

Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)

XVI. TAGUNG - XVIth CONGRESS - XVIème CONGRÈS

Lissabon - Lisbon - Lisbonne



Vasco Pereira da Silva

Jörn Axel Kämmerer

Diana-Urania Galetta

(eds.)

**NEUE ÖFFENTLICHE AUFGABEN
IN SPANNUNGSZEITEN**

NEW PUBLIC TASKS IN TIMES OF TENSION

**NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES
EN PÉRIODE DE TENSION**



EDITORIALE SCIENTIFICA

NEUE ÖFFENTLICHE AUFGABEN IN SPANNUNGSZEITEN
NEW PUBLIC TASKS IN TIMES OF TENSION
NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES EN PÉRIODE DE TENSION

ISBN 979-12-5976-993-0



9 791259 769930



euro 25,00

Vasco Pereira da Silva
Jörn Axel Kämmerer
Diana-Urania Galetta
(eds.)

NEUE ÖFFENTLICHE AUFGABEN
IN SPANNUNGSZEITEN
NEW PUBLIC TASKS
IN TIMES OF TENSION
NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES
EN PÉRIODE DE TENSION

XVI. TAGUNG – XVIth CONGRESS – XVIème CONGRÈS
Lissabon – Lisbon – Lisbonne
2023

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Tutti i diritti sono riservati

© 2024 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli
www.editorialescientifica.it
info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-993-0

INDICE

Danksagung - Acknowledgements - Remerciements IX

Preface
Marcelo Rebelo de Sousa XIII

VERTEIDIGUNG UND INTERNATIONALE SICHERHEIT: ALT-NEUE POLITIKBEREICHE

DEFENSE AND INTERNATIONAL SECURITY: OLD-NEW PUBLIC POLICIES

DÉFENSE ET SÉCURITÉ INTERNATIONALE: NOUVEAUX ASPECTS DE POLITIQUES ANCIENNES

Im Schatten Russlands: ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ im Mehrebenensystem des europäischen Verfassungsverbunds?
Herbert Küpper 3

Ukraine: The Russian Invasion, Refugees and Ukraine's Application for EU Membership. New Challenges for the European Union
Jaap de Zwaan 81

Cyber-Security in Times of War: A New Public Task
Paulina Starski 97

GESUNDHEITSVORSORGE ALS NEUE ÖFFENTLICHE AUFGABE

HEALTH CARE AS A NEW PUBLIC TASK

LA SANTÉ PUBLIQUE COMME NOUVELLE MISSION

Globalization of Health Care Policies. Is Health Care in its Multilevel Dimension (Global, European and National) a New Constitutional Problem?
Luca Mezzetti 115

<i>The Role of the World Health Organization in the Pandemic Crisis. Globalization, Harmonization, and Flexibilization of Administrative Law</i> Maria João Estorninho	129
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DER ÜBERGANG VON FOSSILEN ZU NACHHALTIGEN
ENERGIETRÄGERN ALS NEUE “GRÜNE” ÖFFENTLICHE AUFGABE

THE TRANSITION FROM FOSSIL TO SUSTAINABLE
ENERGY SOURCES AS A NEW “GREEN” PUBLIC TASK

LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE – DES ÉNERGIES FOSSILES AUX ÉNERGIES DURABLES:
UNE NOUVELLE MISSION PUBLIQUE ENVIRONNEMENTALE

<i>Klimaneutraler Umbau der Energiesysteme und Stellenwert der Energieversorgung im internationalen und europäischen Verfassungsrecht</i> Claas Friedrich Germelmann	147
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Der Krieg in der Ukraine und die Energiekrise in Europa: Katalysatoren einer neuen gemeinsamen Energiepolitik?</i> Stefan Storr	179
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

KLIMAWANDEL ALS NEUE DIMENSION DER “UMWELTFRAGE”

CLIMATE CHANGE AS THE NEW DIMENSION OF THE “ENVIRONMENTAL QUESTION”

LE RÉCHAUFFEMENT CLIMATIQUE, NOUVELLE DIMENSION
DE LA “QUESTION ENVIRONNEMENTALE”

<i>Constitutional Justice and Climate Change: The Decision of the German Constitutional Court of 24 March 2021 and the Challenges put before the European Court of Human Rights</i> Rui Guerra da Fonseca	201
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Climate Change as a New Form of the “Environmental Question” in Modern Constitutionalism</i> Ekaterini N. Iliadou	221
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DIGITALISIERUNG ALS EINE NEUE UND VIELSCHICHTIGE ÖFFENTLICHES
AUFGABE UND WICHTIGES INSTRUMENT FÜR DIE WAHRNEHMUNG ANDERER NEUER
ÖFFENTLICHER AUFGABEN

DIGITALISATION AS A NEW MULTI-LEVEL PUBLIC TASK AND ESSENTIAL TOOL
FOR THE EXECUTION OF OTHER NEW PUBLIC TASKS

LA DIGITALISATION, NOUVELLE MISSION PUBLIQUE ET OUTIL ESSENTIEL
POUR LE DÉVELOPPEMENT DE NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES

<i>Developments on GDPR Private Enforcement in Portugal</i> Pedro Lomba	233
<i>Transparency and the Right of Access to Public Information as Pillars of the Rule of Law and democracy in the Digital Society</i> Eloísa Pérez Conchillo	245
<i>AI and Public Administration: what is to come from the AI Act?</i> Rui Tavares Lanceiro	263
<i>The Digitalization of Healthcare in Italy and Germany: A Case Study</i> Giulia Re Ferrè	279
<i>Nouvelles missions publiques en période de tension: «Paris vaut bien une messe»</i> Vasco Pereira da Silva	311

Danksagung

Dieses Buch enthält in gedruckter Form den reichen Ertrag der XVI. Tagung der SIPE, die vom 22. bis 24. Juni 2024 in Lissabon stattfand. Wir möchten uns bei allen bedanken, die an der Organisation und Durchführung der Tagung aktiven Anteil hatten, vor allem der Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität, Prof. Paula Vaz Freire, sowie dem Vorsitzenden des Wissenschaftlichen Rats der Fakultät, Prof. Pedro Barbas Homem, und der Vorsitzenden der Gruppe der Öffentlichrechtler, Prof. Maria João Estorninho, für deren große Unterstützung. Für die hervorragende technische und logistische Organisation vor Ort sind wie Andreia Caeiro sehr verbunden.

Eine Sternstunde der Tagung – und in der Geschichte der SIPE – bildete zweifellos die Rede des Präsidenten der Portugiesischen Republik (und, wie wir mit Stolz anfügen dürfen, Mitglied unserer Vereinigung), Prof. Marcelo Rebelo de Sousa. Wir sind ihm nicht nur für seinen Beitrag zur Tagung sehr dankbar, sondern auch für das große Geschenk, das er uns mit dem Verfassen seines Vorworts zu diesem Buch bereitet hat – eines Vorworts, das diesen Band erst vollständig macht, weil es auf seine juristischen Befunde den spezifischen Blick des Staatsmannes wirft. Die Lektüre dieses Vorworts wird nachdrücklich empfohlen.

Herzlicher Dank gebührt überdies Heidrun Meyer-Veden und Marvin Keppler für ihre Unterstützung bei der Durchsicht und Formatierung der Manuskripte.

Acknowledgements

This book contains, in printed form, the rich yield of the XVIth SIPE Congress, which was held between 22 and 24 June 2024 in Lisbon. We would like to thank everyone actively involved in the organisation and implementation of the congress, notably, for their great support, the Dean of the Law Faculty of the University of Lisbon, Prof. Paula Vaz Freire, as well as the President of the Scientific Council of the Faculty,

and the President of the Group of Public Law Professors, Prof. Maria João Estorninho. For the excellent technical and logistic organisation in-house, we are much obliged to Andreia Caeiro.

A shining hour of this congress – and in the annals of the SIPE – doubtless was the speech given by the President of the Portuguese Republic (and, as we proudly add, member of our association), Prof. Marcelo Rebelo de Sousa. We are very grateful to him not only for this contribution to the congress but also for the present he made us in the form of the preface he wrote for this book – a preface which only makes this work complete because it addresses its legal analyses from the specific perspective of a statesman. The reading of the preface is highly commended.

Finally, we would like to thank very much Heidrun Meyer-Veden and Marvin Keppler for their support to the reviewing and formatting of the manuscripts.

Remerciements

Ce livre présente, sous forme imprimée, la riche production du XVI^e congrès SIPE, qui a eu lieu à Lisbonne du 22 au 24 juin 2024. Nous tenons à remercier tous ceux qui ont pris une part active à l'organisation et la réalisation du congrès, notamment, pour leur grand soutien, la Doyenne de la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne, Prof. Paula Vaz Freire, ainsi que le Président du Conseil Scientifique de la Faculté, Prof. Pedro Barbas Homem, et la Présidente du Groupe des Professeurs de Droit public, Prof. Maria João Estorninho. Pour l'excellente organisation technico-logistique sur place, la SIPE doit une fière chandelle à Andreia Caeiro.

Un moment fort du congrès – et dans l'histoire de la SIPE – était sans aucun doute le discours du Président de la République du Portugal (et, ajoutons-le avec fierté, membre de notre association), le professeur Marcelo Rebelo de Sousa. Nous lui sommes très reconnaissants non seulement pour sa contribution au congrès mais aussi pour le grand cadeau qu'il nous a fait en rédigeant la préface à ce livre, une préface qui seule rend cet ouvrage complet parce qu'il regarde ses analyses juridiques à partir de la perspective spécifique d'homme d'Etat. La lecture de cette préface est fortement recommandée.

Enfin, nous voudrions dire un grand merci à Heidrun Meyer-Veden et Marvin Keppler pour avoir assisté à la correction et au formatage des manuscrits.

Lisboa – Hamburg – Milano

Vasco Pereira da Silva
Jörn Axel Kämmerer
Diana-Urania Galetta

PREFACE

Marcelo Rebelo de Sousa

President of the Portuguese Republic

1. This book by the *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE) is in itself a publishing success, as it deals with so many important new public missions – and therefore with public law – at a time of profound and rapid change in Europe and the world.

It is also a success in terms of face-to-face scientific exchange because it corresponds to a well-organised and well-attended meeting of fellow professors, researchers and students that took place from 22 to 24 June 2023 at the Faculty of Law of the University of Lisbon.

Perception of the changes taking place, responsiveness, topicality of the issues, academic cooperation, scientific level, face-to-face debate, opening up of avenues in terms of content, form and time.

All of this took place in Lisbon and is reflected in this book.

Credit to the organiser of the XVI SIPE Congress, Vasco Pereira da Silva and of his and my faculty.

But also, from the SIPE Executive Committee – President Jörn Axel Kämmerer (Hamburg), Secretary General Diana-Urania Galetta (Milan), David Capitant (Paris), Julia Iliopoulos-Strangas (Athens), Irena Lipowicz (Warsaw) and Ewald Wiederin (Vienna), as well as the Portuguese organiser.

2. The themes of the Congress couldn't be more inspiring. Digitalisation, a new public mission and a tool for developing new public missions. Defence and International Security. Public Health as a new globalised public mission. Climate change.

The Communications, all of which were well-founded and concerned with the future and not just the past or even just the present, either spoke of national experiences or were exercises in comparative law. And several of them were dedicated to jurisprudence, i.e. the performance of

the courts in applying international, constitutional, or legislated law. Not forgetting administrative law and practice.

3. What can a professor, who will never cease to be a professor, but who has benefited from a specific perspective, namely as Head of State, add that is useful, as his reflections, to the scientific debates collected in this book?

Perhaps three brief insights.

One, about the unstoppable of globalisation and, therefore, of international law, which is all public, even if it seems to deal with private matters. Unstoppability that resists and submerges phases of anti-multilateralism, such as the one we have been experiencing.

Another, precisely on the decisive role of the public in international and domestic law, even at times when people, their organisations and so-called civil society are called upon to take the initiative, against or as an alternative to the excessive weight of public powers.

Thirdly, it is concerned with European responsibility – essential in the face of the challenges, carefully addressed at the Congress, posed by non-democratic regimes in Europe itself and beyond, as well as the constant challenge of being a hinge or bridge between continents and very different cultures, creating and maintaining dialogues that no one else can promote and expand.

4. Let's break it down.

The first thought is simple. We have been living, at least since the US presidential term began in 2016, and worsening with the start of the COVID 2019 pandemic and in particular the war in Ukraine and the open conflict in the Middle East, a time of unilateralism or bilateralism, in many cases protectionist.

In this context, the fashion has become to minimise or relativise some international law, international organisations, multilateralism, peaceful conflict resolution, dialogue and cooperation, including in areas not directly involved in major wars or geo-political-military conflicts, or in areas immediately affected by them. Such as climate, oceans, poverty, health, education and migration.

Many argue that this wave, typical of times of great confrontation,

will be accentuated in the upcoming North American and European elections, and will dictate a critical weakening of international law – all of it, in its fundamental dimension, public – in the years and decades to come.

My position is the opposite. A wave is not necessarily a lasting trend, and even less so an irreversible one. International law will always be indispensable for dealing with the reality of a world undergoing accelerated change.

What will inevitably happen is that this law will be very different from what we have known up to now. The speed of change demands new law and new international organisations. Everything will be more flexible in order to adjust to successive mutations.

For the time being, we are confronting a new balance of power. Only then will a new international order be born. It will always have core values, few but basic. Based on a concrete or embodied personalist vision.

And, beyond them, a whole world of flexible interconnections, which will be the only way to achieve the universal, continental, and regional co-operation that is essential to resolving the major climate, environmental, demographic, generational, social, economic, financial, and cultural challenges, which will last longer than the fashions or even the shocks underway in the readjustment of the global balance of power.

The prophecy of the death of international law is therefore premature – and wrong. It could suffer a few more years. It may waste time and frustrate needs. But it must not discourage our fight for what it means and involves.

5. The second reflection is simpler, if possible.

International or domestic public law is not losing ground to so-called private law. Quite the opposite.

What's happening is that, on the one hand, the interpenetration of the two, not to mention other third realities, is so vast, so evident, so unavoidable that every advance of people and their freedom to act, to organise themselves, to extend their space of action implies, per se, more Public Law.

A Public Law that is also very different from what we learnt and built in the 60s and 70s, or at the turn of the century, or in the banking,

pandemic, economic, financial, and geo-political-military crises of the current century. But Public Law.

Precisely what the last few decades have revealed is that the almost permanent state of crisis experienced in the world, at continental, regional, national, and infra-national level, has called for more Public Law, even in the anti-publicist waves or fashions unleashed here and there.

We can see how the pro-publicists must revise their traditional Public Law roadmaps.

But, above all, how the anti-publicists – inorganic or organic, popular or populist – demand fewer public powers, only to want more public powers at the first corner of history – in demography, in migration, in the social sphere, in the very definition of the legal frameworks that will integrate, weave together, combine the most desired private with the most public to guarantee the security of that private in times of consecutive crisis.

It is therefore premature to foresee the diminishing of public law, made up of nostalgia for 19th century formulas, added to a romantic libertarian vision of society and the future.

6. Finally, it is important that European jurists, not to mention European citizens as a whole, do not forget the legal-political-constitutional-legal-administrative-jurisdictional-factual weaknesses of their systems.

And how this opens the door to proposals that end up questioning the democratic rule of law and the freedoms, in the broadest sense, that have defined a model of life. In the same way, don't dismiss Europe's role in the universe. Bringing the distant closer. Dialoguing where monologues exist. Opening up avenues of understanding and acceptance where intolerance and rejection of others deepen, differences are rejected, and xenophobia is fuelled.

If we don't take care of ourselves and a model that needs to be reformulated so that it isn't emptied and ultimately suppressed, nobody will.

If we don't bring together what is distant, bring together what is ignored, nurture empathy where barriers grow, no one will do it better than us.

7. I conclude. Thanking SIPE for its Congress in Lisbon.
Thanking them for their urgent concern for the future.
Thanking it for existing as a dynamic and forward-looking organisation.
Overcoming the comfortable but poor isolation of so many academics and encouraging a duty of community mission.

Being an academic is much more than striving for a goal, a vocation or a career.

It means fighting for a collective dream, made up of many dreams and millions and millions of our Companions on the Journey, who have not been able to have the privilege of receiving and giving to others what cannot remain locked away in the selfish self-contemplation of one or a few “enlightened” people.

Lisbon, Belém Palace
26 February 2024

VERTEIDIGUNG UND INTERNATIONALE SICHERHEIT:
ALT-NEUE POLITIKBEREICHE

DEFENSE AND INTERNATIONAL SECURITY:
OLD-NEW PUBLIC POLICIES

DÉFENSE ET SÉCURITÉ INTERNATIONALE:
NOUVEAUX ASPECTS DE POLITIQUES ANCIENNES

IM SCHATTEN RUSSLANDS: EIN GEMEINSAMER
„RAUM DER MILITÄRISCHEN SICHERHEIT“
IM MEHREBENENSYSTEM DES EUROPÄISCHEN
VERFASSUNGSVERBUNDS?

*Herbert Küpper**

1. *Einleitung*

Nach dem Fall des Eisernen Vorhangs herrschte eine Weile die Vorstellung, ja sogar die Hoffnung, dass nach dem Ende des Ost-West-Gegensatzes ein dauerhafter globaler Friede herrschen würde. Diese Hoffnung auf einen „immerwährenden Frieden“ wurde allerdings sehr bald enttäuscht, was jedenfalls rückblickend gesehen zu erwarten war. Erstens war der Ost-West-Gegensatz ein Konflikt innerhalb des Nordens. Aus seinem Ende abzuleiten, dass nun weltweit Friede herrschen würde, blendete den globalen Süden, seine Akteure mit ihren Ambitionen – etwa China oder Indien – und ihrer Krisenhaftigkeit – etwa ein Großteil der islamischen Welt mit ihrer Modernisierungskrise – komplett aus. Zweitens war auch innerhalb der Welt der früheren Kontrahenten des Ost-West-Konflikts nach dem Ende des Systemgegensatzes bei Weitem nicht alles in Ordnung. Die Auflösung der Sowjetunion bedeutete unter anderem das partielle Ende des letzten großen Kolonialimperiums des Nordens. Dem früheren Zentrum dieses Reichs, Russland, fiel und fällt es nach einer gewissen Übergangszeit sichtlich schwer, sich mit seiner reduzierten Rolle in der Welt abzufinden.¹ Auch dieses Phänomen ist wenig überraschend, ist es doch aus der Dekolonisierung der westeuropäischen „Mutterländer“ hinreichend bekannt – man denke nur an den Beitrag der „imperial nostalgia“ zu der Entscheidung des britischen Volkes, die EU zu verlassen.²

* Prof. Dr. Dr. h.c. Herbert KÜPPER, Institut für Ostrecht, Regensburg, und Andrassy Deutschsprachige Universität Budapest.

¹ Umfassend hierzu William PARTLETT / Herbert KÜPPER, *The Post-Soviet as Post-Colonial. A New Paradigm for Understanding Constitutional Dynamics in the Former Soviet Empire*, 2022, m.w.N.

² Hierzu statt vieler Robert SAUNDERS, *Brexit and Empire: ‚Global Britain‘ and the Myth of Imperial Nostalgia*, in: *The Journal of Commonwealth and Imperial History*, 2020/6, S. 1140-1174.

Jedenfalls ist es „dem Westen“ nicht gelungen, dauerhaft eine – seinerzeit durchaus ernst gemeinte – Sicherheitspartnerschaft mit Russland³ und dessen verbliebenen Bündnispartnern aufzubauen. Die Gründe für das Scheitern liegen sicherlich nicht nur auf einer Seite. Einerseits setzten sich in Russland bald nach dem Amtsantritt *Putins* neoimperiale Großmachtträume und altrussisch-sowjetischer Exzeptionalismus gegenüber der Einordnung in völkerrechtliche Strukturen, die die *Jelzin*-Jahre geprägt hatte, durch, was auf Dauer alle vertraglichen und generell kooperativen Beziehungen mit Russland unterminieren musste und in der Tat auch unterminierte. Andererseits sprach die westlicherseits gezeigte Geringschätzung, ja Arroganz gegenüber dem von Transformations- und Modernisierungskrisen geschüttelten Russland dem Lippenbekenntnis einer Partnerschaft „auf Augenhöhe“ Hohn.

Seit den völkerrechtswidrigen russischen Aggressionen gegen die Ukraine, d.h. seit 2014, spätestens aber, seitdem diese Aggression die Form eines veritablen Angriffskriegs angenommen hat, d.h. seit 2022, ist klar, dass Russland kein Partner mehr ist, sondern nur noch Gegner, und zwar durchaus auch ein Gegner auf militärischem Gebiet. Falls Russland den Krieg in der Ukraine gewinnen oder jedenfalls nicht verlieren sollte, spricht nichts dafür, dass seine neokolonialen Ansprüche damit befriedigt sind – im Gegenteil, es ist mit weiterer gewaltsamer Expansionspolitik zu rechnen.

Dass „der Westen“ sich in seiner Nachbarschaft auf ein dauerhaft aggressives, auch militärisch aggressives Russland einstellen muss, ist mittlerweile offenbar. Auch jenseits des europäischen geographischen Kontextes, in globaler Perspektive, scheinen sich Rivalitäten und Konflikte, die bislang „nur“ politischer und / oder ökonomischer Natur waren, zu militarisieren. Dies trifft „den Westen“, der alles andere als homogen ist, in unterschiedlichem Maß. Während das immer lautere Säbelrasseln der Volksrepublik China vor der Küste Taiwans, im Südchinesischen Meer und anderswo vor allem die USA und ihre ostasiatischen und pazifischen Verbündeten herausfordert, wird die Bedrohung durch Russlands Mi-

³ Als zentraler Rechtsakt der NATO-Russland-Partnerschaft kann die Grundakte über gegenseitige Beziehungen, Zusammenarbeit und Sicherheit zwischen der Nordatlantikvertrags-Organisation und der Russischen Föderation vom 27.5.1997 angesehen werden. Der Vertragstext ist auf der Webseite der NATO einsehbar unter https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_25468.htm?selectedLocale=de (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

litarismus insbesondere in Europa empfunden. In Europa mischt sich die Erkenntnis, dass Russland nunmehr auch eine militärische Gefahr darstellt, mit der Erfahrung der *Trump*-Jahre, dass es in den USA zu politischen Konstellationen kommen kann, in denen sich Europa nicht uneingeschränkt auf den militärischen Schutz der Großmacht jenseits des Atlantiks verlassen kann.

In dieser weltpolitischen Situation ist es wenig überraschend, dass Europa seine Verteidigung stärker als bislang selbst in die Hand nehmen will. Ebenso wenig überrascht es, dass die im globalen Vergleich kleinen bis mittelgroßen Staaten Europas die Stärkung ihrer Verteidigungsbereitschaft nicht auf die als zu schwach und ineffizient empfundene einzelstaatliche Ebene beschränken, sondern sich nur von der Kooperation ein hinreichendes Gegengewicht zu Russland und ggf. weiteren globalen Bedrohungen erhoffen. Jedenfalls für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) liegt der Gedanke nahe, eine intensiviertere militärische Zusammenarbeit innerhalb der EU gemeinsam, vielleicht sogar supranational zu organisieren. Eine EU mit einem militärischen Arm ist keine ganz neue Vorstellung, da die europäische Integration in ihrer Frühzeit durchaus schon einen, wenn auch letztlich nicht zu Stande gekommenen, militärischen Zweig hatte.

Stichwort für eine mögliche Intensivierung, ja Supranationalisierung der bislang intergouvernementalen Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) ist ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“. Auch wenn sich das Wehrverwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten schon seit längerem in das Mehrebenensystem des europäischen Verwaltungsverbands einordnet⁴, würde ein gemeinsamer Raum der militärischen Sicherheit keine rein quantitative Steigerung der Integration, sondern primär eine Intensivierung qualitativer Natur bewirken. Eine solche hat nicht nur verwaltungs-, sondern auch und in erster Linie verfassungsrechtliche Implikationen. Dieser Beitrag geht den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Anforderungen an eine Intensivierung der militärischen Zusammenarbeit innerhalb der EU und ihrem verfassungsrechtlichen Mehrebenensystem nach, wobei die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sowohl der EU als auch ihrer

⁴ Hierzu umfassend Daniel THYM, „§ 15. Europäisches Wehrverwaltungsrecht“, in: TERHECHTE (Hrsg.): *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl., 2022, S. 655-690.

Mitgliedstaaten, gegliedert nach allen treffenden Verfassungsproblemen und Verfassungskonstellationen spezifisch für Alt- oder Neumitglieder, untersucht werden. Zu Beginn wird ein Blick auf die NATO geworfen, die ja weiter besteht und die in vielen Konzeptionen und Vorschlägen für eine intensiviertere europäische Verteidigungspolitik eine zentrale Rolle, u.a. als potenzieller Vertragspartner der EU, spielt.

2. *Die NATO und der europäische Verfassungsverbund*

2.1. *Die NATO als internationale Organisation*

Die NATO ist zunächst einmal eine internationale Organisation, die auf einem völkerrechtlichen Vertrag, dem Nordatlantik-Vertrag oder NATO-Vertrag (in der Folge: NATO-V),⁵ basiert. Mit dem Nordatlantik hat sie ein weiteres geographisches Bezugsfeld als die Europäische Union.⁶ Aber selbst auf dem europäischen Kontinent ist die Mitgliedschaft von EU und NATO nur teildentisch. Es gibt – vergleichsweise viele – Staaten, die Mitglieder in beiden Organisationen sind⁷, es gibt EU-Mitgliedstaaten, die nicht Mitglied der NATO sind⁸, andererseits gibt es NATO-Staaten, die nicht oder nicht mehr EU-Mitglieder sind.⁹ Einige der EU-Beitrittskandidaten sind auch NATO-Mitglieder¹⁰, andere nicht.¹¹ Die NATO-Mitgliedschaft streben zudem die Nicht-EU-Mitglieder Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Georgien und Ukraine an; die Haltung Serbiens ist ambivalent.

Kernstück der NATO ist die gegenseitige Beistandspflicht bei militärischen Angriffen auf ihr europäisches oder nordamerikanisches

⁵ Nordatlantikvertrag vom 4.4.1949.

⁶ Umgekehrt ist das geographische Bezugsfeld der NATO auch enger, denn die außereuropäischen Besitzungen ihrer Mitgliedstaaten fallen nicht in den territorialen Anwendungsbereich der NATO, aber in vielen Fällen sehr wohl in den der EU.

⁷ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn.

⁸ Irland, Malta, Österreich, Zypern.

⁹ Island, Norwegen, Vereinigtes Königreich. Außerdem die außereuropäischen NATO-Mitglieder Kanada und USA.

¹⁰ Albanien, Montenegro, Nordmazedonien, Türkei.

¹¹ Bosnien und Herzegowina, Moldau, Serbien, Ukraine.

Staatsgebiet gemäß Art. 5 NATO-V. Wenn eine externe Aggression die Schwelle des „bewaffneten Angriffs“ übersteigt, leisten sich die NATO-Mitglieder¹² gegenseitig Beistand. Wie genau dieser Beistand aussieht, entscheidet jedes NATO-Mitglied im Bündnisfall für sich.¹³ Unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Angriffs unterstützen sich die NATO-Mitglieder gegenseitig beim Aufbau der „eigenen und gemeinsamen Widerstandskraft gegen bewaffnete Angriffe“ (Art. 3 NATO-V) und konsultieren einander bei externen Bedrohungen (Art. 4 NATO-V). Zahlreiche Aspekte der internationalen Organisation, der gemeinsamen Kommandostrukturen etc. sind außerhalb des sehr kurzen NATO-V in weiteren Abkommen geregelt. Das kollektive Sicherheitssystem des NATO-V verwirklicht mithin einen „Raum der militärischen Sicherheit“, insbesondere auch gegen bewaffnete Angriffe.

In den Genuss dieses kollektiven Sicherheitssystems kommen naturgemäß nur die NATO-Mitglieder. Damit bleiben die in Fn. 8 genannten EU-Mitglieder und die in Fn. 11 genannten EU-Beitrittskandidaten außen vor. Allen von ihnen steht theoretisch der Beitritt zur NATO offen, denn Art. 10-11 NATO-V sehen ein Beitrittsverfahren für „andere europäische Staaten“ vor, ohne dass dies schon ein Recht auf Beitritt gewähren würde. Die geographisch gemeinte Voraussetzung des Europäischen liegt bei EU-Mitgliedern und -Beitrittskandidaten vor. Ein Haupthindernis für den NATO-Beitritt mancher dieser Staaten ist deren Selbstdefinition als neutral. Solange diese Selbstdefinition v.a. politischer Natur und nicht rechtlich, insbesondere nicht völkerrechtlich verankert ist, können diese Staaten im Rahmen interner Prozesse „über ihren Schatten springen“, wie der 2023 erfolgte Beitritt Finnlands und der Beitritt Schwedens 2024 zeigen. Höher liegt die Hürde z.B. in Malta mit seinem Verfassungsgrundsatz der Neutralität oder auch in Österreich, dessen Verfassung von „immerwährender Neutralität“ spricht und wo die Neutralität auch völkerrechtliche Bezüge aufweist, wo allerdings ebenso die Verfassung die Mitwirkung des Landes an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU ausdrücklich gestattet.¹⁴

¹² Eigene Truppen hat die NATO nicht; auch bei ihr gilt – wie in der EU – das Rückgriffprinzip (s. Punkt 3.1.2.1.).

¹³ Heiko SAUER, Die NATO und das Verfassungsrecht: neues Konzept – alte Fragen, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2002, S. 317-346 (318).

¹⁴ Näher Punkt 4.2.3.1.

2.2. Außenbeziehungen der NATO

Da der Weg in die NATO nicht ohne weiteres für alle EU-Mitglieder gangbar ist und zudem die EU-Ebene nicht einschließen würde, müssen weitere Wege gefunden werden, einen gemeinsamen „Raum der militärischen Sicherheit“ zu schaffen. Hier bietet sich ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen einerseits der NATO und andererseits der EU – entweder alleine oder gemeinsam mit allen Mitgliedstaaten¹⁵ – an, der als Maximalziel die Einbeziehung des gesamten europäischen EU-Territoriums in den Schutz der Beistandsklausel des Art. 5 NATO-V oder, weniger weit reichend, Kooperationen wie z.B. die Beteiligung der EU, ggf. zusammen mit ihren Mitgliedstaaten, an der gegenseitigen Stärkung der Widerstandskraft, an Konsultationen und / oder am Aufbau weiterer Sicherheitsinfrastruktur vorsehen könnte.

Der NATO-V selbst sagt nichts zu der Vertragsschlusskompetenz der NATO. Damit richtet sich die Kompetenz der NATO als internationaler Organisation, Außenbeziehungen im Allgemeinen zu pflegen und Verträge im Besonderen zu schließen, nach allgemeinem Völkerrecht.¹⁶ Als Völkerrechtssubjekt¹⁷ kann die NATO unbestritten völkerrechtliche Rechte und Pflichten inhaltlich (objektiv) beschränkt auf die Zwecke ihrer Gründungsverträge und subjektiv beschränkt gegenüber Völkerrechtssubjekten, die sie als Völkerrechtssubjekt akzeptieren, eingehen. Ob sie darüber hinaus inhaltlich auch jenseits des Gründungszwecks agieren kann und/oder kraft ihrer Gründung von allen anderen Völkerrechtssubjekten als Völkerrechtssubjekt anerkannt werden muss, kann hier dahinstehen, da jedenfalls die EU ihre Beziehungen zur NATO als völkerrechtlich anerkennt und Verteidigungsfragen zum Gründungszweck der NATO gehören.

¹⁵ Zu der Verbandskompetenz im europäischen verfassungsrechtlichen Mehrebenensystem s.u. Punkt 3.3. und Unterpunkte.

¹⁶ Auf die NATO und den NATO-V ist allerdings nicht das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (WVK) anwendbar, da der NATO-V vor dem WVK geschlossen wurde und nicht alle NATO-Mitglieder zu den Signatarstaaten der WVK gehören, etwa Frankreich, Island, Norwegen, Rumänien, die Türkei oder die USA. Das – ohnehin noch nicht in Kraft getretene – Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen vom 21.3.1986 (WVKIO) hat die NATO nicht gezeichnet.

¹⁷ Die Qualität internationaler Organisationen als Völkerrechtssubjekt ist seit IGH, Gutachten v. 11.4.1949, Rechtsgutachten über den Ersatz von im Dienste der Vereinten Nationen erlittenen Schäden, ICJ Rep. 1949, 174, unstrittig.

Ähnlich wie bei der EU ist es auch bei der NATO nicht ungewöhnlich, dass sie ihre Verträge nicht alleine, sondern gemeinsam mit ihren Mitgliedstaaten schließt. So wurde die in Fn. 3 erwähnte NATO-Russland-Grundakte von 1997 einerseits von der Russländischen Föderation¹⁸ und andererseits von der NATO und ihren Mitgliedstaaten vereinbart.

2.3. Die Beziehungen zwischen NATO und EU

Die NATO hat in Bezug auf die EU von ihren völkergewohnheitsrechtlichen Befugnissen zur Pflege von auch rechtlichen Außenbeziehungen Gebrauch gemacht. Seit der Jahrtausendwende haben beide Organisationen ihre bis dahin vorwiegend politische Kooperation zunehmend formalisiert. Eine Voraussetzung dieses Prozesses war die Überleitung der europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik von der Westeuropäischen Union (WEU)¹⁹ auf die EU durch die zunehmende Vergemeinschaftung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) im Vertrag von Amsterdam 1997/1999.²⁰

Den politischen Rahmen der aktuellen Kooperation zwischen der NATO und der EU²¹ setzen gemeinsame Erklärungen (2002, 2016, 2018,

¹⁸ Der offizielle Staatsname lautet „Rossija“ und „Rossijskaja Federacija“; beide Versionen sind gemäß Art. 1 Abs. 2 Verf. Russländische Föderation vom 12.12.1993 gleichberechtigt. Im Russischen gibt es zwei Adjektive für „russisch“: „russkij“ und „rossijskij“. Während „russkij“ das ethnisch Russische meint, knüpft „rossijskij“ an die überethnische russische Reichsidee an. Um diese Nuance korrekt wiederzugeben, wird im wissenschaftlichen Schrifttum der Staatsname „Rossijskaja Federacija“ mit „Russländischer Föderation“ übersetzt. Hiervon weicht allerdings der offizielle Sprachgebrauch der diplomatischen Dienste der deutschsprachigen Länder, die „Russische Föderation“ verwenden, ab. Zur verfassungsrechtlichen Seite des doppelten Staatsnamens Russlands s. Otto LUCHTERHANDT, Art. 1, in: WIESER (Hrsg.): Handbuch der russischen Verfassung, 2014, Rn. 2-5.

¹⁹ Diese internationale Organisation wurde durch Vertrag vom 23.10.1954 gegründet und löste sich zum 30.6.2011 wieder auf. Art. J.4 Abs. 4 Maastrichter Vertrag (Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992) i.V.m. der Erklärung der Westeuropäischen Union, die dem Maastrichter Vertrag hinzugefügt wurde, überführte die WEU in den Integrationsmechanismus der EU und gestaltete sie als eine Art militärischen Arm der EU aus, ohne jedoch ihren Charakter als eigenständige internationale Organisation zu berühren.

²⁰ Nr. 10 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union (...) vom 2.10.1997.

²¹ Ausführlich hierzu die Webseite der NATO: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49217.htm#footnotes (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

2023²²), d.h. soft law. Kernelemente dieser strategischen Partnerschaft bilden Konsultationen, Informationsaustausch und gemeinsame Planungen, mithin Maßnahmen unterhalb der Schwelle rechtlich verfestigter Zusammenarbeit. Die neuste Gemeinsame Erklärung vom 10.1.2023 steht im Licht des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine, bezeichnet aber auch Chinas Politik als Herausforderung. Sie identifiziert die NATO als die Basis der kollektiven Verteidigung und weist NATO und EU „komplementäre, kohärente und sich gegenseitig verstärkende Rollen bei der Unterstützung internationaler Sicherheit und Friedens“ zu.²³

Neben dieser rein politischen Kooperation bestehen auch völkervertragliche Beziehungen zwischen der NATO und der EU. Deren Ausgangspunkt sind die sog. Berlin-Plus-Vereinbarungen über die Kooperation zwischen NATO und EU. Zunächst verabschiedete der NATO-Rat 1996 die sog. Berlin-Beschlüsse, mit denen die NATO intern ihr Verhältnis zur kollektiven Verteidigung in Europa klärte. Die Gemeinsame EU-NATO-Erklärung vom 16.12.2002 über die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik sprach sich für eine vertragliche Verankerung dieses Mechanismus aus, und in der Folge schlossen NATO und EU am 13.3.2003 mehrere Abkommen über die Abstimmung ihrer militärischen Aktivitäten, über ihre Zusammenarbeit und über weitere Aspekte, die u.a. Doppelstrukturen und Redundanzen verhindern sollten. Zentraler Baustein dieses Vertragswerks ist das Abkommen über den Rahmen der Zusammenarbeit. Weitere Verträge betreffen u.a. den Zugang der EU zu bestimmten Kapazitäten der NATO, die Informationssicherheit und die Überleitung der NATO-Operation in Nordmazedonien auf die EU.²⁴ Formell wurden diese Verträge durch einen Notenwechsel zwischen dem Generalsekretär der NATO und dem Hohen Vertreter der EU für Außen- und Sicherheitspolitik geschlossen. Diese beiden Organe legen seit 2017 gemeinsame Fortschrittsberichte über die NATO-EU-Kooperation

²² Die Gemeinsame Erklärung zur Zusammenarbeit zwischen der EU und der NATO vom 10.1.2023 (<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/01/10/eu-nato-joint-declaration-10-january-2023>, zuletzt abgerufen am 26.6.2023) wurde seitens der NATO von deren Generalsekretär und seitens der EU vom Präsidenten des Europäischen Rats und von der Kommissionspräsidentin unterzeichnet. Dasselbe gilt für die Erklärungen von Warschau 2016 und von Brüssel 2018.

²³ Einsehbar auf der Webseite der NATO unter https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_210549.htm?selectedLocale=en (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

²⁴ Martin REICHARD, *The EU-NATO Relationship: A Legal and Political Perspective*, 2006.

vor.²⁵ 2005 vereinbarten NATO und EU permanente Vertretungen in den militärischen Strukturen des jeweils anderen Partners.

Zwischen Teilorganisationen beider Partner werden bisweilen Verträge geschlossen, die man als (völkerrechtliche) Verwaltungsabkommen bezeichnen kann. Als Beispiel kann das Technische Übereinkommen über Cyberabwehr zwischen der NATO Computer Incident Response Capability (NCIRC) und dem Computer Emergency Response Team der EU (CERT-EU) vom 10.2.2016 genannt werden.

Für die NATO ist die EU mithin bereits ein etablierter Vertragspartner. Aus der Sicht der NATO erscheint das Mehrebenensystem innerhalb der EU als deren Internum.

3. Die Europäische Union und ein Raum der militärischen Sicherheit

Nunmehr wird untersucht, wie sich ein zukünftiger Raum der militärischen Sicherheit in die Verfassungsstrukturen der Europäischen Union einpassen kann.

3.1. Die lex lata: die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Ausgangspunkt ist hierbei der gegenwärtige Vertragszustand: die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP).

3.1.1. Von der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik zur Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Auch wenn am Anfang der europäischen Integration die Wirtschaft stärker als heute im Vordergrund stand, wurde die Verteidigung nicht völlig vernachlässigt. Nachdem innerhalb der Europäischen Gemeinschaft eine militärische Integration in Gestalt der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft schließlich doch nicht zu Stande gekommen war, riefen etliche westeuropäische Staaten außerhalb der Römischen Verträge die WEU ins Leben, deren Eigengewicht aber neben der NATO gering

²⁵ Bislang präsentierten die beiden Organe sieben Fortschrittsberichte. Der letzte vom 20.6.2022 kann unter https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/220620-progress-report-nr7-EU-NATO-eng.pdf (zuletzt abgerufen am 26.6.2023) eingesehen werden.

war.²⁶ Dennoch zeigt ihre Existenz von 1954 bis 2011, dass ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ der europäischen Integration nicht fremd ist und dass auch immer ein gewisses Bedürfnis danach bestanden hat.²⁷

Im Primärrecht und mithin im Vertrags- und Organisationskosmos der EG, später der EU finden sich die Vorläufer dieses „Raums der militärischen Sicherheit“ seit dem Vertrag von Maastricht vom 7.2.1992, der die „Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ (GASP) in Titel V als zweite, rein intergouvernementale Säule seines Drei-Säulen-Modells ausgestaltete. Innerhalb der GASP formulierte der Vertrag von Maastricht eine gemeinsame Verteidigungspolitik als zukünftige Möglichkeit, die „zu gegebener Zeit zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte“.²⁸ Bis dahin sollte die WEU als „integraler Bestandteil der Entwicklung der Europäischen Union ... die Entscheidungen und Aktionen der Union, die verteidigungspolitische Bezüge haben, aus(...)arbeiten und durch(...) führen“.²⁹ Dänemark erhielt die Befugnis, sich der militärischen Integration fernzuhalten³⁰, und machte von diesem Opt-out-Recht bis zu dem Referendum vom 1.6.2022 Gebrauch. Zum 1.7.2022 endete der dänische Verteidigungsvorbehalt, und seitdem nimmt Dänemark auch an der militärischen Integration in vollem Umfang teil.

Eine entscheidende Institutionalisierung der militärischen Integration bewirkte der Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007, der innerhalb

²⁶ Zu der zwischen 1952 und 1954 in Angriff genommenen Europäischen Verteidigungsgemeinschaft s. Eberhard BIRK, *Der Funktionswandel der Westeuropäischen Union (WEU) im europäischen Integrationsprozess*, 1999; Kevin RUANE, *The Rise and Fall of the European Defence Community: Anglo-American Relations and the Crisis of European Defense 1950-1955*, 2000; Hans Erich VOLKMANN / Walter SCHWENGLER (Hrsg.): *Die Europäische Verteidigungsgemeinschaft. Stand und Probleme der Forschung*, 1985.

²⁷ In den 1950er Jahren hatte diese militärische Integration ein doppeltes Ziel: die Abschreckung der Sowjetunion ebenso wie die Einbindung (West-)Deutschlands, gegenüber dem das Vertrauen immer noch gering war.

²⁸ Art. B, 2. Spiegelstrich EUV i.d.F. des Vertrags von Maastricht. Ähnlich Art. J.4 Abs. 1 EUV. Den mitgliedstaatlichen Souveränitätsvorbehalt einer „gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ betonte hingegen Art. J.4 Abs. 4 EUV.

²⁹ Art. J.4 Abs. 2 EUV i.d.F. des Vertrags von Maastricht, s.a. die Erklärungen zu der Westeuropäischen Union, die die Staaten, die zugleich EU- und WEU-Mitglieder waren, zum Vertrag von Maastricht abgegeben haben.

³⁰ Absprache von Edinburgh vom 11./12.12.1992, primärrechtlich niedergelegt in Art. 5 Protokoll Nr. 22. Dazu Graham BUTLER, *The European Defence Union and Denmark's Defence Opt-out: A Legal Appraisal*, in: *European Foreign Affairs Review* 2020/1, S. 117-150.

des Kapitels über die GASP ein Unterkapitel über die „Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ (GSVP) einfügte³¹ und das Amt des Hohen Vertreters der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik (Hoher Vertreter) schuf.³²

3.1.2. Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik im EUV

Die primärrechtliche Grundstruktur hat sich auch in der konsolidierten Fassung des EUV von 2016 nicht geändert. Das auswärtige Handeln der Union und die GASP bilden einen eigenen Titel³³, und innerhalb des Kapitels über die GASP³⁴ gibt es ein spezielles Unterkapitel über die GSVP.³⁵ Diese ist „integraler Bestandteil“ der GASP.³⁶ Innerhalb der GASP ist die Union nicht nur für alle Bereiche der Außenpolitik zuständig, sondern auch für die „schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann“.³⁷ Ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ ist somit noch nicht zwingend vorgegeben, wird aber für die Zukunft auch nicht ausgeschlossen.

3.1.2.1. Inhalte der GSVP

Im Rahmen der GASP formuliert die Union gemeinsame Grundsätze für ihr auswärtiges Handeln. Diese können sich grundsätzlich auf den gesamten Bereich der Außenpolitik beziehen.³⁸

Die Teilmenge der GSVP „umfasst die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union“ und stützt sich dabei auf

³¹ Art. 28a-28e EU-GründungsV i.d.F. des Vertrags von Lissabon sowie das diesem beigefügte Protokoll über die ständige strukturierte Zusammenarbeit nach Artikel 28a des Vertrags über die Europäische Union. Allerdings betont die Erklärung Nr. 13 zur gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik weiterhin die mitgliedstaatliche Souveränität in Militärfragen.

³² Art. 9b Abs. 2 Satz 2, Art. 9e, Art. 13a EUV, Art. 188p EU-GründungsV i.d.F. des Vertrags von Lissabon.

³³ Art. 21-46 EUV.

³⁴ Art. 23-46 EUV.

³⁵ Art. 42-46 EUV.

³⁶ Art. 42 Abs. 1 S. 1 EUV.

³⁷ Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 1, Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1-2 EUV.

³⁸ Art. 21-24 EUV.

„zivile und militärische Mittel“³⁹, ist also in Bezug auf die Verteidigung inhaltlich genauso wenig beschränkt wie GASP in Bezug auf die Außenpolitik. Allerdings ist die GSVP stärker noch als die übrige GASP prospektiv, d.h. eröffnet Handlungsoptionen und -möglichkeiten, ohne hiervon für die Gegenwart schon Gebrauch zu machen. Die gemeinsame Sicherheit und Verteidigung ist ein „Politikfeld im Futur“.

Die gegenseitige Unterstützungspflicht im Fall eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates beschränkt sich auf „alle in ihrer [d.h. der Mitgliedstaaten, H.K.] Macht stehende Hilfe und Unterstützung“ im Rahmen des Art. 51 der UN-Charta.⁴⁰ Diese sehr zurückhaltende Formulierung trägt den Bedenken der Mitgliedstaaten Rechnung, die sich politisch oder auch rechtlich der Neutralität verpflichtet haben.⁴¹ Damit dürfen die Mitgliedstaaten einem angegriffenen anderen Mitgliedstaat Waffenhilfe leisten, müssen dies aber nicht (Freiwilligkeitsprinzip).⁴² Die Beistandspflicht aus Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 1 EUV bleibt damit deutlich hinter der gegenseitigen militärischen Beistandspflicht des Art. 5 NATO-V zurück, weshalb Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 2 EUV auch anerkennt, dass für NATO-Mitgliedstaaten die NATO „weiterhin das Fundament der kollektiven Verteidigung und das Instrument für deren Verwirklichung“ bildet. Die gegenseitige Beistandspflicht aus Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 1 EUV kann und will die Sicherheit, die aus der kollektiven Verteidigung gemäß Art. 5 NATO-V fließt, nicht ersetzen.

Der Vertrag von Lissabon ging noch davon aus, dass Art. 42 EUV v.a. durch die Zusammenarbeit zwischen der EU und der WEU mit Leben gefüllt werden würde⁴³, d.h. dass nicht die EU selbst, sondern die WEU die militärische Zusammenarbeit organisierte. Nicht zuletzt angesichts der Auflösung der WEU sind seit einigen Jahren in der EU erste Ansätze zu einer gemeinsamen Verteidigungspolitik erkennbar. Seit 2016 verfügt die EU über ein gemeinsames Konzept im Bereich der GSVP in Gestalt

³⁹ Art. 42 Abs. 1-2 EUV.

⁴⁰ Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 1 EUV.

⁴¹ Zur Neutralität s.u. Punkt 4.2.3. und Unterpunkte.

⁴² Zu diesem sog. Freiwilligkeitsprinzip: Sebastian GRAF VON KIELMANNSEGG, Die Verteidigungspolitik der Europäischen Union. Eine rechtliche Analyse, 2005, S. 108; Sebastian GRAF VON KIELMANNSEGG, Die verteidigungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Union, in *Europarecht* 2006, S. 182-200; THYM (Fn. 4), S. 658-660.

⁴³ Protokoll Nr. 11 zu Artikel 42 des Vertrags über die Europäische Union.

des „Umsetzungsplans für Sicherheit und Verteidigung“, der die ebenfalls 2016 verfasste „Globale Strategie für die Außen- und Sicherheitspolitik“ für den Bereich der Verteidigung konkretisiert. Bestandteil des Umsetzungsplans ist die Koordinierte Jährliche Überprüfung der Verteidigung (CARD).

Zurzeit sind die Hauptinhalte der GSVP „Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Störung der internationalen Sicherheit in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen“, die die EU allerdings mangels eigener militärischer Infrastruktur „mit Hilfe der Fähigkeiten, die von den Mitgliedstaaten bereitgestellt werden“ durchführt (Rückgriffprinzip)⁴⁴, sowie die auf dem „Europäischen Aktionsplan im Verteidigungsbereich“ (2016) beruhende Förderung von Forschung und Bedarfsdeckung im Bereich der Rüstung der Mitgliedstaaten durch den Europäischen Verteidigungsfonds und die Europäische Verteidigungsagentur.⁴⁵ Für Mitgliedstaaten, die sich stärker engagieren wollen, steht die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit (PESCO) zur Verfügung⁴⁶, an der mittlerweile⁴⁷ alle Mitgliedstaaten außer Malta⁴⁸ teilnehmen. Alle diese Instrumente – Missionen, Kapazitätsaufbau und Ständige Strukturierte Zusammenarbeit – konzentrierten sich bis 2022 auf den Aufbau und die Stärkung einer friedensbringenden Rolle der EU außerhalb Europas, auf den „Export von Frieden und Sicherheit“, während die Verteidigung des eigenen Unions- und Staatsgebiets eher am Rande der politischen Aufmerksamkeit stand.

Ende 2021 legte der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik den „Strategischen Kompass“ vor, ein politisches Dokument, das die Sicherheits- und Verteidigungsstrategien der EU für die

⁴⁴ Art. 42 Abs. 1 S. 3-4, Abs. 3, Art. 43-44 EUV: Das ist das sog. Rückgriffsprinzip, das das Freiwilligkeitsprinzip (Fn. 42) ergänzt.

⁴⁵ Art. 42 Abs. 3 Unterabs. 2, Art. 45 EUV. Hierzu Baudouin HEUNINCKX, *The Law of Collaborative Defence Procurement in the European Union*, 2016; THYM (Fn. 4), S. 669-671.

⁴⁶ Art. 42 Abs. 6, Art. 46 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 10 über die Ständige strukturierte Zusammenarbeit nach Artikel 42 des Vertrags über die Europäische Union. Angesichts dieser Sonderregel hat die Verstärkte Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV im Bereich der GSVP keine praktische Bedeutung, auch wenn sie rechtlich möglich ist, wie aus Art. 329 Abs. 2 AEUV hervorgeht.

⁴⁷ Das dänische Referendum vom 1.6.2022 hat für Dänemark den Weg freigemacht, an der PESCO teilzunehmen, was im Laufe des Jahres 2023 umgesetzt wird.

⁴⁸ Hintergrund ist die maltesische Neutralität; hierzu Punkt 4.2.3.1.

kommenden fünf bis zehn Jahre entwarf. Seit dem russischen Angriffskrieg auf die Ukraine wurde der „Strategische Kompass“ mehrfach angepasst und sieht die verstärkte Bildung multilateraler militärischer Einheiten („EU-Kampfgruppen“ bzw. „EU Battlegroups“) vor, die zudem nicht mehr primär UN-Einsätzen, sondern der europäischen Sicherheit dienen sollen. Auch hier ist ein Schwenk weg von Einsätzen in außereuropäischen Krisengebieten hin zur Verteidigung in Europa festzustellen. Diese strategische Neuorientierung ist noch im Fluss.

3.1.2.2. Willensbildung und Instrumente in diesem Politikfeld

Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV sieht für die GASP und mithin auch für ihren Spezialfall, die GSVP, im Wesentlichen noch intergouvernementale Strukturen vor. Diese sind in der GSVP noch ausgeprägter als in den übrigen, nichtmilitärischen Bereichen der GASP, wo der EUV in manchen Bereichen Mehrheitsentscheidungen zulässt.

In der GSVP sind der Europäische Rat und der Rat das zentrale Unionsorgan.⁴⁹ Für „Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen“ herrscht ein strenges Einstimmigkeitserfordernis, eine Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit ist ausdrücklich ausgeschlossen.⁵⁰ Das Einstimmigkeitsprinzip wird für die Beschlussfassung der GSVP in Art. 42 Abs. 4 EUV, mit Bezug auf Vertragsänderungen in Art. 48 Abs. 7 Unterabs. 1 S. 2 EUV und für die Beschlussfassung in der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit in Art. 46 Abs. 6 EUV noch einmal wiederholt. Diese Vorschriften setzen in ihrem Anwendungsbereich den Grundsatz der alleinigen Verantwortung der Mitgliedstaaten für ihre nationale Sicherheit gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV um, denn zur nationalen Sicherheit gehört auch der Schutz des Staates vor Angriffen von außen. Allerdings können dissentierende Mitglieder von der Stimmenthaltung Gebrauch machen: Damit ist die Entscheidungsfindung des Rats und somit der EU nicht blockiert, der Mitgliedstaat seinerseits an die Entscheidung (Beschluss) des Rats nicht gebunden.⁵¹

⁴⁹ Eine grobe Abgrenzung der Kompetenzen des Europäischen Rats und des Rats im Bereich der GASP trifft Art. 16 Abs. 6 Unterabs. 3 EUV.

⁵⁰ Art. 31 Abs. 4 EUV. Näher Daniel THYM, „Außenverfassungsrecht nach dem Lissaboner Vertrag“, in: PERNICE (Hrsg.): Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?, 2008, S. 173-189 (174-176).

⁵¹ Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV.

Den Erlass von Gesetzgebungsakten schließt Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 EUV für den gesamten Bereich der GASP explizit aus. Mittel der Union in der GASP sind allgemeine Leitlinien und Beschlüsse⁵², und zwar auch in „Fragen mit verteidigungspolitischen Bezügen“.⁵³ Damit sind weiterhin die Mitgliedstaaten uneingeschränkt die „Herren der GASP“ und mithin auch der GSVP. Die derart einstimmig beschlossene politische außenpolitische Linie haben die Mitgliedstaaten solidarisch, loyal und vorbehaltlos zu unterstützen⁵⁴, was jedem Mitgliedstaat schon deshalb zuzumuten ist, weil er ja im Rat das Zustandekommen einer ihm nicht genehmen Entscheidung in der GASP hätte verhindern (oder sich ihrer Geltung durch eine konstruktive Enthaltung entziehen) können.

Speziell in Bezug auf internationale Organisationen wie etwa die NATO regelt Art. 34 EUV das Auftreten der Mitgliedstaaten. Diejenigen EU-Staaten, die Mitglied der internationalen Organisation sind, vertreten dort unter Koordinierung durch den Hohen Vertreter den Standpunkt der Union.

Auch die Handlungsfähigkeit der GASP erfährt eine primärrechtliche Regelung. Außerordentliche Tagungen des Europäischen Rats sollen auf „internationale Entwicklungen“ reagieren können, und der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik ist mit der politischen und administrativen Umsetzung der Leitlinien und Beschlüsse und der Wahrung einer kohärenten Linie nach außen beauftragt. Er kann selbst auch politische Entwicklungen initiieren, wobei ihm seine Rolle als Vorsitzender des Rats „Auswärtige Angelegenheiten“ eine institutionelle Stütze bietet.⁵⁵ Im Bereich der GASP kommt mithin die Rolle des Motors der Integration und des Initiators von Prozessen nicht der Kommission, sondern dem Hohen Vertreter zu. Einen Unterbau hat dieser Hohe Vertreter allerdings nur in Bezug auf einen diplomatischen Dienst⁵⁶, nicht hingegen in Bezug auf militärische Kapazitäten. Militärische Kapazitäten existieren ausschließlich auf der Ebene der Mitgliedstaaten, die diese für Maßnahmen der EU zur Verfügung stellen können, aber nicht müssen.⁵⁷

⁵² Art. 25 EUV.

⁵³ Art. 26 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 1 EUV.

⁵⁴ Art. 24 Abs. 3, Art. 29 EUV.

⁵⁵ Art. 26-28, Art. 30 EUV.

⁵⁶ Art. 27 Abs. 3 EUV.

⁵⁷ Dieses Rückgriffprinzip (s.o. Fn. 44) gilt auch z.B. für das Eurokorps oder für die sog. EU-Kampfgruppen (EU Battlegroups), die sich aus militärischen Kapazitäten

Selbst wenn ein Mitgliedstaat im Rat für einen Militäreinsatz stimmt, entsteht daraus keine unionsrechtliche Pflicht, selbst Truppen zu stellen, sondern die Entscheidung über den Einsatz seiner Truppen verbleibt in vollem Umfang bei dem Mitgliedstaat. Ebenso trägt der Unionshaushalt nur solche operativen Ausgaben im Zusammenhang mit der GASP, die keine „Maßnahmen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen“ sind⁵⁸, d.h. die Kosten der Beteiligung an militärischen Kooperationen, Missionen und Aktionen unter der Fahne der EU tragen alle oder jedenfalls die beteiligten Mitgliedstaaten selbst. Auch dieser Militärvorbehalt im Finanziellen wahrt die militärische Souveränität der Mitgliedstaaten gegenüber der Union.

Eine gewisse Tendenz zu einem eigenen europäischen Verteidigungshaushalt gibt es seit der Einrichtung des Europäischen Verteidigungsfonds (EVF) 2017, mit dem gemeinsame Rüstungs- und Beschaffungsprojekte unterstützt werden. Der von der EU aufgebrachte Finanzierungsanteil ist in deren Haushalt verankert; der Großteil der Mittel stammt hingegen von den teilnehmenden Mitgliedstaaten. Aus der Europäischen Friedensfazilität wird die Ukraine in ihrem Verteidigungskampf finanziell unterstützt.

Ein weiteres Unionsorgan im Bereich der GSVP ist die 2004 errichtete Europäische Verteidigungsagentur⁵⁹, eine der wenigen im Primärrecht namentlich erwähnten Agenturen der EU.⁶⁰ Ihre Aufgaben bestehen in der Koordinierung von Rüstungsforschung und Rüstungsbeschaffung, um Doppelausgaben durch die Mitgliedstaaten möglichst zu vermeiden. Den Vorsitz führt der Hohe Vertreter, und dem Lenkungsausschuss gehören alle EU-Mitglieder (seit 2022 einschließlich Dänemarks) an. Auf einzelvertraglicher Grundlage nehmen Norwegen, die Schweiz, Serbien, die Ukraine, die USA, die Europäische Raumfahrtagentur (Esa) und die Gemeinsame Organisation für Rüstungskooperation (Occar) an Pro-

der jeweils teilnehmenden Staaten (in Ausnahmefällen: des einen teilnehmenden Staats) zusammensetzen; näher THYM (Fn. 4), S. 666-669. Der im März 2022 novellierte „Strategische Kompass“ (dazu Punkt 3.1.2.1.) sieht in Reaktion auf die Bedrohung durch Russland bis 2025 „echte“ europäische EU-Kampfgruppen vor.

⁵⁸ Art. 41 Abs. 2 EUV.

⁵⁹ Errichtet durch die Gemeinsame Aktion 2004/551/GASP des Rates vom 12.7.2004 über die Einrichtung der Europäischen Verteidigungsagentur; die momentane Rechtsgrundlage ist der Beschluss (GASP) 2015/1835 des Rates vom 12.10.2015 über die Rechtsstellung, den Sitz und die Funktionsweise der Europäischen Verteidigungsagentur.

⁶⁰ Art. 42 Abs. 3 Unterabs. 2 S. 2, Art. 45 EUV.

grammen der Agentur teil, ohne jedoch in ihr über Stimmrechte zu verfügen.

Die eigentlichen „supranationalen“ Organe der EU, die Kommission und das Parlament,⁶¹ haben in der GASP und insbesondere auch in der GSVP keine aktive Rolle. Sie werden regelmäßig informiert, und in Randbereichen kann die Kommission auch initiativ tätig werden – neben dem Hohen Vertreter, der das eigentliche unionale Initiativorgan im Bereich von GASP und GSVP ist. Die europäische Gerichtsbarkeit wird durch Art. 275 AEUV von der Rechtskontrolle aller Maßnahmen und Rechtsakte im Rahmen der GASP und somit auch der GSVP ausgeschlossen. Allerdings hat der EuGH punktuell auch in diesem Bereich judiziert.⁶² Dennoch unterstreicht auch Art. 275 AEUV die Intergouvernementalität dieses Politikbereichs.

3.1.2.3. Zusammenfassung

Die GSVP ist im Wesentlichen ein Forum für die Mitgliedstaaten, ihre nationalen Verteidigungspolitiken zu harmonisieren und nach außen zu versuchen, mit einer Stimme zu sprechen. Zwar ist das zentrale Organ, der (Europäische) Rat, ein Unionsorgan, aber wegen des strengen Einstimmigkeitserfordernis stehen die Mitgliedstaaten noch mehr als sonst im Rat im Zentrum der Willensbildung.

Inhaltlich ist die GSVP integrationsoffen, ja geradezu zukunftsorientiert in dem Sinne, dass sie stärker noch als auf gegenwärtige Aktionen auf zukünftige Entwicklungen bis hin zu einer gemeinsamen Verteidigung(spolitik) zielt. Bislang hat sie sich v.a. mit dem „Export“ von Frieden(smissionen) in außereuropäische Krisenherde beschäftigt. Die Notwendigkeit, die Verteidigung des eigenen Territoriums zu stärken, rückte erst 2022 stärker in den politischen Fokus, ist also eine Zu-

⁶¹ Zu den fehlenden parlamentarischen Beteiligungsrechten auf EU-Ebene Daniel THYM, „Parliamentary Involvement in European International Relations“, in: CREMONA / DE WITTE (Hrsg.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, 2008, S. 201-232 (226-227).

⁶² EuGH, Urt. v. 14.6.2016 – Rs. C-263/14, *Europäisches Parlament ./.* Rat, ECLI:EU:C:2016:435, in Bezug auf ein Abkommen zwischen der EU und Tansania: Auch bei völkerrechtlichen Verträgen im Bereich der GASP sind die Unterrichtsrechte des Parlaments gemäß Art. 218 Abs. 10 AEUV zu beachten, und ein Ratsbeschluss, der unter Verletzung hiervon zu Stande gekommen ist, ist nichtig.

kunftsaufgabe, deren Realisierbarkeit im folgenden Abschnitt näher beleuchtet wird.

3.2. Die *lex ferenda*: Schritte zu einem zukünftigen gemeinsamen „Raum der militärischen Sicherheit“

Die EU-Mitgliedstaaten schulden sich im Fall eines äußeren bewaffneten Angriffs keinen militärischen Beistand, sondern nur Unterstützung im Rahmen ihres jeweiligen politischen Ermessens.⁶³ Damit ist die GSVP kein „Raum der militärischen Sicherheit“ im Sinne eines militärischen Beistandspakts oder einer kollektiven Verteidigung.

Zu einem solchen „Raum der militärischen Sicherheit“ kann die GSVP naturgemäß jederzeit durch entsprechende Änderungen der Verträge fortentwickelt werden. Eine Vertragsänderung ist aber langwierig, mit politischen Kosten und auch mit politischen Risiken verbunden. Rascher kann die EU reagieren, wenn ihr das bereits vorhandene Primärrecht Handlungsspielräume zur Schaffung eines gemeinsamen „Raums der militärischen Sicherheit“ eröffnet.

3.2.1. *Gemeinsame Verteidigung als Maßnahme der GSVP*

Die vorhandene GSVP bietet hinlänglich Potenzial für eine Intensivierung der gemeinsamen militärischen Sicherheit aller EU-Mitglieder. Dieses Potenzial soll hier näher beleuchtet werden.

Das allgemein gefasste Ziel der GSVP ist es, „der Union eine auf zivile und militärische Mittel gestützte Operationsfähigkeit“ zu sichern.⁶⁴ Ein Bestandteil dieser Operationsfähigkeit kann auch eine gemeinsame Verteidigung im Fall eines äußeren Angriffs auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten sein. Dem steht Art. 42 Abs. 7 EUV, der die gegenseitigen Beistandspflichten der Mitgliedstaaten regelt, nicht entgegen. Gemäß Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 1 S. 1 EUV „schulden die anderen Mitgliedstaaten ihm [*d.h. dem angegriffenen Mitgliedstaat, H.K.*] alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung, im Einklang mit Artikel 51 der Charta der Vereinten Nationen“. In dieser Textfassung spricht die Norm keine militärische Beistandspflicht aus, sie schließt sie aber auch

⁶³ Art. 47 Abs. 7 Unterabs. 1 EUV i.V.m. Art. 51 UN-Charta.

⁶⁴ Art. 42 Abs. 1 S. 2 EUV.

nicht aus, was sich schon aus der Bezugnahme auf Art. 51 UN-Charta ergibt, denn dort ist von individueller und kollektiver Selbstverteidigung die Rede.

Den genauen Weg zu einer gemeinsamen Verteidigung weist Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV. Die GSVP umfasst danach „die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union“. Den evolutiven Charakter der Entwicklung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik betont auch Art. 2 Abs. 4 AEUV. Der ultimative Schritt am Ende der Evolution einer gemeinsamen Verteidigungspolitik kann gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV auch die gemeinsame Verteidigung sein: „Diese [*d.h. die Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, H.K.*] führt zu einer gemeinsamen Verteidigung, sobald⁶⁵ der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat.“ Ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ kann also bereits im Rahmen des geltenden Primärrechts verwirklicht werden, denn die „gemeinsame Verteidigung“ gemäß Art. 42 Abs. 2 EUV ist nichts anderes als ein derartiger „Raum der militärischen Sicherheit“ oder kann es jedenfalls sein.

Für die gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV erforderliche Einstimmigkeit gilt Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, wonach ein dissentierendes Mitglied sich enthalten kann und bei Abgabe einer entsprechenden Erklärung nicht an den im Übrigen einstimmig gefassten Beschluss gebunden ist („konstruktive Enthaltung“). Daneben ist auch die „einfache Enthaltung“ eines Mitgliedstaates gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV möglich und hindert das Zustandekommen eines einstimmigen Ratsbeschlusses nicht, allerdings ist der so zu Stande kommende Ratsbeschluss auch für das sich einfach enthaltende Mitglied bindend.

Der Wortlaut des Art. 42 Abs. 2 EUV lässt offen, was genau eine „ge-

⁶⁵ „Sobald“ ist temporal, nicht konditional gemeint, wie auch aus den meisten anderen Sprachfassungen eindeutig hervorgeht: bulgarisch „ot momenta, v kojto“, dänisch „når“, englisch „when“, finnisch „kun“, französisch „lors que“, gälisch „nuair“, griechisch „ótan“, italienisch „quando“, kroatisch „kada“, lettisch „kad“, maltesisch „meta“, niederländisch „zodra“, portugiesisch „logo que“, rumänisch „după ce“, schwedisch „när“, slowakisch „ked“ und tschechisch „jakmile“; weniger eindeutig estnisch „kui“, polnisch „jeżeli“, slowenisch „če“ und spanisch „una vez que“; stark konditional litauisch „jei“ und ungarisch „amennyiben“. Fraglich ist somit nicht das „ob“ einer gemeinsamen Verteidigung, sondern nur ihr „wann“. Dieses „wann“ ergibt sich aus dem evolutiven Charakter der gemeinsamen Verteidigungspolitik.

meinsame Verteidigung“ ist. Rein begrifflich umfasst die „gemeinsame Verteidigung“ nicht nur im Deutschen⁶⁶ zwei mögliche Situationen:

- erstens eine Ad-hoc-Maßnahme, in der die EU beschließt, einem EU-Mitglied gegen eine konkrete äußere Aggression beizustehen (etwa wenn Russland einen Angriff gegen Finnland, Estland oder Lettland starten würde), oder
- zweitens eine Maßnahme, mit der dauerhafte, über den Einzelfall hinausweisende Strukturen zur Überführung der mitgliedstaatlichen Verteidigungszuständigkeiten und -infrastrukturen auf unionaler Ebene geschaffen werden.

Klar ist, dass die gemeinsame Verteidigung mehr ist als die gemeinsame Verteidigungspolitik, denn die gemeinsame Verteidigung steht am Ende der schrittweisen Entwicklung der gemeinsamen Verteidigungspolitik und stellt ihren Ziel- und Endpunkt, ihre „Krönung“ dar. Demnach ist die gemeinsame Verteidigungspolitik der Weg und die gemeinsame Verteidigung das (mögliche) Ziel. Dieser Regelungszusammenhang spricht dafür, dass Art. 42 Abs. 2 EUV mehr als nur einen spontanen einmaligen Beistand gegen einen konkreten Angriff, sondern vielmehr den Aufbau unionsrechtlicher Verteidigungsstrukturen meint. Eine solche Europäisierung der Verteidigung wird zu Recht als „vereinfachte Vertragsergänzung“⁶⁷ qualifiziert, denn sie kann die bisher strikt intergouvernementale GSVP jedenfalls teilweise, je nach Inhalt des Beschlusses auch zur Gänze in ein vergemeinschaftetes, europäisiertes Politikfeld verwandeln.

Den genauen Grad der Europäisierung gibt der Begriff der „gemeinsamen Verteidigung“ nicht vor. Der unionsrechtliche Begriff der „gemeinsamen Verteidigung“ bedeutet nicht zwingend, dass die mitgliedstaatlichen Streitkräfte in ihrer Selbstständigkeit abgeschafft werden und in einer europäischen Armee aufgehen. Im Gegenteil: Das Adjektiv „gemeinsam“ steht gerade im unionalen Kontext – nicht nur in der deutschen Sprache – nicht so sehr für die Ersetzung des Mitgliedstaatlichen durch etwas Unionales, sondern eher für eine Struktur, in der die Mitgliedstaaten ihre eigenen Kapazitäten zusammenlegen und ein als gemeinsam definiertes Ziel kooperativ, gegebenenfalls unter Koordinie-

⁶⁶ Einige Beispiele: englisch: common defence; französisch: défense commune; italienisch: difesa comune; portugiesisch: defesa comum; schwedisch: gemensamt försvar.

⁶⁷ So Rudolf GEIGER, Art. 42 EUV, in: GEIGER / KHAN / KOTZUR / KIRCHMAIR, EUV / AEUV. Kommentar, 7. Aufl., 2023, Rn. 8.

rung von Unionsbehörden, zu verwirklichen suchen. Die Mitgliedstaaten könnten sich demnach im Rat für unterschiedliche Ausgestaltungen der gemeinsamen Verteidigung entscheiden.

1. Denkbar wäre eine bloße Anhebung der bisherigen, an Art. 51 der UN-Charta orientierten Beistandspflicht gemäß Art. 47 Abs. 7 Unterabs. 1 EUV auf eine militärische Beistandspflicht auf dem Niveau von Art. 5 NATO-V oder darüber hinaus. Damit würde die EU auch den Charakter einer kollektiven Verteidigungsallianz bekommen. Da aber die kollektive Verteidigung in der NATO gemäß dem Freiwilligkeits- und dem Rückgriffprinzip funktioniert und dem Mitglied weites Ermessen bei der Auswahl seiner Mittel lässt, würde ein solcher Grad der Europäisierung die intergouvernementale Struktur der GSVP nicht spürbar verändern.
2. Eine intensivere Form der Europäisierung der Verteidigung wäre die Übertragung einzelner militärischer Hoheitsrechte auf die Europäische Union. Man könnte an eine Supranationalisierung der Beschaffung und Kooperation mit der Rüstungsindustrie, an die Supranationalisierung der Entscheidung über den Verteidigungsfall oder an ein bei der EU angesiedeltes Oberkommando (ständig oder nur im Verteidigungsfall) über die weiterhin bei den Mitgliedstaaten verbleibenden Streitkräfte denken. Wie weit diese Art von Supranationalisierung reicht, die das Rückgriffprinzip grundsätzlich beibehalten, aber das Freiwilligkeitsprinzip ggf. einschränken würde, hängt v.a. davon ab, inwieweit die Entscheidungsfindung innerhalb der Unionsorgane den Schritt vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsprinzip macht. Hier sind verschiedenste Abstufungen denkbar, verbunden z.B. mit Opt-out- oder Opt-in-Lösungen für verschiedene Mitgliedstaaten und / oder für einzelne Bestandteile der gemeinsamen Verteidigung.
3. Eine noch intensivere Form wäre die Aufgabe des Rückgriffsprinzips, d.h. die Verschmelzung der mitgliedstaatlichen Streitkräfte zu einer Armee der Europäischen Union, die dann konsequenterweise auch dem Oberkommando eines Unionsorgans unterstünde. Eine solche Unionsarmee könnte neben die mitgliedstaatlichen Streitkräfte treten oder, als stärkste Form der Supranationalisierung, diese auch komplett ersetzen.

