Stefan; Jäger, Wolfgang; Teichmann, Ulf (Hrsg.), Gewerkschaften im Gedächtnis der Demokratie: Welche Rolle spielen soziale Kämpfe in der Erinnerungskultur?, 1. Auflage, Bielefeld, 2022, S. 481–500, <https://doi.org/10.1515/9783839453803-023>
- HAAS, TOBIAS; SANDER, HENDRIK; FÜNFGELD, ANNA; MEY, FRANZISKA, *Climate obstruction at work: Right-wing populism and the German heating law*, Energy Research & Social Science, 2025, Vol. 123, 104034, <https://doi.org/10.1016/j.erss.2025.104034>
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Neuauflage, Frankfurt, 1986

- JÄGER, SIMON; NOY, SHAKKED; SCHOEFER, BENJAMIN, *What Does Codetermination Do?*, ILR Review, 2022, Jg. 75(4), S. 857–890, <https://doi.org/10.1177/00197939211065727>
- MAYER, CHRISTOPH, *Direkte Demokratie in der Schweiz*, in: Merkel, Wolfgang; Ritzi, Claudia (Hrsg.), *Die Legitimität direkter Demokratie*, 1. Auflage, Wiesbaden, 2017, S. 51–72, [https://doi.org/10.1007/978-3-658-16233-7\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-658-16233-7_2)
- MENGEL, HANS-JOACHIM, *Recht und Politik. Zur Theorie eines Spannungsverhältnisses im demokratischen Staat*, APuZ, 1989, Nr. 13–14, S. 30–38
- NIEDERBERGER, ANDREAS, *Politisierung des Rechts oder Verrechtlichung und Demokratisierung der Politik? Zum Beitrag der Dekonstruktion zu einer Theorie von Demokratie und Recht in der Weltgesellschaft*, in: Niederberger, Andreas; Wolf, Markus (Hrsg.), *Politische Philosophie und Dekonstruktion: Beiträge zur politischen Theorie im Anschluss an Jacques Derrida*, Bielefeld, 2007, S. 143–164
- RAJAEIFAR, MOHAMMAD ALI; BELCHER, OLIVER; PARKINSON, STUART; NEIMARK, BENJAMIN; WEIR, DOUG; ASHWORTH, KIRSTI; LARBI, REUBEN; HEIDRICH, OLIVER, *Decarbonize the Military – Mandate Emissions Reporting*, Nature, 3. November 2022, Vol. 611, S. 29–32, <https://doi.org/10.1038/d41586-022-03444-7>
- SCHIMMELFENNIG, FRANK; WINZEN, THOMAS; LENZ, TOBIAS; ROCABERT, JOFRE; CRASNIC, LORIANA; GHERASIMOV, CHRISTINA; LIPPS, JANA; MUMFORD, DENSA, *The Rise of International Parliaments: Strategic Legitimation in International Organizations*, 1. Auflage, Oxford, 2020
- WAGSCHAL, UWE, *Direkte Demokratie in der Schweiz und die Wirkung auf die Staatstätigkeit*, dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 2023, Jg. 16(1), S. 72–94, <https://doi.org/10.3224/dms.v16i1.05>



© Jürgen Bröhmer

# **Legitime Ziele im Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV**

Stefan Weber\*

Inhalt	
A. Einleitung	702
B. Subsidiaritätsprinzip und Ziele	704
I. Die Mechanik des Art. 5 Abs. 3 EUV	704
II. Zwei Beispiele: Bankenregulierung und Lieferkettenregulierung	706
III. Antagonismus von Subsidiarität und Einheitlichkeit	709
IV. Subsidiarität – ein Thema der Gesetzgebung?	711
V. Abstimmungsmehrheiten	712
VI. Justiziabilität	712
C. Subsidiaritätsprinzip und inhaltliche Bindung	713
I. Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips	714
II. Subsidiaritätsprinzip, Zuständigkeit der Union und Unionsziele	715
III. Inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV	716
D. Ziele und Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV	717
I. Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen	717
II. Ziel-Maßnahme-Korrelation	718
III. Ausdrückliche und verdeckte Ziele	719
E. Zielauswahl und legitime Ziele	720
I. Legitime Ziele in Art. 5 Abs. 3 EUV	720
II. Legitime Ziele im kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzip	722
III. Fallkonstellationen zur Legitimität von Zielen	722
1. Gestaltbarkeit des Vereinheitlichungs-Grads	723
2. Ziele, die nicht im Kernbereich der Unionsziele liegen	724
3. „Level playing field“ vs. „One size fits all“	725
4. Grenzen wechselseitiger Anerkennung	725
5. Grenzüberschreitender Charakter des Regelungsgegenstands	726
6. Tipping Point und Mikado-Effekt	726
F. Ergebnis	727

\* Dr. iur. (Universität Wien), LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt in Wien (Austria), Professor für internationales Wirtschaftsrecht am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Email: stefan.weber@uni-saarland.de.

## Abstract

Nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV wird die Europäische Union nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten ausreichend verwirklicht werden können (Negativkriterium). Zudem müssen Maßnahmen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sein (Positivkriterium). Die Unionsdokumente und das Schrifttum behandeln die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV als zweistufigen Test. Dieser Beitrag argumentiert, dass der Test um eine Stufe zu erweitern ist (dreistufiger Test). Im Rahmen der Auswahl von Zielen ist (vorab) in einer ersten Stufe zu prüfen, ob ein ausgewähltes Ziel legitim iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist. Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübriggt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

### Legitimate objectives in the principle of subsidiarity under Art. 5(3) TEU

Under the principle of subsidiarity in Article 5(3) TEU, the European Union shall only act if and in so far as the objectives of the proposed action can be sufficiently achieved by the Member States (negative criterion). Furthermore, it is necessary that, by reason of scale or effects, the proposed action can be better achieved at Union level (positive criterion). Union documents and legal literature treat the requirements of Article 5(3) TEU as a two-stage test. This article argues that the test shall be extended by one stage (three-stage test). When selecting objectives, a first step must be taken to examine whether a selected objective is legitimate within the meaning of Article 5(3) TEU. If a selected objective lacks legitimacy within the meaning of Article 5(3) TEU, there is no need to examine the negative and positive criteria.

**Keywords:** Zuständigkeit; Kompetenzabgrenzung; Subsidiaritätsprinzip; Legitimität

## A. Einleitung

Föderale Demokratien machten in den letzten Dekaden die Erfahrung, dass ein Zuviel an zentralisierten Entscheidungen vom Wahlvolk nicht akzeptiert wird. Die jüngsten Entwicklungen in den USA zeigen, dass eine der Ursachen für disruptive Wahlentscheidungen das fehlende Vertrauen des Wahlvolkes in die Politik auf föderaler Ebene (in Washington) ist. Daraus ergeben sich grundsätzliche Fragen: Welche Regelungsbereiche soll die Föderation übernehmen? Welche der einzelne Bundesstaat? Welche Sachverhalte sollen überhaupt staatlich geregelt werden? Vordergründig geht es um Themen wie Abtreibung, Maskenpflicht, Umweltschutz oder Sozialversicherung. Hintergründig geht es um die Anpassungsfähigkeit, Akzeptanz und Stabilität politischer Systeme. All diese Themen stellen sich in vergleichbarer Weise in der Europäischen Union. Im Rahmen der Kompetenzverteilung zwischen

der Union und den Mitgliedstaaten ist die adäquate Balance zwischen Erneuerung und Stabilität von entscheidender Bedeutung.

Im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sieht der EUV ein komplexes Kompetenzgefüge vor.<sup>1</sup> Die Union verfügt (nur) über jene Zuständigkeiten, die ihr durch die Unionsverträge verliehen wurden (begrenzte Einzelermächtigungen).<sup>2</sup> Die Unionsverträge kennen mehrere Arten der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten: die ausschließliche Zuständigkeit der Union (Art. 3 AEUV), parallele oder geteilte Zuständigkeiten in Bereichen, in denen sowohl die Union als auch die Mitgliedsländer Rechtsvorschriften erlassen können (Art. 4 AEUV), und die nicht-regulatorischen Zuständigkeiten der Union, wo die Union Maßnahmen der Mitgliedstaaten lediglich unterstützen, koordinieren oder ergänzen darf (insb. Art. 5 und 6 AEUV).<sup>3</sup> Daneben und darüber hinaus teilt Art. 114 AEUV der Union die Zuständigkeit zu, Harmonisierungsmaßnahmen zu erlassen, um die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen (konkurrierende Zuständigkeit).<sup>4</sup> Diese Zuständigkeit ist eine funktionale Zuständigkeit und dient der Beseitigung von Handelshemmissen und der Einführung von einheitlichen (gemeinsamen) Standards.

Wo keine ausschließliche Zuständigkeit der Union besteht,<sup>5</sup> gilt übergreifend das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV als grundlegendes Organisationsprinzip der Union.<sup>6</sup> Aufgaben sollen möglichst von der kleinsten, kompetenten Einheit übernommen werden. Die Union soll als höchste Ebene nur eingreifen, wenn eine niedrigere Ebene (Mitgliedstaaten oder deren Verwaltungseinheiten) nicht in der Lage ist, eine Aufgabe selbst zu bewältigen. Schon die Präambel des EUV erwähnt das Subsidiaritätsprinzip und begründet es – bloß – mit größtmöglicher Bürgernähe. Als allgemein gültiger Grundsatz wurde das Subsidiaritätsprinzip mit dem Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 im Unionsrecht verankert. Zuvor war es lediglich im damaligen, durch die EEA im Jahr 1986 eingeführten Art. 130r Abs. 4 EWGV zur Umweltpolitik geregelt.<sup>7</sup>

1 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 2 mwN.

2 Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 EUV).

3 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 ff. mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 57 mwN.

4 *Schima*, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 26 mwN.

5 Ausschließliche Zuständigkeiten der Union sind die in Art. 3 AEUV genannten Bereiche, nämlich die Zollunion, die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln, die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik sowie die gemeinsame Handelspolitik.

6 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 ff. mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 49 mwN.

7 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 1 mwN; *Schima*, S. 70 ff. mwN.

Art. 5 Abs. 3 EUV sieht eine differenzierte Abwägung von Einheitlichkeits- und Subsidiaritätspositionen vor. Dazu normiert Art. 5 Abs. 3 EUV zwei maßgebende Kriterien, die üblicherweise als Negativkriterium und als Positivkriterium (oder „Besser“-Kriterium) bezeichnet werden.<sup>8</sup> Nach dem *Negativkriterium* wird die Union nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können. Nach dem *Positivkriterium* müssen Maßnahmen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sein.

Die Unionsdokumente und das Schrifttum behandeln die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EUV als zweistufigen Test (*Subsidiaritäts-Test*). Dieser Beitrag argumentiert, dass der Test um eine Stufe auf einen *dreistufigen Test* zu erweitern ist. Betreffend die Auswahl von Zielen ist (vorab) in einer ersten Stufe zu prüfen, ob das ausgewählte Ziel legitim iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist. Fehlt dem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübrigkt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

## B. Subsidiaritätsprinzip und Ziele

### I. Die Mechanik des Art. 5 Abs. 3 EUV

Art. 5 Abs. 3 EUV normiert das Negativkriterium und das Positivkriterium. Im Rahmen des *Negativkriteriums* sollen trans-mitgliedstaatliche Aspekte und eine Überforderung der Mitgliedstaaten maßgebend sein. Kern dieses Tests (auch *Insuffizienztest*) ist die Frage, ob die Mitgliedstaaten durch das Ziel einer geplanten Maßnahme überfordert wären.<sup>9</sup> Schon die Fähigkeit der Mitgliedstaaten, ein ausgewähltes Ziel zu erreichen, reicht grundsätzlich aus, um ein Handeln der Union auszuschließen. Beim *Positivkriterium* ist der Mehrwert des Handelns der Union in Bezug auf dessen Umfang und Wirkung vergleichend zu prüfen. Beide Fälle (Umfang und Wirkung) sind mit Prognoseentscheidungen verbunden.<sup>10</sup> Im Rahmen dieses Tests (auch *Mehrwerttest*) ist nachzuweisen, dass sich durch die Unionsmaßnahme ein europäischer Mehrwert schaffen lässt.<sup>11</sup> Die Unionsmaßnahme muss

8 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 31 mwN.

9 Siehe etwa Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 54 mwN; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 38 mwN;

10 Der EuGH beschränkt sich darauf zu prüfen, ob der Unionsgesetzgeber auf Grundlage seiner Prognoseentscheidung plausibel annnehmen durfte, dass ein unionsrechtlicher Mehrwert in Bezug auf Umfang und Wirkung vorliegt. Eine Prognoseentscheidung gilt als ausreichend formuliert, wenn die Begründung den Unionsgesetzgeber, die nationalen Parlamente und den Gerichtshof in die Lage versetzt, die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsgrundsatz nachzuvollziehen. Siehe etwa Schima, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 56; EuGH, Rs. 547/14, *Philip Morris Brands ua*, Urteil v. 6. Mai 2014, ECLI:EU:C:2016:325 Rn. 227.

11 Siehe etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN; Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 34 mwN.

deutliche Vorteile gegenüber einem Handeln der Mitgliedstaaten mit sich bringen. Das Verhältnis der beiden Tests zueinander bleibt offen. Im Ergebnis werden zwei Tests hintereinandergestellt, die zwar mit den Worten „sondern vielmehr“ verbunden sind, deren Resultate aber in keinem notwendigen Zusammenhang stehen.<sup>12</sup>

Kern des Subsidiaritäts-Tatbestandes sind die „*Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen*“. Die getroffenen Maßnahmen müssen sich an den gewählten Zielen ausrichten (und verhältnismäßig sein).<sup>13</sup> Zu möglichen Zielen selbst sowie zur Auswahl von Zielen enthält der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV keine weiteren Vorgaben. Ebenso enthält der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV keine über die dargestellten Prüfungen hinausgehenden materiellen Maßstäbe. Eine inhaltliche Determinierung möglicher Zielsetzungen – auch durch die Rechtsprechung – fehlt.<sup>14</sup> Zahlreiche Fragen bleiben offen, etwa ob der Begriff „Maßnahme“, wenn ein Rechtsakt betroffen ist (etwa Richtlinie oder Verordnung), neben dem Rechtsakt selbst auch jede einzelne Umsetzungsmaßnahme in diesem erfasst.

In engem Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip steht der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV. Beide Grundsätze referenzieren zu „Zielen“.<sup>15</sup> Nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der „Ziele der Verträge“ erforderliche Maß hinausgehen. Trotz des Verweises auf die „Ziele der Verträge“ geht es – allgemein – um eine Kontrolle der Zweck-Mittel-Rationalität des Unionshandelns.<sup>16</sup> Die konkret gewählten Mittel sind mit den konkret gewählten Zielen einer Regelung als Referenzpunkt abzugleichen. Beide Grundsätze weisen inhaltliche Überschneidungen auf. Die Prüfung beider Grundsätze greift teilweise auf gleiche Prüfungselemente zurück, etwa finanzielle Belastungen oder Verwaltungsaufwand. Die verbreitete Unterscheidung zwischen dem „ob“ (Subsidiarität) und dem „wie“ (Verhältnismäßigkeit) des Handelns der Union eignet sich bloß als grobe Kategorisierung.<sup>17</sup>

Vor diesem Hintergrund entwickelte die Union ein Verfahren, das die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Zielen durch die Unionsorgane beteiligt. Dieses Verfahren ist im *Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit* („Subsidiaritätsprotokoll“)<sup>18</sup> festgelegt.<sup>19</sup> Die Zielauswahl wird einer Vorabkontrolle unterworfen, die in einen rechtspolitischen Prozess eingebettet ist. Die nationalen Parlamente achten auf dessen Einhaltung nach dem im Subsidiaritätsprotokoll vorgesehenen Verfahren. Das Subsidiaritätsprotokoll konkretisiert die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 EUV (und Art. 5 Abs. 4 EUV: Verhältnismäßigkeitsprinzip). Es zielt darauf ab, die Transparenz und die Kontrolle bei der

12 Krit. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 35.

13 Art. 5 Abs. 3 EUV.

14 *Moersch*, S. 343.

15 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55, Rn. 70 mwN.

16 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN.

17 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55 mwN; *Schütze*, Cambridge Law Journal 2009/3, S 532 mwN.

18 ABl. C 115 v 9.5.2008, S 206-209.

19 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 60 ff.; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN.

Gesetzgebung der Union zu gewährleisten, die Rolle der nationalen Parlamente zu stärken und eine Überprüfung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Das Verfahren beinhaltet eine ex-ante Kontrolle von vorgeschlagenen Maßnahmen durch die nationalen Parlamente.<sup>20</sup> Die Handlungsmöglichkeiten werden durch Verfahrensbestimmungen (faktisch) begrenzt. Die Zielentscheidungen werden durch ein Verfahren legitimiert. Daneben ist auf Initiative der nationalen Parlamente eine Nichtigkeitsklage an den EuGH (Subsidiaritätsklage) vorgesehen.<sup>21</sup>

## II. Zwei Beispiele: Bankenregulierung und Lieferkettenregulierung

Die Unionsorgane begnügen sich bei der Abwägung der Einheitlichkeits- und Subsidiaritätspositionen oft mit der Darlegung eines Mehrwerts<sup>22</sup> und der Anwendung der ihnen jeweils eher zusagenden Teststufe.<sup>23</sup> Ausführungen zu beiden Teststufen fehlen häufig. Letztlich findet eine pauschalisierende Gesamtabwägung statt, in die sowohl die vertraglichen Ziele der Union als auch die (politischen) Interessen der Union und der Mitgliedstaaten einfließen. Dazu zwei Beispiele, die Bankenregulierung (aus 2013) und die LieferkettenRL (aus 2024).

Kern der *Bankenregulierung* der Union<sup>24</sup> sind die EigenkapitalRL<sup>25</sup> und die zugleich erlassene KapitaladäquanzVO.<sup>26</sup> Beide Rechtsakte zusammen bilden den Rechtsrahmen für den Zugang zur Tätigkeit, den Aufsichtsrahmen und die Aufsichtsvorschriften für Kreditinstitute und Wertpapierfirmen. Die Erwägungsgründe zur KapitaladäquanzVO formulieren: „[d]aher sollte diese Verordnung zusammen mit jener Richtlinie gelesen werden.“<sup>27</sup>

20 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 68 mwN; *Schima*, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 45 ff. mwN.

21 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 64 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 68 mwN.

22 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 40 mwN.

23 In diesem Sinne *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 35 mwN.

24 Siehe Banking Regulation, abrufbar unter: [https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation\\_en?prefLang=de](https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation_en?prefLang=de), 22.9.2025; *Grieser/Heemann* (Hrsg.) Europäisches Bankaufsichtsrecht; *Calliess/Schoenfleisch*, JZ 2015/3, S. 113 ff.

25 RL (EU) 36/2013, über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG (auch: Capital Requirements Directive, CRD), ABl. L 176/338 v. 26.6.2013, S. 338–436.

26 VO (EU) 575/2013, über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (auch: Capital Requirements Regulation, CRR), ABl. L 176/1 v. 26.6.2013, S. 1-337.

27 VO (EU) 575/2013, ABl. L 176/1 v. 26.6.2013, S. 1-337, Rn. 5.

Die Ziele iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV finden sich nur in den Erwägungsgründen zur EigenkapitalRL (und nicht in der KapitaladäquanzVO). RN 104<sup>28</sup> hält als Ziele der Richtlinie – ganz allgemein – (i) die Festlegung von Vorschriften für den Zugang zur Tätigkeit von Instituten und (ii) die Beaufsichtigung von Instituten fest. Diese Ziele könnten auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden. Sie seien wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Maßnahme besser auf Ebene der Union zu verwirklichen. Somit könne die Union im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Damit stellen die Erwägungsgründe sowohl das Negativkriterium als auch das Positivkriterium fest. Unterziele (Meso- oder Mikroziele) sind nicht erfasst.

Hintergrund der EigenkapitalRL und der KapitaladäquanzVO sind die Regelungen von Basel III.<sup>29</sup> Im Gefolge der Finanzkrise im Jahr 2008 hatte der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht im Dezember 2010 eine umfassende Überarbeitung des aufsichtlichen Rahmens verabschiedet, die unter anderem eine weitere Anhebung der Mindestausstattung mit Eigenkapital vorsieht. Dieses Dokument wurde von der Union übernommen und umgesetzt.

Die KapitaladäquanzVO gilt als Verordnung in allen Mitgliedstaaten und regelt rechtsvereinheitlichend insbesondere (i) die Mindestkapitalanforderungen samt anrechenbaren Eigenmitteln (Kernkapital, zusätzliches Kernkapital, Ergänzungskapital – CET1, AT1, T2), (ii) die Eigenmittelanforderungen für Risikoarten (etwa Kreditrisiko, Marktrisiko, operationelles Risiko), (iii) Großkredite und Konzentrationsrisiken, (iv) Liquiditätsanforderungen sowie (v) die Verschuldungsquote (Leverage Ratio).

Die EigenkapitalRL harmonisiert innerstaatliches Recht und regelt insbesondere (i) die Voraussetzungen für die Erteilung einer Banklizenz, (ii) die Mindestanforderungen an Anfangskapital, (iii) die Corporate Governance von Kreditinstituten, (iv) Anforderungen an Leitungs- und Aufsichtsorgane („fit & proper“), (v) Aufsichtsprozesse, (vi) interne Verfahren zur Sicherstellung angemessener Eigenmittelausstattung und Liquiditätssteuerung, (vii) Risikomanagement und interne Kontrollsysteme, (viii) die interne Revision, (ix) die Vergütungspolitik, (x) einen Kapitalerhaltungspuffer, (xi) die grenzüberschreitenden Tätigkeiten von Kreditinstituten sowie (xii) aufsichtsrechtliche Befugnisse.

28 „Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Festlegung von Vorschriften für den Zugang zur Tätigkeit von Instituten und die Beaufsichtigung von Instituten, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Maßnahme besser auf Ebene der Union zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das zur Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.“ VO (EU) 575/2013, ABl. L 176/1 v 26.6.2013, S. 1-337, Rn. 104.

29 Dazu *Basler Ausschuss für Bankenaufsicht*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, Dezember 2010 (rev. Juni 2011); S. 2 ff.

Daneben bestehen zahlreiche weitere vereinheitlichende und harmonisierende Rechtsakte zur Regulierung und Aufsicht von Banken.<sup>30</sup>

Die *LieferkettenRL*<sup>31</sup> normiert Sorgfaltspflichten für Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und die Verbesserung sozialer und ökologischer Standards entlang globaler Aktivitätsketten. Als Ziele iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV nennen die Erwagungsgründe in RN 99:<sup>32</sup> „das Potenzial des Binnenmarkts besser auszuschöpfen, um zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft beizutragen“ und „die nachhaltige Entwicklung durch Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen zu unterstützen.“<sup>33</sup> Es wird deutlich, dass die Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 EUV auf der Ebene des Rechtsakts in seiner Gesamtheit (Makroebene) durchgeführt wurde. Die Ziele sind ebenfalls allgemein definiert, Unterziele (Meso- oder Mikroziele) sind nicht erfasst.

In Anwendung des Negativkriteriums stellen die Erwagungsgründe fest, dass diese Ziele von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden könnten. In Anwendung des Positivkriteriums seien diese Ziele auf Unionsebene besser zu verwirklichen. Begründet wird dies mit Hinweisen auf (i) den Umfang und die Wirkungen der Maßnahme (d.i. die LieferkettenRL), (ii) die These, dass die Probleme und Ursachen, die Gegenstand der LieferkettenRL sind, eine transnationale Dimension haben, (iii) die These, dass viele Unternehmen unionsweit oder weltweit tätig sind und ihre Wertschöpfungsketten sich auf andere Mitgliedstaaten und Drittländer erstrecken, (iv) die These, dass Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten

30 Siehe Banking regulation, abrufbar unter: [https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation\\_en?prefLang=de](https://finance.ec.europa.eu/banking/banking-regulation_en?prefLang=de), 22.9.2025; Callies/Schoenfleisch, JZ 2015/3, S. 114 mwN.

31 RL (EU) 2024/1760, über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859 (auch: Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD oder CS3D), ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58.

32 „Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich das Potenzial des Binnenmarkts besser auszuschöpfen, um zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft beizutragen, und die nachhaltige Entwicklung durch Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen zu unterstützen, von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen des Umfangs und der Wirkungen der Maßnahme, insbesondere der Tatsache, dass die Probleme und Ursachen dieser Probleme, die Gegenstand dieser Richtlinie sind, eine transnationale Dimension haben, da viele Unternehmen unionsweit oder weltweit tätig sind und sich ihre Wertschöpfungsketten auf andere Mitgliedstaaten und Drittländer erstrecken und die Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten möglicherweise unwirksam sind und zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts führen, auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. ...“ RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Rn. 99.

33 Zusammengefasst sind die Ziele: (i) die bessere Ausschöpfung des Potenzials des Binnenmarkts, (ii) ein Beitrag zum Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft, (iii) die Unterstützung der nachhaltigen Entwicklung in den Aktivitätsketten von Unternehmen und (iv) die Verhinderung und Minderung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt.

möglicherweise unwirksam seien, und (v) die These, dass Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten zu einer Fragmentierung des Binnenmarkts führten.<sup>34</sup>

Die LieferkettenRL gibt eine Reihe von Maßnahmen vor, die Unternehmen umsetzen müssen. Vorgesehene Maßnahmen sind unter anderen die Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in ihre Unternehmenspolitik und Risikomanagementsysteme (Art. 7), die Ermittlung und Bewertung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8), eine Priorisierung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 9), die Verhinderung und Minderung potenzieller negativer Auswirkungen sowie die Abstellung tatsächlicher negativer Auswirkungen und Minimierung ihres Ausmaßes (Art. 10 und 11), die Leistung von Abhilfe für tatsächliche negative Auswirkungen (Art. 12), die Einbeziehung von Interessenträgern (Art. 13), die Einrichtung und Aufrechterhaltung eines Meldemechanismus und eines Beschwerdeverfahrens (Art. 14), die Überwachung der Wirksamkeit der Strategien und Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht (Art. 15), die öffentliche Kommunikation über die Sorgfaltspflicht (Art. 16) und die Erstellung und Umsetzung eines Klimaplans zur Ausrichtung der Unternehmensstrategie auf die Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens, insbesondere das 1,5-Grad-Ziel (Art. 22).<sup>35</sup>

All diese Maßnahmen stehen unter dem Titel „Sorgfaltspflichten von Unternehmen“, wobei Sorgfaltspflicht als „Sorgfaltspflicht in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt“ definiert ist (Art. 5). Die LieferkettenRL verfolgt somit weitere Ziele, insbesondere eine substantielle Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen und deren Verwaltungsorganen. Zu diesen (unternehmens- und haftungsrechtlichen) Zielen, finden sich in den Erwägungsgründen keine subsidiaritätsrechtlichen Ausführungen.

### III. Antagonismus von Subsidiarität und Einheitlichkeit

Eine Hauptschwierigkeit bei der Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 EUV liegt darin, Unionsziele (vor allem Binnenmarktziele) mit dem Anliegen der Subsidiarität in Einklang zu bringen.<sup>36</sup> Die Allokation von Aufgaben auf Unionsebene zum Zwecke ihrer einheitlichen Wahrnehmung ist ein zentralisierender und vereinheitlichender Vorgang. Zugleich soll die Ausübung von Unionszuständigkeiten unter größtmöglicher Wahrung nationaler Eigenheiten möglichst auf der Ebene der Mitgliedsstaaten erfolgen und damit an den Vorgaben der Dezentralisation und der Diversifikation orientiert sein.<sup>37</sup> Die Unionskompetenzen zur Rechtsangleichung insb. in Art. 114 AEUV zeigen, dass die Mitgliedstaaten für den Bereich des Binnenmarktes einen gegenüber anderen Politikbereichen erhöhten Bedarf an Rechtsvereinheitlichung und -angleichung sehen. Der Binnenmarktauftrag (vor den übrigen Unionszielen)

34 Siehe etwa *Itkin/Tatschl*, GesRZ 2024/3, S. 173 ff. mwN; RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Rn. 99.

35 Siehe etwa *Heil/Schmid*, JBl 2025/3, S. 144 ff. mwN; RL (EU) 2024/1760, ABl. L 794 v. 13.6.2024, S. 1-58, Art. 7 ff.

36 *Moersch*, S. 345 mwN.

37 *Moersch*, S. 334 f. mwN.

erfordert ein bestimmtes Maß an unionsweit einheitlichem Recht, das aus integrationspolitischen und sachbezogenen Gründen bloß auf Unionsebene erlassen werden kann.<sup>38</sup>

Binnenmarktstrategien stehen im Spannungsfeld zwischen dem Herkunftslandprinzip (verbunden mit dem Grundsatz wechselseitiger Anerkennung) und der Harmonisierung samt Rechtsvereinheitlichung. Nach dem Herkunftslandprinzip dürfen Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt werden, oder Dienstleistungen, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig angeboten werden, grundsätzlich in allen anderen Mitgliedstaaten in Verkehr gebracht oder erbracht werden, selbst wenn dort abweichende nationale Vorschriften bestehen.<sup>39</sup> Dieser Grundsatz beruht auf der Position, dass alle Mitgliedstaaten ein vergleichbares Schutzniveau in Bereichen wie Verbraucherschutz, Gesundheit, Sicherheit oder Umweltschutz gewährleisten und daher auf zusätzliche Anforderungen (des Bestimmungsstaats) verzichtet werden kann. Die Grundlage hierfür bildet insbesondere die Rechtsprechung des EuGH (*Cassis de Dijon*),<sup>40</sup> wonach eine doppelte Regulierung – also sowohl im Herkunfts- als auch im Bestimmungsstaat – grundsätzlich nicht zulässig ist, außer es bestehen zwingende Gründe des Allgemeinteresses (etwa Verbraucherschutz, öffentliche Ordnung).<sup>41</sup> Demgegenüber steht die Harmonisierung, die auf eine Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten abzielt. Dazu erlässt die Union verbindliche Rechtsvorschriften (Richtlinien oder Verordnungen), die die nationalen Rechtsordnungen überlagern, vereinheitlichen oder aufeinander abstimmen. Aus der Sicht des Binnenmarkts sollen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen und Hindernisse im Binnenmarkt (systematisch) beseitigt werden. Zu unterscheiden sind Voll- und Mindestharmonisierung:<sup>42</sup> Bei der Vollharmonisierung dürfen Mitgliedstaaten keine strengerer oder abweichenden Regelungen vorsehen (etwa Verbraucherschutz oder Bankenregulierung), bei der Mindestharmonisierung dürfen Mitgliedstaaten über das Unionsniveau hinausgehen (etwa Umweltstandards). Wechselseitige Anerkennung und Harmonisierung samt Rechtsvereinheitlichung ergänzen sich. Wo Einheitlichkeit erforderlich ist, wird, je nach gewähltem Vereinheitlichungs-Grad, auf Mindestharmonisierung oder Rechtsvereinheitlichung zurückgegriffen, wo Harmonisierung nicht erforderlich ist, greift das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung. Im Zentrum der damit verbundenen Abwägungen steht das Subsidiaritätsprinzip.

Im Mai 2025 passte die Europäische Kommission (turnusmäßig) ihre Binnenmarktstrategie an die geänderten politischen und wirtschaftlichen Umstände an. Sie veröffentlichte dazu eine Mitteilung,<sup>43</sup> in der die Beseitigung von Markthin-

38 Moersch, S. 339.

39 Moersch, S. 336 mwN.

40 EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Urteil v. 20. Februar 1979, ECLI:EU:C:1979:42.

41 Siehe etwa Leible/Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 36 AUEV, Rn. 16 ff. mwN.

42 Siehe etwa Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 57 („Totalharmonisierung“) mwN; Schima, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 73 mwN.

43 Europäische Kommission, The Single Market: our European home market in an uncertain world, COM(2025) 500 final.

dernissen im Fokus steht. Als größte Hindernisse („schreckliche Zehn“) werden hervorgehoben: eine komplizierte Niederlassung und Geschäftstätigkeit, komplexe Unionsvorschriften, mangelnde Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten, die beschränkte Anerkennung von Berufsqualifikationen, das Fehlen einheitlicher Standards, fragmentierte Verpackungsvorschriften, mangelnde Produktkonformität, restriktive und divergierende nationale Vorschriften für Dienstleistungen, aufwendige Vorschriften für die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in risikoarmen Sektoren, ungerechtfertigte territoriale Angebotsbeschränkungen, die zu hohen Preisen für die Verbraucherinnen und Verbraucher führen. Aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips wird zu entscheiden sein, ob ein Schreckliche-Zehn-Hindernis durch wechselseitige Anerkennung, durch Mindestharmonisierung oder durch Rechtsvereinheitlichung überwunden werden kann.