Der Begriff der „gemeinsame Verteidigung“ in Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 1, Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV lässt mithin der konkreten Ausgestaltung einen weiten Spielraum, nicht zuletzt deswegen, weil der EUV die Herausbildung der gemeinsamen Verteidigungspolitik und damit verbunden einer gemeinsamen Verteidigung als evolutiven Prozess versteht. Bereits das dänische Referendum vom 1.6.2022 zeigt, dass das, was beim Abschluss des Vertrags von Lissabon 2007 noch unvorstellbar erschien, anderthalb Jahrzehnte später im Volk mehrheitsfähig ist.

Die begrifflich sehr weite „gemeinsame Verteidigung“ unterliegt gewissen (unions-)rechtlichen Begrenzungen. Die unter (2) und (3) genannten Ausgestaltungsmöglichkeiten gehen über die Beistandsverpflichtung hinaus, die NATO-Mitgliedstaaten sich gegenseitig schulden. Andererseits liegt Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 2 und Abs. 7 Unterabs. 2 EUV die Annahme zugrunde, dass die „eigentliche“ kollektive Verteidigung im Rahmen der NATO stattfindet, dass die NATO ein Mehr an militärischer Sicherheit bietet als die EU. Es stellt sich daher die Frage, ob aus den genannten Bezugnahmen auf die NATO in Art. 42 EUV eine Grenze für die gemeinsame Verteidigung in dem Sinne abgeleitet werden kann, dass – etwa gemäß der deutschen verfassungsdogmatischen Figur des Abstandsgebots – der Primat der NATO gewahrt bleiben muss und die gemeinsame Verteidigung nicht weiter gehen darf als der kollektive Schutz, den die NATO ihren Mitgliedern gewährt. Sowohl Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 2 als auch Abs. 7 Unterabs. 2 EUV erwähnen ausdrücklich die Verpflichtungen der NATO-Mitgliedstaaten aus ihrer Mitgliedschaft. Eine gemeinsame Verteidigung der EU muss mithin schon qua Unionsprimärrecht den betroffenen Mitgliedstaaten weiterhin ermöglichen, ihre Pflichten gegenüber der NATO und den NATO-Vertragspartnern zu erfüllen, etwa bei einem bewaffneten Angriff Beistand zu leisten. Hier ergeben sich aus den Ausgestaltungsmöglichkeiten unter (2) und (3) tatsächlich Bedenken. Ein unionales Oberkommando und mehr noch eine gemeinsame unionale Armee können dazu führen, dass ein EU- und zugleich NATO-Mitgliedstaat seine NATO-Beistandspflicht nicht erfüllen kann, weil er in der Ausgestaltungsmöglichkeit (2) nicht mehr frei über den Einsatz seiner Armee verfügen kann oder in der Ausgestaltungsmöglichkeit (3) eventuell gar keine eigene Armee mehr hat, mit der er Beistand leisten könnte. Im Rahmen der Ausgestaltungsmöglichkeit (2) lässt sich das Dilemma durch eine entsprechende Ausgestaltung der supranationalen Strukturen noch lösen, etwa indem die betroffenen Mitglied-

staaten im Fall einer akuten NATO-Verpflichtung⁶⁸ in dem notwendigen Maße die Verfügungsgewalt über ihre Streitkräfte zurückerhalten. Beinhaltet die gemeinsame Verteidigung hingegen die Vergemeinschaftung der Streitkräfte i.S.d. Ausgestaltungsmöglichkeit (3), dann wäre die konsequente Lösung, dass die EU die NATO-Verpflichtungen ihrer Mitglieder übernimmt, etwa indem sie selbst der NATO beiträgt.⁶⁹

Wenn nicht zugleich das Primärrecht abgeändert wird, muss ein Ratsbeschluss über eine gemeinsame Verteidigung gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV die Alleinzuständigkeit der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV und den Vorbehalt für wesentliche Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaats gemäß Art. 346 AEUV berücksichtigen. Insoweit der Begriff der „nationalen Sicherheit“ in Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV so verstanden wird, dass er die Verteidigung mit umfasst⁷⁰, ist eine echte Supranationalisierung der Verteidigung ausgeschlossen. Eine Europäisierung der Kommandostrukturen o.ä. ist je nach Ausgestaltung vielleicht noch mit Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV vereinbar, eine europäische Armee, die nicht neben, sondern an die Stelle der mitgliedstaatlichen Streitkräfte tritt, würde hingegen Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV verletzen. Ein darauf gerichteter Ratsbeschluss wäre primärrechtswidrig. Ein Beschluss gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2-3 EUV ist eben eine „vereinfachte Vertragsergänzung“⁷¹, aber gerade keine Vertragsänderung.

In dieselbe Richtung zielt auch Art. 42 Abs. 1 S. 4 EUV mit seiner Garantie des Rückgriffsprinzips in der GSVP. Dieses Prinzip garantiert, dass die militärischen Kapazitäten im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten liegen, nicht bei der Union. Es wäre verletzt, wenn der Ratsbeschluss über die gemeinsame Verteidigung nur noch eine europäische Armee, aber keine mitgliedstaatlichen Streitkräfte mehr vorsähe. Es ist allerdings aus Gründen der systematischen Auslegung nicht klar, inwieweit das Rückgriffsprinzip der GSVP in Art. 42 Abs. 1 EUV die zukünftige gemeinsame Verteidigungspolitik und Verteidigung gemäß Art. 42 Abs. 2 EUV bindet. Man kann das Verhältnis der beiden

⁶⁸ Dieses Problem entsteht für EU- und NATO-Mitglieder v.a. dann, wenn die NATO-Beistandsverpflichtung greift, aber die EU-Beistandsverpflichtung nicht, d.h. wenn sich ein äußerer Angriff gegen einen NATO-Staat, der kein EU-Mitglied ist, richtet.

⁶⁹ Hierzu Punkt 3.3.2.

⁷⁰ Das ist die gängige Auslegung: s. Punkt 3.1.2.2.

⁷¹ Hierzu s. Fn. 67.

Absätze auch so verstehen, dass Abs. 1 den Ist-Zustand, die *lex lata* beschreibt, während Abs. 2 den Handlungsrahmen für die zukünftige Politik, die *lex ferenda* absteckt, für die die Beschränkungen der *lex lata* eben nicht mehr gelten sollen. Versteht man das Rückgriffsprinzip des Art. 42 Abs. 1 S. 4 EUV als Vorgabe auch an die gemeinsame Verteidigungspolitik und die gemeinsame Verteidigung gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV und entschließt sich der Rat zur Schaffung einer europäischen Armee, dann müsste zuvor auch Art. 42 Abs. 1 S. 4 EUV förmlich abgeändert werden.

Folglich deckt der unionsrechtliche Begriff der „gemeinsamen Verteidigung“ zwar ein weites begriffliches Feld ab. Aufgrund primärrechtlicher Vorgaben ist eine echte Supranationalisierung der Verteidigung nur sehr vorsichtig und die Aufgabe des Rückgriffsprinzips je nach Auslegung gar nicht zulässig; wäre das gewollt, wäre eine begleitende Änderung der Verträge notwendig. Im Mittelpunkt einer gemeinsamen Verteidigung kann daher eine der NATO vergleichbare gegenseitige militärische Beistandspflicht stehen, ggf. angereichert mit punktuellen supranationalen Mechanismen und / oder einzelnen europäischen Militäreinheiten. Das war wohl auch die politische Vorstellung hinter Art. 42 EUV.

Ergänzend sei hinzugefügt, dass die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit kein geeigneter Rahmen ist, eine gegenseitige militärische Beistandspflicht der dazu bereiten EU-Mitgliedstaaten zu verankern, da ihre Rechtsgrundlagen stark auf die gemeinsame Durchführung von Missionen in Drittstaaten, nicht aber auf die gemeinsame Verteidigung ihres europäischen Staatsgebiets ausgerichtet sind. Zwar könnte mit einer gewissen Auslegungskunst auch die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit für gemeinsame Verteidigungsanstrengungen fruchtbar gemacht werden. Da aber Art. 42 Abs. 2 EUV hierfür einen direkteren und einfacheren Weg zur Verfügung stellt, besteht an einer solchen Hilfskonstruktion höchstens dann Bedarf, wenn das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 42 Abs. 2 EUV selbst mithilfe von konstruktiven und einfachen Enthaltungen nicht zu erreichen ist. In diesem Fall könnten die willigen Mitgliedstaaten für ihre gemeinsame Verteidigungspolitik und gemeinsame Verteidigung auf die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit ausweichen.

3.2.2. Gemeinsame Verteidigung im Mehrebenensystem des europäischen Verfassungsverbunds

Verteidigung und auch die gemeinsame Verteidigung sind im Mehrebenensystem des europäischen Verfassungsverbunds keine alleinigen Fragen des unionalen Primärrechts, sondern sind auch und in erster Linie in den mitgliedstaatlichen Verfassungen verankert. Zwar schützt das strenge Einstimmigkeitserfordernis einzelne Mitgliedstaaten vor Majorisierung und erlaubt die Möglichkeit der Enthaltung zögerlichen Staaten, an ihrem Standpunkt festzuhalten, ohne die unionale einstimmige Willensbildung zu blockieren. Das reicht allerdings nicht aus, um mitgliedstaatlichen Belangen hinreichend Rechnung zu tragen.

Bereits Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV sieht eine Umsetzung des einstimmigen Ratsbeschlusses durch die Mitgliedstaaten vor. Die Vorschrift verpflichtet den Rat, bei der Beschlussfassung über eine gemeinsame Verteidigung den Mitgliedstaaten zu empfehlen, „einen Beschluss in diesem Sinne im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften zu erlassen“. Das heißt, dass nach dem einstimmigen Beschluss im Rat auch noch die Mitgliedstaaten innerstaatlich entsprechende Beschlüsse fassen müssen, damit eine gemeinsame Verteidigung zu Stande kommt. Sie müssen, untechnisch gesprochen, den Ratsbeschluss innerstaatlich „ratifizieren“. Bei ihrer innerstaatlichen Beschlussfassung berücksichtigen sie ihre Verfassungsvorschriften über das „ob“ und das „wie“ einer gegenseitigen Beistandspflicht auf Unionsebene. Bereits das „ob“ ist nicht nur für Staaten problematisch, die sich zur Neutralität verpflichten, sondern auch für Staaten, die weitere substanzielle Integrationsschritte z.B. an eine verfassungsändernde Mehrheit oder ein Referendum knüpfen. Das „wie“ wirft z.B. die Frage auf, ob das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht die Eingliederung eigener Truppenteile unter ein ausländisches oder supranationales Kommando gestattet oder ob die militärische Beistandspflicht nur mit Truppen, die dem eigenen Kommando unterstellt bleiben, erfüllt werden kann.

Dass im Bereich der Verteidigung und insbesondere der kollektiven Verteidigung sehr unterschiedliche mitgliedstaatliche verfassungsrechtliche Vorstellungen existieren, stellt auch Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 1 S. 2 EUV fest, der im Rahmen der Hilfspflicht bei bewaffneten Angriffen „den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten unberührt“ lässt.

Schließlich wollen weder die – bereits *de lege lata* bestehende – gegenseitige Hilfespflicht gemäß Art. 42 Abs. 7 EUV noch die – *de lege ferenda* einführbare – gemeinsame Verteidigung gemäß Art. 42 Abs. 2 EUV die NATO ersetzen oder entsprechende Pflichten der NATO-Mitglieder konterkarieren, wie die NATO-Vorbehalte in Art. 42 Abs. 7 Unterabs. 2, Abs. 2 Unterabs. 2 EUV deutlich machen.

Die gemeinsame Verteidigung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 EUV will sich mit hin nicht über die Verfassungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verteidigung, militärische Zusammenarbeit, europäische Integration und Neutralität hinwegsetzen und auch nicht an die Stelle der NATO treten. Falls sich die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat auf die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung einigen, ist es v.a. die Sache der zuständigen Organe der betroffenen Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer innerstaatlichen „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses ihre verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Beschränkungen zu berücksichtigen. Die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung durch einstimmigen Ratsbeschluss ist nicht nur eine „vereinfachte Vertragsergänzung“, sondern zugleich wegen ihres Ratifikationserfordernisses eine einzigartige Verschränkung unionaler Entscheidungsfassung und mitgliedstaatlicher verfassungsrechtlicher Grenzen: Das europäische Mehrebenensystem wird an dieser Stelle *expressis verbis* ins Primärrecht inkorporiert. Hierbei schreibt Art. 42 EUV keine materiell-rechtlichen Rücksichtnahmen des Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen vor, sondern schafft den prozeduralen Rahmen für die Mitgliedstaaten, solche Rücksichtnahmen vorzunehmen. Die Rückverlagerung der Verantwortung für die Einhaltung der eigenen Verfassungen auf die Mitgliedstaaten entspricht letztlich dem streng intergouvernementalen Charakter der GSVP, in deren Mittelpunkt die Mitgliedstaaten und nicht die Union stehen.⁷² Auf die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mitgliedstaaten wird unter Punkt 4. und seinen Unterpunkten näher eingegangen.

Aus diesem Sinn der Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung ergibt sich auch die Antwort auf die im EUV nicht ausdrücklich beantwortete Frage, was geschieht, wenn in einem Mitglied-

⁷² Insoweit besteht auch kein Widerspruch zur Letztverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre eigene nationale Sicherheit gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV.

staat ein Beschluss über die gemeinsame Verteidigung nicht zu Stande kommt. Sind die mitgliedstaatlichen Beschlüsse gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV die (auch unionsrechtliche) Voraussetzung für das Zustandekommen und die Gültigkeit eines Ratsbeschlusses gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV? Diese Frage kann nur mit „Ja“ beantwortet werden, weil ansonsten das innerstaatliche „Ratifizierungsverfahren“ keinen Sinn hätte. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 EUV ist dabei so viel zu entnehmen, dass Mitgliedstaaten ihren Beschluss nur dann verweigern können, wenn ein solcher Beschluss „im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften“ nicht möglich ist. Über den Inhalt der jeweiligen Verfassung hat jeder Mitgliedstaat für sich das Letztdefinitions- und Letztentscheidungsrecht. Wenn ein Mitgliedstaat hingegen diesen Beschluss aus anderen Gründen als wegen verfassungsrechtlicher Bedenken ablehnt – etwa weil zwischen der Abstimmung im Rat und der innerstaatlichen Beschlussfassung die politische Mehrheit gewechselt hat –, müsste sich ein solcher Mitgliedstaat wohl den Vorwurf gefallen lassen, seine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV zu verletzen, denn politische Bedenken hätte der Mitgliedstaat im Rat mit einer Ablehnung des Beschlusses oder einer einfachen oder konstruktiven Enthaltung geltend machen können und somit auch müssen.

Die prozedurale Achtung der mitgliedstaatlichen Verfassungsvorschriften, völkerrechtlichen Bindungen und politischen Vorstellungen in Bezug auf individuelle und kollektive Selbst- und Fremdverteidigung ist eine *lex specialis* zu der allgemeinen Pflicht der Union gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, die nationale Identität und die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten zu achten. Für den Bereich der GSVP bilden das Einstimmigkeitserfordernis und der innerstaatliche „Ratifikationsvorbehalt“ in Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV sowie die NATO-Vorbehalte in Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 2, Abs. 7 Unterabs. 2 EUV eine kohärente und erschöpfende Regelung dieser Achtungspflicht der Union. Angesichts dessen besteht für eine parallele Anwendung von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV im Bereich der Entwicklung einer gemeinsamen Verteidigung kein Bedarf.

3.3. Gemeinsame Verteidigung der EU und der NATO

Wie gesehen, eröffnet Art. 42 Abs. 2 EUV die Möglichkeit einer gemeinsamen Verteidigung für alle oder alle willigen EU-Mitgliedstaaten.

Aus Sicht der Stärkung der Verteidigungsfähigkeit Europas ist das sicherlich begrüßenswert. Gerade mit Blick auf den potenziellen Aggressor Russland mag das rein europäische Verteidigungsarsenal aber unzureichend erscheinen. Die Einbeziehung des Militärpotenzials mächtiger NATO-Mitglieder, die keine EU-Mitgliedstaaten sind, wie etwa der USA, des Vereinigten Königreichs oder auch Kanadas, übt einen stärkeren Abschreckungseffekt aus als bloß die eine rein europäische gemeinsame Verteidigung.

3.3.1. Verteidigungsabkommen zwischen der EU und der NATO

Um die Garantie eines auch transatlantischen militärischen Beistands gemäß Art. 5 NATO-V für die gesamte EU und nicht bloß auf deren Mitgliedstaaten, die auch der NATO angehören, zu erstrecken, wäre an einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen der NATO und der EU zu denken. Ein solcher Vertrag könnte das europäische Gebiet aller EU-Mitgliedstaaten in den Schutzbereich des Art. 5 NATO-V überführen. Ob ein solcher Vertrag zugleich die EU-Mitglieder, die keine NATO-Mitglieder sind⁷³, verpflichtet, ihrerseits aktiven Beistand zu leisten, wenn ein anderes NATO- oder EU-Mitglied militärisch angegriffen wird, ist eine davon getrennte Frage.

Das erste Ziel der Union ist der Friede, wobei die Textstelle in Art. 3 Abs. 1 EUV nicht zwischen unionsinternem und äußerem, vielleicht sogar weltweitem Frieden unterscheidet. Gegen dieses oberste Unionsziel könnte es verstoßen, wenn die EU durch ein Verteidigungsabkommen näher an die NATO heranrückt, denn Russland begründet die „Notwendigkeit“, Drittstaaten zu überfallen, unter anderem damit, dass es sich von der NATO bedroht und auch betrogen fühle. Eine verstärkte vertragliche Bindung der EU an die NATO könnte das Bedrohungsgefühl Russlands verstärken und diesen Staat so zu weiterer Aggression anheizen, was dem Unionsziel des Friedens zuwiderlaufen würde. Eine solche Argumentation ist jedoch vor dem Wortlaut des Unionsprimärrechts widersinnig. Die gemeinsame Verteidigung ist laut Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV ein erklärtes (zukünftiges) Politikziel der Union, und die Verpflichtungen etlicher EU-Mitglieder im Rahmen ihrer NATO-Mitgliedschaft sieht Art. 42 Abs. 2 und 7 EUV nicht als konträr zur eigenen,

⁷³ Dazu s. Fn. 8.

dem Frieden verpflichteten Verteidigung an, sondern als komplementär. Diese im EUV zum Ausdruck kommende Ansicht kann sich darauf stützen, dass der NATO-V keinerlei Verpflichtungen zu einem kollektiven Angriff enthält, sondern im Gegenteil in Art. 1 seine Vertragsparteien zu einer friedlichen Streitbeilegung verpflichtet. Kollektiv ist lediglich die Selbstverteidigung gemäß Art. 5 NATO-V. Wenn sich ein angegriffener Staat alleine oder mit anderen verteidigt, ist das keine Verletzung des Friedens, sondern legitimer Selbstschutz; das geht schon aus Art. 51 der UN-Charta hervor. Somit kann man keinen Widerspruch zwischen einer vertragsrechtlichen Kooperation zwischen EU und NATO einerseits und der Verpflichtung der EU auf das Ziel Frieden in Art. 3 Abs. 1 EUV andererseits konstruieren. Art. 3 EUV steht einer solchen Kooperation mit hin nicht entgegen. Dasselbe gilt für die allgemeinen Ziele und Grundsätze der Außenpolitik gemäß Art. 21 EUV. Da Art. 42 EUV die NATO als Teil eventueller Verteidigungsstrategien ausdrücklich nennt, ist ein Widerspruch zwischen engen Kontakten zwischen EU und NATO einerseits und den außenpolitischen Leitzielen in Art. 21 EUV nur möglich, wenn man eine der beiden Vorschriften als Verstoß gegen die andere und somit als „primärrechtswidriges Primärrecht“ begreifen würde.

Grundsätzlich darf die EU im gesamten Bereich der GASP und somit auch in der GSVP völkerrechtliche Verträge mit einem oder mehreren Staaten oder auch mit internationalen Organisationen schließen. Das stellt Art. 37 EUV klar, der als *lex specialis* dem allgemeinen Art. 216 AEUV vorgeht. Damit besitzt die EU die Verbandskompetenz für ein Verteidigungsabkommen mit der NATO.

Unklar ist, ob die EU diesen Vertrag alleine oder nur zusammen mit den (allen?) Mitgliedstaaten (gemischter Vertrag) abschließen kann. Der EuGH schließt gemischte Abkommen dann aus, wenn die EU die ausschließliche Kompetenz für den gesamten Inhalt des Vertrags hat; umgekehrt sind gemischte Verträge zulässig, wenn der EU die Zuständigkeit für einen Teil des Vertragsinhalts fehlt.⁷⁴ Grundsätzlich ist die

⁷⁴ EuGH, Gutachten 1/94 v. 15.11.1994 – WTO; Urt. vom 2.3.1994 – C-316/91, Europäisches Parlament ./ Rat (Abkommen von Lomé), ECLI:EU:C:1994:76; Christophe HILLION / Panos KOUTRAKTOS (Hrsg.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, 2010; Daniel-Erasmus KHAN / Lando KIRCHMAIR, Art. 216, in GEIGER / KHAN / KOTZUR / KIRCHMAIR (Fn. 67), Rn. 13-16; Elizaveta SAMOILOVA, *Vertragsübergreifende Abkommen. Die GASP in internationalen Übereinkünften der EU*, 2016.

Union für eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik zuständig.⁷⁵ Diese Zuständigkeit ist jedoch keine ausschließliche⁷⁶, auch die Mitgliedstaaten können weiterhin Außen-, Verteidigungs- und Sicherheitspolitik betreiben und tun das ja auch.⁷⁷ Das spricht für einen gemischten Vertrag, obwohl dieses Argument nicht zwingend ist: Die Beteiligung der Mitgliedstaaten an einem völkerrechtlichen Vertrag ist nur dann obligatorisch, wenn die Union für Teilaspekte überhaupt nicht zuständig ist – was bei der GSVP grundsätzlich nicht der Fall ist. Jedoch sind die Mitgliedstaaten u.a. gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV noch über zahlreiche militärische Belange alleine verfügungsberechtigt, etwa im Rahmen des Rückgriffsprinzips. Hierüber könnte die EU nicht alleine vertragliche Verpflichtungen eingehen. Für einen gemischten Vertrag spricht neben der parallelen bzw. geteilten Verbandskompetenz auch die Tatsache, dass ein innerunionaler Beschluss über eine gemeinsame Verteidigung als Unionsrechtsakt ebenfalls nur durch das Zusammenspiel von Union und Mitgliedstaaten erlassen werden könnte: Gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV entscheidet zunächst der Rat einstimmig, und dann erlassen die Mitgliedstaaten innerstaatlich entsprechende Beschlüsse. Diese bewusste Verdoppelung der Entscheidung würde umgangen, wenn die Union einen Vertrag mit demselben Inhalt alleine, ohne die Mitwirkung der Mitgliedstaaten schließen könnte.

Mangels einer Sondervorschrift richtet sich das Verfahren nach Art. 218 AEUV. Da sich ein Verteidigungsvertrag mit der NATO vollständig auf die GASP bezieht, tritt im Vertragsabschlussverfahren der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik an die Stelle der Kommission.⁷⁸

Problematisch ist die Mehrheit. Gemäß Art. 218 Abs. 8 AEUV beschließt der Rat während des gesamten Verfahrens mit qualifizierter Mehrheit. Einstimmigkeit verlangt Art. 218 Abs. 8 Unterabs. 2 AEUV für die Fälle, dass der Vertrag eine Frage betrifft, deren Regelung durch Rechtsakt der Union nur mit Einstimmigkeit erfolgen kann.⁷⁹ Im Bereich der GASP und damit der GSVP verbietet Art. 31 Abs. 1 S. 2 EUV kom-

⁷⁵ Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 1 EUV.

⁷⁶ Art. 4 Abs. 1 AEUV.

⁷⁷ Klarstellend Erklärungen Nr. 13 und Nr. 14 zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Erklärungen zum Vertrag von Lissabon).

⁷⁸ Art. 218 Abs. 3 AEUV.

⁷⁹ Die weiteren Fälle von Einstimmigkeit sind hier ohne Belang.

plett den Erlass von Gesetzgebungsakten. Bedeutet das, dass die Ausnahme des Art. 218 Abs. 8 Unterabs. 2 AEUV in diesem Politikbereich nicht greift? Immerhin werden im Bereich der GASP überhaupt keine Gesetzgebungsakte erlassen. Kann also dem Wortlaut nach der Fall, dass „für den Erlass eines Rechtsakts der Union Einstimmigkeit erforderlich ist“, nicht vorliegen. Diese Lesart übersieht allerdings, dass im Bereich der GASP keine „Gesetzgebungsakte“ zulässig sind und der Begriff des „Gesetzgebungsakts“ nicht identisch mit dem Begriff des „Rechtsakts“ ist. Rechtsakte sind gemäß Art. 288 Abs. 1 AEUV Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen, während Gesetzgebungsakte gemäß Art. 289 Abs. 3 AEUV nur solche Rechtsakte sind, die in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen wurden: Verordnung, Richtlinie oder Beschluss. Weitere Rechtsakte sind im Bereich der GASP und damit der GSVP nicht ausgeschlossen, sondern durch Art. 25-26 EUV ausdrücklich vorgesehen.⁸⁰ Die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung durch Rechtsakt würde gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV Einstimmigkeit voraussetzen. Damit ist auch ein völkerrechtlicher Vertrag dieses Inhalts einstimmig zu beschließen.

Damit sind aber die Fragen, die sich im europäischen Verfassungsverbund ergeben, noch nicht vollständig beantwortet. Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob der einstimmige Ratsbeschluss zudem noch durch die Mitgliedstaaten bestätigt werden muss. Die innerunionale Einführung einer gemeinsamen Verteidigung müsste ja gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV nach dem einstimmigen Ratsbeschluss noch innerstaatlich „ratifiziert“ werden. Die Frage ist allerdings von rein theoretischer Relevanz. Wenn der Vertrag als gemischter Vertrag geschlossen wird, müssen ihn ohnehin alle Mitgliedstaaten gemäß ihrem innerstaatlichen Recht ratifizieren, und in dieser Vertragsratifikation kann zugleich die „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses gesehen wird. Im Ergebnis läuft es wieder auf die mitgliedstaatliche Ebene hinaus: Ein Verteidigungsabkommen zwischen der EU und der NATO dergestalt, dass das gesamte EU-Territorium als Art. 5 NATO-V-Gebiet gilt und von allen NATO-Mitgliedern (und je nach Vertragsinhalt auch von den EU-Mitgliedern, die nicht der NATO angehören) verteidigt wird, muss in erster Linie mit dem Verfassungsrecht aller EU-Mitgliedstaaten vereinbar sein. Dies wird unter Punkt 4. mit Unterpunkten untersucht.

⁸⁰ Dazu Punkt 3.1.2.2.

3.3.2. Exkurs: EU-Beitritt zur NATO?

Ergänzend soll exkursartig noch die Frage gestreift werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Schutz des Art. 5 NATO-V auch durch einen Beitritt der Europäischen Union zur NATO erreicht werden könnte.

Ob dies aus Sicht des NATO-V möglich ist, dessen Art. 10 die NATO für den Beitritt eines „jeden anderen europäischen Staat(s)“, aber nicht für internationale oder supranationale Organisationen öffnet, wird an dieser Stelle nicht untersucht. Hier werden nur die Fragen, die im Unionsrecht auftreten, behandelt.

Im Bereich der GASP erlaubt Art. 37 EUV der Union, mit internationalen Organisationen Übereinkünfte zu schließen. Ob dies auch Beitrittsverträge oder nur Kooperationen ohne Mitgliedschaft umfasst, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Auch die allgemeine Vorschrift des Art. 216 AEUV, zu dem Art. 37 EUV eine partielle *lex specialis* bildet, ist in dieser Hinsicht unergiebig. Aus Art. 220 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV geht hervor, dass mit anderen internationalen Organisationen zweckdienliche „Beziehungen“ unterhalten werden können. Dieser Wortlaut kann so ausgelegt werden, dass damit auch eine Mitgliedschaft umfasst ist; der natürliche Wortsinn spricht allerdings eher gegen eine solche Auslegung, sodass aus Art. 220 AEUV keine eindeutige Aussage über die Zulässigkeit eines EU-Beitritts zu einer anderen internationalen Organisation abgeleitet werden kann. Dasselbe gilt für Art. 217 AEUV, der die EU zum Abschluss von Assoziierungsabkommen auch mit internationalen Organisationen ermächtigt: Ein Beitritt ist etwas anderes als eine Assoziierung, weshalb ein EU-Beitritt zur NATO nicht in den Anwendungsbereich von Art. 217 AEUV fallen würde.

Art. 37 EUV und Art. 216 AEUV sind ihrer Natur nach Kompetenznormen, die der EU die Kompetenz zu Vertragsschlüssen eröffnen möchten. In seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur WTO hat der EuGH die Tatsache, dass die EU Mitglied dieser völkerrechtlichen Organisation wurde, nicht problematisiert.⁸¹ Ausgehend davon kann man Art. 37 EUV i.V.m. Art. 216 AEUV so auslegen, dass die EU auch im Rahmen der GSVP berechtigt ist, Verträge über ihre Mitgliedschaft in anderen einschlägigen internationalen Organisationen zu schließen. Art.

⁸¹ EuGH, Gutachten 1/94 v. 15.11.1994 – WTO.

216 Abs. 1 AEUV erlaubt völkerrechtliche Verträge der EU nur, falls ein solcher Vertrag im Primär- oder Sekundärrecht ausdrücklich vorgesehen oder zur Verwirklichung einer ihrer primärrechtlichen Ziele erforderlich ist. Ob diese Beschränkungen auch für völkerrechtliche Verträge im Geltungsbereich des Art. 37 EUV gelten, lässt das Primärrecht offen.

Auch wenn die Beschränkungen des Art. 216 Abs. 1 AEUV im Bereich der GASP gelten, wofür angesichts der Natur beider Vorschriften als Kompetenznormen gute Gründe sprechen, steht diese Vorschrift einer EU-Mitgliedschaft in der NATO nicht entgegen. Ein solcher Beitritt würde „im Rahmen der Politik der Union“, nämlich der GSVP, erfolgen und wäre „zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Zielen erforderlich“, denn er würde die gemeinsame Verteidigung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV ermöglichen. Ob dies ausreicht, um das Kriterium des „erforderlich“ gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV zu erfüllen, ist allerdings zweifelhaft, da die gemeinsame Verteidigung auch auf andere Weise, d.h. ohne Beitritt der Union zur NATO, erreicht werden kann. Dies soll jedoch in diesem Exkurs nicht weiter verfolgt werden.

Hält man den EU-Beitritt zur NATO für mit dem Primärrecht vereinbar, stellen sich die Fragen nach dem Verfahren, der Mehrheit etc. Hier gelten ähnliche Überlegungen wie zu einem Vertrag zwischen EU und NATO, der den Schutz der NATO auf das gesamte Unionsterritorium erstrecken würde.⁸²

4. Der Raum der militärischen Sicherheit im Verfassungsrecht der EU-Mitgliedstaaten

Wie unter Punkt 3.2.2. gesehen, verweisen Art. 42 Abs. 2 und Abs. 7 EUV auf die verfassungsrechtlichen Besonderheiten der Mitgliedstaaten. Der Übergang von einer intergouvernementalen GASP und GSVP zu einer gemeinsamen Verteidigung steht mithin bereits unionsrechtlich unter einem nationalen Verfassungsvorbehalt. Auch ein Verteidigungsabkommen zwischen der EU und der NATO hängt wesentlich von dessen Zulässigkeit nach dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten ab, wie unter Punkt 3.3.1. gesehen. Damit beantwortet sich die Frage, ob und inwieweit eine gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ zuläs-

⁸² Dazu s.o. Punkt 3.3.1.

sig ist, im Wesentlichen nach dem diesbezüglichen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten.

Der Verweis in Art. 42 Abs. 2 EUV auf die „verfassungsrechtlichen Vorschriften“ der Mitgliedstaaten erscheint nur auf den ersten Blick eindeutig. Darüber, was „verfassungsrechtliche Vorschriften“ sind, herrschen in den Mitgliedstaaten durchaus divergierende Vorstellungen. Bereits auf formaler Ebene gibt es Mitgliedstaaten, die ihr Verfassungsrecht in einer Urkunde konzentrieren, und es gibt Mitgliedstaaten, deren Verfassung in zwei oder mehr selbstständigen Rechtsakten niedergelegt ist.⁸³ Das Land mit der größten Anzahl von Gesetzgebungsakten, deren Inhalt ganz oder zum Teil zur Verfassung gezählt werden, ist Österreich, wo die Zahl der einschlägigen Legislativakte je nach Zählung mindestens mehrere Dutzend, bisweilen deutlich mehr als 100 beträgt.⁸⁴ Auch wenn unionsrechtliche Begriffe grundsätzlich losgelöst von mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen genuin unionsrechtlich ausgelegt werden⁸⁵, ist es im Bereich des Art. 42 EUV sinnvoll, den Verweis auf das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten für jeden Mitgliedstaat nach dessen eigenen Regeln

⁸³ Beispiele:

– Litauen: Art. 150 der Verfassung der Republik Litauen vom 25.10.1992 (in der Folge: Verf. Lit) zählt folgende Legislativakte auf, die neben der Verfassung selbst die Verfassung bilden: das Verfassungsgesetz über den Litauischen Staat vom 11.2.1991, den Verfassungsakt über den Nichtbeitritt der Republik Litauen zu den postsowjetischen Unionen des Ostens vom 8.6.1992, das Gesetz über das Verfahren zur Inkraftsetzung der Verfassung der Republik Litauen vom 25.10.1992 und den Verfassungsakt über die Mitgliedschaft der Republik Litauen in der Europäischen Union vom 13.7.2004 (in der Folge: EU-Verf.akt Lit).

– Schweden: Neben der im Zentrum des Verfassungsrechts stehenden Regierungsform vom 28.2.1974 (in der Folge: RegF Schwed) zählen auch das Thronfollegesetz von 1810, das Pressefreiheitsgesetz vom 5.4.1949 und das Meinungsäußerungsfreiheitsgesetz vom 14.11.1991 zum Verfassungsrecht; Kapitel 8 §§ 14-19 Regierungsform fassen sie unter dem Sammelbegriff „Grundgesetze“ zusammen. Bisweilen wird die Reichstagsordnung vom 28.2.1974 (in der Folge: RTagO Schwed) ebenfalls zur Verfassung im formellen Sinn gezählt.

– Tschechien: Die Verfassung der Tschechischen Republik vom 16.12.1992 (in der Folge: Verf. ČR), die Charta der Grundrechte und -freiheiten vom 9.1.1991 sowie einige weitere Gesetze bilden gemäß Art. 112 Abs. 1 Verf. ČR die „Verfassungsordnung der Tschechischen Republik“.

⁸⁴ Der frühere Justizminister *Hans Klecatsky* bezeichnete die Kodifikationslage des österreichischen Verfassungsrechts daher bereits in den 1970er Jahren als „Ruine – innerlich und äußerlich“.

⁸⁵ Zur einheitlichen Auslegung des Unionsrechts s. nur EuGH, Urt. v. 30.3.1993 – Rs. C-24/92, *Corbiau*, ECLI:EU:C:1993:118.

zu verstehen. Der Sinn des Verweises in Art. 42 EUV liegt ja nicht darin, eine von mitgliedstaatlichen Besonderheiten abstrahierende einheitliche unionsrechtliche Lage zu schaffen, sondern ganz im Gegenteil spielt die Vorschrift den Ball der Entscheidung zurück zu den Mitgliedstaaten. In diesem besonderen Fall entspricht es daher dem Normzweck, Umfang und Qualität der „verfassungsrechtlichen Vorschriften“, auf die Art. 42 EUV verweist, nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats zu bestimmen.

Zunächst wird in Punkt 4.1. die Verfassungslage der Staaten dargestellt, deren Grundgesetze eine eindeutige Antwort geben: Irland und Österreich. Darauf folgen in Punkt 4.2. die übrigen Mitgliedstaaten, bei denen sich nur durch die Auslegung der Verfassung ermitteln lässt, ob und in welchem Umfang sie an einer gemeinsamen Verteidigung teilnehmen dürfen.

4.1. Eindeutige Verfassungslage: Irland und Österreich

4.1.1. Irlands Nein

Grundsätzlich steht die irische Verfassung⁸⁶ der europäischen Integration des Landes offen gegenüber. Im Rahmen der Regelung der internationalen Beziehungen des Landes erlaubt Art. 29 Abs. 4 Verf. Irl in Nr. 3 die irische Mitgliedschaft in Euratom, in Nr. 4-5 die irische Mitgliedschaft in der Europäischen Union und die Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon, in Nr. 6 den innerstaatlichen Vorrang des Unionsrechts sowie in Nr. 7-8 und Nr. 10 die Teilnahme Irlands an engeren Kooperationsformen und weiteren Integrationsschritten im Rahmen der EU.

Eine rote Linie zieht Art. 29 Abs. 4 Nr. 9 Verf. Irl i.d.F. der 28. Verfassungsänderung vom 15.10.2009 jedoch bei der gemeinsamen Verteidigung. Die Vorschrift lautet:

„9° The State shall not adopt a decision taken by the European Council to establish a common defence pursuant to Article 42 of the Treaty on European Union where that common defence would include the State.“⁸⁷

⁸⁶ Verfassung Irlands (Éire) vom 1.7.1937 (in der Folge: Verf. Irl).

⁸⁷ Die gälische Version, die gemäß Art. 25 Abs. 5 Nr. 4 Verf. Irl im Zweifelsfall Vorrang genießt, lautet: „9° Ní ghlacfaidh an Stát cinneadh arna dhéanamh ag an

Der Wortlaut der Norm macht klar, dass die irische Verfassung nicht die gemeinsame Verteidigung innerhalb der EU per se ablehnt, sondern lediglich Irland nicht die Teilnahme daran gestattet. Das bedeutet, dass Art. 29 Abs. 4 Nr. 9 Verf. Irl die irische Regierung nicht dazu zwingt, ein Zustandekommen einer gemeinsamen Verteidigung zwischen einigen oder allen übrigen EU-Mitgliedstaaten zu torpedieren. Steht eine Abstimmung über eine gemeinsame Verteidigung im Rat an, kann Irland von der Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung gemäß Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV Gebrauch machen, die das Zustandekommen eines Einstimmigkeit erfordernden Beschlusses nicht verhindert und zugleich Irlands Bindung an diesen Beschluss ausschließt. Eine einfache Enthaltung gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV⁸⁸ dürfte jedoch für Irland nicht in Frage kommen, da sie nicht verhindert, dass das Land an den Beschluss über die gemeinsame Verteidigung gebunden ist. Eine einfache Enthaltung wäre aus irischer verfassungsrechtlicher Sicht nur eine Option, falls der Ratsbeschluss selbst schon Irlands Nichtteilnahme oder jedenfalls Opt-out-Befugnis festschreibt.

4.1.2. Österreichs Ja, aber

Während die irische Verfassung die Teilnahme des Landes an der gemeinsamen Verteidigung eindeutig ausschließt, erlaubt die österreichische Verfassung, genauer gesagt das Bundes-Verfassungsgesetz⁸⁹, ausdrücklich ein österreichisches Ja zur gemeinsamen Verteidigung. Im B-VG Öst regelt das Erste Hauptstück, Teil B (Art. 23a-23k) Österreichs Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Innerhalb dessen enthält Art. 23j B-VG Öst die Bedingungen für die Teilnahme des Landes an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Die Vorschrift sieht Österreichs Mitwirkung „auf Grund des Titels V Kapitel 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon“ vor und begründet dies mit der „Wahrung beziehungsweise Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen“ durch den EUV.⁹⁰

gComhairle Eorpach chun comhchosaint a bhunú de bhun Airteagal 42 den Chonradh ar an Aontas Eorpach i gcás go mbeadh an Stát san áireamh sa chomhchosaint sin.“.

⁸⁸ Zur konstruktiven und einfachen Enthaltung in der GSVP s. Punkt 3.2.1.

⁸⁹ Bundes-Verfassungsgesetz vom 1.10.1920 in der 1929 wiederverlautbarten Fassung (in der Folge: B-VG Öst).

⁹⁰ Beide zitierte Textstellen in Art. 23j Abs. 1 S. 1 B-VG Öst.

Für die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung gilt Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst. Die Vorschrift lautet:

„(1) [Sätze 1-2] Auf Beschlüsse des Europäischen Rates über eine gemeinsame Verteidigung ist Art. 50 Abs. 4 sinngemäß anzuwenden.“

Da diese Vorschrift offen formuliert ist und Österreich nicht zu einer Ablehnung der gemeinsamen Verteidigung zwingt, kann Österreich im Rat für eine gemeinsame Verteidigung mit österreichischer Beteiligung stimmen. Ganz ohne weitere verfassungsrechtliche Bindungen ist dies allerdings nicht möglich.

Art. 50 Abs. 4 B-VG Öst hat den folgenden Wortlaut:

„(4) Staatsverträge gemäß Abs. 1 Z 2 dürfen unbeschadet des Art. 44 Abs. 3 nur mit Genehmigung des Nationalrates und mit Zustimmung des Bundesrates abgeschlossen werden. Diese Beschlüsse bedürfen jeweils der Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen.“

Art. 44 Abs. 3 B-VG Öst schreibt zwingend ein Referendum für jede Gesamtänderung der Bundesverfassung vor, bei einer Teiländerung hingegen nur, wenn ein Drittel der Mitglieder einer der beiden Parlamentskammern das verlangt.

Art. 50 Abs. 4 B-VG Öst betrifft dem Wortlaut nach nur völkerrechtliche Verträge, „durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden“.⁹¹ Ein Beschluss über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung ist zwar mit den Worten von *Geiger* materiell eine – wenn auch vereinfachte – Ergänzung und somit Weiterentwicklung des Primärrechts⁹² und fällt insoweit in den Tatbestand des Art. 50 Abs. 4 B-VG Öst, aber diese Vertragsänderung erfolgt nicht in Gestalt eines völkerrechtlichen Vertrags, sondern durch einen Ratsbeschluss, der in den Mitgliedstaaten zu ratifizieren ist. Der Tatsache, dass diese Vertragsänderung nicht durch Vertrag, sondern durch Ratsbeschluss erfolgt, trägt Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst dadurch Rechnung, dass er Art. 50 Abs. 4 für „sinngemäß“ anwendbar erklärt. Die innerstaatliche Beschlussfassung über den Ratsbeschluss i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV erfordert somit eine Zweidrittelmehrheit in beiden Parlamentskammern.

⁹¹ So der Wortlaut in Art. 50 Abs. 1 Nr. 2 B-VG Öst, auf den Art. 50 Abs. 4 verweist.

⁹² Dazu s. Fn. 67.

Es stellt sich die Frage, ob die grundsätzliche Gestattung einer österreichischen Teilnahme an einem Ratsbeschluss über eine gemeinsame Verteidigung in Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst bedeutet, dass eine unionsrechtlich verankerte gemeinsame Verteidigung von den weiteren Verfassungsvorgaben freigestellt ist. Dogmatischer formuliert: Bildet Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst eine *lex specialis*, die sämtliches anderes Verfassungsrecht, das möglicherweise gegen eine gemeinsame Verteidigung sprechen oder dieser verfassungsrechtliche Grenzen ziehen würde, verdrängt? Zu denken ist in erster Linie an die Neutralität, aber auch an die wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben etwa zu den Zuständigkeiten.

Die Antwort ergibt sich nicht unmittelbar aus Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst, sondern aus der Norm, auf die der Artikel verweist: aus Art. 50 Abs. 4 B-VG Öst und dessen Verweis auf Art. 44 Abs. 3 B-VG Öst. Dass ein völkerrechtlicher Vertrag – oder sinngemäß ein Ratsbeschluss – über die Änderung des Primärrechts gemäß den allgemeinen Vorschriften über Verfassungsänderungen einem Referendum unterliegen muss oder kann, zeigt, dass ein solcher völkerrechtlicher Vertrag oder eben auch Ratsbeschluss nicht von den weiteren Bindungen des österreichischen Verfassungsrechts freigestellt ist. Andererseits ergibt sich aus der Zulässigkeit der österreichischen Teilnahme an der gemeinsamen Verteidigung, d.h. aus der Existenz des Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst, dass der Verfassungsgeber eine gemeinsame Verteidigung mit Österreichs Teilnahme nicht per se als verfassungswidrig betrachtet. Darüber hinaus ist auch klar, dass ein völkerrechtlicher Vertrag oder auch Ratsbeschluss über die Änderung des Primärrechts das österreichische Verfassungsrecht abändern darf, wenn hierbei die Beteiligungsrechte des Volkes eingehalten werden.

Ob Österreichs Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung dem Verfassungsgebot der Neutralität entspricht, wird unter Punkt 4.2.3.1. behandelt.

4.2. Auslegungsbedürftige verfassungsrechtliche Antworten: die übrigen Mitgliedstaaten

Die Verfassungslage der weiteren EU-Mitglieder wird in manchen Fragen für alle Mitgliedstaaten gemeinsam und in anderen Fragen getrennt nach Phänomenen, die typisch für die „alten“ oder die „neuen“ EU-Mitglieder sind, dargestellt. Hierbei gelten die vor 2004 beigetrete-

nen Mitgliedstaaten sowie Malta und Zypern als „alte“ Mitgliedstaaten, während als „neue“ Mitglieder die ehemals sozialistischen Staaten gelten, die 2004 oder später beigetreten sind.⁹³

4.2.1. Alle Mitgliedstaaten: militärische Souveränität und Wehrverfassung

Die Einführung einer „gemeinsamen Verteidigung“ i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 2 EUV ist zunächst eine Frage der militärischen Souveränität. Wenn ein solcher gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ supranationale Strukturen erhält, müssen sich diese an den verfassungsrechtlichen Aussagen zur Rolle der Verteidigung und des Militärs im mitgliedstaatlichen Verfassungsgefüge messen lassen.

Ausgangslage ist die staatliche Souveränität. Einige Verfassungen von EU-Mitgliedstaaten verankern die staatliche Souveränität ausdrücklich in ihren Grundlagenvorschriften.⁹⁴ Die meisten Grundgesetze enthalten Vorkehrungen zur Volkssouveränität, deren äußere Seite auch die staatliche Souveränität gegenüber dem Ausland ausspricht, auch wenn das nicht der Regelungsschwerpunkt sein sollte.

⁹³ Das sind Bulgarien, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn.

⁹⁴ Besonders ausdrucksstark sind § 1 Grundgesetz der Republik Estland vom 28.6.1992 (in der Folge: Verf. Eest), dessen Abs. 2 lautet: „Die Unabhängigkeit und Souveränität Estlands sind unverjährbar und unveräußerlich“, sowie Art. 2 Abs. 1 Verfassung der Republik Kroatien vom 22.12.1990 (in der Folge: Verf. Kroat): „Die Souveränität der Republik Kroatien ist unveräußerlich, unteilbar und unübertragbar“.

Außerdem § 1 Abs. 1 Finnlands Grundgesetz vom 11.6.1999 (in der Folge: Verf. Fin); Art. 1 in einer ausgesprochen postkolonialen Diktion sowie Art. 5 Verf. Irl 1937; Präambel und Art. 1 Verfassung der Republik Lettland vom 15.2.1922 (in der Folge: Verf. Lett); Art. 1 Verfassung des Großherzogtums Luxemburgs vom 9.6.1848 i.d.F. der Bekanntmachung vom 17.10.1868 (in der Folge: Verf. Lux); eher indirekt Art. 1 Abs. 3 Verfassung Maltas vom 21.9.1964 (in der Folge: Verf. Mal); Art. 1, Art. 7 Abs. 1 Verfassung der Portugiesischen Republik vom 2.4.1976 (in der Folge: Verf. Port); Art. 1 Abs. 1 Verfassung Rumäniens vom 21.11.1991 (in der Folge: Verf. Rum); Präambel, Art. 1 Abs. 1 Verfassung der Slowakischen Republik vom 1.9.1992 (in der Folge: Verf. Slowak); Präambel, Art. 3 Abs. 1 Verfassung der Republik Slowenien vom 25.6.1991 (in der Folge: Verf. Slowen); Präambel i.V.m. Art. R) Abs. 3 Ungarns Grundgesetz vom 25.4.2022 (in der Folge: Verf. Ung); Art. 1 Verfassung der Republik Zypern vom 18.6.1960 (in der Folge: Verf. Zyp). Die österreichische Souveränität ergibt sich aus dem Verfassungsran genießenden Staatsvertrag: Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich vom 15.5.1955 (in der Folge: StaatsV Öst).

Nicht wenige Verfassungen bringen die Souveränität des Staates auch dadurch zum Ausdruck, dass er Streitkräfte unterhält und diesen die Landesverteidigung gegen Angriffe von außen übertragen wird. Mit dieser staatlichen Souveränität und ihrem militärischen Schutz muss sich ein Beschluss gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2-3 EUV über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung vertragen. Das hat mehrere verfassungsrechtliche Implikationen.

4.2.1.1. Die Aufgabenzuweisung der Landesverteidigung an die eigenen Streitkräfte

Etliche Verfassungen sehen eigene Streitkräfte vor und weisen diesen – ausschließlich oder neben anderen Aufgaben – die Landesverteidigung als Aufgabe zu.⁹⁵

Eigene Streitkräfte als Institutsgarantie

Die Vorkehrungen über eigene Streitkräfte stellen verfassungsdogmatisch eine Institutsgarantie dar. Das bedeutet, dass die eigene Armee nur im Wege einer Verfassungsänderung abgeschafft werden darf. Diskutabel ist, ob die Verfassungsbestimmungen der übrigen Mitgliedstaaten, die die eigene Armee nur erwähnen, aber nicht ihre Existenz garantieren oder ihr die Aufgabe der Landesverteidigung zuweisen, ebenfalls als eine indirekte Verfassungsgarantie einer eigenen Armee verstanden werden können oder müssen, oder ob sie vielmehr so verstanden werden können, dass sie dann greifen, falls der Staat eine Armee unterhält, den Staat aber dazu nicht verpflichten. Allgemeine Aussagen können hierzu nicht getätigt werden, sondern dies ist eine Frage der genauen Formulierung

⁹⁵ Titel VI (Art. 182-186) Verfassung Belgiens vom 17.2.1994 (in der Folge: Verf. Bel); Art. 9 Verfassung der Republik Bulgarien vom 12.7.1991 (in der Folge: Verf. Bul); Art. 87a-87b Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (in der Folge: GG Deu); Kapitel X (§§ 124-131) Verf. Eest; Kapitel 12 (§§ 127-129) Verf. Fin; Art. 52 Abs. 3 Verfassung der Republik Italien vom 27.12.1947 (in der Folge: Verf. Ita); Art. 7 Verf. Kroatien; Art. 97 Abs. 1 niederländisches Grundgesetz vom 24.8.1815 i.d.F. der Bekanntmachung vom 16.1.2019 (in der Folge: Verf. Ndl); Art. 26 Abs. 1 Verfassung der Republik Polen vom 2.4.1997 (in der Folge: Verf. Pol); Titel X (Art. 273-276) Verf. Portugal; Art. 118 Verf. Rumänien; Kapitel IV. e) (Art. 123-124) Verf. Slowenien; Art. 8 Spanische Verfassung vom 29.12.1978 (in der Folge: Verf. Spa); Art. 45 Verf. Ungarn.

Ebenso Art. 9a Abs. 1-2, Art. 79 B-VG Öst.

jeder einzelnen Verfassungsbestimmung und deren Auslegung gemäß der jeweiligen einzelstaatlichen Verfassungsdogmatik.

Der unionsrechtliche Begriff der „gemeinsamen Verteidigung“ umfasst, wie in Punkt 3.2.1. gezeigt, ein breites Spektrum an Ausgestaltungsmöglichkeiten von der Intensivierung der gegenseitigen Beistandspflicht über die Supranationalisierung einzelner Entscheidungen bei gleichzeitiger Beibehaltung der mitgliedstaatlichen Streitkräfte bis hin zur Schaffung einer genuin unionalen Armee neben den oder anstelle der Streitkräfte der Mitgliedstaaten (wobei allerdings letzteres aufgrund anderer Vorschriften im Primärrecht wohl kaum zulässig sein dürfte).⁹⁶ Für die Beurteilung aus dem Blickwinkel der Institutsgarantien der mitgliedstaatlichen Verfassungen kommt es im Wesentlichen darauf an, was der Ratsbeschluss gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV genau beinhaltet und für welche Ausgestaltungsmöglichkeit er sich entscheidet.

Festzuhalten ist, dass jedenfalls für die Mitgliedstaaten, deren Verfassungen eigene Streitkräfte vorsehen, die Überführung der eigenen Armee in gemeinsame, aber von der Trägerschaft her rein unionale („europäische“) Streitkräfte ohne Verfassungsänderung nicht möglich ist. Somit ist die völlige Abschaffung mitgliedstaatlicher Streitkräfte zugunsten einer von der EU unterhaltenen Armee eine bei der Ausarbeitung der gemeinsamen Verteidigung zu beachtende verfassungsrechtliche Grenze einiger Mitgliedstaaten. Bei dieser verfassungsrechtlichen Grenze ist zu beachten, dass die armeebezogenen Vorschriften in einigen Verfassungen überhaupt nicht⁹⁷ oder nur in einem erschwerten Verfahren⁹⁸ abgeändert werden können.

Europäisierung der Aufgabe Landesverteidigung

Die mitgliedstaatlichen Verfassungen, die den eigenen Streitkräften die Aufgabe der Landesverteidigung zuweisen, verbieten in keinem Fall

⁹⁶ Dazu Punkt 3.2.1.

⁹⁷ Art. 129-132 i.V.m. Art. 182 und Anhang III Verf. Zyp. Allerdings garantieren Art. 129-132 Verf. Zyp die Existenz einer Armee nicht ausdrücklich, sondern regeln nur einzelne Aspekte, sodass es Auslegungssache ist, ob sie die Abschaffung der zypriotischen Armee verbieten. Falls man dies bejaht, dann ist die Abschaffung der Armee auch gegen Verfassungsänderungen immun.

⁹⁸ Möglicherweise Art. 9 i.V.m. Art. 158 Verf. Bul je nachdem, ob die Existenz einer eigenen Armee als „Frage der Form des staatlichen Aufbaus und der staatlichen Verwaltung“ i.S.v. Art. 158 Nr. 3 Verf. Bul anzusehen ist.

ausdrücklich, dass sich der Staat, falls er von außen angegriffen wird, an andere Staaten um militärische Hilfe wendet. Ein solches Szenario wird auch von dem Neutralitätsgebot, dem einige Mitgliedstaaten qua Verfassung oder politischer Entscheidung unterliegen⁹⁹, nicht erfasst: Die Neutralität verbietet lediglich die Beteiligung an bewaffneten Konflikten zwischen anderen Staaten und steht somit je nach Auslegung der Mitgliedschaft in einem kollektiven Verteidigungsbündnis entgegen. Sie greift aber nicht in dem Fall, dass ein neutraler Staat seinerseits Opfer einer militärischen Aggression wird: Ein derart angegriffener Staat kann die Hilfe anderer Staaten in Anspruch nehmen, denn aufgrund des gegen ihn gerichteten Angriffs ist er ja selbst Partei, sodass für Neutralität kein Raum mehr bleibt.¹⁰⁰

Solange die ausländische Hilfe nicht an die Stelle der eigentlich verteidigungspflichtigen eigenen Armee tritt und diese aus ihrer Aufgabe verdrängt, ist die Inanspruchnahme fremder militärischer Unterstützung keine Verletzung des Verfassungsauftrags an die Armee zur Landesverteidigung. Dies ergibt sich bereits auf pragmatischer Ebene: Die Armee kann ihren eigenen Staat besser verteidigen, wenn sie dabei auf die Unterstützung ausländischer militärischer Kapazitäten rechnen darf.

Auch auf juristischer Ebene hält dieses Argument stand. Alle Staaten, die ihre eigene Armee verfassungsrechtlich mit der Landesverteidigung beauftragen, sind UN-Mitglieder, und etliche dieser Verfassungen berufen sich auch auf die Rechte und Pflichten als UN-Mitglied. Nun sieht aber Art. 51 der UN-Charta einen wenn auch milde ausgestalteten gegenseitigen Beistand im Fall eines militärischen Überfalls vor. Bereits das zeigt, dass ausländische Unterstützung bei einem externen Angriff die primär die eigene Armee treffende Pflicht zur Verteidigung nicht beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass etliche der Staaten mit einem verfassungsrechtlichen Verteidigungsauftrag an die eigene Armee NATO-Mitglieder sind, ohne dass hieraus jemals der Schluss gezogen worden wäre, die im Vergleich zur UN-Charta engere und stärkere Beistandspflicht des Art. 5 NATO-V stehe mit dem Verfassungsauftrag an die eigene Armee in Konflikt. Die Einbindung der eigenen Streitkräfte in ein kollektives Verteidigungssystem, in dem die eigene Landesverteidigung durch die Armeen

⁹⁹ Dazu Punkt 4.2.3. und Unterpunkte.

¹⁰⁰ Ein historischer Präzedenzfall ist der Angriff Deutschlands auf das neutrale Belgien ab dem 3.8.1914: Belgien wurde daraufhin von den Ententemächten militärisch unterstützt.

befreundeter Staaten notfalls unterstützt wird, stellt den Verteidigungsauftrag der eigenen Armee nicht in Frage.

Spiegelbildlich gilt dies auch für die Unterstützung, die ein Mitgliedstaat ggf. im Rahmen einer gemeinsamen Verteidigung anderen Mitgliedstaaten gewähren müsste. Der Verfassungsauftrag, das eigene Land zu schützen, verbietet es der mitgliedstaatlichen Armee nicht, Hilfe bei der Verteidigung eines angegriffenen anderen, möglicherweise verbündeten Staates zu leisten. Auch dies ergibt sich daraus, dass im Rahmen der UN-Charta und des NATO-V solche Beistandspflichten bereits bestehen, ohne dass dies jemals im Hinblick auf den heimischen Verteidigungsauftrag problematisiert worden wäre.

Dieser durch Auslegung gewonnene Verfassungsbefund ist in einigen Fällen dem positiven Verfassungstext zu entnehmen:

- Deutschland: Paradebeispiel einer solchen Regelung ist Art. 24 Abs. 2 GG Deu, der es dem Bund gestattet, „sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ein(zu)ordnen“, was auch mit einer Übertragung von Hoheitsrechten einhergehen darf. Verfassungsrechtlich zu klären ist nur, ob Art. 24 Abs. 2 GG Deu auch im Rahmen der EU Anwendung finden kann, denn die deutsche EU-Mitgliedschaft und deren Konsequenzen sind in Art. 23 GG Deu geregelt, wo von militärischer Sicherheit keine Rede ist. Legt man Art. 23 GG Deu als abschließende Regelung der deutschen EU-Mitgliedschaft aus, kann die kollektive Verteidigung gemäß Art. 24 Abs. 2 GG Deu nicht im Rahmen der EU stattfinden, sondern nur in separaten Strukturen. In diesem Fall wäre alleine Art. 23 GG Deu der Maßstab für die Europäisierung der deutschen Verteidigung. Ein Verbot einer auch militärischen Integration im Rahmen der EU ist Art. 23 GG Deu nicht zu entnehmen. Die entgegengesetzte Auslegung würde jede militärische Integration Deutschlands, auch eine innerhalb der EU, unter Art. 24 GG Deu subsumieren. In beiden Auslegungen gestattet das GG Deu, dass Deutschland an einer militärischen Integration innerhalb der EU teilnimmt.
- Frankreich: Die Präambel der geltenden Verfassung¹⁰¹ verweist auf die Präambel der Vorgängerverfassung von 1946¹⁰², die es

¹⁰¹ Verfassung der Französischen Republik vom 4.10.1958 (in der Folge: Verf. Frk).

¹⁰² Verfassung der Französischen Republik vom 27.10.1946.

dem Land erlaubt, „unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit (...) den zur Organisation und Verteidigung des Friedens notwendigen Souveränitätseinschränkungen“ zuzustimmen. Die Formulierung ist offen und umfasst die NATO, andere kollektive Verteidigungsmechanismen und auch die gemeinsame Verteidigung innerhalb der EU. Das französische Verfassungsrecht erlaubt mithin eine Europäisierung der Landesverteidigung ausdrücklich, wenn auch in einer eher vagen Formulierung.

- Kroatien: Art. 7 Abs. 2 und 4 Verf. Kroa ermöglicht es dem Land, sich völkervertraglich in militärische Allianzen und somit in ein System kollektiver Verteidigung einzuordnen. Da der Wortlaut der Norm die NATO nicht ausdrücklich nennt, ist Art. 7 Verf. Kroa bereits vom Wortlaut her auch auf eine gemeinsame Verteidigung im Rahmen der EU anwendbar. Folglich erhebt auch die kroatische Verfassung keine Einwände gegen die Europäisierung der Landesverteidigung.
- Portugal: Zu den Aufgaben der portugiesischen Streitkräfte gehört laut Art. 275 Abs. 5 Verf. Port auch die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen militärischer Art, die das Land eingegangen ist. Diese Internationalisierung des Verteidigungsauftrags gemäß Art. 275 Abs. 1 Verf. Port ist zugleich die wehrverfassungsrechtliche Gestattung kollektiver Verteidigungsstrukturen, die, da keine Organisation namentlich genannt ist, auch im Rahmen der EU bestehen können.
- Rumänien: Ähnlich wie Kroatien gestattet die rumänische Verfassung die Einbindung der Armee in kollektive Verteidigungsstrukturen. Art. 118 Abs. 1 S. 2 Verf. Rum i.d.F. der Verfassungsrevision von 2003 beauftragt die Armee, „ihren Beitrag zur kollektiven Verteidigung in den Systemen militärischer Bündnisse“ zu leisten. Zwar ist die EU kein militärisches Bündnis im eigentlichen Sinn. Jedoch kann man Art. 118 Abs. 1 S. 2 Verf. Rum, der Rumäniens Eingliederung in internationale Verteidigungsstrukturen so weit gehend wie möglich ermöglichen will, nicht so verstehen, dass er die Eingliederung der rumänischen Armee auf reine Militärbündnisse wie die NATO beschränken und eine militärische Integration im Rahmen nicht primär militärischer Strukturen wie der EU verbieten möchte. Neben dem genannten Regelungszweck des möglichst breiten verteidigungspolitischen Spielraums würde die

Auslegung als Verbot der Teilnahme an einer militärischen Integration in der EU auch der engen Verzahnung von EU und NATO als außenpolitische Bezugsrahmen in dem eigenen Verfassungskapitel der „Euro-atlantischen Integration“¹⁰³ widersprechen.

- Ungarn: Zum wehrverfassungsrechtlichen Tätigkeitsprofil der ungarischen Streitkräfte gehört laut Art. 45 Abs. 1 Verf. Ung u.a. „die Erfüllung gemeinschaftlicher Verteidigungs- und Friedenserhaltungsaufgaben aus völkerrechtlichen Verträgen“. Auch dies wirkt als Gestattung einer Europäisierung der Landesverteidigung.

4.2.1.2. Innerstaatliche Kompetenzordnung

Die meisten mitgliedstaatlichen Wehrverfassungen enthalten auch Kompetenzvorschriften. Kompetenzen sind grundsätzlich zwingender Natur, sodass die Mitgliedstaaten hiervon bei der „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses über die gemeinsame Verteidigung regelmäßig nicht abweichen können. Die innerstaatliche verfassungsrechtliche Kompetenzordnung stellt somit eine „harte“ Verfassungsgrenze für die gemeinsame Verteidigung dar.

An der Spitze der Kompetenzhierarchie steht der Oberbefehl über die Streitkräfte, den die meisten Verfassungen, die sich zu der Frage äußern, dem Staatsoberhaupt zuweisen.¹⁰⁴ Angesichts der eher zeremoniellen Stellung des Staatsoberhauptes in der überwiegenden Anzahl der EU-Mitgliedstaaten ist diese Kompetenzzuweisung eher symbolisch zu sehen¹⁰⁵, weshalb sie noch vergleichsweise wenig verfassungsrechtlichen Widerstand gegen die Europäisierung der Verteidigung leisten dürfte.

Substanzielleren Charakter tragen die Verfassungsbestimmungen,

¹⁰³ Hierzu Punkt 4.2.4.

¹⁰⁴ Art. 167 § 1 Abs. 2 Verf. Bel; Art. 100 Abs. 1 Verf. Bul; §§ 78 Nr. 16, 127 Abs. 1 Verf. Eest; § 128 Abs. 1 S. 1 Verf. Fin; Art. 15 S. 1 Verf. Frk; Art. 45 S. 1 Verfassung Griechenlands vom 9.6.1975 (in der Folge: Verf. Gri); Art. 87 Abs. 9 Verf. Ita; Art. 100 Abs. 1 Verf. Kroa; Art. 42 S. 1 Verf. Lett; Art. 140 Abs. 2 Verf. Lit; Art. 53 Abs. 1 Verf. Lux; Art. 134 Abs. 1 Verf. Pol; Art. 120 Verf. Port; Art. 92 Abs. 1 Verf. Rum; Art. 102 Buchst. k) Verf. Slowak; Art. 102 Verf. Slowen; Art. 63 Abs. 1 Buchst. c) Verf. ČR; Art. 9 Abs. 2 Verf. Ung.

Ebenfalls Art. 13 Abs. 4-5 Verf. Irl; Art. 80 Abs. 1 B-VG Öst.

¹⁰⁵ Das betrifft verstärkt die Länder, deren Verfassungen neben dem formalen Oberbefehl des Staatsoberhauptes noch materielle Lenkungsbefugnisse in Bezug die Streitkräfte regeln, etwa Bulgarien, Frankreich, Griechenland, Lettland, Luxemburg, Österreich, Polen oder Ungarn.

die die eigentliche Leitung der Streitkräfte den demokratisch verantwortlichen Verfassungsorganen (Parlament, Regierung, Fachminister) übertragen und / oder die für den Spannungs- oder Kriegsfall spezielle Leitungsstrukturen z.B. in Gestalt eines Oberkommandeurs oder eines Verteidigungsrats vorsehen. In diesen Zusammenhang gehören zudem die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten für die Ausrufung und Beendigung des Kriegszustands, für Kriegserklärungen und Friedensschlüsse sowie die Sonderkompetenzordnungen im Ausnahmezustand. Auch hier sind wieder zwei grundsätzliche Auslegungen denkbar. Erstens gelten diese Kompetenzen nur, wenn sich der Staat entscheidet, eine eigene Armee zu unterhalten; das „ob“ der Entscheidung über eine eigene Armee wird dadurch nicht präjudiziert, und wenn der Staat keine eigene Armee unterhält, laufen die Kompetenzzuweisungen leer. Oder zweitens setzen die Kompetenzzuweisungen zwingend die Existenz einer staatlichen Armee voraus, sodass sie ähnlich wie die Institutsgarantie der Abschaffung der eigenen Armee entgegenstehen und damit im Weiteren auch die Kompetenzordnung stets zwingend vorgeben. In der ersten Auslegung wäre sogar die Abschaffung der mitgliedstaatlichen Streitkräfte verfassungsrechtlich zulässig. In der zweiten Auslegung hingegen müsste jede gemeinsame Verteidigung die Rückbindung der einzelnen mitgliedstaatlichen Streitkräfte an die zuständigen Verfassungsorgane respektieren, was einer allzu weiten Supranationalisierung der Entscheidungsstrukturen entgegenwirkt.

Noch näher an den Fragen einer gemeinsamen Verteidigung stehen die Verfassungsvorschriften, die vorgeben, welches Verfassungsorgan die Entscheidung über den Einsatz der eigenen Streitkräfte im Ausland und / oder den Aufenthalt fremder Streitkräfte im Inland trifft. In den Staaten, deren Verfassung eine solche Regelung enthält, sind regelmäßig die Regierung¹⁰⁶ oder das Parlament¹⁰⁷ oder beide zusammen¹⁰⁸ zustän-

¹⁰⁶ Art. 1 Abs. 3 Buchst. b) Verf. Mal; Art. 119 Buchst. o) Verf. Slowak.

¹⁰⁷ Art. 185 Verf. Bel; Art. 84 Nr. 11 Verf. Bul; Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz des Königreichs Dänemark vom 28.5.1953 (in der Folge: Verf. Dän); Art. 27 Abs. 2 Verf. Gri; Art. 7 Abs. 2-9 Verf. Kroa; Art. 117 Verf. Pol; Art. 118 Abs. 5 Verf. Rum; Art. 43 Abs. 3 Verf. ČR. In Deutschland folgt der Parlamentsvorbehalt aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 90, 286, umgesetzt durch das Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland (Parlamentsbeteiligungsgesetz) vom 18.3.2005.

¹⁰⁸ Art. 35 Abs. 2-3 Verf. Frk; Art. 100 Abs. 1-2 Verf. Ndl; Kap. 15 § 16 Abs. 1 RegF Schwed; Art. 47 Verf. Ung.

dig. Die ungarische Verfassung enthält eine spezielle Kompetenznorm in Bezug auf grenzüberschreitende Truppenbewegungen aufgrund einer Entscheidung der EU oder im Rahmen der NATO: Hierüber befindet die ungarische Regierung.¹⁰⁹ Während man die Vorkehrungen über die Entscheidung des Auslandseinsatzes der eigenen Truppen noch durch eine Auslegung, wonach diese Vorschriften nur für den Fall gelten, dass der Staat eine eigene Armee hat, in gewisser Weise neutralisieren kann (wie bereits zuvor im Zusammenhang mit den Leitungskompetenzen gesehen), ist dies bei den Vorschriften über den Aufenthalt ausländischer Truppen auf dem eigenen Staatsgebiet nicht möglich. Diese Vorschriften setzen nämlich die Existenz einer eigenen Armee nicht voraus und gelten daher stets, weshalb sie auch im Rahmen einer gemeinsamen Verteidigung in jedem Fall zu beachten sind. Wenn man nicht diese Verfassungsvorschriften so auslegt, dass eine eigene Armee der EU keine „fremde“ Armee für den Staat ist, dann ziehen die mitgliedstaatlichen Kompetenzen für die Entscheidung über den Aufenthalt fremder Truppen im Land der Europäisierung der gemeinsamen Verteidigung eine deutliche materielle Grenze: Die EU kann jedenfalls nicht entscheiden, wo welche Truppen eingesetzt werden. Das können nur die betroffenen Mitgliedstaaten.

Eine etwas andere Verfassungslage herrscht in Belgien, Griechenland, Polen und Rumänien.¹¹⁰ Auch dort entscheidet das Parlament über den Aufenthalt fremder Truppen, jedoch in Belgien und Griechenland in Form eines Gesetzes und in Rumänien in Gestalt eines völkerrechtlichen Vertrags; in Polen sind beide Formen (Gesetz und Vertrag) möglich. Damit treffen die Parlamente dieser Staaten ihre Entscheidung in Gestalt abstrakt-genereller Rechtsnormen. Wenn die innerstaatliche „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung durch ein Parlamentsgesetz erfolgt, dann kann dieses Gesetz so ausgelegt werden, dass es ein Gesetz bzw. ein völkerrechtlicher Vertrag i.S. der genannten Vorschriften ist und somit der Aufenthalt fremder Truppen im Land gemäß den Inhalten des Ratsbeschlusses gestattet. In diesen Staaten ist daher der Widerspruch zwischen dem Parlamentsvorbehalt bei der Entscheidung über die Präsenz ausländischer Truppen im

¹⁰⁹ Art. 47 Abs. 3-4 Verf. Ung.

¹¹⁰ Art. 185 Verf. Bel; Art. 27 Abs. 2 Verf. Gri; Art. 117 Verf. Pol; Art. 118 Abs. 5 Verf. Rum.

Land einerseits und einer supranationalen Entscheidung über den Einsatzort mitgliedstaatlicher oder unionaler Streitkräfte auflösbar.