#### IV. Subsidiarität – ein Thema der Gesetzgebung?

Die Prüfung des Negativkriteriums beinhaltet die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Ziel, das mit einer Unionsmaßnahme verfolgt wird, „nicht ausreichend“ auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreichen lässt. Dazu ist anzumerken, dass die Union weit überwiegend in den Bereichen nicht-ausschließlicher Unionszuständigkeit gesetzgebend tätig wird. Die Gesetzesvollziehung (und teilweise die Umsetzungsgesetzgebung) liegt in diesen Bereichen grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten vollziehen damit Unionsrecht neben dem selbst gesetzten innerstaatlichen Recht. Dies bedeutet, dass Themen der Gesetzesvollziehung im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 EUV einen Übergang der Zuständigkeit auf die Union grundsätzlich nicht stützen.<sup>44</sup> Die Notwendigkeit einer Unionsregelung kann sich damit typischerweise bloß aus erwarteten *Rechtsetzungsdefiziten der Mitgliedstaaten bei der Zielverwirklichung* ergeben.<sup>45</sup> Ein Beispiel für eine unionsrechtliche Regelung der Gesetzesvollziehung ist die Bankenregulierung, wo bestimmte Aufsichtsbefugnisse der EZB übertragen wurden.

In diesem Sinne ist auch der Anwendungsbereich des Subsidiaritäts-Protokolls gestaltet. Es erfasst nur Gesetzgebungsakte iSd. Art. 289 AEUV, also Rechtsakte, die auf eine vertragliche Rechtsgrundlage gestützt sind, die ein Gesetzgebungsverfahren vorsieht.<sup>46</sup>

Bei der Prüfung des Positivkriteriums ist die künftige Situation in den Mitgliedstaaten maßgeblich. Es müssen Umstände vorliegen, die die Prognose rechtfertigen, die Mitgliedstaaten würden überhaupt keine, keine ausreichenden oder keine fristgerechten Rechtsgrundlagen schaffen, um das ausgewählte Ziel zu erreichen. Aus der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten bislang keine hinreichenden Vorschriften für die Erreichung eines ausgewählten Ziels erlassen haben, ergibt sich dabei noch nicht das Erfordernis unionsrechtlichen Handelns. Neben theoretisch vorstellbaren

44 Ausnahme Bankenaufsicht.

45 Moersch, S. 339 mwN.

46 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 51 mwN.

rechtlichen und faktischen Hinderungsgründen<sup>47</sup> dürften insbesondere folgende Gründe Hauptursache unzureichender mitgliedstaatlicher Zielverfolgung sein: ein Ziel genießt in einzelnen Mitgliedstaaten mangelnde Priorität; ein Ziel stößt auf Ablehnung, es besteht keine ausreichende Bereitschaft, das ausgewählte Ziel umzusetzen;<sup>48</sup> in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen bestehen Vorteile für einen Mitgliedstaat; mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Erreichung meta-binnenmarktlicher politischer Ziele führen zu Wettbewerbsnachteilen am Binnenmarkt; oder es bestehen verschiedene Konventionen, die inkompatibel sind (wie etwa Netzstecker und Steckdosen).

## V. Abstimmungsmehrheiten

Hindernisse, die lediglich in einzelnen Mitgliedstaaten auftreten, lassen sich durch unionsrechtliches Handeln überwinden, wenn die erforderlichen Abstimmungsmehrheiten gesichert sind. Ausgewählte Ziele und die zu ihrer Verwirklichung in Betracht gezogenen Maßnahmen können durch Mehrheitsbeschluss im Rat festgelegt werden. Dies bedeutet nicht, dass sich die Beachtung des Art. 5 Abs. 3 EUV auf den Bereich einstimmiger Ratsentscheidungen beschränkt. Ebenso hängt die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 EUV nicht vom Wohlwollen der Majorität im Rat ab, ein Mehrheitsbeschluss im Rat kann Art. 5 Abs. 3 EUV nicht außer Kraft setzen. Wo ein Ziel nur mit einstimmigem Ratsbeschluss verwirklicht werden kann, hat ein Mitgliedstaat die Mittel, die Auswahl eines Ziels abzulehnen.<sup>49</sup>

## VI. Justizierbarkeit

Art. 5 Abs. 3 EUV ist im Rahmen der allgemeinen Zuständigkeiten des EuGH gerichtlich überprüfbar.<sup>50</sup> Der EuGH übte bisher eine zurückhaltende Kontrolle aus, die ein weites Ermessen der Unionsorgane bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips anerkennt. Er gesteht den Unionsorganen Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume zu,<sup>51</sup> deren Ausschöpfung primär politisch zu verantworten ist. Der EuGH hielt jedoch fest, bei offenkundigen Fehleinschätzungen einschreiten zu wollen.<sup>52</sup> In seinen Urteilsbegründungen blieb er allgemein. So grenzte er bei Überprüfung des Subsidiaritäts-Tests das Negativkriterium und das Positivkriterium nicht voneinander ab, sondern nahm eine einheitliche Würdigung vor.<sup>53</sup>

47 Moersch, S. 340 mwN.

48 Moersch, S. 340.

49 Moersch, S. 340.

50 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 69 mwN.

51 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 74; mwN.

52 EuGH, Rs. 491/01, *British American Tobacco*, Urteil v. 10. Dezember 2002, ECLI:EU:C:2002:741.

53 EuGH, Rs. 547/14, *Philip Morris Brands ua*, Urteil v. 6. Mai 2014, ECLI:EU:C:2016:325.

Dies führte dazu, dass der EuGH bisher wenig dazu beitrug, ein klares tatbeständiges Profil der Subsidiaritätsprüfung herauszuarbeiten.<sup>54</sup> Dies hat auch strukturelle Gründe: es ist schwierig, für bestimmte Maßnahmen eine bessere Eignung der Mitgliedstaaten festzustellen, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit entschieden hat, dass die Union bessere Lösungen anbietet.<sup>55</sup> Andererseits ist es Aufgabe der Gerichte, Entscheidungen der Unionsorgane auf ihre Rechtskonformität zu überprüfen, insbesondere und gerade dann, wenn politische Einigkeit auf Ebene der Unionsorgane besteht.

### C. Subsidiaritätsprinzip und inhaltliche Bindung

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein dogmatischer Ort, um eine Grenze der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zu ziehen. Diese Grenzziehung zwischen den Zuständigkeiten erfolgt mit dem Subsidiaritäts-Test, primär im Rahmen des im Subsidiaritätsprotokoll festgelegten Verfahrens.

Umstritten ist, ob und inwieweit Art. 5 Abs. 3 EUV (darüber hinaus) eine inhaltliche Bindung festlegt. Den Unionsverträgen sind keine Anhaltspunkte für eine inhaltliche Limitierung zu entnehmen.<sup>56</sup> Vertreten wird jedoch, dass die Begriffe „Ziel“ und „Subsidiarität“ „abstrakt und formal“ seien; deshalb ließen sich aus ihnen keine geeigneten Kriterien für eine inhaltliche Gestaltung von Unionszielen ableiten.<sup>57</sup> Vertreten wird ferner, dass sich weitere Beschränkungen der Zielsetzung unionsrechtlicher Maßnahmen weder aus dem Unionsrecht noch aus der Rechtsprechung des EuGH herleiten lassen; Art. 5 Abs. 3 EUV selbst biete keine Anhaltspunkte für eine weitergehende inhaltliche Determination unionsrechtlicher Ziele.<sup>58</sup> Begründet wird dies mit den umfangreichen und unterschiedlichen Aufgaben der Union, dem formalen Charakter des Subsidiaritätsprinzips und der nach wie vor politisch wie rechtlich angestrebten europäischen Integration.<sup>59</sup> Gegen diese Positionen spricht, dass dem Subsidiaritätsprinzip inhaltliche Vorstellungen zugrunde liegen. Nach diesen gilt es, vereinheitlichende Elemente von Zielen (und Maßnahmen) zu beschränken. *Vereinheitlichende Elemente von Zielen* haben den Unionszielen und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips zu entsprechen. Als Rechtsprinzip des Unionsrechts kann das Subsidiaritätsprinzip nicht auf eine verfahrenstechnische Anwendung reduziert werden.

Aus dem Fehlen unionsvertraglich ausdrücklich formulierter Vorgaben für die Handlungsziele der Union ergibt sich jedoch ein großer rechtlicher und politischer Gestaltungsspielraum.<sup>60</sup> Nichtsdestotrotz muss das Subsidiaritätsprinzip eine Ant-

54 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN.

55 Moersch, S. 341 mwN.

56 aA. Moersch, S. 345.

57 Moersch, S. 345.

58 Moersch, S. 343.

59 Moersch, S. 343.

60 Moersch, S. 343 mwN.

wort darauf geben, ob in einem gegebenen Zusammenhang heterogene oder einheitliche Lösungen geboten sind.<sup>61</sup>

## I. Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips

Kern der Subsidiaritätsidee und (damit) der Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips ist die Heterogenität der Mitgliedstaaten, die als tragender Wert verstanden wird. Beschränkungen der Heterogenität der Mitgliedstaaten, d.h. *vereinheitlichende Elemente (von Zielen)* sind aus der Sicht des Schutzzwecks zu rechtfertigen. Als Intentionen für die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips werden unter anderem aufgeführt: die Gewährleistung von Entscheidungen in Bürgernähe,<sup>62</sup> die Selbstverwaltung der Mitgliedstaaten,<sup>63</sup> die Effizienz der Zielverwirklichung,<sup>64</sup> der Schutz pluraler Strukturen<sup>65</sup> gegenüber zentralistischer Vereinheitlichung und einer zentralen Verwaltung, der Schutz vor Machtzentralisationen,<sup>66</sup> die Schonung der Autonomie, die Bewahrung der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten<sup>67</sup> sowie das Vorbeugen gegen Verkrustungen, die durch zentralisierte, gleichstellende Maßnahmen verursacht werden. Das Subsidiaritätsprinzip will das schöpferische Potential auf Ebene der Mitgliedstaaten belassen und nutzen. Kompetenzrechtlich dient Art. 5 Abs. 3 EUV dem Schutz mitgliedstaatlicher und regionaler Zuständigkeiten vor einem expansiven und exzessiven Gebrauch unionsrechtlicher Befugnisse.<sup>68</sup> Es wird deutlich, dass die Idee der Subsidiarität und dessen Schutzzweck inhaltlich sehr konkret sind und sich daraus Leitlinien entwickeln lassen.

Analysen im Rahmen des Subsidiaritäts-Tests haben insbesondere rechtliche, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Unterschiede zu erfassen. Dies gelingt am besten im Wege von Einzelfallprüfungen (durch Lehre oder Rechtsprechung) zu bestimmten Maßnahmen. Nur so kann eine differenzierte Abwägung zwischen Vereinheitlichung und Heterogenität sichergestellt werden.<sup>69</sup> Die sehr unterschiedlichen und zum Teil sehr weit gefassten Aufgaben der Union sowie die sich ändernden Lebenssachverhalte lassen eine im Voraus festgelegte Begrenzung unionsrechtlicher Zielsetzungen nur schwer zu.<sup>70</sup>

Die Europäische Union ist als Prozess zu verstehen. Sie ist keine statische Institution. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips soll das richtige Maß zwischen Unionszuständigkeit und Mitgliedstaatszuständigkeit finden, nicht (bloß) als statisches Ergebnis sondern (auch) als Prozess. Maßgebend dafür ist nicht nur die

61 In diesem Sinne *Deakin*, ELJ 2006/4, S. 444 f. mwN.

62 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 20 mwN.

63 Siehe etwa *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 20 mwN; *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 16 mwN.

64 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 60.

65 In diesem Sinne *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992/8, S. 723 ff.

66 *Schmidhuber/Hitzler*, NVwZ 1992/8, S. 723 ff.

67 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 67 mwN.

68 *Moersch*, S. 345.

69 *Moersch*, S. 334.

70 *Moersch*, S. 345.

Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen von Gesetzgebungsprozessen im Sekundärrecht, sondern auch die künftige Gestaltung der Unionsverträge. *Charles Sabel und Jonathan Zeitlin* prägten dafür den Begriff *Experimentalist Governance*.<sup>71</sup> Die experimentelle Governance beschreibt einen iterativen, flexiblen und partizipativen Ansatz, bei dem die verschiedenen Akteure (Unionsorgane, Mitgliedstaaten, regionale und lokale Behörden sowie zivilgesellschaftliche Organisationen) zusammenarbeiten, um Lösungen für komplexe Probleme zu entwickeln.<sup>72</sup> Anstatt starre, einheitliche Regeln vorzugeben basiert der Prozess auf gemeinsamen Zielen, deren Umsetzung regelmäßig überprüft und angepasst wird. Wird ein Ziel auf Unionsebene verfolgt, kann sich nach einer bestimmten Zeit ergeben, dass es sachdienlicher ist, die Zuständigkeit wieder an die Mitgliedstaaten zurückzugeben (und *vice versa*).

Wenn Mitgliedstaaten zu Zielen unterschiedliche Lösungswege einschlagen oder erproben, kann dies zu einem *Wettbewerb unter den Mitgliedstaaten* führen. Dies schafft Anreize für Innovation und Anpassung. Der Wettbewerb kann mit Vorteilen und Nachteilen verbunden sein. Mitgliedstaaten können sich in diesem Wettbewerb gegenseitig überbieten, um höhere Standards, bessere Qualität oder Innovationen zu erreichen (*Race to the Top*). Ebenso kann eine negative Konkurrenz entstehen, bei der Standards gesenkt werden, etwa um kurzfristige Vorteile zu erzielen oder Kosten zu senken (*Race to the Bottom*). Grundsätzlich bietet der Binnenmarkt eine ideale Arena für einen „Regulierungswettbewerb“. Das Subsidiaritätsprinzip gestaltet diesen Wettbewerb. Der Wettbewerb kann konstruktiv sein, wenn er durch Mehrebenen-Governance, Mindeststandards und Koordinierung eingebettet wird.<sup>73</sup>

## II. Subsidiaritätsprinzip, Zuständigkeit der Union und Unionsziele

Wegen der generellen Geltung des Art. 5 Abs. 3 EUV wirft jede Maßnahme im Bereich der nicht-ausschließlichen Zuständigkeiten zugleich die Subsidiaritätsfrage auf. Nach herrschender Ansicht genügt das Vorliegen eines Unionsziels, das sich den Rechtsvorschriften oder der Präambel der Unionsverträge entnehmen lässt, nach Art. 5 Abs. 2 EUV noch nicht für ein Tätigwerden der Union; dafür bedarf es einer konkreten Befugnis.<sup>74</sup> Eine Besonderheit der Unionsverträge liegt darin, dass Zuständigkeitsnormen wiederholt an die Notwendigkeit des Handelns zur Errei-

71 *Sabel/Zeitlin*, ELJ 2008/3, S. 273 ff.

72 Merkmale der experimentellen Governance sind (i) das Setzen gemeinsamer Ziele: Akteure einigen sich auf Rahmenziele und Grundsätze für die Problemlösung, (ii) eine dezentrale Implementierung: Mitgliedstaaten und lokale Akteure haben Spielraum, um Lösungen anzupassen und umzusetzen, (iii) die regelmäßige Überprüfung: Es finden kontinuierliche Monitoring-, Feedback- und Überarbeitungsprozesse statt, um die Effektivität der Maßnahmen zu bewerten und anzupassen sowie (iv) eine kooperative Problemlösung: Der Ansatz fördert die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen politischen und institutionellen Ebenen.

73 *Deakin*, ELJ 2006/4, S. 453 mwN.

74 Siehe etwa *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 28 ff. mwN; EuGH Rs. 281, 283-285 und 287/85, *Deutschland ua gegen Kommission der EG*, Urteil v. 9. Juli 1987, ECLI:EU:C:1987:351.

chung eines bestimmten Unionsziels anknüpfen. Ob eine Vertragsbestimmung nur ein Unionsziel festlegt oder einem Organ auch eine Befugnis einräumt, ist eine Frage der Auslegung.

Gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV gilt das Subsidiaritätsprinzip (bloß) für die *Ausübung der Zuständigkeiten* der Union. Dies impliziert, dass im Anwendung des Subsidiaritätsprinzips eine Zuständigkeit der Union weder begründet noch widerlegt werden kann. Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip führen damit nicht zu einer Verletzung des Kompetenzordnungsrechts, sondern begründen einen materiellen Rechtsfehler.<sup>75</sup> Ob dies auch für die *Auswahl von Zielen* gilt, ist nicht geklärt. Die Auswahl von Zielen steht an der Schnittstelle zwischen Kompetenzordnungsrecht und Subsidiaritätsrecht.