4.2.1.3. *Verteidigungs- und Wehrpflicht der Staatsbürger*

Einige mitgliedstaatliche Verfassungen sprechen eine allgemeine Verteidigungspflicht aller und / oder eine speziellere Wehrpflicht bestimmter Staatsbürger aus. Während die allgemeine Verteidigungspflicht aus den Gründen, die im Zusammenhang mit der Europäisierung der Landesverteidigung als Aufgabe¹¹¹ dargelegt wurden, kaum eine verfassungsrechtliche Grenze der gemeinsamen Verteidigung darstellt, könnte für die Wehrpflicht etwas anderes gelten. Vorbehaltlich der genauen Formulierung in der jeweiligen Verfassung kann die verfassungsrechtliche Verankerung der Wehrpflicht so verstanden werden, dass die so für die Streitkräfte Rekrutierten nur in den eigenen Streitkräften verwendet werden dürfen, nicht aber in ausländischen oder nicht mehr der (alleinigen) eigenen Hoheit unterstehenden unionalen Verbänden. Je nach Formulierung können die entsprechenden mitgliedstaatlichen Vorschriften auch so ausgelegt werden, dass die Wehrpflichtigen ein Recht darauf haben, ihren Wehrdienst in der eigenen Armee und nicht in europäischen, ausländischen oder anderen Verbänden abzuleisten. Wenn einer mitgliedstaatlichen Verfassung diese Auslegungen ihres Wehrpflichtartikels entnommen werden können, reicht die verfassungsrechtliche Sperrwirkung so weit wie die bereits diskutierte Institutsgarantie eigener Streitkräfte.¹¹² Eine rein unionale Armee, die die mitgliedstaatlichen Armeen voll ersetzt, kann erst nach einer Änderung derartiger mitgliedstaatlicher Verfassungen geschaffen werden.

Da in den betreffenden Mitgliedstaaten die Wehrpflicht mit dem Grundrecht auf deren Verweigerung verbunden ist, muss eine gemeinsame Verteidigung, die eine europäische Armee mit Wehrpflicht schafft, dieses Grundrecht achten.

4.2.1.4. *Weitere wehrverfassungsrechtliche Vorgaben*

In einigen Staaten gelten weitere Verfassungsbestimmungen zu Ein-

¹¹¹ Dazu Punkt 4.2.1.1.

¹¹² Dazu Punkt 4.2.1.1.

zelfragen der Verteidigung. Auch diese müsste die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung berücksichtigen.

In Litauen – hierin manchen anderen Nachfolgestaaten der Sowjetunion nicht unähnlich¹¹³ – verbietet die Verfassung die Präsenz von Massenvernichtungswaffen und fremde Militärbasen im Land.¹¹⁴ Das Verbot fremder Militärbasen wird in der litauischen Staatspraxis eng ausgelegt, denn es verhindert nicht die Präsenz recht umfangreicher NATO-Truppen im Land. Deren Mannschaftsstärke wurde nach dem russischen Angriff auf die Ukraine deutlich erhöht, und die litauische Regierung fordert zusammen mit den Regierungen Estlands und Lettlands eine noch deutlichere Verstärkung der NATO-Truppenpräsenz im Baltikum.

Polen und Portugal haben in ihren Verfassungen eine Staatsaufgabennorm.¹¹⁵ Dieses Produkt sozialistischer Verfassungskultur diene seit dem Stalinismus dazu, die Existenz des Staates ideologisch zu rechtfertigen, obwohl er doch gemäß den Klassikerschriften von *Engels* absterben müsste. Die polnische und die portugiesische Staatsaufgabennorm zählen den Schutz der Unabhängigkeit und des Territoriums zu den Aufgaben des Staates. In Portugal ist diese Bestimmung durch Art. 288 Buchst. a) Verf. Port vor Verfassungsänderungen geschützt. Auch wenn der Schutz der eigenen Unabhängigkeit und des eigenen Territoriums zu einer grundlegenden Aufgabe des Staates erklärt wird, können hieraus keine zwingenden Schlussfolgerungen für die Teilnahme an der gemeinsamen Verteidigung gezogen werden. Beide Staatsaufgabennormen spezifizieren nicht die Mittel, mit denen der Staat seine Aufgabe zu erfüllen hat. Die verfassungsrechtlich zuständigen Staatsorgane haben ein weites Ermessen. Wenn sie in Polen und Portugal zu der Auffassung gelangen sollten, dass eine komplette Supranationalisierung der Verteidigung einschließlich der Ersetzung der mitgliedstaatlichen durch eine unionale Armee der beste Schutz für die polnische oder portugiesische Unabhängigkeit und territoriale Integrität darstellt, dann stehen die Staatsaufgabennormen einer entsprechenden Mitwirkung an dem Ratsbeschluss und dessen innerstaatlicher „Ratifikation“ nicht entgegen.

¹¹³ Näher PARTLETT / KÜPPER (Fn. 1), S. 72-73.

¹¹⁴ Art. 137 Verf. Lit.

¹¹⁵ Art. 5 Verf. Pol; Art. 9 Verf. Port.

4.2.1.5. Zwischenfazit: Wehrverfassungsrechtliche Grenzen der gemeinsamen Verteidigung

Die Idee einer Verteidigung gemeinsam mit anderen Staaten weist keine Verfassung eines EU-Mitgliedstaats zurück, noch nicht einmal die maltesische, die jedoch dieser Verteidigung zusammen mit anderen recht enge Grenzen setzt.¹¹⁶

Die Institutsgarantie einer eigenen Armee, deren Aufgabe ausschließlich oder unter anderem in der Verteidigung des Landes liegt, verhindert in einigen Mitgliedstaaten die Abschaffung der eigenen Armee. Wo die eigene Armee garantiert ist, greifen auch die wehrverfassungsrechtlichen Zuständigkeiten, deren Adressat stets heimische Verfassungsorgane und nicht Organe der EU sind. In den übrigen Staaten, die keine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie für ihre Armee kennen, könnte man wehrverfassungsrechtliche Zuständigkeitsregeln durch die Auslegung umgehen, dass diese nur für den Fall einer eigenen Armee gelten, eine solche aber nicht vorschreiben.

Durch Auslegung nicht aufweichbare Grenzen ziehen auch die Kompetenzvorschriften über die Gestattung des Aufenthalts fremder Truppen im Land. Die EU-Mitgliedstaaten, deren Verfassungen den eigenen Organen diese Kompetenz zuschreiben, können die Entscheidung, ob und welche fremden Truppen unter welchen Bedingungen und wie lange im Inland sein dürfen, nicht auf EU-Organe übertragen, denn Kompetenzvorschriften sind grundsätzlich zwingend.

Eine Gesamtschau der wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben ergibt, dass die gemeinsame Verteidigung die mitgliedstaatlichen Streitkräfte nicht durch eine Unionsarmee ersetzen darf. Einzelne unionale Verbände neben den regulären Streitkräften der Mitgliedstaaten könnten jedoch zulässig sein. Die mitgliedstaatlichen Streitkräfte müssen auch weiterhin unter dem Befehl der Verfassungsorgane ihres Staates stehen, und auch die Entscheidung grenzüberschreitender Truppenbewegungen kann den Mitgliedstaaten nicht genommen werden. Damit ermöglichen die Wehrverfassungen der Mitgliedstaaten insbesondere eine engere Koordinierung und Verzahnung der mitgliedstaatlichen Armeen und die Übertragung einzelner punktueller Aufgaben – am ehesten noch im Vorfeld der Verteidigung, z.B. bei der Rüstung – auf Unionsorgane, nicht jedoch die

¹¹⁶ Art. 1 Abs. 3 Verf. Mal.

Schaffung einer reinen Unionsarmee oder die Übertragung substanzieller Kommandostrukturen alleine auf Unionsorgane.

4.2.2. Alle Mitgliedstaaten: Zustimmungsverfahren bei neuen Integrationschritten

Auch wenn ein Ratsbeschluss über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV das Primärrecht formell nicht abändert, so liegt materiell in der Überführung der Verteidigung von einer rein intergouvernementalen Zusammenarbeit in stärker europäisierte Strukturen eine bedeutsame Fortentwicklung der europäischen Integration, die berechtigterweise als „vereinfachte Vertragsergänzung“¹¹⁷ qualifiziert wird. Nicht wenige mitgliedstaatliche Verfassungen machen an substanzielle neue Integrationschritte prozedurale oder inhaltliche Vorgaben.

An dieser Stelle wird nicht auf die Beteiligungsrechte mitgliedstaatlicher Parlamente, Gliedstaaten etc. an dem Handeln der Regierung im Rat eingegangen, da diese dem Abstimmungsverhalten des Mitgliedstaats im Rat vorgelagert sind. Hier werden nur die „verfassungsrechtlichen Vorschriften“ i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV¹¹⁸ behandelt, die greifen, wenn der einmal gefasste Ratsbeschluss innerstaatlich beschlossen, d.h. „ratifiziert“ wird.

4.2.2.1. Prozedurale Vorgaben

Mit Ausnahme der irischen und der österreichischen Verfassung¹¹⁹ geht kein mitgliedstaatliches Grundgesetz explizit auf die innerstaatliche Behandlung eines Ratsbeschlusses über die Schaffung einer gemeinsamen Verteidigung ein. Es greifen also die allgemeinen Verfassungsvorschriften über die innerstaatliche Zustimmung zu weiteren Integrationschritten, die weitere Hoheitsrechte auf die Union verlagern.

Alle Verfassungen, die sich zu der Frage der Übertragung von Hoheitsrechten an internationale und supranationale Organisationen im Allgemeinen oder an die Europäische Union im Besonderen äußern,

¹¹⁷ Nachweis s. Fn. 67.

¹¹⁸ Zum unionsrechtlichen Begriff der „verfassungsrechtlichen Vorschriften“ s. Punkt 4.

¹¹⁹ Dazu Punkt 4.1. und Unterpunkte.

verlangen ein Gesetz, worunter auch ein Gesetz zur Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags verstanden wird.¹²⁰ Damit liegt die Entscheidung im Wesentlichen bei den Parlamenten der Mitgliedstaaten. Staaten mit Zweikammerparlamenten wählen unterschiedliche Wege der Beteiligung der beiden Parlamentskammern. Gleichberechtigt entscheiden beide Kammern in Deutschland, Italien, den Niederlanden, Österreich, Polen, Spanien und der Tschechischen Republik¹²¹, während in Rumänien beide Kammern zu einer gemeinsamen Sitzung zusammentreten, wie dies die Verfassung bei etlichen besonders wichtigen Angelegenheiten vorsieht.¹²² Entsprechend der generell schwachen Ausgestaltung der „ersten Kammer“ entscheidet nur die „zweite Kammer“, d.h. die allgemeine Volksvertretung, in Slowenien und Spanien.¹²³ Auch Belgien hat sich dafür entschieden, den Senat außen vor zu lassen und die Entscheidung nur der Abgeordnetenkammer und dem König anzuvertrauen.¹²⁴

¹²⁰ Art. 34 Verf. Bel; Art. 85 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 Verf. Bul; Art. 20 Abs. 1 Verf. Dän; Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Deu; § 121 Nr. 3, 4 Verf. Eest; § 1 Abs. 3 S. 2, § 94 Abs. 1 S. 1 Verf. Fin; Art. 88-1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Verf. Frk; Art. 28 Abs. 2 S. 1 Verf. Gri; Art. 11 i.V.m. Art. 80 Verf. Ita; Art. 141a i.V.m. Art. 133 Abs. 1 Verf. Kroa; Art. 68 Abs. 2 S. 1 Verf. Lett; Art. 1 EU-Verf.akt Lit i.V.m. Art. 138 Abs. 1 Nr. 2, 4, 5 Verf. Lit; Art. 5 Abs. 2 Verf. Lux; Art. 92 Verf. Ndl; Art. 90 Abs. 1 Verf. Pol; Art. 7 Abs. 6 i.V.m. Art. 161 Buchst. i) Verf. Port; Art. 148 Abs. 1, 3 Verf. Rum; Kapitel 10 § 6 Abs. 1 RegF Schwed, § 8 Abs. 1 RTagO Schwed (Parlamentsbeschluss, nicht Gesetz); Art. 7 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 i.V.m. Art. 86 Buchst. d) Verf. Slowak; Art. 3a Abs. 1 Verf. Slowen; Art. 93 S. 1 Verf. Spa; Art. 10a Abs. 1 Verf. ČR; Art. E) Abs. 2 S. 1 Verf. Ung; nur indirekt Art. 169 Abs. 2 Verf. Zyp.

Lediglich die Verfassungen Maltas und Zyperns enthalten überhaupt keine Vorgaben an die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU. Während sich Art. 1a, Art. 179 Abs. 2 Verf. Zyp deutlich zur Mitgliedschaft des Landes zur EU bekennen, erwähnt Art. 65 Abs. 1 Verf. Mal diese eher beiläufig. Dass die Verfassungen dieser beiden ehemals britischen Kolonien keine Vorkehrungen über das „wie“ weiterer Souveränitätsübertragungen auf die EU oder auf andere internationale Organisationen machen, liegt an ihrem angelsächsischen Charakter: Sie beschränken sich auf die sachgerechte Bestellung der Verfassungsorgane und am Rande auch auf die Herstellung fairer Bedingungen für demokratische Prozesse, ohne diese oder deren Ergebnisse in irgendeiner Weise beschränken zu wollen. Insofern unterliegt die Entscheidung über die Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung in Malta und Zypern politischen, aber keinen rechtlichen Voraussetzungen.

¹²¹ Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Deu (es handelt sich um ein Zustimmungsgesetz und kein bloßes Einspruchsgesetz); Art. 80 i.V.m. Art. 70 Verf. Ita; Art. 91 Abs. 1 Verf. Ndl; Art. 23j Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 50 Abs. 4 S. 1 B-VG Öst; Art. 90 Abs. 2 Verf. Pol; Art. 93 Abs. 1 i.V.m. Art. 81 Abs. 1 Verf. Spa; Art. 10a i.V.m. Art. 49 Buchst. b), c) Verf. ČR.

¹²² Art. 148 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Verf. Rum.

¹²³ Art. 3a Abs. 1 Verf. Slowen; Art. 93 S. 1 i.V.m. Art. 90 Verf. Spa.

¹²⁴ Art. 34 i.V.m. Art. 78 § 1 Nr. 3 Verf. Bel.

In den meisten Mitgliedstaaten erfordert die parlamentarische Entscheidung über die Übertragung von Hoheitsrechten eine qualifizierte Mehrheit. Diese reicht von der absoluten Mehrheit im Parlament¹²⁵ über drei Fünftel aller Abgeordneten¹²⁶ und über zwei Drittel der abstimmenden¹²⁷, anwesenden¹²⁸ oder aller Abgeordneten¹²⁹ bis zu drei Vierteln der abstimmenden Abgeordneten.¹³⁰ Die höchste Schwelle gilt in Dänemark, wo eine Fünf-Sechstel-Mehrheit im Parlament erreicht werden muss.¹³¹ Unterschiedliche Mehrheiten gelten in vier Staaten. Grundsätzlich kann das Parlament Hoheitsrechte mit der allgemeinen Mehrheit übertragen, wenn aber die Übertragung materiell eine Verfassungsänderung bewirkt (Deutschland, Niederlande) oder in Bezug auf die Souveränität von Bedeutung ist (Finnland), bedarf es einer relativen¹³² oder absoluten¹³³ Zweidrittelmehrheit. In Schweden schließlich entscheidet das Parlament nach politischen und nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten, ob es das einfachere Verfahren einer Drei-Viertel-Mehrheit oder das aufwändigere Verfahren einer Verfassungsänderung wählt.¹³⁴

In manchen Mitgliedstaaten kann oder muss das Volk im Wege eines Referendums an der Entscheidung beteiligt werden. In Dänemark und Polen kann das Parlament für ein Referendum optieren, um so das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im eigenen Haus zu umgehen.¹³⁵

¹²⁵ Art. 93 Abs. 1 i.V.m. Art. 81 Abs. 1 Verf. Spa.

¹²⁶ Art. 28 Abs. 2 S. 3 Verf. Gri.

¹²⁷ Art. 23j Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 50 Abs. 4 S. 2 B-VG Öst (jeweils in beiden Kammern bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte aller Mitglieder in jeder Kammer); Art. 90 Abs. 2 Verf. Pol (jeweils in beiden Kammern bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte aller Mitglieder in jeder Kammer).

¹²⁸ Art. 68 Abs. 2 S. 2 Verf. Lett (bei Anwesenheit von mindestens zwei Dritteln aller Abgeordneten).

¹²⁹ Art. 85 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Verf. Bul; Art. 141a Abs. 2 i.V.m. Art. 133 Abs. 2 Verf. Kroa; Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 131 Abs. 2 Verf. Lux; Art. 148 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Verf. Rum; Art. 3a Abs. 1 Verf. Slowen; Art. E) Abs. 4 Verf. Ung.

¹³⁰ Kapitel 10 § 6 Abs. 2 S. 1 RegF Schwed mit der Maßgabe, dass die Anzahl der Ja-Stimmen zugleich mehr als die Hälfte aller Abgeordneten ausmacht.

¹³¹ Art. 20 Abs. 2 Verf. Dän.

¹³² Zwei Drittel der abgegebenen Stimmen: § 94 Abs. 2 S. 2 Verf. Fin i.d.F. von Verfassungsänderungsgesetz 1112/2011; Art. 92 i.V.m. Art. 91 Abs. 3 Verf. Ndl.

¹³³ Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestags und der Stimmen im Bundesrat: Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG Deu.

¹³⁴ Kapitel 10 § 6 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Kapitel 8 §§ 14-19 RegF Schwed.

¹³⁵ Art. 20 Abs. 2 Verf. Dän: die einfache Parlamentsmehrheit kann für ein Referendum optieren; Art. 90 Abs. 3-4 Verf. Pol: die absolute Mehrheit im Sejm (der „zweiten Kammer“) kann das Referendum anordnen.

Fakultative Referenden speziell zu Fragen der europäischen Integration kennen Lettland, Portugal und Slowenien; in Tschechien muss ein derartiges Referendum im Einzelfall durch Verfassungsgesetz angeordnet werden, wie dies auch bei dem EU-Beitrittsreferendum der Fall war.¹³⁶ In anderen Staaten können Referenden in Fragen von besonderer Bedeutung abgehalten werden¹³⁷; diese Voraussetzung dürfte bei dem Übergang von einer rein einzelstaatlichen zu einer gemeinsamen Verteidigung vorliegen. Die litauische Verfassung formuliert die Entscheidung durch das Volk im Indikativ „werden entschieden“, woraus eine Pflicht zur Abhaltung eines Referendums abgeleitet werden kann.¹³⁸ Einfach-gesetzlich muss eine Übertragung staatlicher Zuständigkeiten auf eine internationale Organisation zum Referendum gestellt werden.¹³⁹ In wieder anderen Mitgliedstaaten können grundsätzlich mehr oder weniger alle Fragen aus der Zuständigkeit des Parlaments dem Volk vorgelegt werden, wobei die Übernahme völkerrechtlicher Verpflichtungen in einigen Staaten wie z.B. Italien hiervon ausgenommen ist.¹⁴⁰ Damit ist in einer größeren Anzahl von Mitgliedstaaten ein Referendum anstelle oder, häufiger, neben der parlamentarischen Ratifikation des Beschlusses über die gemeinsame Verteidigung möglich.¹⁴¹

Die Mehrzahl der im Vorgehenden genannten Rechtsvorschriften

¹³⁶ Art. 68 Abs. 4 Verf. Lett („wesentliche Änderungen in den Bedingungen der lettischen Teilnahme an der Europäischen Union“); Art. 115 Abs. 5, Art. 295 Verf. Port („Errichtung und Vertiefung der Europäischen Union“); Art. 3a Abs. 2 Verf. Slowen („Übertragung der Ausübung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen, Beitritt zu einem Verteidigungsbündnis“); Art. 10a Abs. 2 Verf. ČR.

¹³⁷ Art. 87 Abs. 2 Verf. Kroat (Fragen von Bedeutung für die Unabhängigkeit, Integrität und Existenz von Kroatien); Art. 9 Abs. 1 Verf. Lit (die bedeutendsten Angelegenheiten im Leben des Staates und der Nation); Art. 90 Verf. Rum (Fragen von nationalem Interesse); Art. 93 Abs. 2 Verf. Slowak (wichtige Angelegenheiten von öffentlichem Interesse).

¹³⁸ Herbert KÜPPER, „Die Ratifikation der Unionsverfassung in den neuen Mitgliedstaaten“, in BECKMANN / DIERINGER / HUFELD (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 2. Aufl., 2005, S. 273-302 (289-290); Evren SOMER, Direct Democracy in the Baltic States. Institutions, Procedures and Practice in Estonia, Latvia and Lithuania, 2014, S. 112-114.

¹³⁹ Art. 4 Abs. 1 Gesetz über Referenden vom 4.6.2002

¹⁴⁰ Art. 75 Abs. 2 Verf. Ita. Anders Art. 8 Abs. 3 Buchst. d) Verf. Ung, wo ganz bewusst nur die Erfüllung bereits eingegangener völkervertragsrechtlicher Verpflichtungen von der Entscheidung durch Referendum ausgenommen sind, nicht jedoch das Eingehen selbst.

¹⁴¹ Zu den direktdemokratischen Elementen in den Verfassungsordnungen der „neuen“ Mitgliedstaaten s. Stefan VOSPERNIK, Direkte Demokratie in Mittel- und Osteuropa, in: *Jahrbuch für Ostrecht*, 2019, S. 307-328.

über die Übertragung weiterer Hoheitsrechte auf die Europäische Union setzen ausdrücklich einen völkerrechtlichen Vertrag voraus.¹⁴² Hier stellt sich die Rechtsfrage, ob diese ausdrücklich auf die Übertragung von Hoheitsrechten durch völkerrechtlichen Vertrag abstellenden Verfassungsvorschriften auf einen Ratsbeschluss über die gemeinsame Verteidigung überhaupt anwendbar sind. Dieser Ratsbeschluss ergeht durch einstimmiges Abstimmungsverhalten der Spitzen der mitgliedstaatlichen Exekutiven im Europäischen Rat. Da in praktisch allen Mitgliedstaaten völkerrechtliche Verträge, die Souveränitätsrechte übertragen oder militärischen Inhalt haben o.ä., nur durch parlamentarische Zustimmung zu Stande kommen, kann der übereinstimmende Beschluss der Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat nicht in einen völkerrechtlichen Vertrag umgedeutet werden. Es handelt sich vielmehr überhaupt nicht um eine vertragliche oder andere Willenserklärung der Mitgliedstaaten, sondern um einen Rechtsakt der Europäischen Union, denn der Rat handelt als Organ der Union und nicht der Mitgliedstaaten.

Ob die mitgliedstaatlichen Verfassungsvorschriften über die Übertragung von Hoheitsrechten im Wege eines völkerrechtlichen Vertrags auf die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Staats- und Regierungschefs im Wege eines Beschlusses im Europäischen Rat – direkt, entsprechend oder analog – angewandt werden können, ist primär eine Frage des mitgliedstaatlichen und nicht des unionalen Rechts. Unionsrechtlich abgeschnitten ist allerdings das Argument, das mitgliedstaatliche Parlament habe mit seiner Zustimmung zum Vertrag von Lissabon zugleich auch der Übertragung weiterer Hoheitsrechte durch Ratsbeschluss im Rahmen der gemeinsamen Verteidigung vorab zugestimmt. Wenn das zuträfe, wäre die Ratifikation des Ratsbeschlusses gemäß den mitgliedstaatlichen Verfassungsvorschriften gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV überflüssig.

Es spricht vieles dafür, in der besonderen Konstellation des Ratsbeschlusses gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV die mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU durch völkerrechtlichen Vertrag analog anzuwenden, so wie dies in Österreich Art. 23j Abs. 1 S. 3 B-VG Öst ausdrücklich anordnet: „... ist

¹⁴² Belgien (Vertrag oder Gesetz), Bulgarien, Deutschland (hier allerdings auch: „vergleichbare Regelungen“ in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG Deu), Estland, Frankreich, Griechenland, Italien (unklar), Kroatien, Lettland, Litauen, Niederlande, Polen, Portugal, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn.

Art. 50 Abs. 4 *sinngemäß* anzuwenden“ [*Hervorhebung nicht im Original, H.K.*]. Die mitgliedstaatlichen Verfassungen, die einen völkerrechtlichen Vertrag erwähnen, gehen schlicht vom Normalfall aus und haben den Spezialfall des Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV einfach nicht vor Augen gehabt. In der Terminologie deutscher Dogmatik könnte man von einer planwidrigen Regelungslücke sprechen. Zudem ist die Lage vergleichbar: Es geht darum, neue Hoheitsrechte auf die EU überzuleiten. Der Ratsbeschluss gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV erfüllt als „vereinfachte Vertragsergänzung“ die Funktion, die im Übrigen einer förmlichen Vertragsänderung durch völkerrechtlichen Vertrag zukommt. Außerdem verweist das Unionsrecht ganz klar auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht, sodass die Beteiligungsrechte der mitgliedstaatlichen Verfassungsorgane nicht verkürzt, sondern umgekehrt unionsrechtlich vorausgesetzt und damit geradezu geschützt werden. Schließlich liegt der Regelungsschwerpunkt der genannten Verfassungsvorschriften nicht in der Festschreibung des völkerrechtlichen Vertrags als allein zulässigem Medium der Änderung des Primärrechts¹⁴³, sondern in der innerstaatlichen Kompetenzregelung, insbesondere der Gewährleistung der Mitwirkung des Parlaments, und dieser Regelungszweck wird, wie gesehen, durch eine analoge Anwendung nicht konterkariert.

Die alternative Argumentation, mangels eines völkerrechtlichen Vertrags könne der Mitgliedstaat keine Hoheitsrechte übertragen und somit dem Ratsbeschluss über die gemeinsame Verteidigung nicht zustimmen bzw. ihn nicht „ratifizieren“, ist aus unionsrechtlichen Gründen unzulässig. Jeder Mitgliedstaat hat dem Vertrag von Lissabon und damit auch dem Art. 42 EUV mit seinem Sui-generis-Verfahren der Vertragsfortentwicklung bei der Einführung einer gemeinsamen Verteidigung zugestimmt. Wenn ein Mitgliedstaat nun ins Felde führte, er sei an der innerstaatlichen Beschlussfassung gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV gehindert, weil der Beschluss des Europäischen Rats eben kein völkerrechtlicher Vertrag sei, müsste er sich vorhalten lassen, dass er den Rechtscharakter des Ratsbeschlusses bereits bei Ratifikation des Vertrags von Lissabon gekannt habe; wenn Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2-3 EUV ein Verfahren vorsehen, dass auf unüberwindbare innerstaatliche verfassungsrechtliche Hindernisse stößt, hätte der Mitgliedstaat hier-

¹⁴³ Hierfür würde den Mitgliedstaaten wohl die Verbandskompetenz fehlen, denn Vorschriften über die Änderung der Verträge können nur die Verträge selbst enthalten.

auf bereits während der Verhandlungen oder spätestens anlässlich der Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon hinweisen müssen. Wenn er damals geschwiegen hat, ist ein nachträgliches Berufen auf diese verfassungsrechtlichen Hindernisse ein Verstoß gegen das Gebot der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV.

Wegen des Ausnahmecharakters des Verfahrens gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV und der Zustimmung hierzu, die die Mitgliedstaaten durch die Ratifikation des Vertrags von Lissabon gegeben haben, sprechen die besseren Gründe dafür, von den mitgliedstaatlichen Verfassungen keine spezielle Vorkehrungen für diesen Sonderfall zu erwarten und daher auf mitgliedstaatlicher Ebene vom Fehlen eines völkerrechtlichen Vertrags abzusehen und auf die innerstaatliche Zustimmung gemäß Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV die Vorschriften über die Übertragung von Hoheitsrechten durch völkerrechtlichen Vertrag analog anzuwenden. Damit bleibt es bei dem ursprünglichen Befund: Für die innerstaatliche Zustimmung sind nicht die Exekutiven, sondern die Parlamente und ggf. das Volk zuständig.

4.2.2.2. Materielle Grenzen der europäischen Integration

– Ausdrückliche Beschränkungen

Etliche Verfassungen ziehen der Integration gewisse materielle (inhaltliche) Grenzen. Diese sind auch beim Übergang von der bisherigen einzelstaatlichen zur gemeinsamen Verteidigung zu beachten.

Einige materielle Grenzen beziehen sich auf den Charakter der empfangenden Institution.

Etliche Verfassungen erlauben die Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation im Allgemeinen oder der Europäischen Union im Besonderen nur dann, wenn die Mitgliedschaft freiwillig und gleichberechtigt ist¹⁴⁴ und / oder sie dem internationalen Frieden dient¹⁴⁵, der Grundrechtsschutz nicht hinter dem mitgliedstaatlichen Niveau zurückfällt und die Union den Grundsätzen von Demokratie und Rechtsstaat entspricht.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Art. 88-1 Verf. Frk; Art. 11 Verf. Ita; Art. 1 EU-Verf. akt Lit; Art. 6 Verf. Port.

¹⁴⁵ Art. 20 Abs. 1 Verf. Dän; Art. 11 Verf. Ita; Art. 141a Abs. 1 Verf. Kroa.

¹⁴⁶ Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG Deu; Art. 68 Abs. 2 Verf. Lett; Art. 6, Art. 8 Abs. 4 Verf. Port; Art. 3a Abs. 1 Verf. Slowen; Art. E) Abs. 2 S. 2 Verf. Ung.

Auch die Subsidiarität der EU¹⁴⁷, der Respekt der mitgliedstaatlichen Unabhängigkeit und Verfassungsidentität¹⁴⁸ oder die Förderung der eigenen nationalen Interessen¹⁴⁹ sind aus Sicht mancher Verfassungen wichtig. Besonders weit reichend ausformuliert sind die Vorgaben in den Grundgesetzen Deutschlands und Ungarns:

Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG Deu:

„Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet.“

Art. E) Abs. 2 Verf. Ung:

„Ungarn kann zur mitgliedstaatlichen Teilnahme an der Europäischen Union auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags – in dem Maße, wie es zur Ausübung der aus den Gründungsverträgen fließenden Rechte und Erfüllung der Pflichten notwendig ist – einzelne seiner aus dem Grundgesetz fließenden Befugnisse gemeinsam mit den anderen Mitgliedstaaten im Wege der Institutionen der Europäischen Union ausüben. Die Wahrnehmung von Befugnissen gemäß diesem Absatz muss mit den im Grundgesetz niedergelegten grundlegenden Rechten und Freiheiten im Einklang stehen und kann weiterhin nicht Ungarns unveräußerliches Bestimmungsrecht in Bezug auf seine territoriale Einheit, seine Bevölkerung, seine Staatsform und seine staatliche Organisation beschränken.“

Die EU hat zum Zeitpunkt der Formulierung dieser Verfassungsvorgaben diesen entsprochen, sonst hätte der Mitgliedstaat ja kraft eigenen Verfassungsgebots aus der EU austreten müssen. Dass die Einführung der gemeinsamen Verteidigung die Freiwilligkeit, die Gegenseitigkeit und die Gleichberechtigung der Mitgliedstaaten oder die Grundsätze demokratischer Rechtsstaatlichkeit gefährdet, ist nicht zu sehen. Um den Grundrechtsschutz nicht zu verringern, müsste sie Rücksicht auf das Grundrecht der Wehrdienstverweigerung nehmen, das aber ohnehin

¹⁴⁷ Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG Deu; Art. 6 Verf. Port; Art. E) Abs. 2 S. 1 Verf. Ung.

¹⁴⁸ Art. 136 Verf. Lit, Präambel EU-Verf.akt Lit; Art. E) Abs. 2 S. 2 Verf. Ung.

¹⁴⁹ Art. 28 Abs. 2 Verf. Gri; Art. 136 Verf. Lit.

eine mitgliedstaatliche Verfassungsgrenze der gemeinsamen Verteidigung darstellt.¹⁵⁰

Die Subsidiarität, die Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Unabhängigkeit und Verfassungsidentität sowie die Förderung der nationalen (v.a. Sicherheits-)Interessen sind bei Einführung der gemeinsamen Verteidigung noch durch das Einstimmigkeitsprinzip in Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2 EUV gewährleistet. Jedoch muss auch die einmal eingeführte gemeinsame Verteidigung dem entsprechen. Deren schwächere Formen lassen die genannten mitgliedstaatlichen Anforderungen unangetastet. So entspricht die Beibehaltung des Rückgriffsprinzips, bei dem die militärischen Kapazitäten von den Mitgliedstaaten vorgehalten und bei Bedarf im Einzelfall der Union zur Verfügung gestellt werden, dem Grundsatz der Subsidiarität. Intensivere Formen der Vergemeinschaftung der Verteidigung können eher Bedenken wegen der Subsidiarität unionalen Handelns oder der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten wecken. Sie stoßen auch aus anderen Gründen, z.B. wegen der wehrverfassungsrechtlichen Integrationschranken, auf rechtliche Bedenken.

Zweifel könnten im Hinblick auf das Erfordernis der Friedlichkeit aufkommen, das einige Verfassungen wie die italienische an die europäische Einigung und die eigene Teilnahme daran formulieren. Art. 42 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV erlaubt nur die gemeinsame Verteidigung, keine gemeinsame Aggression nach außen. Zudem ist der Friede das erste der Ziele der Union, die Art. 3 Abs. 1 EUV aufführt. Eine gemeinsame Verteidigung im Rahmen der EU kann mithin nicht als Verletzung von Friedlichkeit angesehen werden.

Andere materielle Grenzen betreffen nicht die Unionsmitgliedschaft per se, sondern die einzelne Übertragung von Hoheitsrechten.

Die Übertragung einzelner Hoheitsrechte darf nach schwedischer Auffassung nicht den Grundrechtsschutz beeinträchtigen.¹⁵¹ Aus den zuvor genannten Gründen liegt diese Voraussetzung vor, wenn das Grundrecht auf Wehrdienstverweigerung in der gemeinsamen Verteidigung nicht leidet. Die lettische Verfassung will, dass die Übertragung lettischer Hoheitsrechte die Demokratie stärkt.¹⁵² Grundsätzlich ist die Demokratie ein gemeinsamer Wert der EU und aller Mitgliedstaaten, sodass die

¹⁵⁰ Dazu Punkt 4.2.1.3.

¹⁵¹ Kapitel 10 § 6 S. 2 RegF Schwed.

¹⁵² Art. 68 Abs. 2 Verf. Lett.

EU-Mitgliedschaft im Grundsatz auch für die mitgliedstaatliche Demokratie förderlich ist. Die gemeinsame Verteidigung kann der – insbesondere lettischen – Demokratie durch einen verstärkten Schutz gegen den russischen Nachbarn und seine destabilisierende Politik nützen.¹⁵³

Zwei Verfassungen setzen der Übertragung von Hoheitsrechten eine mengenmäßige Schranke. Der dänische Gesetzgeber darf Hoheitsrechte nur „in einem näher bestimmten Umfang“ übertragen, während der tschechische Gesetzgeber in seinen Souveränitätsübertragungen auf „einige Befugnisse“ beschränkt ist.¹⁵⁴ Der dänischen Verfassungsvorgabe entspricht die gemeinsame Verteidigung, wenn der diesbezügliche Ratsbeschluss die zu übertragenden Hoheitsrechte hinreichend präzise definiert. Die tschechische Schranke ist eine rein quantitative, die v.a. einen allzu großflächigen Abfluss von Hoheitsrechten verhindern soll. Wann diese Obergrenze erreicht ist, haben weder Verfassungsrechtsprechung noch Verfassungsrechtslehre in Tschechien definiert.¹⁵⁵

Drei Staaten schließlich definieren den Wesenskern ihrer Verfassungen als Grenze der Übertragung von Hoheitsrechten.¹⁵⁶ Jedenfalls in Deutschland entspricht diese Grenze der Grenze für den verfassungsändernden Gesetzgeber (Ewigkeitsgarantie): Was im Wege der Verfassungsänderung nicht abgeändert werden darf, darf auch nicht übertragen werden.

Ausdrückliche Freistellung von Beschränkungen

Das genaue Gegenteil einer materiellen Grenze definiert die zypriotische Verfassung. Art. 169 Abs. 4 Verf. Zyp erlaubt es dem Staat, alle Optionen auszuschöpfen, die die Gründungsverträge ihm bieten. Die Vorschrift lautet:

¹⁵³ Im lettischen Schrifttum wurde bereits vor dem Beitritt vertreten, die Integration Lettlands in europäische supranationale Strukturen stärke Lettlands Souveränität und Demokratie: Monika KOLMEISTERE, *Latvijas suverenitāte pēc iestāšanās Eiropas Savienībā*, in: *Likums un Tiesības* 2003/3.

Auf normativer Ebene betont insbesondere Art. 6 Verf. Port den Zusammenhang zwischen den grundlegenden Werten von Union und Mitgliedstaaten einerseits und einer gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik andererseits.

¹⁵⁴ Art. 20 Abs. 1 Verf. Dän; Art. 10a Abs. 1 Verf. ČR.

¹⁵⁵ KÜPPER in BECKMANN / DIERINGER / HUFELD (Fn. 139), S. 286-287.

¹⁵⁶ Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG Deu; § 94 Abs. 3 Verf. Fin; Kapitel 10 § 6 Abs. 1 S. 1 RegF Schwed.

„(4) The Republic may exercise every option and discretionary power provided for by the Treaties establishing the European Communities and the Treaty on the European Union and any treaties amending or substituting them, concluded by the Republic.“

Damit kann Zypern in vollem Umfang an der gemeinsamen Verteidigung teilnehmen. Lediglich die – schwachen – militärbezogenen Vorgaben seiner Verfassung muss es achten.¹⁵⁷ Allerdings verpflichtet Art. 169 Abs. 4 Verf. Zyp das Land und seine Entscheidungsträger zu nichts, er spricht keine Pflicht zur Wahrnehmung der unionsrechtlich gegebenen Integrationsoptionen aus. Es ist vielmehr eine politische Frage, ob Zypern von den Möglichkeiten des EU-Primärrechts Gebrauch machen will oder nicht. Ein wichtiges Argument in der politischen Debatte des Landes ist seine Neutralität und Blockfreiheit.¹⁵⁸

4.2.2.3. *Zwischenfazit: integrationsverfassungsrechtliche Vorgaben an die gemeinsame Verteidigung*

Die innerstaatliche Zustimmung zum Ratsbeschluss über die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung muss überall durch das Parlament erfolgen, das hierbei wegen des Abflusses von Hoheitsrechten in den meisten Mitgliedstaaten mit einer qualifizierten Mehrheit entscheiden muss. In wenigen Staaten muss, in mehr Staaten kann das Volk an der Entscheidung beteiligt werden.

Zahlreiche mitgliedstaatliche Verfassungen sehen für weitere Integrationsschritte ausdrücklich einen völkerrechtlichen Vertrag vor. Diese Vorkehrungen kann man auf die Sonderkonstruktion des Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV, der eine Vertragsentwicklung nicht durch Vertrag, sondern durch einstimmigen Ratsbeschluss mit anschließender innerstaatlicher Ratifizierung vorsieht, analog anwenden: Die mitgliedstaatlichen Parlamente ratifizieren dann eben nicht den völkerrechtlichen Vertrag, sondern den Ratsbeschluss. Eine Verkürzung innerstaatlicher Mitentscheidungsrechte findet durch die analoge Anwendung nicht statt, weshalb sie unbedenklich ist.

Materielle Schranken könnten sich am ehesten noch aus dem Subsidiaritätsgebot und der Achtung mitgliedstaatlicher Unabhängigkeit und

¹⁵⁷ Dazu Punkt 4.2.1. und Unterpunkte.

¹⁵⁸ Näher Punkt 4.2.3.2.

Verfassungsidentität ergeben, die nach den Verfassungen einiger Mitgliedstaaten in Gestalt der EU realisiert sein müssen, damit ihr (weitere) Hoheitsrechte übertragen werden können. Inhaltlich kommen diese Schranken zu einem ähnlichen Ergebnis wie die wehrverfassungsrechtlichen Schranken: Eine allzu weit gehende Supranationalisierung der Verteidigung oder gar die Schaffung einer europäischen Armee anstelle der mitgliedstaatlichen stößt auf verfassungsrechtliche Hindernisse in den Mitgliedstaaten, während die schwächeren Formen einer gemeinsamen Verteidigung von den mitgliedstaatlichen Verfassungen in der Regel akzeptiert werden. Ein Gleichlauf zwischen den wehrverfassungsrechtlichen und den integrationspolitischen Schranken liegt auch bei dem Grundrecht auf Wehrdienstverweigerung vor: Dieses Grundrecht muss die gemeinsame Verteidigung aufgrund beider Rechtsmaterien berücksichtigen.

4.2.3. Typische Verfassungsfrage „alter“ Mitgliedstaaten: Neutralität

Einige alte Mitgliedstaaten definieren sich als neutral. Hierbei ist zwischen einer rechtlichen und einer politischen Selbstdefinition zu unterscheiden. Eine politische Selbstdefinition als neutral kann durch eine Änderung der diesbezüglichen Politik bewirkt werden. Wenn ein Staat jedoch rechtlich zur Neutralität verpflichtet ist, kann hierin ein Hindernis an der Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2-3 EUV liegen.

4.2.3.1. Rechtspflicht zur Neutralität

Malta

Die maltesische Verfassung erklärt das Land gleich im Grundlagenartikel Art. 1 Abs. 3 S. 1 zu einem neutralen Staat, der eine Politik der Nichtzugehörigkeit zu politischen Blöcken („non-alignment“) verfolgt und sich jeder militärischen Allianz verweigert. In der weiteren Folge legt Art. 1 Abs. 3 S. 2 Verf. Malta regelbeispielhaft dar, was die maltesische Neutralität bedeutet: keine fremden Militärbasen, Anwesenheit ausländischen Militärs nur auf Einladung der maltesischen Regierung und nur im Falle eines konkreten Angriffs auf Malta oder einer Bedrohung seiner Unabhängigkeit, Neutralität, Einheit oder territorialen Integrität,

Reparatur fremder Kriegsschiffe in maltesischen Werften nur im Nichtkampfzustand und unter weiteren Kautelen.

Eine gemeinsame Verteidigung der EU-Mitglieder, die zu einer dauerhaften Präsenz ausländischen Militärs führen würde, wäre mit der maltesischen Neutralität und damit mit der maltesischen Verfassung nicht vereinbar. Inwieweit die gemeinsame Verteidigung eine Reaktion auf „eine Bedrohung der Souveränität, Unabhängigkeit, Neutralität, Einheit oder territorialen Unversehrtheit der Republik Malta“ i.S.v. Art. 1 Abs. 3 S. 2 Buchst. b) (ii) Verf. Mal darstellt, sodass eine gewisse ausländische Militärpräsenz von der maltesischen Regierung gestattet werden kann, ist eine Frage der Auslegung der einschlägigen maltesischen Verfassungsbestimmungen. Das übrige Normumfeld in Art. 1 Abs. 3 S. 2 Buchst. b), c) und d) Verf. Mal bezieht sich eher auf konkrete Angriffe gegen den Inselstaat, sodass eine Auslegung nicht fernliegt, die auch die genannte Bedrohungslage nur dann akzeptiert, wenn sie konkret ist und eine konkrete Reaktion Maltas erfordert. Die gemeinsame Verteidigung im Rahmen der GSVP hingegen ist eher allgemeiner, struktureller Natur, auch wenn der russische Angriff auf die Ukraine und die begleitende russische Rhetorik gegen die NATO und „den Westen“ zeigen, dass eine gewisse, wenn auch eher abstrakte Bedrohung vorhanden ist.

Hinzu kommt, dass die Bedrohung nur die Voraussetzung für die Gestattung ausländischer Truppenpräsenz darstellt. Das Gebot des „non-alignment“ und das Verbot einer militärischen Allianz in Art. 1 Abs. 3 S. 1 Verf. Mal gelten dessen ungeachtet auch im Bedrohungsfall. Auch hier kommt es wieder darauf an, wie das maltesische Verfassungsrecht „non-alignment“ und militärische Allianzen versteht. Die EU-Mitgliedschaft ist ohne die gemeinsame Verteidigung keine Verletzung dieser Prinzipien. Ob die gemeinsame Verteidigung, die zu den primären wirtschaftlichen und politischen Zwecken der EU hinzutritt, aber nicht den Hauptzweck der EU bildet, aus der EU eine „militärische Allianz“ i.S.d. Art. 1 Abs. 3 S. 1 Verf. Mal macht und Maltas Mitgliedschaft in der gemeinsamen Verteidigung somit zu einem verbotenen „alignment“ Maltas führen würde, hängt vom Verständnis dieser maltesischen Verfassungsbegriffe ab. Dass Malta sich im Rahmen der GSVP als mittlerweile einziger Staat von der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) fernhält, spricht für ein weites offizielles Verständnis der eigenen Neutralität.

Eine eindeutige, allein richtige Auslegung gibt es angesichts der Vagheit der Begriffe und der Tatsache, dass die gemeinsame Verteidigung

nicht der Hauptzweck der EU ist – die sich hierin von der NATO unterscheidet –, nicht. Die besseren Argumente sprechen aber dafür, in einer gemeinsamen Verteidigung, die über die konkrete Gefährdungslage hinausgeht, ein politisch-militärisches Engagement zu sehen, das Art. 1 Abs. 3 Verf. Mal unterbinden will. Damit steht die maltesische Verfassung einer Teilnahme Maltas an der gemeinsamen Verteidigung entgegen. Die konstruktive Enthaltung gemäß Art. 31 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV würde Malta das Fernbleiben ermöglichen, ohne die gemeinsame Verteidigung für die weiteren willigen Mitgliedstaaten zu behindern.

Sollte sich Malta entschließen, an der gemeinsamen Verteidigung teilzunehmen, müsste es seine Verfassung in dem Punkt ändern. Art. 1 Verf. Mal ist durch die relative Ewigkeitsklausel in Art. 66 Abs. 2 Verf. Mal geschützt, der für die Änderung dieser Verfassungsbestimmung eine Mehrheit von zwei Dritteln aller Abgeordneten verlangt.

Österreich

Auch Österreich wird durch sein eigenes Verfassungsrecht zur Neutralität verpflichtet. In Art. 9a B-VG Öst, der innerhalb der Staatsgründungsgründe den Grundsatz der „umfassenden Landesverteidigung“ normiert, zählt Art. 9a Abs. 1 S. 2 die Aufgaben der umfassenden Landesverteidigung auf, wozu auch die „Verteidigung der immerwährenden Neutralität“ gehört. Einzelheiten ergeben sich aus dem zur Verfassung zählenden Neutralitätsgesetz von 1955.¹⁵⁹ Danach ist Österreich verfassungsrechtlich verpflichtet, immerwährend neutral zu bleiben. Was genau diese Pflicht zur Neutralität bedeutet, ist seit 1955 in dem rechts- und politikwissenschaftlichen Schrifttum ebenso wie in der Staatspraxis heftig umstritten.¹⁶⁰

Angemerkt sei zudem, dass eine völkervertragsrechtliche Pflicht zur Neutralität nicht besteht, denn der Staatsvertrag von 1955 will Österreich als „souveränen, unabhängigen und demokratischen Staat

¹⁵⁹ Bundesverfassungsgesetz vom 26.10.1955 über die Neutralität Österreichs (in der Folge: NeutrG Öst).

¹⁶⁰ In Bezug auf die Unterstützung der Ukraine konzentriert sich die Neutralitätsdebatte auf die Zulässigkeit der Entsendung von Entminungsteams in die militärisch umstrittenen Gebiete: ORF: „Entminungshilfe für Ukraine: Kontroverse nach Kritik von Van der Bellen“, 18.5.2023.

wiederherstellen“¹⁶¹, erwähnt aber die Neutralität nicht. Österreich machte während der Verhandlungen zum Staatsvertrag gewisse politische Zusagen, in Zukunft neutral zu sein; diese Zusagen sollten aber keine rechtliche Bindung entfalten, und die Neutralität fand auch keine Aufnahme in den Vertragstext. Wenn der Staatsvertrag die Neutralität Österreichs ausspräche, wäre dies nicht nur eine völkervertragsrechtliche Verankerung der österreichischen Neutralitätspflicht, sondern gleichzeitig auch eine weitere verfassungsrechtliche Quelle für diese Pflicht, denn der Staatsvertrag ist ein Teil der österreichischen Verfassung im materiellen Sinne. Hingegen geht die österreichische Lehre davon aus, dass durch die Notifikation der eigenen Neutralität an alle Staaten, die mit Österreich diplomatische Beziehungen unterhalten, das rein verfassungsrechtliche Neutralitätsgebot auch eine völkerrechtliche Dimension erhalten hat, d.h. dass die Neutralität Österreich nunmehr auch völkerrechtlich verpflichtet.¹⁶²

Verbietet die immerwährende Neutralität die Teilnahme Österreichs an einer gemeinsamen Verteidigung? Widersprechen sich die immerwährende Neutralität und Österreichs verfassungsrechtlich gestattete Teilnahme an der GSVP und an einer zukünftigen gemeinsamen Verteidigung dergestalt, dass hieraus kollidierendes Verfassungsrecht entsteht? Wenn ja, lässt sich diese Kollision auflösen? Oder muss man – was grundsätzlich zu vermeiden ist – von verfassungswidrigem Verfassungsrecht ausgehen, und wenn ja, welcher Teil ist dann verfassungswidrig?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist auch Hauptstück 1 Teil B „Die Europäische Union“ und insbesondere Art. 23j B-VG Öst zu berücksichtigen. Art. 23j B-VG Öst erlaubt Österreich recht weit gehend die Teilnahme an der GASP und ausdrücklich auch an der GSVP. Art. 23j Abs. 1 S. 2 B-VG Öst bindet, wie gesehen¹⁶³, Österreichs „Ratifizierung“ des Beschlusses des Europäischen Rates über eine gemeinsame Verteidigung an erhöhte Abstimmungsquoten in beiden Parlamentskammern, woraus abzuleiten ist, dass Österreichs Teilnahme an derartigen Beschlüssen des

¹⁶¹ Art. 1 StaatsV Öst. Bereits das Verb „wiederherstellen“ schließt die Neutralität aus, weil das bis 1938 bestehende und nunmehr wiederhergestellte Österreich nicht neutral war.

¹⁶² Konrad GINTER, *Neutralität und Neutralitätspolitik*, 1975, S. 40; Alfred VERDROSS, *Die immerwährende Neutralität der Republik Österreich*, 3. Aufl., 1977, S. 10.

¹⁶³ Punkt 4.1.2.

Europäischen Rats nicht generell verboten ist, weder durch die Neutralität noch aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen.

Wie verhält sich Art. 23j Abs. 1 S. 2 B-VG Öst zu Art. 9a Abs. 1 S. 2 B-VG Öst i.V.m. dem Neutralitätsgesetz? Sowohl die immerwährende Neutralität als auch die Gestattung der Teilnahme an dem Beschluss über die gemeinsame Verteidigung haben ihre Grundlage im Verfassungsrecht, d.h. auf derselben Regelungsebene. Das gilt auch für das Neutralitätsgesetz, das einen Teil der Verfassung bildet. Auf dem Weg über die Normenhierarchie lässt sich die Frage mithin nicht lösen.

Auch wenn Art. 9a erst 2005 in das B-VG Öst eingefügt wurde, ist die immerwährende Neutralität bereits seit 1955 in der österreichischen Verfassung, nämlich im Neutralitätsgesetz verankert. Dem Neutralitätsgebot gegenüber sind die 2010 eingefügten Vorschriften über die EU *leges posteriores*. Grundsätzlich genießt das neuere Recht Vorrang vor dem älteren.

Auch der Grundsatz der *lex specialis* spricht für eine österreichische Teilnahme an der gemeinsamen Verteidigung. Die immerwährende Neutralität ist eine grundlegende Vorgabe an Österreichs Außenpolitik, für die Art. 23j B-VG Öst mit seiner Gestattung der Teilnahme an der GSVP und sogar an der gemeinsamen Verteidigung eine bereichsspezifische Präzisierung oder, je nach Auslegung, eine bereichsspezifische Ausnahme formuliert. Wegen des engeren Anwendungsbereichs des Art. 23j B-VG Öst gegenüber der allgemeinen Neutralität ist Art. 23j *lex specialis* und genießt in seinem Anwendungsbereich Vorrang vor der Neutralität.

Jedoch bildet auch nach österreichischer Verfassungsdoktrin das gesamte Verfassungsrecht eine Gesamtheit, was heißt, dass bei der Auslegung einer *lex specialis* auch auf die *lex generalis* und deren Wertung Bedacht zu nehmen ist. Bei der Abstimmung im Europäischen Rat muss die österreichische Vertretung auch die Grundentscheidung für Österreichs Neutralität berücksichtigen. Dass die Neutralität der Teilnahme an der gemeinsamen Verteidigung nicht grundsätzlich entgegensteht und Österreichs Teilnahme an einem solchen Beschluss nicht grundsätzlich verbietet, ergibt sich aus Art. 23j Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 50 Abs. 4 B-VG Öst, wonach ein solches Abstimmungsverhalten im Rat zulässig ist, soweit es im Nachhinein von beiden Kammern mit qualifizierter Mehrheit gebilligt (und, sofern es nach österreichischer Verfassungsdoktrin als Gesamt- oder Teiländerung der Bundesverfassung gilt, einer Volksabstimmung unterzogen) wird. Inwieweit die eigene Neutralitätspflicht Öster-

reich ein ablehnendes Votum bei der Abstimmung über eine gemeinsame Verteidigung im Rat gebietet oder nahelegt, hängt im Wesentlichen von dem genauen Inhalt des Ratsbeschlusses ab.

Solange sich der Ratsbeschluss inhaltlich auf die Verteidigung und geographisch auf die EU-Mitgliedstaaten beschränkt, dürfte Österreich seine Teilnahme mit seiner Neutralität vereinbaren können und im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften einen solchen Ratsbeschluss i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV ratifizieren dürfen.

Anders könnte sich die Lage darstellen, wenn die gemeinsame Verteidigung die EU näher an die NATO heranrückt oder vielleicht sogar die gemeinsame Verteidigung der EU-Mitglieder mit denen der NATO-Mitglieder verzahnt. Art. 23j Abs. 1 S. 2 B-VG Öst erlaubt Österreich die Teilnahme nur an einer gemeinsamen Verteidigung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 2-3 EUV, und ein solcher Beschluss ist, wie sich u.a. aus dem systematischen Zusammenhang in Art. 42 Abs. 2 EUV ergibt, Teil der GSVP. Diese erstreckt sich nur auf die EU und ihre Mitgliedstaaten, nicht jedoch auf Drittstaaten. Ein gemeinsamer „Raum der militärischen Sicherheit“ aller EU- und aller NATO-Mitgliedstaaten ginge damit über die GSVP hinaus und wäre von Art. 23j Abs. 1 S. 2 B-VG Öst nicht mehr gedeckt. In diesem Fall würde die immerwährende Neutralität Österreichs greifen, die gemäß Art. I Abs. 2 NeutrG Öst die Mitgliedschaft des Landes in einem kollektiven Verteidigungsbündnis wie der NATO nicht gestattet. Ob der Ausweg der Aufgabe der Neutralität möglich ist, ist heftig umstritten. Schon in der Frage, ob eine Aufhebung der Neutralität eine „Gesamtänderung der Verfassung“ i.S.v. Art. 44 Abs. 3 B-VG Öst und damit nur unter erschwerten Bedingungen möglich wäre, besteht keine Einigkeit. Möglicherweise noch aufhebungsfeindlicher wirkt die Selbstbindung Österreichs im Völkerrecht, die von einem Teil der Lehre behauptet und auch von der Staatspraxis immer wieder betont wird. Unter welchen völkerrechtlichen Voraussetzungen Österreich seine bisherige Neutralität aufgeben kann, ist noch unklarer als die verfassungsrechtlichen Bedingungen eines solchen Schritts.

Im Übrigen ist Österreich – hierin Litauen und Malta ähnlich – die Gestattung militärischer Stützpunkte fremder Staaten verboten.¹⁶⁴ Wenn

¹⁶⁴ Art. I Abs. 2 NeutrG Öst. Zum maltesischen Verfassungsverbot fremder Militärbasen s. zuvor Malta, zum litauischen Verfassungsverbot fremder Militärbasen s. Punkt 4.2.1.4.

also der Europäische Rat für die gemeinsame Verteidigung eine Form wählt, die mit der österreichischen Neutralität vereinbar ist, so muss er außerdem das Verbot, fremde Militärbasen zuzulassen, berücksichtigen.

Irland (Éire)

Letztlich kann auch das ausdrückliche Verbot in Art. 29 Abs. 4 Nr. 9 Verf. Irl, wonach Irland keinen Beschluss zur Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung i.S.v. Art. 42 EUV fassen darf¹⁶⁵, als eine Art von Rechtspflicht zur Neutralität ansehen. Zwar verwendet die irische Verfassung den Begriff der Neutralität nicht und verbietet auch mit Ausnahme der gemeinsamen Verteidigung innerhalb der EU eine irische Teilnahme an militärischen Bündnissen nicht ausdrücklich. Die erklärte irische Neutralität während des Zweiten Weltkriegs, sein Fernbleiben von der NATO und schließlich Art. 29 Abs. 4 Nr. 9 Verf. legen jedoch eine Mischung aus rechtlicher und politischer Selbstverpflichtung zu einer gewissen Art von Neutralität nahe.

In der irischen politischen Debatte hingegen wird Irlands offizielle Position durchaus unter dem Begriff der Neutralität verhandelt. Mitte 2023 präsentierte die irische Regierung Pläne, Irland näher an die NATO heranzurücken, weil die irischen Streitkräfte alleine den militärischen Schutz des Landes, der Hoheitsgewässer und auch der unterseeischen Datenkabel rund um Irland nicht gewährleisten könne. Der beträchtliche politische Widerstand hiergegen beruft sich auf die Neutralität, die nicht aufgegeben werden solle.¹⁶⁶

4.2.3.2. Politisch begründete Neutralität

Schweden

Schwedens Neutralität war ein seit dem frühen 19. Jh. verkündetes politisches Prinzip, das jedoch keinerlei rechtliche Bindungswirkung

¹⁶⁵ Dazu Punkt 4.1.1.

¹⁶⁶ RTÉ (Raidió Teilifís Éireann / Radio & Television of Ireland): Crossed Wires: Irish neutrality and undersea cables, 19.6.2023, www.rte.ie/news/ireland/2023/0617/1389644-neutrality; The Journal: Irish neutrality 'not relevant' if countries decide to target undersea cables, www.thejournal.ie/irish-neutrality-undersea-cables-6059622-May2023 (beide zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

entfaltete. Tatsächlich wurde die Einhaltung dieses Prinzips in Schweden selbst immer wieder in Frage gestellt, etwa während des 2. Weltkriegs, als Schweden Rüstungsgüter an Deutschland lieferte und deutschen Truppen den Durchzug gestattete. Andere Stimmen sahen und sehen im schwedischen EU-Beitritt und dem Abschluss von Verteidigungsabkommen mit der EU und anderen nordischen Staaten 2009 ein offizielles Ende der schwedischen Neutralitätspolitik. Jedenfalls stellte Schweden 2022 einen Antrag auf Beitritt zur NATO und sieht in der – früheren oder möglicherweise immer noch andauernden – Neutralität kein Hindernis hierfür. Wenn die NATO-Mitgliedschaft auf keine verfassungsrechtlichen Hindernisse in Schweden stößt, dürfte dies a maiore ad minus erst recht für eine gemeinsame Verteidigung im Rahmen der EU i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV gelten. Verfassungsrechtliche Hindernisse i.S.v. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV bestehen jedenfalls wegen der (früheren) schwedischen Neutralitätspolitik nicht, und Schweden kann einen derartigen Ratsbeschluss in Übereinstimmung mit seinen „verfassungsrechtlichen Bestimmungen“ ratifizieren, wenn es dies wünscht.

Finnland

Während die schwedische Neutralität ihren Ursprung in Schwedens Lage inmitten von mehr oder weniger friedlichen Nachbarn – selbst das zaristische Russland hatte, nachdem es Schweden Finnland abgenommen hatte, keine weiteren offiziellen Expansionsgelüste gegenüber Schweden – hatte und bereits lange vor dem Ost-West-Gegensatz bestand, ist die finnische Neutralität ein Produkt eben des Kalten Kriegs und des ihm zugrunde liegenden Systemgegensatzes. Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Sowjetunion aus außenpolitischem Kalkül bereit, Finnland aus ihrem Machtbereich zu entlassen, verlangte dafür aber Sicherheitsgarantien. Finnland versprach, sich neutral zu verhalten und insbesondere nicht an einer westlichen militärischen Integration teilnehmen, und behielt diesen Neutralitätskurs bis 2022 bei. Dieses Versprechen und die folgende finnische Staatspraxis waren politischer, nicht rechtlicher Natur. Eine rechtlich bindende Verpflichtung zu einer neutralen Außenpolitik war Finnland weder gegenüber der Sowjetunion noch sonst eingegangen. Insbesondere der sowjetisch-finnische Freundschafts- und Beistandsvertrag vom 6.4.1948 bezog sich in seinem militärischen Teil nur auf einen

Angriff Deutschlands oder eines mit Deutschland verbündeten Staats auf Finnland – 1948 bereits ein wenig wahrscheinliches Szenario.

Dennoch wurde die Neutralität im finnischen politischen Diskurs immer mit der Rücksichtnahme auf Moskau und dessen Sicherheitsinteressen sowie mit der Gefahr sowjetischer und später russischer Verletzung der finnischen Souveränität bei Zuwiderhandlung begründet. Erst nachdem der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine das finnische Vertrauen in die Verlässlichkeit des russisch-finnischen „gentlemen’s agreement“ zum Einsturz gebracht hatte, war der Weg Finnlands heraus aus der Neutralität auch politisch frei.

Zypern

Ähnlich wie Malta versteht sich auch Zypern als blockfrei und neutral, ohne dies jedoch in seiner Verfassung festzuschreiben. Die zypriotische Neutralität ist eine politische Haltung, keine (verfassungs-)rechtliche Pflicht.¹⁶⁷ Seit seinem EU-Beitritt 2004 hat Zypern die Bande zur Bewegung der blockfreien Länder gelockert. Neutralität spielt dennoch in der politischen, insbesondere außenpolitischen Debatte des Landes noch immer eine wichtige Rolle. Gerade in Bezug auf Russland werden in Zypern die traditionell enge wirtschaftliche Verflechtung zypriotischer Banken mit den Vermögen russischer Oligarchen sowie auch die sonst nicht unbedeutenden bilateralen wirtschaftlichen Beziehungen angeführt, um einen neutralen Kurs zu begründen.

Letztlich ist die Neutralität Zyperns eine politische Entscheidung. Ob sie Zyperns Teilnahme an einer zukünftigen gemeinsamen Verteidigung der EU entgegensteht, wird Zypern in dem Moment entscheiden müssen, in dem ein entsprechender Ratsbeschluss auf der Tagesordnung steht. Wenn Zypern sich für eine neutrale Haltung entscheidet, kann es sich konstruktiv enthalten. Art. 169 Abs. 4 Verf. Zyp steht einer passiv-neutralen Politik des Landes jedenfalls nicht entgegen.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Tozun BAHCHELI: „Außen- und Sicherheitspolitik“, in: GROTHUSEN / STEFFANI / ZERVAKIS (Hrsg.), Südosteuropa-Handbuch Bd. VIII: Zypern, 1998, S. 126-153.

¹⁶⁸ Näher Punkt 4.2.2.2.

4.2.3.3. Exkurs: Neutralität der EU-Beitrittskandidaten und -Aspiranten

Ein Blick auf die Staaten, die in die EU streben, zeigt, dass Neutralität kein ausschließlich westeuropäisches Verfassungsprinzip ist. Die Republik Moldau erklärt sich in ihrer Verfassung für neutral¹⁶⁹, was in einer Volksabstimmung 1994 von 95 % bei einer Wahlbeteiligung von ca. 75 % bejaht wurde. Die moldauische Neutralität spiegelt in gewisser Weise die eigene Zerrissenheit zwischen Ost und West, den Widerstreit einer „östlichen“ und einer „europäischen“ Orientierung wider, die sich auch in vielen anderen Aspekten wie der Sprachenfrage, der Selbstidentifikation des namensgebenden Ethnikums als Rumänen oder Moldauer und dem Streit um Identität und Status der orthodoxen Nationalkirche(n) niederschlägt. Zudem diente die Neutralität seinerzeit wohl auch als Beschwichtigungsgeste gegenüber Moskau, das nun aber unverhohlen mit militärischer Aggression droht. Einer NATO-Mitgliedschaft des Landes dürfte die Neutralitätsklausel wohl entgegenstehen. Weniger eindeutig ist die Frage im Hinblick auf die gemeinsame Verteidigung im Rahmen der EU, wenn die Republik Moldau irgendwann einmal EU-Mitglied sein sollte.

Eher politischer als rechtlicher Natur ist der serbische Parlamentsbeschluss von 2007, der das Land für militärisch neutral erklärt. Hierin kommt die serbische Distanz gegenüber der NATO, die immer noch als Aggressor im Kosovokrieg gesehen wird, zum Ausdruck. Zugleich gibt es aber immer wieder durchaus kleinere Kooperationen zwischen Serbien und der NATO, auch solche militärischen Charakters.

4.2.4. Typische Verfassungskonstellation „neuer“ Mitgliedstaaten: die euro-atlantische Integration als einheitlicher verfassungsrechtlicher Komplex

EU-Mitgliedstaaten

Manche osteuropäische Verfassungen verquicken die – zum Zeitpunkt der Formulierung dieser Verfassungsstellen noch angestrebte –

¹⁶⁹ Art. 11 Abs. 1 Verfassung der Republik Moldau vom 29.7.1994. Art. 11 Abs. 2 verbietet die Stationierung ausländischer Truppen auf moldauischem Gebiet. Näher zur Neutralität als einem Verfassungsgrundsatz in Moldau s. Herbert KÜPPER, Einführung in die Verfassungssysteme Südosteuropas, 2018, S. 493.

Mitgliedschaft in der EU und der NATO zu einem einheitlichen Komplex, den sie meist „euro-atlantische Integration“ nennen. Für die aus dem sowjetischen Macht- und Hegemonialbereich entlassenen Staaten stellten sich EU und NATO als einheitliche Perspektive dar. Eine Verfassung, die EU- und NATO-Mitgliedschaft als ein einheitliches Paket behandelt, kann möglicherweise so ausgelegt werden, dass sie einer kollektiven Verteidigung „des Westens“ aufgeschlossen gegenübersteht und daher auch keine Einwände gegen den Ausbau der militärischen Integration innerhalb der EU erhebt. In dieser Auslegung wäre die verfassungsrechtliche Bejahung der euro-atlantischen Integration das Gegenteil zur Rechtspflicht zur Neutralität, die einem militärischen Engagement im Rahmen der EU entgegensteht.

Ein eigenes Verfassungskapitel mit dem Titel „Euro-atlantische Integration“ enthält die rumänische Verfassung.¹⁷⁰ Dieses Kapitel besteht aus zwei Artikeln, wovon der erste der rumänischen EU-Mitgliedschaft und der zweite der rumänischen NATO-Mitgliedschaft gewidmet ist. Die Inhalte unterscheiden sich sehr stark, weil der EU-Artikel die Übertragung von Hoheitsrechten und die Auswirkungen der supranationalen Rechtsordnung der EU auf Rumänien regeln muss, während der NATO-Artikel mit der Vorgabe einer qualifizierten Mehrheit für das Ratifizierungsgesetz auskommt. Im Einzelnen treffen die beiden Artikel sehr ausdifferenzierte Regelungen, die die Zusammenfassung von EU und NATO zu einer „euro-atlantischen Integration“ im politischen Raum belässt. Allerdings kann auch diese politisch inspirierte Verfassungssymbolik als Argument dafür benutzt werden, dass Rumänien sich grundsätzlich in westliche Integrationsinstrumente einbringen will und seine Verfassung daher auch gegen militärische Integrationsschritte im Rahmen der EU keine Einwände erhebt.

Auf den ersten Blick scheint auch die slowakische Verfassung einen solchen einheitlichen Komplex zu etablieren, denn der „Europaartikel“ in Art. 7 Abs. 2 Verf. Slowak und der „NATO-Artikel“ – der allerdings die NATO nicht ausdrücklich nennt, sondern nur von einer „Organisation gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ spricht – in Art. 7 Abs. 3 Verf. Slowak stehen unmittelbar hintereinander. Obwohl Abs. 2 und 3 durch dieselbe Verfassungsänderung eingefügt wurden¹⁷¹, verbindet Art. 7 Verf.

¹⁷⁰ Titel VI. (Art. 148-149) Verf. Rum i.d.F. der Verfassungsrevision vom 18.9.2003.

¹⁷¹ Verfassungsänderungsgesetz Nr. 90/2001. Z.z. vom 23.2.2001.

Slowak die beiden Absätze und ihre Regelungsmaterien innerlich nicht miteinander. Die slowakische Mitgliedschaft in der EU und in einem System kollektiver Sicherheit sind vielmehr Teil eines umfangreicheren Art. 7, der sich mit einer Staatenunion mit (einem) anderen Staat(en)¹⁷², der EU, einem System der gegenseitigen kollektiven Sicherheit, der Ratifikationsbedürftigkeit bestimmter völkerrechtlicher Verträge und der übergesetzlichen Stellung völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge beschäftigt. Daher ist Art. 7 Abs. 2-3 Verf. Slowak entgegen dem ersten Anschein kein einheitlicher Regelungskomplex „Euro-atlantische Integration“ zu entnehmen.

– *Beitrittskandidaten und -aspiranten*

Während unter den EU-Mitgliedstaaten nur Rumänien einen Verfassungskomplex „Euro-Atlantische Integration“ aufweist, finden sich Derartiges häufiger in den Verfassungen von Staaten, die auf den Beitritt in die EU und / oder die NATO hoffen.

Die Verfassung von Georgien enthält einen Artikel, der den Titel „Integration in die europäischen und euroatlantischen Strukturen“ trägt.¹⁷³ Dieser sehr kurze Artikel in den Übergangsbestimmungen am Ende der Verfassung verpflichtet alle Verfassungsorgane, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auf die Mitgliedschaft Georgiens in der Europäischen Union und der NATO – die der Artikel beide namentlich nennt – hinzuwirken.

Die ukrainische Verfassung verpflichtet in ihrer Präambel die Ukraine auf einen „europäischen und euroatlantischen Kurs“, den sie angesichts der europäischen Identität des ukrainischen Volkes für irreversibel erklärt. In ihrem normativen Teil verteilt sie die Kompetenzen für die Beschreitung des Wegs der Ukraine in die Europäische Union und die NATO, die beide stets namentlich, aber in einem Satz genannt werden. Das Parlament legt die diesbezüglichen außenpolitischen Handlungs-

¹⁷² Der diesbezügliche Art. 7 Abs. 1 Verf. Slowak, der sich von Anfang an in der slowakischen Verfassung befindet, zielt auf die mögliche Wiedererrichtung eines tschechoslowakischen Staates, die er nicht völlig ausschließt, aber an hohe Hürden bindet. In seiner Ursprungsfassung bestand Art. 7 Verf. Slowak nur aus der Regelung, die heute Abs. 1 bildet.

¹⁷³ Art. 78 Verfassung Georgiens vom 24.8.1995 i.d.F. der Verfassungsänderungen vom 13.10.2017 und 23.3.2018.

grundsätze fest, der Präsident garantiert die Implementierung dieses strategischen Kurses, und die Regierung führt den Kurs aus.¹⁷⁴

Sowohl Georgien als auch die Ukraine definieren den Beitritt ihrer Länder zu Europäischer Union und NATO als einen außenpolitisch-strategischen Komplex, der für sie zusammengehört. Sie unterscheiden hierbei aber sehr wohl zwischen der Europäischen Union und der NATO, was sich an deren ausdrücklicher Nennung sowie an dem Doppelausdruck „europäische und euroatlantische Integration“ zeigt. Für Georgien und die Ukraine bildet beides eine politisch miteinander verbundene Zielvorgabe, die die angestrebten Mitgliedschaften jedoch nicht enger miteinander verschränkt, als die rumänische Verfassung das tut.

Darüber hinaus ist Montenegro laut der Präambel seiner Verfassung der „europäischen und euroatlantischen Integration“ verpflichtet. Dies greift die eigentliche Verfassung nicht auf, sondern weist nur die Entscheidung über den EU-Beitritt dem Parlament zu.¹⁷⁵ Der Nexus zwischen EU und NATO ist hier also deutlich schwächer als in Rumänien, Georgien oder der Ukraine.

Schließlich spricht auch die Verfassung des Kosovo in ihrer Präambel die Absicht des Staates aus, „an dem Prozess der euro-atlantischen Integration in vollem Umfang teilzunehmen“.¹⁷⁶ Das wird im normativen Teil der Verfassung nicht untermauert, denn dieser enthält weder einen speziellen EU- noch einen speziellen NATO-Artikel, sondern einzig in Art. 20 die allgemeine Möglichkeit, Hoheitsrechte an nicht näher definierte internationale Organisationen abzugeben.