Ein ausgewähltes Ziel iSd Art. 5 Abs. 3 EUV hat mit den Unionszielen,<sup>76</sup> insbesondere des Art. 3 EUV, in Einklang zu stehen. Dabei ist wesentlich, dass nicht jedes ausgewählte Ziel, das sich aus einem Unionsziel ableiten lässt, aus der Sicht der Unionsziele das gleiche Gewicht hat. Bei der Auswahl von Zielen für Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV ist zwischen Zielen, die im Kernbereich der Unionsziele stehen, und peripheren Zielen zu unterscheiden. Ziele im Kernbereich betreffen unmittelbar den Wesensgehalt eines Unionsziels. Peripherie Ziele wirken unterstützend, flankierend oder ergänzend zur Erreichung der Unionsziele. Im Kernbereich, etwa des Unionsziels „hohes Maß an Umweltschutz“ (Art. 3 EUV) liegt der direkte Schutz der Umwelt (Luft, Wasser etc.) in den Mitgliedstaaten. Peripher liegen etwa pädagogische Programme zum Umweltschutz oder der Schutz der Umwelt in Drittstaaten. Die Unterscheidung zwischen Zielen im Kern der Unionsziele und peripheren Zielen ist relevant, weil Unionsziele typischerweise sowohl auf Unionsebene als auch auf Mitgliedstaatsebene erreichbar sind. Ein *Ziel mit vereinheitlichenden Elementen* muss aus der Sicht der Unionsziele so *gewichtig* sein, dass es Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann.<sup>77</sup>

### III. Inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV

Art. 5 Abs. 3 EUV ist somit für die *Auswahl von Zielen mit vereinheitlichenden Elementen* maßgebend. Die inhaltliche Bindung des Art. 5 Abs. 3 EUV bedeutet, dass nur solche Ziele als Bezugspunkt einer Maßnahme dienen dürfen, die mit dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips in Einklang stehen und aus der Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtig sind.<sup>78</sup> Die Ziele einer Maßnahme (eines Rechtsakts) dürfen den Unionszielen und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips nicht zuwiderlaufen. Nur wenn das *ausgewählte Ziel* aus der Sicht der Unionsziele

75 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 30, Rn. 73a mwN.

76 Siehe etwa *Terbechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 3 EUV, Rn. 29 ff. mwN; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 3 EUV, Rn. 13 ff. mwN.

77 Dazu unten Punkt E.I.

78 A.A. *Moersch*, S. 345; zustimmend *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 3b EGV, Rn. 33.

hinreichend gewichtig ist und die vereinheitlichenden Zielelemente den Schutzzweck nicht unterlaufen, ist das Ziel ein *legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV*. Anders als beim Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>79</sup> spricht das Schrifttum beim Subsidiaritätsprinzip das Thema der Legitimität eines ausgewählten Ziels nicht an.

## D. Ziele und Maßnahmen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV

Das Subsidiaritätsprinzip geht von Maßnahmen aus, die die Union in Betracht zieht, und greift auf die Ziele dieser Maßnahmen zurück. Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen Zielen und Maßnahmen näher untersucht. Die Themen sind vielfältig. Behandelt werden (i) die Frage, ob Gesamt- oder Einzelmaßnahmen Gegenstand des Art. 5 Abs. 3 EUV sind, (ii) die Korrelation von Zielen und Maßnahmen sowie (iii) die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 EUV (bloß) ausdrückliche oder (auch) verdeckte Ziele einbezieht.

### I. Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen

Art. 5 Abs. 3 EUV erfasst sämtliche (unterschiedliche) Ebenen von geplanten Handlungen in einem gegebenen (rechtsetzenden) Kontext.<sup>80</sup> Der Wortlaut „in Betracht gezogene Maßnahme“ in Art. 5 Abs. 3 EUV ist nicht auf bestimmte Maßnahmen beschränkt und lässt es offen, ob damit ein gesamter Rechtsakt (insb. Verordnung oder Richtlinie) im Sinne einer Gesamtmaßnahme oder eines Maßnahmenpakets oder jede Einzelmaßnahme in einem Rechtsakt bezeichnet wird. Ein Wille der Vertragsverfasser, den Begriff „Maßnahme“ einzuschränken, ist nicht erkennbar. Nach dem üblichen Sprachgebrauch ist Maßnahme eine gezielte Handlung oder eine Regelung, um etwas Bestimmtes (ein Ziel) zu bewirken.<sup>81</sup> Dies betrifft Gesamtmaßnahmen und Einzelmaßnahmen. Eine Einzelmaßnahme ist dabei eine in sich geschlossene Maßnahme innerhalb eines größeren Konzepts. Sie steht für sich allein, ist aber Teil eines übergeordneten Plans. Eine Gesamtmaßnahme (ein Maßnahmenpaket) ist eine Bündelung mehrerer zusammenhängender Maßnahmen, die gemeinsam einem Ziel dienen. Eine Gesamtmaßnahme ist typischerweise in verschiedene Ebenen oder in unterschiedliche Bereiche strukturiert. Das Hinunterbrechen einer

79 Nach herrschender Ansicht müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle staatlichen Maßnahmen zunächst einem legitimen Zweck dienen. Sie müssen geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen oder ihn zu fördern. Die Maßnahmen müssen erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Schließlich dürfen sie nicht außer Verhältnis zum Zweck stehen. Die Prüfung, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein Handeln der Union zulässt, umfasst also vier Stufen: erstens, ein legitimer Zweck, zweitens die Geeignetheit der Maßnahme, drittens, deren Erforderlichkeit und viertens die Angemessenheit einer Maßnahme oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

80 In diesem Sinne auch *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 55 mwN; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 5 f. mwN: Wonach nicht nur die Ausübung einer gegebenen Kompetenz als solches erfasst ist, sondern auch die einzelnen Regelungselemente des Rechtsakts.

81 <https://www.duden.de/rechtschreibung/Masnahme> (27.8.2025).

Gesamtmaßnahme in Einzelmaßnahmen führt zu einer Gliederung der übergeordneten Maßnahme in kleinere umsetzbare Schritte. Zweck dieses Hinunterbrechens ist die Konkretisierung der Maßnahmen: generell definierte Maßnahmen werden mit konkreten Instrumenten unterlegt. Dies dient der Planung und Steuerung der Umsetzung. Auf dieser Basis werden konkretisierende Maßnahmen identifiziert sowie Reihenfolgen und Abhängigkeiten festgelegt.

## II. Ziel-Maßnahme-Korrelation

Was Art. 5 Abs. 3 EUV (normativ) als Maßnahme und Ziel trennt, ist (insbesondere) in Gesetzgebungssituationen grundsätzlich verbunden. Die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) sind fließend, wenn die Gesamtmaßnahme selbst Ziel von Einzelmaßnahmen wird. So kann eine Maßnahme zur Erreichung eines Ziels selbst als untergeordnetes Ziel verstanden werden (Mesoziel oder Mikroziel). Dies gilt vor allem in komplexeren regulatorischen Bereichen. Die Entscheidung, dass (oder der Zufall, ob) Ziele in einem oder mehreren Rechtsakten verfolgt werden, kann für die Anwendung des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht entscheidend sein. Eine gesetzte Maßnahme definiert damit zugleich auch das Ziel für die konkretisierende Maßnahmen auf der nächst-unteren Ebene.

In gesetzgebenden Zusammenhängen sind Ziele und Maßnahmen so jeweils die Kehrseite derselben Medaille. Rechtsakte lassen sich als Ziel-Maßnahmen-Ketten beschreiben, die sich daraus ergeben, dass jede Maßnahme typischerweise zugleich auch das Ziel für die gewählte Umsetzungsmaßnahme bildet. Aus der Sicht der Ziele führt dies zu einer Zielkaskade, also einer Struktur von Zielsetzungen, von generellen Makrozielen über Mesoziele hin bis zu Mikrozielen:

- *Makroziele* sind die Leitziele eines Gesetzesvorhabens zu einem konkreten Themenbereich. Makroziele dienen der Umsetzung der strategischen Ziele der Gesetzgeber auf Basis der Unionsverträge. Sie betreffen den Rechtsakt in seiner Gesamtheit. *Beispiele:* Die EigenkapitalRL definiert als ein Makroziel die Beaufsichtigung von Banken und sieht als Maßnahmen etwa Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen vor. Die LieferkettenRL will als ein Makroziel negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt in den Aktivitätsketten von Unternehmen mindern.
- *Mesoziele* sind Ziele, die einen oder mehrere Abschnitte eines Rechtsakts betreffen. Sie stehen zwischen den Makrozielen und den Mikrozielen. Sie strukturieren und konkretisieren Makroziele für bestimmte Abschnitte eines Rechtsakts. Mesoziele sind selbst Maßnahmen. Zugleich dienen Mesoziele als Rahmen für Formulierungen von Mikrozielen. *Beispiele:* In Umsetzung des Makroziels der Beaufsichtigung von Banken wählt die KapitaladäquanzRL als Maßnahmen und Mesoziele ua. Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen. In der LieferkettenRL ist als Maßnahme und Mesoziel etwa vorgesehen, dass Unternehmen (aus der Sicht der Menschenrechte und Umwelt) negative Auswirkungen

in all ihren Tätigkeitsbereichen sowie entlang der gesamten Aktivitätskette (einschließlich ihrer Geschäftspartner) ermitteln und bewerten (Sorgfaltspflicht).

- *Mikroziele* sind weiter im Detail konkretisierte gesetzgeberische Maßnahmen in Umsetzung der Mesozielle. Sie tragen zur Erreichung der Makro- und Mesozielle bei. *Beispiele:* Die Wahl der Maßnahmen Eigenmittelanforderungen und Liquiditätsanforderungen in der KapitaladäquanzRL ist selbst wieder Ziel für Umsetzungsmaßnahmen auf der Mikorebene, etwa eine harte Kernkapitalquote (CET1-Ratio), eine Kernkapitalquote (Tier 1-Ratio) und eine Gesamtkapitalquote (Total Capital Ratio). In der LieferkettenRL soll das Mesoziel der Ermittlung und Bewertung von negativen Auswirkungen ua. durch die Maßnahme und das Mikroziel der Einbeziehung dieser Sorgfaltspflichten in die Unternehmenspolitik und die Risikomanagementsysteme erreicht werden.

Die Übergänge von Mesozielen zu Mikrozielen sind fließend. Die Anzahl der Zielstufen ist nicht festgelegt und ergibt sich aus dem Regelungsgegenstand und seiner Komplexität.

Für die Gesetzgebung bedeutet dies, dass die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen nicht nur generell, etwa im Hinblick auf eine Richtlinie oder Verordnung zu testen sind (Makroebene), sondern überdies in Bezug auf jede einzelne Maßnahme innerhalb des geplanten Rechtsakts (Meso- und Mikroebene). Der Subsidiaritäts-Test hat auf allen Stufen der Zielkaskade zu erfolgen. Im Rahmen des Tests sind die Ziele und Maßnahmen herunterzubrechen. Für jede Maßnahme ist zu fragen, welche Ziele verfolgt die Maßnahme und wo steht die Maßnahme in der Zielkaskade. Jede Maßnahme hat Art. 5 Abs. 3 EUV zu entsprechen.

### III. Ausdrückliche und verdeckte Ziele

Art. 5 Abs. 3 EUV erfasst ausdrückliche und verdeckte Ziele. Weder der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV noch der Wille der Vertragsverfasser schränken den Begriff „Ziel“ auf ausdrücklich dokumentierte Ziele ein. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks besteht ebenfalls kein Grund, verdeckte Ziele nicht dem Art. 5 Abs. 3 EUV zu unterwerfen.

Ausdrückliche Ziele stehen im Zentrum der Gesetzesauslegung. Das *telos* (der Zweck der Norm) spielt eine zentrale Rolle, etwa bei der teleologischen oder systematischen Auslegung. Das Recht wird als ein auf bestimmte Zwecke hin gestaltetes System verstanden. So werden auf Unionsebene bewusst bestimmte politische, wirtschaftliche oder soziale Ziele verfolgt, etwa der Schutz bestimmter Rechtsgüter, wie Binnenmarkt oder Umweltschutz (gesetzgeberische Zielsetzungen).

Maßnahmen (Rechtsnormen) können überdies Ziele umsetzen, ohne dass dazu ein Wille ausdrücklich dokumentiert ist. Rechtsprechung und Lehre arbeiten ständig Ziele aus Rechtsnormen heraus, die nicht ausdrücklich bezeichnet wurden, sondern sich aus der juristischen Analyse der betreffenden Rechtsnormen und

Gesetzesmaterialien ergeben.<sup>82</sup> So kann beispielsweise das (ausdrückliche) Ziel Bildungsausbau sowohl das (verdeckte) Ziel der Erhöhung der sozialen Chancen als auch das (verdeckte) Ziel der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit mit umfassen.

## E. Zielauswahl und legitime Ziele

Die Auswahl der Ziele ist das zentrale Element bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>83</sup> Über die Auswahl eines Ziels lassen sich Wirkung und Anwendungsmöglichkeiten des Subsidiaritätsprinzips steuern.<sup>84</sup> Ein Ziel, das auf Vereinheitlichung des Rechts ausgerichtet ist oder sie mit sich bringt, ist auf Ebene der Mitgliedstaaten von vorneherein nicht zu erreichen. Da die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) fließend sind, ist es ferner möglich, Maßnahmen so in die Definition einer Zielvorgabe miteinzubeziehen, dass sie letztlich als Bestandteil des Ziels erscheinen.<sup>85</sup> Ebenso lässt sich der Spielraum der Mitgliedstaaten, die an diese Vorgaben gebunden sind, mit zunehmendem Detailliertheitsgrad der Zielsetzung gestalten.

### I. Legitime Ziele in Art. 5 Abs. 3 EUV

Unstrittig ist, dass die Gestaltungsmöglichkeit der Union dort endet, wo die Schaffung einer einheitlichen Regelung *unmittelbar* Ziel einer Unionsmaßnahme ist.<sup>86</sup> Wenn Unionsorgane befugt wären, als Ziel einen einheitlichen Rechtszustand zu definieren, würden alle Prüfungen, ob nicht die Mitgliedstaaten dies ebenso gut erreichen können, konterkariert. Ein *ausgewähltes Ziel* einer Maßnahme (eines Rechtsakts) muss *legitim* iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV sein. Aufbauend auf das oben Ausgeführte,<sup>87</sup> ist ein *Ziel* legitim, wenn (i) es aus der Sicht der *Unionsziele*, insbesondere des Art. 3 EUV, *hinreichend gewichtig* ist und (ii) die *vereinheitlichenden Elemente des Ziels* den *Schutzzweck* des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht *unterlaufen*.

Das ausgewählte Ziel muss *aus der Sicht der Unionsziele* so gewichtig sein, dass es *vereinheitlichende Elemente*, d.h. Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann. Dabei ist ein *strenger Maßstab* anzulegen. Zu unterscheiden ist zwischen Zielen im Kernbereich der Unionsziele (unmittelbarer Wesensgehalt) und peripheren Zielen (die Unionsziele unterstützende, flankierende oder ergänzende Ziele). Eine hohe Gewichtigkeit haben Ziele, die im Kernbereich der Unionsziele stehen. Je weiter ein ausgewähltes Ziel in der Peripherie der Unionsziele liegt, desto weniger gewichtig ist das Ziel. Ziele, die unmittelbar der Gewährleistung oder

82 Vgl. Radbruchsche Formel in Bezug auf Gerechtigkeit in: *Radbruch*, SJZ 1946/1, S. 105 ff.

83 Moersch, S. 333 mwN.

84 Moersch, S. 344 f.

85 Moersch, S. 344 f.

86 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 2a mwN; Moersch, S. 334 f. mwN.

87 Siehe oben Punkt C.II.

Absicherung der Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarkts dienen, sind grundsätzlich gewichtige Ziele. Sie rechtfertigen grundsätzlich Einschränkungen der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten.

Ein ausgewähltes Ziel muss dem *Schutzzweck des Art. 5 Abs. 3 EUV* entsprechen. Die *vereinheitlichenden Zielemente* dürfen den Schutzzweck *nicht unterlaufen*. Wann vereinheitlichende Zielemente den Schutzzweck unterlaufen, ist im Einzelfall zu prüfen. Dabei kann es zweckdienlich sein, ein ausgewähltes Ziel in einem ersten Schritt um die vereinheitlichenden Zielemente zu bereinigen. In einem zweiten Schritt sind die vereinheitlichenden Zielemente dem bereinigten Ziel gegenüberzustellen und auf ihre Erforderlichkeit hin zu überprüfen.

Nur wenn ein Ziel aus der Sicht der Unionsziele so gewichtig ist, dass es die vereinheitlichenden Zielemente rechtfertigen kann, und die vereinheitlichenden Zielemente den Schutzzweck nicht unterlaufen, ist ein ausgewähltes Ziel ein *legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV*. Anders als beim Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>88</sup> spricht das Schrifttum beim Subsidiaritätsprinzip das Thema der Legitimität eines ausgewählten Ziels nicht an. Die erforderlichen Abwägungen zur Legitimität (zwischen Einheitlichkeit und Heterogenität) haben die rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten und den dadurch entstehenden Spielraum der Mitgliedstaaten sowie die dadurch entstehende Vielfalt zu würdigen.

Das Erfordernis eines legitimen Ziels hat unmittelbare Auswirkungen auf die unter Punkt B.I. dargestellte Prüfung nach Art. 5 Abs. 3 EUV (*Subsidiaritäts-Test*). Diese Prüfung hat nicht bloß in zwei Stufen (Negativkriterium und Positivkriterium) sondern in *drei Stufen* zu erfolgen: vor der Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums ist die *Legitimität des Ziels* zu prüfen. Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübriggt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.

Der dreistufige Subsidiaritäts-Test ist für jede einzelne Maßnahme und jedes einzelne Ziel eines Rechtsakts (und nicht nur für den gesamten Rechtsakt) durchzuführen. Jedes Ziel auf der Zielkaskade muss legitim sein, von Makrozielen über Mesoziele hin zu Mikrozielen.

Kernthema der ersten Teststufe ist der Schutz der Heterogenität der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Ziele. Zu prüfen ist:

88 Nach herrschender Ansicht müssen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle staatlichen Maßnahmen zunächst einem legitimen Zweck dienen. Sie müssen geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen oder ihn zu fördern. Die Maßnahmen müssen erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Schließlich dürfen sie nicht außer Verhältnis zum Zweck stehen. Die Prüfung, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein Handeln der Union zulässt, umfasst also vier Stufen: erstens, ein legitimer Zweck, zweitens die Geeignetheit der Maßnahme, drittens, deren Erforderlichkeit und viertens die Angemessenheit einer Maßnahme oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

- Liegt das gewählte Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) im Kernbereich oder in der Peripherie eines Unionsziels?
- Ist das gewählte Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) hinreichend gewichtig?
- Sind die vereinheitlichen Zielelemente aus der Sicht des Ziels, das um die vereinheitlichen Zielelemente bereinigt wurde, für die Erreichung des bereinigten Ziels erforderlich?
- Für das Ziel der Gesamtmaßnahme: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel, das im Rahmen der Unionsziele liegt, das bereinigte Ziel?
- Für ein Mesoziel: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Mesoziel, das im Rahmen des Makroziels liegt, das bereinigte Ziel?
- Für ein Mikroziel: erreicht ein weniger vereinheitlichendes alternatives Mikroziel, das im Rahmen des Mesoziels liegt, das bereinigte Ziel?

Nach herrschender Ansicht führt ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip (sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) zu einem materiellen Rechtsfehler (Art. 5 Abs. 1 EUV).<sup>89</sup> Ein solcher Verstoß resultiert nicht in einer Unzuständigkeit der Union (*ultra vires*). Ob dies auch für die Auswahl von Zielen gilt, ist nicht geklärt und bedarf einer eigenständigen Untersuchung. Die Auswahl von Zielen steht an der Schnittstelle zwischen Kompetenzordnungsrecht und Subsidiaritätsrecht. Diskussionswürdige Argumente sprechen dafür, dass die Auswahl von Zielen, die aus der Sicht der Unionsziele nicht hinreichend gewichtig sind, zu einer Unzuständigkeit der Union (*ultra vires*) führen.

## II. Legitime Ziele im kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 4 EUV, wonach Maßnahmen der Union nicht über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinausgehen dürfen, stehen in engem Zusammenhang.<sup>90</sup> Art. 5 Abs. 4 EUV verweist auf konkret gewählte Ziele als Referenzpunkt. Prüfungsmaßstab sind die Eignung und die Erforderlichkeit der betroffenen Maßnahme im Hinblick auf die mit ihr verfolgten legitimen Ziele.<sup>91</sup> Die Legitimität eines Ziels iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV ergibt sich aus Art. 5 Abs. 3 EUV. Ein iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV legitimes Ziel ist zugleich auch ein legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV. Ein iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV nicht-legitimes Ziel ist ebenso kein legitimes Ziel iSd. Art. 5 Abs. 4 EUV.

## III. Fallkonstellationen zur Legitimität von Zielen

Zur Legitimität von Zielen in Art. 5 Abs. 3 EUV fehlt eine systematische Aufbereitung von Fallkonstellationen. Ebenso trug der EuGH bisher wenig dazu bei, ein

89 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 73a mwN.

90 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN.

91 Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 70 mwN; EuGH, Rs. 110/03, *Belgien/Kommission*, Urteil v. 14. Juli 2005, ECLI:EU:C:2005:223 Rn. 61.

klares tatbestandliches Profil der Subsidiaritätsprüfung herauszuarbeiten.<sup>92</sup> Dazu bedarf es einer eigenständigen Untersuchung, die den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Im Folgenden werden ausgewählte Fallkonstellationen dargelegt, die als Annäherungen zur Unterstützung in Entscheidungssituationen zu verstehen sind.

### 1. Gestaltbarkeit des Vereinheitlichungs-Grads

Vereinheitlichende Maßnahmen können auf Ebene der Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erreicht werden. Maßnahmen der Union iSd. Art. 5 Abs. 3 enthalten in der Regel vereinheitlichende Maßnahmen. Der Grad der Vereinheitlichung ist allerdings keine absolute, sondern eine festlegbare Größe. Und er ist (rechtspolitisch) gestaltbar. Vereinheitlichende Ziele können gleichstellend formuliert sein oder eine Teilharmonisierung ins Auge fassen oder unterschiedliche Maßnahmen-Varianten vorsehen, aus denen die Mitgliedstaaten wählen dürfen. Sie können bloß einzelne Regelungselemente oder den gesamten Regelungsbereich erfassen. Da die Grenzen zwischen Ziel und Maßnahme (Mittel) fließend sind und Maßnahmen in die Definition einer Zielvorgabe miteinbezogen werden können, ist mit dem Vereinheitlichungs-Grad auch die Zuständigkeit der Union grundsätzlich gestaltbar.

Vereinheitlichung darf nicht als Selbstzweck oder als ein per se zu verstehender Integrationsgewinn verstanden werden. Andernfalls würde das Subsidiaritätsprinzip leerlaufen.<sup>93</sup> Die unionsweit einheitliche Regelung eines bestimmten Regelungsbereichs oder -elements als eigenständige Zielvorgabe einer Maßnahme ist daher ausgeschlossen.<sup>94</sup> Jedes Ziel muss so definiert sein, dass es dem Subsidiaritätsprinzip entspricht. Jedes vereinheitlichende Ziel ist in Bezug auf seine Gewichtigkeit aus der Sicht der Unionsziele und auf ein Unterlaufen des Schutzzwecks zu überprüfen. Ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel) ist vorzuziehen. Fehlt die Gewichtigkeit oder wird der Schutzzweck unterlaufen, ist ein Ziel nicht legitim.

<sup>92</sup> Siehe etwa *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 58 mwN; EuGH, Rs. 377/98, *Niederlande/Parlament und Rat*, Urteil v. 9. Oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:523, Rn. 32; EuGH, Rs. 491/01, *BAT*, Urteil v. 10. Dezember 2002, ECLI:EU:C:2002:741, Rn. 180 ff.; EuGH, Rs. 58/08, *Vodafone*, Urteil v. 8. Juni 2010, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 76 ff.; EuGH, Rs. 176/09, *Luxemburg/Parlament und Rat*, Urteil v. 12. Mai 2011, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 80 ff.; EuGH, Rs. 539/09, *Kommission/Deutschland*, Urteil v. 15. November 2011, ECLI:EU:C:2011:733, Rn. 84; EuGH, Rs. 358/14, *Polen/Parlament und Rat*, Urteil v. 4. Mai 2016, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 114 ff.; EuGH, Rs. 508/13, *Estland/Parlament und Rat*, Urteil v. 18. Mai 2015, ECLI:EU:C:2015:403, Rn. 45 ff.

<sup>93</sup> *Moersch*, S. 342 f.

<sup>94</sup> Siehe etwa *Moersch*, S. 334 mwN; *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 3b EGV, Rn. 33 mwN.

## 2. Ziele, die nicht im Kernbereich der Unionsziele liegen

Wie unter Punkt E.I. dargelegt, müssen die vereinheitlichenden Elemente eines Ziels in Bezug auf die Unionsziele hinreichend gewichtig sein. Bei der Prüfung der Gewichtigkeit ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ziele, die im Kernbereich der Unionsziele stehen, haben eine hohe Gewichtigkeit. Je weiter ein ausgewähltes Ziel in der Peripherie der Unionsziele liegt, desto weniger gewichtig ist das Ziel.

Eine Regelung, die die Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarkts unmittelbar gewährleistet oder absichert, steht im Kernbereich der Unionsziele. Derartige Regelungen betreffen etwa die Handlungsfähigkeit der Union oder die Kohärenzsicherung. Beispiele sind die Sprachenregelungen (Absicherung der Mehrsprachigkeit)<sup>95</sup> oder die Konditionalitätsregelung zum Schutz des Unions-Haushalts (Rechtsstaatlichkeit).<sup>96</sup> Die Binnenmarktregulierung, die die Funktionsfähigkeit absichert, setzt unmittelbar an ökonomischen Mechanismen (etwa Wettbewerb, Marktzugang) oder an Produkt- oder Dienstleistungsnormen an. Beispiele sind die Eigenkapitalanforderungen in der Bankenregulierung<sup>97</sup> oder die Regelungen zu digitalen Diensten (Digital Services Act, DSA)<sup>98</sup> und zu digitalen Märkten (Digital Markets Act, DMA).<sup>99</sup>

Politikbereiche, deren Regelungen nicht im Kernbereich der Unionsziele stehen, etwa weil sie für die Funktionsfähigkeit der Union oder des Binnenmarktes nicht unmittelbar erforderlich sind, ergänzen und erweitern die Handlungsfelder, ohne dass ihr Fehlen die Union oder den Binnenmarkt substanzell schwächen oder lahmen würde. Regulierung in diesen Bereichen verfolgt bestimmte politische Ziele. (Auch) diese Ziele haben die Legitimitätserfordernisse der hinreichenden Gewichtigkeit und des Nicht-Unterlaufens der Subsidiarität zu erfüllen, um Einschränkungen der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.

Dazu ein Beispiel: Die LieferkettenRL<sup>100</sup> verfolgt das (verdeckte) Ziel der Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf den Menschenrechts- und Umweltschutz, auch im EU-Ausland. Ob dieses Ziel im Kernbereich der Unionsziele des Art. 3 Abs. 3 EUV (Hinwirkung auf ein hohes Maß an Umweltschutz) oder des Art. 3 Abs. 5 EUV (Beitragsleistung zum Schutz der Menschenrechte in den Beziehungen zur übrigen Welt) liegt, ist zweifelhaft. Es bestehen erhebliche Anhaltspunkte, dass Art. 3 Abs. 3 EUV den Schutz der Umwelt primär

95 VO (EWG) 1/1958, zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 17 v. 6.10.1958, S. 385–387.

96 VO (EU) 2092/2020, über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. L 433/1 v. 22.12.2020, S. 1–10.

97 RL (EU) 36/2013, ABl. L 176/338 v. 26.6.2013, S. 338–436.

98 VO (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1 v. 19.10.2022, S. 1–102.

99 VO (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265/1 v. 14.9.2022, S. 1–66.

100 Siehe oben Punkt B.II.

in der Union und bloß peripher in anderen Ländern erfasst und dass Art. 3 Abs. 5 EUV im Kern auf Beitragsleistungen der Union und nicht von Unternehmen abzielt. Es ist nicht Unionsziel, Staatsaufgaben auf Unternehmen zu übertragen. Vor diesem Hintergrund fehlt eine Begründung, dass das Ziel der substantiellen Erweiterung der Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Menschenrechts- und Umweltschutz ein aus Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtigstes Ziel ist. Ebenso fehlt in der LieferkettenRL die Prüfung des Unterlaufens der Subsidiarität der Union.

### 3. „Level playing field“ vs. „One size fits all“

Vereinheitlichende Ziele können dort einen positiven Effekt haben, wo Maßnahmen gleiche Ausgangssituationen für alle Betroffenen schaffen und dies für das Funktionieren der Union oder des Binnenmarktes erforderlich ist. Es geht um Rechtsakte und politische Maßnahmen, die darauf abzielen, gleiche Chancen für alle Betroffenen zu gewährleisten. Dies wird als „Level playing field“ bezeichnet. „Level playing field“ ist insbesondere im Binnenmarkt von Bedeutung, wenn es um faire Marktteilnahmebedingungen für Unternehmen und Verbraucher oder um faire Wettbewerbsbedingungen zwischen Unternehmen geht.

Für eine uniforme Vorgangsweise der Union ist grundsätzlich kein Platz. Soll eine einzige Lösung, Regelung oder Vorgehensweise gewählt werden, die in allen Situationen anzuwenden ist („One size fits all“), wird auf bestehende Unterschiede der Mitgliedstaaten nicht Bedacht genommen. Spielräume der Mitgliedstaaten und die dadurch ermöglichten unterschiedlichen Lösungswege sowie Anreize für Innovation und Anpassung verschwinden.

Teil der Legitimitäts-Prüfung ist, ob das (ausdrückliche oder verdeckte) Ziel darin besteht, ein „Level playing field“ oder ein „One size fits all“ zu schaffen.<sup>101</sup> Die subsidiaritätsprinzipielle Legitimität eines Ziels ist gegeben, wenn ein „Level playing field“ den Unionszielen sowie dem Schutzzweck nicht widerspricht und hinreichend gewichtig ist und die in Betracht gezogenen Maßnahmen dieses „Level playing field“ erreichen. Einer Maßnahme, die zu einem „One size fits all“ führt, fehlt die subsidiaritätsprinzipielle Legitimität.

### 4. Grenzen wechselseitiger Anerkennung

Im Rahmen des (dreistufigen) Subsidiaritäts-Tests erfolgt auch eine Auslotung der Grenzen der (politischen) Akzeptanz wechselseitiger Anerkennung. Nach den Grundsätzen des Unionsrechts unterliegen mitgliedstaatliche Regelungen der wechselseitigen Anerkennung.<sup>102</sup> Wo die Heterogenität von Regelungen zu Verzerrungen führt, sinkt die Akzeptanz des Wahlvolks und (damit) der Mitgliedstaaten. Die

101 Der Begriff „One size fits all“ wird metaphorisch verwendet, um eine Uniformierung kritisch zu beschreiben.

102 Calliess/Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 4, EUV, Rn. 105 mwN.

Gründe für einen Widerstand gegen eine wechselseitige Anerkennung liegen häufig darin, dass nationale Schutzvorschriften als Protektionsmechanismen zum Schutz der eigenen Wirtschaft missbraucht werden können. Ebenso sind Mitgliedstaaten mit hohen Schutzstandards daran interessiert, einen ungehinderten Zustrom von Waren und Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit (erheblich) niedrigeren Schutzstandards zu verhindern.<sup>103</sup>

Wo Handelshemmnisse nicht überwunden werden können, kann eine vereinheitlichende Regulierung erforderlich sein. Auch diesfalls müssen Ziele so definiert sein, dass sie aus der Sicht der Unionsziele hinreichend gewichtig sind und dem Schutzzweck des Subsidiaritätsprinzips entsprechen. Ein weniger vereinheitlichendes alternatives Ziel (Makro-, Meso-, Mikroziel), so vorhanden, ist vorzuziehen.