5. Fazit

Die militärische Souveränität wird gemeinhin als ein Kernelement jeder staatlichen Souveränität betrachtet. Hiervon bilden die EU-Mitgliedstaaten keine Ausnahme. Sie waren bisher nicht bereit, Teile ihrer militärischen Kompetenzen auf die Union zu verlagern. Alle militärische Kooperation auf Unionsebene folgt bislang strikt intergouvernementalen Strukturen.

¹⁷⁴ Art. 85 Abs. 1 Nr. 5 (Parlament), Art. 102 Abs. 3 (Präsident), Art. 116 Nr. 1.1 (Regierung) Verfassung der Ukraine vom 28.6.1996.

¹⁷⁵ Art. 15 Abs. 3 Verfassung von Montenegro vom 19.10.2007.

¹⁷⁶ Verfassung der Republik Kosovo vom 9.4.2008.

Dennoch haben die Mitgliedstaaten seit Maastricht und spätestens seit Lissabon die Perspektive einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die am Ende in eine gemeinsame Verteidigung münden kann, nicht ausgeschlossen. Hierfür haben sie einen Integrationsmechanismus *sui generis* gefunden: Anstelle einer expliziten Fortentwicklung des Primärrechts durch Vertragsänderungen haben sie sich für eine Art vereinfachtes informelles Vertragsergänzungsverfahren entschieden. Wenn alle Mitgliedstaaten sich einig sind (oder einzelne dissentierende Staaten von der Möglichkeit der Enthaltung Gebrauch machen und damit der Einstimmigkeit nicht entgegenstehen), können sie im Europäischen Rat die Einführung einer gemeinsamen Verteidigung und somit eines gemeinsamen „Raums der militärischen Sicherheit“ beschließen. Der Beschluss wird wirksam, wenn die Mitgliedstaaten in einem innerstaatlichen „Ratifikationsverfahren“ zustimmen. Die Garantien des Unionsrechts sind nicht materiell, sondern rein prozedural: Das innerstaatliche „Ratifikationsverfahren“ gemäß den jeweils einschlägigen Verfassungsvorschriften soll sicherstellen, dass diese zur Geltung kommen. In der Einführung der gemeinsamen Verteidigung greifen im europäischen Mehrebenensystem Primärrecht und mitgliedstaatliches Verfassungsrecht auf einzigartige Weise ineinander: Die Mitgliedstaaten „ratifizieren“ einen Beschluss ihrer Regierungen im Rat gemäß ihren internen verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie es ansonsten bei einem völkerrechtlichen Vertrag (etwa über die Änderung der europäischen Verträge) täten. Diese ungewöhnliche Konstruktion trägt dem starken Souveränitätsdenken im Bereich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik Rechnung: Eine wie auch immer geartete Europäisierung der Verteidigung soll auch unionsrechtlich nur dann gültig sein, wenn sie zugleich mitgliedstaatliches Verfassungsrecht einhält. Ob sie dies tut, beurteilen in erster und letzter Instanz die Mitgliedstaaten selbst.

Als Konsequenz dieses Ineinandergreifens unionaler Entscheidungsfindung und mitgliedstaatlicher Verfassungsvorgaben ergeben sich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen und Beschränkungen eines gemeinsamen „Raums der militärischen Sicherheit“ nicht so sehr aus dem Unionsrecht, das allerdings die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten für ihre nationale Sicherheit anerkennt und somit selbst einer vollen Supranationalisierung der Verteidigung entgegensteht, sondern in erster Linie aus dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht, auf das Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 3 EUV verweist. Unionsrecht und mitgliedstaatliches

Verfassungsrecht verschränken sich auf eigene Weise: Die unionsrechtlich verankerte gemeinsame Verteidigung kommt nur zu Stande, wenn die Mitgliedstaaten nicht nur bei ihrem Abstimmungsverfahren auf Unionsebene im Rat, sondern auch in der anschließenden „Ratifikation“ des Ratsbeschlusses in einem innerstaatlichen Verfahren ihr eigenes Verfassungsrecht beachten.

Den Ball, den das Unionsrecht in das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten spielt oder, je nach Perspektive, zurückspielt, wird explizit nur von Irland und Österreich aufgenommen. Irlands Verfassung untersagt ausdrücklich die irische Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung – nicht aber die gemeinsame Verteidigung im Übrigen –, während Österreich ungeachtet seiner verfassungsrechtlich verankerten Neutralität an einer gemeinsamen Verteidigung teilnehmen darf, wenn in beiden Parlamentskammern die notwendige qualifizierte Mehrheit zu Stande kommt und einige weitere Verfassungsanforderungen beachtet werden.

Die übrigen Verfassungen äußern sich nicht explizit, ihre Position kann nur durch Auslegung mehr oder weniger allgemeiner Vorschriften ermittelt werden.

Maltas verfassungsrechtlich angeordnete Neutralität verbietet dem Land wohl die Teilnahme an einer gemeinsamen Verteidigung im Rahmen der EU, wobei allerdings die genaue Reichweite des Neutralitätsgebots und des Verbots der Mitgliedschaft in militärischen Allianzen von der Auslegung dieser Begriffe abhängt. Gegebenenfalls kann argumentiert werden, dass die EU auch nach Einführung einer gemeinsamen Verteidigung keine militärische Allianz ist und nur die Selbstverteidigung, zu der sich auch Malta im Rahmen seiner Neutralität bekennt, koordiniert und effektiver gestaltet. Die Neutralität Zyperns hingegen ist rein politischer Natur und kann daher durch einen abweichenden politischen Willen aufgehoben werden, wie dies Finnland und Schweden vorexerziert haben.

Im Übrigen sind verfassungsrechtliche Schranken der gemeinsamen Verteidigung eher den militärbezogenen als den integrationsbezogenen Bestimmungen der mitgliedstaatlichen Verfassungen zu entnehmen. Die Verfassungsgarantien einer eigenen Armee und die verfassungsrechtlich verankerten militärbezogenen Kompetenzen stehen, wenn sie nicht geändert werden, einer echten Supranationalisierung der Verteidigung entgegen und garantieren, dass es mitgliedstaatliche Armeen unter im Wesentlichen mitgliedstaatlichem Kommando gibt. Eine verstärkte Bei-

standspflicht etwa wie in der NATO ist mit den mitgliedstaatlichen Verfassungen vereinbar, eine rein unionale Armee oder ein alleiniges unionales Oberkommando hingegen kaum. Zwischen diesen Extremen liegt eine große Grauzone, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit auch von den Besonderheiten der etablierten verfassungsrechtlichen Argumentations- und Rechtsprechungsstrukturen in jedem Mitgliedstaat abhängt.

Die integrationsrechtlichen Vorkehrungen der mitgliedstaatlichen Verfassungen verlangen überall, dass der Ratsbeschluss über die gemeinsame Verteidigung durch die mitgliedstaatlichen Parlamente ratifiziert wird, so als wäre er eine förmliche Vertragsänderung. In etlichen Mitgliedstaaten, die weitere Integrationsschritte an die Form eines völkerrechtlichen Vertrags binden, muss man das Instrument der Analogie bemühen: Auf den unionsrechtlich vorgesehenen Ratsbeschluss finden bei der innerstaatlichen Annahme die Vorschriften über die Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge entsprechende Anwendung. Eine solche Analogie überschreitet nicht die in der europäischen Rechtskultur etablierten Grenzen der Rechtsauslegung. Einzelne integrationspolitische verfassungsrechtliche Grenzen wirken in dieselbe Richtung wie die wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben: Intensivere gemeinsame Beistandspflichten und punktuelle unionale Zuständigkeiten und Organe bewirken in der Regel keinen Verstoß gegen die mitgliedstaatlichen Verfassungen, eine umfassende Supranationalisierung der Verteidigung hingegen schon.

Auch wenn lange Zeit die Beibehaltung der mitgliedstaatlichen militärischen Souveränität sowie in den betroffenen Staaten die Aufrechterhaltung des politischen oder Rechtsgrundsatzes der Neutralität im Vordergrund der Verteidigungspolitik stand, kann das als gemeinsam empfundene Bedrohungsszenario durch den aggressiven Nachbarn Russland sehr schnell zu einem Umdenken und Umfühlen sowohl in den politischen Führungen als auch in den Völkern der EU-Mitgliedstaaten führen. Das dänische Referendum vom 1.6.2022, mit dem das Volk – verkürzt dargestellt – dem Ende des dänischen Fernbleibens von der GSVP zustimmte, zeigt deutlich, wie schnell sich „im Schatten Russlands“ Meinungen ändern können und bislang gepflegte Besonderheiten aufgegeben werden, um einen wirksameren Schutz gegen die Bedrohung aus dem Osten aufzubauen. Die ehemals sozialistischen Staaten haben immer schon EU und NATO als „ein Paket“ für ihre Sicherheit gegenüber der alten Kolonialmacht gesehen, über deren neoimperiale Absichten sie

sich wenig Illusionen machten. Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 EUV stellt ein vergleichsweise niederschwelliges Verfahren zur Verfügung, die Verteidigung in dem gewünschten Maße zu vergemeinschaften, und die Optionen der einfachen und der konstruktiven Stimmenthaltung ermöglichen es Mitgliedstaaten mit verfassungsrechtlichen und vielleicht auch politischen Bauchschmerzen, diesem Weg fernzubleiben, ohne die übrigen Staaten an der Schaffung eines gemeinsamen „Raums der militärischen Sicherheit“ zu hindern.

UKRAINE: THE RUSSIAN INVASION, REFUGEES AND
UKRAINE'S APPLICATION FOR EU MEMBERSHIP
NEW CHALLENGES FOR THE EUROPEAN UNION

Jaap de Zwaan

This contribution discusses the impact that Russia's unprovoked and horrific invasion of Ukraine on 24 February 2022, has had, and still has, on the international community. However, in view of the major consequences of the Russian aggression for the relationship between Ukraine and the European Union (hereafter also: EU or Union), in particular the EU elements are emphasized. Three dimensions will be touched upon:

1. The *first* dimension ('The Russian invasion') recalls the facts of Russian aggression, explains – globally – how these atrocities can be assessed from a legal perspective, and describes the response of the international community to the invasion. In this context, the EU response is reported separately.
2. The *second* dimension ('The reception of Ukrainian refugees in Western Europe') deals with the problem of the Ukrainian refugees, the question how the Ukrainians have been received in Western Europe, as well as their legal status in the Union as 'displaced persons'.
3. The *third* dimension ('The relationship between Ukraine and the European Union') covers the history of Ukraine's relations with the Union, and the implications of Ukraine's application for EU membership.

The contribution – completed on December 21, 2023 – concludes with some final remarks.

* Prof. Dr. Jaap DE ZWAAN, emeritus Professor of European Union Law at Erasmus University Rotterdam and former Director of the Netherlands Institute of International Relations, Clingendael, in The Hague.

1. *The Russian Invasion*

1.1. *Facts and Principles*

The Russian aggression started on 24 February 2022. The independence, sovereignty and territorial integrity of Ukraine have been violated in an unacceptable manner. Also, enormous and brutal damage has been caused to human lives, civilian targets, infrastructure, villages and cities.

In a civilised world, conflicts have to be solved in the negotiation room where, in case of necessity, mediators can render good services and assist in the process. On the contrary, the war, initiated by Russia, has violently disrupted peace, security and stability on the European continent. Moreover, the war is taking place in Europe, which in itself is an embarrassing fact after the cruelties of the First and Second World Wars.

Given Russia's acts of war, the country is guilty of numerous manifest violations of the principles enshrined in the United Nations Charter, such as the principle of Pacific Settlement of Disputes.¹ At the same time, the way the conflict has been dealt with in discussions in the Security Council of the UN, clearly demonstrates that Russia, in its role as a permanent member of the Security Council, is abusing its veto power over decisions of that Council.²

Moreover, Russia is violating fundamental international and European values and standards, such as – for the record, these are just examples – human dignity, the right to life, the prohibition of torture, the right to liberty and security, freedom of thought, the rights of the child, the right to family life and the right to property, as they are protected, for instance, by the United Nations Universal Declaration of Human Rights and the

¹ Chapter VI of the Charter. Article 33(1) of the Charter for example reads: 'The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.'

² According to Article 27(1) of the Charter, 'Each member of the Security Council shall have one vote.' Then, 'Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members (second paragraph). And: 'Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting' (third paragraph).

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. By randomly shooting at civilians and killing soldiers who are no longer participating in the battle, Russia furthermore violates international humanitarian law, that aims to protect persons who are not, or are no longer, directly or actively participating in hostilities, and imposes limits on the means and methods of warfare.³ In the manner described, the conflict is equally incompatible with the fundamental values of the EU, as safeguarded by Article 2 of the Treaty on European Union (TEU)⁴ and the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

1.2. Response of the International Community

The international community has massively responded to the acts of war of Russia, notably through political statements, condemnations and sanctions of any kind.

The European Union for example – operating in this process as a united block and in cooperation with the United States, the United Kingdom and other civilised countries – has rapidly acted in reaction of all war crimes committed by Russia. So far numerous measures have been taken, such as:⁵

- Protection of millions of displaced persons;
- Providing economic aid;
- Providing financial aid;
- Providing humanitarian aid;
- Imposing severe economic sanctions;
- The supply of weapons;

³ International Committee of the Red Cross, What is international humanitarian law?, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/what_is_ihl.pdf (last accessed 18 March 2024).

⁴ Article 2 TEU reads: “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

⁵ See for the EU Support for Ukraine the following sites: European Union, EU support for Ukraine https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/eu-support-ukraine_en; the Commission EU Solidarity for Ukraine site: https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/eu-sanctions-against-russia-following-invasion-ukraine_en; the EEAS Stand with Ukraine site https://www.eeas.europa.eu/eeas/standwithukraine_en (all sites last accessed 18 March 2024).

- Providing other military and technical assistance;
- Providing diplomatic assistance and pressure;
- Assistance in the process to investigate and prosecute war crimes; and
- Assistance in the process to reconstruct the country.

Of course, the Member States of the Union are obliged to implement, apply and enforce all these measures in a timely and correct manner. Reference can be made here to the so-called obligation ‘of sincere cooperation’.⁶

1.3. Geopolitical Consequences of the Invasion

Meanwhile, the war has caused immense geopolitical effects. Here one may think of:

- The impact the war has for peace and stability worldwide;
- The relationship, spoiled for years, not to say decades, between the Western world – countries and peoples – and Russia (together with its companion, Belarus); and
- The attitude towards the war of countries like China, India and other BRIC’s countries (such as South Africa, Indonesia and Brazil). Questions have arisen such as: what is their position vis à vis the war crimes committed by Russia; do they support the Western sanctions: can they fulfil the role of credible mediators?

The negative impact of the war thus is enormous. Everything positive and constructive that has been developed in the relationship with Russia over the decades, has practically been destroyed.

Moreover, so much is clear, the repair of a ‘political’ relationship with the Russian Federation cannot be achieved with President Putin still in office.

2. The Reception of Ukrainian Refugees in Western Europe

2.1. Directive 2001/55 and the Protection of Displaced Persons

Because of the Russian aggression millions of Ukrainians had – and often still have – to leave their home and their country. Many countries in Western Europe have shown empathy and hospitality to receive all these

⁶ Article 4(3) TEU.

Ukrainians. Ukrainians are these days considered 'people in need of protection'. The principles of solidarity and burden sharing are at stake here.⁷

Now, in 2001 the European Union has developed a special regime to receive so-called 'displaced persons' and to offer them – as it is called – 'temporary' protection. This regime is embedded in the Temporary Protection Directive 2001/55 of 20 July 2001.⁸ The origin of the – legally binding – regime lies in the atrocities that have taken place in the Yugoslav civil war in the nineties of the last century. According to the directive, 'temporary protection' is to be understood as a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons.⁹

The terminology 'displaced persons' concerns third-country nationals or stateless persons who have had to leave their country or region of origin and are unable to return in safe and durable conditions because of the situation prevailing in that country.¹⁰ In the case of Ukraine, the relevant decision was taken by the Council on 4 March 2022, thus, very soon after the Russian invasion.¹¹

⁷ See for an overview the website of the Council of the EU: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-migration-policy/refugee-inflow-from-ukraine/#help> (last accessed 24 March 2024).

⁸ Formally called: Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, OJ EC L 212/12 of 7 August 2001.

⁹ The full text of Article 2a) reads: 'Temporary protection means a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there is also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operation, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection.'

¹⁰ The full text of Article 2 c) reads: 'Displaced persons means third-country nationals or stateless persons who have had to leave their country or region of origin, or have been evacuated, in particular in response to an appeal by international organisations, and are unable to return in safe and durable conditions because of the situation prevailing in that country, who may fall within the scope of Article 1A of the Geneva Convention or other international or national instruments giving international protection, in particular: (i) persons who have fled areas of armed conflict or endemic violence; (ii) persons at serious risk of, or who have been the victims of, systematic or generalised violations of their human rights'.

¹¹ Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the

Categories of persons being able to benefit from the protection are respectively:

- a) Ukrainian nationals residing in Ukraine before 24 February 2022, and their family members;
- b) Stateless persons and nationals of third countries, who benefited from international protection or equivalent protection in Ukraine (before 24 February 2022) and their family members;¹² and
- c) Permanent residents (stateless persons or nationals of third countries) legally residing in Ukraine and who cannot return safely to their country of origin;¹³

Furthermore, Member States may apply the 4 March Decision also to: Other persons legally residing in Ukraine and who cannot return safely to their country of origin.¹⁴

- d) The notion ‘family members’ mentioned under a) and b) includes the spouse or the unmarried partner in a stable relationship; minor unmarried children; and close relatives who lived together as part of the family and who are wholly or mainly dependent of the primary beneficiary.¹⁵

Since 24 February 2022, more than 4 million Ukrainian people have been registered and are benefitting from temporary protection in the EU.¹⁶

2.2. *Rights and Facilities*

‘Temporary protection’ means that a displaced person may benefit from a set of facilities, the most important being:

- Residence rights;
- Access to the labour market;
- Access to accommodation;

existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection, OJ EU L 71/1 of 4 March 2022.

¹² See Article 2(1) of the Council Implementing Decision.

¹³ See Article 2(2) of the Council Implementing Decision.

¹⁴ See Article 2(3) of the Council Implementing Decision.

¹⁵ See Article 2(4) of the Council Implementing Decision.

¹⁶ See the Commission’s ‘Migration management: Welcoming refugees from Ukraine’ site: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/migration-management-welcoming-refugees-ukraine_en (last accessed 24 March 2024).

- Access to social welfare assistance;
- Access to medical or other assistance;
- Access to the education systems for persons under 18 years and -optionally – for adults,

Another benefit, although of a different kind, concerns the freedom of persons enjoying temporary protection to move to another Member State, and obtain the same rights in that country.¹⁷ Actually, all facilities are ‘minimum’ standards. Member States thus have the option ‘to go beyond’ the level of protection as prescribed by the Directive.¹⁸ The arrangements included in Directive 2001/55 are unique and apply automatically. To that extent they are different, and more beneficial, for the persons in question compared to the ones of asylum seekers.

2.3. What is meant by ‘Temporary Protection?’

According to the arrangements of Directive 2001/55, the period of protection of Ukrainian displaced persons was one year, so up to March 2023.¹⁹ That period though has been automatically extended – twice for a period of six months each – to March 2024.²⁰ Finally, upon a proposal of the Commission of 19 September 2023, the Council decided, on 19 October 2023, to extend the period of protection for another year, until 4 March 2025.²¹

After the deadline of March 2025, Ukrainians will, in principle, be supposed to return to their country. However, other options are available as well: either Ukrainians (and permanent residents legally residing in

¹⁷ Article 26 of Directive 2001/55.

¹⁸ Article 3(5) of Directive 2001/55.

¹⁹ Article 4(1), first sentence, of the Directive.

²⁰ Article 4(1), second sentence of the Directive, according to which provision the duration may be extended ‘automatically by six monthly periods for a maximum of one year’.

²¹ Council Implementing Decision (EU) 2023/2409 of 19 October 2023 extending temporary protection as introduced by implementing decision (EU) 2022/382, OJ EU L series of 24 October 2023, see: [Council Implementing Decision \(EU\) 2023/2409 of 19 October 2023 extending temporary protection as introduced by Implementing Decision \(EU\) 2022/382 \(europa.eu\)](#). The legal basis of that Decision is, apart from Directive 2001/55, in particular Article 4(2) of the Directive, that reads: ‘Where reasons for temporary protection persist, the Council may decide by qualified majority, on a proposal from the Commission, which shall also examine any request by a Member State that it submit a proposal to the Council, to extend that temporary protection by up to one year.’

that country) are formally recognised as ‘refugees’ or enjoying ‘beneficiary of subsidiary protection’ in the Union; or they may profit from possibilities the concept of ‘legal migration’ can offer them.

As for the *first* option, the modalities of the status of a refugee or beneficiary of subsidiary protection are to be found in Directive 2011/95 of 13 December 2011.²² As ‘refugees’ do qualify: ‘people in need of international protection who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group, are outside the country of nationality, and are unable or unwilling to avail him/herself of the protection of that country.’²³ The concept of ‘subsidiary protection’ has been developed by the EU legislator in light of the experiences of the Balkan civil war of the 1990s, more specifically, of the Bosnian crisis when masses of citizens had to flee their homes and regions, due to the attacks of the Serbian army. In Directive 2011/95, a person eligible for subsidiary protection is defined as follows: ‘a third- country national or a stateless person who does not qualify as a refugee but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, or in the case of a stateless person, to his or her country of former habitual residence, would face a real risk of suffering serious harm [...] and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country.’²⁴

The *second* option – ‘legal migration’ – concerns the possibility that third country nationals are granted a right of residence by the immigration authorities of a host Member State. Legal migration applies – in short – once Ukrainians (and other categories of beneficiaries, as earlier mentioned):

- Are either an employed or a self-employed person
- Possess specific skills and capacities
- That qualify him/her to fill a vacancy or to find a place on the labour market of the country of residence.

²² Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, OJ L 337/9 of 20 December 2011.

²³ Article 2 (d) of Directive 2011/95/EU.

²⁴ Article 2 (f) of Directive 2011/95/EU.

In such cases, the beneficiaries may be granted a – possibly temporary – right of residence in one of the Member States, that eventually can be converted into a permanent right of residence. Of course, and as recalled earlier, it is the obligation of the individual Member States of the Union to implement, apply and enforce the several options in a timely and correct manner.²⁵

3. *The Relationship Between Ukraine and the European Union*

3.1. *Historical Elements*

Regarding the relationship between the European Union and Ukraine – until the invasion of Russia on 24 February 2022 –, the following elements are of importance:²⁶

- On 14 June 1994, the – at the time – European Communities concluded a Partnership and Cooperation Agreement (PCA) with Ukraine.²⁷ The Agreement expired in 2008.
- In 2003, the EU neighbourhood policy, the common policy to foster stability, security and prosperity in the EU's neighbouring regions, both in the South and in the East, was launched. Ukraine became a partner of this network.²⁸
- In 2009, the so-called Eastern Partnership, a species of the neighbourhood policy of which Ukraine became a partner, was developed.²⁹
- On 21 November 2013, the Euromaidan Revolution began, in Kiev and elsewhere in the country. The Revolution led to the 2014 'Revolution of Dignity'.³⁰
- On 21 March and 27 June 2014, the Association Agreement was

²⁵ Article 4(3) TEU.

²⁶ See also the EEAS The European Union and Ukraine site: https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-ukraine-relations-factsheet_en (last accessed 24 March 2024).

²⁷ See for the text: Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, and Ukraine, OJ EC L 49/3 of 19 February 1998.

²⁸ https://www.eeas.europa.eu/eeas/european-neighbourhood-policy_en (last accessed 24 March 2024).

²⁹ https://www.eeas.europa.eu/eeas/eastern-partnership_en (last accessed 24 March 2024).

³⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Euromaidan> (last accessed 24 March 2024).

signed by the European Union and Ukraine. The agreement entered fully in force on 1 September 2017. That Agreement includes, inter alia, arrangements related to the establishment of a ‘Deep and Comprehensive Free Trade Area’ (DCTFA) between partners offering Ukraine a multitude of trade facilities.³¹

3.2. *The Application of Ukraine for EU Members*

Almost immediately after the Russian invasion in Ukraine on 24 February 2023, namely on 28 February, Ukraine applied for EU membership.³² The EU, for its part, responded quickly. After a positive opinion of the Commission of 16 June 2022³³, the European Council decided on 23 June 2022 that Ukraine could become a candidate Member State of the EU. A similar decision was taken with regard to Moldova.³⁴

The accession criteria, or so-called ‘Copenhagen’ criteria (the European Council defined them in its session in Copenhagen in June 1993),³⁵ are the essential conditions all candidate countries must satisfy to become a Member State. They are threefold:

- Political criteria: stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities;
- Economic criteria: a functioning market economy and the capacity to cope with competition and market forces;
- Administrative and institutional capacity to effectively implement the *acquis*³⁶ and ability to take on the obligations of membership.

³¹ Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ L 161 of 29 May 2014.

³² <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine> (last accessed 24 March 2024).

³³ Commission document COM(2022)407 final of 17 June 2022, at <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2022-06/Ukraine%20Opinion%20and%20Annex.pdf>.

³⁴ Conclusions of the European Council of 23 and 24 June 2022, under III.11, at <https://www.consilium.europa.eu/media/57442/2022-06-2324-euco-conclusions-en.pdf>. On the same occasion, Georgia was qualified as a ‘potential’ candidate Member State: under III.13.

³⁵ Conclusions of the Presidency of 21-22 June 1993, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_93_3 (last accessed 24 March 2024), see paragraph 7 at iii.

³⁶ The ‘acquis’ basically refers to the rules, standards and policies that make up the body of EU law.

Moreover, the Union's capacity to 'absorb' new members is another element to take into consideration.³⁷

In its '2023 Communication on EU Enlargement Policy' of 8 November 2023, the Commission recommended the Council – *inter alia* – to open accession negotiations with Ukraine.³⁸ Based on these recommendations, the European Council, on 14 December 2023, decided to open accession negotiations with Ukraine (and Moldova).³⁹

3.3. The Accession Process

To implement the 'Political' criteria for EU membership, a candidate Member State has to fulfil a number of so-called minimum requirements. These requirements – actually, the reference is to the fundamental values of the European Union – are included in Article 2 TEU and referred to in Article 49 TEU⁴⁰. In practice, the values of democracy, respect of human rights and the rule of law are of particular importance. In the case of Ukraine, it is clear that a lot of homework has to be done by that country, before being able – not only to respect, apply and enforce the minimum requirements, but equally – to implement all existing EU policies. In the public debate so far people talk about 'years and years', not to say decades. That said, meanwhile an intensive cooperation can be developed (*inter alia*) with Ukraine, especially in policy domains where important mutual interests are at stake, such as foreign policy, defence, migration, justice cooperation, but also climate change, environmental protection and energy. In all these domains – all related by the way to the broad area of 'security' – quite large national competences still exist.

In such a scenario, Ukraine could join EU meetings and discussions in

³⁷ https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en (last accessed 24 March 2024).

³⁸ Document [COM \(2023\) 690 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=COM:2023:690:FIN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=COM:2023:690:FIN) (last accessed 24 March 2024). See also at: <https://www.consilium.europa.eu/media/57457/2022-06-2324-euco-conclusions-it.pdf>.

³⁹ <https://www.consilium.europa.eu/media/68967/european-council-conclusions-14-15-12-2023-en.pdf> (last accessed 24 March 2024), paragraph 15.

⁴⁰ Article 49 TEU reflects the procedure to be followed when applying for EU membership, as well as the course of the accession process. The first sentence of the first paragraph reads as follows: "Any European State which respects the values referred to in Article 2 and is committed to promoting them may apply to become a member of the Union".

the capacity of ‘observer’. In so doing, Ukraine can – and must be encouraged to – start to implement Brussels decisions on a voluntary basis, too.

An additional advantage of such an approach is that the process of accession will become concrete and visible for a wider public. It thus can motivate – not only the government, but also – the Ukrainian people to make best efforts to achieve the objective of accession. The access to more specific common policy areas such as the internal market cooperation can be reserved for a later stage, although – and that should not be forgotten – in this domain, a lot has already been achieved, thanks to the existence, as earlier mentioned, of the Deep and Comprehensive Free Trade Area between Ukraine on the one hand, and the EU plus its Member States on the other. In this process – it basically is about ‘capacity building’ –, the candidate Member States have to be assisted by the existing Member States, with all possible means: financial, physical and technical. For that purpose, the Union should be encouraged to make adequate funding available. All this means that the best approach to guide and accompany Ukraine towards full membership of the Union is a gradual one. It would mean that Ukraine may become – possibly for years – a partner in a differentiated cooperation model, a multi-speed Europe as it were.

On the other hand, it may be that in case of future changes or adjustments of the EU Treaties, not all Member States are able to immediately subscribe to the new objectives. In such a situation, the possibility must be created for a large group of Member States to already move forward, whereas the remaining Member States can follow once they are willing and ready to do so. However, in order to provide for such a possibility, the EU Treaty has to be amended, according to the ordinary revision procedure.⁴¹

3.4. Perspectives for EU Membership

Anyway, so much is clear: Ukraine can only become a full Member State of the European Union once the country fulfils the minimum requirements for membership, subscribes to all EU objectives, and is prepared to fully implement EU legislation and policies in all domains, of course and if so wished by making use of transitional arrangements.

⁴¹ Article 48 (2-5) TEU.

A final point in this discussion is this: once Ukraine has become a full Member State of the Union, the fundamental freedoms of the internal market (free movement of goods, persons, services and capital)⁴² will become of application. Except if by that time transition periods will have been agreed and included in the accession treaty, the principle of free movement of persons – one of those fundamental freedoms – will allow Ukrainians to travel freely from the one Member State to another in order to find a job or establish a firm, and to bring his/her family members with them. Such a perspective will definitively reflect a drastic change compared to the present status of millions of Ukrainians who had – and still have – to leave their homes and residences due to the violence caused by the Russian aggression of 24 February 2022, to find protection elsewhere.

4. Final Remarks

The Ukraine war is illegal, it is the result of an unprovoked Russian invasion in a sovereign country, Ukraine. Russia has violated fundamental principles of international cooperation. There are countless casualties, including many innocent civilians. Russia furthermore has caused widespread and ruthless damage and disruptions and violated numerous international and European values and standards regarding the respect of human rights and fundamental freedoms.

The international impact of the war is immense. Indeed, peace, security and justice notably in Europe have been negatively affected. Furthermore, massive migration movements have taken place and are still taking place. It is not an exaggeration to say that the geopolitical consequences of the war are visible world-wide. There are effects of the war purely at the national level. Think, for instance, of the reception of Ukrainian displaced persons in host countries, or the implementation of sanctions that have been issued over the time.

Essentially though, this war must be considered a European issue. In this stage of the war, we can refer to:

- The impact for peace, stability and justice on the continent;
- The reception of millions of Ukrainians in countries in Western Europe;

⁴² Article 26 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

- The economic and financial sanctions imposed by the EU on Russia; and
- The diversity of types of assistance provided by the Union to Ukraine.

Another factor of relevance in this discussion concerns Ukraine's application for membership of the EU, submitted immediately after the start of the war. Indeed, Ukraine's application and status as a candidate Member State of the EU has given a stimulus to the broader topic of the EU enlargement process, involving at least nine countries.⁴³ It has brought the enlargement discussion, with all its dimensions and complications, to the centre of the political debate in Brussels for the coming years.⁴⁴

Once the war will be over, there will be a need to assist Ukraine – in whatever form – in the process of reconstruction, at international and European level. At the international level, hopefully a Marshall Plan for Ukraine can be drawn up. Apart from such an international initiative, at European Union level a special Reconstruction Project should be developed, containing – in the context of Ukraine's preparation of full EU membership – assistance by the Union and the existing Member States in two respects:

- Assistance in the process to develop stable institutions guaranteeing democracy, the rule of law, and the respect of human rights and fundamental freedoms; and
- Assistance – also the business community in the Union should

⁴³ Apart from Ukraine, Serbia, North Macedonia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Albania, Moldova, Georgia. Turkey, in principle also a candidate Member State, is a case in itself.

⁴⁴ See, for the more general discussion about the future EU Enlargement two recent contributions the author wrote for a European Studies Network in Brussels: Jaap DE ZWAAN, *The Enlargement of the European Union: some aspects that deserve priority attention*, TEPSA (Transeuropean Policy Studies Association) brief 9/2023, September 2023, *The enlargement of the European Union: some aspects that deserve priority attention*, <https://tepsa.eu/analysis/the-enlargement-of-the-european-union-some-aspects-that-deserve-priority-attention> (last accessed 24 March 2024), and: Jaap DE ZWAAN, *The Accession of new Member States: a gradual approach, combined with an early involvement in EU policy making, is to be preferred to a rapid Accession*, contribution to the European Council Experts' Debrief of November 2023, organised by TEPSA (Transeuropean Policy Studies Association): *What does future EU enlargement require to be a success?*, EUCO Debrief November 2023, pp. 27-29 (<https://tepsa.eu/wp-content/uploads/2023/11/EU-CO-Debrief-November-2023.pdf>) (last accessed 24 March 2024).

play a role here – in the economic domain, by creating trade facilitations and making huge investments in the country.

Ideally, by that time most of the Ukrainian nationals, having profited from temporary protection in one of the Member States of the Union, will have found their way home. They thus will be able to deliver their share in the reconstruction process. Let us hope that, in so doing, Ukraine and its population will soon find its well-deserved place in a stable and safe Europe, functioning according to the well-known EU fundamental values, and as a full-fledged Member State of the European Union.

CYBER-SECURITY IN TIMES OF WAR: A NEW PUBLIC TASK

*Paulina Starski**

We all aware of various cases of cyberattacks¹ – allow me to start with some examples:

In 2007 websites of several ministries of Estonia have become victim to cyberattacks.² Data suggests Russian involvement,³ although this has never been ultimately proven.⁴

In 2010 the highly sophisticated worm Stuxnet⁵ managed to destroy up to a fifth of Iran's nuclear programs separation centrifuges in its Natanz nuclear enrichment lab.⁶ Stuxnet's complex mode of operation⁷ conclusively implicate a nation-state actor, whilst circumstantial evidence heavily implies a joint project between US and Israeli intelligence as the most likely origin.⁸

* Prof. Dr. Paulina STARSKI, Professorin für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau.

¹ On the concept of cyberattacks see e.g. Oona A. HATHAWAY / Rebecca CROTOF / Philip LEVITZ / Haley NIX / Aileen NOWLAN / William PERDUE / Julia SPIEGEL, *The Law of Cyber-Attack*, in: *California Law Review* 100 (2012), p. 817 (822 ff.).

² Rain OTTIS, "Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective", in: REMENYI (ed.), *Proceedings of the 7th European Conference on Information Warfare Security*, 2008, p. 163 (163). See also Samuli HAATAYA, *The 2007 cyber attacks against Estonia and international law on the use of force: an informational approach*, in: *Law, Innovation and Technology* 9 (2017), p. 159 ff.

³ See Stephen HERZOG, *Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses*, in: *Journal of Strategic Security* 4 (2011), p. 49 ff.

⁴ Una Aleksandra BĚRZINA-ČERENKOVA et al., *Hybrid Threats: A Strategic Communications Perspective*, 2019, p. 52; Rain OTTIS, "Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective", in: REMENYI (ed.), *Proceedings of the 7th European Conference on Information Warfare Security*, 2008, p. 163 (166).

⁵ See Sean COLLINS / Stephen MCCOMBIE, *Stuxnet: the emergence of a new cyber weapon and its implications*, in: *Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism* 7 (2012), p. 80 ff.

⁶ Michael B KELLEY, *The Stuxnet Attack On Iran's Nuclear Plant Was "Far More Dangerous" Than Previously Thought*, in: <https://www.businessinsider.com/stuxnet-was-far-more-dangerous-than-previous-thought-2013-11>, last accessed 03 March 2024.

⁷ Joan JACINTO, *Building a Cyber Secure Plant*, in: <https://web.archive.org/web/20210421092726/https://www.totallyintegratedautomation.com/2010/09/building-a-cyber-secure-plant/>, last accessed 03 March 2024.

⁸ Ellen NAKASHIMA / Fyoby WARRICK, *Stuxnet was work of U.S. and Israeli experts*,

In January of 2022 Ukraine was subjected to a range of different cyberattacks, ranging from destructive wipers and website-hacks⁹ to espionage operations.¹⁰ Although attribution remains difficult, several cyberattacks could be traced back to advanced persistent threats, directly or indirectly associated with Russian¹¹ and Belorussian¹² intelligence. Attacks intensified in February, ranging from Distributed Denial of Service-attacks¹³ on the Ukrainian defense ministry, army and banks¹⁴ to another wiper attack

officials say, in: https://www.washingtonpost.com/world/national-security/stuxnet-was-work-of-us-and-israeli-experts-officials-say/2012/06/01/gJQAlnEy6U_story.html, last accessed on 06 December 2023; Ronen BERGMAN / Mark MAZZETTI, The Secret History of the Push to Strike Iran, in: <https://www.nytimes.com/2019/09/04/magazine/iran-strike-israel-america.html>, last accessed 03 March 2024.

⁹ Destructive malware targeting Ukraine organizations, in: <https://www.microsoft.com/en-us/security/blog/2022/01/15/destructive-malware-targeting-ukrainian-organizations/>, last accessed 13 December 2022; Andrew E. KRAMER, Hackers Bring Down Government Sites in Ukraine, in: <https://www.nytimes.com/2022/01/14/world/europe/hackers-ukraine-government-sites.html>, last accessed 03 March 2024.

¹⁰ Kyle ALSPACH, Microsoft discloses new details on Russian hacker group Gamaredon, in: <https://venturebeat.com/security/microsoft-discloses-new-details-on-russian-hacker-group-gamaredon/>, last accessed 03 March 2024.

¹¹ Cf. Kyle ALSPACH, Microsoft discloses new details on Russian hacker group Gamaredon, in: <https://venturebeat.com/security/microsoft-discloses-new-details-on-russian-hacker-group-gamaredon/>, last accessed 06 December 2023; Vitor VENTURA, Gamaredon – When nation states don't pay all the bills, in: <https://blog.talosintelligence.com/gamaredonactivities/>, last accessed 03 March 2024.

¹² Pavel POLITYUK, Exclusive Ukraine suspects group linked to Belarus intelligence over cyberattack, in: <https://www.reuters.com/world/europe/exclusive-ukraine-suspects-group-linked-belarus-intelligence-over-cyberattack-2022-01-15/>, last accessed 03 March 2024.

¹³ Distributed Denial of Service. Such an attack “occurs when legitimate users are unable to access information systems, devices, or other network resources due to the actions of a malicious cyber threat actor. Services affected may include email, websites, online accounts (e.g., banking), or other services that rely on the affected computer or network. A denial-of-service condition is accomplished by flooding the targeted host or network with traffic until the target cannot respond or simply crashes, preventing access for legitimate users. DoS attacks can cost an organization both time and money while their resources and services are inaccessible,” see Cybersecurity & Infrastructure Security Agency, 1 February 2021, <https://www.cisa.gov/news-events/news/understanding-denial-service-attacks>, last accessed 03 March 2024.

¹⁴ Laura KELLY, Ukraine Defense Ministry, banks hit by cyberattack amid tensions with Russia, in: <https://thehill.com/policy/international/594330-ukraine-defense-ministry-banks-hit-by-cyberattack-amid-tensions-with/>, last accessed 06 December 2023; Valerie HOPKINS, A hack of the Defense Ministry, army and state banks was the largest of its kind in Ukraine's history, in: <https://www.nytimes.com/2022/02/15/world/europe/ukraine-cyberattack.html>, last accessed 03 March 2024.

on February 23, just before the invasion.¹⁵ The attacks were also targeted at foreign companies, providing services to the Ukrainian military, such as satellite communications provider “Viasat”.¹⁶ A flood of further attacks, targeting Ukrainian civilians in Ukraine with phishing attacks intensified in March 2022.¹⁷

In light of these and similar occurrences the aspect of cybersecurity has been a vital issue for many states for a considerable time now.¹⁸ Various states supporting Ukrainian efforts to repel the Russian aggression without having become parties to the ongoing international armed conflict fear that a cyberwar might unfold in light of Russia’s inclination to retaliate.¹⁹ And indeed, according to the European Union Agency for Cybersecurity (ENISA)²⁰ non-state actors who are supported by the Russian government “have carried out cyber operations against entities [...] in Ukraine and in countries that support it.”²¹

Considering these events, the following contribution will proceed as follows:

¹⁵ SYMANTEC, Ukraine: Disk-wiping Attacks Precede Russian Invasion, in: <https://symantec-enterprise-blogs.security.com/blogs/threat-intelligence/ukraine-wiper-malware-russia>, last accessed 03 March 2024.

¹⁶ James PEARSON / Raphael SATTER / Christopher BING / Joel SCHECTMAN, U.S. spy agency probes sabotage of satellite internet during Russian invasion, sources say, in: <https://www.reuters.com/world/europe/exclusive-us-spy-agency-probes-sabotage-satellite-internet-during-russian-2022-03-11/>, last accessed 03 March 2024; Gordon CORERA, Russia hacked Ukraine satellite communications, officials believe, in: <https://www.bbc.com/news/technology-60796079>, last accessed 03 March 2024.

¹⁷ Report: Recent 10x Increase in Cyberattacks on Ukraine, in: <https://krebsonsecurity.com/2022/03/report-recent-10x-increase-in-cyberattacks-on-ukraine/>, last accessed 03 March 2024.

¹⁸ See Richard STIENNON, “A Short History of Cyber Warfare”, in: GREEN (ed.), *Cyber Warfare*, 2015, p. 7 ff.; Thomas MILLER / Alexander STAVES / Sam MAESSCHALCK / Miriam STURDEE / Benjamin GREEN, Looking back to look forward: Lessons learnt from cyber-attacks on Industrial Control Systems, in: *International Journal of Critical Infrastructure Protection* 35 2nd ed. 2024, para 55 (on file with the authors).

¹⁹ Cf. Henning LAHMANN, § 6, in: HORNUNG / SCHALLBRUCH (eds.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2nd ed. 2024, para. 55 (on file with the author).

²⁰ See on ENISA Regulation (EU) 2019 / 881 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526 / 2013 (Cybersecurity Act).

²¹ EUROPEAN PARLIAMENT, Cybersecurity: main and emerging threats (27 January 2022) in: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20220120STO21428/cybersecurity-main-and-emerging-threats>, last accessed 06 December 2023.

First, I will sketch the peculiarities of cyberspace, the notion of cyberattacks and the concept of cybersecurity [I.].

Second, I will reflect on the concept of “public tasks” and “state tasks” with view to cybersecurity [II.].

Third, I will evidence that constitutional, supranational and international law in particular render cybersecurity a state task both in peace times and in times of war [III.]. Fourth, I will present some concluding findings [IV.].

1. *Concept of Cyberspace, Cyberattacks and Cybersecurity in General*

Cyberspace²² is a virtual space shaped by a system of networks created by computers and other electrical devices able to store and exchange data. While it is generated by complex data processing,²³ cyberspace depends on a physical infrastructure being therefore regularly situated in the territorial sphere of states.²⁴ The peculiarity of its architecture is the predominance of private actors, who most commonly provide cyberinfrastructure, hence posing regulative challenges. Cyberspace and digital networks enjoy a serving function in society. Hence their dysfunctionality is regularly detrimental to the provision of public goods and the enjoyment of individual rights.²⁵

A “cyberattack”, which might cause such a dysfunctionality, is defined by some as “any action taken to undermine the functions of a computer network”, especially “for a political or national security purpose”.²⁶ Very

²² On the concept of cyberspace Nicholas TSAGOURIAS, “The legal status of cyberspace”, in: TSAGOURIAS / BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, 2015, p. 13 ff.; Michael N. SCHMITT, *Cyberspace and International Law: The Penumbral Mist of Uncertainty*, in: *Harvard Law Review Forum* 126 (2012-2013), p. 176 ff.

²³ On complexity see Ralf POSCHER / Philipp LASSAHN, § 7, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 17.

²⁴ Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (ed.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 34.

²⁵ Ralf POSCHER / Philipp LASSAHN, § 7, in: HORNING / SCHALLBRUCH (ed.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 7.

²⁶ Oona A. HATHAWAY / Rebecca CROTOF / Philip LEVITZ / Haley NIX / Aileen NOWLAN / William PERDUE / Julia SPIEGEL, *The Law of Cyber-Attack*, in: *California Law Review* 100 (2012), p. 817 (821); See Art. 4 no. 1 EU Security of Network and Information Systems Directive (EU) 2016 / 1148 (NIS): “(1) ‘network and information system’ means: (a) an electronic communications network within the meaning of point (a) of

schematically a typology of cyberattacks could be sketched by differentiating between the attacker – state or non-state actor – and the entity being negatively affected by an attack – again state or non-state actor. We might also think of various degrees of involvement of a state in non-state actor activities – ranging from benevolent passivity to direction and control. We can also distinguish between cyberattacks which solely focus on digital assets – e.g. theft or confidential information or trade secrets²⁷ – and those which have physical consequences in reality – for example leading to the destruction of property or causing physical harm to natural persons. The latter could be – to present another variant – either the effect of directing a particular information system to initiate a physical destructive process – e.g. an explosion – or the effect of rendering a network system on which e.g. life-saving medical machines depend inoperable.²⁸

The antagonist to “cyberattacks” is “cybersecurity”:²⁹ Cybersecurity – a term which is closely connected with the concept of “risk society” –

Article 2 of Directive 2002 / 21 / EC; (b) any device or group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, perform automatic processing of digital data; or (c) digital data stored, processed, retrieved or transmitted by elements covered under points (a) and (b) for the purposes of their operation, use, protection and maintenance; [...]. See now Art. 6, No. 1 Directive (EU) 2022 / 2555 (N152).

²⁷ An infamous example for such a constellation are the cyberattacks against three US oil companies – ExxonMobil, Marathon and ConocoPhillips – which were initiated in 2008 from network servers located in China for the purpose of obtaining data on the location and precise value of oil discoveries. 2010 against Google China by hackers within that country, allegedly intending to disable the e-mail accounts of human rights protesters. Source secret language (trade confidential) was acquired.

²⁸ In the latter case we would have the destruction of tangible property. In all other cases “intangible” assets (trade secrets, data) or digital assets (websites, the information network itself) will be affected (which impact on a company’s business). Now, we can also imagine the case that digital assets of a company might be targeted which has no presence within the state whose possible protection obligations are in question. These digital assets might be, however, “present” within the host state’s territory (e. g. stored on servers within the territory).

We could also imagine the case that there is neither a company presence within a state nor are digital assets physically in any way present within its territory but merely accessible from its territory.

²⁹ On the concept of “cybersecurity” Dominik HERRMANN / Henning PRIDÖHL, “Basic Concepts of Cybersecurity”, in: CHRISTEN / GORDUN / LOI (eds.), *The Ethics of Cybersecurity*, 2020, p. 11 ff.; Mazaher KIANPOUR / Stewart James KOWALSKI / Harald ØVERBY, Advancing the concept of cybersecurity as a public good, in: *Simulation Modelling Practice and Theory* 116 (2022), p. 1 ff.; Alan T. SHERMAN / David DELATTE / Michael NEARY / Linda OLIVA / Dhananjay PHATAK / Travis SCHEPONIK / Geoffrey L. HERMAN / Julia THOMPSON, Cybersecurity: Exploring core concepts through six scenarios, in: *Cryptologia* 42 (2018), p. 337 ff.; Ingolf PERNICE, *Global cybersecurity governance: A constitutionalist*

describes in the most basic terms an optimum strived for in which IT systems are protected from attacks by states or non-state actors both from within a state or external to it.³⁰ Preventive and precautionary measures undertaken to achieve this optimum aim at hardening resilience against these cyberattack threats. The particular protective goals with view of cybersecurity regularly include safeguarding the integrity, confidentiality and availability of network systems.³¹

2. *Cybersecurity as Public Task*

To what extent can cybersecurity understood along these lines – and here I come to my second point – be conceptualized as a public task?

Allow me to reflect on the idea of public and state tasks, first.

“Public tasks” are tasks whose fulfillment lies in the public interest³² being in principle fulfillable by both the state as well as private actors.

The idea of “state tasks” depicts a state in a functionalist manner³³ echoing the “doctrine of the purposes of a state” – the “Staatszwecklehre”. While “Staatszwecke” have been determined differently throughout history depending on the underlying theoretical conception of the state, in their modern guise, “Staatszwecke” refer to the legitimizing and limiting determinants of state authority.³⁴ They denote the “reasons” for a state’s existence and are defined by their “finality”.³⁵ The “classical quadriga”³⁶

analysis, in: *Global Constitutionalism* 7 (2018), p. 112 ff.; Melissa LUKINGS / Arash Habibi LASHKARI, *Understanding Cybersecurity Law and Digital Privacy*, 2022, p. 59 ff.

³⁰ Isabella RISINI, IT-Sicherheit: ein verfassungsrechtlicher Zugang, in: BITTNER / GUNTERMANN / MÜLLER / ROSTAM (eds.), *Cybersecurity als Unternehmensleistungsaufgabe*, 2021, p. 107 (108); Ralf POSCHER / Philipp LASSAHN, § 7, in: HORNING / SCHALLBRUCH (ed.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 6.

³¹ Gerrit HORNING / Martin S SCHALLBRUCH, § 1, in: HORNING / SCHALLBRUCH (ed.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 13.

³² Stefan KORIOTH, Art. 30, in: DÜRING / HERZHOG / SCHOLZ, 103rd Suppl. September 2024, para. 14.

³³ Martti KOSKENNIEMI, “The legacy of the nineteenth century”, in: ARMSTRONG (ed), *Routledge Handbook of International Law*, 2011, p. 141 (150).

³⁴ For this understanding see Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (17).

³⁵ Georg RESS, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40. Jahre Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 56 (62).

³⁶ Herbert BETHGE, Staatszwecke im Verfassungsstaat – 40 Jahre Grundgesetz, in:

of “purposes” of the modern (constitutional) nation state involves, first, the facilitation of the public good.³⁷ Second, it comprises internal and external peace and security which is safeguarded by the state monopoly on the use of force.³⁸ The quadriga is complemented, thirdly, by public welfare in the wider sense and, fourthly, the protection of individual rights.³⁹ In the modern constitutional state, “Staatszwecke” are enshrined in positive constitutional law – especially in human rights law as well as in general constitutional principles.⁴⁰

From the debate on purposes of the state we have to distinguish the concept of “state tasks”. “State-tasks” form a sub-category of “public tasks”⁴¹ and are those tasks which the state assumes as “its own”⁴² within the constitutional framework thereby delineating the issues that are in the regulative sphere of the state and those that remain in private realm.⁴³ A state task is either constitutionally commanded or – while not

DVBl. 1989, p. 841 (843); Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (8).

³⁷ Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (25 ff.); Georg RESS, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40. Jahre Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 56 (107).

³⁸ Detlef MERTEN, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975; Markus HEINTZEN, Das staatliche Gewaltmonopol als Strukturelement des Völkerrechts, in: *Der Staat* 1986, p. 17 (25).

³⁹ Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (18).

⁴⁰ On the turn to “constitutional positivism” at the beginning of the Federal Republic of Germany Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (14).

⁴¹ Stefan KORIOTH, “Art. 30“; in: DÜRIG / HERZOG / SCHOLZ (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 103rd Suppl. 2024, para. 14; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2nd ed. 2004, para. 79.

⁴² Cf. Josef ISENSEE, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: ISENSEE / KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. VI, 3rd ed. 2008, § 133, para. 38; Ines HÄRTEL, “Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder im Lichte des wohlgeordneten Rechts“, in: HÄRTEL (eds.), *Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt* Vol. I, 2012, p. 527 (542, para. 24).

⁴³ Josef ISENSEE, “Die bundesstaatliche Kompetenz“, in: ISENSEE / KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. VI, 3rd ed. 2008, § 133, para. 38. Christoph LINK, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 48 (1990), p. 7 (18 ff.).

commanded – constitutionally available.⁴⁴ The state may cooperate with private actors to steer the fulfilment of public tasks. In that regard German public doctrine operates with the idea of a “guarantor state” – a “Gewährleistungsstaat”.⁴⁵ Yet, at times necessary state tasks exist which can only be fulfilled by exercising state authority.

It is my basic contention – which is also shared by others – that cybersecurity not only represents a public task but also a “state task” since the obligation to safeguard cybersecurity on the part of states emanates from constitutional, supranational and international law.⁴⁶

3. *State Obligation in terms of Cybersecurity*

Coming now to my third point I will in a first step briefly address constitutional [3.1.] as well as supranational obligations of states [3.2.] with view to cybersecurity and focus – in a third step – on the international legal sphere taking two particular sets of rules in view [3.3.].

3.1. *Constitutional Law*

If we take a look at constitutional law, following observations can be made: First, cybersecurity forms part of the general public task of a state to secure and safeguard security. Second, the exercise of various fundamental rights as enshrined in various constitutional orders depends on cyberspace⁴⁷ and fundamental rights do also cover activities within the cyberspace – for example the right to free speech etc. Beyond that we can identify a progressive development in fundamental rights jurisprudence: In 2008 the German Federal Constitutional Court acknowledged

⁴⁴ Kyrill-Alexander SCHWARZ, “Grundfragen”, in: STERN / SODAN / MÖSTL (eds.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2nd ed. 2022, § 20 para. 4.

⁴⁵ On the concept of “Gewährleistungs verantwortung” see Florian BECKER, in: STERN / SODAN / MÖSTL (eds.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2nd ed., 2022, § 25, para. 40.

⁴⁶ But see Ralf POSCHER / Philipp LASSAHN, § 7, in: HORNUNG / SCHALLBRUCH (eds.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 2.

⁴⁷ Isabella RISINI, *IT-Sicherheit: ein verfassungsrechtlicher Zugang*, in: BITTNER / GUNTERMANN / MÜLLER / ROSTAM (eds.), *Cybersecurity als Unternehmensleistungsaufgabe*, 2021, p. 107 (118 ff.).

the fundamental right to protection of the confidentiality and integrity of information technology systems deriving it from Art. 2 para. 1 in conjunction with Art. 1 Basic Law⁴⁸. While this fundamental right protects primarily from state interference, positive obligations of the state with view to cybersecurity are arguable – both in peace and war times.

Beyond that cyberattacks might have negative effects on legal interests which the state is obliged to protect based on fundamental rights – like physical integrity or the right to life-hence triggering positive obligations which require the state to act in a protective manner while granting it a broad margin of discretion in terms of how relevant legal interests are to be protected. Due to the peculiarities of cyberspace positive obligations are already activated when plausible abstract but significant threats exist.⁴⁹ Positive obligations entail in that regard a principle of precaution.

3.2. Supranational Law

Taking supranational law in view following observations can be made: Legislative activity in the field of cybersecurity on the part of the EU is not barred by Art. 4 para. 2 TEU. Acknowledging that fundamental rights as enshrined in the Charter entail positive obligations allows to reconstruct cybersecurity legislation on the EU level as the protection of European fundamental rights. It is also a matter of fundamental freedoms, the functioning internal market as well as the area of freedom, security and justice. Against this backdrop and seen together with the principle of precaution we can observe that cybersecurity is governed on the level of EU secondary law which attributes member states a key role: Besides the Cybersecurity Act⁵⁰ the NIS2-Directive based on Art. 114 TFEU⁵¹ is to be mentioned. Its Art. 7 obliges member states to adopt “a

⁴⁸ FCC, order of the First Senate of 27 February 2008 - 1 BUR 370/07.

⁴⁹ Here and before: Ralf POSCHER / Philipp LASSAHN, § 7, in: HORNUNG / SCHALLBRUCH (eds.), *IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch*, 2021, para. 40 ff.

⁵⁰ Regulation (EU) 2019 / 881.

⁵¹ Directive (EU) 2022/2555. The proposal for a EU Cyber Resilience Act (COM/2022/454 final) introduces a regulation on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019 / 1020. The proposal for a EU Cyber Solidarity Act (COM (2023) 209 final) laying down measures to strengthen solidarity and capacities in the Union to detect, prepare for and respond to cybersecurity threats and incidents should also be mentioned.

national cybersecurity strategy”. A further normative pillar of cybersecurity is the Common Security and Defence Policy (CSDP). Fairly recently and in light of the Russian aggression against Ukraine the European Parliament and the Council issued a Joint Communication sketching the basics of the EU Policy on Cyber Defence in which member states fulfill a key role⁵².

3.3. International Law – State to State Obligations and State to Individual Obligations

Taking the international legal sphere in view we can – at the outset – observe that it is well established that international law governs state conduct with view to global cyber networks and corresponding cyber systems. While international law is generally apt to enhance cybersecurity, the fact that most international legal rules governing state conduct in peace times and in times of armed conflict have been designed for the physical world, inevitably leads to open questions as to their application with view to cyberspace, possible normative lacunae and the necessity for coordinated international rule-specification, rule-interpretation and potentially rule-setting processes.⁵³

A cyberoperation may constitute a use of force if its consequences qualify in their scale and effects as force irrespective of the exertion of kinetic energy (effects-based approach) entailing detrimental effects to the physical integrity of objects and persons,⁵⁴ while mere economically detrimental effects are not sufficient. Under even more restrictive conditions a cyberattack might constitute an armed attack within the meaning of Art. 51 UN Charter justifying self-defence measures. Cyberoperations might violate the principle of non-intervention if they seize and manipulate cyberinfrastructure present within the territory of a state in order to generate a certain result – e. g. the outcome of an election – or use its

⁵² Join/2022/49 final.

⁵³ Cf. Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch, 2021, para. 50. See also Tallinn Manual 2.0.

⁵⁴ Marco ROSCINI, Cyber Operations and the Use of Force in International Law, 2014, p. 43 ff.; Christine GRAY, International Law and the Use of Force, 2017, p. 35 ff.; Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch, 2021, para. 22, 32.

infrastructure with the intention to coerce a state to alter its conduct.⁵⁵ They might also violate particular rules underlying the principle of state sovereignty if they affect cyber infrastructure present within a state's territorial sphere substantially.⁵⁶ Rules of international humanitarian law (IHL) governing non-international and international armed conflicts apply to cyberoperations which display a nexus to a particular armed conflict.⁵⁷ IHL conveys various protective obligations onto the parties of the conflict. The parties have a duty to halt cyberoperations which infringe IHL rules. The duty to take precautionary measures with view to civilians extends to cyberattacks.⁵⁸

While there is a large set of international legal rules requiring a state to refrain from particular cyber operations and while it may pose difficulties to attribute a particular cyberoperation to a state, the obligation to realize cybersecurity emanates from various obligations to prevent which relativizes the difficult task to attribute a specific cyberoperation to a state to a certain extent.⁵⁹

Hence the conduct of a state with view to cyberoperations originating in its territory comes into the spotlight.⁶⁰ In that regard two sets of rules are to be mentioned in an exemplary manner: the "no-harm rule" on the one hand [a)] as well as obligations stemming from international investment treaties on the other [b)].

⁵⁵ Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch, 2021, para. 36, 30.

⁵⁶ Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch, 2021, para. 44.

⁵⁷ See Herbert LIN, Cyber conflict and international humanitarian law, in: *International Review of the Red Cross* 94 (2012), p. 515 ff.; Michael N. SCHMITT, International Humanitarian Law and the Conduct of Cyber Hostilities: Quo Vadis?, in: *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 13 (2022), p. 189 ff.; Laurent GISEL / Tilman RODENHAUSER / Knut DÖRMANN, Twenty Years On: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflict, in: *International Review of the Red Cross* 102 (2020), p. 325 ff.

⁵⁸ Art. 51 and 58 Add Protocol I to the Geneva Conventions.

⁵⁹ A state is obliged to ensure that no cyberoperations are conducted from its territory which are harmful to other states. See also below.

⁶⁰ Henning LAHMANN, § 6, in: HORNING / SCHALLBRUCH (eds.), IT-Sicherheitsrecht: Praxishandbuch, 2021, para. 48.

a) *No-Harm Rule*⁶¹

One of the most fundamental positive obligations incumbent on a state is its duty to protect other states from harm. This obligation is intrinsically linked to a state's sovereignty⁶² and – closely related to this – the authority and (effective) control it exercises over its territory.⁶³ A state is obliged to prevent that acts injurious to other states originate within its territory.⁶⁴ Territorial sovereignty hence corresponds with duties, especially “the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory”.⁶⁵

The general obligation to prevent corresponds with the principle of *sic utere tuo ut alienum non laedas*.⁶⁶ The “*non laedas*-rule” originates from the obligations of states concerning the protection of aliens present within their territory.⁶⁷ It does furthermore find its doctrinal roots in international environmental law as various international judicial sources evidence (including the arbitral awards in the *Trail Smelter*⁶⁸ and *Lac Lanoux*⁶⁹ cases,

⁶¹ Tallinn Manual 2.0 Rule 6: “A State must exercise due diligence in not allowing its territory, or territory or cyber infrastructure under its governmental control, to be used for cyber operations that affect the rights of, and produce serious adverse consequences for, other States.”

⁶² *Island of Palmas case (Netherlands, USA)* (1928) RIAA Vol. II, 829 (839).

⁶³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, Advisory Opinion [1971] ICJ Rep 16, para. 118. For more on this see: Liesbeth ZEGVELD, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, 2002, p. 209.

⁶⁴ See Manuel GARCÍA-MORA, *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, 1962, p. 18 ff.; Theresa REINOLD, *State weakness, irregular warfare, and the right to self-defense* post 9 / 11, in: *American Journal of International Law* 105 (2011), p. 244 (250).

⁶⁵ *Island of Palmas case (Netherlands, USA)* (1928) RIAA Vol. II, 829 (869).

⁶⁶ See already Paulina STARSKI, *Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor*, in: *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 (2015), p. 455 (474 ff.). See also *Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4 (22).

⁶⁷ On this see already Christian WOLFF, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (translated by Joseph H. DRAKE, 1934), 1764, Chapter I, § 173 (“No Nation ought to injure another.”); Pierre-Marie DUPUY / Cristina HOSS, “*Trail Smelter and Terrorism*”, in: BRATSPIES / MILLER (eds.), *Transboundary Harm in International Law*, 2006, p. 225 (232).

⁶⁸ *United States v. Canada*, RIAA Vol. III (16 April 1938 and 11 March 1941) 1905 ff. ((1941) 35 AJIL 684 ff.).

⁶⁹ *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)* (1957) 24 ILR 101.

the ICJ judgment in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case⁷⁰ as well as the ICJ *Advisory Opinion on Nuclear Weapons*).⁷¹ Not only does the “*non laedat*” obligation oblige a state to abstain from activities which are directly injurious to other states, it also requires the State to suppress non-state actor activities within its territory which might be harmful to other states.

The “no-harm rule” is a due diligence obligation,⁷² hence an obligation of conduct operating with a standard of reasonableness.⁷³

A violation of the “no-harm rule” in the context of non-state actor activities can only be assumed if particular conditions are met.⁷⁴ A host state must be aware of harmful non-state actor activities. In spite of its awareness it refrains from taking appropriate measures to suppress non-state actor activities, to prevent the given threat from materializing, and to minimize remaining risks.⁷⁵ The appropriateness of the measures adopted is assessed from an *ex ante* and not an *ex post* perspective⁷⁶ and its determination requires taking into account the specific nature, quality and dimension of the respective obligations,⁷⁷ a state’s econom-

⁷⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* [1997] ICJ Rep 7.

⁷¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion [1996] ICJ Rep 226 ff.

⁷² Richard B. LILICH / John M. PAXMAN, State Responsibility for Injuries to Aliens Occasioned by Terrorist Activities, *American University Law Review* 26 (1977), p. 217 (246); Jan HESSBRUEGGE, The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law, in: *NYU J of Int'l Law and Policy* 36 (2003-2004), p. 265 (275). See already STARSKI, The Unwilling or Unable State as a Challenge to International Law (Habilitation thesis, 2020, not yet published).

⁷³ Robert P. BARNIDGE, Non-State Actors and Terrorism: Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle, 2008, p. 138; Pierre-Marie DUPUY / Cristina HOSS, “Trail Smelter and Terrorism”, in: BRATSPIES / MILLER (eds.), *Transboundary Harm in International Law*, 2006, p. 225 (235).

⁷⁴ See on this already Paulina STARSKI, Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor, in: *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 (2015), p. 455 (480).

⁷⁵ See Pierre-Marie DUPUY, Reviewing the Difficulties of Codification, in: *European Journal of International Law* 10 (1999), p. 371 (379). This is also reflected by the ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (with commentaries) (UN Doc. A / 56 / 10) YBILC II (2001) Art. 3.

⁷⁶ Anja SEIBERT-FOHR, Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten, in: *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 73 (2013), p. 37 (52 ff.).

⁷⁷ Riccardo PISILLO-MAZZESCHI, Forms of International Responsibility for Environmental Harm, in: FRANCONI / SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, p. 15 (45).

ic “capacity”,⁷⁸ the degree of effective territorial control it exerts over a specific area as well as its remoteness,⁷⁹ the foreseeability of the damage incurred⁸⁰ and the relevance of the interest that the due diligence obligation aims to safeguard.⁸¹

It is generally acknowledged that the “no-harm rule” extends along these lines to possible cyber operations orchestrated by non-state actors from the territory of a state with injurious effects to other states.⁸²

b) International Investment Law

Cybersecurity obligations can also – and here I come to the second set of rules – be derived from rules of international investment law. Bilateral investment treaties regularly include the obligation on the part of a host state to grant protected foreign investments full protection and security (FPS) which encompasses several layers of obligation:

First, it obliges host states to refrain from interfering physically with and harming foreign investments.

Second, it obliges to provide protection to foreign investments and investors from harm caused by third parties (positive duty of prevention and of protection).⁸³

⁷⁸ Andrew NEWCOMBE / Lluís PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, 2009, para 6.44: “Although the host state is required to exercise an objective minimum standard of due diligence, the standard of due diligence is that of a host state in the circumstances and with the resources of the state in question. This suggests that due diligence is a modified objective standard – the host state must exercise the level of due diligence of a host state in its particular circumstances.”

⁷⁹ See Richard B. LILICH / John M. PAXMAN, *State Responsibility for Injuries to Aliens Occasioned by Terrorist Activities*, in: *American University Law Review* 26 (1977), p. 217 (243).

⁸⁰ Riccardo PISILLO-MAZZESCHI, *Forms of International Responsibility for Environmental Harm*, in: FRANCIONI / SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, p. 15 (44).

⁸¹ Designing obligations to prevent as due diligence obligations – in the sense of “best efforts obligations” – reflects that states cannot be expected to control all activities of on their territory absolutely. A state does not bear a warranty for all occurrences happening in its territorial realm.

⁸² See August REINISCH / Markus BEHAM, who frame it as a ‘conflict-related no harm rule’, in *Mitigating Risks: Inter-State Due Diligence Obligations in Case of Harmful Cyber-Incidents and Malicious Cyber-Activity – Obligations of the Transit State*, in: 58 *German Yearbook of International Law*, 2015, p. 101 (106).

⁸³ See on the “layers of obligation” Eric DE BRABANDERE, *Host States’, Due diligence obligations International Investment Law*, in *Syracuse Journal of International Law and*

Accordingly, via the full protection and security standard inherent to bilateral investment treaties, which continue to apply in conflict situations, host states have an obligation to establish a secure online environment in order to protect from digital threats which may stem from inside a host state's territory or also outside of it. Standards as established by the international community in terms of cybersecurity are relevant to fill this obligation with substance while taking the margin of appreciation of host states as well as their respective capacities into account. The standard of reasonableness is to be determined taking due consideration of investors that are cautious and vigilant and implement measures to protect their company.

To sum up: Both the “no-harm rule” as well as bilateral investment treaties oblige states to pursue the normative ideal of cybersecurity.

4. Conclusion

Constitutional, supranational as well as international law encompass state obligations which render cybersecurity a state task – both in peace as well as in war times.

Considering that security and rights protection is a classical state task one might question, however, whether it is truly a new public task as suggested by the title?

If we look at its nucleus, its not new. If we take a look at the fulfillment aspect we could answer the question in the affirmative.

First, network processes in cyberspace are complex as are cyber-threats. The fulfilment of the state task of cybersecurity requires new regulative approaches raising the questions of limits of state action. State measures intended to safeguard cybersecurity have to be designed in a manner which takes due account of the architecture of cyberspace and cyber networks. States will necessarily depend on a close cooperation with private actors while bearing “comprehensive state responsibility” as

Commerce, 42 (2014-2015), p. 319 (324 ff.). Thirdly, it is suggested that the FPS requires – obviously depending on the specific BIT and possible *lex specialis* provisions – the punishment and apprehension of those who interfere with an investment (duty of repression). Yet, this is disputed. *AAPL v. Sri Lanka Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB / 87 / 3).

well as “default responsibility”.⁸⁴ Classical imperative legislation will not generate sufficient results; cooperative approaches are needed. Due to the transnational character of cyberthreats efforts aimed at safeguarding cybersecurity necessarily depend on creative international and transnational cooperation.

Second, while we can pinpoint particular state obligations deriving from constitutional, supranational and international law with relevance to cybersecurity, in most cases they have been designed against the backdrop of non-virtual processes and occurrences requiring a translation into the cyber context.⁸⁵

To a certain extent we are hence swimming in unknown waters.

⁸⁴ “Gewährleistungsverantwortung”; “Ausfallverantwortung“. On the concept of “Gewährleistungsverantwortung“ see Florian BECKER, in: STERN / SODAN / MÖSTL (eds.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2nd edn, 2022, § 25, para. 40; Jörn Axel KÄMMERER, *Privatisierung*, 2001, p. 474 ff.

⁸⁵ Just recently for the first time a national security strategy has been adopted by the German government. It includes the finding that “state, business, science and society must work together to strengthen cybersecurity”. “The German government” declares that “it will not tolerate irregular and aggressive behavior by cyber actors, will modernize the cybersecurity architecture and strengthen its capabilities to defend against cyberattacks.” See the Federal Government, *Robust. Resilient. Sustainable. Integrated Security for Germany*, National Security Strategy, June 2023, see p. 15. See also Federal Ministry of the Interior, Building and Community, *Cyber Security Strategy for Germany* 2021.

GESUNDHEITSVORSORGE ALS NEUE ÖFFENTLICHE AUFGABE

HEALTH CARE AS A NEW PUBLIC TASK

LA SANTÉ PUBLIQUE COMME NOUVELLE MISSION

GLOBALIZATION OF HEALTH CARE POLICIES.
IS HEALTH CARE IN ITS MULTILEVEL DIMENSION
(GLOBAL, EUROPEAN AND NATIONAL)
A NEW CONSTITUTIONAL PROBLEM?

*Luca Mezzetti**

1. *The Guiding Function of the WHO*

The rate of transmission of the disease Covid-19 has been high, the containment strategies ineffective, the responses offered by the various actors (international, supranational, national) inadequate.¹ In view of the global circulation of people and goods, only a globally coordinated action could have led to results in containing the spread.²

According to the critical voices that have invested the World Health Organization (WHO), a more decisive and immediate reaction to the pandemic would have allowed a confinement of the infection and a more limited spread of the virus. The major criticisms of the action promoted by the WHO had come, as it is well known, from the former President of the United States Donald Trump, who first openly accused the director of the WHO of having acted with serious delay to protect the Chinese government, and later declared his intention to stop all US funding for the organization.

Regardless of any initial delays, perhaps due to the influence exerted by China on the WHO, the action of the States was subsequently characterized by unilateral measures and the absence of common strategies, both with regard to the times and the methods and intensity of the interventions.

According to previous WHO studies and reports, however, the inadequacy of the response to health emergencies is determined not only

* Prof. Dr. Luca MEZZETTI, Full Professor of Constitutional Law, University of Bologna, Department of Legal Studies.

¹ R. BROWN, *Covid-19 and International Political Theory. Assessing the Potential for Normative Shift*, Palgrave MacMillan, London, 2022; M. FRIGESSI DI FRATTALMA, *La pandemia da Covid-19. Profili di diritto nazionale, dell'Unione Europea ed internazionale*, Giappichelli, Turin, 2020.

² V. LEMM / M. VATTER (eds.), *The Viral Politics of Covid-19. Nature, Home, and Planetary Health*, Palgrave MacMillan, London, 2023.

by the intrinsic weakness of many national health services, but also by the incapacity of the organization itself to intervene effectively, both for financial reasons and limited powers granted to it. It is no coincidence that the opportunity for a reform of its overall regulatory framework has been discussed for some time. It may be useful to quickly retrace the history of the WHO from its establishment to today in order to better assess whether and to what extent it can be held responsible for the health crisis triggered by the pandemic.