## 5. Grenzüberschreitender Charakter des Regelungsgegenstands

Der grenzüberschreitende Charakter eines Regelungsgegenstands findet sich häufig in Begründungen für eine Unionskompetenz. Ziele, die grenzüberschreitenden Charakter haben, sind jedoch nicht per se legitim. Grundsätzlich wohnt jeder Regelung eine – zumindest indirekte – grenzüberschreitende Wirkung inne. Rechtliche Vorgaben für einen grenzüberschreitenden Charakter bestehen etwa im Beihilferecht, wo die Binnenmarktrelevanz einer Förderung verlangt ist.<sup>104</sup> Unzulässig ist es, unter Berufung auf den generell grenzüberschreitenden Charakter des Regelungsgegenstands (etwa Luft- und Gewässerverschmutzung) eine (pauschale) Unionszuständigkeit für Maßnahmen auf diesem Gebiet zu begründen.<sup>105</sup> Einheitlichkeit bei grenzüberschreitendem Charakter des Regelungsgegenstands darf lediglich dort als Handlungsziel der Union anerkannt werden, wo sie von rechtlichen oder tatsächlichen Umständen erzwungen wird, die die Union und die Mitgliedstaaten nicht allein bestimmen können.<sup>106</sup> Beispiele sind die Bankenregulierung oder die Außenbeziehungen der Union.

## 6. Tipping Point und Mikado-Effekt

Sollen politische Ziele, insbesondere auch außerhalb des Binnenmarkts, verfolgt werden, können (politische) Entscheidungssituationen mit strategischen Unsicherheiten entstehen. Mitgliedstaaten stehen in einem Dilemma mit zwei typischen Situationen, die den spieltheoretischen Modellen Tipping Point und Mikado-Effekt entsprechen: sie wissen, dass Reformen nötig sind, aber kein Mitgliedstaat will der Erste sein, der das System „anfasst“. Jeder Mitgliedstaat wartet auf die Entscheidung des anderen – aus Sorge, politische oder wirtschaftliche Unsicherheiten oder Nachteile auszulösen.

103 Moersch, S. 337 mwN.

104 Siehe etwa Sutter, in: Jaeger/Stöger (Hrsg.), Art. 107 AEUV, Rn. 98 mwN.

105 Moersch, S. 335.

106 Moersch, S. 335 mwN.

Eine Lage, in der es erforderlich ist, dass genügend Mitgliedstaaten handeln, um ein altes System durch ein neues System zu ersetzen, wird Tipping Point bezeichnet. Beim Tipping Point ist die Bewegung der anderen Mitgliedstaaten Voraussetzung für eigenes Handeln. Tipping Point beschreibt eine Situation, in der individuelle Handlungen voneinander abhängig sind. Erst wenn genügend andere Mitgliedstaaten mitziehen, lohnt sich das eigene Handeln. In dieser Lage haben Mitgliedstaaten zwei Strategien: Handeln (etwa regulieren oder investieren) oder Nicht-Handeln. Ein Mitgliedstaat handelt nur dann, wenn eine Mindestanzahl anderer Mitgliedstaaten es auch tun (Tipping Point-Schwelle).

Mikado-Effekt bezeichnet eine Situation, in der kein Mitgliedstaat handelt, weil alle befürchten, ein System könnte kippen. Beim Mikado-Effekt ist die Bewegung selbst das Risiko. Der Mikado-Effekt beschreibt eine koordinative Situation, in denen alle Mitgliedstaaten passiv bleiben, weil jede Bewegung potenziell negative Konsequenzen auslösen könnte (ähnlich wie beim Spiel Mikado, wo jede unbedachte Bewegung andere Stäbe ins Wanken bringen kann). Mitgliedstaaten warten ab, weil eine eigene Handlung Nachteile für sich selbst bringen oder ein fragiles System stören könnte. Die Situation ist hochgradig interdependent: Jeder Schritt beeinflusst alle anderen. Wer zuerst handelt, trägt das größte Risiko.

## F. Ergebnis

Zusammenfassend zeigt sich zur Auswahl von Zielen iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV und zur Legitimität dieser Ziele folgendes Ergebnis:

- Eine Einschränkung der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten darf nur dann erfolgen, wenn ein ausgewähltes Ziel legitim ist. Das Ziel muss so bedeutend sein, dass es Einschränkungen der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen kann.
- Ein zweistufiger *Subsidiaritäts-Test* von Negativkriterium und Positivkriterium zur Prüfung der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips ist nicht ausreichend, um die Zuständigkeit der Union zu rechtfertigen. Das Prüfschema ist auf *drei Stufen* zu erweitern.
- In der *ersten Stufe* ist demnach zu prüfen, ob ein *Ziel* aus Sicht des Subsidiaritätsprinzips *legitim* ist. Ein Ziel ist legitim iSd Art. 5 Abs. 3 EUV, wenn (i) das *Ziel* aus der Sicht der *Unionsziele*, insbesondere des Art. 3 EUV, *hinreichend gewichtig* ist und (ii) die *vereinheitlichenden Elemente des Ziels* den *Schutzzweck* des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht *unterlaufen*.
- Fehlt einem ausgewählten Ziel die Legitimität iSd. Art. 5 Abs. 3 EUV, erübrigt sich die Prüfung des Negativkriteriums und des Positivkriteriums.
- Ob die Auswahl eines nicht-legitimen Ziels eine rechtswidrige Kompetenzausübung darstellt oder zu einer Verletzung der Kompetenzordnung (*ultra vires*) und damit zur Unzuständigkeit des handelnden Organs führt, bleibt zu klären.

## Bibliographie

- BAST, JÜRGEN, *Art. 5 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- CALLIESS, CHRISTIAN; KAHL, WOLFGANG, *Art. 4 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Art. 5 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN; SCHOENFLEISCH, CHRISTOPHER, *Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken: Europa- und verfassungsrechtliche Fragen*, JuristenZeitung, 2015, Jg. 70 (3), S. 113-121
- DEAKIN, SIMON, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?* European Law Journal, 2006, Jg. 12 (4), S. 440-450
- GRIESER, SIMON G.; HEEMANN, MANFRED (Hrsg.) *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, Frankfurt School Forum, Frankfurt, 2020
- HEIL, ANNA-MARIA; SCHMID, STEPHAN, *Die finale Fassung der EU-Lieferkettenrichtlinie (CS3D)*, Juristische Blätter, 2025, Jg. 147 (3), S. 144-153
- ITKIN, ANNA; TATSCHL, JULIAN, *Zwischen CSRD und CSDDD: Regulatorische Herausforderungen für Klein- und Mittelunternehmen*, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2024, Jg. 53 (3), S. 173-180
- LANGGUTH, GERD, *Art. 5 EUV*, in: Lenz, Carl Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Auflage, Wien, 2012
- LEIBLE, STEFAN; STREINZ, THOMAS, *Art. 36 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- MOERSCH, WOLFRAM, *Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips: Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie*, 1. Auflage, Berlin, 2001
- OESCH, MATTHIAS, *Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente*, in: Epiny, Astrid/Diezig, Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, 10. Auflage, Zürich, 2013, S. 301-315
- RADBACH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1946, Jg. (1), S. 105-108
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 3 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharte, 6. Auflage, München, 2022
- SABEL, CHARLES; ZEITLIN, JONATHAN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, European Law Journal, 2008, Jg. 14 (3), S. 271-323

- SCHIMA, BERNHARD, *Art. 5 EUV*, in Jaeger, Thomas; Stöger, Karl (Hrsg.), EUV/AEUV, 337. Ergänzungslieferung, Wien, 2025
- SCHIMA, BERNHARD, *Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1. Auflage, Wien, 1994
- SCHMIDHUBER, PETER MICHAEL; HITZLER, GERHARD, *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag – ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1992, Jg. 11 (8), S. 720-724
- SCHÜTZE, ROBERT, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?* Cambridge law journal., 2009, Jg. 68 (3), S 525-536
- SUTTER, FRANZ PHILIPP, *Art. 107 AEUV*, in: Jaeger, Thomas; Stöger, Karl (Hrsg.), EUV/AUEV, 337. Ergänzungslieferung, Wien, 2025
- TERHECHTE, JÖRG PHILIPP, *Art. 3 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 84. Ergänzungslieferung, München, 2025
- VON BOGDANDY, ARMIN; NETTES, MARTIN, *Art. 3b EGV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Ergänzungslieferung, München, 1994



© Stefan Weber

# Reden – Georg Ress zum 90. Geburtstag

## A. Rede von Georg Ress beim Abendessen im Schlossrestaurant Halberg

Ich danke aus tiefstem Herzen, allen, die zu dieser Feier beigebracht haben, meinen treuen Schülern, den Referenten, den Mitarbeiterinnen aus dem Europa-Institut, allen Freunden, die gekommen sind. Von weiter aus Japan Prof. *Takeji Ibaraki*, aus Finnland *Irja Pellonpää* deren Mann Matti wir schmerzlich vermissen, unsere Freunde *Lucius u. Dee Ann Cafisch* aus der Schweiz, *Jaqueline u. Mathilde Flauss* aus Frankreich, *Alastair und Geordie Douglas-Hamilton* aus Schottland, unser zugewachsener zweiter Sohn, und viele andere die ich hier nicht nennen kann, von der Universität, der Fakultät und insbesondere dem Europa-Institut, aus wissenschaftlichen Vereinigungen, aus dem Rotary Club, aus Straßburg, Wien, und unsere ganze Familie, meine Schwester *Luise*, unsere Kinder *Sabine, Hans-Konrad, Elisabeth* und unsere 8 *Enkelkinder* – alles Gottesgeschenke. Der christliche Glaube hielt uns stets zusammen.

Dass ich *Ulli* kennen lernte, verdanke ich einem schlechten Referendarexamen, das mich zum österreichischen Teil unserer Familie nach *Wien* führte. Das Glück, im 90. Lebensjahr noch mit meiner geliebten Ulli zusammen zu leben, ist das größte Gottesgeschenk und Glück.

Wenn man mit 90 sein Leben überblickt und vorbeiziehen lässt – und entschuldigen Sie, dass ich jetzt etwas persönlich werde – frage ich, was tief in der Seele geblieben ist. Das ist

Erstens der Krieg, die Bombennächte im Keller in Berlin, die rundum brennenden Häuser, Juden mit Judenstern, danach auf dem Land in Herzberg, bei Neuruppin, Kämpfe, K. Z. Häftlinge, die im März 45 aus Sachsenhausen durch unser Dorf von der SS getrieben und vor unseren Augen erschossen wurden, einer neben mir auf einem Brückengeländer, die Russen, die vor uns alle Frauen vergewaltigten – alles dies ist mir in die Seele eingebannt und hat tiefe Narben hinterlassen; psychische Folgen gehabt und

Zweitens: ein Leben ohne Vater, der im April 45 an der Ostfront bei Stettin als Gefreiter vermisst wurde. Er war als Kammergerichtstrat militärisch völlig ungeeignet. Meine Mutter kann ich nicht hoch genug loben. Drei Kinder hat sie allein durchgebracht. Es war die Zeit der Frauen. Ich musste als 10 und 11 jähriger Essen von Bauern besorgen, auf den Dächern und Trittbrettern von Zügen hocken. Holz aus den Volkspark holen oder Züge aufbrechen. Bleirohre aus Ruinen brechen und verkaufen – alles kriminell. Das Abitur machte ich als Schulbester.

Drittens: Schulzeit: Ich war geprägt durch die künstlerische Tradition der Familie, Großvater Musik-Professor, Tante Ballettmeisterin, Onkel Maler in Wien. Ich war Tenor im Mozartchor. Zu Hause stand die Dichtung von Arno Holz im Vordergrund.

Viertens: Das Studium: An sich hatte ich für Jura wenig Interesse. Geschichte und Philosophie interessierten mich stark. Ich machte ein schlechtes Referendarexamen, was zu meinem Weg nach Wien führte – dort waren noch Teile der Familie.

Fünftens: Wien: Jus. Interesse für Rechtswissenschaft durch Günther Winkler, Verdross. Wiener Schule. Ford Institut, Henry Kissinger. Umzug nach Heidelberg. Arbeit am MPI. Völkerrecht. Doebring, Mosler. Doktorrant. Habilitation Freunde Eckart Klein. Albert Bleckmann, Torsten Stein, Hartmut Schiedermaier, Helmut Steinberger.

Sechstens: Heirat mit Ulli von Hammerstein, ein Gottes Geschenk.

Siebtens: Rufe nach Regensburg oder Saarbrücken? Oder Bonn, Speyer?

Achtens: Straßburg: Ein Glücksfall. Kommission, Richter, Sektionspräsident – Schutz der Menschen im Vordergrund – ungebogenes Leben, Verhältnis von EU-EMRK. Gleichartiger Schutz. Wie in dritten Staaten? Russisch haben wir da gelernt, um die Beschwerden gegen Russland zu verstehen. Freundschaft mit Caflisch, Für mich wichtig: etwas Effektives tun!

Noch eine persönliche Bemerkung zum Schluss: Recht im Wandel – autoritäre Regime. – negativer Einfluss auf Menschenrechte, da die Staatspraxis als Basis der allgemeinen Prinzipien gilt.

Wann wachen die Menschen auf? Zustimmung zum Ermächtigungsgesetz gab es seinerzeit selbst vom katholischen Zentrum. Tendenz zur Herrschaft praktisch ohne Parlament: auch in Österreich

Fazit: mit kräftiger EU hatten wir unglaubliches Glück. England begreift es erst langsam.

Rechtlich wäre vieles über den Wandel der Welt zu sagen. Die Historiker würden sagen, dass es selten Zeiten ohne Kriege gab. Unsere Vorfäder erlebten dies sogar alle 30 Jahre in Europa. Die EU hat uns nach dem zweiten Weltkrieg davor über 70 Jahre bewahrt. Der Mensch ist leider im Kleinen wie im Großen zu den grässlichsten Taten fähig, die aus seinem Innern kommen – wie es schon im Markus-Evangelium in der Rede Jesu an seine Jünger heißt (MK 7, 22-23), ich zitiere wörtlich:

„Denn von innen, aus dem Herzen der Menschen, kommen die bösen Gedanken, Unzucht, Diebstahl, Mord, Ehebruch, Habgier, Bosheit, Hinterlist, Ausschweifung, Neid, Verleumdung, Hochmut und Unvernunft. All dieses Böse kommt von innen und macht den Menschen unrein.“

So erleben wir es heute in Gewaltorgien, massiver Unvernunft und Bosheit wieder. Wer sich in die friedvollen Zeiten der letzten Jahrzehnte eingebettet hatte, kann von einem Wandel zum Bösen sprechen, für manchen Völkerrechtler ein erstauntes Erwachen. Aber was Schopenhauer für die augenoffene Philosophie sagte, gilt auch für das Völkerrecht: der Wert und Hintergrund ihrer Regeln und Erkenntnisse wird nur deutlich, wenn man die Schreie, das verzweifelte Weinen und das Mordgebrüll auf der Welt hört, sich der uns umgebenden Bosheit und Hinterhältigkeit bewusst ist.

Die neuere Literatur<sup>1</sup> hat sich der Tatsache zugewandt, dass

„the community of States is taking an autocratic turn, and the question arises how this process will affect the international law system.“

Even though international law does not contain a right to democracy that could be distorted or abolished. China and Russia are trying to advance a new concept of (so-called) democracy that could possibly make its way into international law (China: Democracy that works Dez. 21).

If we follow the distinction between interstate-related international norms and those governing the international order of a state, it becomes clear that the international distorted practice and system of human rights will jet its shadow on the interstate human rights and its protection. International lawyers even distinguish, between possible authoritarian hindering free election and support control by the government and totalitarian human rights, which replace “the basis of the international human rights enshrined in Art. 1 of the United Nations Convention of Human Rights, according to which all human beings are born free and equal in dignity and rights, with a given nation of the prevailing ideology as how people should lead their lives.“

Ich habe dies zitiert, um der Sorge über den Niedergang der Menschenrechte, für die ich mein Leben lang – zum Teil mit Erfolg, z. T. vergeblich – gekämpft habe, Ausdruck zu verleihen. Aber meine Hoffnung ist noch immer stark. Darauf möchte ich mit Mitstreitern diesen Abend voller Dankbarkeit widmen.

### B. Schlussworte von Georg Ress zum Kolloquium

1. Erlauben Sie, dass ich zum Abschluss des Kolloquiums zu meinem 90. Geburtstag einige persönlich gehaltene Worte anfüge. Die größte Gnade und das größte Glück, das ich mit 90 Jahren von Gott erfahren habe, ist, dass ich mit meiner lieben Ulli noch zusammenlebe, mit der ich vor 60 Jahren die Ehe in der Kapelle vom Schloss Schönbrunn in Wien geschlossen habe.<sup>2</sup>

1 Polzin, Nordic Journal of International Law 2024/2, S. 237–266.

2 Vgl. darüber Winkler, S. 129 f.: „Im Herbst 1959 kam eines Tages der Referendar Georg Ress aus Berlin zu mir in mein Büro und sagte, dass er bei mir dissertieren wolle. Nach einem kurzen Informationsgespräch nahm ich ihn als Dissertanten an und lud ihn in mein Seminar ein. Georg Ress war ein überaus engagierter Teilnehmer am Seminar. In kurzer Zeit verfasste er eine habilitationswürdige Dissertation und erwarb damit in Wien das Doktorat der Staatswissenschaften (Dr. rer. pol.). Als er im Jahr 1965 in der Kapelle des Schlosses Schönbrunn mit Franziska-Ulrike von Hammerstein-Equord den Bund der Ehe schloss, war ich sein Trauzeuge.“ Über Günther Winkler hielt ich bei seinem Abschiedsseminar die folgende Ansprache: „Als Günther Winkler mit seinem Lehrer Antoniolli nach Wien kam, war ich im Jahr 1959 nach meinem Jus-Studium in Berlin sein erster Schüler, der bei ihm, dem jungen Professor, im Fach Staatswissenschaft promoviert hat. Er führte mich in unserem ersten Gespräch in sein Denken über Staatsrecht und Verwaltungsprozessrecht ein und wir verstanden uns so gut, dass dieses Gespräch bis zum letzten Tag seines Lebens nie abgerissen ist. In seiner Biographie hat er darüber berichtet. Er war mein Trauzeuge, als ich Franziska Ulrike von Hammerstein-Equord in der Schlosskapelle Schönbrunn heiratete. Günther kam auf meine Anregung zu Vorlesungen von Wien nach Saarbrücken, wo ich inzwischen nach Zwischenstationen am Institut für höhere Studien und wissenschaftliche Forschung in Wien und dem Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und

## 2. Im Rosengarten des Schlosses Schönbrunn, wo Ullis Mutter im sog. Doktor-

Völkerrecht in Heidelberg als Professor und später in Straßburg als Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte tätig war. Günther Winkler entwickelte dabei seine Kritik an der Kelsenschen Normlogik, wandte sich der allgemeinen Übertragung der Erkenntnislehre auf die Rechtswissenschaft zu und hielt den für die Judikatur nicht nur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, sondern für die Verfassungsgerichtsbarkeit generell wegweisenden Vortrag in Heidelberg über die Wertbetrachtung im Recht, womit die teleologische Praxis und wertorientierte Auslegung Einzug hielt. Es folgte seine grundlegende Studie über Zeit und Recht, seine Betrachtung von Raum und Recht, also den beiden Grundbegriffen des Denkens von Immanuel Kant, auch diese von seiner Verbindung nach Saarbrücken ausgehend. Seinen Schülern legte er die Lektüre von Kant und Aristoteles dringend ans Herz. Seine hohen rechtstheoretischen Leistungen fanden in Rufen nach Würzburg und Heidelberg Ausdruck, die er zugunsten der Universität Wien ablehnte, wo er in Folge in eindrucks voller Weise die Ämter als Dekan und Rektor ausübte und wesentlich zum Entstehen des Juridikum als Baubeauftragter der Fakultät beitrug. Ich will gar nicht seine zahllosen Ämter, Schöpfungen, diplomatischen Verbindungen, seine enorme China-Sammlung in seinem Heimatort Baldramsdorf erwähnen, wo er in der Gruft der Familie von Alber beigesetzt wurde. Erwähnenswert ist aber die von ihm gegründete und herausgegebene Forschungsreihe „aus Staat und Recht“, die zahlreiche Publikationen (Habilitationsschriften und Doktorarbeiten) des österreichischen öffentlichen Rechts und der Rechtsphilosophie weit über die Grenzen Österreichs – ja weltweit – bekannt machte und vielen jungen Wissenschaftlern einen herausragenden Weg in die Welt der Forschung eröffnete. Erwähnenswert ist auch sein Kampf gegen die Sanktionen gegen Österreich unter der Regierung Schüssel, also die von den EU-Staaten erlassenen rechtswidrigen Sanktionen und sein Bemühen um den Verfassungsstatus von Liechtenstein gegen die Angriffe des Europarats. Er veranlasste die Verleihung des Ehrendoktors an den berühmten Verwaltungsrechtler Forsthoff, den ich zum Empfang durch Günther und Antoniolli in Melk von Heidelberg aus mit dem Auto fuhr. Als Beispiel seiner geistigen Stärke mag ich das Gespräch per E-Mail anfügen, das wir noch in den letzten Tagen vor seinem Tod führten, um ihn selbst noch einmal zu Wort kommen zu lassen: Günther schickte mir oft wunderbare Musikstücke wie das „Laudate Dominum“ von Mozart und das „Näher zu Gott“ auf dem Cello, das auch beim Untergang der Titanic gespielt wurde. Ich schrieb ihm am 19. Oktober: „Lieber Günther, gerade habe ich mir die vielen Musikstücke nochmal vorgespielt, die Du mir geschickt hast. Beeindruckend. ‚Befiel du deine Wege‘ und ‚Ave Maria‘ von Schubert. Ich danke für diese schöne Musik und das religiöse Anliegen. Ich denke mit Dir.“ Er antwortete: „Mich interessiert weniger die Religiosität, sondern die Schönheit der Musik...“ Ich antwortete am 21. Oktober 24: „Und doch stehst Du vor Gottes Angesicht, der seine Hand über Dir hält, auch wenn Du die Musik genießt. Ich bin dafür für Dich zutiefst dankbar.“ Er schrieb zurück: „Das freut mich sehr. Ich glaube an das Wahre, an das Gute und an das Schöne im Menschen, als den Sinn des Lebens.“ Von mir folgte daraufhin: „Das ist der antike Dreiklang! Darin ist Gott verborgen und in vielerlei Gestalt lebendig, Deus absconditus. Der verborgene Gott, nach dem auch Nikolaus von Kues gesucht hat, begegnet uns so oft.“ Günther antwortete mit: „Cogito ergo sum (von Descartes).“ Ich erwiderete: „Die Zeit mit Freunden, mit väterlichen Freunden wie Du, ist ein unendlich geschenktes Glück.“ Daraufhin schickte er am 22.10 das Ave Maria, gesungen von Pavarotti. Ich antwortete auf seine vorige Bemerkung. „Das cogito ergo sum erschien mir immer wie eine Tautologie. Wie erkenne ich, dass ich denke? Das ist doch alles voller Voraussetzungen so wie ‚Wahrheit und Methode‘, das Gadamer in Heidelberg vortrug. Günther antwortete kurz: „Es ist die Evidenz.“ Ich schrieb daraufhin: „Dann sind wir bei Unerklärlichem.“ Günther: „Indem ich denke, weiß ich, dass ich existiere“, „Mensch erkenne dich selbst (Sokrates)“. Ich antwortete daraufhin: „wann denke ich?... Wie erkenne ich ‚denken‘. Das war auch Heideggers Problem.“ Günther antwortete mir am 24. Oktober: „Aristoteles war der Wegweiser: Sinnliche Wahrnehmung. Erfahrung durch Anschauung und Wahrnehmung. Wahrnehmung aus Empfindung etc. Die Unterscheidung zwischen Wissenschaften und Philosophie erfolgte durch und seit Aristoteles.“ Am nächsten Tag, seinem Todestag, am

stöckel wohnte, hatten wir uns 1963 verlobt, Ullis Vater war Sicherheitsdirektor von Österreich und in der Regierung Schuschnigg Justizminister gewesen,<sup>3</sup> und war 1938 durch einen in der Abwehr beschäftigten Bekannten<sup>4</sup> von der Deportationsliste nach Dachau gestrichen worden, kam aber selbst nach dem Stauffenberg-Attentat<sup>5</sup> am 21. Juli 1944 in Gestapohaft und ins KZ Mauthausen. Während mein Vater (Kammergerichtsrat) 1945 an der Ostfront fiel, starb Ullis Vater 1947 infolge der im KZ erlittenen Gesundheitsschäden. Wir beide gehören also zu der väterlosen Generation.

Während meine Familie einen ausgeprägten künstlerischen Hintergrund hat – mein Urgroßvater war Sänger an der Wiener Oper, meine Urgroßmutter Ress-Blaszkova tschechische Kammer- und Opernsängerin aus Prag, mein Großvater Professor der Musik und des Gesangs am Berliner Konservatorium – er verfasste über Theorie und Technik des Gesangs und später über die Dichtung des Naturalismus und speziell über den Dichter Arno Holz mehrere Bücher –, mein Großonkel Paul Ress war ein in Wien in den 20er Jahren bekannter Maler, meine Tante Sabine Ress, Schwester meines Vaters, Choreographin und Ballettmeisterin an der Komischen Oper in Berlin, also alles Berufe, die viel Phantasie voraussetzen, was auch in der Rechtswissenschaft von Erkenntnis-wissenschaftlichem Vorteil ist.

Bis dahin wusste ich von Ullis Familie relativ wenig. Auf einer Harzwanderung während unserer Verlobungszeit erzählte sie mir: „Du sollst wissen, dass ich von „Johanna der Wahnsinnigen“ abstamme, was mich einen Moment erschreckte, sie tröstete mich mit dem Hinweis, dass sie auch von der heiligen Elisabeth von Thüringen abstamme.

3. Uns verbindet auch unser christlicher Glaube, gefestigt durch den französischen Benediktinerpater Dom Robert Gillet, der 23 Sommerferien mit uns und unseren drei Kindern *Sabine*, *Hans-Konrad* und *Elisabeth* im österreichischen

25. Oktober schickte er mir noch ein Musikstück von Andrew Lloyd Webber. Kant und Aristoteles haben ihn fasziniert und er war, wie das Gespräch mit mir zeigt, mit ihren Gedanken und der Suche nach Gott intensiv befasst. Günther war mein väterlicher Freund und Mentor. Er nahm intensiv Anteil am Schicksal unserer Familien, dass mein Vater noch als Soldat im April 1945 an der Ostfront fiel und mein Schwiegervater 1947 infolge der im KZ Mauthausen erlittenen Qualen starb. Meine Frau und ich gehörten zur väterlosen Generation. Diese entsetzliche Zeit hat auch Günther geprägt. Der Mensch Günther hat viele Schüler begeistert und gefördert. Er war ein geselliger Mensch, jedes Jahr in seiner Loge auf dem Juristenball, wo er seine Freunde, Schüler und Kollegen empfing. Ich war sein erster Doktorand, Christoph Grabenwarter sein letzter Habilitand. Agostino Carrino sein Freund und enger Kollege aus Rom, der viele seiner Bücher ins italienische übersetzte, ist durch die heutige Operation seiner Frau am Kommen verhindert. Er wäre gern hier gewesen. Bei der Familie Zanoni in Gieshübl fand Günther in den letzten Lebensjahren ein betreutes angenehmes zu Hause. Ihr gilt unser Dank. Wir vermissen Dich, Günther. Gott gebe Dir die ewige Ruhe und das ewige Licht leuchte Dir. Wir sind Dir unendlich dankbar.

3 Siehe dazu auch *Heere*, Hans von Hammerstein-Equord: Funktionen und Handlungen in Österreich zwischen 1923–1947, Wien, 2021.

4 Marogna-Redwitz, der nach dem Juli-Staatsstreich 1944 selbst verhaftet und hingerichtet wurde, siehe *Heere*, S. 39.

5 Zum 20. Juli 1944 vgl. den Vortrag von Ludwig Freiherr von Hammerstein vor dem Europa-Institut und *Enzensberger* 2002.

Pernlehen (4563 Micheldorf) mit einer täglichen hl. Messe, bei der *Hans-Konrad* ministrierte, verlebte.<sup>6</sup> Ich war seit meiner Zeit als Student Mitglied in der Berliner Katholischen CV-Verbindung Suevia geworden und 1956 auch deren Senior und später wurde ich Komtur des Ritterordens vom hl. Grab von Jerusalem. Mit dem Berliner Mozart-Chor reiste ich als Tenor während der Schul- und Studienzeit durch Halb-Europa.

4. Sonst sieht die Welt düster aus. Rechtsradikale undemokratische, ja diktatorische Regime und Mehrheiten greifen wieder um sich, was wir noch 1945 und nach den Erfahrungen seit 1933 nicht mehr erwartet hätten: in Deutschland die AfD,<sup>7</sup> in Frankreich der Rassemblement National,<sup>8</sup> in Italien die Fratelli d'Italia,<sup>9</sup> in Österreich die FPÖ,<sup>10</sup> in der Slowakei die Huntie republika,<sup>11</sup> im Osten die SOZ (Shanghai Organisation für Zusammenarbeit), von Russland und China gar nicht zu reden. Die Mehrheit der Menschen lebt unter solchen Regimen und das Wiederaufflammen des Nationalsozialismus ist dabei, die Europäische Union zu zerstören<sup>12</sup> und neue Kriege zu speisen.<sup>13</sup> Die über 70 Jahre Frieden, die uns die

6 Leider starb er mit 81 Jahren vor unseren Augen im eiskalten Großen Ödsee in Oberösterreich, was Kardinal *Ratzinger*, als ich mich als Richter und Sektionspräsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Straßburg) mit ihm in der Glaubenskongregation über den aktuellen Menschenrechtsschutz nach seiner Begegnung mit *Jürgen Habermas* unterhielt, zu der Bemerkung veranlasste „Oh, Robert, man soll mit 81 Jahren nicht über einen eiskalten Gebirgssee schwimmen.“ Er war gut informiert, hatte er doch, da beide Patristiker waren, mit ihm und seiner Schwester mehrfach Ferien in Frankreich verbracht.

7 Vgl. hierzu etwa die Ergebnisse der Europawahl 2024 bei welchen die AfD 15,90 % deutschlandweit und in fünf ostdeutschen Bundesländern (Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen) sogar *stärkste Kraft* wurde. <https://results.elections.europa.eu/de/deutschland/> (14.9.2025).

8 Der *Rassemblement National* um Marine Le Pen mit landesweit sogar über 30 % der Stimmen und somit als stärkste Kraft. <https://www.tagesschau.de/europawahl/wahl/wahlergebnisse-frankreich-100.html> (14.9.2025).

9 Ebenso stärkste Kraft wurden die *Fratelli d'Italia* um Georgia Meloni mit ebenfalls fast 30 %. <https://results.elections.europa.eu/de/italien/> (14.9.2025).

10 Welche ebenso bei der Europawahl mit knapp über 25,40 % stärkste Kraft wurde. <https://results.elections.europa.eu/de/osterreich/> (14.9.2025).

11 Die *Huntie Republika* – eine ultranationalistisch und rechtsextreme Partei – welche jedoch bei den Europawahlen nach der Progresív Slovensko und der Smer – sociálna demokracia mit über 12 % jedoch nur *drittstärkste Kraft* wurde. <https://results.elections.europa.eu/de/slowakei/> (14.9.2025).

12 Vgl. dazu die Analysen von *Posselt*, dem Geschäftsführer von Pan-Europa.

13 Der Gründer von Pan-Europa, *Graf Coudenhove-Kalergi*, würde entsetzt sein, müsste er das erleben, vgl. dazu [https://de.wikipedia.org/wiki/Richard\\_Coudenhove-Kalergi](https://de.wikipedia.org/wiki/Richard_Coudenhove-Kalergi) (14.9.2025). „Richard Coudenhove-Kalergi“: Der von Coudenhove-Kalergi vorgeschlagene europäische Staatenbund von Polen bis Portugal, den er Paneuropäische Union oder Vereinigte Staaten von Europa nannte, sollte als ein politischer und wirtschaftlicher Zweckverband einen erneuten Weltkrieg verhindern. Seine Ideen trafen auf einen grassierenden Nationalismus nach dem Ersten Weltkrieg. Coudenhove-Kalergi forderte Frankreich und Deutschland auf, ihre Streitigkeiten beizulegen und sich stattdessen auf ihre Gemeinsamkeiten zu konzentrieren. Den skandinavischen Staaten dachte er die Rolle zu, für eine Einigung Europas die Initiative zu ergreifen und als Vermittler zwischen den verfeindeten europäischen Staaten zu fungieren.