Although the set of changes made to the International Health Regulations of 2005 have increased the powers of the WHO, some basic problems remain that prevent the action of the global regulator from having sufficient effectiveness³: the most important of these concerns compliance. The obligations of States do exist and have been strengthened but there are no mechanisms capable of countering any inaction or violation of obligations by them. States are required to accept international interference and to open their system to the intervention of an international player and to decide to entrust the management of the health crisis to the WHO, making available information and offering collaboration, opening the possibility that the WHO acquires information from NGOs. There are no sanctions in the event of non-compliance, nor there are courts or tribunals to which the organization or other States can denounce the violation of the obligations contemplated in the International Health Regulations. The story of the Covid-19 pandemic highlights these limits. Information on the virus and its effects on human health were shared with serious delays, the transmitted data were incomplete and incorrect, a WHO inspection could only take place in February 2020.

2. *In Search for European Responses – Marginalization of the European Center for Disease Prevention and Control (ECDC)*

If the powers of the WHO to manage international health crises encounter limits and resistance in the sovereignty of States, it could be assumed that in the European area, and in particular in the integrated legal space of the European Union, a power to coordinate the action of

³ G. VAZQUEZ, *Vaccines, Medicines and COVID-19. How Can WHO Be Given a Stronger Voice?*, Springer, Berlin, 2021.

the member States by the institutions of the Union can find a firmer and more secure anchorage.⁴ Yet the Covid-19 pandemic has highlighted the Union's inability to manage the health crisis produced by the spread of the virus and to prepare a common response plan: member States were induced to find national solutions to a problem which, given the obvious impact on the main economic freedoms provided for by the treaties, was evidently (also) European. One of the key tools that was supposed to ensure European coordination of the pandemic response, the European Center for Disease Prevention and Control (ECDC), has remained completely marginal in the crisis. There are many reasons for this marginality.⁵

The first is political. In the initial phase of the spread of the virus, in January 2020, the member States did not recognize any coordination power to the Union. The rapid escalation of the contagion has led each State to organize its own national response campaign, based on the opinions of its own experts. Only on March, 16, 2020, the Commission appointed a committee of advisors on COVID-19 and organized stocks of medical supplies. In the meantime, the strategies of the various States have been inspired by the logic of national interests and have followed different paths: Germany carried out numerous tests, thus ensuring an initial containment of the infection, Austria and Poland closed their borders, Finland closed some areas (the Helsinki region) and likewise Italy, Spain and France carried out internal lockdowns, Sweden adopted only some recommendations. Therefore, the European Union did not take upon itself the action to contrast the spread of the epidemic: the ECDC itself failed to guarantee a coordinated response by the national States.

The second reason is legal and linked to the competences of the Union (as the protection and improvement of health, see in particular, Articles 4, par. 2, lit. k and 6 of the TFEU). The Treaty provides that the Union has concurrent competence with the member States with regard to "common problems of safety in the field of public health, as regards the aspects defined in this treaty"; and also has a complementary competence, aimed at "supporting, coordinating or completing the action of the Member States". This last competence is then specified in art. 168 TFEU: in particular, the support and complementary action of the Union

⁴ H. DUMONT, *Le Covid-19 : quels défis pour les Etats de l'Union européenne?*, Bruylant, Bruxelles, 2022.

⁵ P. VILA MAIOR / I. CAMISÃO, *The Pandemic Crisis and the European Union. COVID-19 and Crisis Management*, Routledge, London, 2023.

“includes the fight against the great scourges, promoting research on their causes, their spread and their prevention, as well as health information and education, as well as surveillance, warning and the fight against serious cross-border threats to health».

However, the set of instruments prepared by the European Union did not offer a unified or at least coordinated response to the pandemic. The Health Security Committee did not identify a possible coordinated response to the health emergency caused by Covid until March 25, 2020, when the States had long time before identified their strategies. And the Center for Disease Prevention and Control struggled to act as a link between the apparatus of the member States, the center itself and the Commission.

The events related to the spread of the Covid-19 pandemic have highlighted the impotence of the health crisis regulation system headed by the WHO and the International Health Regulations towards States that do not comply with global rules.

Already in the past, the limits of intervention by the WHO had led to reflect on the opportunity of strengthening the system of enforcement of international rules. It is therefore not surprising that the enormous economic, social and political implications produced by the current pandemic and by the conduct of China in the first phase of the contagion push in the direction of strengthening the powers of international regulators.

Obviously, the transfer of greater competencies and powers to the WHO, if it can solve some compliance problems, raises, first of all, delicate problems of accountability. Therefore, if on one hand it is clear that the compliance of States with international regulations could be guaranteed with the attribution of more incisive powers, it is also necessary to ensure that the mechanisms that are built beyond the State fulfill the requirements of the minimum guarantees of the rule of law, can count on bodies endowed with accountability and capable of ensuring the transparency and reasonableness of their decisions.⁶

But there is also a problem of coordination with the policies to support the economic crisis that the restrictive measures can provoke, which – translated into economic or fiscal compensation measures – go beyond the scope of a global sectoral organization such as the WHO.

⁶ S. BRAUM (ed.), *Experimental Law. The Rule of Law and the Regulation of the Corona Pandemic in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 2023.

If we then look at the European Union, and at its ability to deal with the health emergency, the conclusion is not dissimilar. It is a fact that the response to the Covid-19 pandemic was disjointed and guided by national States looking for their own interests and not by a coordinated action as would have been desirable, taking into account the cross-border impact of the health crisis. And it is a fact that neither the Health Security Committee nor the European Center for Disease Prevention and Control led or coordinated the response to the pandemic on the territory of the Union, either for political reasons or for structural reasons linked to the exclusively informative mission of the ECDC.

According to this brief analysis, nevertheless, it is difficult to attribute the whole responsibility to the WHO for the consequences produced by the spread of the Covid-19 pandemic, as it seems improper to reproach the EU for its inability to offer a coordinated and unitary response at European level. In both cases, the attribution of competences beyond the State is incomplete. In the case of the WHO, despite the considerable progress made with the International Health Regulations and the recognition of a significant autonomy to the secretariat of the organization, the loop of compliance remains, for which there are still no mechanisms and guarantees capable of affecting the sovereignty of the States. In the case of the European Union, both the set of competences and the purely informational mission of the center keep the strategic decisions of response to the pandemic in the hands of the States, unless the States themselves, making a political choice, decide to build, together with other States, a coordinated response.⁷

In this scenario, corrective (and desirable) interventions would be possible in both dimensions. On a global level, it would mean reinforcing the existing mechanisms, preparing a system of enforcement of the rules contained in the International Health Regulations, through the establishment of arbitral tribunals or a Court appointed to decide disputes between States arising from the violation of the international obligations.

In the context of the European Union, it would be a question of strengthening the common management capabilities of the health emergency, strengthening the already existing coordination tools (or identi-

⁷ A. STOJANOVIĆ / L. SCARCELLA / C. R. MOSALAGAE (eds.), *The First 100 Days of Covid-19: Law and Political Economy of the Global Policy Response*, Palgrave MacMillan, London, 2023.

fyng new ones) and thus matching the economic measures put in place for reconstruction with adequate powers in the pandemic response and management phase.

Both of these correctives, however, are not easy to be activated in a historical moment in which worrying signs of closure of States to the international dimension can be glimpsed, in which the dialogue between national courts and international and supranational courts is sometimes abruptly interrupted and in which international law itself seems to be placed in crisis by the issue of compliance.⁸

When analyzing the relationships between the levels of supranational and national regulatory law enforcement in the matter of emergencies, albeit with due classification precautions, it may be useful to keep the dimensional element in mind. In this regard, it can be observed how emergencies can assume a local (or regional), national or global connotation. It is clear that of the three dimensions just mentioned, the one consistent in this debate is the third one, and it is also clear that, of the three, it is also the one that, more than the others, undermines the traditional systems of regulatory production. The crises of the 21st century are essentially global, as they depend on phenomena that often transcend the State sphere, both in the causes and in the possible solutions. This highlights a first contradiction: while the most significant crises are linked to factors that cannot be traced back to the reality of individual States, this has not been accompanied by an analogous evolution of constitutionalism, which is still closely linked to the State model and cannot affect global scenarios. At the same time, the intrinsically supranational connotation of emergencies calls into question the very concept of State sovereignty and the presumption of completeness of the legal system that is connected to it. Therefore, even when the architects of legal production are the States, their choices are conditioned (if not constrained) by behaviors and decisions adopted at a supranational level.

The classification of emergencies can also be operated according to a different criterion, that of intensity, which is equally connected to the supranational profile. The frequent use of the concepts of crisis and emergency would lose value, even descriptive, if it would not possible to grade their intensity – according to parameters that are not certain – in such a way as to distinguish between “ordinary” and “extraordinary”. Normal-

⁸ I. PAVONE, *Global Pandemics and International Law*, Routledge, London, 2023.

ly, when we speak of crisis or emergency we are faced with “ordinary” cases. However, even not accepting the thesis that the emergencies of the 21st century are in fact “extraordinary” (and therefore always placed outside the constitutional context), the distinction cannot be overlooked between certainly ordinary cases (e.g. a “waste crisis”) and those mentioned in this paper. This is also why the criterion of intensity is linked to the criterion of size.

Such an ordinary emergency can have serious impacts in a limited context, but does not lead to crises of a systemic nature. There may be need for support or help in certain sectors, but this does not jeopardize the existence of the economic, political and social superstructure which underlies the measures adopted.⁹ The difference between these emergencies and the “extraordinary” ones can therefore be read in a more or less decisive capacity to cause an element of rupture not only within the system, but to disable the system’s “recovery” superstructure itself. In other words, not only is a system in crisis, but not even the mechanisms necessary to restore the ordinary State can work, a short-circuit to which a system is hardly able to find the solution by looking within itself. This is the limit situation that recalls the network model: if the emergency affects a “node” of the network, it continues to function, if it affects all of them at the same time, the network collapses and so does the system.

When emergencies have a global reach, the aspect just illustrated is particularly felt and the pandemic has been an emblematic example. However, we will try to see how the legal system has tried to stand, to avoid in practice that from a State of emergency we pass to a State of exception.

Passing quickly to the second line of interpretation, it seems possible to detect a different trend between the supranational level of the sources and the national one in the reaction to emergency phenomena. While with reference to the former, on a formal level, a certain “stability” of the tools can be observed, which accompanies the new content, at the State level there is a strong reactivity, innovation also on the formal level of the

⁹ M. POLAT / S. BURMAOGLU / O. SARITAS (eds.), *COVID-19 and Society. Socio-Economic Perspectives on the Impact, Implications, and Challenges*, Springer, Berlin, 2023; C. J. SHULTZ / J. CLIFFORD J. / D. R. RAHTZ - M. J. SIRGY (eds.), *Community, Economy and Covid-19. Lessons from Multi-Country Analyses of a Global Pandemic*, Springer, Berlin, 2023; N. FAGHIH / A. FOROUHARFAR (eds.), *Socioeconomic Dynamics of the Covid-19 Crisis. Global, Regional, and Local Perspectives*, Springer, Berlin, 2023.

tools, as well as the contents, with the legislator called to complex works of adaptation that the current schemes do not always allow. On the other hand, this could be intertwined with another tendency, not specific to periods of crisis, to a double movement of opposite sign in the relationship between supranational and national law; a tendency to open up the system, but also to create protective instruments of closure.

When the worst phase of the economic situation, which began with the financial crisis of 2007-2008 and manifested itself on and off until the end of 2013, seemed to have passed, with a substantial stabilization of growth, the world experienced a “new” phenomenon, for certain aspects unexpected or in any case placed by common social sentiment in historical periods of the past, untouched by the technological, medical and scientific progress that is usually attributed to the present. The spread of a pathogen on a global scale, and with a speed never experienced in the modern era, has instead placed both national legal systems and supranational institutions facing the need of solutions to problems that often did not lend themselves to regulatory instruments nor to the division of normative competences between the different levels.

3. New Forms of Supranational Impact

The Covid-19 pandemic had peculiar features compared to the past and was completely new in terms of the impact of supranational law on national law.

The first and most immediate peculiarity that differentiates the pandemic experience from the economic crisis is that, in the most recent case, it was a complex phenomenon, which presented both the elements of the emergency in the strict sense (in particular health), and those of the crisis (economic, resulting from the limitations imposed to contain infections and its repercussions on production). Two distinct crises can be observed in the pandemic – one strictly socio-sanitary and the other socio-economic. This leads to a potential double impact on constitutional law, an effect that unfolds both on “traditional” rights and freedoms, and on social rights.¹⁰

The second peculiarity of the pandemic is that it was a sudden event,

¹⁰ F.S. MARINI / G. SCACCIA (eds.), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzio-*

the remote causes of which can be placed in some factors relating to a poorly sustainable development on a global scale, but in itself absolutely unpredictable in the short term.

An aspect that unites the events of the pandemic to those of the economic crisis, and which is particularly important in this report, is that of “globality”, i.e. a phenomenon that has affected the entire planet, implying a series of considerations and factors that are located outside the single nation States, also for the concrete measures that would have to be taken to contain the contagion.

It is quite evident that one of the aspects that has made particularly complex the coordination of actions at a global level in the response to the pandemic, lies in the lack of a homogeneous and, above all, effectively binding supranational law for the States.

In this regard, reference could be made to the International Health Regulations, adopted on 23 May 2005 (but in force since 15 June 2007), as the only legally binding instrument for States for the prevention and control of the international spread of diseases, which attributes to the World Health Organization the power to declare a public health emergency of international concern and to issue “temporary recommendations” for the containment of infections (which, by definition, are not binding). Furthermore, this act should provide States with general criteria for the application of measures restricting freedoms and rights, such as the provision of a legal basis; the pursuit of the aim of protecting public health; proportionality and necessity with respect to the pursued objective, taking into account the rights subject to limitation. However, the elasticity of the criteria caused a highly differentiated application by the States, so as to cast doubts on the legally binding nature of the Regulations.

The influence of supranational law in the pandemic context, given the substantial shortcomings at the international level, came above all from the Euro-unitary legal system.

The different European response to the pandemic compared to the previous economic crisis can essentially be explained according to an approach concerning the competences framework. In fact, the institutions of the Union acted above all by following the regulatory powers assigned

to them by the Treaties, which, due to the matters touched upon, are in truth rather limited. If we look at the formal aspect of the sources, even leaving aside the “globality” of the emergency, we can find rather “weak” skills in the protection of health or in the limitation of rights and freedoms compared to what nation States can still do, an aspect which marks a certain difference to the framework of the economic crisis, where the European institutions have certainly had a greater margin of intervention through legally binding acts (as it is confirmed by the interventions concerning the recovery facing the “second” economic crisis, resulting from the pandemic).¹¹

In addition to the lack of a system of competences centralized in the Union, a further limit to an effective interaction between the two levels of supranational-national sources can be identified with the emergency tools – at the level of European sources – similar to those with which, in one way or another, the State systems are endowed. This meant that, despite the importance of an adequate balance of freedoms with the needs of health and safety, recognized by various supranational charters, there was no effective connection between States and the Union: facing the pandemic, States have resumed their sovereign role.

The binding capacity of the Union’s institutions in this matter is therefore quite limited: the mere coordination intervention must be recognized, rather than the possibility of proceeding with a real harmonization between national disciplines. On the other hand, this deficiency was also underlined by the European institutions themselves in the Covid-19 emergency if we think to the Resolution 2020/2616 of the European Parliament, which noted that “the EU’s response to the Covid-19 pandemic has been characterized by a lack of coordination between Member States in terms of public health measures.” To remedy the consequences that such an arrangement of powers can determine in terms of health protection, it has also been suggested, as a possible *de iure condendo* intervention, to transfer the entire matter of health policy to concurrent ones, where, in compliance with the principle of subsidiarity, the institutions of the Union would have the possibility of harmonizing State interventions on profiles of common interest.

¹¹ C. INGRATOCI / A. MADERA / F. PELLEGRINO (eds.), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2021; M. KJAERUM / M. F. DAVIS / A. LYONS (eds.), *COVID-19 and Human Rights. Lessons from a Pandemic*, Routledge, London, 2021.

The complementary and non-exclusive nature of the Union's competence on health emerges, moreover, from the fact that the concurrent exercise of the same is allowed only in the case in which a European purpose is pursued, for example, with regard to "problems standards for setting high standards of quality and safety for medicinal products and medical devices, for the protection of human health in the internal market", or in the case it is intertwined with other matters of relevance for the Union. In the sector relating to the determination of the levels of public health protection, on the other hand, the States retain broad discretion.

4. *The EU Anti-Pandemic Strategy: Obstacles and Setbacks*

The concrete interventions adopted in Europe to deal with the pandemic, even if not always timely or effective, have been numerous, but two clarifications need to be made.

The first is that international and supranational actors have shown considerable shortcomings in their initial approach to the pandemic affair, both for structural reasons, inherent to the powers they had, and, perhaps, for not having adequately estimated the extent of the phenomenon they were facing. On the one hand, the WHO has not been able to clearly carry out either the preventive function or the coordination between States and this, both because it lacks adequate and binding instruments (apart from the International Health Regulations), and because it has often issued apparently discordant statements which did not contribute to a general climate of clarity on the experienced situation. On the other hand, the EU has paid for some shortcomings in terms of competence in health matters, but has also manifested dangerous uncertainties in the initial approach, strongly based on an "individualistic" rather than "solidaristic" logic.

We have to consider first the coordination actions put in place to ensure the exchange of information and data, the management of a strategic stockpile of medical equipment and the assistance and repatriation operations for EU citizens.

The most sensitive problem that the European institutions had to face in the early stages of the pandemic concerned the possible closure of borders between States, both those outside and those inside the Schen-

gen area. In particular, a strong activism of the States has been noted in this regard, the Union trying to achieve a homogeneous management through the use of properly soft law acts.

As the need for coordination is concerned, the role played by the EMA in the authorization for the marketing of anti-Covid vaccines can also be considered, which, as previously mentioned, finds its legal basis in various binding acts of Union law.

Finally, the attempt to define a uniform and legally binding framework on the release and use of the so-called Digital COVID certificate (Green pass) in Europe. This was done with the adoption of Regulation 2021/953.

In front of the adoption by each State of restrictive measures imposed by the pandemic, Union (or supranational) law also acted as a parameter of legitimacy of the limitations, which must be consistent with the principles of necessity and proportionality of European law. On the other hand, this does not only concern the profile of the compatibility of national measures with the principles of EU law, but also their possible impact on rights and freedoms guaranteed by the supranational charters, above all the CFREU and the ECHR. In fact, the Charters of Rights establish that the measures take into account an adequate balance between the needs of freedom and the needs of security.¹² For this reason, the possibility of access to the European Courts when national measures conflict with the supranational Charters did not seem so remote and, in fact, cases of censures have been recorded with respect to measures considered disproportionate to the purpose. Always bearing in mind that the emergency aspect is not ignored by the Charters of Fundamental Rights, which provide for adequate derogation mechanisms (such as art. 15 ECHR or art. 52 CFREU) which aim to reconcile the transitory criticality with the preservation of an indispensable minimum guarantee of rights, both from a substantive point of view (fixing the rights that in no case can be subjected to limitations), and from a procedural point of view (with transparent communication duties on the States).¹³

¹² B. STANFORD / S. FOSTER / C. ESPALIU BERDUD (eds.), *Global Pandemic, Security and Human Rights. Comparative Explorations of COVID-19 and the Law*, Routledge, London, 2023.

¹³ R.J.A. McQUIGG, *The European Convention on Human Rights and the COVID-19 Pandemic*, Springer, Berlin, 2024.

5. Conclusion: Another Challenge for Sovereignty

The various passages of this complex framework denote a decisive change in the Union's response if compared to the past, both in the management of the pandemic and of the post-pandemic crisis. This no longer is marked by an apparent divisive logic between virtuous States and debtor States (as happened in the past due to the economic crisis), but by a greater sharing of efforts between States and the creation of greater forms of cohesion on a solidarity basis. However, it remains difficult to understand which "awareness" to charge for the change of trend: whether to the solidarity and cohesive path or that of the unstoppable epidemiological threat, destined to hit – sooner or later – every country.

Despite the attempt made at European level to ensure a certain coordination of responses and, therefore, a substantial homogeneity in the management of the pandemic, the competence limits of the Union in matters of health have allowed the States seems to carve out a wide margin of maneuver in the adoption of emergency measures. In fact, the burden of the most controversial decisions has fallen on the national authorities – because they affect fundamental rights and freedoms¹⁴ – often without solid bases both on a scientific and on a legal level, which have highlighted the "loneliness" of the State in facing pandemic, marking an evident "short circuit" between reality and needs: on one hand, the lack of supranational coordination tools in a matter, such as that of constitutional freedoms, still jealously enclosed in national legal systems; on the other, the awareness that these events, due to their global nature, escape the full domination of States. The State is the *dominus* of the emergency but the pandemic emergency escapes the dominion of the State.

Although the pandemic has, in a certain sense, eroded the sovereignty of States, understood as the freedom and discretion of political ends that materialize in law enforcement and, therefore, in the legal sources, the role that nation States have had in emergency management seems to testify, on the contrary, a full vitality of the concept of the sovereign State.¹⁵

¹⁴ M. SCHEININ, Assessing Human Rights Compliance during COVID-19, in J. GROGAN / A. DONALD (eds.), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic*, Routledge, London, 2022, 117 ff..

¹⁵ C. V. EMMONS, Responding to COVID-19 with States of Emergency. Reflections and Recommendations for Future Health Crises, in J. GROGAN / A. DONALD (eds.), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic*, Routledge, London, 2022, 375

The pandemic has not led to any decline of sovereignty in a “subjective” sense, at the most an erosion of it in terms of action. A sovereignty which, however, returns – in spite of itself – more for a gap than for a conscious option. Therefore, we need to verify if sovereignty on a national basis is still adequate for a global context and for the supranational character that characterizes the crises of the last century.

The lack of effective coordination on every aspect of the limitations and the specific needs of each State have led to a wide diversification of the measures or to using the same tools, but in a different way (the case of the Green passes is emblematic).

On a general level, the legal sources of the emergency always had a close connection with the action of the Executives. Just as Parliaments leave Governments wider margins of action, the typical sources of the latter (both primary and secondary) temporarily “erode” the spaces normally reserved to statutes. And, like any emergency deserving of the name, the pandemic emergency was managed by particularly active Executives in terms of regulatory production. Indeed, it almost seems possible to State that the intensity of the legislative action of the Executives (also in terms of the “originality” of the solutions) is directly proportional to the vastness of the emergency.¹⁶

The impact of the pandemic on the sources system, as an emergency in the pure sense of the term, has led to the proliferation of provisional measures of immediate application and destined to remain in force for the permanence of the circumstances that determined them. The need to adapt regulatory responses to the concrete needs of the emergency has sometimes led to doubts about their compliance with the constitutional model of law sources.¹⁷ A recurring question in doctrine, in fact, concerned precisely the fact that the “pandemic” law had given rise to an innovative and atypical model in legal production, even if the positions, albeit with not negligible critical voices, mainly settled in the opposite sense.¹⁸

ff.; A. VEDASCHI / C. GRAZIANI, COVID-19 and Emergency Powers in Western European Democracies. Trends and Issues, *ibidem*, 388 ff..

¹⁶ B. FREVEL / T. HEINICKE (eds.), *Managing Corona. Eine Bilanz zum Ende der Pandemie*, Nomos, Baden-Baden, 2024.

¹⁷ S. JASANOFF / S. HILGARTNER, A Stress Test for Politics: A Comparative Perspective on Policy Responses to COVID-19, in J. GROGAN / A. DONALD (eds.), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic*, Routledge, London, 2022, 289 ff..

¹⁸ C. LOTTIERI, *Leviatano sanitario e crisi del diritto. Cultura, società e istituzioni al tempo del Covid-19*, Giometti & Antonello, Macerata, 2022.

THE ROLE OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION
IN THE PANDEMIC CRISIS.
GLOBALIZATION, HARMONIZATION,
AND FLEXIBILIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW

*Maria João Estorninho**

The COVID-19 pandemic has led to an emergency Administrative Law with an ephemeral vocation, born in times of horror and uncertainty, under the banner of urgency. Like a tsunami, the fight against the pandemic – under the guidance of WHO – caused successive waves of legislative packages that swept through different sectors of the legal system. Around the world, the effects on Administrative Law were visible in both administrative organization and administrative activity, as well as in the control mechanisms of Public Administration.

In this text, we analyze the role of WHO as a trigger, on a global level, for a novel (post-COVID-19) Administrative Law, based on harmonization and flexibility. It is crucial to take into consideration the experience with COVID-19 and evaluate the effectiveness of the role of WHO, thinking of ways to enhance global cooperation, in the face of future (unfortunately more than certain) global health emergencies.

1. Some Responsibilities of WHO during the Pandemic Crisis¹

The declaration of COVID-19 as a *pandemic*, by the General Director of the World Health Organisation (WHO) on 11th March 2020, worked as a trigger all over the World.² In Portugal, for instance, the

* Prof. Dr. Maria João ESTORNINHO, Full Professor at the Law Faculty of the University of Lisbon.

¹ See Timeline of WHO's response to COVID-19: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>, last accessed 25 November 2023.

² <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, last accessed 25 November 2023.

*State of emergency*³ was declared, soon after, on the 18th of March.⁴ From a legal point of view, however, of the utmost relevance, based on Article 12° of the International Health Regulations (IHR), was the fact that, on 30 January 2020, due to a “crisis of international importance”, and considering the Emergency Committee’s recommendations, the WHO Director-General had already officially declared the COVID-19 outbreak as a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC). This designation signifies that the World Health Organization had recognized the severity of the situation and had deemed it a significant global health crisis, due to the risk of international spread. Consideration is nowadays being given to introducing a pandemic declaration as an official concept in the IHR.

The World Health Organization (WHO) has played a crucial role during the COVID-19 pandemic. From surveillance and early warning, based on risk assessment, to technical guidance and capacity building, WHO undertook a myriad of responsibilities, facilitating international collaboration. Supporting research efforts, namely in what concerns the COVID-19 vaccine, was of the utmost relevance. During the pandemic, WHO closely monitored the global situation and coordinated efforts to track the spread of the virus, working with member countries to establish surveillance systems and promote data sharing. WHO provided timely and evidence-based risk assessments, informing governments, healthcare professionals, and the public about the severity of the pandemic.

WHO provided guidance based on scientific evidence and best practices. It communicated preventive measures and guidelines to minimize transmission, such as the importance of hand hygiene, mask-wearing, physical distancing, and other preventive measures. WHO developed and shared technical guidelines on various aspects of COVID-19, including case management, infection prevention and control, testing, and contact tracing. WHO facilitated international cooperation by bringing together experts, governments, and organizations to exchange information, share experiences, and coordinate response efforts. WHO collaborated with

³ For the discussion on how, even in the face of a great deal of uncertainty, stress and fear, it should be possible to pursue an *intra-legal approach to emergency governance*, see Christian GÜNTHER, Legal vs. Extra-Legal Responses to Public Health Emergencies, in: *European Journal of Health Law*, 29 (1) (2022), p.131 ff.

⁴ <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=334>, last accessed 25 November 2023.

partners such as the United Nations, other international organizations, and regional bodies to support global response strategies.

WHO supported member countries in strengthening their health-care systems, including laboratory capacity, surveillance systems, and healthcare workforce training. WHO conducted webinars, workshops, and training programs to enhance preparedness and response capabilities. WHO promoted and supported research on COVID-19, including studies on epidemiology, transmission dynamics, diagnostics, treatments, facilitating data sharing and collaboration, to accelerate the development of effective tools and interventions. Of the utmost relevance was the fact that WHO spearheaded the COVAX initiative, a global effort to ensure equitable access to COVID-19 vaccines. WHO raised funds, guided vaccine distribution, prioritization, and safety monitoring, aiming to reach vulnerable populations worldwide.

2. *Health as a Global Public Good*

The pandemic phenomenon is not new. Just to mention the 20th century,⁵ let us bear in mind the Spanish flu (1918-1919) spread, mainly by the military, to the other side of the Atlantic, causing millions of deaths. Or the Asian flu (1957-1958) and the Swine flu (2009).

This time, however, the dimension of the phenomenon is different, on an unprecedented global scale. The rapid spread of COVID-19 has been facilitated by the increased interconnectedness and interdependence among individuals and countries in a globalized world. Global trade, tourism, and travel facilitated the global spread of viruses such as SARS-CoV-2, requiring a global response. Globalization played a role in the rapid spread of COVID-19 and, at the same time, it also offered opportunities for international cooperation, scientific advancements, and collective efforts to combat the pandemic. From 2019 on,⁶ the global response to COVID-19 highlighted the interconnectedness of public health risks and menaces and the need for international collaboration to tackle them, as it became evident that domestic laws are insufficient

⁵ For an interesting historical perspective, see Mark HONIGSBAUM, *The Pandemic Century*, Penguin, UK, 2020, trad. portuguesa, 20/20 Ed., 2021.

⁶ From an early stage, Lawrence O. GOSTIN/Benjamin MASON MEIER, *Introducing Global Health Law*, in: *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 47 (2019), p.788 ff.

to address the global determinants of health. After COVID-19 nobody doubts the importance of more effective, resilient, and inclusive public health systems, as well as of global cooperation in mitigating the impact of future pandemics.

The issue of *Gesundheitspolizei* is no longer a national concern. Recognizing health as a *global public good* means acknowledging that the health of one individual or community can impact the health and well-being of others around the world. It is important to view health as a shared responsibility that requires collaboration and cooperation among nations, organizations, and individuals to ensure equal access to healthcare, disease prevention, and health promotion. This has led to the development of international frameworks and initiatives aimed at addressing global health challenges collectively, but there are still unanswered questions regarding what qualifies as a global public good and who is responsible for meeting collective global needs. Information related to diseases with the potential for cross-border spread is a global public good. The question is how to ensure such information will be shared when events occur across different jurisdictions.⁷ It is crucial to consider the implications of legal principles and who controls public administration.

Global Health Law⁸ refers to the ongoing legal efforts to address various new health threats, not only communicable diseases but also non-communicable diseases, injuries, mental health issues, dangerous products, and other health threats that have become globalized. In addition, global health law also addresses new health actors such as private philanthropists, transnational corporations, civil society, and other non-state actors. Lastly, new health norms such as “soft law” instruments, global strategies, action plans, and other normative standards of global health policy are also considered under global health law.

3. *Globalization and Harmonization of Administrative Law*

WHO played an important role in addressing the global impact of the

⁷ Irene DOMENICI and Pedro VILLARREAL, The Fragmented Nature of Pandemic Decision-making: A Comparative and Multilevel Legal Analysis, in: *European Journal of Health Law*, 29 (2022), p.1 ff.

⁸ Lawrence O. GOSTIN and Benjamin MASON MEIER, Introducing Global Health Law, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 47 (2019), p.788 ff.

virus and working towards its containment. WHO's role during the pandemic had implications both at global and national levels, contributing to the harmonization of Administrative Law. WHO played a crucial role in what concerns surveillance and information sharing, disseminating data on the pandemic's spread, impact, and best practices among member states. National administrative bodies relied on such information to make informed decisions and adjust their administrative measures accordingly. As countries learned from each other's experiences and aligned their administrative approaches, there was a clear tendency towards harmonization. This collaboration helped establish common administrative standards and practices, fostering global coordination in addressing the pandemic.

WHO provided technical assistance and capacity-building support to member states, particularly those with limited resources or infrastructure. This assistance included training health workers, strengthening laboratory capacities, and improving administrative systems. By enhancing the administrative capacities of countries, during the pandemic, WHO contributed to the harmonization of administrative standards and practices.

WHO has played a key role in developing and disseminating global guidelines and recommendations for managing the pandemic. These guidelines influenced national administrative laws and policies as countries aligned their legal frameworks with such international standards. By providing a common framework for responding to the pandemic, the WHO promoted harmonization in administrative law and practices, across different countries, especially in areas such as testing, contact tracing, quarantine measures, travel restrictions, and vaccine distribution. This convergence towards common administrative regulations contributes to global harmonization, ensuring a more consistent and coordinated response to the pandemic.

Last revised in 2005, following the shortcomings in national and global responses to the SARS epidemic, of 2002-2004, the International Health Regulations (IHR) provide a legal framework to build national capacity for infectious disease prevention and detection and to strengthen global governance to address any public health emergency of international concern. WHO's IHR is a legally binding instrument that guides countries in managing public health risks and emergencies of international concern. Member states are required to develop administrative systems

and procedures to comply with these regulations, including reporting outbreaks, implementing surveillance measures, and collaborating with other nations. National administrative laws may need to be amended or created to ensure compliance with the IHR. IHR has established a global surveillance and reporting system and set national minimum mandatory controls to prevent disease and maximum permissible limitations on individual rights, state sovereignty, and commercial interests. By promoting compliance with the IHR, the WHO fosters harmonization of administrative law across nations, facilitating coordinated responses to public health threats.

Bearing all this in mind, we can say that the pandemic has highlighted the need for global collaboration and governance in addressing public health challenges. The WHO's role as a global health authority promotes dialogue, coordination, and harmonization among countries. Through its governance mechanisms and platforms, the WHO facilitates the development of shared norms and administrative practices, thereby contributing to global harmonization. It is important to acknowledge that the degree of harmonization varies depending on national legal systems, cultural contexts, and policy and political priorities. Nevertheless, the WHO's efforts have helped foster coordination, cooperation, and the sharing of administrative practices, contributing to a more harmonized approach to addressing the pandemic at the global level.

Since the late twentieth century, in the framework of a global knowledge and risk society, we have witnessed the integration of public administrations in network administration systems (in the EU, for example). The pandemic has undoubtedly created conditions for the reinforcement of multi-level cooperation mechanisms, at the supra-state level. In an age of increasing physical borders and confinements, administrative bodies are adopting multi-level cooperation networks at the supra-state level. It is worth noting the example of the numerous regulatory bodies that acted as a decentralized/indirect administration of the European Union. Let us also recall the role played, in Portugal, by the Directorate General of Health during the pandemic as the main focal point for the European network of public health organizations. They activated the public health device in early 2020 for various tasks including monitoring and epidemiological surveillance, risk management, and communication, in response to the threat posed by the Wuhan virus, and in connection with the World Health Organization.

Recent developments in healthcare on a multilevel dimension (global, European, and national), have led to the establishment of two important initiatives. In December 2022, the European Health Emergency Preparedness and Response Authority (HERA) was established to improve emergency preparedness and response. In June 2023, the European Union (EU) partnered with the World Health Organization (WHO) to promote digital health. In light of the COVID-19 pandemic, WHO is implementing the EU's digital COVID-19 certification system to create a global mobility system. This will help facilitate movement across borders while ensuring public health and safety. This is the first building block of the WHO Global Digital Health Certification Network (GDHCN) that will develop a wide range of digital products to deliver better health for all, at a harmonized global level.

The globalization process and the increase of global investment flows have transformed domestic administrative legal systems in many countries. However, the rise of nationalism has created particular challenges, and the COVID-19 pandemic could further increase suspicion towards international cooperation. To avoid the retrogression of Global Administrative Law,⁹ global governance must prioritize emergencies such as pandemics and focus on developing local capabilities to effectively address them.

4. Flexibilization of Administrative Law

The COVID-19 pandemic has led to a flexibilization of Administrative Law, as governments around the world have been forced to adapt to the rapidly changing circumstances brought on by the crisis. This has resulted in a temporary shift away from traditional administrative structures and procedures, to better respond to the urgent needs of the

⁹ For further developments on the impact of globalization, see, amongst others: Vasco PEREIRA DA SILVA, *The Impact of Administrative Law without Frontiers on Portuguese Administrative Law*, in: *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2019, p.37 ff.; Johannes MASING, *Verfassung im Internationalen Mehrebenensystem*, in: HERDEGEN/MASING/POSCHER/GÄRDITZ (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, C.H. Beck, 2021, p.61 ff.; Michael POTACS, *Sozialstaat und Globalisierung: Herausforderung für Demokratie und Rechtsstaat*, in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (ed.), *Die Zukunft des Sozialen Rechtsstaates in Europa*, SIPE, Nomos, 2015, p.347 ff.

situation. The WHO's guidance and recommendations during the pandemic have encouraged flexibility within administrative law frameworks, allowing governments to respond swiftly and effectively to the public health emergency. One of the key aspects of this flexibilization has been the use of emergency powers by governments, which have allowed them to bypass certain administrative procedures and regulations in order to expedite their response to the pandemic. For example, many countries have implemented emergency procurement rules, which allow them to quickly acquire the necessary medical supplies and equipment without going through the usual procurement process.

During the pandemic, to take swift and decisive actions to protect public health, governments have implemented emergency powers and the flexibility to bypass certain administrative procedures or regulations.¹⁰ The WHO's guidance and recommendations provided a basis for countries to justify and legitimize the use of emergency powers, allowing for the temporary relaxation or adaptation of administrative law requirements to address the crisis effectively. The WHO's guidelines and recommendations helped countries streamline administrative procedures to expedite decision-making processes during a pandemic. To facilitate the prompt and efficient response to the public health emergency, Administrative Law could be temporarily adjusted to fast-track approvals for medical supplies, testing procedures, clinical trials, and vaccine distribution.

On the other hand, the pandemic demanded the implementation of new measures and strategies to combat the virus. Administrative law was flexible to allow for the experimentation and piloting of innovative approaches, such as digital health solutions, remote consultations, and decentralized decision-making structures. The WHO's support and guidance provided a framework for countries to test and evaluate these experimental measures within their administrative systems. Another important aspect of the flexibilization of administrative law has been the increased use of digital technologies to facilitate administrative procedures. With many government offices and agencies shut down due to the pandemic, governments have had to find new ways to deliver services to

¹⁰ Maria JOÃO ESTORNINHO, Covid-19: (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública. Covid-19: (new) challenges and (old) risks in public procurement, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LXI/1, (2020), p.509 ff.

the public. This has resulted in a significant increase in the use of online platforms for administrative procedures, such as online applications for benefits and permits.

The WHO's guidance on resource allocation during the pandemic, including prioritizing healthcare resources and mobilizing emergency funding, has also influenced the flexibilization of Administrative Law at the national level. Administrative procedures related to budgeting, public procurement, and resource allocation have been adjusted to ensure the availability of essential resources and to address the urgent needs arising from the pandemic. However, while the flexibilization of administrative law has been necessary to respond to the urgent needs of the pandemic, it has also raised concerns about the potential for abuse of power and the erosion of democratic principles. As such, it will be important for governments to carefully consider the long-term implications of these changes, and to ensure that any flexibilization of administrative law is accompanied by appropriate safeguards and oversight mechanisms.

It is important to bear in mind that flexibilization of Administrative Law can enhance the response to a crisis, but it also involves several risks and must be balanced with accountability and transparency. The temporary flexibilization of administrative procedures should be clearly defined, time-limited, and subject to appropriate oversight mechanisms to prevent abuse and ensure the protection of individual rights and public interests.¹¹ One can identify *lines of continuity* and *lines of disruption* during the pandemic phase, regarding Administrative Procedure Law. The final result is, what can be called, a *disruptive continuity*. The emergency law deepened trends that, for years, had underpinned successive reforms of the law applicable to administrative decision-making procedures. From night to day, administrative dematerialization effectively became a reality. In the name of urgency in fighting the pandemic, several measures to reduce bureaucracy and procedural simplification were adopted (shortening of deadlines, waiver of formalities, and notifications amongst others).

The simplification of administrative procedures during the pandemic has almost eliminated the need for administrative procedures, particu-

¹¹ About the risks of (radical) administrative procedure simplification during the COVID-19 pandemic, see Maria JOÃO ESTORNINHO, Public procurement in times of pandemic, in: *Elpis-v-law-review*, 1 (2020). <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>. last accessed 25 November 2023.

larly in public procurement. This has disrupted the model of administrative procedural law of the second half of the 20th century, and it is risky to abandon the idea that the administrative procedure is a safeguard for individuals, which is a characteristic feature of our Administrative Law. From the point of view of the forms of action of the Public Administration, there are also disruptive signs about the evolution of the last decades. If pre-pandemic Administrative Law was marked by growing logics of privatization, contractualization, participative and concerted procedures, even in the case of the practice of administrative acts, one of the most striking aspects of emergency Administrative Law was undoubtedly the (re)emergence of public authority powers, impositions, prohibitions, sanctioning powers, the replacement of agreements by civil requisitions, etc.

Emergency Administrative Law supports a Public Administration that protects and provides goods and services (as never before in recent years) but above all it supports a Public Administration that (also as never before in recent years) prohibits, imposes, and sanctions. Quarantines, confinements, the wearing of masks, curfews, bans on visiting homes or hospital inmates, bans on meetings, including religious ceremonies, and travel restrictions, among many other measures, have meant restrictions on fundamental rights that had not been imagined for a long time. Such restrictions on fundamental rights took on unusual proportions, to the extent that what the legislator and the doctrine had, over decades, passed to the level of exceptionality, reduced to circumscribed and temporary measures, became normality, with even the (debatable and hasty) emergency legislative solutions lasting in many cases beyond the peak of the pandemic.

Many are the issues that must be revisited, in terms of juridical-administrative doctrine, regarding the legal block that binds the Public Administration and whose porosity has reached worrying levels in emergency legislation. It is enough to bear in mind the real risk of erosion of the constitutional foundations of Administrative Law: put to the test were (are) the separation of powers, legality, and proportionality. The variable geometry contours that the administrative legality assumed in the pandemic (and that persist, in this return to the new normality, in the coexistence between the emergency legal regimes and the pre-and post-pandemic legal regimes) force us to reflect on risks and consequences for the principle of democratic rule of law. In a line of continuity, in

times of pandemic, phenomena of de-legalization and legal porosity associated with the expansion of technical discretion, with the consequent difficulties of eventual judicial control, were also accentuated.

5. Fragilities and Future Reforms

Doubts have arisen about the role of the World Health Organization (WHO) during the pandemic, concerning accountability, decision-making processes, and enforceability.¹² Of the utmost relevance is to analyse WHO's actions considering Administrative Law principles, related to the delegation of authority, rule-making, and decision-making procedures. Such principles are relevant to bear in mind, when analysing the legal basis for WHO's actions, for instance, the authority to issue guidelines and recommendations, to enforce compliance, and to coordinate international efforts. Administrative law principles must come into play when assessing the lawfulness, proportionality, and duration of emergency measures taken by WHO, for instance when declaring a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC). These measures need to be balanced with individual rights and subject to scrutiny under administrative law standards.

The pandemic has raised concerns about the transparency of decision-making processes within WHO, including the handling of information, scientific advice, and the influence of political considerations. Administrative law principles such as access to information, public participation, and the duty to provide reasons for decisions are relevant in ensuring accountability and promoting public trust. The pandemic has resulted in significant human and economic losses. Administrative law principles of liability and compensation may come into play if the question of seeking redress for damages arises. Questions may then arise regarding the jurisdiction of domestic courts or specialized international tribunals to review WHO's decisions and the standards against which these decisions are evaluated.

A second reflection is connected to the lack of effectiveness and en-

¹² See, for instance, Pedro A. VILLARREAL, *Towards a timeless legal definition of a pandemic*, in: *Global Governance: The World Health Organization and the Need for Post-COVID-19 Reform Addressing Challenges to Public Health and Society Through Global Collaboration*, Washington University Law, 2021, p. 33 ff.

forceability of the means at the disposal of WHO. The architecture of the WHO and the IHR is built upon the premise that States will cooperate in the case of a public health emergency. If one country refuses to cooperate and take appropriate precautions to control outbreaks, it becomes difficult to contain the spread of disease. During a global health crisis, the WHO monitors and supplies information on the disease and its spread, helps countries prepare their health systems to identify, track, prevent, and treat the disease, and plays a key role in the search for a treatment or vaccine. It works in collaboration with its member states, and has little autonomous authority of its own, relying upon national governments for funding, access, and implementation.

The IHR 2005 requires States to cooperate with the WHO and with each other by tracking health events on their territories, notifying the WHO if they reach a certain threshold of seriousness (based upon the risk of international spread, rather than on the actual severity of the illness caused), providing detailed information to each other and the WHO, and implementing a range of responses, including achieving a core set of public health capacities.

WHO has faced increasing IHR violations from states and had limited means of response. The COVID-19 pandemic has brought into sharp focus the limitations of the IHR in what concerns the obligation to notify WHO of public health risks, the declaration of a PHEIC, the effective coordination of national responses, and the promotion of solidarity among different countries. The limited effectiveness of the ACT Accelerator in general and the COVAX initiative in particular were an example of these limitations. COVAX is an example of efforts that were made to develop vaccines and treatments through global cooperation and scientific exchange. However, issues of vaccine nationalism, limited supply, and unequal distribution emerged, highlighting challenges in ensuring equitable access to vaccines on a global scale.

These are some of the reasons why there is a choir of voices in favor of WHO's reform. It is challenging to improve the World Health Organization's existing infrastructure to respond promptly and efficiently to global health emergencies while adhering to fundamental values like human rights, the rule of law, and solidarity. It makes sense that existing provisions of the IHR should be reinterpreted to promote more effective pandemic control. For instance, including a "precautionary principle" in the interpretation of IHR Article 12 on the determination of a PHEIC.

Or overcoming WHO's misunderstanding/minimalistic interpretation of Article 2 of the IHR (which defines the purpose and scope of the IHR) which could explain some reluctance to impose travel and trade restrictions that could prevent the spread of diseases.

Many reform proposals are currently being discussed,¹³ to improve the global response to public health emergencies:

- Enhanced surveillance and mandatory reporting: This would involve allowing unofficial data sources, such as civil society and academic experts, to be used, as well as enabling WHO staff to independently collect public health data when necessary.
- Transparency in PHEIC deliberations: This proposal aims to promote open and independent decision-making by the Emergency Committee (EC) of the WHO. It also involves moving away from a binary trigger system and instead introducing a tiered system with multiple levels of public health emergency, which would prompt appropriate state responses.
- Rapid and public monitoring of state measures: This proposal would allow for scrutiny of state decisions that do not comply with WHO guidance. Monitoring and review would take place in global economic governance, under international trade law, and through the human rights system.
- Global funding mechanisms: This proposal seeks to develop new or reformed global governance institutions to pool international funding. The aim is to provide technical support for the development of sustainable national public health systems, which can prevent, detect, and respond to outbreaks effectively.

There has been a suggestion to amend the International Health Regulations (IHR) to grant the World Health Organization (WHO) the power to impose sanctions on member States that do not comply with the regulations. Despite the IHR being legally binding, many countries tend to

¹³ Pedro A. VILLARREAL, *Lawmaking at the WHO: Amendments to the International Health Regulations and a New Pandemic Treaty After COVID-19*, in: SWP Comment, 4 (2023), Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs; Lawrence O. GOSTIN/Roojin HABIBI/Benjamin MASON MEIER, *Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats*, in: *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 48 (2020), p. 376 ff.; Leila SADAT, *Pandemic Nationalism, COVID-19, and International Law*, in: Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 21-02-06 (2021), <https://ssrn.com/abstract=3796365>, last accessed 25 November 2023.

treat even mandatory measures proposed by the WHO as mere recommendations.

Negotiations are underway in Geneva¹⁴ to amend the International Health Regulations (IHR) of 2005 and to create a new WHO convention on pandemic prevention, preparedness, response, and recovery (a “pandemic treaty”).¹⁵ The proposal has been justified based on several advantages that are associated with a treaty. For example, it compels national policymakers to continuously engage in global health policy. It establishes the principles and objectives of multilateral preparedness, and it can provide more binding equity in the distribution of medical goods. The proposal is announced to be launched in the spring of 2024, but it remains to be seen if there is enough political will to make it happen.

Such a process is based on the conviction that a rules-based international order offers a more robust alternative to the ad hoc diplomacy that has prevailed to date, which is yet to be proven. It seems questionable that intrusive powers are preferable to sharing powers¹⁶ involving all the relevant actors on the global level. It is important to remember that the World Health Organization (WHO) was established after the Second World War and that the organization’s model is based on an International Law approach that brings states together to address common public health threats. This approach, even with more intrusive powers, may not be sufficient to tackle all global public health issues. It is true that, in the past, International Health Law was the only way for countries to tack-

¹⁴ It should be noted that, in contrast to other policy areas such as international trade, the EU does not have exclusive, but rather only complementary competence in the area of (global) health, so that the entry into force of a pandemic treaty would fall within the competence of each EU Member State. However, this does not prevent the EU from actively participating in the negotiations, as its Commission has received a mandate from the Council of the EU to do so.

¹⁵ It is important to keep in mind that Article 21 of the WHO Constitution grants the World Health Assembly the power to establish legally binding regulations unless a state specifically rejects them. These regulations may cover five areas, including sanitary and quarantine requirements intended to prevent the global spread of disease. The first of these areas serve as the legal foundation for the International Health Regulations of 2005, which presently represents the primary binding instrument focused on counteracting the cross-border transmission of illnesses. It’s worth noting that the approval of a treaty or convention differs in terms of scope and necessary majorities, requiring a two-thirds majority and national ratification or approval under Article 19.

¹⁶ See Donato VESE, On the Administrative Powers of the WHO: A Lesson from the Pandemic, in: *European Journal of Health Law*, 30 (2023), p.66 ff.

le global health issues. However, nowadays, soft law instruments such as non-binding international resolutions, global strategies, and codes of practice have become more popular. These instruments are easier to negotiate without requiring formal state ratification. Although soft law lacks the legal enforceability of International Law, it still reflects global consensus and helps establish priorities, mobilize constituencies, create incentives, coordinate actors, and facilitate accountability. Therefore, in the context of Global Health Law, soft law is used to bind both state and non-state actors.¹⁷

6. *Conclusion*

The COVID-19 pandemic has brought about significant changes in the field of Administrative Law worldwide. The World Health Organization (WHO) played a vital role in coordinating international efforts to contain the pandemic and mitigate its effects. WHO acted, on a global scale, as a trigger for a novel Administrative Law, based on harmonization and flexibility, which proved to be crucial in the management of the outbreak. The pandemic has also highlighted the importance of health as a global public good, and the necessity of global cooperation in the face of (inevitable) future health emergencies. As such, it is vital to continue to learn from the COVID-19 experience and improve international collaboration to enhance preparedness and response capabilities. Questionable seems to be that intrusive powers are preferable to sharing powers involving all the relevant actors on the global level.

¹⁷ Lawrence O. GOSTIN/Benjamin MASON MEIER, Introducing Global Health Law, in: *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 47 (2019), p.789 ff.

DER ÜBERGANG VON FOSSILEN ZU NACHHALTIGEN
ENERGIETRÄGERN ALS NEUE “GRÜNE” ÖFFENTLICHE AUFGABE

THE TRANSITION FROM FOSSIL TO SUSTAINABLE
ENERGY SOURCES AS A NEW “GREEN” PUBLIC TASK

LA TRANSITION ÉNERGIQUE – DES ÉNERGIES FOSSILES
AUX ÉNERGIES DURABLES:
UNE NOUVELLE MISSION PUBLIQUE ENVIRONNEMENTALE

KLIMANEUTRALER UMBAU DER ENERGIESYSTEME UND STELLENWERT DER ENERGIEVERSORGUNG IM INTERNATIONALEN UND EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSRECHT

*Claas Friedrich Germelmann**

1. Einführung

Die Energieversorgung ist durch die verstärkten Bemühungen um eine Intensivierung des Klimaschutzes im Gefolge des Pariser Abkommens und dem damit verbundenen Fokus auf einer immer stärkeren Reduktion der Treibhausgasemissionen bis hin zum Ziel der Klimaneutralität¹ zu einem zentralen Anwendungsfeld auch des Klimaschutzrechts geworden.² Der Trend geht also – zumindest von der europäischen Warte aus³ – deutlich in Richtung der Nutzung erneuerbarer Energieträger

* Prof. Dr. Claas Friedrich GERMELMANN, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht an der Universität Hannover.

¹ Vgl. zuletzt etwa das Ziel der EU, bis 2050 eine Klimaneutralität zu erreichen: Art. 1 Abs. 2, Art. 2 des Europäischen Klimagesetzes (Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität [...], ABl. EU 2021 L 243/1). Das Pariser Abkommen sieht in seinem Art. 4 Abs. 1 die Erreichung der globalen Klimaneutralität im Sinne einer Balance von Treibhausgasemissionen und Entnahmen aus der Atmosphäre, etwa durch Senken, in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts, also letztlich bis 2100 vor. Zu den Unklarheiten dieser Bestimmung vgl. Benoît MAYER, Article 4, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 4.04 ff.

² Vgl. etwa Hans-Georg DEDERER, Die Governance-Verordnung als Steuerungsinstrument zur Erfüllung der Klimaschutz-Verpflichtungen der Union durch die Mitgliedstaaten, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Energieright nach dem Clean Energy Package*, 2021, S. 1 (3 f.); Dominique RISTORI, 60 ans de politique énergétique, in: *Revue du droit de l'Union européenne* 2019, S. 17 (30 ff.). Mit besonderem Blick auf die Novellierung des EU-Energierights durch das „Clean Energy Package“ in den Jahren 2018/2019 Jörg GUNDEL / Julius BUCKLER, Das europäische Energieright nach dem Erlass des Clean energy package: Eine gelungene Synthese von EU-Klimaschutz- und EU-Binnenmarktrecht?, in: *Gewerbearchiv* 2020, S. 41.

³ Hinsichtlich der globalen Ebene s. die politisch, nicht rechtlich bindenden Beschlüsse der jüngsten COP 28 zum Übergang auf erneuerbare Energieträger und dazu Pressemitteilung IP/23/6591 der Kommission vom 13. Dezember 2023 „EU-Verhandlungsführer erzielen auf COP28 Einigung über die raschere weltweite Abkehr von fossilen Brennstoffen sowie die Verdreifachung erneuerbarer Energien und die Verdopplung der Energieeffizienz in diesem Jahrzehnt“.

und fort von der Energiegewinnung aus fossilen Quellen.⁴ Diese Entwicklung erscheint aus Gründen des Klimaschutzes auch ohne Weiteres zwingend,⁵ da bei einer Betrachtung der unterschiedlichen Sektoren, die Treibhausgase emittieren, wie z.B. auch dem Verkehr, der Industrie, der Landwirtschaft und der Wärmeerzeugung, gerade der Energiesektor in hohem Maße relevant ist.⁶ Dennoch muss auch in Anbetracht dieses Befundes stets im Blick behalten werden, dass die Energieversorgung eine zentral wichtige öffentliche Aufgabe darstellt,⁷ die in ihren Zielsetzungen und Sachgesetzlichkeiten trotz der Bedeutung des Klimaziels nicht allein an klimaschutzrechtlichen Standards gemessen werden kann. Im Zentrum der öffentlichen Aufgabe der Energieversorgung steht seit jeher das Ziel der Energieversorgungssicherheit, sowohl was die Verfügbarkeit der Ressourcen als auch was die Stabilität der Transportwege und die

⁴ S. die Pressemitteilung IP/23/4754 der Kommission vom 9. Oktober 2023 und die Seite Legal documents on Delivering the European Green Deal (https://commission.europa.eu/publications/legal-documents-delivering-european-green-deal_en, zuletzt abgerufen am 15.6.2024) für einen Überblick über die Rechtsakte im sog. Paket „Fit für 55“, welches neben dem Energiesektor u.a. auch die Bereiche des Schiffs-, Flugzeug- und Kraftfahrzeugverkehrs, die Förderung natürlicher CO₂-Senken, eine Effektivierung des europäischen Emissionshandelssystems sowie soziale Ausgleichsmaßnahmen vorsieht. Die Bemühungen um die Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien (s. dazu jüngst Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen [...], ABC.EU L 2023/2413 sind typischerweise verknüpft mit einer wachsenden Bedeutung und Betonung der Energieeffizienz in der europäischen Energiepolitik. S. hierzu beispielhaft Mitteilungen der Kommission vom 11. Dezember 2019 „Der europäische Grüne Deal“, COM(2019) 640 final, S. 6 ff., vom 18. Mai 2022 „REPowerEU-Plan“, COM(2022) 230 final, S. 3 ff., und vom 18. Mai 2022 „Ein Energiesparplan für die EU“, COM(2022) 240 final, sowie Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955 (Neufassung), ABl.EU 2023 L 231/1.

⁵ S. jüngst die diesbezüglichen Beschlüsse der COP 28; z.B. Decision 1/CMA.5 „Outcome of the first global stocktake“, Tz. 28.

⁶ Der Sektor Energie im weiten Sinne verursacht im Schnitt rund 75 % der gesamten Treibhausgasemissionen in der EU; s. Eurostat, Statistics for the European Green Deal, <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/egd-statistics/>, zuletzt abgerufen am 15.6.2024.

⁷ Dies ist in der Rechtsprechung sowohl europarechtlich wie nach deutschem Verfassungsrecht anerkannt; s. EuGH, Urt. v. 10. Juli 1984 – Rs. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256; Urt. v. 25. Oktober 2001 – Rs. C-398/98, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:2001:565; BVerfGE 25, 1 (16); 30, 292 (323 f.); 66, 248 (258); 91, 186 (206); s. auch Markus LUDWIGS, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in Krisenzeiten, NVwZ 2022, S. 1086.

Integrität der Versorgungseinrichtungen angeht;⁸ hinzu kommt ebenfalls das Ziel der sozialen Gerechtigkeit und des gleichberechtigten Zugangs zur Energieversorgung als einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse,⁹ welches es erfordert, Energiepreise begrenzt und für die Allgemeinheit bezahlbar zu halten.¹⁰ Gerade der letztere Aspekt tritt in der öffentlichen Wahrnehmung angesichts der steigenden Kosten für den Umbau des Energieversorgungssystems in jüngerer Zeit immer stärker in den Vordergrund. Dieses sehr grundsätzliche Spannungsfeld¹¹ steht in Rede, wenn der Stellenwert der Energieversorgung im internationalen und europäischen Verfassungsrecht zu bestimmen ist. Hier sollen vornehmlich Schlaglichter und Grundlinien der verfassungsrechtlichen Ebene vorgestellt werden. Die Details der heutigen europäischen und nationalen Energiegesetzgebung, die in immer stärkerem Maße an Komplexität und Detailreichtum gewinnt, kann aus Platzgründen hier nicht ausgeleuchtet werden. Freilich werden, soweit dies zur Illustration der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen erforderlich ist, sie als Beispiele herangezogen.

2. Internationale Ebene

Auf der internationalen Ebene ist es bereits schwierig, von einer ver-

⁸ Vgl. für die Europäische Union nur Dominique RISTORI, 60 ans de politique énergétique, in: *Revue du droit de l'Union européenne* 2019, S. 17 (21 ff.). Für Deutschland vgl. Patrick SIKORA, Grundstrukturen der Energieversorgungssicherheit, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2023, S. 2989 ff.

⁹ Hierzu gehört die Energieversorgung; s. nur EuGH, Urt. v. 27. April 1994 – Rs. C-393/92, *Almelo*, ECLI:EU:C:1994:171, Rn. 47 ff. Vgl. für das Unionsrecht insofern Art. 36 GRCh und dazu Markus KRAJEWSKI, Artikel 36 GRCh, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 13 f. unter Verweis auf Artikel 1 des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse.

¹⁰ Das Klimavölkerrecht erkennt soziale Aspekte bei der praktischen Umsetzung der Klimaziele an, allerdings ohne konkrete Konzepte; s. jüngst COP 28 Decision -/CMA.5 „Outcome of the first global stocktake“, Tz. 136 ff. S. zu unionspolitischen Maßnahmen in diesem Feld Dominique RISTORI, 60 ans de politique énergétique, in: *Revue du droit de l'Union européenne* 2019, S. 17 (37 f.).

¹¹ Es bildet sich beispielsweise ähnlich auch in der deutschen (einfachgesetzlichen) Leitvorgabe des § 1 EnWG ab. Dazu etwa Christian THEOBALD, § 1 EnWG, in: THEOBALD / KÜHLING (Hrsg.), *Energierecht. Kommentar*, Loseblatt, Stand 2024, Band 1, Rn. 14 ff., 32.

fassungsrechtlichen Ordnung zu sprechen. Ob es einen internationalen Verfassungsverbund oder ein internationales Verfassungsrecht gibt, erscheint mehr als fraglich, wenn man damit eine in besonderem Maße stabilisierte Grundordnung der Staatengemeinschaft versteht, die, vom unmittelbaren Staatenwillen losgelöst, eine immer stärker verrechtlichte Strukturierung der internationalen Beziehungen vornehmen soll.¹² Gerade in der jüngeren Vergangenheit sieht man in unterschiedlichen Bereichen des Völkerrechts, darunter in besonders prominentem Maße im internationalen Wirtschaftsrecht,¹³ eine Erosion von Strukturen, die früher einmal als stark rechtlich eingefasst und damit als quasi-verfassungsrechtlich betrachtet werden konnten. Diese Grundsatzfrage nach einem Verfassungsrechtsverständnis im Völkerrecht ist hier aber nicht zu behandeln. Es kann vielmehr nur darum gehen, rechtlich verbindliche Grundentscheidungen auf der völkerrechtlichen Ebene herauszuarbeiten, die das jeweilige Rechtsgebiet strukturieren und überwölbende Wertentscheidungen repräsentieren.¹⁴ Für den Bereich des Klimaschutzrechts erscheint dies in Anbetracht der Vertragslage leichter als im Energierecht. Denn betrachtet man das Energierecht im engeren Sinne, so kann von internationalen verfassungsrechtlichen Strukturen kaum gesprochen werden.¹⁵ Im Gegenteil gibt es nicht einmal ein kohärentes

¹² Zur Debatte, die insbesondere in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts und in der ersten Dekade der 2000er Jahre geführt wurde, vgl. etwa Jan KLABBERS, *International constitutionalism*, in: MASTERMAN / SCHÜTZE (Hrsg.), *The Cambridge companion to comparative constitutional law*, 2019, S. 498 ff.; zusammenfassend auch Andreas VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 30 ff. m.w.N.

¹³ Zum Niedergang des obligatorischen Streitbeilegungssystems der WTO, welches als ein herausgehobenes Beispiel verrechtlichter Strukturen begriffen werden konnte, vgl. etwa Joost PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, in: *Journal of International Economic Law* 22 (2019), S. 297 ff. Zur Kritik bereits Mitsuo MATSUSHITA / Thomas J. SCHOENBAUM / Petros C. MAVROIDIS / Michael HAHN, *The World Trade Organization*, 3. Aufl., 2015, S. 108 f. Zum Versuch einer von einzelnen Mitgliedstaaten getragenen Nachfolgeeinrichtung vgl. Joost PAUWELYN, *The WTO's Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA): What's New?*, in: *World Trade Review* 22 (2023), 693 ff.

¹⁴ Vgl. für einen "Climate Constitutionalism" ähnlich Navraj Singh GHALEIGH, *Article 2*, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.35.

¹⁵ Vgl. zu den nur rudimentären völkerrechtlichen Vorgaben in diesem Bereich (mit einem Schwerpunkt auf regulierungsrechtlichen Fragestellungen) Jörg GUNDEL, *Regulierung und Internationalisierung – insbesondere im Energiesektor*, in: SCHMIDT-PREUSS / KÖRBER (Hrsg.), *Regulierung und Gemeinwohl*, 2016, S. 312 ff. Zum vergleichbaren Befund in anderen Bereichen des Regulierungsrechts Jörn Axel KÄMMERER, *Regulierung*

völkerrechtliches Vertragsregime des Energierechts, geschweige denn gewohnheitsrechtliche Normen, sondern allenfalls punktuelle, teils auch eher zufällige, keineswegs aber sachlich abschließende Regelungen. Derartige Fragmente finden sich etwa in Bezug auf die Souveränität über Ressourcen¹⁶ und den Handel mit Rohstoffen,¹⁷ auf Fragen der Energieinvestitionen¹⁸ und eben im Bereich des Klimaschutzrechts.

2.1. Klimaschutzrecht

In der Tat stellt heute das Klimaschutzrecht der UN-Klimarahmenkonvention (*United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC) von 1992¹⁹ und des Pariser Übereinkommens (*Paris Agreement* – PA) von 2015 auf der völkerrechtlichen Ebene die umfangreichsten inhaltlichen Vorgaben für die Energieversorgung bereit.²⁰

a) Rechtliche Rahmensetzung und Adressaten

Dies setzt freilich voraus, dass sich die Staaten nach dem Modell des Pariser Übereinkommens über „*nationally determined contributions*“ (NDCs) in Bezug auf eine Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen gebunden haben, was zwar für die EU-Mitgliedstaaten, aber global keineswegs flächendeckend der Fall ist²¹ und einmal mehr die fortbestehende

und Internationalisierung – Auf dem Weg zu einem „Regulierungsvölkerrecht“?, ebd., S. 288 ff.

¹⁶ Vgl. James CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, 9. Aufl. 2019, S. 317.

¹⁷ Vgl. aus Sicht des WTO-Rechts und insbesondere des Art. XX (b) und (g) GATT Mitsuo MATSUSHITA / Thomas J. SHOENBAUM / Petros C. MAVROIDIS / Michael HAHN, *The World Trade Organization*, 3. Aufl., 2015, S. 734 f., 739 ff.

¹⁸ Hier ist insbesondere der – freilich in jüngerer Zeit umstrittene und in seiner Fortführung zweifelhafte – Energiecharta-Vertrag zu nennen; dazu Kaj HOBÉR, *Overview of energy charter treaty cases*, in: SCHERER (Hrsg.), *International arbitration in the energy sector*, 2018, S. 175 ff.; Claas Friedrich GERMELMANN, *Extraterritoriality and EU Standards in Investment Law: The Reform of the Energy Charter Treaty*, in: CUNHA RODRIGUES (Hrsg.), *Extraterritoriality of EU Economic Law*, 2021, S. 269 ff.

¹⁹ Dazu Daniel BODANSKY, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*, in: *Yale Journal of International Law* 18 (1993), S. 451 ff.

²⁰ Vgl. im Überblick beispielsweise Alan BOYLE / Catherine REDGWELL, *Birnie, Boyle, and Redgwell's international law and the environment*, 4. Aufl. 2021, S. 378 ff.

²¹ Vgl. das NDC Registry, abrufbar unter <https://unfccc.int/NDCREG>, sowie die COP 28 Decision 1/CMA.5 „Outcome of the first global stocktake“. Zum Sonderfall der

Bedeutung des konkreten Staatenwillens in diesem zentralen, aber eben auch modernen Feld des Völkerrechts beweist. Die gleichsam überwölbenden Rahmenbedingungen, welche das Übereinkommen festlegt, sind demgegenüber eher spärlich und rechtlich deutlich weniger verfestigt²² als etwa das Vorgängermodell des Kyoto-Protokolls von 1997, das insbesondere deswegen von den Staaten nicht erneut aufgelegt wurde.²³ Das Pariser Abkommen hat schon nach seiner Entwicklungsgeschichte deutlich stärker seinen Schwerpunkt auf politische denn auf rechtliche Steuerung gesetzt.²⁴

So sieht bereits das Pariser Abkommen selbst eine Differenzierung bei der völkerrechtlichen Selbstbindung vor und bezieht eine ausdrückliche Aufforderung zu absoluten gesamtwirtschaftlichen Emissionsreduktionen lediglich auf die Industrieländer.²⁵ Damit sind weiterhin große und leistungsfähige Verschmutzer selbst von dieser nur adhortativen Bestimmung ausgenommen; denn etliche Schwellenländer, die sich weiterhin nicht als industrialisierte Staaten einstufen, sind auf diese Weise durch das Abkommen nicht einmal im Sinne einer politischen Verpflichtung gehalten, konkrete Emissionsreduktionen als NDCs zu melden.²⁶ Dies beruht auf dem Verzicht der vertraglichen Einteilung von Staaten in Grup-

USA und der Grenzen des des US-Verfassungsrechts Navraj Singh GHALEIGH, Article 3, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 3.28 ff.

²² Vgl. Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, The issues that never die, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 (185 ff.).

²³ Vgl. Daniel BODANSKY, The Paris climate change agreement: A new hope?, in: *The American Journal of International Law* 110 (2016), S. 288 (291 f.).

²⁴ Zur Verhandlungsgeschichte Jane BULMER / Meinhard DOELLE / Daniel KLEIN, Negotiating History of the Paris Agreement, in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 50 ff.

²⁵ Art. 4 Abs. 4 PA im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 lit. a UNFCCC. Die völkerrechtliche Bestimmung des Art. 4 Abs. 4 PA enthält nach ihrem Wortlaut („should“) schon nicht einmal rechtsverbindliche Vorgaben; s. Benoît MAYER, Article 4, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 4.18. Allenfalls eine „normative Erwartung“ ist hierin verankert; s. Lavanya RAJAMANI, Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (510).

²⁶ Zum politischen Streit um entsprechende Differenzierungen Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, The issues that never die, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 (188 f.); Lavanya RAJAMANI, Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (507 ff.).

pen²⁷ und dem daraus resultierenden Problem der Selbsteinordnung von Staaten in die Kategorien Industrieland und Entwicklungsland.²⁸ Ähnlich wie im internationalen Handelsrecht²⁹ kann diese kaum objektive und jedenfalls rechtlich nicht überprüfbare Zuordnung nicht nur zu einer erheblichen Schwächung der Umsetzung der Abkommensziele, sondern in der letzten Konsequenz auch zu negativen Anreizen bezüglich der Ambition bei traditionellen Industriestaaten führen. Erschwerend hinzu kommt, dass nach der Konzeption des Abkommens die Reaktionsmöglichkeiten bei nicht hinreichend ambitionierten Klimabeiträgen der Staaten eher begrenzt sind;³⁰ vornehmlich sind prozedurale Instrumente vorgesehen.³¹ Ähnlich in seiner Wirkung ist schließlich das nicht selten inhaltlich kompromisshafte und in den Formulierungen unpräzise sowie oftmals rechtlich unverbindliche und nur politisch verpflichtende Klimasekundärrecht der Vertragsstaatenkonferenzen.³² Ein internationales

²⁷ Insbesondere nimmt das Pariser Abkommen hier keine völkerrechtlich verbindliche Einordnung etwa durch Listungen mehr vor; s. Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.23.

²⁸ Zu dem politischen Streit über die Reichweite der jeweiligen Pflichten im Vorfeld des Pariser Abkommens Lavanya RAJAMANI, *Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (506 f.).

²⁹ Hierzu für das WTO-Recht beispielhaft Mitsuo MATSUSHITA / Thomas J. SCHÖENBAUM / Petros C. MAVROIDIS / Michael HAHN, *The World Trade Organization*, 3. Aufl., 2015, S. 702 ff.

³⁰ S. Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.36 ff.

³¹ Vgl. etwa im Überblick Lavanya RAJAMANI, *Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (502 ff.); näher zu dem sog. „Global Stocktake“, auf dem weitere Klimaschutzmaßnahmen aufbauen sollen, Art. 14 PA und insbesondere seinen Abs. 3 sowie ferner das Umsetzungsinstrumentarium in Art. 15 Abs. 2 PA; dazu Jürgen FRIEDRICH, *Global Stocktake (Article 14)*, in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 319 ff.; Yamide DAGNET / Eliza NORTHROP, *Facilitating Implementation and Promoting Compliance*, ebd., S. 338 ff.

³² Vgl. Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.27. Vgl. auch Lavanya RAJAMANI, *The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015 Climate Negotiations*, in: *The Modern Law Review* 78 (2015), S. 826 (839 f.); Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, *The issues that never die*, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 (186 ff.); allgemein zum Problem des Sekundärrechts im Völkerrecht Jutta BRUNNÉE, *COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements*, in: *Leiden Journal*

„Verfassungsrecht“ des Klimaschutzes ist also strukturell schwach ausgeprägt und kann trotz seiner hohen politischen Bedeutung im Bereich der Energieversorgung jedenfalls nur bedingt zur Lösung konkreter rechtlicher Probleme beitragen.

b) Konfligierende Interessen und das Prinzip der common but differentiated responsibilities and respective capabilities

Die Schwäche einer solchen „verfassungsrechtlichen“ Ebene im Völkerrecht wird aus rechtlichen wie faktischen Gründen verschärft.