Europäische Einigung beschert hat – im Gegensatz zu den Zeiten unserer Vorfäder, die alle 30 Jahre einen mörderischen Krieg erlebten – haben uns eine der glücklichsten Epochen beschert, die nun mit dem Angriff Russlands auf die Ukraine und der Hamas und dem dahinter stehenden Iran auf Israel zu Ende zu gehen scheint.

5. Wie könnte das Blatt gewendet werden? Da die fünf ständigen Mitglieder in der UNO im Grunde von Anbeginn untereinander im Streit und bös williger Konkurrenz lagen, wird uns diese Weltorganisation vor der Diktatur und dem Krieg nicht dauerhaft bewahren können.<sup>14</sup> Wo ist das *Senfkorn*, das uns zum Friedens-

- 14 Sanktionen erweisen sich oft als wirkungslos, da andere mächtige Staaten einspringen und sich Vorteile ergattern. Vgl. dazu *Felix Lincke* in: <https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/russland-sanktionen-wirkung-umstritten,U57CvkP> (14.9.2025). „Problem 1: Die meisten Wirtschaftsgüter sind von den Sanktionen ausgenommen. Bei näherer Betrachtung können zum Beispiel zahlreiche deutsche Firmen fast unvermindert ihre Geschäfte in Russland weiterbetreiben, weil ihre Produkte dort von den Sanktionen gar nicht betroffen sind. Nur so ist es zu erklären, dass *Metro* und *Bayer* nach wie vor Lebensmittel, Konsumgüter für den privaten Gebrauch und auch Medikamente und Düngemittel liefern dürfen. Aus Bayern wären an erster Stelle zu nennen: der Sportartikelhersteller *Adidas*, der Gips- und Baustoffhersteller *Knauf*, einige Tochterfirmen von *Siemens* und die Hochland Gruppe mit ihren Molkereiprodukten, um nur einige zu nennen. Sie lassen wie die weitaus meisten der Auslandsfirmen in Russland ihre Investitionen dort einfach weiterlaufen.“ Vgl. dazu den Beitrag von Felix Lincke im BR vom 24.2.2024 aber auch die Tages schau vom 22.9.2023: „Nur 40 Prozent der Firmen haben Russland verlassen.“ Problem 2: Russland kommt nach wie vor an westliche Kriegs-Technologie. *Haeusgen* spielt auf den Streit um den Marschflugkörper Taurus an, den Deutschland nicht an die Ukraine liefert. Vgl. dazu: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw11-de-ukraine-992936> (14.9.2025): „Die Unionsfraktion ist mit ihrem Antrag zur Lieferung des Marsch flugkörpers Taurus an die Ukraine gescheitert. In namentlicher Abstimmung wandten sich am Donnerstag, 14. März 2024, 494 Abgeordnete gegen ihren Antrag (Deutscher Bundestag, 20. Wahlperiode, Drucksache 20/9143 vom 07.11.23), 188 Abgeordnete stimmten dafür, es gab fünf Enthaltungen“. Unterdessen erhält auch Russland nach wie vor Bauteile für Waffen aus westlicher Produktion. 95 % aller ausländischen Teile in russischen Waffen, die auf den Schlachtfeldern gefunden werden, stammten nicht etwa aus China, Iran oder Nordkorea, sondern vom Westen. Das berichtet die ukrainische *Kiev School of Economics*. 72 % von diesen ausländischen Waffenteilen gingen dem Bericht zu folge auf US-Hersteller zurück. 2023 hätte Russland, wohl meist auf Umwegen über benachbarte GUS-Staaten sowie vor allem über die Türkei, trotz aller Exportkontrollen, modernes Kriegsgerät im Wert von rund acht Milliarden Euro eingeführt. Eine bessere Durchsetzung der Sanktionen sei deshalb wichtig, um die russische Kriegsführung zu schwächen, heißt es in Kiew. Vgl. dazu die Aussage von Wolodomir Selenski in seiner abendlichen Videoansprache vom 31.07.23: „Der weltweite Sanktionsdruck gegen Russland verdient eine deutliche Steigerung“, sagte Selenski in seiner abendlichen Videoansprache am Montag. Insbesondere müssten Sanktionslücken geschlossen werden, mithilfe derer Russland seine Waffenproduktion am Laufen halte. Vgl: <https://www.handelsblatt.com/politik/international/ukraine-krieg-lage-am-morgen-selenski-fordert-haertere-sanktionen-gegen-russland/29291588.html> (14.9.2025). Eine andere Auffassung vertreten dagegen Josep Borrell, Hoher Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik in einer Pressemitteilung vom 24.6.2024 bzgl. des 14. Sanktionspaketes der EU: „Unsere Sanktionen haben die russische Wirtschaft bereits erheblich geschwächt und Putin daran gehindert, seine Pläne zur Zerstörung der Ukraine zu verwirklichen, auch wenn er die rechtswidrige Aggression gegen die Zivilbevölkerung und zivile Infrastruktur noch immer fortsetzt. Das 14. Sanktionspaket beweist unsere Einigkeit bei der Unterstützung der Ukraine und beim Bestreben, die kriminellen Aktivitäten Russlands gegen die ukrainische Bevölkerung, ein-

baum wachsen könnte? An sich hilft, wie von Kant<sup>15</sup> schon 1784 vorgeschlagen, nur ein Weltbund wirklich gleicher, in sich respektvoll demokratisch gegliederter Staaten, die mit Mehrheit die Entscheidungen über Krieg und Frieden, Ausgleich, Kooperation und Hilfe treffen.<sup>16</sup> Im Grunde ist der Mensch, der nicht gut,

schließlich der Bemühungen zur Umgehung von EU-Maßnahmen, zu begrenzen.“ Oder auch Eric Woyde, Russland Experte in der Tagesschau vom 22.2.2023 „Wie Russlandsanktionen wirken“: „Die Sanktionen greifen langsam – aber sie greifen, sagt der Russland-Experte Eric Woydt vom Düsseldorfer Civic-Institut: „Wir sehen, dass im Energiektor, in dem aktuelle Öl- und Gasfelder langsam erschöpft sind, neue Felder aber nur schwer erschlossen werden können, weil aufgrund der Sanktionen die Technik fehlt. Russland ist da sehr abhängig.“ Ein weiteres Beispiel sei die *Autoindustrie*. „Komponenten wie ABS oder Airbags sind nicht mehr verfügbar. Das heißt zum Beispiel, dass Russland die Standards senkt, es wird überlegt, auf die Euro-2-Norm zurückzugehen, die in Deutschland in den 1990er-Jahren galt.“ Vgl. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/weltwirtschaft/wirtschaftssanktionen-russland-103.html> (14.9.2025).

15 Immanuel Kants Aufsatz „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ erschien im November 1784 in der „Berlinischen Monatsschrift“ und gehört zu den wenigen Texten, in denen Immanuel Kant seine Geschichtsphilosophie darlegt. Berühmt sind seine Überlegungen zum „Ewigen Frieden“. Er fragt: „Wie ist es möglich, in der menschlichen Geschichte, in dieser verwirrenden Vielfalt von Ereignissen eine Ordnung und eine Entwicklung zu erkennen?“ Kants Überlegung geht davon aus, dass die menschlichen Handlungen wie *jede andere Naturgegebenheit nach allgemeinen Naturgesetzen bestimmt werden*. Deshalb kann man hoffen, dass die *Geschichte, wenn man das Spiel der Freiheit des menschlichen Willens im Großen betrachtet, darin einen regelmäßigen Gang entdecken könne*. Dazu braucht die Geschichtswissenschaft einen methodischen Leitfaden. Den kann ihr nur die Vernunft geben, die ihn a priori aus der „Naturabsicht“ erschließt. Denn Absicht der Natur ist es, die in den Lebewesen angelegten Möglichkeiten zur höchsten Entfaltung zu bringen. Auf den Menschen bezogen heißt das, die Menschengattung zur *Erreichung einer allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft zu führen, da nur in ihr die höchste Absicht der Natur, nämlich die Entwicklung aller ihrer Anlagen, in der Menschheit erreicht werden kann. – So lange aber Staaten alle ihre Kräfte auf ihre eitlen und gewaltsmäßen Erweiterungsabsichten verwenden und in Kriegen das bereits Geschaffene wieder verwüsten, solange wird die völlige Entwicklung der Naturanlagen in ihrem Fortgange gehemmt*. Die menschliche Gattung muss daher durch Schaffung eines weltumspannenden Völkerrechts und notwendiger Institutionen für seine Durchsetzung auch die zerstörerischen Kräfte im Verhältnis der Staaten untereinander bändigen. Kant erwartet, dass die Menschengattung sich in weiter Ferne zu diesem Zustand emporarbeiten wird.“ Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Idee\\_zu\\_einer\\_allgemeinen\\_Geschichte\\_in\\_weltbürgerlicher\\_Absicht](https://de.wikipedia.org/wiki/Idee_zu_einer_allgemeinen_Geschichte_in_weltbürgerlicher_Absicht) (14.9.2025).

16 Zum Wert und zur Reform der UN vgl. Ekkehard Griep. Er fordert, sich nicht auf eine Reform des blockierten UN-Sicherheitsrates zu fokussieren. Ob Menschenrechte oder Friedensmissionen, ob Pariser Klimaabkommen oder die Nachhaltigkeitsagenda 2030 – all diese Erfolge seien im Rahmen der Vereinten Nationen und unterhalb der Hürde von Änderungen der UN-Charta möglich gewesen. Er sprach sich dafür aus, Allianzen in der UN-Generalversammlung zu suchen. Dort sei die Staatengemeinschaft anders als im Sicherheitsrat in der Lage gewesen, mit großer Mehrheit Resolutionen gegen Russlands Angriffskrieg auf die Ukraine zu beschließen. Nicole Deitelhoff vom Leibniz-Institut für Friedens- und Konfliktforschung hielt eine Reform des Sicherheitsrates für wenig realistisch. Dessen Vetos ließen sich aber entwerten, wenn die Generalversammlung gestärkt würde: mit regelmäßigen Entschlüsse auch in puncto Frieden und Sicherheit und auch zu Abrüstung und Rüstungskontrolle. Sie verwies allerdings auch darauf, dass es zwar gelungen sei, eine deutliche Mehrheit in der Generalversammlung für eine Verurteilung von Russlands Krieg zu organisieren, die meisten dieser Länder machten aber

sondern auch eine Bestie ist, ohne die Hilfe Gottes dazu nicht in der Lage. Die Menschheitsgeschichte<sup>17</sup> lehrt nur, dass irdischer Optimismus nicht weiterhilft und Gier, Neid, Bosheit, Machthunger unausrottbar sind. Im Grunde steht auch die EU hilflos vor uns, ohne Verteidigungsgemeinschaft, ohne gemeinsame Armee, der einseitige Nationalismus gewinnt auch im Europäischen Parlament immer mehr Raum. Sind die Menschen so dumm, dass sie den Abgrund, auf den das zusteuer, nicht sehen? Der EU wird sogar die Qualität einer juristischen Person verweigert.<sup>18</sup> Dennoch werde ich diese Welt, angesichts meiner Bemühungen als Völker- und Europarechtler, im Grunde nicht in pessimistischer, sondern hoffnungsvoller Stimmung verlassen. Wenn man der Analyse von *Max Weber* von der rationalen Evolution Glauben schenkt, ist eine positive Entwicklung denkbar und vielleicht sogar à la longue wahrscheinlich.

Ob es je gelingen wird, dass der Mensch seinen eigenen Untergang abwendet, ist zwar durchaus fraglich, daher sind die Glückszeiten, wie wir sie erlebt haben, ein so heiliges Gut. Lasst Euren Optimismus an den Erfolg des Guten gegen das Böse nicht sinken.

Ich habe mich in letzter Zeit mit dem Nutzen, aber auch den Gefahren der künstlichen Intelligenz beschäftigt,<sup>19</sup> auch eine Entwicklung, die in den Abgrund führen kann.

Von diesen und anderen Gefahren war auch auf diesem Kolloquium zu meinem 90. Geburtstag die Rede. Es wird vielleicht angesichts meines Alters das letzte Kolloquium dieser Art sein. Ich danke meinen Schülern, allen Referenten aus tiefsten Herzen dafür. Was von uns bleibt, ist wie das Senfkorn, das sich entfaltet. Ihr alle habt dazu beigetragen. Wohin die Reise geht, keiner weiß es mit Sicherheit zu sagen!

bei den Sanktionen gegen den Aggressor nicht mit. Auch *Marianne Beisheim* von der Stiftung Wissenschaft und Politik machte eine Revitalisierung der Generalsversammlung als entscheidend aus. Sie sei der Ort der Kommunikation, an dem Mittelmächte und kleinere Länder ihre Positionen einbringen könnten. Gleichwohl würden afrikanische Länder weiter darauf drängen, die Reform des UN-Sicherheitsrates auf die Agenda zu nehmen, weil für sie einfach nicht akzeptabel sei, dort nicht permanent vertreten zu sein. Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/experten-auswaertiger-ausschuss-reformplaene-un-sicherheitsrat-generalversammlung> (14.9.2025).

17 Vgl. *Harari*, S. 498; siehe auch *Ress*, ZÖR 2023/3, S. 395–434.

18 *Ress*, Ist die Europäische Union eine Juristische Person?, EuR-Beih 1995/2, S. 27–40.

19 *Ress*, ZÖR 2023/3, S. 395–434.



[Ulli und Georg Ress im Rosengarten von Schönbrunn in Wien]

*Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. b.c. mult. Georg Ress, Em. Universitätsprofessor sowie Direktor des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes a.D. (Germany) sowie ehemaliger Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg (France) und Membre de l’Institut de droit international, Genève (Switzerland). Email: Ress@mx.uni-saarland.de.*

## Bibliographie

- ENZENSBERGER, HANS MAGNUS, *Hammerstein oder der Eigensinn*, 1. Auflage, Berlin, 2002
- GLAESNER, HANS-JOACHIM, Europarecht, Beiheft 2/1995, S. 27–40
- HARARI, YUVAL NOAH, *Eine kurze Geschichte der Menschheit*, München, 2013
- HEERE, PHILIP, *Hans von Hammerstein-Equord: Funktionen und Handlungen in Österreich zwischen 1923–1947*, unveröffentlichtes Manuskript, Wien 2021
- KANT, IMMANUEL, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Berlinische Monatsschrift, November 1784
- POLZIN, MONIKA, *The Global Illiberal Dawn: Toward a Definition of Authoritarian International Law Norms*’, Nordic Journal of International Law 2024, Jg. 93(2), S. 237–266

- RESS, GEORG, *Ist die Europäische Union eine Juristische Person?*, Europarecht, Beiheft 2, 1995, S. 27–40
- RESS, GEORG, *Maschinenbewußtsein durch Künstliche Intelligenz und die Auswirkungen auf das Europarecht und Völkerrecht*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2023, Jg. 3, S. 395–434
- WINKLER, GÜNTHER, *Mein Weg in die Rechtswissenschaft*, 2022

**ANNEX: Publikationsverzeichnis (2020-2025) (Publikationsnachweise 2015-20 in ZEuS 2021, S. 233–234)**

- Menschenrechtliche Kontrolle der Kommunikation, speziell des Internets, ZöR 2021/3, 915–950
- Die Verantwortlichkeit der Inhaber von Konten bei sozialen Netzwerken - eine Verschärfung der Anforderungen durch den EGMR durch sein Urteil Sanchez gegen Frankreich?, ZEuS 2022, Heft 1, 75–88
- Schlußwort zum Kolloquium anlässlich des 85. Geburtstages, ZEuS 2021, Heft 1, S. 231–232
- Goldammers Archiv 2021, Bemerkungen zu einigen Urteilen des EGMR zum Strafvollzug und zum Europäischen Haftbefehl, S. 625–630
- Some Major Developments in the Law of State Immunity since the ILA Revised Articles for a Convention on State Immunity Presented at the Buenos Aires Conference in 1994, Au service du droit international – To the Benefit of International Law, in 150 Years of ILA Contributions to International Law, 2022, 583–608 (zus. mit Jürgen Bröhmer)
- Maschinenbewußtsein durch Künstliche Intelligenz und die Auswirkungen auf das Europarecht und Völkerrecht, ZöR 3/2023, 395–434
- Kommentar zu Art. 167 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 83. Ergänzungslieferung, Juli 2024 (zus. mit Jörg Ukrow)
- Algunas Reflexiones sobre la guerra entre Rusia y Ucrania 2022; Völkerrechtliche Überlegungen zum Ukraine-Krieg, in: Liber Amicorum Raúl Vinnesa, 2025