In völkerrechtlicher Hinsicht ist die Klimaschutzpflicht ihrerseits schon seit dem Beginn klimaschutzrechtlicher Bemühungen relativiert: Die Abkommen selbst erkennen seit der UN-Klimarahmenkonvention gleich gewichtete Interessen an, die relativierend gegenüber dem Klimaschutzziel wirken können, wenn es um ebenso gewichtige Ziele wie Armutsbekämpfung und nachhaltige Entwicklung geht.³³ Art. 4 des Pariser Abkommens, der aufgrund seiner zentralen Stellung³⁴ und seines grundsätzlichen Regelungsanspruchs bezogen auf die Treibhausgasreduktion sicherlich als eine materiell-verfassungsrechtliche Norm des Klimaschutzvölkerrechts bezeichnet werden könnte, bestimmt dies in seinem Abs. 1 ausdrücklich. Auch das Leitprinzip der *common but differentiated responsibilities and respective capabilities* (Art. 3 Abs. 1 UNFCCC, Art. 2 Abs. 2 PA), welches ebenfalls zur verfassungsrechtlichen Grundlage des Klimavölkerrechts gezählt werden müsste, lässt viel Raum für unterschiedliche Interpretationen,³⁵ die sich letztlich zum Nachteil eines effek-

of International Law 15 (2002), 1 ff.; Claas Friedrich GERMELMANN, Moderne Rechtssetzungsformen im Umweltvölkerrecht – Entwicklung und Perspektiven sekundärrechtlicher Regelungsmechanismen, in: *Archiv des Völkerrechts* 52 (2014), S. 325 ff. m.w.N.

³³ Art. 2, 3 Abs. 4, 5 UNFCCC, Art. 2 Abs. 1 PA. Die letztere Vorschrift drückt einen Kompromiss in den Verhandlungen zum Pariser Übereinkommen aus; s. Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.14. Zweifelhaft Lavanya RAJAMANI, *Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (509), die eine Abschwächung der konkurrierenden Prinzipien im Pariser Abkommen verglichen mit der UN-Klimarahmenkonvention erkennen will.

³⁴ Harald WINKLER, *Mitigation (Article 4)*, in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 141.

³⁵ Vgl. nur Lavanya RAJAMANI, *The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015*

tiven Klimaschutzes auswirken können. Für das Energierecht und die in diesem Rechtsgebiet vorzunehmenden komplexen Abwägungsvorgänge hilft die Bestimmung kaum weiter. Dies liegt in dem Umstand begründet, dass das Prinzip, auch wenn es durch seine Verankerung im Völkervertragsrecht rechtsverbindlich ist, einen letztlich sowohl textlich vagen³⁶ als auch sachlich pauschalen Ansatz wählen muss, der maximal als Rahmensezung verstanden werden kann,³⁷ da andere Konzepte politisch kaum durchsetzbar gewesen wären.³⁸ Auch wenn es eine Plausibilität für sich hat und versucht, das Problem der historischen Verschmutzungsbeiträge zu verarbeiten, kann es doch gerade im Bereich der Energieerzeugung und für den weltweiten Umbau hin zu einem nachhaltigen Energieversorgungssystem zu einem nicht unerheblichen Hemmnis für einen effektiven Klimaschutz führen. Der dem Prinzip immanente Blick in die Vergangenheit, verbunden mit dem Ziel rascher industrieller Entwicklung kann trotz des erheblichen Zeitdrucks, den das Problem des Klimawandels begründet, die Anreize gerade für wirtschaftlich leistungsfähige Schwellenländer mit hohem Verschmutzungspotenzial senken, ihre Energieerzeugung zügig nachhaltig zu gestalten. Die Vergangenheitsperspektive kann also als leicht verfügbarer politischer Argumentationstypus zukunftsgerichteten klimafreundlichen Anreizsetzungen auf globaler Verhandlungsebene wie auch in der internen Klimapolitik entgegenstehen. Daher eignet sich das Prinzip wenig, um eine für die nachhaltige

Climate Negotiations, in: *The Modern Law Review* 78 (2015), S. 826 (838); zum umstrittenen Inhalt des Konzepts auch Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.23 f.

³⁶ Zum Kompromisscharakter Lavanya RAJAMANI, Guiding Principles and General Obligation (Article 2.2 and Article 3), in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 131 (133 f.).

³⁷ Zum Streit vgl. zusammenfassend und m.w.N. Lavanya RAJAMANI, The reach and limits of the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities in the climate change regime, in: DUBASH (Hrsg.), *Handbook of Climate Change and India: Development, Politics and Governance*, 2012, S. 118 (123).

³⁸ Zu den umstrittenen Verhandlungen Lavanya RAJAMANI, Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (507 ff.). Zur Vorgeschichte statt vieler prägnant Daniel BODANSKY, The Paris climate change agreement: A new hope?, in: *The American Journal of International Law* 110 (2016), S. 288 (294 ff.).

Entwicklung des betreffenden Landes fruchtbare Energiepolitik zu formulieren. Freilich hindert es daran aber auch nicht.³⁹

Hinzu kommt, dass die mangelnde Präzision des Grundsatzes der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeiten weite Spielräume für die konkrete rechtliche Umsetzung lässt. Dies kann zwar insofern positiv wirken, als bei entsprechender politischer Bereitschaft auch die nicht traditionellen Industriestaaten stärker in Klimaschutzmaßnahmen eingebunden werden können;⁴⁰ es reduziert allerdings den Einfluss des Verantwortlichkeitsgrundsatzes auf konkrete Sachentscheidungen im Energierecht, da er letztlich durch die Kombination eines offenen, nicht einmal zwingend rechtlich zu verstehenden Verantwortlichkeitsverständnisses mit dem Verweis auf Kapazitäten weite Interpretationsmöglichkeiten eröffnet. Ohne dass die in dem Prinzip der *common but differentiated responsibilities and respective capabilities* angelegte Gerechtigkeitsfrage, die letztlich weniger als eine rechtliche denn als eine politisch-moralische einzuordnen ist,⁴¹ abschließend beantwortet werden könnte, zeigt sich in seiner praktischen Umsetzung auf der internationalen Ebene doch deutlich, dass die Effektivität des Klimaschutzes immer weniger durch das Recht selbst, geschweige denn durch ein „verfassungsrechtliches“ System erreicht werden kann, sondern vornehmlich Machtpositionen und Anreize über den Erfolg entscheiden werden. Damit sind weniger Konstitutionalisierungsvorstellungen im Klimaschutzrecht als vielmehr Verhandlungen und Diplomatie für den Erfolg ausschlaggebend.⁴²

³⁹ Vgl. aufschlussreich für die vielfältigen Facetten indischer Klimapolitik auf internationaler und nationaler Ebene Navroz K. DUBASH (Hrsg.), *Handbook of Climate Change and India: Development, Politics and Governance*, 2012.

⁴⁰ In diesem Sinne positiv gestimmt und mit Vergleich zur Situation nach dem Kyoto-Protokoll Daniel BODANSKY, *The Paris climate change agreement: A new hope?*, in: *The American Journal of International Law* 110 (2016), S. 288 (298 f., 300).

⁴¹ Zu den diesbezüglichen Verschränkungen prägnant Lavanya RAJAMANI, *The reach and limits of the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities in the climate change regime*, in: DUBASH (Hrsg.), *Handbook of Climate Change and India: Development, Politics and Governance*, 2012, S. 118 (122). In diesen Zusammenhang gehört auch die rechtlich kaum realistisch umsetzbare Diskussion um aus allgemeinen Gerechtigkeitsabwägungen verbleibende Emissionsbudgets; dazu etwa Oliver GEDEN / Brigitte KNOPF / Felix SCHENUIT, *Nutzen und Fallstricke eines Emissionsbudget-Ansatzes in der EU*, in: *Energiwirtschaftliche Tagesfragen* 2023, Heft 11, S. 33 ff.

⁴² Dies zeigt sich erneut in den jüngsten Verhandlungen der COP 28 mit ihren politisch, nicht aber rechtlich bindenden Konsequenzen aus dem *Global Stocktake* (Art. 14 PA) sowie zum *Green Climate Fund*; s. die Nachweise unter <https://unfccc.int/cop28>. S. auch Eg. 16 des Europäischen Klimagesetzes (Verordnung (EU) 2021/1119 des Euro-

c) *Energierectlicher Interessensausgleich und nationally determined contributions (NDCs)*

Dies gilt letztlich auch für die Stellung des Energierects im internationalen Recht. Hier sind die spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen noch spärlicher als im allgemeinen Klimaschutzrecht. Auf der völkerrechtlichen Ebene finden sich energierechtliche Vorgaben im Wesentlichen nur im Klimaschutzrecht und hier vornehmlich in den Selbstverpflichtungen⁴³ nach dem Pariser Übereinkommen, deren Reichweite in der Bindungswirkung freilich ebenfalls umstritten ist.⁴⁴ Hinzu treten

päischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität [...], ABl. EU 2021 L 243/1), der die Rolle der sog. „Klimadiplomatie“ anerkennt. Näher dann Schlussfolgerungen des Rates vom 9. März 2023 über Klima- und Energiediplomatie „Bolstering EU climate and energy diplomacy in a critical decade“, Dok. Nr. 7248/23, und vom 17. Oktober 2023, „Vorbereitung der 28. Konferenz der Vertragsparteien (COP 28) des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (UNFCCC)“, Dok. Nr. 14285/23.

⁴³ Vgl. auch Hans-Georg DEDERER, Die Governance-Verordnung als Steuerungsinstrument zur Erfüllung der Klimaschutz-Verpflichtungen der Union durch die Mitgliedstaaten, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Energierect nach dem Clean Energy Package*, 2021, S. 1 (8).

⁴⁴ Insbesondere wird hier wegen der bewusst unklaren Vertragsformulierung typischerweise zwischen (erfassten) „*obligations of conduct*“ und (nicht erfassten) „*obligations of result*“ differenziert; s. Daniel BODANSKY, *The Paris climate change agreement: A new hope?*, in: *The American Journal of International Law* 110 (2016), S. 288 (297, 304). Zu den Bindungswirkungen nach Art. 4 PA s. näher auch Lavanya RAJAMANI, *Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and underlying politics*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 65 (2016), S. 493 (497 ff.); Benoît MAYER, *Article 4*, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 4.54. Ferner auch Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, *The issues that never die*, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 (186), die eine rechtliche Bindungswirkung der NDCs verneinen. Richtigerweise wird man es von dem aus den jeweiligen NDCs erkennbaren Staatenwillen abhängig machen müssen, ob (auch) eine „*obligation of result*“ gewollt ist. Jedem Staat steht es frei, sich selbst auch in Bezug auf die Zielerreichung zu binden; damit erfüllt er die Verpflichtung aus dem Pariser Abkommen, geht aber über sie hinaus. Als Minimalpflicht muss die Selbstverpflichtung nach dem Pariser Übereinkommen richtigerweise gemäß Art. 4 Abs. 2 PA ein (selbst festzulegendes) Ziel enthalten, das durch nationale Maßnahmen ernstlich angestrebt werden muss und durch prozedurale Pflichten begleitet wird. S. ähnlich auch Ralph BODLE / Sebastian OBERTHÜR, *Legal Form of the Paris Agreement and Nature of Its Obligations*, in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 91 (99). Zielverfehlungen müssen dementsprechend als erklärungsbedürftig begriffen werden, zumal die Staaten schon bei der Zielfestlegung weite Freiräume genießen.

die daraus folgenden bzw. damit zusammenhängenden Regelungen, die ihrerseits dann aber keineswegs grundlegenden, „verfassungsrechtlichen“ Charakter aufweisen, sondern oftmals sehr technische, zuweilen nicht einmal im enge Sinne völkerrechtlich bindende Bestimmungen enthalten.⁴⁵ Die Kernverpflichtungen aus den *nationally determined contributions* (NDCs)⁴⁶ sind dabei entsprechend der Konstruktion des Pariser Abkommens höchst unterschiedlich für die einzelnen Staaten;⁴⁷ ein Bestandteil eines kohärenten „Energieverfassungsrechts“ auf internationaler Ebene kann darin nicht gesehen werden. Damit bleiben für das Energierecht als mögliche internationalverfassungsrechtliche Bestimmungen allein die rudimentären Inhalte der Grundprinzipien des Klimaschutzrechts, die, wie gezeigt,⁴⁸ lediglich punktuelle Wertungen beinhalten.

Hinzu kommt, dass das internationale Recht und insbesondere das derart strukturierte Klimaschutzrecht dem Energierecht keine absoluten Rangfragen vorgibt. Es bleibt abwägungsoffen in Bezug auf die unterschiedlichen von ihm verfolgten Ziele. Dies gilt zum einen, da bereits das Klimaschutzrecht selbst schon kein abgeschlossenes System darstellt, sondern, wie gezeigt,⁴⁹ für Abwägungen mit anderen Zielen offen ist. Da es zum anderen auch nur einen einzelnen Aspekt des Energierechts darstellt und insbesondere keine Aussagen etwa zu Versorgungssicherheit und sozialen Fragen trifft, die klassische Kernanliegen des Energierechts

⁴⁵ Vgl. Navraj Singh GHALEIGH, Article 2, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 2.27; Lavanya RAJAMANI, *The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015 Climate Negotiations*, in: *The Modern Law Review* 78 (2015), S. 826 (839 f.); differenzierend nach den jeweiligen Ermächtigungsnormen im Vertragsrecht und dem Wortlaut der Entscheidungen der Vertragsstaatenkonferenz Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, *The issues that never die*, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 (186). S. beispielhaft die Entscheidungen der COP 24 in Katowice mit dem sog. Katowice Rulebook, Decisions 1 ff./CP.24 und 1 ff./CMA.1.

⁴⁶ Ausführlich zur Entwicklung des Konzepts der NDCs und zum Verhandlungsprozess Lavanya RAJAMANI, *The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015 Climate Negotiations*, in: *The Modern Law Review* 78 (2015), 826 (845 ff.).

⁴⁷ S. etwa dazu Harald WINKLER, *Mitigation* (Article 4), in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 141 (149 ff.). Vgl. ferner Navraj Singh GHALEIGH, Article 3, in: VAN CALSTER / REINS (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – A Commentary*, 2021, Rn. 3.18 ff. Vgl. auch Lavanya RAJAMANI, *The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015 Climate Negotiations*, in: *The Modern Law Review* 78 (2015), S. 826 (839 f.).

⁴⁸ Oben a, b.

⁴⁹ Oben b.

sind,⁵⁰ werden diese aus völkerrechtlicher Sicht nicht gesperrt, sondern treten eigenständig und gleichrangig neben die Klimaschutzvorgaben. Allerdings sind sie völkerrechtlich nicht in irgendeiner Weise harmonisiert, sondern vollständig den staatlichen Gestaltungs- und Ermessensspielräumen überlassen. Das bedeutet, dass die an sich globale Frage des Klimaschutzes über eine nachhaltige, idealerweise klimaneutrale Energieversorgung auf der völkerrechtlichen Ebene nicht abschließend beantwortet wird. Die Staaten bleiben weitgehend frei,⁵¹ und es bleibt auch nach der Konzeption der Grundprinzipien der Klimaschutzabkommen und insbesondere des Pariser Abkommens⁵² als stete Aufgabe der Verhandlungen im Rahmen der Vertragsstaatenkonferenzen, den Umstieg von fossilen hin zu erneuerbaren Energieträgern voranzubringen, um das zentrale Ziel der Klimaneutralität nach Art. 4 Abs. 1 PA zu erreichen.

2.2. Internationales Wirtschaftsrecht

Umso wichtiger erscheinen für die Umsetzung daher die richtigen Anreizsetzungen, für die auf internationalrechtlicher Ebene durchaus Raum sein kann. Dies bezieht sich vor allem auf ökonomische Fragestellungen und damit auf den wirtschaftsrechtlichen Bereich. So ist nicht zu verkennen, dass für einen Umbau der Energieversorgung hin zu mehr nachhaltiger Erzeugung in erheblichem Umfang private Investitionen

⁵⁰ Ausführlich Claas Friedrich GERMELMANN, Energy Law, Environment, and Constitution, in: CREMADES / HERMIDA (Hrsg.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, 2022, m.w.N. Vgl. in jüngerer Zeit mit Blick auf die Gefährdung der Gasversorgungssicherheit die weitreichenden rechtlichen Anstrengungen des deutschen und europäischen Gesetzgebers und dazu im Überblick etwa Jörg GUNDEL, Der Beitrag des Energiebinnenmarktes zur Sicherung der Energieversorgung, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2023, S. 209 ff.; Markus LUDWIGS, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in Krisenzeiten, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2022, S. 1086 ff.; Sebastian MERK, Regulierung der Gasspeicher zur Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2022, S. 449 ff.; David VAULONT, Der Rechtsrahmen für Maßnahmen der Netzbetreiber und der Bundesnetzagentur in einer Gasmangellage nach den Novellen des Energiesicherungsgesetzes, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2022, S. 321 ff.

⁵¹ S. eingehend und differenzierend zu den einzelnen Bindungswirkungen und den bloßen Aufforderungen Ralph BODLE / Sebastian OBERTHÜR, Legal Form of the Paris Agreement and Nature of Its Obligations, in: KLEIN / CARAZO / DOELLE / BULMER / HIGHAM (Hrsg.), *The Paris Agreement on Climate Change – Analysis and Commentary*, 2017, S. 91 (97 ff.).

⁵² Vgl. Daniel BODANSKY / Lavanya RAJAMANI, The issues that never die, in: *Carbon & Climate Law Review* 12 (2018), S. 184 ff.

erforderlich sind.⁵³ Diese bedürfen des rechtlichen Schutzes, wofür ein Investitionsschutzabkommen ein Instrument darstellt, welches zur Sicherstellung von Rechts- und Planungssicherheit für Investoren von erheblicher Bedeutung ist. In dem wichtigen Feld des internationalen Investitionsschutzes im Energiesektor nimmt jedoch in jüngster Zeit die Bereitschaft der Staaten, sich rechtlichen Regeln zu unterwerfen, rapide ab. Beispielhaft ist hierfür das Schicksal des Energiecharta-Vertrages von 1994,⁵⁴ eines Vertragswerks, welches nach dem Fall des Eisernen Vorhangs die fossilen Energieträger der ehemaligen Ostblockstaaten erschließen und für energiewirtschaftliche Kooperationen sorgen sollte, indem es Investitionsschutzgarantien mit schiedsgerichtlicher Durchsetzung für ausländische Investoren schuf. Hatte es also ursprünglich wenig mit Anreizen für die Nutzung erneuerbarer Energien zu tun, wenngleich der Energiecharta-Vertrag durch seine Konstruktion in gleicher Weise auch Investitionen in erneuerbare Energien schützte,⁵⁵ sollte der Fokus in einer Neuauflage hierhin verschoben werden.⁵⁶ Der politische Druck, der aus dem Unwillen der Staaten, die mit teils erheblichen Entschädigungszahlungen konfrontiert wurden, wenn sie Investorenvertrauen verletzt hatten,⁵⁷ und dem kurzfristig-verkürzenden aktivistischen Vorwurf, dass der Vertrag vornehmlich dem Schutz von Investitionen in fossile Energieträger diene, haben einen Erfolg der Verhandlungen weitgehend unrealistisch gemacht und mehrere Mitgliedstaaten zum Austritt bewegt.⁵⁸ Damit entfällt ein weiteres Element des Energievölkerrechts,

⁵³ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 28. November 2018 „Ein sauberer Planet für alle: Eine europäische strategische, langfristige Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft“, COM(2018) 773 final, S. 19 f.

⁵⁴ ABl. 1998 L 69/26.

⁵⁵ Vgl. Kaj HOBÉR, Overview of energy charter treaty cases, in: SCHERER (Hrsg.), International arbitration in the energy sector, 2018, S. 175 ff.; Claas Friedrich GERMELMANN, Investitionsschutz im Energiebinnenmarkt: Die Zukunft des Energiecharta-Vertrages, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), Europäisches Energierecht zwischen Klimaschutz und Binnenmarkt, 2020, S. 81 (90 ff.).

⁵⁶ Vgl. zu den Verhandlungszielen Claas Friedrich GERMELMANN, Extraterritoriality and EU Standards in Investment law: The Reform of the Energy Charter Treaty, in: CUNHA RODRIGUES (Hrsg.), Extraterritoriality of EU Economic Law, 2021, S. 269 ff.; Paul V. THIESSEN, Reforming the Energy Charter Treaty for Sustainability?, in: *Journal of Energy & Natural Resources Law* 40 (2022), S. 465 ff.

⁵⁷ Vgl. Claas Friedrich GERMELMANN, Investitionsschutz im Energiebinnenmarkt: Die Zukunft des Energiecharta-Vertrages, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), Europäisches Energierecht zwischen Klimaschutz und Binnenmarkt, 2020, S. 81 (87 ff.) m.w.N.

⁵⁸ S. Jörg GUNDEL, Der Beitrag des Energiebinnenmarktes zur Sicherung der En-

welches allerdings weniger „verfassungsrechtliche“ Grundentscheidungen abbildete, sondern vielmehr ein Beispiel für im Interesse der Energiewende sinnvolle investorenschützende Verhandlungslösungen hätte darstellen können.

Ein weiteres Feld, welches ebenfalls Einfluss auf die Anreizsetzung für klimaneutrale Erzeugung von Produkten und damit auch für die Erzeugung erneuerbarer Energien entfalten kann, ist das Welthandelsrecht. Auch ihm sind allerdings allenfalls punktuelle Wertentscheidungen zu entnehmen;⁵⁹ einen internationalverfassungsrechtlichen Rahmen des Energierechts stellt auch dieses Feld nicht dar. In jüngerer Zeit ist insofern die Frage der Einordnung des sog. *Carbon Border Adjustment Mechanisms* (CBAM), den die EU jüngst verabschiedet hat,⁶⁰ in das WTO-Recht zu nennen. Diese Maßnahme soll im innerunionalen Handel letztlich durch einen finanziellen Grenzausgleich für Importprodukte, die an dem in der Union geltenden Emissionshandel nicht teilnehmen und folglich keine Emissionszertifikate erwerben müssen, gegenüber den EU-Produkten, die höheren Umweltkosten unterliegen, die Wettbewerbsgleichheit herstellen. Ob die Maßnahme mit den Vorgaben des WTO-Rechts vereinbar ist, wird am Maßstab der Art. III:4, I und XX (g) GATT in Frage gestellt,

ergieversorgung, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2023, S. 209 m.w.N. Ferner Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Rücktritt der Union vom Vertrag über die Energiecharta, COM (2023) 447 final vom 7.7.2023.

⁵⁹ S. zutreffend Jörg GUNDEL, Regulierung und Internationalisierung – insbesondere im Energiesektor, in: SCHMIDT-PREUSS / KÖRBER (Hrsg.), *Regulierung und Gemeinwohl*, 2016, S. 312 (316 f.); näher Yulia SELIVANOVA, *The WTO agreements and energy*, in: TALUS (Hrsg.), *Research Handbook on International Energy Law*, 2014, S. 275 ff. S. auch für Exportverbote Lothar EHRING / Gian Franco CHIANALE, *Export Restrictions in the Field of Energy*, in: SELIVANOVA (Hrsg.), *Regulation of Energy in International Trade Law – WTO, NAFTA and Energy Charter*, 2011, S. 109 ff. Für die WTO-Rechtskonformität des EU-Energieregulierungsrechts WTO Panel Report v. 10. August 2019, WT/DS476/R, *European Union and its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector*.

⁶⁰ Verordnung (EU) 2023/956 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Schaffung eines CO₂-Grenzausgleichssystems, ABl.EU 2023 L 130/52. Dazu etwa Roland ISMER, *Der vorgeschlagene CO₂-Grenzausgleich für den Emissionshandel (CBAM) – Ein Überblick*, in: *Deutsches Steuerrecht* 2022, S. 1187 ff.; Marc RUTTLUFF / Eric WAGNER, *Neue Berichtspflichten durch den CO₂-Grenzausgleichsmechanismus*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2023, S. 3327 ff.; Matthias TRENNT / Sören ULKE, *Das CO₂-Grenzausgleichssystem (CBAM). Zu den Pflichten des Einführers und deren Vereinbarkeit mit dem Zollverfahren der aktiven Veredelung*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2023, S. 452 ff.

da sie ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen von EU-Waren und importierten Gütern, die möglicherweise unterschiedlichen Umweltschutzregimes unterliegen, nicht ausschließen kann.⁶¹ Dies belegt, ohne hier eine abschließende und vertiefte Betrachtung durchführen zu können, dass der konkreten Ausgestaltung der Maßnahme hohe Bedeutung zukommt und auch das Welthandelsrecht die Spielräume für nationales bzw. unionales Handeln verengt. Allerdings sind auch diese Restriktionen punktuell. Ob der Ansatz des CBAM zudem handelspolitisch klug ist, ist eine weitere Frage; denn auch in Anbetracht der nachvollziehbaren Zielsetzung in industrie- und klimapolitischer Hinsicht bleibt fraglich, ob derartige unilaterale Maßnahmen gegenüber auch kompromisshaften konsensualen Lösungen⁶² nicht am Ende doch weniger effektiv sind und protektionistische Bestrebungen mit allen ihren Risiken fördern können; die derzeitige Regelung jedenfalls führt zudem wegen ihres auf innerunionale Fälle begrenzten Anwendungsbereiches, der Wettbewerbsnachteile durch das EU-Emissionshandelssystem im Export nicht ausgleichen kann,⁶³ in diesem Feld potenziell zu Nachteilen europäischer Produzenten.⁶⁴

3. Europäische Union

Fällt danach der Ertrag der internationalen verfassungsrechtlichen Ebene spärlich aus, so ist der europarechtliche Teil deutlich reichhalti-

⁶¹ Näher Timothy MEYER / Todd N. TUCKER, A Pragmatic Approach to Carbon Border Measures, in: *World Trade Review* 21 (2022), 109 (115 ff.); Giulia Claudia LEONELLI, Carbon border measures, environmental effectiveness and WTO law compatibility: is there a way forward for the steel and aluminium climate club?, in: *World Trade Review* 21 (2022), 619 ff.

⁶² Vgl. zur Idee eines sog. „Klimaclubs“, der freilich auch nicht von den WTO-Regeln dispensieren könnte, da die Voraussetzungen des Art. XXIV GATT kaum erfüllt sein dürften, Giulia Claudia LEONELLI, Carbon border measures, environmental effectiveness and WTO law compatibility: is there a way forward for the steel and aluminium climate club?, in: *World Trade Review* 21 (2022), 619 ff.

⁶³ Das bisherige System der kostenfreien Zuteilung für bestimmte exportorientierte Branchen war abseits von seiner klimapolitischen Fragwürdigkeit auch vor dem Hintergrund des WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM) angreifbar; s. Roland ISMER, Der vorgeschlagene CO₂-Grenzausgleich für den Emissionshandel (CBAM) – Ein Überblick, in: *Deutsches Steuerrecht* 2022, S. 1187 (1188).

⁶⁴ Marc RUTTLOFF / Eric WAGNER, Neue Berichtspflichten durch den CO₂-Grenzausgleichsmechanismus, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2023, S. 3327 (3328).

ger.⁶⁵ Allerdings ist das Recht der Energieversorgung auch hier in hohem Maße komplex, selbst wenn man nur die „verfassungsrechtliche“ Ebene betrachtet.

3.1. Primärrechtliche Ziele und Kompetenzen der Energie- und Umweltpolitik

Zu dieser gehört in erster Linie die primärrechtliche Ebene des Unionsrechts,⁶⁶ welche die Grundentscheidungen auch für dieses Rechtsgebiet enthält. Auch wenn sekundärrechtliche Aktivitäten auf Unionsebene in diesem Feld häufig in Paketlösungen mit Bezeichnungen, die sehr grundsätzlich klingen, verabschiedet werden,⁶⁷ liegen hierin nicht notwendigerweise verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, sondern bezwecken sie lediglich die Steigerung des politischen Stellenwertes. Den unionsverfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt bilden hier zunächst die Bestimmung über die Energiepolitik der Union in Art. 194 AEUV und – für den Bereich der erneuerbaren Energien – auch die Umweltpolitik in Art. 191, 192 AEUV, wobei namentlich die Kompetenz nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV eine Sonderrolle einnimmt.⁶⁸ Auch für das Europarecht gilt, dass sich das Energierecht und das Umwelt- und Klimaschutzrecht heute – und anders, als es vor 20 Jahren noch der Üblichkeit entsprach⁶⁹ – kaum mehr unabhängig voneinander begreifen lassen.

⁶⁵ Vgl. Claas Friedrich GERMELMANN, Energy Law, Environment, and Constitution, in: CREMADES / HERMIDA (Hrsg.), Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism, 2022, S. 16 ff.

⁶⁶ Allgemein dazu Rudolf STREINZ, Europarecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 149; Albrecht WEBER, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, Rn. 23.

⁶⁷ Vgl. zur „Energieunion“ Claas Friedrich GERMELMANN, Die Energieunion – Eine neue Perspektive für die europäische Energiepolitik?, in: *Europarecht* 2016, S. 3 ff.; zum „Europäischen Grünen Deal“ Claas Friedrich GERMELMANN, Der Investitionsschutz im Energie- und Klimaschutzrecht zwischen „European Green Deal“ und Grenzen des Unionsprimärrechts, in: *Europarecht* 2020, S. 375 ff.

⁶⁸ S. in der Gesamtschau Jörg GUNDEL, Europäisches Energierecht, in: THEOBALD / KÜHLING (Hrsg.), Energierecht. Kommentar, Loseblatt, Stand 2024, Band 2, Rn. 21 ff., 29.

⁶⁹ S. in der Rückschau der Entwicklung des europäischen Energierechts etwa Henning RECKNAGEL, Die Umformung des Energiesektors durch das Europarecht – eine Bilanz nach 20 Jahren Binnenmarktgesetzgebung, in: GUNDEL / GERMELMANN (Hrsg.), Die Europäisierung des Energierechts – 20 Jahre Energiebinnenmarkt, 2016, S. 1 (3 ff.).

Eine zentrale Grundentscheidung für das europäische Energieverfassungsrecht ist die Gleichrangigkeit der in Art. 194 AEUV aufgeführten Ziele; hieran ändert auch die zusätzliche Berücksichtigung des Umweltziels in den Art. 191 und 192 AEUV nichts, welche im Interesse der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung⁷⁰ nur in denjenigen Lücken eigenständige Bedeutung entfaltet, die der an sich speziellere Art. 194 AEUV lässt. Das Klimaschutzziel steht damit auf derselben hierarchischen Ebene wie die Ziele der Versorgungssicherheit, des Binnenmarktes und auch der finanziellen Leistbarkeit, welche insbesondere mit Blick auf den Endverbraucher zu sehen ist und durch die Querschnittsaufgabe des Art. 12 AEUV sowie Art. 38 GRCh⁷¹ abgesichert wird. Es besteht also insbesondere kein Über-Unterordnungsverhältnis zwischen den unterschiedlichen Zielen.⁷² Dies bedeutet beispielsweise, dass weder Klimaschutz unter Vernachlässigung der Versorgungssicherheit angestrebt werden darf, noch dass das Streben nach einer möglichst umfassenden Versorgungssicherheit Klimaschutzaspekte außer Betracht lassen kann. Die primärrechtliche Bedeutung der Versorgungssicherheit⁷³ wie auch des Klimaschutzes⁷⁴ hat der EuGH ausdrücklich anerkannt, wenn er sie als Rechtfertigungsgründe für Marktbeeinträchtigungen im Bereich der Grundfreiheiten heranzog. Aus der Gesamtschau der benannten Zieldimensionen der Versorgungssicherheit, des Klimaschutzes und des Kostenaspekts ist zudem auch ein primärrechtliches Gebot einer effizienten Energieversorgung abzuleiten, welches aus dem gerechten Ausgleich die-

⁷⁰ Vgl. dazu EuGH, Gutachten v. 18. Dezember 2014 – GA 2/13, *Beitritt der Union zur EMRK*, EU:C:2014:2454, Rn. 174.

⁷¹ Dazu Christian CALLIESS, § 8.3.3 Verbraucherschutz, in: EHLERS / GERMELMANN (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 5. Aufl. 2023, Rn. 9 ff.

⁷² Richtig Jörg GUNDEL, Artikel 194 AEUV, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 5 f., auch zur vergleichbaren Situation im deutschen Recht, welche insbesondere in § 1 EnWG zum Ausdruck kommt. S. ferner ebenso Martin NETTESHEIM, *Das Energiekapitel im Vertrag von Lissabon*, in: *Juristenzeitung* 2010, S. 19 (22); DERS., Artikel 194 AEUV, in: GRABITZ / HILF / NETTESHEIM (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Stand 2024, Rn. 25, 26.

⁷³ EuGH, Urt. v. 10. Juli 1984 – Rs. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256; Urt. v. 25. Oktober 2001 – Rs. C-398/98, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:2001:565.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 1. Juli 2017 – Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, ECLI:EU:C:2014:2037; Urt. v. 11. September 2014 – verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, *Essent Belgium*, ECLI:EU:C:2014:2192.

ser Zielsetzungen fließt⁷⁵ und heute daher zu den zentralen Strukturelementen der EU-Klimapolitik gehören muss.

Aus all dem folgt, dass also keineswegs ein Primat der Effektivität des Klimaschutzes oder der Absolutheit der Versorgungssicherheit besteht. Gerade mit Blick auf die begrenzten zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen und die erheblichen Kosten des Umbaus des Energieversorgungssystems bleibt die Union wie auch die Mitgliedstaaten auf private Mittel angewiesen. Dies erkennt nicht zuletzt die Kommission ausdrücklich an.⁷⁶ Das aber spricht ebenfalls entscheidend dafür, weiterhin und im Einklang mit dem bisherigen Erfolgsmodell des europäischen Unionsrechts funktionsfähige marktliche Lösungen⁷⁷ anzustreben. Denn das Energierecht der Union ist nach der Grundentscheidung des Primärrechts in Art. 194 Abs. 1 AEUV weiterhin dem Binnenmarkt verpflichtet und Teil des Binnenmarktrechts im Sinne des Art. 26 AEUV.⁷⁸ Das bedeutet, dass es kein „Sonderrecht“ innerhalb des Primärrechts darstellt, sondern ebenso den Grundfreiheiten wie dem Wettbewerbs- und Beihilfenrecht unterworfen ist. Auch die Effizienzgesichtspunkte finden in dieser Einordnung ein weiteres primärrechtliches Argument. Damit sind nach der Grundentscheidung des EU-Wirtschaftsverfassungsrechts effizientere Marktösungen grundsätzlich den rein ordnungsrechtlichen Ansätzen⁷⁹ oder staatswirtschaftlichen Lösungen⁸⁰ vorzuziehen. Auch wenn

⁷⁵ S. noch unten 3.4.c.

⁷⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 11. Dezember 2019 „Der europäische Grüne Deal“, COM(2019) 640 final, S. 18 ff. mit S. 20: „Der Privatsektor wird bei der Finanzierung der grünen Wende [...] eine Schlüsselrolle spielen.“

⁷⁷ Vgl. allgemein Dirk EHLERS / Claas Friedrich GERMELMANN, § 12 Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in: DIES. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, Rn. 1.

⁷⁸ Vgl. Christian CALLIESS, Artikel 194 AEUV, in: CALLIESS / RUFFERT (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Rn. 7. Zu kompetenziellen Konsequenzen Jörg GUNDEL, Artikel 194 AEUV, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Rn. 7 ff.

⁷⁹ Diese dürften oftmals auch politisch nicht durchsetzbar sein; s. jüngst die Kompromisslösung zum Vorschlag vom 15. Dezember 2021 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (Neufassung), COM(2021) 802 final; dazu Pressemitteilung der Kommission IP/23/6423 vom 7. Dezember 2023 „Kommission begrüßt politische Einigung auf neue Vorschriften zur Steigerung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden in der gesamten EU“.

⁸⁰ Vgl. zu Art. 106 Abs. 1 AEUV, der öffentliche Unternehmen nicht von der Beachtung der vertraglichen Bestimmungen freistellt, EuGH, Urt. v. 19. Mai 1993 – Rs.

dem Gesetzgeber insofern Prognosespielräume zustehen, die eine echte Justiziabilität der genannten Wertentscheidungen erschweren, muss er doch die marktwirtschaftliche Grundlinie stets berücksichtigen und seine Maßnahmen an ihr ausrichten. Ein Anwendungsfall ist beispielsweise EU-Emissionshandel,⁸¹ den die EU-Energiepolitik zu Recht an prominente Stelle setzt.⁸²

3.2. *Der mitgliedstaatliche Souveränitätsvorbehalt*

Die Befugnisse der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Struktur und die Zusammensetzung der Energieversorgung, d.h. insbesondere den sog. Energiemix sprechen nach dem EU-Primärrecht als ein weiteres Argument nachdrücklich für die Entwicklung marktlicher, ökonomisch effizienter Lösungen. Auch wenn unionrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen nicht ausgeschlossen sind, gestaltet Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV die mitgliedstaatliche Stellung hier doch besonders stark aus.⁸³ Denn Emissionsreduktionsziele, die den Energiemix der Mitgliedstaaten maßgeblich beeinflussen, können nicht über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach der Energiekompetenz, sondern nur über das besondere Gesetzgebungsverfahren nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV einstimmig im Rat beschlossen werden.⁸⁴ Damit kann nach der primärrecht-

C-320/91, *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198; Urt. v. 23. Oktober 1997 – Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1997:501; dazu Helmut LECHLER, Anmerkung, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, S. 83.

⁸¹ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union [...], ABl. 2003 L 275/32 i.d.F. der Änderungsrichtlinie (EU) 2023/959 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 [...], ABl. EU 2023 L 130/134.

⁸² Vgl. Eg. 13 des Europäischen Klimagesetzes (Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität [...], ABl. EU 2021 L 243/1): „Das EU-EHS ist ein Eckpfeiler der Klimapolitik der Union und stellt ihr zentrales Instrument zur kostenwirksamen Reduzierung der Treibhausgasemissionen dar.“

⁸³ Alexander PROELSS, Europäische Energieunion und internationaler Klimaschutz: Konkurrenz oder Konvergenz?, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Europäisches Energierecht zwischen Klimaschutz und Binnenmarkt*, 2020, S. 1 (11); Jörg GUNDEL, *Europäisches Energierecht*, in: THEOBALD / KÜHLING (Hrsg.), *Energierecht. Kommentar*, Loseblatt, Stand 2024, Band 2, Rn. 28.

⁸⁴ Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 21. Juni 2018 – Rs. C-5/16, *Polen/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2018:483; Jörg GUNDEL, *Europäisches Energierecht*, in: THEOBALD / KÜHLING (Hrsg.), *Energierecht. Kommentar*, Loseblatt, Stand 2024, Band 2, Rn. 28; Sebastian

lichen Entscheidung jeder Mitgliedstaat einen verpflichtenden Umbau der Energieversorgung durch das Unionsrecht blockieren, auch wenn die Union auf sekundärrechtlicher Ebene heute Instrumente des *soft law* entwickelt hat, die die Mitgliedstaaten mit faktischem Druck zu einer Erfüllung der EU-Klimaziele bewegen sollen.⁸⁵ Diese Mechanismen müssen keinesfalls ineffektiv in Bezug auf die Erfüllung der Klimaziele sein, da sie ein vielfältiges Instrumentarium aus unterschiedlichen Feldern wie Berichtspflichten der Mitgliedstaaten, Plan- und Fortschrittsbewertungen der Kommission, Empfehlungen und Veröffentlichung bei Ambitions- oder Erfüllungslücken der Mitgliedstaaten, Finanzanreize und Kapazitätsunterstützungen enthalten und die Klimapolitik auch mit der Haushalts- und Wirtschaftspolitik auf Unionsebene verknüpfen.⁸⁶ Allerdings verfügen die Mitgliedstaaten nach der primärrechtlichen Grundentscheidung über ein erhebliches Machtpotenzial in Bezug auf die Realisierbarkeit eines klimaneutralen Umbaus des Energieversorgungssystems, welches erneut nur im Wege richtiger Anreizsetzung nutzbar gemacht werden kann. Hier setzen bereits die vorhandenen unionsrechtlichen Förderinstrumente an,⁸⁷ jedoch dürften diese ohne nachhaltige ökonomische Anreize, die im Interesse der Effizienz technologieoffene und marktbasiertere Lösungen fördern, eine dauerhafte Wirkung kaum erreichen können.

HESELHAUS, Artikel 192 AEUV, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Rn. 48.

⁸⁵ S. insbesondere die Mechanismen nach der sog. Governance-Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz [...], ABl. EU 2018 L 328/1. Dazu näher etwa Sabine SCHLACKE / Simon LAMMERS, Das Governance-System der Europäischen Energieunion: Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele durch weiche Steuerung?, in: *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht* 2018, S. 424 ff.; Hans-Georg DEDERER, Die Governance-Verordnung als Steuerungsinstrument zur Erfüllung der Klimaschutz-Verpflichtungen der Union durch die Mitgliedstaaten, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Energierrecht nach dem Clean Energy Package*, 2021, S. 1 (14 ff.).

⁸⁶ Prägnant in der Darstellung Hans-Georg DEDERER, Die Governance-Verordnung als Steuerungsinstrument zur Erfüllung der Klimaschutz-Verpflichtungen der Union durch die Mitgliedstaaten, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Energierrecht nach dem Clean Energy Package*, 2021, S. 1 (17 ff.).

⁸⁷ Hans-Georg DEDERER, Die Governance-Verordnung als Steuerungsinstrument zur Erfüllung der Klimaschutz-Verpflichtungen der Union durch die Mitgliedstaaten, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Energierrecht nach dem Clean Energy Package*, 2021, S. 1 (37 f.).

Auch wenn diese primärrechtliche Grundentscheidung zugunsten der mitgliedstaatlichen Entscheidungsprärogative in der Literatur kritisiert wird,⁸⁸ bleibt sie doch ein zentrales Element und eine Grundsatzentscheidung des geltenden EU-Primärrechts, welche hinsichtlich Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV nur im Wege einer Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 2 ff. (ordentliches Änderungsverfahren) oder Abs. 6 (vereinfachtes Änderungsverfahren) EUV, nicht aber über die sog. Passerelle nach Art. 48 Abs. 7 EUV modifiziert werden könnte. Auch wenn für den Wechsel vom Einstimmigkeitserfordernis nach Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c AEUV hin auf eine qualifizierte Mehrheit ein vereinfachtes Verfahren im Sinne einer Passerelle gemäß Art. 192 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV vorgesehen ist, erscheint deren Nutzung nach der derzeitigen politischen Ausgangslage illusorisch.⁸⁹ Die Regelung des Vertrages lässt sich mit der Sorge der Mitgliedstaaten um die Souveränität über ihre Energieressourcen,⁹⁰ wohl aber auch um die Sicherstellung der Versorgungssicherheit in Anbetracht der bestehenden Marktstrukturen erklären. Sie beweist einmal mehr, dass im EU-Energiericht das Klimaschutzziel – ebenso wie auch das Umweltschutzziel insgesamt⁹¹ – rechtlich wie politisch eines unter mehreren bleibt und gegenüber den anderen keine Vorrangstellung einnehmen kann.

3.3. Das Prinzip der Solidarität

Ein weiteres unionsverfassungsrechtliches Prinzip findet sich im Gebot der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Energieversorgung. Es ist ebenfalls in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankert und ist vom EuGH bereits fruchtbar gemacht worden,⁹² ohne indes bislang

⁸⁸ Kritisch beispielsweise die Stellungnahme im Rahmen des Akademienprojekts „ESYS – Energiesysteme der Zukunft“ Leopoldina/Acatech/Akademienunion (Hrsg.), Governance für eine Europäische Energieunion – Gestaltungsoptionen für die Steuerung der EU-Klima- und Energiepolitik bis 2030, 2018, S. 18 ff.

⁸⁹ So auch Sebastian HESELHAUS, Artikel 192 AEUV, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl 2023, Rn. 34.

⁹⁰ So Jörg GUNDEL, Artikel 194 AEUV, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl 2023, Rn. 27 m.w.N.

⁹¹ Dazu schon Helmut LECHLER, Das ungeklärte Verhältnis zwischen der unionsrechtlichen Verpflichtung zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und der unionsrechtlichen Pflicht zum Schutz der Umwelt – dargestellt anhand von Kollisionen beim Leitungsbau, in: *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* 110 (2011), S. 177 ff.

⁹² EuGH, Urtv. 15 Juli 2021 – Rs. C-848/19P, *Deutschland/Polen*, ECLI:EU:C:2021:598.

abschließend ausgelotet zu sein.⁹³ Es erfordert, dass bei energiepolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaates die Interessen anderer Mitgliedstaaten insbesondere hinsichtlich ihrer Versorgungssicherheit geprüft und in der Abwägung berücksichtigt werden müssen. Gerade im Zusammenhang mit der Gasversorgungssicherheit hat es erste – durchaus komplexe – sekundärrechtliche Ausformungen erfahren.⁹⁴ Inwieweit es denkbar ist, im Wege der Primärrechtsauslegung über den Weg der Solidarität in Verbindung mit den Zielen der unionsweiten Versorgungssicherheit und den Klimazielen der Union, an deren Verabschiedung im Wege des Sekundärrechts die Mitgliedstaaten im Europäischen Rat sowie im Rat der Union immerhin mitgewirkt haben,⁹⁵ eine Rückwirkung auf konkrete energierechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten etwa im Bereich der Ausgestaltung ihrer Energieversorgungssysteme oder ihres Energiemixes zu begründen, erscheint noch weitgehend offen. Eine Umgehung der klaren – ebenfalls primärrechtlichen – Aussage des Art. 194 Abs. 2 UA 2 AEUV wird auch auf diesem Wege nicht möglich sein, so dass insbesondere auf diese Weise keine Treibhausgasemissionsre-

⁹³ Vgl. näher Vincent BASSANI, *Énergie – Normativité du principe de solidarité énergétique*, in: *Europe* 2021, n° 10, comm. 351; Jörg GUNDEL, *Der Grundsatz der Energiesolidarität als justiziable Vorgabe des europäischen Energierechts*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2021, S. 758 ff.; DERS., *Solidarität der Mitgliedstaaten bei Versorgungskrisen im Energiebinnenmarkt – Europäische Lösungsansätze für die Frage der Versorgungssicherheit*, in: GUNDEL / LANGE (Hrsg.), *Europäisches Energierecht zwischen Klimaschutz und Binnenmarkt*, 2020, S. 65 ff.; Mateusz RYS, *The principle of energy solidarity clarified: a certain way to uncertainty*, in: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2022, S. 149 ff.

⁹⁴ Näher vgl. die sog. „security of supply“ (= SoS)-Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung [], ABL.EU 2017 L 280/1 i.d.F.d. Verordnung (EU) 2022/1032 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2022 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1938 und (EG) Nr. 715/2009 im Hinblick auf die Gasspeicherung, ABL.EU 2022 L 173/17; ferner die Verordnung (EU) 2022/1369 des Rates v. 5. August 2022 über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage, ABL.EU 2022 L 206/1; dazu insgesamt Jörg GUNDEL, *Der Beitrag des Energiebinnenmarktes zur Sicherung der Energieversorgung*, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2023, S. 209 ff.

⁹⁵ S. zu dem Klimaziel bis 2050 und den Zwischenzielen bis 2030 Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 12. Dezember 2019, EUCO 29/19, Tz. 1., und Schlussfolgerungen vom 10./11. Dezember 2020, EUCO 22/20, Tz. 13 ff., umgesetzt durch Art. 1, 2 und 4 des Europäischen Klimagesetzes, Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität [...], ABL.EU 2021 L 243/1.

duktionsziele oder Ausbaupfade für erneuerbare Energien verbindlich gemacht werden können. Allerdings könnten jedenfalls versorgungsrelevante Alleingänge von Mitgliedstaaten durch dieses Prinzip erfasst werden, so dass in einem im Umbau begriffenen, immer stärker harmonisierten und wechselbezüglichen Energieversorgungssystem eine vollständige Freiheit einzelner Mitgliedstaaten auch in Bezug auf die Nutzung ihrer Energieressourcen und den Energiemix nicht mehr bestehen kann.

3.4. Die Bedeutung der EU-Grundrechte

Ein weiterer EU-verfassungsrechtlicher Aspekt, der allerdings bislang im Energiekontext wenig betrachtet wird, ist die Bedeutung der EU-Grundrechte.⁹⁶ In der Tat werden wegen der hohen Bedeutung der Energieversorgung Grundrechtseingriffe, die erforderlich zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit oder zur Realisierung eines zugleich sicheren und klimaverträglichen Umbaus der Energieversorgung sind, in vielen Fällen gerechtfertigt sein. In diesen Fällen kann daher die tatsächliche Schutzwirkung der grundrechtlichen Freiheiten reduziert sein. Dennoch bleibt Schutzgewährleistung der Grundrechte eine maßgebliche Leitvorgabe des EU-Energierechts gerade in der Situation des Umbaus des Versorgungssystems.

a) Sozialer Ausgleich

Insbesondere zwei Fallgruppen erscheinen relevant. Zum einen wächst mit den individuellen freiheitsbezogenen wie ökonomischen Belastungen im Rahmen des Umbaus des Energiesystems die Bedeutung auch der grundrechtlichen einschließlich der sozialstaatlichen Dimension, welche sich etwa in Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 34 GRCh spiegelt, und mit ihr auch der Einfluss der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch er stellt einen zentralen (verfassungsrechtlichen)

⁹⁶ S. nur recht vage in Bezug auf „Menschenrechte“ Eg. 45 der Governance-Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz [...], ABl.EU 2018 L 328/1. Für die Vereinbarkeit von Fördermittelkürzungen für erneuerbare Energien mit dem Eigentumsgrundrecht des Art. 17 GRCh EuGH, Urt. v. 15. April 2021 – verb. Rs. C-798/18 und C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)*, ECLI:EU:C:2021:280.

Grundsatz des Unionsrechts dar.⁹⁷ Er wird etwa im Falle gesetzgeberischer Entscheidungen auf unionaler und mitgliedstaatlicher Ebene relevant, die Aufgaben im Bereich der Energieversorgung, wie beispielsweise die Sicherstellung der Stabilität einschließlich des Ausbaus der Netze sowie die Verantwortung für das Gesamtsystem, privaten Unternehmen auferlegen⁹⁸ und die erheblichen Kosten des Umbaus des Energiesystems wie auch sonstige Maßnahmen zur Erreichung der EU-Klimaziele oftmals auf private Endverbraucher abwälzen.⁹⁹ Freilich ist hier stets im einzelnen Fall zwischen solchen Regelungen, die wegen eines konkreten Grundrechtsverstosses angreifbar sind, und solchen, die lediglich wegen ihrer Belastungswirkung politisch problematisch erscheinen, zu unterscheiden. Dennoch bleiben die Fragen rechtfertigungsbedürftiger Eingriffe in die Berufs- bzw. Unternehmerfreiheit und das Eigentumsgrundrecht¹⁰⁰ wie auch solche des sozialen Ausgleichs, was oft mit dem Schlagwort der Energiearmut umschrieben wird,¹⁰¹ als rechtliche Grundsatzelemente bestehen. Letzteres wird typischerweise durch Ausgleichsmaßnahmen abgefedert,¹⁰² die in der letzten Konsequenz nicht nur eine

⁹⁷ Näher zu ihm Dirk EHLERS / Claas Friedrich GERMELMANN, § 2.2 Grundrechte der Europäischen Union – Allgemeine Lehren, in: DIES. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, Rn. 136 ff. m.w.N.

⁹⁸ Vgl. für die Übertragungsnetzbetreiber in Deutschland die §§ 13 ff. EnWG und in jüngerer Zeit Marc RUTTLOFF, Die energierechtlichen Instrumentarien der Kapazitätsreserve, der Netzreserve und der Sicherheitsbereitschaft als Garanten zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit und Klimaschutz?, in: *Wirtschaft und Verwaltung* 2020, S. 89 ff.; zum unionsrechtlichen Rahmen Raphael POMPL, Europäisierung der Versorgungssicherheit? Die Regelungen zur Sicherung der Erzeugungskapazitäten für Strom im vierten Binnenmarktpaket, in: *Recht der Energiewirtschaft* 2020, S. 8 ff.

⁹⁹ Zum Finanzierungsaufwand vgl. etwa Lorenz J. JARASS, Wer soll die neue Energiewende bezahlen?, in: *Betriebsberater* 2022, S. 854 ff.

¹⁰⁰ Vgl. für die (gerechtfertigte) Entflechtung von Übertragungsnetzbetreibern EuGH, Urt. v. 2. September 2021 – Rs. C-718/18, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662, Rn 75 ff.

¹⁰¹ Vgl. beispielhaft Unterrichtung durch die Bundesregierung vom 14. November 2023: Jahresgutachten 2023/24 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drs. 20/9300, S. 243. S. auch Julius BUCKLER, Sozialtarife für Stromverbraucher: Das französische System als Vorbild? EU- und (finanz-)verfassungsrechtliche Vorgaben für den Schutz einkommensschwacher Stromverbraucher in Deutschland, in: *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft* 2013, S. 114 ff.; Ulrich SCHLACK, Energiearmut – Herausforderung in Zeiten der Energiewende. Entlastungsmöglichkeiten für einkommensschwache Letztverbraucher, in: *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft* 2013, S. 27 ff.

¹⁰² Vgl. jüngst die Verordnung (EU) 2023/955 des Europäischen Parlaments und

politische Notwendigkeit darstellen, sondern, bezogen auf den betroffenen Verbraucher, auch ein Gebot der Verhältnismäßigkeit und des Art. 36 GRCh sind.¹⁰³ In diesem sozialen Aspekt ist das Unionsenergierecht ansonsten aber oftmals wenig regelungsintensiv, weil hier die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten im Einklang mit der Konzeption der Art. 34, 36 GRCh als vorrangige Instrumente zur Lösung der Problematik angesehen werden.¹⁰⁴ Allerdings bleibt hierbei außer Acht, dass der soziale Aspekt ein integraler Bestandteil der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des europäischen Energierechts ist. Systematisch vorzugswürdig erscheint damit aus den genannten grundrechtlichen Gründen sowie den Erwägungen der Verhältnismäßigkeit, die sozialen Auswirkungen insbesondere auf sozial schwache Verbraucher schon bei der energierechtlichen Konzeption des Versorgungssystems mitzuberechnen.¹⁰⁵

des Rates vom 10. Mai 2023 zur Einrichtung eines Klima-Sozialfonds [...], ABl.EU 2023 L 130/1. S. zu weiteren unionspolitischen Maßnahmen in diesem Feld Dominique RISTORI, 60 ans de politique énergétique, in: *Revue du droit de l'Union européenne* 2019, S. 17 (37 f.).

¹⁰³ Vgl. zu Art. 36 GRCh, der einen Grundsatz darstellt und die Energieversorgung betrifft, Christian CALLIÈS, § 8.3.1 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: EHLERS / GERMELMANN (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 5. Aufl. 2023, Rn. 8, 15 („Zugang zu einer qualitativ und preislich angemessenen diskriminierungsfreien Allgemeinversorgung“). Die Kommission ist insofern zurückhaltender, ordnet aber die Energieversorgung ebenfalls der grundrechtlichen Sphäre zu, wobei sie sich indes nur auf die 2017 vom Europäischen Parlament, vom Rat und von der Kommission proklamierte, rechtlich unverbindliche „Europäische Säule sozialer Rechte“, nicht aber auf die GRCh selbst bezieht; s. Mitteilung der Kommission vom 18. Mai 2022 „Kurzfristige Energiemarktinterventionen und langfristige Verbesserungen der Strommarktgestaltung – ein Lösungsansatz“, COM(2022) 236 final, S. 10 f.

¹⁰⁴ S. etwa Mitteilung der Kommission vom 28. November 2018 „Ein sauberer Planet für alle: Eine europäische strategische, langfristige Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft“, COM(2018) 773 final, S. 24 f. Begrenzte Vorgaben für mitgliedstaatliche Sozialtarife enthält das Energiebinnenmarktrecht; s. dazu Jörg GUNDEL / Julius BUCKLER, *Das europäische Energierecht nach dem Erlass des Clean energy package: Eine gelungene Synthese von EU-Klimaschutz- und EU-Binnenmarktrecht?*, in: *Gewerbearchiv* 2020, S. 41 (46).

¹⁰⁵ Vgl. jüngst zur Verbesserung der Kontrolle exzessiver Strompreise Vorschlag vom 14. März 2023 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur [...] Verbesserung der Gestaltung der Elektrizitätsmärkte in der EU, COM(2023) 148 final, sowie Verordnung (EU) 2024/1106 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 [...] in Bezug auf einen besseren Schutz der Union vor Marktmanipulation auf dem Energiegroßhandelsmarkt, Abl. EU L 2024/1106.

b) Grundrechtliche Dimensionen von Versorgungssicherheit und Klimaschutz

Zum anderen ist die grundrechtliche Dimension der Ziele des Energierechts zu beachten, wobei gerade hinter der Versorgungssicherheit höchstrangige Grundrechtspositionen wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit stehen, insbesondere wenn man an essentielle Energieversorgung etwa in Krankenhäusern denkt.¹⁰⁶ Auch unternehmerische Freiheit und Eigentumsrecht können verstärkt in den Blick geraten. Im Zuge des Umbaus des Energieversorgungssystems ist es also nicht zuletzt auch ein grundrechtliches Gebot, dass die Versorgungssicherheit dauerhaft gewahrt bleibt. Dabei lassen sich Einschränkungen nicht pauschal über Klimaschutzabwägungen oder Kostengründe rechtfertigen. Denn wie gezeigt¹⁰⁷ besteht unionsrechtlich zwischen den unterschiedlichen Zielen keine Hierarchie, und es erscheint in der Verhältnismäßigkeitsabwägung keineswegs eindeutig, dass etwa allein die Erfüllung eines Beitrags der Union zur globalen Reduktion der Treibhausgasemissionen im Rahmen ihrer NDC innerhalb des selbst gesetzten Zeitrahmens, also ein deutliches Weniger gegenüber der für die Erreichung der Ziele des Klimaschutzes an sich erforderlichen weltweiten Klimaneutralität, im konkreten Fall wirklich massive Eingriffe in höchstrangige Rechtsgüter tragen könnte. Vielmehr ist der Gesetzgeber zu einem Ausgleich verpflichtet; zu berücksichtigen ist dabei auch, inwieweit in anderen Sektoren außerhalb der Energieversorgung Einsparpotenziale ohne vergleichbare grundrechtliche Implikationen bestehen können. Damit gestattet die europäische Verfassungsrechtsordnung keinen derartigen Absolutheitsanspruch einer Zielvorgabe, den überdies auch das Völkerrecht nicht enthält. Vielmehr ist hier ohne Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen eine – in der Regel gesetzliche – Austarierung im Einzelfall geboten, um zu dem „gerechten Ausgleich“ zu gelangen, der stets im EU-Grundrechtsschutz der Maßstab im Falle konfligierender primärrechtlicher Positionen ist.¹⁰⁸ Dies gilt selbst dann, wenn man in

¹⁰⁶ Vgl. Philipp Georg OVERKAMP, *Ökonomische Instrumente und Ordnungsrecht*, 2020, S. 52 f. für das deutsche Verfassungsrecht, das entsprechend zu interpretieren ist.

¹⁰⁷ Oben 3.1.

¹⁰⁸ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 27. März 2014 – Rs. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 46; Urt. v. 18. Oktober 2018 – Rs. C-149/17, *Bastei Lübbe*, ECLI:EU:C:2018:841, Rn. 45; näher Dirk EHLERS / Claas Friedrich GERMELMANN, § 2.2

den NDCs, die die Europäische Union zugesagt hat, über die Anforderung des Art. 4 PA hinausgehend eine völkerrechtliche Selbstverpflichtung hinsichtlich der Zielerreichung und nicht lediglich die Zusage des Anstrebens des Ziels sieht.¹⁰⁹ Demnach müssen zum einen die völkerrechtlich notifizierten Ziele so gefasst sein, dass sie für die Union und die Mitgliedstaaten, die hier im Anwendungsbereich des Art. 51 GRCh handeln,¹¹⁰ auf EU-grundrechtskonforme Weise erreichbar sind; zudem muss auch ihre Umsetzung selbst diesen Grundrechten genügen. All dem steht das verbindliche Völkerrecht des Pariser Abkommens auch dann nicht entgegen, wenn man zu Recht den Klimaschutzbemühungen selbst eine grundrechtliche Dimension unterlegt, da der Klimaschutz seinerseits zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen unabdingbar ist.¹¹¹ Unabhängig von der schwierigen Frage der dogmatischen Verankerung dieser Grundrechte sowie der Reichweite ihres Schutzes¹¹² ändern sie nichts an der Geltung der auf die Energieversorgung bezogenen grundrechtlichen Garantien, sondern fügen im konkreten Abwägungsprozess nur eine weitere Schutzebene hinzu.

c) Gerechter Ausgleich und Effizienz

Es folgt daraus, dass die Umstellung der Energieversorgung auf eine Klimaneutralität im geltenden verfassungsrechtlichen System der Union erfolgen und demzufolge eine In-Verhältnis-Setzung der unterschiedlichen Zielrichtungen erreicht werden muss. Dieser gerechte Ausgleich ist typischerweise Aufgabe des Gesetzgebers. Dabei sind nach allgemei-

Grundrechte der Europäischen Union – Allgemeine Lehren, in: DIES. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, Rn. 10, 116.

¹⁰⁹ S. dazu oben 2.1.c. mit Fn. 44.

¹¹⁰ Näher dazu Dirk EHLERS / Claas Friedrich GERMELMANN, § 2.2 Grundrechte der Europäischen Union – Allgemeine Lehren, in: DIES. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, Rn. 72 ff.

¹¹¹ Vgl. zu diesem Aspekt knapp Daniel BODANSKY, The Paris climate change agreement: A new hope?, in: *The American Journal of International Law* 110 (2016), S. 288 (313).

¹¹² S. dazu zusammenfassend und m.w.N. Claas Friedrich GERMELMANN, Energy Law, Environment, and Constitution, in: CREMADES / HERMIDA (Hrsg.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, 2022, S. 14 ff.; allgemein zu Umweltschutz und EMRK auch Frédéric SUDRE n.a., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 16. Aufl. 2023, Rn. 493 ff. Monographisch auch Margaretha WEWERINKE-SINGH, *State responsibility, climate change and human rights under international law*, 2020.

nen Grundsätzen und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowohl der europäischen wie der nationale Gesetzgeber betroffen.¹¹³ Die geteilte Kompetenzverteilung im Energierecht (Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV) trägt allerdings insofern zu kohärenten Lösungen wenig bei, auch wenn heutzutage klar ist, dass sowohl die Gewährleistung der Versorgungssicherheit als auch die Erreichung der Klimaschutzziele gemeinsame europäische Aufgaben darstellen und nationale Sonderwege sich hier immer schwerer rechtfertigen lassen. Auch wenn das Solidaritätsprinzip noch nicht als vereinheitlichendes Prinzip verstanden werden kann, welches etwa kompetenzielle Begrenzungen überwinden könnte,¹¹⁴ so bleibt ein zentraler Kritikpunkt des europäischen Energierechts, dass durch mangelnde Harmonisierung Reibungsverluste bei der Erreichung der zentralen Ziele der EU-Energiepolitik entstehen. Dabei macht gerade der Umbau der Energieversorgung hin zu einem versorgungssicheren, klimafreundlichen und sozial gerechten, funktionsfähigen System auf der Ebene des europäischen wie des nationalen Verfassungsrechts nicht nur eine Auseinandersetzung mit den Handlungsgrenzen, sondern gerade auch mit der Definition neuer oder neu zu fassender Staatsaufgaben erforderlich. Es ist erforderlich, in kohärenter, sachgerechter und effizienter Weise festzulegen, welche der Aufgaben wie Netzbetrieb, Wärmeversorgung, Reservekapazitäten etc. durch staatliche Leistungen, durch Bereitstellung am Markt oder durch Inanspruchnahme Privater zu erfüllen sind. Denn eine sachgerechte Aufgabenverteilung ist ebenso Bestandteil des verfassungsrechtlichen Systems wie die Definition von kompetenziellen und grundrechtlichen Grenzen. Sie hat letztlich ebenfalls grundrechtsschützende Wirkung und trägt zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit, der Effektivität und der Effizienz der notwendigen Maßnahmen bei.

4. Fazit

Der Überblick hat gezeigt, dass die hohe Komplexität, welche die

¹¹³ Aus grundrechtlicher Sicht vgl. Dirk EHLERS / Claas Friedrich GERMELMANN, § 2.2 Grundrechte der Europäischen Union – Allgemeine Lehren, in: DIES. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, Rn. 126 ff.

¹¹⁴ Oben 3.3.

Energieversorgung als Verfassungsaufgabe kennzeichnet, weder auf internationaler noch auf europäischer Ebene rechtlich abschließende Lösungen bereithält. In besonderem Maße gilt dies für das internationale Recht; denn es hält nur punktuelle Vorgaben, keineswegs aber abschließende Regelungen bereit. Wenn überhaupt von verfassungsrechtlichen Entscheidungen auf der völkerrechtlichen Ebene gesprochen werden kann, so muss stets berücksichtigt werden, dass hier nur Einzelfragen, namentlich im internationalen Klimaschutzrecht, überhaupt vertraglichen Regelungen unterworfen sind. In anderen Fragen wie insbesondere der Versorgungssicherheit finden sich keine rechtlichen Ge- und Verbote, da völkerrechtliche Verträge insofern nicht existieren und das Gewohnheitsrecht unergiebig ist. Damit bleibt es bei dem klassischen völkerrechtlichen, auch im internationalen Wirtschaftsrecht anerkannten Grundsatz, dass die Regelungszuständigkeit der Staaten keinen Begrenzungen unterliegt.¹¹⁵ Damit trägt das Völkerrecht insbesondere wenig für die Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Effizienz bzw. sozialer Leistbarkeit bei. Eine Effektivierung des globalen Klimaschutzes kann auf globaler Ebene angesichts der Struktur der Klimaschutzübereinkommen ohnedies nicht mit rechtlichen, sondern allenfalls mit diplomatischen Mitteln erreicht werden.

Der Befund im Recht der Europäischen Union, das verfassungsrechtlichen Strukturen seiner Natur nach deutlich näherkommt, nimmt eine klare Gewichtung gleichfalls nicht vor. Zwar definiert es mit größerer Klarheit die primärrechtlichen Ziele und Spannungsfelder, denen sich das Energierecht unterworfen sieht. Jedoch nimmt auch das Recht der Europäischen Union eine verfassungsrechtliche Gewichtung der energierechtlichen Zielvorgaben nicht vor. Es bleibt für das Recht der Energieversorgung also in der unionsverfassungsrechtlichen Perspektive dabei, dass die unterschiedlichen Ziele in verhältnismäßiger Weise in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen. Bei der Erfüllung dieser Aufgabe hat der Gesetzgeber durchaus Gestaltungsspielräume; allerdings sind diese durch die weder im Völkerrecht noch im Unionsprimärrecht hierarchisch gestuften und damit verfassungsrechtlich gleichrangigen Zielsetzungen begrenzt. Einen insbesondere an Sachgerechtigkeit

¹¹⁵ Vgl. allgemein StIGH, Urt. v. 7. September 1927, *Affaire du « Lotus »*, série A n° 10, S. 19; für das Wirtschaftsrecht DAILLIER / PELLET / FORTEAU / MIRON / NGUYEN, *Droit international public*, 9. Aufl. 2022, S. 1429 f.

und Funktionsfähigkeit der Energieversorgung ausgerichteten Ausgleich gebieten nicht zuletzt die Grundrechte, die gerade auch den Zielen der Versorgungssicherheit und der effizienten, kostenorientierten und damit sozialverträglichen Energieversorgung zugrunde liegen.

DER KRIEG IN DER UKRAINE UND DIE ENERGIEKRISE
IN EUROPA:
KATALYSATOREN EINER NEUEN GEMEINSAMEN
ENERGIEPOLITIK?

*Stefan Storr**

1. *Der Ukraine-Krieg ist nicht die einzige Ursache für die gegenwärtige Energiekrise*

Die Energiepolitik der Union, die europäische Energiewirtschaft und auch das Energierecht sind derzeit in einer nie dagewesenen Umbruchphase. Ein wesentlicher Grund dafür ist der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine. Schon bald nach dem Angriff kam es zu einer Reduzierung von Energieimporten aus Russland durch die EU und die Mitgliedstaaten und einem Ausweichen auf Unternehmen aus Drittländern,¹ durch Russland selbst, das seinen Export in die EU drosselte, und dem Ausfall von Pipelines wie Nord Stream 1 und 2.

Aber der Krieg ist nicht die einzige Ursache für die Energiekrise: 2022 waren mehr als die Hälfte der französischen Kernreaktoren wegen Sicherheitsüberprüfungen vom Netz getrennt worden.² Auch die Trockenheit des vergangenen Sommers hat zu einer Reduktion der Stromproduktion geführt, weil die Flüsse weniger Wasser führten und damit weniger Wasser zur Kühlung der Atomkraftwerke, zum Transport von Rohstoffen für die Verstromung mit dem Schiff und Fließwasserkraft für Wasserkraftwerke vorhanden war.³

Diese Verknappung von Kapazitäten zur Stromerzeugung hatte einen Anstieg des Strom- und Gaspreises zur Folge, letzteres weil Strom

* Prof. Dr. Stefan STORR, Professor für Öffentliches Recht am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft an der Karl-Franzens-Universität Graz.

¹ ZB Norwegen, Kanada, USA, Aserbaidshan, Ägypten, Israel, Katar; Verhandlungen mit Algerien; Überlegungen hinsichtlich besserer Kooperation mit Nigeria, Senegal and Angola.

² Überblick auf <https://nuclear-monitor.fr/#/plant/>, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

³ Erwägungsgrund 3 Verordnung (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise, ABl L 261I, 7.10.2022, S. 1.

auch aus Gaskraftwerken gewonnen wird. Befürchtungen, dass die Versorgung mit Energie nicht gewährleistet werden kann, und hohe Energiepreise gefährdeten die Konjunktur und damit Unternehmen und Privathaushalte.

Bezeichnenderweise haben gerade auch Entscheidungen einzelner Mitgliedstaaten zur Förderung der Energiewende zu hohen Strom- und Gaspreisen beigetragen, wie der Atom- und Kohleausstieg in Deutschland und die bereits erfolgte Beendigung der Kohle- und Erdölverstromung in Österreich, weil auf diese Energieträger nicht mehr zurückgegriffen werden kann.

Auch durch diese Entscheidungen wurde die Abhängigkeit von russischem Erdgas und Erdöl besonders virulent, was wohl auch ein Grund dafür war, dass Russland seine Öl- und Gasexporte als „politische Waffe“⁴ einsetzen konnte.

2. Die Erklärung von Versailles des Europäischen Rates vom 11. 3. 2022

Bereits zwei Wochen nach dem russischen Angriff sind die Staats- und Regierungschefs auf einer informellen Tagung in Versailles zusammengekommen und haben die Reaktionen der Union festgelegt, die weitere zwei Wochen später auf der Tagung des Europäischen Rates erhärtet wurden.⁵ Die Staats- und Regierungschefs kamen darüber ein, dass der russische Angriff eine „gründliche Neubewertung“ der Frage erforderte, wie die Sicherheit der Energieversorgung gewährleistet werden soll.

Ganz grundsätzlich sollte die Abhängigkeit von der Einfuhr von Gas, Öl und Kohle aus Russland so bald wie möglich beendet werden, wobei sieben politische Aufgaben definiert wurden:

- generell die Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen schneller zu verringern, wobei die nationalen Gegebenheiten und die Ent-

⁴ Erwägungsgrund 1 Verordnung (EU) 2022/1369 des Rates vom 5. August 2022 über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage, ABl L 206, 8.8.2022, S. 1; Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) 2019/943 und (EU) 2019/942 sowie der Richtlinien (EU) 2018/2001 und (EU) 2019/944 zur Verbesserung der Gestaltung der Elektrizitätsmärkte in der EU, COM(2023) 148 final, S 1.

⁵ Erklärung von Versailles, 11.3.2022, Informelle Tagung der Staats- und Regierungschefs; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates der Tagung vom 24. und 25. 3. 2022, EUCO 1/22 CO EUR 1 CONCL 1.

- scheidungen der Mitgliedstaaten über ihren Energiemix zu berücksichtigen sind;
- die Versorgung und Versorgungswege zu diversifizieren, u. a. durch die Nutzung von LNG und die Entwicklung von Biogas;
 - den Wasserstoffmarkt für Europa weiterzuentwickeln;
 - die Entwicklung von erneuerbaren Energien und die Herstellung ihrer wichtigsten Komponenten zu beschleunigen sowie die Genehmigungsverfahren zu straffen, um Energieprojekte schneller voranzubringen;
 - den Verbund europäischer Gas- und Stromnetze zu vollenden und zu verbessern und unsere Energienetze in der gesamten EU vollständig zu synchronisieren;
 - die Notfallplanung der EU für die Versorgungssicherheit zu stärken;
 - die Energieeffizienz und die Steuerung des Energieverbrauchs zu verbessern sowie einen stärker kreislauforientierten Ansatz für Erzeugungs- und Verbrauchsmuster zu fördern.

Außerdem sollten u.a. folgende vier Aufgaben weiterverfolgt werden:

- die Gewährleistung einer ausreichenden Befüllung der Gasspeicher sowie deren koordinierte Nachfüllung;
- die Überwachung und Optimierung der Funktionsweise des Strommarkts;
- die Lenkung koordinierter Investitionen in Energiesysteme, einschließlich der Bereitstellung von LNG-Infrastruktur;
- die Verbesserung der Konnektivität mit unserer unmittelbaren Nachbarschaft.

Die EU-Organe und die Mitgliedstaaten haben sich aller Aufgaben angenommen. Die Kommission sollte einen Plan zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und erschwinglicher Energiepreise für den Winter 2022/23 vorlegen, was sie mit dem REPowerEU-Plan auch getan hat. Dessen wesentliches Anliegen ist es, den Energiewandel voranzutreiben und die Abhängigkeit der EU von fossilen Brennstoffen aus Russland zu beenden (sog „grüner Wandel“).⁶

⁶ Mitteilung der Kommission, an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, REPowerEU:

Die Herausforderungen sind immens, vor allem wenn man die grundsätzlichen Schwierigkeiten der Bildung einer europäischen Energiepolitik in der Vergangenheit reflektiert.

3. *Hindernisse für eine neue gemeinsame Energiepolitik*

Den Wunsch nach Vergemeinschaftung der Energiepolitik gab es schon zu Beginn der europäischen Einigung wie der Montanvertrag 1951⁷ und der Euratom-Vertrag (1958)⁸ bestätigen. Doch waren der Elektrizitäts- und der Erdgassektor lange Zeit durch nationale Monopole geprägt. Erst Ende der 90er Jahre haben Rat und Parlament gestützt auf die Binnenmarktcompetenz des heutigen Art. 114 AEUV begonnen, die nationalen Märkte für Elektrizität und Gas zu liberalisieren⁹ und später auch auf eine nachhaltigere Energiewirtschaft umzustellen, zuletzt durch das Clean Energy Paket 2018.¹⁰

Eine gemeinsame Energiepolitik steht vor erheblichen Hindernissen, die im politischen Prozess zu überwinden sind. Ein Hindernis ist, dass leistbare Energie eine Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Industrie ist, Energiepolitik also immer auch Wirtschaftspolitik ist und damit von erheblichem nationalem Interesse.

Außerdem ist die Energiewirtschaft in den Mitgliedstaaten sehr heterogen ausgerichtet, was Harmonisierungen erschwert. In Österreich und Schweden ist Wasserkraft der bedeutendste Energieträger, in Dänemark

gemeinsames europäisches Vorgehen für erschwinglichere, sichere und nachhaltige Energie, COM(2022) 108.

⁷ Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.4.1951, deutsches Bundesgesetzblatt 1951 II S. 447.

⁸ Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) vom 25.3.1957, deutsches BGBl. 1957 II S. 1014.

⁹ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 27 vom 30.1.1997, S. 20; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. L 204 vom 21.7.1998, S. 1.

¹⁰ U.a. Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 158 vom 14.6.2019, S. 125; s.a. Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 158 vom 14.6.2019, S. 54.

Windkraft, in den Niederlanden und Italien Erdgas, in Polen Kohle.¹¹ Paradigmatisch ist die Position der Mitgliedstaaten zur Kernenergie: Es gibt Länder wie Frankreich und Tschechien, in denen Kernenergie die wichtigste Säule der Stromerzeugung ist, Länder wie Österreich, in denen der Kampf gegen die Atomkraft Staatsräson ist,¹² Deutschland, das die Nutzung von Kernenergie beendet hat, Polen, das sie aufnimmt.

Diese heterogene Ausrichtung mitgliedstaatlicher Energiepolitik hat primärrechtlich in Art. 194 Abs. 2 2. UAbs. AEUV Niederschlag gefunden: Einerseits sind die Möglichkeiten für eine gemeinsame europäische Energiepolitik weit, weil die EU vier Ziele verfolgen soll: Sie soll das Funktionieren des Energiemarkts sicherstellen, die Energieversorgungssicherheit in der Union gewährleisten, Energieeffizienz, Energieeinsparungen und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen fördern und die Interkonnektion der Energienetze fördern. Andererseits dürfen die energiepolitischen Maßnahmen der EU nicht das Recht eines Mitgliedstaats berühren, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen. Diese sog. Souveränitätsvorbehalte schließen es aus, dass eine europäische Energiewende auf Art. 194 AEUV gestützt werden kann.¹³ Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren, könnten zwar auf Art. 192 Abs. 1 lit c AEUV gestützt werden, das würde aber einen umweltrechtlichen Zugang und eine Einstimmigkeit im Rat erforderlich machen.

Umso mehr stellt sich die Frage, ob eine neue gemeinsame Energiepolitik seit dem Ukraine-Krieg auf anderen Kompetenzgrundlagen entwickelt werden kann.

4. Verringerung der Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen

Die Sanktionen gegen Russland können kaum als Ausdruck einer

¹¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182159/umfrage/struktur-der-bruttostromerzeugung-in-der-eu-27/>, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

¹² Bundesverfassungsgesetz für ein atomfreies Österreich, StF: BGBl. I Nr. 149/1999.

¹³ Christian CALLIESS, Artikel 194 AEUV, in: CALLIESS / RUFFERT, EUV/AEUV (Hrsg.), 6. Aufl. 2022, Rn. 29.

neuen gemeinsamen Energiepolitik verstanden werden: Zwar wird eine Verringerung der Abhängigkeit von Erdöl- und Erdgasimporten aus Russland angestrebt. Überhaupt ist es ein zentrales Anliegen der EU, aus Gründen des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit, die Abhängigkeit von Öl und Erdgas durch erneuerbare Energien zu ersetzen.

Tatsächlich ist die Reduzierung des Imports von russischem Gas (europaweit bis Ende 2022 um 73 %¹⁴, d. h. Rückgang der Pipelineimporte von 41 % (2001) auf 9 % (September 2022))¹⁵ und von Öl gelungen. Auf unionsrechtlicher Ebene ist der Import von Erdöl aus Russland durch die seit 2014 geltende Verordnung (EU) Nr. 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, beschränkt worden.¹⁶ Das Ölembargo, das seit 2022 wiederholt verschärft wurde, ist auf der Grundlage von Art. 215 AEUV und einem GASP-Beschluss ergangen.¹⁷

Doch sollten die Wirkungen dieser Sanktionen nicht überschätzt werden, weil die Beschränkung des Erdölimports zunächst nur auf Altverträge bezogen war und bis heute nicht gilt, wenn das Erdöl durch Pipelines in die EU geliefert wird¹⁸ und weil Erdgas ohnehin praktisch kaum auf der Sanktionsliste steht. Öffentliche Aufträge dürfen an in Russland sesshafte Personen nicht mehr erteilt und erfüllt werden. Für den Import von Erdöl und Erdgas gibt es aber die Möglichkeit, Ausnahmegenehmigungen zu erwirken. In Österreich wurden diese pauschal erteilt.¹⁹

¹⁴ 1. KW 2022: ca 1.650 Mio m³ Erdgas; 19. KW 2023: 453 Mio m³: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1310890/umfrage/europaeischer-gasimport-aus-russland-nach-pipeline/>, (zuletzt abgerufen am 26. September 2023).

¹⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Lage der Energieunion 2022, COM(2022) 547 final, S. 3.

¹⁶ Art 3m Verordnung (EU) Nr. 833/2014 des Rates vom 31. Juli 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl L 229 vom 31.7.2014, S. 1 (dzt idF Verordnung (EU) 2023/427 des Rates vom 25. Februar 2023, ABl L 59I vom 25.2.2023, S. 6.

¹⁷ Beschluss 2014/512/GASP des Rates vom 31. Juli 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl L 229 vom 31.7.2014, S. 13.

¹⁸ Art 3m Abs. 3 VO 833/2014.

¹⁹ Art 5k Abs. 1 sowie Abs. 2 lit e VO 833/2014. Bundesgesetz über Genehmigungen im Zusammenhang mit Sanktionsmaßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, StF: BGBl. I Nr. 150/2022, und § 2 Abs. 3 Z 5 Verordnung der Bundesregierung über Genehmigungen im Zusammenhang mit Sanktionsmaßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, BGBl. II Nr. 375/2022.

Es gibt auch Bemühungen der Mitgliedstaaten und europäischer Unternehmen, den Energieimport aus Russland zu reduzieren („selbstverordnete Sanktionen“²⁰). Auch das gelingt nicht immer, zB weil die Unternehmen langfristige Energielieferverträge, nicht selten mit einer Take-or-Pay-Klausel, abgeschlossen haben.²¹ In Österreich ist der Import von russischem Erdgas seit Oktober 2022 sogar wieder gestiegen (derzeit 64%).²²

Der Erfolg dieser Bemühungen muss in Frage gestellt werden. Das Handelsvolumen der EU mit Russland ist von 131,5 Mrd. Euro (2021) um 38% auf 181 Mrd. Euro (bis Oktober 2022) gestiegen und zwar allein deshalb, weil Öl, insbesondere aber Gas, deutlich teurer wurden.²³ Dass diese Einnahmen wohl auch zur Finanzierung des Krieges verwendet werden, liegt nahe, was gut zeigt, dass Energiepolitik auch Außenwirtschafts- und Sicherheitspolitik sein kann.

5. Maßnahmen des Infrastrukturausbaus und der besseren Netzkopplung

Ausdruck einer neuen gemeinsamen Energiepolitik ist der Ausbau der Energieinfrastruktur wie der Energienetze und der Netzkomponenten. Die Herstellung der Interkonnektivität der Netze ist eine wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des Binnenmarkts für Energie.

Entgegen dem langfristigen Ziel der Energiewende sollen mit dem REPowerEU-Plan sogar Investitionen in zusätzliche Erdgas- und Erdölinfrastruktur vereinbar sein, um neben Nachfrageverringering und einer Zunahme der Erzeugung von Biogas (insbesondere von fossilfreiem Wasserstoff) den russischen Gasimport vollständig auszugleichen.²⁴

²⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Lage der Energieunion 2022, COM(2022) 547 final, S. 7.

²¹ Für die OMV Zahlungsverpflichtung über 6 Mrd. m³ jährlich bis 2040. <https://www.derstandard.de/story/2000144173593/kommt-die-omv-aus-den-vertraegen-mit-russland-wirklich-nicht>, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

²² April 2023: <https://energie.gv.at/hintergrund/unabhaengigkeit-von-russischem-gas>, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

²³ Bild in <https://de.statista.com/infografik/29033/volumen-der-importe-der-europaeischen-union-aus-russland/>, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

²⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen

Das betrifft zB die Errichtung von LNG-Terminals (schwimmende LNG-Speicher, LNG-Rückvergasungsanlagen), Gasleitungen und andere Gasnetzkomponenten.²⁵ Im September 2022 wurde außerdem die Ostseepipeline eröffnet, die eine neue Importroute von der Nordsee nach Polen ermöglicht und eine weitere Versorgung der baltischen Staaten und Dänemarks erlaubt,²⁶ außerdem die Gasverbindungsleitung zwischen Polen und Litauen (GIPL-Pipeline) und eine Pipeline zwischen Griechenland und Bulgarien (IGB).²⁷ Diese Ausrichtung neuer Erdgasinfrastruktur orientiert sich an den Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse nach Maßgabe der TEN-E-Verordnung.²⁸

Freilich soll der Ausbau zusätzlicher Erdgas- und Erdölinfrastruktur nur eine Brückenfunktion haben,²⁹ weil die EU auf erneuerbare Gase, insbesondere Wasserstoff, als Erdgassubstitute setzen will. Hier allerdings steht die EU noch ganz am Anfang. Die vom Europäischen Rat aufgegebenen „Weiterentwicklung des Wasserstoffmarkts für Europa“ ist euphemistisch: Die Europäische Kommission und einzelne Mitgliedstaaten haben zwar schon vor dem russischen Angriff Wasserstoffstrategien vorgestellt,³⁰ jedoch gibt es noch immer kein verlässliches rechtliches Fundament für den Aufbau der Wasserstoffindustrie.

Ende 2021 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff vorgelegt,³¹ mit der die Erdgas-

Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anhang 3, COM(2022) 230 final.

²⁵ Z 2 a Bekanntmachung der Kommission Leitlinien für die Aufbau- und Resilienzpläne im Kontext von REPowerEU 2023, C/2023/1259, ABl C 80 vom 3.3.2023, S. 1.

²⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Lage der Energieunion 2022, Lage der Energieunion 2022, COM(2022) 547 final, S. 8.

²⁷ Mitteilung Kommission, Anhang 3, COM(2022) 230 final.

²⁸ Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, ABl L 115 vom 25.4.2013, S. 39.

²⁹ Mitteilung der Kommission COM(2022) 108, S 3.

³⁰ Mitteilung der Kommission, an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa, COM(2020) 301 final; Deutsche Bundesregierung, Die Nationale Wasserstoffstrategie (2020); Österreichisches Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie, Wasserstoffstrategie für Österreich (2022).

³¹ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des

Richtlinie 2009/73³² abgelöst werden soll, sowie einen Vorschlag für eine Verordnung über die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie für Wasserstoff.³³ Beide Rechtsakte werden noch verhandelt. Eine der größten Herausforderungen ist es, einen Ausgleich zwischen einer Regulierung von Wasserstoffnetzen einerseits und einer Attraktivität für Investoren andererseits zu finden.

Jedenfalls gelungen ist die bessere Ankopplung von Nachbarstaaten an die EU. Schon sehr bald nach dem russischen Angriff hat die EU begonnen, die Energieversorgung und die nukleare Sicherheit in der Ukraine zu verbessern. Dies erfolgte durch eine Synchronisierung des Notstromnetzes zwischen der Ukraine und der Republik Moldau, später deren Stromnetze mit denen der EU. Künftig soll der Elektrizitätshandel mit der EU ermöglicht werden. Bereits jetzt sind Gaslieferungen von der EU in die Ukraine und nach Moldau möglich. Die EU leistet erhebliche Unterstützung zB in technischer Hinsicht und mit der Einladung an die Ukraine, Moldau, Georgien und den westlichen Balkan, die EU-Plattform für gemeinsame Käufe von Gas, Flüssigerdgas und Wasserstoff zu nutzen.³⁴

6. Beschleunigung der Entwicklung von erneuerbaren Energien

Es ist naheliegend, dass die Energiewende eine Beschleunigung der Errichtung von Anlagen erneuerbarer Energien und Netzkomponen-

rates über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff, COM(2021) 803 final, korrigiert durch Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff vom 23.11.2022, COM(2021) 803 final/2.

³² Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl L 211, 14.8.2009, S. 94.

³³ Kommission, Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie für Wasserstoff, COM(2021) 804.

³⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Auswärtiges Engagement der EU im Energiebereich in einer Welt im Wandel, JOIN/2022/23 final; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Energienotlage – Gemeinsame Vorbereitung, gemeinsamer Einkauf und gemeinsamer Schutz der EU, COM/2022/553 final

ten erfordert. Um Genehmigungsverfahren zu straffen hat der Rat am 22.12.2022 die Verordnung (EU) 2022/2577 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien beschlossen.³⁵ Für das hier zu behandelnde Thema ist diese Verordnung aus vier Gründen interessant:

Erstens ist die VO auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 AEUV erlassen. Danach kann der Rat auf Vorschlag der Kommission, unbeschadet der sonstigen in den Verträgen vorgesehenen Verfahren, im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, die der Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen beschließen, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten. Bei der „Notmaßnahmen-Verordnung“ handelt es sich um eine von insgesamt sechs Verordnungen, die der Rat auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützt hat.³⁶

Der Gesetzgeber hätte diese Maßnahmen auch auf der Grundlage von Art. 194 AEUV erlassen können. Auf dieser Kompetenzgrundlage erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen die Maßnahmen, die erforderlich sind, um die energiepolitischen Ziele zu verwirklichen.

Das Rechtsetzungsverfahren auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 AEUV unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht von dem in Art. 194 iVm Art. 289 und 294 AEUV:

³⁵ Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl L 335 vom 29.12.2022, S. 36.

³⁶ Verordnung (EU) 2022/1369 des Rates vom 5. August 2022 über koordinierte Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage, ABl. L 206 vom 8.8.2022, S. 1; Verordnung (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise, ABl. L 261I vom 7.10.2022, S. 1; Verordnung (EU) 2022/2576 des Rates vom 19. Dezember 2022 über mehr Solidarität durch eine bessere Koordinierung der Gasbeschaffung, zuverlässige Preis-Referenzwerte und den grenzüberschreitenden Austausch von Gas, ABl. L 335 vom 29.12.2022, S. 1; Verordnung (EU) 2022/2578 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Einführung eines Marktkorrekturmechanismus zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger der Union und der Wirtschaft vor überhöhten Preisen, ABl. L 335 vom 29.12.2022, S. 45; Verordnung (EU) 2023/706 des Rates vom 30. März 2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2022/1369 zwecks Verlängerung des Nachfragesenkungszeitraums für Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage und zur verstärkten Berichterstattung und Überwachung in Bezug auf die Umsetzung dieser Maßnahmen, ABl. L 93 vom 31.3.2023, S. 1.

- Das Europäische Parlament ist nicht eingebunden, ihm kommen nicht einmal Anhörungsrechte zu
- Der Ausschuss der Regionen und der Wirtschafts- und Sozialausschuss sind nicht involviert.
- Die besonderen Anforderungen des Art. 194 Abs. 2 AEUV (Souveränitätsvorbehalt) und die des Art. 194 Abs. 3 AEUV (Einstimmigkeitsprinzip im Rat bei Maßnahmen steuerlicher Art) bestehen nicht.

Zweitens in inhaltlicher Hinsicht: Die Verordnung enthält Regelungen zu Genehmigungsverfahren, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten. Das Verfahren der Genehmigungserteilung für die Installation von Wärmepumpen darf höchstens einen Monat, das von Solarenergieanlagen und von Energiespeicheranlagen (am selben Ort) höchstens drei Monate und im Fall von Repowering höchstens sechs Monate dauern.³⁷ Außerdem gibt es eine Genehmigungsfiktion und es sind Befreiungen von der UVP-Pflicht möglich.³⁸

Besonders hervorzuheben ist die Festlegung über einen Vorrang für die Planung, den Bau und den Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ihren Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speicheranlagen. Denn in der Verordnung (EU) 2022/2577 wird bestimmt, dass diese iSd Vogelenschutz-, der FFH- und der Wasserrahmenrichtlinie „im überwiegenden öffentlichen Interesse“ liegen und der „öffentlichen Gesundheit und Sicherheit“ dienen.³⁹ Außerdem haben die Mitgliedstaaten bei Projekten, die als Projekte von überwiegendem öffentlichen Interesse anerkannt wurden, sicherzustellen, dass der Bau und Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie der damit verbundene Ausbau der Netzinfrastruktur bei der Abwägung der Rechtsinteressen Priorität erhält.⁴⁰

³⁷ Art 4, 5 und 7 Verordnung (EU) 2022/2577.

³⁸ Art 4 Abs. 1 und 3 Verordnung (EU) 2022/2577.

³⁹ ISv Art 9 Abs. 1 lit a Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20 vom 26.1.2010, S. 7; Art 6 Abs. 4 und Art 16 Abs. 1 lit c Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7, Art 4 Abs. 7 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327 vom 22.12.2000, S. 1.

⁴⁰ Art 4 Abs. 2 Verordnung (EU) 2022/2577.

Damit „overrult“ die VO 2022/2577 die Vogelschutz-, die FFH- und die Wasserrahmenrichtlinie. Der umweltrechtliche *aquis communautaire* wird abgesenkt durch eine nur vom Rat erlassene Verordnung, während die Vogelschutz- und die Wasserrahmenrichtlinie von Rat und Parlament gemeinsam erlassen wurden. Bemerkenswert ist, dass das Europäische Parlament an der Rechtsetzung aufgrund von Art. 122 Abs. 1 AEUV keine Kritik geübt hat.

Der Vollständigkeit halber sollte an dieser Stelle aber auch darauf hingewiesen werden, dass Beschleunigungsmaßnahmen der VO 2022/2577 in die neue „RED III“, die Richtlinie (EU) 2023/2413 vom Oktober 2023 zur Änderung der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie,⁴¹ – wenn auch modifiziert – Eingang gefunden haben, die diesmal im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, also mit Beteiligung des Europäischen Parlaments, beschlossen wurde.⁴² Danach sollen die Mitgliedstaaten sog. Beschleunigungsgebiete ausweisen und geeignete Regeln für gemeinsame Minderungsmaßnahmen festlegen, die dann gegebenenfalls ergriffen werden sollen, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder erheblich zu verringern. Damit wird der umweltrechtliche *aquis communautaire* – insoweit⁴³ – wieder gehoben: Denn es müssen bestimmte Verpflichtungen insbesondere zum Artenschutz nach der FFH-RL, zum Vogelschutz nach der Vogelschutz-RL und zum Zustand der Oberflächenwasserkörper nach der Wasserrahmenrichtlinie eingehalten werden und es darf gerade keine Verschlechterung eintreten.⁴⁴

Drittens: Weil der Rat auf der Kompetenzgrundlage des Art 122 Abs 1 AEUV weitreichende Regelungen treffen kann und das in einem Verfahren, das vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren abweicht, darf er von dieser nur ausnahmsweise Gebrauch machen, insbesondere um die

⁴¹ Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABL L, 2023/2413, 31.10.2023.

⁴² Z.B. Art 16f Richtlinie (EU) 2018/2001 idF Richtlinie (EU) 2023/2413 zum „überragenden öffentlichen Interesse“.

⁴³ Anders etwa nach Art 16a Abs 3 Richtlinie (EU) 2018/2001 idF Richtlinie (EU) 2023/2413 für die UVP-Pflicht und Art 15e Richtlinie (EU) 2018/2001 idF Richtlinie (EU) 2023/2413 für Gebiete für Netz- und Speicherinfrastruktur, die für die Integration von erneuerbarer Energie in das Stromsystem erforderlich ist, für die Befreiungen von umweltrechtlichen Anforderungen vorgesehen sind.

⁴⁴ Art 15c Abs 1 lit b Richtlinie (EU) 2018/2001 idF Richtlinie (EU) 2023/2413.

Voraussetzungen aus anderen Kompetenzgrundlagen nicht zu überspielen: Es muss eine prekäre Wirtschaftslage bestehen oder drohen, deshalb ein Eingreifen der EU erforderlich sein, ein Zusammenhang zwischen der Ursache für die prekäre Wirtschaftssituation und dem Ziel bestehen, das mit der Maßnahme erreicht werden soll⁴⁵ und es muss eine besondere Dringlichkeit vorliegen, die ihren Grund darin hat, dass die Erfüllung der Anforderungen des ordentlichen Rechtsetzungsverfahrens das angestrebte Regelungsziel vereiteln könnte.⁴⁶

Viertens stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Befristung von Notfallmaßnahmen-Verordnungen hat. Tatsächlich sind diese Verordnungen im Energiesektor in der Regel auf einen Zeitraum von einem⁴⁷ und eineinhalb Jahre⁴⁸ befristet. Im AEUV findet sich eine solche Vorgabe nicht. Sie kann allenfalls so begründet werden, dass Maßnahmen, die auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 AEUV beschlossen werden, der Wirtschaftslage angemessen sein müssen, d.h. dazu beitragen sollen, die bestehende oder befürchtete (prekäre) Wirtschaftslage zu überwinden. Wenn die Wirtschaftslage nicht mehr prekär ist, entfällt auch der Grund, eine Maßnahme auf Art. 122 Abs. 1 AEUV zu stützen.⁴⁹

Es würde aber zu kurz greifen, die auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützten Maßnahmen wegen ihrer Befristung nicht als Ausdruck einer neuen gemeinsamen Energiepolitik zu sehen. Denn trotz ihrer Befristung können sie langfristig Wirkung entfalten. Projekte erneuerbarer Energien, die in einem beschleunigten Verfahren errichtet werden, werden über einen langen Zeitraum in Betrieb sein. Außerdem können die Notfallmaßnahmen-Verordnungen verlängert werden, was auch bei einer bereits erfolgt ist.⁵⁰

⁴⁵ Matthias RUFFERT, *Europarecht für die nächste Generation*, NVwZ 2020, S. 1777 (1778).

⁴⁶ Ausführlich sowie zum Erfordernis „im Geiste der Solidarität“: Stefan STORR, *EU-Notfallmaßnahmen im Energierecht*, RdU U&T 2023, S. 117 ff.

⁴⁷ Art 10 VO (EU) 2022/1369; Art 31 VO (EU) 2022/2576; Art 12 Abs. 1 VO (EU) 2022/2578.

⁴⁸ Art 10 VO (EU) 2022/2577: differenzierend Art 22 Abs. 2 VO (EU) 2022/1854.

⁴⁹ Zur Bedeutung der Befristung als Ausnahme: BVerfG, 6.12.2022, 2 BvR 547/21 (ERatG – NGEU), Rn. 191.

⁵⁰ Verordnung (EU) 2023/706 des Rates vom 30. März 2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2022/1369 zwecks Verlängerung des Nachfragesenkungszeitraums für Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage und zur verstärkten Berichterstattung und Überwachung in Bezug auf die Umsetzung dieser Maßnahmen, ABl. L 93 vom 31.3.2023, S. 1. Die Beschleunigungs-RL sehen ausdrücklich Verlängerungen auf Vorschlag der

Schließlich können befristete Maßnahmen in eine Richtlinie oder Verordnung, die nicht befristet gilt, übernommen werden. Tatsächlich hat die Kommission vorgeschlagen, die Regelungen in der Beschleunigungs-VO 2022/2577 über die Festlegung von Anlagen erneuerbarer Energien als im Sinne der Vogelschutz-, der FFH- und der Wasserrahmen-Richtlinie im überwiegenden öffentlichen Interesse liegend und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienend in die Erneuerbaren Energien RL 2018/2001 (RED III) zu übernehmen.⁵¹ Auch eine UVP soll unter bestimmten Voraussetzungen entfallen können.⁵²

7. *Solidarität in der Gasversorgung als Ausdruck einer neuen gemeinsamen Energiepolitik*

In jüngerer Zeit drängt sich die Bedeutung eines besonderen Rechtsgrundsatzes (eigentlich Rechtsprinzip) als Grundlage, besser vielleicht als Leitlinie für eine neue gemeinsame Energiepolitik auf, nämlich der Solidaritätsgrundsatz. Dieser ist mehrfach in den Verträgen angeführt, zB in der Präambel des EUV, in Art. 2, 3, Art. 21, 24 EUV, ferner in Art. 67, 80 und 222 AEUV. Was die Energiepolitik der EU im Besonderen betrifft, so soll diese nach Art. 194 AEUV und Art. 122 AEUV „im Geiste der Solidarität“ erfolgen.

Erst vor zwei Jahren hat der EuGH in der OPAL-Entscheidung den Grundsatz der Energiesolidarität als zu beachtenden Rechtsgrundsatz erkannt,⁵³ der den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen eine wechselseitige Berücksichtigung ihrer Interessen aufgibt, etwa ob eine Gefahr für die Gasversorgung auf den Märkten der Mitgliedstaaten besteht, und

Kommission vor. Dieses Vorschlagsrecht besteht aber wegen des Initiativmonopols der Kommission, Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV ohnehin auch bei einem Neuerlass.

⁵¹ Art 16d idF Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 14. Dezember 2022 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sowie der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz (COM(2022)0222 – C9-0184/2022 – 2022/0160(COD)).

⁵² Art 16a idF Abänderungen des Europäischen Parlaments C9-0184/2022 – 2022/0160(COD).

⁵³ EuGH, Ur. v. 15. Juli 2021 – Rs C-848/19 P, *Deutschland/Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 43.

zu einer Abwägung der betroffenen Interessen im Licht dieses Grundsatzes unter Berücksichtigung der Interessen sowohl der Mitgliedstaaten als auch der Union insgesamt verpflichtet.⁵⁴

Aber der Grundsatz der Energiesolidarität geht darüber hinaus: Als fundamentaler Grundsatz der europäischen Energiepolitik trägt er die Erkenntnis, dass Versorgungssicherheit grundsätzlich nicht durch eine Autarkie der Mitgliedstaaten, sondern durch einen funktionsfähigen Energiebinnenmarkt hergestellt werden kann.

7.1. Der Solidaritätsmechanismus nach der SOS-Verordnung

Schon vor dem Ukrainekrieg hat es eine Notfallplanung insbesondere bei der Gasversorgung gegeben. Die sog. SOS-VO 2017/1938 verpflichtet die Mitgliedstaaten, Präventionspläne und Notfallpläne aufzustellen⁵⁵ und enthält gemeinsame Regeln für die Ausrufung von Krisenstufen (Frühwarnstufe, Alarmstufe und Notfallstufe) durch die Mitgliedstaaten⁵⁶ bzw die Ausrufung eines (regionalen oder unionsweiten) Notfalls durch die Kommission.⁵⁷

Von besonderer Bedeutung ist der in der SOS-VO geregelte Mechanismus zugunsten von „durch Solidarität geschützte Kunden“.⁵⁸ Das sind jedenfalls die Haushaltskunden, die an ein Erdgasverteilernetz angeschlossen sind (ggf auch Fernwärmeanlagen und grundlegende soziale Dienste).⁵⁹ Wenn ein Mitgliedstaat einen anderen Mitgliedstaat um solidarische Unterstützung ersucht, dann hat dieser die Erdgasversorgung von Verbrauchern in seinem Land, die keine „durch Solidarität geschützte Kunden“ sind (zB Industrieunternehmen), zu reduzieren, damit die „durch Solidarität geschützten Kunden“ in dem ersuchenden Mitgliedstaat versorgt werden können. Da dies eine genauere Festlegung von Rechten und Pflichten erfordert und mit erheblichen Zahlungsverpflichtungen des ersuchenden Mitgliedstaats verbunden ist, haben die Mitgliedstaaten entsprechende Vereinbarungen abzuschließen.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 15. Juli 2021 – Rs C-848/19 P, *Deutschland/Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 52, 53.

⁵⁵ Art 8 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁵⁶ Art 11 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁵⁷ Art 12 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁵⁸ Art 13 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁵⁹ Art 2 Z 6 Verordnung (EU) 2017/1938.

Bemerkenswerterweise gibt es bisher nur wenige Vereinbarungen (sechs von möglichen 40⁶⁰). Österreich hat zB mit Deutschland eine solche abgeschlossen, was wegen der besonderen wechselseitigen Abhängigkeiten bestimmter deutscher und österreichischer Landesteile wichtig und dringlich war.⁶¹ Aber auch wenn es keine Vereinbarung gibt, besteht die solidarische Beistandspflicht der Mitgliedstaaten, dann aber ad-hoc.⁶² Zum Regelungsmechanismus der EU gehört es, für den Fall fehlender Vereinbarungen einen Rahmen für Solidaritätsmaßnahmen vorzuschlagen, in dem die notwendigen Grundsätze aufgeführt sind.⁶³ Allerdings fehlt auch dieser.

Zweifel, ob der Unterstützungsmechanismus zur Bewältigung der gegenwärtigen Gasversorgungskrise, die die meisten Mitgliedstaaten der EU betrifft, geeignet, und nicht nur auf kurzfristige Versorgungsengpässe einzelner Mitgliedstaaten ausgelegt ist, sind nicht unberechtigt,⁶⁴ gleichwohl ist er ein wichtiger Meilenstein auf dem Weg zu einer neuen gemeinsamen Energiepolitik.

7.2. Erdgasbevorratungs- und -beschaffungspflicht im Gassektor

Im letzten Jahr wurde dieser Solidaritätsmechanismus zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit im Gassektor erheblich ausgebaut.

Zum einen wurden die Mitgliedstaaten im Sommer 2022 zur Gasbevorratung verpflichtet und Befüllungsziele und Befüllungspfade festgelegt. Bis November 2022 sollten die Gasspeicher zu 80%, sodann bis November 2023 zu 90%⁶⁵ gefüllt sein.⁶⁶

⁶⁰ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/eu-action-address-energy-crisis_de, zuletzt abgerufen am 26. September 2023.

⁶¹ Abkommen zwischen der Österreichischen Bundesregierung, vertreten durch die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie, und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland über Solidaritätsmaßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung, StF: BGBl. III Nr. 198/2021.

⁶² Art 13 Abs. 14 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁶³ Art 13 Abs. 13 Verordnung (EU) 2017/1938.

⁶⁴ Stefan STORR, Überlegungen zu Funktionen und Aufgaben des Energierechts – für das Marktdesign und zur Krisenbewältigung, ÖZW 2022, S. 182 (187).

⁶⁵ Art 6a Verordnung (EU) 2022/1032 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2022 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1938 und (EG) Nr. 715/2009 im Hinblick auf die Gasspeicherung, ABl L 173 vom 30.6.2022, S. 17.

⁶⁶ Die Mitgliedstaaten sollen auch weiterhin „alle erforderlichen Maßnahmen“

Die den Mitgliedstaaten auferlegte Befüllungsverpflichtung erfolgt „im Geiste der Solidarität“, weil jede erhebliche und anhaltende Abweichung von dieser Verpflichtung die Gewährleistung der Gasversorgungssicherheit in der Union insgesamt gefährden kann.⁶⁷ Deshalb kann die Kommission die Einhaltung dieser Verpflichtung auch überwachen.

Ausdruck der Solidarität ist ferner die Nachfragebündelung und gemeinsame Beschaffung, die mit der Notfallmaßnahmen-VO 2022/2576 eingeführt wurde. Denn eine wesentliche Ursache der hohen Gaspreise im Herbst 2022 war auch, dass sich die befüllungspflichtigen Unternehmen beim Einkauf des Gases gegenseitig konkurrenziert haben. Durch Nachfragebündelung und gemeinsame Beschaffung über eine bereits im April 2022 eingerichtete Energiebeschaffungsplattform soll „das kollektive Gewicht der Union in vollem Umfang“ genutzt werden, Unternehmen in der EU sollen „einen gerechteren Zugang zu neuen oder zusätzlichen Gasquellen erhalten“, was sich positiv auf die Preise für die Endverbraucher auswirken soll.⁶⁸

Die Regelungen zur Nachfragebündelung und gemeinsame Gasbeschaffung greifen nicht unerheblich in die Geschäftsautonomie der Erdgasunternehmen und gasverbrauchenden Unternehmen ein,⁶⁹ weil diese für mindestens 15% der für die Befüllung zu beschaffenden Gasmengen am Verfahren zur Nachfragebündelung teilzunehmen haben.⁷⁰

Dass die Energieplattform bereits im April 2022 eingerichtet wurde, der Betrieb aber erst ein Jahr später aufgenommen wurde, nicht zuletzt weil die VO 2022/2576 noch erlassen werden musste, und dass das Verfahren zur Bestimmung des (externen) Plattformbetreibers wiederholt werden musste,⁷¹ mag ein „Schönheitsfehler“ sein, der aber auch zeigt,

treffen, um die Befüllungsziele zu erreichen. Marktbasierende Maßnahmen sollen Vorrang haben, aber auch finanzielle Anreize und Ausgleichszahlungen sind zulässig (Art 6b Verordnung (EU) 2022/1032). Die Kommission hat einen Durchführungsrechtsakt für die Befüllungspfade der Mitgliedstaaten erlassen (Art 6a Abs. 7 Verordnung (EU) 2022/1032; Durchführungsverordnung (EU) 2022/2301 der Kommission vom 23. November 2022 zur Festlegung des Befüllungspfades mit Zwischenzielen für 2023 für jeden Mitgliedstaat mit unterirdischen Gasspeicheranlagen in seinem Hoheitsgebiet, die direkt mit seinem Absatzgebiet verknüpft sind, C/2022/8593, ABl L 305 vom 25.11.2022, S. 5).

⁶⁷ Erwägungsgrund 15 Verordnung (EU) 2022/1032.

⁶⁸ Erwägungsgrund 5, 6, 9 Verordnung (EU) 2022/2576.

⁶⁹ Art 1 lit a Verordnung (EU) 2022/2576.

⁷⁰ Art 10 Abs. 2 und 3 Verordnung (EU) 2022/2576.

⁷¹ Vgl. dazu EuG vom 27.3.2023, Rs T-1/23 R (Enmacc) Rn. 19 und 20.

dass das Krisenmanagement im supranationalen Kontext nicht reibungslos erfolgt.

7.3. Einsparbemühung und -verpflichtung

Vor dem dargestellten Solidaritätsmechanismus reiht sich die erste auf Art. 122 Abs. 1 AEUV gestützte Notmaßnahmen-Verordnung ein, in der den Mitgliedstaaten aufgegeben wurde, sich nach besten Kräften zu bemühen, ihren Gasverbrauch im Zeitraum vom 1. August 2022 bis zum 31. März 2023 – inzwischen verlängert auf den 31. März 2024⁷² – um mindestens 15% zu senken.⁷³

Wenn dahingehende freiwillige Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichen, kann der Rat einen sog. Unionsalarm auslösen, was eine verpflichtende Nachfragesenkung zur Folge hat.⁷⁴ Die Umsetzungsmechanismen der Mitgliedstaaten dürfen den Wettbewerb nicht verzerren und das Funktionieren des Gasbinnenmarkts nicht unangemessen beeinträchtigen. Geschützte Kunden sollen möglichst verschont werden.⁷⁵

8. Überwachung und Optimierung der Funktionsweise des Strommarkts

Die Strompreiskosten sind nicht nur, aber auch in Folge der hohen Gaspreise im vergangenen Jahr massiv gestiegen. Es sind v.a. die Mitgliedstaaten, die mit Beihilfen zur Abfederung der hohen Strom- oder Gaspreise finanzielle Unterstützungen für Unternehmen und Privathaushalte gewährt haben. Für die Unterstützung der Unternehmen hat die Kommission einen eigenen Krisenrahmen herausgegeben, indem sie den

⁷² Verordnung (EU) 2023/706 des Rates vom 30. März 2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2022/1369 zwecks Verlängerung des Nachfragesenkungszeitraums für Maßnahmen zur Senkung der Gasnachfrage und zur verstärkten Berichterstattung und Überwachung in Bezug auf die Umsetzung dieser Maßnahmen, ABl L 93 vom 31.3.2023, S. 1.

⁷³ Art 3 Verordnung (EU) 2022/1369.

⁷⁴ Art 4 iVm 2 Z 2 Verordnung (EU) 2022/1369. Dieser hängt nicht mit einer der Krisenstufen nach Art 11 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2017/1938 zusammen. Die Verpflichtung besteht nicht, wenn das betreffende Gasnetz nicht mit denen anderer Mitgliedstaaten verbunden ist.

⁷⁵ Art 6 Verordnung (EU) 2022/1369.

Mitgliedstaaten nahelegt, Beihilfen mit Anforderungen an den Umweltschutz oder die Versorgungssicherheit zu verbinden.⁷⁶

Zudem sollen die erst 2019 in Kraft getretene Elektrizitätsbinnenmarkt-RL⁷⁷ und die entsprechende Verordnung⁷⁸ geändert werden. Zwar soll die Merit-Order, die ein Grund für die hohen Strompreise ist, erhalten bleiben,⁷⁹ allerdings soll die Grundversorgung der Haushaltskunden verbessert werden und ein Versorger letzter Instanz eingeführt werden, an den sich die Kunden jedenfalls wenden können.⁸⁰ Außerdem sollen die Versorger Lieferverträge mit dynamischen und/oder festen Preisen, auch mit längerer Dauer (Power Purchase Agreements), abschließen können.⁸¹

Die Obergrenze für Markterlöse, deren Einführung durch eine Notverordnung auf der Grundlage von Art. 122 AEUV erfolgt ist,⁸² soll im neuen Strommarktdesign nicht fortgeführt werden. Doch hat die Kommission vorgeschlagen, ihr die Befugnis einzuräumen, unter bestimmten Voraussetzungen eine „Strompreiskrise“ feststellen zu können, die es den Mitgliedstaaten dann erlauben soll, unter den Kosten liegende

⁷⁶ Mitteilung der Kommission, Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine 2022, C(2022)1890, ABl C 131I vom 24.3.2022, S. 1; Mitteilung der Kommission Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine 2022, C/2022/7945, ABl C 426 vom 9.11.2022, S. 1; Mitteilung der Kommission, Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge des Angriffs Russlands auf die Ukraine – Krisenbewältigung und Gestaltung des Wandels 2023, C/2023/1711, ABl C 101 vom 17.3.2023, S. 3.

⁷⁷ Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl L 158 vom 14.6.2019, S. 125.

⁷⁸ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl L 158 vom 14.6.2019, S. 54.

⁷⁹ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) 2019/943 und (EU) 2019/942 sowie der Richtlinien (EU) 2018/2001 und (EU) 2019/944 zur Verbesserung der Gestaltung der Elektrizitätsmärkte in der EU, COM(2023) 148 final, S 14.

⁸⁰ Art 28a Kom-E zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/944, COM(2023) 148 final.

⁸¹ Art 11 Kom-E zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/944, COM(2023) 148 final.

⁸² Art 7 Verordnung (EU) 2022/1854 des Rates vom 6. Oktober 2022 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise, ABl L 261I, 7.10.2022, S. 1 für inframarginale Stromerzeuger, Art 14 für die Abfuhr von Überschussgewinnen als Solidaritätsbeitrag Erdöl-, Erdgas-, Kohle- und Raffinerieunternehmen.

Strompreise festzulegen, um einen erschwinglichen Zugang zu Energie auch im Fall erhöhter Strompreise aufrechtzuerhalten.⁸³

Auch die Beschränkung der Investitionsförderung geht in diese Richtung: Bisher war es den Mitgliedstaaten möglich, den Ausbau erneuerbarer Energien durch die Garantie von Mindestpreisen zu fördern. Der erzielte Marktpreis konnte den Energieerzeugern zukommen, selbst wenn dieser hoch war. Deshalb hat die Kommission vorgeschlagen, eine Investitionsförderung nur mehr durch zweiseitige Differenzverträge zu erlauben, in denen ein Mindestpreis und ein Höchstpreis festgelegt werden sollen; Einnahmen über der Obergrenze sollen auf alle Stromkunden verteilt werden müssen.⁸⁴

9. Zusammenfassende Überlegungen

Energierrecht ist im Umbruch. Wenn die – hier freilich nur exemplarisch vorgestellten – Maßnahmen nach ihrem Charakter und ihrer Wirkung als „Katalysatoren“ für eine neue gemeinsame Energiepolitik zu würdigen sind, dann muss unterschieden werden:

Mit Art. 194 AEUV besteht eine Kompetenzgrundlage für eine gemeinsame Energiepolitik, diese ist aber durch die Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedstaaten begrenzt.

Die Sanktionen gegen Russland sind nicht Ausdruck einer neuen gemeinsamen Energiepolitik, weil sie Erdöl nur bedingt und Erdgas kaum betreffen. Einige Mitgliedstaaten sind weiterhin in erheblichem Maße von Energieimporten aus Russland abhängig.

Die sog. Notverordnungen auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 AEUV können durchaus Ausdruck einer neuen gemeinsamen Energiepolitik sein, allein, weil von der Rechtsgrundlage schon Gebrauch gemacht wurde. Dass sie befristet sind, steht dem nicht entgegen, weil die Regelungen langfristige Wirkung zeitigen können.

Ein besonderes Potenzial liegt im Grundsatz der Energiesolidarität. Freilich ist dieser rechtsdogmatisch schwer greifbar und zielt auch weni-

⁸³ Art 66a Kom-E, zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/944, COM(2023) 148 final.

⁸⁴ Art 19b Kom-E zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/943, COM(2023) 148 final.

ger darauf ab, eine Schranke für unionales Handeln zu setzen, denn ein Auftrag an den EU-Gesetzgeber zu sein, diesen auszugestalten.

„Im Geiste der Solidarität“ ist es der EU gelungen, Versorgungssicherheit als gemeinsame Verantwortung auszugestalten. Der Solidaritätsmechanismus, die Nachfragebündelung, die gemeinsamen Beschaffungspflichten und die Befüllungspflichten mögen nicht optimal geregelt sein, aber sie tragen doch zur Integration der EU im Energiebereich bei. Die Union hat sich in Krisenzeiten als handlungsfähig erwiesen und war in der Lage, schnell wichtige Regelungen auf den Weg zu bringen.

KLIMAWANDEL ALS NEUE DIMENSION DER “UMWELTFRAGE”

CLIMATE CHANGE AS THE NEW DIMENSION
OF THE “ENVIRONMENTAL QUESTION”

LE RÉCHAUFFEMENT CLIMATIQUE, NOUVELLE DIMENSION
DE LA “QUESTION ENVIRONNEMENTALE”

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND CLIMATE CHANGE:
THE DECISION OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT
OF 24 MARCH 2021 AND THE CHALLENGES
PUT BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Rui Guerra da Fonseca**

1. *Introduction*

With its unanimous decision of 24 March 2021 on climate change, the First Senate of the German Federal Constitutional Court¹ has once again, as on other occasions in the past, surprised the legal world – in particular the European legal world (even if some scholarship sectors are less enthusiastic, claiming that the Constitutional Court stopped short “of proclaiming a legal revolution”, notably for not acknowledging a rule / right to a ‘minimally sound environment’ and the entitlement of future generations to protection²). The Court found unconstitutional § 3(1) second sentence and § 4(1) third sentence of the *Federal Climate Change Act* (*Bundes-Klimaschutzgesetz – KSG*) in conjunction with Annex 2, “insofar as they lack provisions that satisfy the requirements of fundamental rights on the updating of reduction targets from 2031 until the point when climate neutrality is reached as required by Art. 20a GG”. This decision is noteworthy in several respects and raises issues of the utmost interest, from the point of view of Constitutional Law, Environmental Law, International Law, and within the latter International and European Human Rights Law, in particular regarding the dialogue with the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights.

To better frame the questions that may arise and thus provide a quick overview of the interest of this decision, let us look very briefly at the Headnotes to the Order, and taking the opportunity for adding brief points for reflection:

* Prof. Dr. Rui GUERRA DA FONSECA, Justice of the Portuguese Constitutional Court, Associate Professor of Public Law at the University of Lisbon, Faculty of Law.

¹ BVerfGE, BvR 2656/18; BvR 78/20; BvR 96/20; BvR 288/20.

² See Stefan THEIL, Cautious scrutiny: The Federal Climate Change Act case in the German Constitutional Court, in: *Modern Law Review*, 86-1 (2023), p. 263 ff.

1. «The protection of life and physical integrity under Art. 2(2) first sentence of the Basic Law encompasses protection against impairments of constitutionally guaranteed interests caused by environmental pollution, regardless of who or what circumstances are the cause. The state's duty of protection arising from Art. 2(2) first sentence of the Basic Law also encompasses the duty to protect life and health against the risks posed by climate change. It can furthermore give rise to an objective duty to protect future generations.»
Attention must be paid to:
 - i) The scope and content of Art. 2(2) GG in relation to climate change.
 - ii) The duty to protect future generations.
 - iii) The qualification of this last duty as “objective”.

2. Art. 20a of the Basic Law obliges the state to take climate action. This includes the aim of achieving climate neutrality. Under this paragraph, a special interest lays on:
Art. 20a: GG “Mindful also of its responsibility towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order.”
 - i) A duty of the State for climate action.
 - ii) A duty arising from a constitutional norm that at the outset could be seen as a “low density” one (Art. 20a GG).
 - iii) Climate neutrality as a constitutionally imposed goal.

- a. Art. 20a of the Basic Law does not take absolute precedence over other interests. In cases of conflict, it must be balanced against other constitutional interests and principles. Within the balancing process, the obligation to take climate action is accorded increasing weight as climate change intensifies.
Of particular importance are the following:
 - i) The placement of Art. 20a GG among several constitutional interests that need to be weighed against each other.
 - ii) Dynamic application of the proportionality principle in this weighting: the relationship between the interests/ goods that override and the interests/goods that yield (relatively) is not crys-

tallized constitutionally, but rather the Constitution imposes a temporally variable consideration.

iii) In particular, dynamic application of the various tests (appropriateness, necessity, etc.): what was not necessary yesterday may be necessary today, and even more so tomorrow.

- b. If there is scientific uncertainty regarding causal relationships of environmental relevance, a special duty of care imposed upon the legislator by Art. 20a of the Basic Law – also for the benefit of future generations – entails an obligation to take account of sufficiently reliable indications pointing to the possibility of serious or irreversible impairments.

To take under consideration:

i) Duties of care accentuated by scientific uncertainty: does this follow from Art. 20a GG, or from its joint reading with other norms?

ii) An objective moral requirement?

iii) In uncertainty – or in the face of risk – a constitutional obligation to make “conservative” options?

- c. As an obligation to take climate action, Art. 20a of the Basic Law has an international dimension. The fact that no state can resolve the problems of climate change on its own due to the global nature of the climate and global warming does not invalidate the national obligation to take climate action. Under this obligation, the state is compelled to engage in internationally oriented activities to tackle climate change at the global level and is required to promote climate action within the international framework. The state cannot evade its responsibility by pointing to greenhouse gas emissions in other states.
- d. In exercising its mandate and prerogative to specify the law, the legislator has formulated the climate goal of Art. 20a of the Basic Law in a constitutionally permissible manner, currently setting out that the increase in the global average temperature should be limited to well below 2°C and preferably to 1.5°C above pre-industrial levels.
- e. Art. 20a of the Basic Law is a justiciable legal provision designed to commit the political process to a favouring of ecological interests, partly with a view to future generations.

Jointly, these paragraphs awake several problematic issues:

- i) On the revision of the distinction between prescriptive and programmatic norms and the subsequent discussion on the binding nature of the latter.
 - ii) Also relevant is the role of constitutional justice in this context, pointing to its legitimacy to compensate for what the political process may not pay attention to, or in the face of what the political process may not stop to take care of properly.
 - iii) This points summon up the idea of Daniel Innerarity, an idea which is not beyond controversy: “Democracies have to protect certain goods to which the electoral game does not pay enough attention; somehow it must defend itself against itself, against the absolutization of its own logic. Everything that has to do with the protection of minorities, intergenerational justice, or certain commitments to the environment – that is, to interests that by definition are scarcely present in our decision-making procedures – requires some kind of justification that does not depend on the will of the electorates that actually exist.”³
3. Compatibility with Art. 20a of the Basic Law is required in order to justify under constitutional law any state interference with fundamental rights.
 4. Under certain conditions, the Basic Law imposes an obligation to safeguard fundamental freedom over time and to spread the opportunities associated with freedom proportionately across generations. In their subjective dimension, fundamental rights – as intertemporal guarantees of freedom – afford protection against the greenhouse gas reduction burdens imposed by Art. 20a of the Basic Law being unilaterally offloaded onto the future. Furthermore, in its objective dimension, the protection mandate laid down in Art. 20a of the Basic Law encompasses the necessity to treat the natural foundations of life with such care and to leave them in such condition that future generations who wish to carry on preserving these foundations are not forced to engage in radical abstinence.

³ See Daniel INNERARITY, *Uma Teoria da Democracia Complexa*, Ideias de Ler, 2021, p. 124.

Respecting future freedom also requires initiating the transition to climate neutrality in good time. In practical terms, this means that transparent specifications for the further course of greenhouse gas reduction must be formulated at an early stage, providing orientation for the required development and implementation processes and conveying a sufficient degree of developmental urgency and planning certainty.

5. The legislator itself must set out the necessary provisions specifying the overall emission amounts that are allowed for certain periods. As regards the method by which the legal framework for the allowed emission amounts is adopted, the legislative process cannot be replaced by a reduced form of parliamentary involvement in which the Bundestag merely approves the Federal Government's ordinances. This is because it is precisely the special public function of the legislative process that makes the adoption of parliamentary legislation necessary here. It is true that having parliamentary legislation in areas of law that are constantly subject to new developments and knowledge can in some cases be detrimental to the protection of fundamental rights. This notion draws on the concept of dynamic fundamental rights protection (foundationally, see BVerfGE 49, 89 <137>). However, this concept cannot be used here as an objection against the requirement for parliamentary legislation. The challenge is not to protect fundamental rights by ensuring that the legal framework keeps pace with new developments and knowledge. The challenge is to create a framework that makes further developments aimed at protecting fundamental rights possible in the first place.

* * *

As is well known, climate litigation has grown exponentially in recent years.⁴ This reveals, first of all, an obvious widespread concern on the part of the people about climate change and the role of States — public

⁴ See Armando ROCHA, “Suing States: The Role of Courts in Promoting States’ Responsibility for Climate Change”, in: Maria da Glória GARCIA / António CORTÊS (eds.), *Blue Planet Law – The Ecology of our Economic and Technological World*, Springer, 2023, p. 99 ff.; Maria Antonia TIGRE / Natalia URZOLA / Alexandra GOODMAN, *Climate lit-*

authorities in general — in this respect. But it also reveals their disbelief in the democratic-political — i.e., deliberative-political — process for achieving results, or at least for achieving them in good time, according to their own vision of what good time means. In other words, recourse to the courts seems to be motivated by reasons of urgency, which is paradoxical given the slowness commonly attributed to justice (and which is a structural problem of democracies). By preferring to take their fight on climate change to the courts, which are slow, people are telling that the political-deliberative processes are blocked or flawed, which raises concerns that go beyond the issue of climate change.

This issue — that of climate change litigation — is a major challenge for domestic courts (demonstrated, for example, by the case of *Friends of the Irish Environment v. Ireland*, decided by the Supreme Court on 31 July 2020, referred to in this decision of the German Constitutional Court of 24 March 2021). Within domestic courts, it is a great challenge for constitutional courts in particular because: (i) they lead to questioning the material scope of constitutions (is climate change a problem likely to find regulation in constitutional rules or not, and if so, how?); (ii) they force constitutional courts to confront the scope of their own jurisdiction (functionally, but also *ratione materiae*, *ratione temporis* and *ratione loci*). But this is also a big challenge for supra- or extra-national courts, such as the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and others.⁵ For these supra- or extra-national courts, the challenges are not all identical, since the organizations to which they

igation in Latin America: is the region quietly leading a revolution?, in: *Journal of Human Rights and the Environment*, 14-1 (2023), p. 67 ff.

⁵ Today there is discussion about the possibility of using the UNCLOS dispute settlement system for disputes, between States, regarding breaches of this convention related to climate change. On this topic, see my v-article, Rui GUERRA DA FONSECA, Climate Change and the Environmental Mark of the United Nations Convention on the Law of the Sea, in: *ELPIS v-Law Review*, 5 (2022), <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-3-2021-3-2/>. With interest for this issue, in general, see, E. JOHANSEN / S. BUSCH / I. JAKOBSEN (eds.), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge University Press, 2020; S. KOPELA, “Climate Change, Regime Interaction, and the Principle of Common but Differentiated Responsibility: The Experience of the International Maritime Organization”, in: *Yearbook of International Environmental Law*, 24-1, p. 70 ff.; J. McDONALD *et alii* (eds.), *Research Handbook on Climate Change, Oceans and Coasts*, E. Elgar, 2020; V. VADI, *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?*, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48-5 (2015), p. 1286 ff.

belong are different, the parameter rules they are called upon to implement are different, the legal consequences of their decisions (especially for states) are different, and the procedural rules that govern them are different.

I will focus on what, in my view, the decision of the German Constitutional Court of 24 March 2021 may be relevant for the challenges facing the European Court of Human Rights. As is well known, the European Convention on Human Rights does not specifically protect a right to the environment. This has not prevented that, over the years, a relevant jurisprudence in relation to environmental aspects of this European Court has been formed around the protection of several rights, such as the right to life (Article 2 of the Convention) and the right to respect for private life (Article 8 of the Convention), these being rights specifically and expressly protected by the Convention. In recent years, however, several complaints have arisen with a more specific scope, precisely that of climate change. Some cases deserve special mention:

- The case of *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (application no. 53600/20), which was heard by the Grand Chamber on 29 March 2023.
- The case of *Carême v. France* (no. 7189/21), also heard by the Grand Chamber on March 29, 2023.
- And the case of *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States* (no. 39371/20), which was heard in September 2023.

All these cases are pending before the Grand Chamber, and none has yet reached a final decision. There are others pending before other formations of the Court, which the Court has decided to postpone for the time being in order to find a way to deal with all of them, and in particular the three referred to above.

There are various problematic issues, particularly with regard to procedural rules and requirements for complaints (active legitimacy of the plaintiffs, related to the concept of ‘victim’; exhaustion of domestic remedies), but also other aspects linked to the jurisdiction of the Court, the scope of protection of the Convention as a ‘living instrument’ and, of course, the willingness of States Parties to monitor the implementation of the Court’s decisions should the Court come to conclude that there are positive structural obligations of States in the area of climate change.

The context is that of the globalization of law, driven by a phenomenon that, as such, is undeniably global: climate change. This is what

explains why people are “shooting in all directions”, provoking the intervention of any and every court before which, at least *a priori*, they may have standing (although “all things considered” may later not be the case). This context of the globalization of law is usually identified with the problem of the multilevel protection of fundamental rights, which is largely seen as an ascending set of protection possibilities, in the sense that where constitutions are not sufficient to protect the legal situation of individuals, other levels of protection arise to compensate for this deficit in protection. This can happen either through supranational judicial or quasi-judicial institutions, or through the application of norms and principles of international law by domestic jurisdictions to fill the gaps or incompleteness left by constitutions. I believe that this decision of the German Constitutional Court brings important contributions in this respect, which are likely to influence the jurisprudence of the European Court of Human Rights. But this influence may, in my opinion, go beyond the specific context of the multilevel protection of fundamental rights, since it addresses structural aspects of the globalization of constitutionalism.

2. *Globalization of the Constitution of the Federal Republic of Germany*

The globalization of constitutionalism, seen from the domestic point of view of national constitutions, usually refers to the openness of the latter to outside normativity (not going into the distinction between globalization of constitutions and globalization of constitutionalism). In this sense, it is a question of knowing how, when and in what respects (and why and to what ends) national constitutions receive, incorporate, or allow the application in their regulatory space of norms produced by institutions other than those which they expressly regulate but recognize. And it is a question of knowing whether national constitutions recognize these norms as having a value identical to their own, or whether they project onto them a value that they do not initially recognize.⁶

⁶ A famous case in this regard is Case No. CCT/3/94 – *State v. Makwanyane*, in which the Constitutional Court of South Africa analyzed the constitutionality of the death penalty in the light of the Transitional Constitution of 1993, in which the Universal declaration of Human Rights is mentioned only once, in a note, while the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights are mentioned more than twenty times, and there is even a specific point to analyze the European regime with

The decision of the German Constitutional Court calls to another sense of the globalization of constitutionalism. In fact, here, it is the Constitution itself that is globalized; from a subjective institutional perspective, it is the German Constitutional Court that attributes a global dimension to the Constitution, affirming that its validity and effectiveness are relevant in global terms. We can identify here the following different planes or senses of globalization:

- a) On a first level, there is a *globalization in a material sense*, insofar as the Constitutional Court considers that the reduction of CO₂ emissions by Germany, which represents about 2% of world emissions, constitutes an obligation emerging from the Constitution, regardless of the identification of equivalent obligations by other States (“setting out that the increase in the global average temperature should be limited to well below 2°C and preferably to 1.5°C above pre-industrial levels”). It should be stressed, moreover, that more than the reduction of emissions, it is climate neutrality that constitutes a constitutional objective: and this is relevant because it is an obligation of result. This obligation and constitutional goal emerging from the Constitution does not only benefit Germany, because the effects of the reduction of emissions are global and, in fact, it is in this global impact that to a large extent is based its imperative. Let us recall the following summary: “c. As an obligation to take climate action, Art. 20a of the Basic Law has an international dimension. The fact that no state can resolve the problems of climate change on its own due to the global nature of the climate and global warming does not invalidate the national obligation to take climate action. Under this obligation, the state is compelled to engage in internationally oriented activities to tackle climate change at the global level and is required to promote climate action within the international framework. The state cannot evade its responsibility by pointing to greenhouse gas emissions in other states.” As can be seen, according to the Constitutional Court, it is because the obligation to reduce emis-

a number of references close to the International Covenant on Civil and Political Rights; and the law of neighboring states is analyzed; naturally, South Africa is not bound by the European instruments from the point of view of international law, nor by the rights of its neighbors.

sions results from Art. 20a GG that the state must work at the international level to achieve the climate neutrality objectives (with reference to the Paris Agreement), and not the other way around (although there is also an influx in the opposite direction, ‘downward’, which is relevant for quantification purposes, again by reference to the Paris Agreement).

- b) Secondly, one can speak of *globalization in a subjective sense*, stemming from the perspective on the potential beneficiaries of this constitutional regulation. The decision of 24 March 2021 concerns several constitutional complaints, filed by German individuals or individuals resident in Germany, but also by individuals resident in Bangladesh and Nepal. Regarding the latter, the Court found that there was a breach of protective duties even if not so extended as the ones German residents benefit of (since Germany could not be obliged to take “adaptation measures” that could specifically protect them in their countries). But the unconstitutionality resulting from the lack of legislative specification of the emission reductions from 2031 onwards also covers their situation: they cannot demand mitigation measures (in the dimension of positive material adaptation measures to compensate damages already arising from climate change), but they can claim specification of the reductions suitable for the fulfilment of the constitutional objectives, like German citizens, precisely because this is a globalized objective.
- c) Thirdly, one can speak of *globalization in a formal sense*. It is recalled that the Constitutional Court considers that the rules of § 3(1) second sentence and § 4(1) third sentence of the Federal Climate Change Act in conjunction with Annex 2, are not sufficiently detailed to ensure the scope of protection of Art. 20a GG from 2031 onwards, since they enshrine levels / amounts of emissions until 2030, but refer to a governmental decree to quantify them thereafter. For the Constitutional Court, Art. 20a GG establishes a reservation of function / parliamentary legislative act regarding a more specific path for the reduction of emissions, justified in part by being the most appropriate place for the democratic composition of the multiple interests involved. Without wishing to develop this sense of globalization excessively, it may well be said that the Constitutional Court extends to non-residents in

Germany, but who are affected by the action / commission of the German Federal State that has global impact the right to see this legal discipline densified by legislative act. In other words, non-residents in Germany have an interest, if not a constitutionally protected right, to benefit from the democratic-legislative process in Germany when it comes to disciplining obligations of the German State with global impact, in this case in respect of CO2 emissions relevant to climate change.

There is also a fundamental aspect that deserves to be considered, around *the objective notion of freedom or "future freedom"* on which the Constitutional Court's decision is based. I will not discuss here the meaning of this notion, nor its relationship with positive and negative freedoms, nor the contrast between objective and subjective freedom. In the context of the decision, the latter distinction, moreover, serves to include the protection of the freedom of future generations, which would always be problematic for a subjective notion of freedom, precisely because future generations, by definition, do not yet have subjective rights because they do not yet exist. The need to protect "future freedom" presents itself as evidently necessary to the Constitutional Court as soon as the inevitability of global warming due to CO2 emissions is admitted. Each gram of CO2 inevitably makes the good which is "freedom" scarcer in the future, because it is absolutely certain that the possibilities with which we will be confronted in the future will be reduced. We will inevitably have less freedom of choice, and that freedom will decrease at a steep pace unless the path to neutrality is taken through demanding milestones.

The difference *vis-a-vis* other historical moments is that today science allows us to anticipate the "end" or, at least, chaotic moments in which freedom as we know it today will be called into question. The Constitutional Court does not say it this way, but it seems logical and fair to conclude in this manner. Just as it seems reasonable to state that the Court intends to prevent the normalization in the future of states of constitutional exception for climate reasons. Thus, extending a little more the consequences of the formal meaning of globalization used above, and as a result of the material meaning, it can also be anticipated that the legislative achievements in terms of CO2 emissions aimed at achieving the constitutional goal of climate neutrality will be protected by the *prohibition of retrogression*, as in other constitutionally relevant areas (such

as social rights). However, here perhaps with more demanding criteria in the assessment of non-arbitrariness.

The decision of the German Constitutional Court is a very strong affirmation of the German Constitution and the constitutionalism that drives it. It is indeed a decision of “constitutional legacy” – and, in our time, it could only be so by assuming (and by assuming itself in) the field of globalization of law⁷. This globalization — the globalization that the German Constitutional Court assumes — is not to be confused with the role of the state on the international plane in the proper sense, i.e. international cooperation. The obligations arising from Art. 20a GG, in the words of the German Constitutional Court, if they “compel[s] the state to engage in internationally oriented activities to tackle climate change at the global level and requires it – the Federal Government in particular – to promote climate action within the international framework (for example through negotiations, via treaties or in organisations)”, “is not confined to the task of seeking to resolve the climate problem at the international level”. As the Court stresses, “Art. 20a GG also makes it obligatory to take national climate action even in cases where it proves impossible for international cooperation to be legally formalised in an agreement”. And the Court goes on: “the particular reliance on the international community gives rise to a constitutional necessity to actually implement one’s own climate action measures at the national level”, thus avoiding “creating incentives for other states to undermine this cooperation”; and all of this is “largely dependent on the existence of mutual trust that others will also strive to achieve the targets”.⁸

⁷ Referring to § 4 of the Headnotes: “Under certain conditions, the Basic Law imposes an obligation to safe-guard fundamental freedom over time and to spread the opportunities associated with freedom proportionately across generations. In their subjective dimension, fundamental rights – as intertemporal guarantees of freedom – afford protection against the greenhouse gas reduction burdens imposed by Art. 20a of the Basic Law being unilaterally offloaded onto the future. Furthermore, in its objective dimension, the protection mandate laid down in Art. 20a of the Basic Law encompasses the necessity to treat the natural foundations of life with such care and to leave them in such condition that future generations who wish to carry on preserving these foundations are not forced to engage in radical abstinence.”

⁸ See § 201.

3. *The challenges put before the European Court of Human Rights and the Decision of the German Constitutional Court of 24 March 2021*

As pointed out above, the applications pending before the European Court of Human Rights (ECHR) related to climate change pose this Court with several difficulties, which relate to procedural aspects, requirements for the legality of applications (in the light of Articles 34 and 35 of the Convention), but also the role of the Court in defending the Convention in view of the scope and purposes of the latter. In my opinion, the German Federal Constitutional Court's decision is likely to bring some important contributions to the reasoning that the European Court of Human Rights has to make on those issues. I have selected only some aspects.

3.1. *Jurisdiction*

The European Court of Human Rights has its jurisdiction limited by the scope of the Convention, according to its Article 1: "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention". This scope of jurisdiction is territorial from the outset (*ratione loci*), but also *ratione materiae* and *ratione personae*.

With regard to jurisdiction *ratione loci*, the European Court of Human Rights accepts that the Convention has application outside the territory of the State against which a certain complaint is made if it maintains effective control outside its borders. There is extensive case law on this matter in connection with the presence of armed forces of European States Parties to the Convention outside their territory (outside the territorial delimitation of the Convention). For example, in the case *Al Skeini and others v. UK* of 7 July 2011 (Grand Chamber) – Iraq – at issue was the death of six relatives of the complainants in Basrah, 2003, in situations of exchange of fire or even at the hands of UK military. The ECtHR found that the UK had control of south-eastern Iraq, which it had taken over for the maintenance of security, and thus had jurisdiction (Article 1). The ECtHR found a violation of Article 2 for failure to investigate in these situations.⁹ But such control does not have to be specifically territorial. In

⁹ See Cedric RYNGAERT, *Clarifying the Extraterritorial Application of the European*

Hassan v. UK (2014), it was decided that the territory “controlled” does not have to correspond to an extensive portion, and can even be a spot control. The ECtHR held that if an individual is physically in the hands of the authorities (in this case, British military) there is “jurisdiction”.¹⁰

However, the globalization in a material sense of the German Constitutional Court’s decision implies the recognition of a, let’s say, new form of jurisdiction that consists in the global affectation that CO2 emissions imply. The Court recognizes that there is a “remote” affectation of the fundamental rights of non-residents in Germany, which constitutes a manifestation of effective control (with similarities to the firing of firearms, heavy or light, from the territory of the State Party or a portion controlled by it, towards another to a portion of territory in which there is no physical presence of armed forces). This extension is relevant as we have a State Party to the Convention recognizing the extension of its jurisdiction with regard to CO2 emissions and consequences relevant to climate change, using a rationale that is transposable to the other States Parties to the Convention. Although there are aspects that depend on the constitutions of each of them, the potential for extension of the “effective control” criterion is not dependent on this because, being based on potentially identical factual situations, it constitutes a normative judgment that goes beyond the constitutional scope.

It would be difficult for the European Court to oppose the fact that this extension has repercussions on the scope of its own jurisdiction (even without considering aspects *ratione materiae*), because if it did so it would be saying that it does not have jurisdiction over the entire territorial scope that the State itself recognizes as relevant (in other words, the Convention would not, after all, apply to the entire scope of the State’s action). This enlargement also has repercussions with regard to jurisdiction *ratione personae*. This scope usually poses problems related to standing on the passive side (namely, by excluding the standing of international organizations, and of States when they place armed forces at the service of the former without having effective control over them). But, on

Convention on Human Rights, in: *Merkourios — Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28, n.º 74 (2012), pp. 57-60.

¹⁰ See Ireneu CABRAL BARRETO / Rui GUERRA DA FONSECA, “A ‘doutrina Bosphorus’ e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas”, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, Tribunal Constitucional, II, Almedina, 2019, p. 573 ff.

the active side, there is a consequent widening of the spaces where it is possible to find victims. The fulfilment of the concept of victim is already a requirement for applications in accordance with Article 34 of the Convention and it is known that the principle of irrelevance of nationality does not make the existence of standing dependent on the latter. The two concepts should not be confused; but it is a fact that the extension of jurisdiction *ratione loci* implies — to the whole world, in fact — also extends to the whole world the scope in which victims may be found.

3.2. *Freedom, right to life, and relationship with other rights*

The decision of the German Constitutional Court takes Article 20a GG as its normative parameter, in particular the resulting obligation of the State to protect “the natural foundations of life”. The European Court of Human Rights has been very creative over the years with respect to the scope of protection of the right to life emerging from Article 2 of the Convention. Bear in mind, for example, the distinction between “substantive limb” and “procedural limb” which the Court considers to conform to the scope of protection of the right to life. It will not be easy for the Court to rule out that “the natural foundations of life” cannot be “another limb” of the scope of protection of the right to life.

It is true that the German Constitutional Court introduces two relevant aspects: concern for future generations (to which Art. 20a GG expressly refers), as well as a notion of objective freedom. As to the first, the European Court has room to affirm that the notion of victim does not allow framing the protection of future generations, since the fulfilment of the victim condition implies, even if not an effective injury, at least an effective risk of suffering an injury and a positive (immediate) protective effect of the Court’s decision itself. In this sense, the European Convention protects individuals (‘victims’) rights but may lack the dimension of constitutional legacy (a vision for the future). As to the second, it seems to be more problematic. It is not evident that the protection of an objective freedom can be taken from the European Convention, in terms identical to what the German Constitutional Court does. In the European Convention, freedom is broken down into “freedoms”, for example through the prohibition of slavery and forced labor (Article 3), the right to liberty and security (Article 5), the freedoms of thought, conscience, and religion (Article 9), freedom of expression (Article 10), freedom of

assembly and association (Article 11). The Convention's protection of a "general freedom" is dubious, to say the least — not unconnected to the Convention's characterization as "conservative" in protecting fundamental freedoms. In other words, while it cannot be ruled out that the European Court will retain the need to refer environmental issues to rights expressly provided for in the Convention, it will be more difficult the in future to refuse — or at least refuse to consider — a new limb within the scope of protection of the right to life, "the natural foundations of life". Such a "limb" finds no less expression or justification in a democratic society than the "substantive and procedural limbs". Moreover, the conception of the Convention as a "living instrument" will point more towards the acceptance of new "limbs" than the opposite.

Although Article 53 of the Convention can always be called, in the sense that a conservative interpretation of the Convention does not harm the recognition of other (or broader) rights by the States Parties, it will always face the difficulty of explaining, due to the global character of the climate change issue, that this more conservative interpretation does not have, after all, a harmful effect for the interpretation of the human rights and fundamental freedoms that the States Parties should recognize in the face of the argumentation of the German Constitutional Court.

3.3. Positive obligations (adaptation measures)

The decision of the German Constitutional Court provides, in any event, a useful instrument to be considered by the European Court with regard to positive obligations of States on adaptation measures. It should be recalled that the decision of the German Constitutional Court, despite affirming the unconstitutionality of the rules that are the object of the decision and considering that this protects the legal situation of individuals residing in Nepal and Bangladesh, refuses to protect their situation to the point where they can demand corrective or *adaptation measures*. In other words, the legislator is bound to create sufficiently dense rules that are of benefit to them, but is not obliged to establish corrective measures that apply to their territories: sovereignty and the necessary relationship with other measures taken by the States in which they live prevent this. This means that Germany finds no constitutional basis for positive extraterritorial obligations of this kind; on the contrary, there are constitutional obstacles to it. Thus, it would be difficult to enforce any decisions of the

European Court that were adopted with that scope, which would allow the Court, in the event of future extensions of jurisdiction, to limit its decisions to affirming the violation of the Convention and, at the limit, to ordering legislative measures, only.

It is more difficult to transpose the same logic to the European territorial context. But here it will certainly be necessary to take into consideration, in the context of the European Union, the distribution of competences between the Member States and the EU. As for the others (and as for the first ones, where this division of competences is not relevant), in this case the possible extension of the scope of protection of the right to life may leave the Court with no alternative but to decide in similar terms as it does for the other “limbs” it already admits.

4. Conclusions

The decision of 24 March 2021 of the German Federal Constitutional Court considers climate neutrality a constitutional goal and essential for the preservation / protection of freedom. The decision globalizes the GG in this matter, by giving standing to non-residents, which are entitled to constitutional guarantees (even if not extending to adaptation measures, which Germany cannot be asked to secure abroad). The decision also asserts that the obligations of the German Federation in this matter are not dependent on other States’ conduct nor on the celebration of international binding instruments.

This globalization is susceptible of influencing the ECHR, both regarding cases pending before it, and for the future, namely: (i) enlargement of jurisdiction (*ratione loci* and *ratione personae*); (ii) enlargement of the scope of the right to life; (iii) a certain potential restraint on positive obligations of states outside their borders (notably, outside Europe) regarding “*adaptation measures*”, but also potential enlargement of positive obligations in this regard in the European context *vis-a-vis* possible new limbs of protection of the right to life and other rights.

CLIMATE CHANGE AS A NEW FORM OF THE “ENVIRONMENTAL QUESTION” IN MODERN CONSTITUTIONALISM

*Ekaterini N. Iliadou**

The problem of climate change is at the top of the political agenda on a global scale, drastically affecting the formulation of the current legal framework at all levels (international, regional and national). The following presentation examines the impact of the need to address climate change on the interpretation and application of constitutional rules for the protection of the environment. It also examines the necessity of establishing new constitutional rights aimed at ensuring effective climate protection and, within that framework, the essential requirement of having set constitutional commitments for addressing the risks of climate change.

1. Characteristics of climate change

According to the definition provided for in Article 1 par. 2 of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)¹, “*climate change*” means *a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods*”. The main negative effect of climate change is global warming, meaning the increase in global average temperature over

* Prof. Dr. Ekaterini N. ILIADOU, Professor of Public and Administrative Law at the National and Kapodistrian University of Athens.

¹ It is recalled that the UNFCCC was signed at the 1992 “Earth Summit” that took place in Rio de Janeiro (Brazil). It is the main international treaty aiming at the stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. The treaty establishes an institutional structure providing the framework for negotiations and the achievement of the agreed climate goals. Therefore, the UNFCCC provided the basis for subsequent international agreements, such as the Kyoto Protocol (1997), the Paris Agreement (2015) establishing the duty to limit global temperatures to below 2°C, and preferably below 1.5°C, and the Glasgow Climate Pact (2021).

time and in a stable manner, which consequently alters weather patterns, as observed ever since the industrial era and mainly from the 20th century onwards. The key causes of the problem are, to a greater extent (75%), the accumulation of carbon dioxide emissions in the atmosphere due to the burning of fossil fuels (coal, lignite, oil and natural gas) for electricity generation, heating and transport; and, to a lesser extent (15%), methane emissions due to activities such as animal husbandry or heavy industry (production of cement, steel, etc.), deforestation, and so on. Based on such evidence, the problem of climate change is primarily anthropogenic, and it is related to the established concept of economic development and the economic model applied from the end of the 18th century and beyond.²

Since the planet operates as an integrated system, climate change entails significant negative impacts, namely the problems of increasing the frequency of extreme weather events, wildfires, floods, melting of ice in the polar regions, rising sea levels, loss of land, degradation of ecosystems, negative impacts on biodiversity, and so forth. Such situations endanger or even damage human property while simultaneously creating immediate risks to human life, health, and safety, both at present time and in the future. Moreover, the anticipated harmful effects are of such magnitude that the mere ontological conditions for the smooth continuation of life on the planet are called into question. In addition to the above, the problems associated with climate change have a direct negative impact on the global economy.³ In this sense, climate change is identified as the main systemic problem of the modern era or, in other words, as a problem that involves a shock that has the potential to cause adverse and irreversible economic effects and social damages with consequences that may unfold like a “*domino effect*”, leading to the material impairment of markets.⁴

In addition to its systemic nature, the problem of climate change has

² IPCC, Climate Change 2021 – The physical science basis, Working Group I contribution to the 6th Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, in: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>, last accessed 29 January 2024.

³ Daniel LOUCKS, Impacts of climate change on economies, ecosystems, energy, environments, and human equity: A systems perspective, in: Trevor LETCHER (ed.), *The Impacts of Climate Change*, 2021, p. 19-50.

⁴ Barnali CHOUDHURY, Climate Change as Systemic Risk, in: *Berkeley Business Law Journal*, 18 (2021), p. 52 (57).

key features that make it unique compared to more traditional environmental protection challenges. First, the emission of greenhouse gases that cause climate change are directly diffused throughout the planet and cannot be spatially limited. Thus, emissions do not affect only those emitting greenhouse gases and, even more so to the point, not only those who are geographically adjacent to the source of said emissions. The problem is therefore inherently a planet-wide problem, as not only does it negatively impact specific areas, even though certain regions may be impacted more or more intensely due to their geographical location or due to economic conditions, as may be the case of coastal zones or less developed areas of the planet.

As mentioned above, the problem of climate change is anthropogenic and essentially linked to industrial activity. Until recently, economically developed countries that present high industrial activity were the countries that accumulated the emissions of greenhouse gases. Therefore, it is such countries that are mostly considered responsible for climate change. Nowadays, in the context of economic globalization and international competition that brought about, among other things, the geographical relocation of production activities, the countries that emit greenhouse gases, exacerbating the problem of climate change, are actually developing ones. From this point of view, the traditional classification of states based on economic indicators loses its importance in terms of the search for the attribution of responsibility or the distribution of the costs for climate change mitigation and adaptation.⁵

Precisely because of the spread of pollutants throughout the planet, everyone must reduce emissions, while at the same time, individual action at local level is not sufficient to mitigate climate change. After all, if someone takes measures unilaterally, inactive countries will also benefit from such actions. And, conversely, if everyone remains inactive, climate damage will be unavoidable. Hence, the attitude in support of the notion that "*the solution to the problem does not depend on me*" cannot apply. Climate change exemplifies the "*tragedy of the commons*"⁶, meaning the dilemma that arises from a situation in which many entities, acting independently and having the same interests, are led to ultimately destroy

⁵ See, indicatively, Steven VANDERHEIDEN, Globalizing Responsibility for Climate Change, in: *Ethics & International Affairs*, 25 (2011), p. 65-84.

⁶ Garrett HARDIN, The tragedy of the commons, in: *Science – New Series*, 162 (1968), p. 1243-1248.

a common finite resource, even though it is clear that, in the long run, such a result will not be to anyone's benefit. In such cases, to deal with the problem, it is deemed necessary to ensure collective action, which may be considered equivalent to international cooperation in the case of climate policy.⁷

Furthermore, in the case of climate change, it is unknown who is harming whom and extremely difficult to determine. After all, even if this could be determined, it would have little value since emissions will ultimately affect the climatic conditions of the entire planet over time. In fact, the extent of the damage is not entirely apparent enough today, but it is likely to occur in the (not so) distant future. At the same time, there is no obvious proof of the causality of effects and it isn't easy to construct an evidentiary process for assigning responsibility. Additionally, the effects of climate change are attributed to the accumulation of emissions over many decades. Nevertheless, even at this time the problem is presented in terms of urgency as the results of the activity of the preceding decades become evident. After all, the emissions of the current generation, added to those that have resulted from past years, have generated adverse effects for future generations that are irreversible. Unlike other environmental damage problems, there is no climate change remedy once greenhouse gases in the atmosphere exceed a certain concentration level. The destruction of the climate is irreversible. In addition, the possible inaction of the current generation considerably reduces the possibilities of the next generation to mitigate these devastating impacts. Therefore, climate change is inherently a problem of intergenerational justice between current and future generations.⁸

In parallel, the economic costs of adaptation to climate change, such as building new infrastructure and taking action to protect existing assets and activities, are enormous. Climate change adaptation entails gigantic costs and investment during the Green Energy Transition. The Green Energy Transition presupposes a new technology model for power generation, alternative fuels and energy efficiency at a pace far beyond the usual speed of technological progress. It is questionable whether the

⁷ Lisa Schenck, Climate Change "Crisis" – Struggling for Worldwide Collective Action, in: *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 19 (2008), p. 319 -379.

⁸ Edith B. WEISS, In Fairness To Future Generations and Sustainable Development, in: *American University International Law Review* 8, 1 (1992), p. 19-26.

private sector can address the challenges of such a transformation, especially considering the related uncertainties and resources needed for new technologies to mature.⁹ Consequently, public policy must act as the enabler of technological progress and investment.¹⁰

2. *Climate protection and environmental constitutionalism*

Despite the particularities observed, climate protection is part of the broader circle of the environmental protection problem. Hence, a typical issue that arises is the question of whether environmental constitutionalism, as it has evolved, especially since the '70s¹¹, is also sufficient to effectively address the challenges of climate change.

It should be stressed that the term “constitutionalism” denotes the enactment of legal rules of high normative value within the hierarchy of norms, aiming at defining limitations (restrictions) concerning all forms of public power action and at ensuring the effective control of compliance with such limitations. Within that framework, the specific dimension of environmental constitutionalism relates to the widespread tendency that may be observed, meaning the enactment of new constitutional provisions related to environmental protection rights and obligations as a response to major ecological disasters, risks and pollution problems of the industrial era.¹² In the context of the ecological constitution, we should note the adoption of new fundamental rights, such as the right to a healthy environment. An example thereof is provided in Art. 24 para 1 of the Greek Constitution of 1975/2001, stating that: “*The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State and a right of every person. The State is bound to adopt special preventive or repressive measures for the preservation of the environment in the context*

⁹ With regard to the role of private investment see, for example, INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Scaling Up Private Finance for Clean Energy in Emerging and Developing Economies*, in: <https://www.iea.org/reports/scaling-up-private-finance-for-clean-energy-in-emerging-and-developing-economies>, last accessed 29 January 2024.

¹⁰ On the idea of the enabling role of the state see Mariana MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State – Debunking public vs. private sector myths*, Anthem Press, 2013.

¹¹ Lael K. WEIS, *Environmental constitutionalism: Aspiration or transformation?*, in: *International Journal of Constitutional Law*, 16 (2018), p. 836–870.

¹² May / Daly, *The nature of environmental constitutionalism*, in: May / Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, 2014, p. 17-54.

of the principle of sustainable development”. Similarly, Art. 66 para 1 of the Constitution of Portugal states that: “Everyone shall possess the right to a healthy and ecologically balanced human living environment and the duty to defend it.”. Alternatively, we may also consider the enactment of objective norms defining the State’s policy objectives (*Staatszielbestimmungen*) regarding environmental integrity. Article 20a of the German Constitution (*Grundgesetz*) is an eloquent illustration of this tendency: “Mindful also of its responsibility toward future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order.” Such constitutional provisions are of tremendous practical importance for contemporary legislation¹³. Alongside international commitments for environmental protection, similar constitutional provisions formulate the basis for applying judicial control over state action or omission with implications on the environment.¹⁴ Additionally, they provide the basic framework for the enactment of detailed rules aiming at neutralizing the negative consequences of technical and economic progress and at dealing with the ecological problem, thus leading to an autonomous branch of the legal discipline, namely environmental Law.

Undoubtfully, 50 years following the enactment of the first constitutional provisions on environmental protection, environmental Law is well established and recognized as a specialized discipline, which is based on the following general principles:

- The precautionary principle, allowing the adoption of protective measures in case of uncertainty about risks of environmental harm, without waiting until harm materialization;
- The principle of prevention, requiring the adoption of preventive measures to anticipate and preclude environmental damage before it happens (planning);
- The rectification of environmental damage at source, ensuring that damage or pollution is dealt with where it occurs;

¹³ David R BOYD, *Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment*. In: KNOX / PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, 2018, p. 17-41.

¹⁴ See, for example, with regard to Article 24 of the Greek Constitution: Nicholas PAPASPYROU, *A Farewell to Judicial Passivity: The Environmental Jurisprudence of the Greek Council of State*, in: *Journal of Modern Greek Studies*, 17 (1999), p. 63-84.

- The “polluter pays” principle, meaning that the person causing pollution should bear the costs for the damage caused and remedy required (accountability); and
- The integration principle, implying that environmental protection must be integrated into all other policy areas, in line with promoting sustainable development (horizontal significance).

As is generally accepted, the constitutional provisions on the protection of the environment are often quite vague and, for the most part, they do not impose “fixed”, predefined obligations. Moreover, having the same normative value as all other constitutional rules, such provisions are subject to balancing between conflicting rights and interests, as may often be the case, for example, when it comes to economic freedom rights or rights on the protection of property. Balancing defines policy priorities between environmental goals and other legitimate interests and objectives. Therefore, balancing is understood as a key methodological tool in the democratic decision-making process. At the same time, policy choices are subject to judicial control through proportionality tests, which also involve balancing between competing arguments¹⁵. Consequently, the question that arises is whether such mechanisms may be also considered appropriate for tackling the emerging novel challenges of climate change, in view of the specific characteristics described above.

3. *The path towards climate constitutionalism*

To answer the question of whether environmental constitutionalism provides the necessary basis for addressing the challenges of climate change, it is important to recall the difference between climate change and typical environmental protection problems: In the relationships regulated by rules on the protection of the environment against pollution or typical environmental dangers and disasters, there is normally clarity as to causality, a fact which allows the application of basic liability mechanisms that follow the “polluter pays” principle. On the other hand, where climate change is concerned, there is great ambiguity in terms of the cause-

¹⁵ See e.g. a similar consideration of the issue in the contribution by Claas Friedrich GERMELMANN, *Klimaneutraler Umbau der Energiesysteme und Stellenwert der Energieversorgung im Internationalen und Europäischen Verfassungsrecht* published in this volume, at p. 177 ff.

and-effect relationship. Moreover, climate change creates unmanageable damage and risks, especially concerning the aspect of the necessity to ensure smooth human living conditions in the future. For such reasons, among others, climate change differs from “first generation” problems of environmental damage (anthropogenic pollution or over-exploitation of natural resources).

Bearing in mind said difference, modern scholarship focuses on the emergence of what is often referred to as “climate constitutionalism”, meaning the emergence of constitutional arguments to effectively deal with the climate problem.¹⁶ This is obvious in the so-called “Climate change litigation”, which spreads across many jurisdictions around the globe.¹⁷ In most such cases, the interpretative evolution of existing constitutional norms on environmental protection by the judiciary is apparent, aiming to address the challenges of climate change.¹⁸ Nevertheless, practical issues, such as standing requirements, as well as dogmatic difficulties, may impede similar attempts. This raises the question of whether it is necessary to mobilize the constitutional legislator to adopt new rules to effectively address climate change.

How should we design such new constitutional rules to ensure added value compared to the actual framework? Current discussion advocates the necessity of introducing set climate related constitutional commitments for the long term, which will impede the possibility of policy change with respect to climate protection.¹⁹ This suggestion entails the enactment of precise (quantitative) obligations and standards to be achieved

¹⁶ GHALEIGH / SETZER / WELIKALA, The Complexities of Comparative Climate Constitutionalism, in: *Journal of Environmental Law*, 34 (2022), p. 517–528.

¹⁷ SETZER / HIGHAM, Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, 2022. For the very interesting and original case law of the German Federal Constitutional Court see in this book the contribution by Rui Guerra da Fonseca, Constitutional Justice and Climate Change: The decision of the German Constitutional Court of 24 March 2021 and the challenges put before the ECHR. Furthermore see already the ECHR Grand Chamber landmark judgement in the case of Verein Klimasenioren Schweiz and others v. Switzerland (Application no. 53600/20), available online at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2253600/20%22\],%22itemid%22:\[%22001-233258%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2253600/20%22],%22itemid%22:[%22001-233258%22]}) <https://hudoc.echr.coe.int/22>}}.

¹⁸ See, for example, BVerfG, Order of the First Senate of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18 -, paras. 1-270, https://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html

¹⁹ Ron LEVY, Fixed Constitutional Commitments: Evaluating Climate Change Constitutionalism’s “New Frontier”, in: *Melbourne University Law Review*, 46 (2022).

(e.g., emissions targets; quantitative forest cover provisions; absolute prohibition of deforestation; targets for renewables, etc.). Moreover, the formulation of an adequate institutional framework, which will consist not only of mechanisms for judicial control as regards the observation of constitutional commitments but also the establishment of independent authorities for climate protection, may also be deemed necessary.²⁰

At the end of the day, climate protection is directly linked to ensuring the survival of humans on the planet and, as such, it constitutes an ontological precondition of human dignity, which is, itself, the basis of the legal order. Consequently, what is required more than anything else is a clear commitment to ensuring the priority of climate protection over other objectives and interests.

²⁰ See, for example, the Australian Climate Change Authority Act 2011, <https://www.climatechangeauthority.gov.au/projects>

DIGITALISIERUNG ALS EINE NEUE UND VIELSCHICHTIGE
ÖFFENTLICHE AUFGABE UND WICHTIGES INSTRUMENT FÜR DIE
WAHRNEHMUNG ANDERER NEUER ÖFFENTLICHER AUFGABEN

DIGITALISATION AS A NEW MULTI-LEVEL PUBLIC TASK
AND ESSENTIAL TOOL FOR THE EXECUTION
OF OTHER NEW PUBLIC TASKS

LA DIGITALISATION, NOUVELLE MISSION PUBLIQUE
ET OUTIL ESSENTIEL POUR LE DÉVELOPPEMENT
DE NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES

DEVELOPMENTS ON GDPR PRIVATE ENFORCEMENT IN PORTUGAL

Pedro Lomba

Thank you for inviting me to this event. Those that have served in any public role or office will perhaps recognize the saying of English politics – “We give the impression of being in office but not in power” –, a sentence famously uttered by the former Finance Minister Norman Lamont.

I start with this because it is apparent that we are now observing in Europe this very discussion about which Data Protection Authorities are in office and which are in power. The cause of the discussion was the 1.2 billion fine issued by the Irish Data Protection Authority (DPA), following the European Data Protection Boards’s (EDPB) Article 65 of the GDPR binding dispute resolution decision of 13 April 2023, after the Irish DPA triggered a dispute resolution procedure in response to the objections raised by several concerned supervisory authorities.¹ The EDPB concluded that the Irish regulator did not handle the complaint with ‘all due diligence’.²

Recently, Professor Christopher Kuner has argued for the creation of a single enforcement body with pan-EU competence, in order to overcome the lack of cross-border data protection enforcement – the lack of power – since the same enforcement is the responsibility of the Member States’ courts and DPAs and the EDPB only has a coordination role.³

Among the questions that may be raised in relation to such increased centralization is whether such option may lead to more disengagement from the national DPA’s. Over the last few years, while the EU has

* Prof. Dr. Pedro LOMBA, Assistant Professor at the University of Lisbon, Faculty of Law. Attorney at law.

¹ See Binding Decision 1/2023 on the dispute submitted by the Irish SA on data transfers by Meta Platforms Ireland Limited for its Facebook service (Art. 65 GDPR) Adopted on 13 April 2023 (available at https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/binding-decision-board-art-65/binding-decision-12023-dispute-submitted_pt).

² Paragraph 194.

³ Christoph KUNER, Op-Ed: “International Data Transfers after Five Years of the GDPR: Postmodern Anxieties”, 5th May 2023, in EU Law Live. See <https://eulawlive.com/op-ed-international-data-transfers-after-five-years-of-the-gdpr-postmodern-anxieties-by-christopher-kuner/#>

seen substantial activity of certain DPA's and record breaking fines being imposed on controllers and processors across various industries for non-compliance of EU data protection laws, by contrast, at present, Portugal has been one of the EU Member States that has opened the fewest number of cases, in comparison with countries such as France, Germany, Ireland, Luxembourg and the UK.

Similarly, the weakening of national supervisory authorities is at the root of new developments in private enforcement of data protection rules, in terms that mirror the actions recently taken in the field of private enforcement of competition law.⁴ And while it is true that private enforcement mechanisms derive from the rights of citizens to access to justice – and, thus, to a constitutional dimension –, there are important doubts about its use in specific contexts such as data protection.

In this contribution I wish to reflect on some of those doubts.

1. *Class actions in Portuguese privacy law*

Let us firstly start with class action rules. Portugal can be considered a particularly generous case in the European landscape of class actions. Article 52, no. 3 of the Constitution constitutionalizes the right to lodge a class action, including for compensation of damages, granted to all individuals or any associations representing interests namely in the areas of public health, consumer rights, quality of life, preservation of the environment and cultural heritage.⁵

The Class Action Act, enacted in 1995, implements the legal regime and conditions under which the class action enshrined in the Constitution can be exercised. In addition, Article 21 of the most recent Portuguese Charter of Rights in the Digital Era – Digital Class Action – Law 27/2021, 17 of May, establishes a so-called digital class action, prescribing the adaptation of class action rights to the digital environment.

⁴ See Wolfgang WURMNEST and Merlin GÖMANN, “Comparing Private Enforcement of EU Competition and Data Protection Law”, in *Journal of European Tort Law*, Vol. 13, 2, 2022.

⁵ See Paulo OTERO, “A acção popular: configuração de valor atual no direito Português”, texto available at [text available at https://portal.oa.pt/upl/%7Bc2d6cd49-2a30-4cd6-9481-2791485902b2%7D.pdf](https://portal.oa.pt/upl/%7Bc2d6cd49-2a30-4cd6-9481-2791485902b2%7D.pdf). Also, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2010, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, Tomo I, 2.^a Edição, p. 1039

The GDPR, being directly applicable in the Portuguese legal order, also grants, through its article 80, the right to mandate a not-for-profit body, organisation or association constituted in accordance with the laws of the Member State, and active in the field of the protection of personal data to exercise the right to a judicial remedy on behalf of data subjects or the right to receive compensation on behalf of data subjects.

The current layers of class actions in Portugal amount to the following:

Portuguese Constitution – article 52.º, §3: It constitutionalizes the class action right, including for compensation of damages, granted to all individuals or any associations representing interests namely in the areas of public health, consumer rights, quality of life, preservation of the environment and cultural heritage;

Class Actions Law – Law 83/95, 31 of August: It implements the legal regime and the conditions under which the class action enshrined in article 52, no. 3 of the Constitution can be exercised, in order to defend interests namely in the areas of public health, the environment, quality of life, consumer rights, protection of cultural heritage and the public domain.

Portuguese Charter of Rights in the Digital Era – Digital Class Action – Law 27/2021, 17 of may, Articles 21 and 14: It establishes a digital class action, recognizing all the rights set forth in the legislation regarding popular action, duly adapted to the reality of the digital environment, in particular a set of rights against digital platforms

EU GDPR – Article 80.º: Being directly applicable in the Portuguese legal order, it grants the right to mandate a not- for-profit body, organisation or association constituted in accordance with the laws of Portugal, and active in the field of the protection of personal data to exercise the right to a judicial remedy on behalf of data subjects or the right to receive compensation on behalf of data subjects.

Data Protection Act – Law 58/2019, 8 of August – Articles 33-35: With respect to judicial remedy, it reinforces the rights provided in Articles 77, 78, 79 and 82 of the GDPR.

Portuguese Collective Redress Law - Decree-Law no 114-A/2023, 5 of December: It transposes the Collective Redress Directive creating a framework for national and cross-border class actions for the protection of consumers' rights and interests as established under EU law (including data protection).

Firstly, the right to class action purports to be a tool for enforcing citizens' rights to political participation and to effective judicial protection in defense of constitutionally or legally collective goods or rights. Under Portuguese law class action rights are understood as a procedural mechanism that aims at the strict defense of rights or interests of a supra-individual nature (and never of own interests or those of entities other than the represented class).⁶ This defense of community interests, and not personal interests, sheds light on some of the exceptional rules that make up the design of the Portuguese system of class actions:

i) The establishment of a representative regime based on an opt-out rule except if special provisions apply: the collective plaintiff typically represents, on his own initiative and without an express mandate or authorization, all the other holders of interests or rights identical to those he intends to enforce in court.

ii) The fact that the outcome of the class action will typically impact on the legal sphere of third parties. Since the Portuguese regime is based on an opt-out system (when no special provisions stating the opposite exist), in which the effects of *res judicata* are extended to all persons belonging to the represented class, except for those who exclude themselves from the legal action.

While neither the Constitution nor the 1995 Class Action Act have anticipated such development, we are now seeing the rise of privacy class actions in connection with actions for damages. Privacy class actions of this sort pose additional concerns.

Specifically, the use of litigation funding mechanisms by for-profit entities specifically in actions for damages and the identification of other situations (direct or indirect) of real or potential conflicts of interests foreign to the represented class are circumstances that should cause the Court to be especially vigilant.

Courts should be especially vigilant and raise preliminary scrutiny of the how the Plaintiff's effectively fulfills the requirements for the attribution of class action standing. A different direction would make class action rights especially vulnerable to abuse, which is not compatible with

⁶ On class action rights as a right to political participation, see the judgment 30/2000 by the Portuguese Constitutional Court ("*class action (...) is a form of citizen participation in the political life of the state*").

the notion of defending the interests of the community (or of the defined class).⁷

On the other hand, matters of legal standing also mean that privacy class actions must be assessed in light of the commonality requirement of class actions law. As known, “commonality lies at the core of class actions law”.⁸ Portuguese law allows for diffuse and collective interests, as well as homogeneous individual interests, to be defended by class actions. Since privacy claims are inherently subjective and individual in nature, the question then is how we can reconcile the generic opt-out system enshrined in Portuguese law with the fundamental need to ‘commonize’ the claims.

In this regards, let us consider the GDPR, particularly the rules of articles 80 and 82. Paragraph 1 of article 80 lays down specific rules for the judicial protection of data subjects with regard to the protection of personal data, giving them the right to mandate “(...) a non-profit body, organisation or association (...) whose statutory objectives are in the public interest and whose activities cover the protection of the rights and freedoms of the data subject (...)”.

Article 80, no. 2, in turn, admits that the Member States may provide that the non-profit body, organisation or association may act without a mandate to protect rights relating to data protection, except, however, for the actions for damages, provided for in Article 82, i.e. excluding those actions intended to compensate for damage caused by civil liability. These (civil liability) actions, if provided for by the national legislators as actions which may be initiated by a non-profit making body, organisation or association, will necessarily presuppose a manifestation of will by the injured parties to be represented in court.

The reading of this norm enables the conclusion that the legitimacy of non-profit bodies, organisations or associations to act in the name of the data subject in actions for damages presupposes, as a rule, the existence of an express mandate, as provided for in Article 80, no. 1 of the GDPR. As Article 80, no. 2 excludes from its scope the exercise of the right to compensation which is provided for in Article 82, no genuine collective

⁷ The point has been recently addressed in the context of the transposition of the Collective Redress Directive by Decree-Law n.º 114-A/2023, December 5, in particular Article 10.

⁸ John J. A. LENZ, “Privacy class actions’ unfulfilled promise”, in IGNACIO N. COFONE, *Class Actions in Privacy Law*, p. 25

redress of non-individual interests of data subjects is foreseen at the outset. It only provides for the possibility for Member States to introduce individual protection of such interests, although exercised by third parties without a mandate. As referred to in Recital 142 of the GDPR, “*a Member State may provide for such a body, organisation or association to have the right to lodge a complaint in that Member State, independently of a data subject’s mandate, and the right to an effective judicial remedy where it has reasons to consider that the rights of a data subject have been infringed as a result of the processing of personal data which infringes this Regulation. That body, organisation or association may not be allowed to claim compensation on a data subject’s behalf independently of the data subject’s mandate.*”

Given the leeway given to Member States by Article 80(2), the Portuguese legislator chose not to enshrine a system of representation of data subjects independent of mandate (opt-out). In fact, the Portuguese legislator has enacted a law to complement the GDPR: Law 58/2019, of August 8. Not only did the Portuguese legislator has not established the right of a body or association to bring a civil liability action for breach of data protection law regardless of an express mandate, but it expressly refers, in Article 34(3) of the law, to the right of the “data subject” [to be noted: *the data subject*⁹] to “bring actions against the controller or processor, including civil liability actions.”

The situation for Portugal, thus, both the European legislator and, consequently, the national legislator have enshrined an *opt-in* system for the representation of claims based on the violation of personal data protection rules – especially compensation claims – under which the existence of an express mandate with powers of representation is required for the exercise of the right to legal action and the right to compensation, under the terms of articles 80 and 82 of the GDPR, respectively. In the Portuguese doctrine, Cristina Pimenta Coelho says that: “unless the Portuguese state expressly admits such a possibility, it will be necessary for data subjects to grant powers of representation so that an association representing the rights of personal data subjects can act on their behalf”.¹⁰

There is an ongoing legal debate about which types of privacy dam-

⁹ It should be stressed that both the provision and the cited Recital point to ‘*the rights of the data subject*’, which emphasizes the need for national laws to accommodate the inherently individual nature of privacy claims.

¹⁰ Cristina PIMENTA COELHO, “Art. 80.º, anot. 3”, in Alexandre SOUSA PINHEIRO

ages are in fact compensable. Recently, in the Austrian Post case,¹¹ the ECJ held that “Mere infringement” does not automatically give rise to damages that must be compensated. This means that the plaintiffs, ‘under Article 82 GDPR, are expected to demonstrate the existence of (i) an infringement, (ii) actual damage and (iii) a causal link between that damage and the infringement.

Article 82(1) of the GDPR, on ‘right to compensation and liability’, provides that any ‘person who has suffered material or immaterial damage’ due to a breach of the Regulation is entitled to receive compensation for the damage suffered. However, as mentioned, since privacy expectations and privacy claims are inherently individual and subjective, the damages that may be produced, as a rule, are experienced differently, and with different scope in each of the data subjects.

This is important in two senses. Procedurally, class actions may therefore be deemed inadmissible to the extent that those alleged negative consequences / damages depend on each individual case. This may be used to sustain that there is no sufficient commonality on the claims put forward by a particular *actio popularis* and, therefore, that the case is not suitable to be dealt with as a class action.

Secondly, it is also quite understandable that, in general for compensation for damages resulting from breaches of the GDPR, the European legislator has excluded the possibility for a third party (non-profit body, organisation or association) to claim such compensation when it does not have powers of representation conferred by each injured party.

Article 80 of the GDPR, confirmed by national law, is, thus, *lex specialis* and of a preferential application in relation to general opt-out scheme of the Portuguese system.

2. Privacy injunctions

A second development I would like to focus refers to privacy injunctions and its relations with freedom of expression and information. In a recent decision by the Lisbon Court of Appeal,¹² a Portuguese business-

(coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 630-631.

¹¹ Case C-300/21 – *UI v Österreichische Post AG*.

¹² LISBON COURT OF APPEAL, Case no. 12234/21.0T8LSB.L1-7, 05-02-2023,

man, Mr. César do Paço, who lives both in the United States of America and in Portugal and who has acquired some public visibility due to the position he held as Honorary Consul of Portugal in Florida and, subsequently, Honorary Consul of Cape Verde also in Florida, had filed an unspecified preliminary injunction against Wikimedia Foundation, Inc., headquartered at San Francisco, asking that a preliminary injunction proceedings be granted and Wikipedia was ordered to immediately block and shut down two web pages hosted on Wikipedia containing his biographical data.

The plaintiff claimed violation of the Claimant's good name, honor and image, as it constitutes an unauthorized biography and because it contains false facts, insinuations, instigations, offending the Claimant's good name and reputation.

The plaintiff also asked Wikipedia to be ordered to identify all publishers who added content to the above pages.

Although César do Paço, the appellant, had introduced in the first instance the discussion of his right to be forgotten, the first instance court equated the issue only as a conflict between the author's personality rights and the freedom of expression/information. Applying the public interest test, the first instance Court concluded that:

“It does not seem to us that there are any disproportionate or gratuitous or clamorously unjustified personal attacks on the dignity, integrity and moral integrity or honorability of the plaintiff, or any manifestly unnecessary or disproportionate expressions”.

The Court has also said that:

“With regard to the applicant's criminal record (which is unknown), the reasons for his resignation from his post in Cape Verde (which are unknown, although the initiative came from the applicant himself), and his links to the Chega! party (which is also unknown), we have noted that the journalistic sources referenced in the Wikipedia pages are the basis for the conclusions contained therein...

And this is not the proper place to scrutinize the journalistic pieces that initially disseminated the news that Wikipedia later reproduces.”

The Court of Appeal reversed this decision, by framing the dispute

differently, within the scope of the GDPR and Law No. 58/2019. In fact, the Appeal Court:

- i) Confirmed the first instance decision that national courts are internationally competent.
- ii) Partially upheld the claim – in the part where there are false facts in the biography.
- iii) Authors of the publication, in the segment where it contains false facts, must be identified in the process so that the plaintiff may be sued in an action for civil liability.
- iv) Wikipedia as collaborative, universal, multilingual encyclopedia project is jointly responsible for the processing of data with the authors of the publications: since Wikipedia determined the purposes of the plaintiff's personal data and the means of its dissemination.
- v) For their part, the creators and editors of the Defendant are co-authors in determining the purpose of the processing and how the processing was carried out, choosing their own sources and structuring the author's biography as they saw fit.
- vi) The content of this Wikipedia page is a form of journalistic processing of data.

On the fact that the content of this Wikipedia page could be a form of journalist processing of data, the Appeal court followed the Buivids ECJ decision concerning the case of the Latvian citizen S. Buivids who filmed his statements while on the premises of a national police station and published the video on YouTube.¹³

The ECJ held that the fact that Buivids was not a journalist by profession did not exclude that the video recording in question serves journalistic purposes, since the means by which the processed information are transmitted is not decisive in assessing whether it is an activity “for exclusively journalistic purposes”. According to the Court the sole purpose is whether the recording and publication of this video must have as its sole purpose the disclosure to the public of information, opinions or ideas. The Court has reminded that Privacy and freedom of expression in the Charter must be interpreted according to ECHR case-law.

¹³ C-345/17 – Buivids.

But the ECJ also added that, similarly, the possibility for the controller to adopt measures to limit the extent of the interference with the right to privacy must be taken into account.

This is precisely what the Court sought in the Wikipedia case. After considering the existence of concrete and lawful interests of the data controller or of third parties – the exercise of free expression – the Court said that “*As regards the requirement that the processing of personal data is necessary for the pursuit of legitimate interests, derogations and restrictions to the principle of the protection of personal data must occur to the strict extent necessary*”.

The Court then assessed whether the processing affects the “interests or the fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data”. In other words, a balancing test must be carried out in order to ascertain which of the interests will prevail, whether the legitimate interest of the data controller or, on the contrary, the fundamental rights or freedoms of the data subject.

In here, the Court specifically addresses the applicant’s right to be forgotten. The Court considered that the applicant’s right to be forgotten is justified in a context where:

- he is alleged to have committed, in 1989, facts that later led to an indictment by the Public Prosecutor’s Office for the commission of a crime of aggravated theft;
- no trial was ever held;
- there is no evidence in the case file to the effect that, if such facts had occurred, they would have generated significant social alarm, either locally or nationally, i.e., the existence of an incontrovertible original public interest has not been demonstrated;
- if such a crime has been committed, the relevant criminal proceedings are time-barred, at least since 2008;
- no current public interest in ascertaining whether such events took place in 1989 is divisible, particularly since the biographies on line do not indicate the subsequent commission of similar events by the applicant and it has not been demonstrated that
- there is a prohibition of processing personal data indicating his political opinions, specifically, his proximity to leaders of the Chega Party, his connection to this party, his donation to this party, his participation in a rally.

Yet, the applicant is a public figure, since he was appointed honorary

consul of Portugal. The fact that someone is a public figure automatically increases the pressure on his privacy.

3. *Balancing privacy laws and free speech doctrines*

Among the criticisms pointed out to the use of balancing in conflicts between fundamental rights is the fact that balancing consists in a legal methodology focused on abstract rights and values and, consequently, on conflicts that are also abstract: “privacy” versus “freedom of speech”, “honor” versus “freedom of the press”, “freedom of speech” versus “intellectual property rights”. If, for some, this method would reinforce the subjectivism of the judicial balancing,¹⁴ tasked with the concretization of “abstract and, in many cases, vague” normative texts on the content of the fundamental rights in dispute, for others, balancing would result in discretionary judgments around the line of “balance” and “compromise” necessary for the combination of rights.¹⁵

The conflict between the right to data protection and the freedoms of expression and information, well known since the early days of data protection in the European legal area, is indicative of this same reliance on the archetypes of “conciliation”, “balance” and “compromise” to solve conflicts.¹⁶

The GDPR, approved by Regulation 2016/679, has reinforced that “the right to the protection of personal data is not absolute” and must be “considered in relation to its function in society and be balanced with other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality” and “in particular with freedom of expression and information”. Referring to the “function” of the right to the protection of personal data, the GDPR also uses the image of “reconciliation” with the freedoms of expression and information.

¹⁴ Virgílio Afonso DA SILVA, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in RONALDO PORTO MACEDO JR. & Catarina Helena CORTADA BARBIERI (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo, 2011

¹⁵ Robert POST, “Recuperating First Amendment Doctrine”, in *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995, p. 1280.

¹⁶ Magdalena JOZWIAK, “Balancing the rights to data protection and freedom of expression and information by the court of justice of the European Union – The Vulnerability of Rights in an Online Context”, pp. 408-409.

In data protection law, the requirements for conciliation include the adoption of limitation measures to minimize the privacy interference. The consequences of this are the following:

We can easily visualize where data protection rules are not exactly needed to rule out on the admissibility of false content that produce damages. Instead, we should try to focus on how data protection rules may complement free speech doctrines.

Did the Court of Appeal need data protection to conclude that Wikipedia cannot be a domain of falsehood propagation and therefore that the pages ought to be removed? Probably not. May data protection rules, including the right to be forgotten, correct instances of unlawful free communication, particularly anonymous speech? Yes.

Can it also be used in a way that affects journalistic freedoms? Yes as well, if for example citizens or journalists are prevented from informing the public through the most effective means.

But it has to be a correction; not an uncoherent replacement. If the right to data protection is not absolute, we would not only reject that data protection has any precedence over the freedoms of expression and information; we would also reject that the “balance” between the two rights is dependent on the fulfilment of proportionality conditions drawn from the data protection right itself.

I’ll finish as I began. Whereas the worst thing for a public official is to give the impression of being in office and not in power, I believe one should be suspicious of class actions and privacy injunctions’ regimes that may be in fact forms of exercising not a right but a new form of power: a private power where privacy is merely and a rhetoric for an instrumental goal. And for all that we care about privacy and data protection but also freedom of expression, that should be a matter of careful concern.

TRANSPARENCY AND THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AS PILLARS OF THE RULE OF LAW AND DEMOCRACY IN THE DIGITAL SOCIETY

Eloísa Pérez Conchillo

1. Introduction

In contemporary societies, transparency and the right of access to public information have become bastions of our democracies, occupying an important place in the relationship between public authorities and citizens. Over the last few years, the constitutional dimension of this matter has gained strength as opposed to a procedural or merely administrative vision that has been the protagonist in the past. However, it has been seen that transparency and the right of access to public information act as democratic presuppositions of the right to know, which is necessary to participate in public affairs and to exercise effective diffuse control over public power.¹

The aim of this paper is to provide an updated picture of the constitutional relevance of the principle of transparency and the right of access to public information (as a specific manifestation of this principle) and, in particular, about the inseparable link of them with the rule of law and the democratic principle.² This analysis is carried out from a multi-level perspective³ with regard to the scope of the right of access to public in-

* Postdoctoral researcher of Institutional Law linked to the national research project “PID2019-106118GB100”: la configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia en el marco de la democracia pluralista y la Constitución; University of Granada.

¹ See Joseph Eugene STIGLITZ, On liberty, the right to know, and public discourse: the role of transparency in public life, in: Matthew J. GIBNEY (ed.), *Globalizing rights*, Oxford University Press, 2003, p. 126.

² On this issue, see the paper of José Horácio HALFELD REZENDE RIBEIRO, Transparency as a paradigm for democracy under the Rule of Law, in: *International Journal of Open Government*, 7, 2018, p. 65

³ On multilevel constitutionalism, see Ingolf PERNICE, Multilevel constitutionalism in the European Union, in: *European Constitutional Law Review*, 17, 2012; Peter HÄBERLE. El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea, in: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 29, 2018, the paper can be accessed in open access at: https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm

formation, also taking into account the digital society in which we find ourselves. In this way, we will be in a position to address the problems surrounding the configuration and constitutional nature of this principle and right in the Spanish legal system. We focus our study on the Spanish legal system because, although it is an example of a consolidated European democracy, it has deficits from the perspective of constitutional and legal recognition of transparency and the right of access to public information.

Having set out the objective of the work, we consider it necessary to make a preliminary and introductory approach to the communicative freedoms in the context of the digital society since, as we will try to show, these freedoms have a clear connection with the right of access to public information which, at the European regional level, has been recognised especially in the framework of the Council of Europe by the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). It is a different matter that, as is the case with the Spanish example, this connection has not yet been recognised by the Spanish Constitutional Court (from now on SCC). However, it is to be expected that this Court will be challenged by the evolving jurisprudence of the ECtHR in this area, especially as a result of the development of the digital and information society.

2. *Contextualisation and Change of Communicative Freedoms in the Digital Society*

The communicative process is being determined by technological advances in the framework of the information society.⁴ In the global context, information flows through the Internet in a different way from the analogue context in which the constitutional doctrine on freedom of information has classically developed.⁵

⁴ As Augusto AGUILAR CALAHORRO points out in: El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet, in: *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, pp. 419-420, technological communication has given rise to a new form of identification of the individual in relation to him/herself and to the social group.

⁵ For an updated approach to Freedom of Information in the digital age, see, among others, David KAYE, Challenges to Freedom of Information in the Digital Age, in: *Journal of International Media and Entertainment Law*, 7-2, 2017-2018, p.131

Information on the Internet is ubiquitous, anonymous, rapid in dissemination, immediate in reception, massive and dispersed.⁶ Such notes have favoured new patterns of social behaviour, especially through the popularity of social networks as a new means of communication. In this sense, we are witnessing an alteration in the communication process that is reflected both through the subjects and the medium in which these freedoms are developed.⁷

On the one hand, the active subject that informs is no longer only the media. Now, the communicative paradigm is shared with the citizenry. Thus, the typical role of *social watchdog* traditionally attributed to the media is expanded in order to contemplate an informing citizenry as well. Consequently, the passive subject that had been identified with citizenship, as a mere passive receiver, has also changed. Citizens no longer wait passively to receive information produced by third parties, but, in addition to being able to disseminate it, they adopt an active role in the search for information.⁸ This dimension of the free search for information within the framework of communicative freedoms has been reflected both in normative instruments and in the applicable international jurisprudence. This issue will be discussed in more detail below.

On the other hand, the medium for the exercise of communicative freedoms has taken a qualitative leap. In this way, we see a shift from traditional means of social communication such as radio, television and the press, in favour of digital platforms where citizens exercise many of their fundamental rights. This change is causing a problem for democratic constitutionalism. As is well known, the essential pillar of constitutionalism is the control of power. Traditionally, this power has been

⁶ Global society is profoundly porous and undefined, determined in BAUMAN's words by a "liquid modernity". This expressive term gives the title to Bauman's work. Zygmunt BAUMAN. *Modernidad líquida*, translated by Mirta ROSENBERG, Fondo de Cultura Económica, 2016.

⁷ Ana ABA CATOIRA. Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático, in: *Revista de Derecho Político*, 109, 2020, speaks of "desórdenes informativos". In a similar way, Timothy GARTON ASH, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2016, p.111. See also, among others, Germn TERUEL LOZANO, *Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global*, in: *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 12, 2017, pp. 76-77.

⁸ In this sense he uses the term "informed citizen", Frank VIBERT, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, 2007, p. 88.

understood as the legitimate power wielded by the state, but today digital platforms exercise much of that power.

Today we are experiencing a process of fragmentation of the public space, as this cannot be addressed in the digital context as it has traditionally been done. The role of the state in the analogue context was clearer, and with it also its ability to guarantee fundamental rights. However, the separation between public and private has blurred⁹.

As can be seen from the example of social networks, it is an eminently private space that is not subject to democratic rules but has nevertheless become a new space for public debate and the exercise of rights. So much so that one might ask: can or should digital platforms be considered today as a new public space?

This is of course a topical issue that the SCC has decided in the negative. In ruling 27/2020, the SCC considered that “the digital environment is not comparable to the concept of ‘public place’”.¹⁰ In our opinion, this view is open to criticism, since it is difficult to speak of a democratic reconfiguration of the public space, updated to the digital society, if this space remains reduced and determined by the parameters of the analogue context.

Indeed, digital platforms are powerful private companies that operate in the global market on the basis of their own interests. However, this does not prevent us from recognising that in practice they have become new spaces for debate, open to citizens for the exercise of their rights. In this way, Facebook and other digital platforms in reality seem to be a territory where the public and the private are confused.

It is precisely on the line that separates the public and the private that one of the great challenges of contemporary constitutionalism lies, which must be oriented towards providing the State with mechanisms to guarantee rights wherever they are exercised. In this line, it should not

⁹ On the current fragmentation of public space, see, among others, Natalia REIMONDO ANSELMINO / María Cecilia REVIGLIO / Ricardo DIVIANI. Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook?, in: *Revista mediterránea de comunicación*, 7, 2016, p. 5. Francisco, BALAGUER CALLEJÓN. La Constitución del Algoritmo, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022. Ricardo MARTÍN MORALES. La fragmentación del espacio público en los sistemas democráticos, in: *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, 2022, p. 2. David MORLEY. Medios, modernidad y tecnología. Hacia una teoría interdisciplinaria de la cultura, Gedisa, 2008, p. 150. J. B. THOMPSON. Los límites cambiantes de la vida pública y la privada, in: *Comunicación y Sociedad, Nueva época*, 15, 2011, p. 21.

¹⁰ Ruling of the Spanish Constitutional Court 27/2020 of 24 February 2020.

be lost sight of the fact that all State work relating to transformations in global, national, local, public or private powers must be seen through the prism of democracy and the rights of individuals.

This background serves to underline that, in contrast to the weakening of citizens as subjects of rights in the face of deregulated private powers, another reading is possible in terms of their relationship with public power. It is from this perspective that it makes sense to analyse and strengthen the democratic role of the right of access to public information in the digital context.

This right, together with the principle of transparency, should be understood as constitutional mechanisms at the service of the social and democratic rule of law, without prejudice to the current debate on the control of power that underlies the digital environment.

There is no doubt that today's citizens have greater access to information, but paradoxically they are not better informed, and this has to do with the democratic deficits that underlie the dialectic of social networks. In this sense, the regression that the pluralist conquest of decision-making is suffering due to the great influence of private agents who interfere in the public sphere without transparency mechanisms is worrying. As Balaguer Callejón has explained, state power has been reduced in this fragmented decision-making space, thereby dispersing part of the democratic pluralism that the state has traditionally been able to guarantee as an inherent element of the democratic principle.¹¹

Currently, pluralism and freedom of expression and truthful information are being affected by the phenomenon of disinformation, fake news and polarisation, among other factors whose common denominator is manipulation and the imposition of an emotional charge that makes information fickle according to the economic interests of the market. In addition to all this, there is a phenomenon of infoxication that has clearly

¹¹ Among the author's many works on the subject, we can cite, among others, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del Algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, pp.1-239.? ; *IBID.*, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32, 2019, (paper available in open access through the link: https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm). *IBID.*, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 2018, (paper available in open access through the link: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm)

spread in the digital society due to the massive amount of information circulating on the Internet.¹²

In this context, the importance of transparency and access to public information is intensified because, as noted above, the massive flow of data online has increased the amount and complexity of information generated by institutions. For this reason, transparency becomes a key instrument for unravelling this complexity, facilitating citizen understanding and enabling an informed evaluation of government policies and actions. We start from the premise that transparency is not only publicity.¹³ Otherwise, the principle of publicity would suffice to address these issues. It is therefore not a question of the administration and the public power in general publishing a lot of data or information, but rather information that is understandable and comprehensible to the public.¹⁴ This leap from mere data publicity to comprehensibility and explainability is the added value of transparency and access to public information in democratic systems, strengthening trust¹⁵ and society's ability to discern fact from fiction.

Hence, we affirm that public policies of transparency and access to public information reinforce the democratic principle and the rule of law insofar as they act as barriers against the manipulation of information or its lack of quality. In this changing and fragmented scenario, the preservation of democratic values and principles becomes an unappealable maxim that 21st century constitutionalism must confront in order to

¹² On the disempowerment experienced by citizens, Deirdre M. CURTIN, Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?, in: *Common Market Law Review*, 37, 2000, p. 40.

¹³ For more information on the differences between transparency and publicity, see José Luiz PINHEIRO LISBOA MIRANDA, The judiciary – principle of transparency and the duty of information, in: *International Journal of Open Government*, 7, 2018, pp. 107-108; Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, 1997, p. 321; Charles DEBBASCH, Introduction, in: *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1990, p.11.

¹⁴ In a similar vein, see Rafael RUBIO NÚÑEZ, Los efectos de la posverdad en la democracia, in: *Revista de Derecho Político*, 103, 2018, p. 210. Isaac MARTÍN DELGADO, Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública, in: Julián VALERO TORRIJOS / Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (eds.), Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, p. 376.

¹⁵ See O O'NEILL, A question of trust, The BBC Reith Lectures, Cambridge University Press, 2002, p. 68 ff.

consolidate a space of reliability that provides criteria of certainty and security to citizens in the digital environment.

3. *Transparency in the Social and Democratic State Governed by the Rule of Law*

If we focus on the Spanish legal system, we must highlight the existence of a regulatory stumbling block if we consider the fact that neither transparency nor access to public information (as a direct manifestation of transparency) have an express constitutional recognition that allows us to clarify the doubts surrounding their constitutional fit and, consequently, the key question of their respective legal nature.

For its part, Law 19/2013, of 9 December, on transparency, access to public information and good governance is constituted as a regulatory development of this matter and is insufficiently anchored in Art. 105.b) of the Spanish Constitution. This law does not define transparency, but it does contain its essential elements, splitting the principle of transparency into: a duty of active publicity that falls on the subjects obliged to make information available *motu proprio* (i.e. even without prior request) and a subjective right of access to public information in favour of citizens.

In this sense, transparency can be understood as a constitutional principle linked to the democratic principle that should govern relations between public authorities and citizens, and which consists of making public information available to facilitate knowledge and effective citizen participation in public affairs.

We understand the two democratic consequences of transparency in this sense to be:

- a) On the one hand, it serves as a precondition for effective participation in public affairs insofar as only informed citizens are truly free to participate effectively in public affairs.¹⁶
- b) On the other hand, transparency also provides criteria of legal

¹⁶ In a similar sense, see Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE, Estado democrático, participación ciudadana y control de la administración, in: José Eugenio SORIANO DARCÍA (dir.) / Manuel ESTEPA MONTERO (coord.), Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, vol. 1, Iustel, 2014, pp. 107-108. This also facilitates accountability, as shown by Anne PETERS. Towards transparency as a global norm,

certainty because it facilitates the predictability of the action of public authorities on the basis of well-founded reasons of certainty that justify that the public authority has acted legitimately under the provisions of the rule of law.¹⁷

At this point, the question arises as to how it fits into the constitutional framework of a social and democratic state governed by the rule of law. To do so, we start by studying its legal nature as a constitutional principle. A principle because it gives rise to specific legal rules expressed in the form of obligations on the public authority (which must disseminate the information in its possession), as well as in the form of a subjective right of citizens to access public information. Furthermore, such rules are intended to realise the higher values of the legal system or axiological aims of the Constitution with which it is intimately connected, namely: freedom, justice, equality and political pluralism (Article 1.1 of the Spanish Constitution).

In what follows, we will highlight the thesis that transparency is nowadays a key element of the democratic principle. To this end, we start from the fact that the connection between transparency and democracy is becoming more and more evident today and is made expressive by the idea of democratic government as the “regime of visible power”.¹⁸ Democracy naturally requires that the powers of the state act within the framework of their constitutional functions, but it is also a *sine qua non* requirement that they do so under the gaze of the citizenry. This premise necessarily leads to a study of the relationship between transparency and democracy. Hence, we have proposed a reconstruction of the factors that allow us to highlight this nexus, which we consider to be the following:

1. That the legitimacy of origin implicitly attributed to freely elected political representatives following elections is not sufficient to carry out government action. This legitimacy of origin must be translated into legitimacy in the exercise of power, in order to

in: Andrea BIANCHI / Anne PETERS (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 555.

¹⁷ On transparency and legal certainty, see, among others, Luis POMED SÁNCHEZ, *Transparencia*, in: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9, 2016, p. 211.

¹⁸ Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 66.

facilitate citizens' involvement in public affairs through accountability and scrutiny. It can therefore be argued that transparency is linked to the legitimacy of power, making it possible to move our model of representative democracy towards a more participatory and deliberative version, based on more inclusive budgets with citizens.¹⁹

2. That the principle of transparency is the key defining element that identifies the essential content of the democratic principle today. As is well known, the concept of the democratic principle has evolved along with constitutionalism itself and, in this sense, has been marked by a series of key moments:
 - a) In the first phase of constitutionalism, prior to the normative constitutions, there is a formal conception of the democratic principle based on the idea of the parliamentary majority (understood as synonymous with the social whole) and of a homogeneous and unique people. In other words, pluralism and social conflict are not recognised as inherent elements of society, since the concept of the people is fictitious, reduced and subsumed under that of the parliamentary majority.
 - b) This formalist conception breaks down after the Second World War, where the second phase can be situated. In this phase, the concept of democracy is based on the idea of pluralism and the recognition of conflict as inherent to society. Hence, the content of democracy is dominated by a process of rationalisation and limitation of power, where it is no longer just the rule of the parliamentary majority but the rule of the majority but with respect for the rights of the minority.
 - c) Alongside these two stages, we believe that it is currently viable to argue that the democratic principle is in a constructivist process in its third stage of evolution. This last stage would be presided over by transparency as a key defining element of today's democracy.

The need for this third stage is also marked by the circumstances facing today's constitutionalism in terms of the communication process

¹⁹ They highlight the characterisation of transparency as an instrument of "public hygiene", Deirdre M. CURTIN, *Citizens' fundamental right...*, cit., p. 41. Anne PETERS, *Towards transparency...*, cit., p. 586. See also, John WADHAM / Kelly HARRIS / Eric METCALFE, *Blackstone's guide to The Freedom of Information Act 2000*, fifth edition, Oxford University Press, 2013, p. 2.

in the global paradigm. In this sense, it is perhaps not enough today to achieve pluralism, and it is necessary to promote transparency as a key and defining element of the democratic principle.²⁰

This need can be seen, on the one hand, in the globalisation process itself, since the regression and delegitimisation that the pluralist conquest of decision-making is suffering in this scenario is worrying and paradoxical, due to the great influence of private agents who interfere in the public sphere without mechanisms of transparency to control their actions. In all of this, state power has been reduced, thereby dispersing part of the democratic pluralism that the state has traditionally been able to guarantee.

On the other hand, the need to link transparency to the essence of the democratic principle is also seen in how the characteristics of globalisation have affected the process of European integration itself.²¹

Alongside these elements, there are other external circumstances that are reinforcing the nexus between transparency and democracy. And here we return to the context of the digital and information society. Currently, pluralism and freedom of expression and truthful information are being highly affected by the phenomenon of disinformation, *fake news* and polarisation, among other factors.

In any case, and in view of the thesis put forward, we propose to identify the third phase of the democratic principle as the control of power through the decisions adopted by the parliamentary majority, with respect for the rights of the minority, but underlining the need for public power to act transparently in the framework of the information society.

Having studied the theoretical foundations and the constitutional dimension of the principle of transparency, it is appropriate to go down to the legal sphere to study its configuration in law, as well as the state of affairs in the Spanish legal system with regard to the applicable regulations. In general terms, it should be stressed that the Spanish state transparency

²⁰ In general terms, I have discussed this issue in greater depth in Eloísa PÉREZ CONCHILLO, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, 2023.

²¹ Thus, the reform of Art. 135 of the Spanish Constitution, which constitutionalises the principle of budgetary stability, conditioning the social state, is a critical example of how a measure marked by the global phenomenon is constitutionalised at the European level, without transparency mechanisms.

law was passed as the first specific and cross-cutting law on the matter. However, we will now focus on the constitutional fit of the law.

This aspect is considered to be one of the most criticisable and problematic points, because it is a law that fills a previous gap in this area, as there has been no specific law on the matter to date, but which, having been configured exclusively on the basis of Art. 105.b) of the Spanish Constitution, does not allow the system of guarantees that should really be its own to be deployed. This is to the extent that this precept is insufficient to “absorb” the democratic essence of this matter. This development should have been carried out with the support of other constitutional precepts, especially with the support of Art. 20.1.d) of the Spanish Constitution, which guarantees the communicative freedoms of expression and truthful information.

The confusion generated by the Spanish legislator results in a limitation of the special guarantees that would correspond to transparency and access to information if the law had been constitutionally framed in connection with a fundamental right (such as freedom of information).²²

The result of this anchoring by the legislator generates a paradox: although the legislator regulates the principle of transparency and the right of access to public information in a broad and expansive manner on many points, it does so on a limited constitutional basis. And this limiting operation also entails important limitations of constitutional guarantees to the detriment of transparency and the right of access to public information by relegating it to a mere right of legal configuration.

4. The Right of Access to Public Information: Legal Nature in a Multilevel Perspective

The multi-level study of the law as a methodology for approaching this point is essential in order to understand the reality of the right of access to information in each of the interacting constitutional spaces. That

²² It should be borne in mind that the fundamental rights enshrined in Articles 15 to 29 of the Spanish Constitution are subject to reinforced constitutional protection, having in their favour the highest level of constitutional guarantees, which are: the normative ones (Art. 53.1 of the Spanish Constitution) and the special jurisdictional ones consisting of preferential and summary protection or, where appropriate, the appeal for protection before the SCC (Art. 53.2 of the Spanish Constitution).

is, the scope of the United Nations (UN), the Council of Europe and the European Union (EU) in order to outline its essential content.

Along these lines, it cannot be overlooked that the different normative and jurisprudential contributions from the different levels constitute, on the basis of Art. 10.2 of the Spanish Constitution, an interpretative canon of the fundamental rights enshrined in the Constitution. However, with regard to this last precept, it is necessary to bear in mind the limitations that the SCC has derived from this precept by not considering it an autonomous canon of validity of internal rules on rights and, therefore, not attributing to it the capacity to create new rights that are not enshrined in the Constitution.²³

At the global UN level, it should be noted that both Art.19 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) provide for an active dimension of information seeking within the framework of freedom of information.

Moving to the European regional level, it is particularly interesting to analyse how the right of access to information is interpreted on the basis of the applicable normative instruments. In the Council of Europe, the right of access to public information has come to be recognised as a fundamental right by the ECtHR, considering it under certain conditions as a democratic *prerequisite* for the effectiveness of the freedom of information guaranteed in Art. 10 ECHR. However, at the EU level, the right of access to EU documents has been recognised as an autonomous right,

²³ On the hermeneutic canon of Art. 10.2 of the Spanish Constitution, see, among others, Raúl CANOSA USERA, La interpretación evolutiva del Convenio europeo de derechos humanos, in: Javier GARCÍA ROCA / Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (eds.), Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; Josep María CASTELLÀ ANDREU, El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales, in: Miguel Ángel APARICIO (coord.), Derechos Constitucionales y Formas Políticas, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2001; Patricia CUENCA GÓMEZ, La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española, in: *Revista de Estudios Jurídicos*, 12, 2012 p. 14; Alejandro SAIZ ARNAIZ, Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos, in: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER / María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, vol. I. Wolters Kluwer, BOE, 2018, p. 233.

detached from freedom of information and placed within the framework of the status of citizenship in Art. 42 CFREU.

Among the case law of the ECtHR and the CJEU, it is undoubtedly worth highlighting the contributions made by the ECtHR, as the latter has made it possible to identify the key elements that denote its shades of iusfundamentalidad²⁴ starting with the paradigmatic *Magyar* case handed down in 2016.²⁵

In this case, the ECtHR extends the public *watchdog* function typically attributed in favour of the press, NGOs or academic researchers in favour of bloggers and popular users of social networks, taking into account the role that the Internet plays today in facilitating access to news and the dissemination of information. However, the essential reason why this case is a turning point in the case law of the ECtHR is because it constructs the fundamental right of access to public information as a manifestation of freedom of information on the basis of a test of fundamental rightness that it develops on the basis of 4 criteria.

These elements are:

1. The purpose of the request for information. According to the ECtHR, the collection of the information must be a relevant preparatory step for the public debate.
2. Nature of the information requested. To overcome this requirement, the ECtHR understands that the information must be of public interest to society, thus enabling society to participate in public affairs.
3. The role of the applicant. Under this requirement the ECtHR values that the applicant acts as a *watchdog* with the aim of informing the public. Hence, the Court has granted this role especially in favour of journalists. However, although the ECtHR has been extending this role, we do not share its assessment of this element from a somewhat formalistic perspective, taking into account the

²⁴ We refer to this term to refer to the consideration of the right of access to public information as a fundamental right.

²⁵ An analysis of the case can be found in Lorenzo COTINO HUESO, El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, p. 282 ff.; Eloísa PÉREZ CONCHILLO / Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS / Alicia GONZÁLEZ MORO *et al.*, in: Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo, *Revista de Derecho Político*, 113, 2022, p. 197 ff.

role played by the subject. In our opinion, it would make more sense to view the *watchdog* function from a finalist perspective, assessing whether or not it contributes to public debate regardless of the function performed. This option seems to be more in line with the technological drift in the context of the information society. I understand that this is the inertia that will allow the consolidation of access to public information precisely as a right recognised in favour of all persons without distinction of the formal status of the applicant.

4. That the information be ready and available. This is the final requirement for assessing the connection between access to information and freedom of information in Art. 10 ECHR and means that access to information does not require prior reworking or compilation but that it is ready.

Under these parameters, the ECtHR views the right of access to public information in terms of the right to freedom to communicate and receive information enshrined in Art. 10 ECHR.

At this point, it can be clearly concluded that there is no correspondence between the international configuration of the right and the Spanish domestic configuration, since, as can be seen from the legislator's anchoring in Art. 105.b) of the Spanish Constitution, the right of access to public information has been configured in Spain as a legal right (unrelated to freedom of information).

However, the fact that its connection with this fundamental right has not been appreciated when configuring the legal nature of the right does not mean that it does not have a clear instrumental relationship with it (just as its instrumentality for other fundamental rights, such as political participation in Art. 23 or effective judicial protection, Art. 24 of the Spanish Constitution, has been recognised by constitutional jurisprudence).

The thesis held with regard to the legal nature of this right is that there is a nuclear link between access to public information and the freedom to receive information in art. 20.1.d) of the Spanish Constitution.²⁶ This link can be seen in a necessary re-reading and updating of the content of the communicative freedoms, especially the modality of the freedom to receive information, taking into account the digital context.

²⁶ Allow me to refer to Eloísa PÉREZ CONCHILLO on this issue, as it is dealt with in great depth. *Transparencia y derecho de acceso...*, cit., pp. 201 ff.

We understand that the basic premises on which freedom of information has been built have been determined by the analogue context in which the traditional media (press, radio and television) played an essential role in the communicative process. This can be seen from the very systematisation of the precept itself, which does not protect any type of information, but only truthful information of public interest, and also protects clauses exclusively applicable to information professionals, such as the conscience clause and professional secrecy. This systematisation may have led to a limiting vision of communicative freedoms, which would have been guided by the attribution of the active role of communication, especially in favour of information professionals. In this way, there has been a tendency to position the freedom to communicate information as the protagonist as opposed to the passive and/or receptive dimension of information in which citizens have traditionally been placed as consumers of information.

However, with the development of technology and the information society, there has been a qualitative leap in the sphere of interpersonal relations and, ultimately, in the way in which communicative freedoms are exercised. Due to the differences in communication patterns between the digital and analogue contexts, it is permissible to revise and reread the key content of this right in order for it to be effective in the current setting.

The dogmatic unsustainability of conceptualising the reception of information as a mere passive obtaining of information is therefore underlined.²⁷ In this sense, it is necessary to invert the protagonist position of the active subject of communication, reinforcing the receiving position of the passive subject, that is, admitting access to public information as a manifestation of freedom of information, with the aim of adapting the essential content of freedom of information to the current context.

Although the proposal is that the right of access to public information should be considered a manifestation of freedom of information, the truth is that, given the state of affairs in Spain, this is not the case at the moment. The jurisprudence of the SCC has not been compelled by the interpretative development made at the international level, as there has

²⁷ See Kay MATHIESEN, Access to information as a human right, in: *SSRN Electronic Journal*, 7, 2008, paper openly available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1264666

been no express constitutional recognition in favour of this dimension of the freedom to receive information. However, there is an important precedent that is not being taken into account by the SCC, which lies in the evolving jurisprudence of the ECtHR in this area. In this sense, we question the fact that the TC continues to maintain the analogical and classic vision built on Art. 20 of the Constitution, without re-reading it in the context of today's digital society. However, although we find this position questionable, it is neither surprising nor illogical in view of its restrictive interpretation of the possibilities offered by art. 10.2 of the Constitution as a hermeneutic canon for interpreting rights in accordance with the international context.

The TC has not always held the same perspective on Art. 10.2 of the Spanish Constitution, with cases in which an integrationist interpretation has prevailed and others of a borderline interpretation. In other words, there have been examples in Spanish constitutional jurisprudence in which the adaptability of rights has been emphasised by having joined the evolutionary interpretation of rights in order to embrace new dimensions or even rights not expressly recognised in the Constitution.²⁸ However, there are also other examples which, in the opposite direction, have emphasised a restrictive and limiting vision of Art. 10.2 of the Spanish Constitution.²⁹

This ambivalent position of the TC in specific and prominent examples in Spanish constitutional jurisprudence serves to make an analogous comparative parallelism with the right of access to public information. We cannot ignore the fact that, although it is a right of legal configuration, *ex-Art. 105.b*), it can and should be instrumentalised with Art. 20.1.d) in line with its evolutionary interpretation. Today, it is not pos-

²⁸ Such would be the case of the fundamental right to data protection inferred from Art. 18.4 Spanish Constitution (from now SC); free legal aid from Art. 119 SC as a manifestation of the effective judicial protection of Art. 24 SC, in the case of lack of financial means; or the case of acoustic protection against noise as a manifestation that the Constitutional Spanish Court welcomes in accordance with the case law of the ECtHR, framing it within the right to personal and family privacy of Art. 18 SC).

²⁹ It is worth citing here as an example the case of family reunification as an immigrant's right to family life since, despite being a manifestation contemplated by the ECtHR in the framework of respect for private and family life in Art. 8 ECHR, the Constitutional Court held in this case that ITs are not a canon of validity of internal norms and, therefore, it states categorically that, although such a right exists in the international sphere, it is not a right contemplated in our SC.

sible to conceive it in any other way than that which has been done in the international sphere, which has already appreciated the evolution of this right in the digital context. However, everything will depend on the integrationist or limiting vision that the SCC gives to Art. 10.2 of the Constitution in the present case.

5. *Conclusions*

In the paper we have argued the democratic relevance of the principle of transparency and the right of access to public information for the rule of law and the democratic principle. We have also stressed that the digital development of contemporary societies has already led to a considerable evolution of communicative freedoms at the international level.

This question has led us to ask ourselves whether this same evolution has been reflected in the Spanish domestic legal system, and we have found that, for the moment, this has not been the case. The right of access to public information is contemplated in the international sphere as a specific manifestation of freedom of information, which does not operate in the same way in Spain, having been regulated autonomously as a right of legal configuration detached from Art. 20 of the Spanish Constitution.

This option of the Spanish legislator limits an essential question from a constitutional point of view, which is the one related to the constitutional guarantees that should be applicable to the right of access to public information in an evolutionary interpretation in accordance with the international context, ex art. 10.2 of the Spanish Constitution.

However, apart from this specific legal configuration, the SCC could and should join the evolutionary interpretation of this right in a multi-level perspective, recognising its direct link with freedom of information. This operation is not unfeasible, but rather possible to articulate dogmatically by means of the instrumentation between Art. 105.b) and 20.1.d) of the Constitution, taking Art. 10.2 of the Constitution itself as an interpretative reference.

In no case are we defending the creation of a new fundamental right of access to public information in the Spanish legal system, but rather the updating of the essential content of the freedom to receive information. This re-reading seems to be a requirement derived from technological

and informational development and the current social and democratic rule of law. And, taking into account the multilevel study of rights and the *favor libertatis* principle, there should be no other interpretation than that already established by the ECtHR. That is, extending the essential content of the freedom to communicate information, recognising in its favour, as a specific manifestation, the right of access to public information.

This is an unavoidable requirement that the Constitutional Court should not postpone, as we are dealing with a right that has a clear objective dimension, aimed at the democratic formation of free public opinion and, ultimately, at achieving societies that are open to healthy criticism. This last aspect should not be underestimated in view of the fragmentation of the communication process in today's technological society.

AI AND PUBLIC ADMINISTRATION: WHAT IS TO COME FROM THE AI ACT?

*Rui Tavares Lanceiro**

1. Introduction

A process of rapid transformation is occurring within contemporary societies which is sometimes designated as a “new industrial revolution”, the “fourth industrial revolution”,¹ the “second machine age”,² or perhaps better-called a “algorithmic revolution”.³ This transformation involves the use of algorithms, coding, and ‘big data’, for instance, in decision-making. This transformation reaches not only the productive, commercial, and service sectors, but also social structures and public administrations.

In this context, the term “artificial intelligence” (AI) emerged to designate machines that aim to mimic human intelligence and human cognitive functions like problem-solving and learning. AI uses classification, predictions, and automation with the goal of optimizing or performing complex tasks that normally require human intelligence, such as facial and speech recognition, decision making and translation. However, AI is an elusive term, namely because the writing of code to ensure rational and logical decisions cannot fully emulate human decision-making which is also driven by emotions. John McCarthy, who coined the term in 1956, complained that AI was considered, in the public mind, as something experimental or impractical – “As soon as it works, no one calls it AI anymore,” he said.⁴ The same idea is conveyed by the Tesler’s Theo-

* Prof. Dr. Rui TAVARES LANCEIRO, Assistant Professor at the University of Lisbon, Faculty of Law.

¹ M. SKILTON and F. HOVSEPIAN, *The 4th Industrial Revolution: Responding to the Impact of Artificial Intelligence on Business*, Palgrave, (2018).

² E. BRYNJOLFESSON and A. MCAFEE, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies* (2014).

³ L. FLORIDI, *The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality* (2014).

⁴ Bertrand MEYER, ‘John McCarthy’, *Communications of the ACM* (28 October 2011): <https://cacm.acm.org/blogs/blog-cacm/138907-john-mccarthy/fulltext> [accessed 14 February 2024].

rem, formulated by Larry Tesler: “AI is whatever hasn’t been done yet.”⁵ However, more recently, technology has evolved to a point where AI has become an undeniable reality.

Machine learning is a subset of AI that refers to computer systems that learn and adapt automatically from data without being explicitly programmed. The machine follows a set of rules that are written into its code (an algorithm) to analyse and draw inferences from the data. In broad terms, deep learning is a subfield of machine learning that layers algorithms and computing units (neurons) into what is called an artificial neural network, taking inspiration from the structure of the human brain. Deep learning algorithms can improve their outcomes through repetition, without human intervention. However, in order to do so, they require large amounts of data (“big data” sets) that might include diverse and unstructured data.

There are different levels of automation, from simple support or assistance to a fully human decision-making process, to the complete disappearance of humans in completely automatic decisions. There are also systems that allow humans to give direct feedback to automatic models for predictions below a certain level of confidence – the so-called “human in the loop”.⁶

Governments around the world are making use of this emerging technology to connect and communicate with citizens and in public decision-making. AI methods are being used to make choices on public policy, ranging from criminal law to education, social scoring, or security. The use of AI in public decision-making is already happening – at least at the level of the so-called “technical discretion” – reducing the risk of human error and the possibility of liability of the administration. In the same way, the use of automated or standardized forms of communication or customer service are gaining ground. New IT tools can improve the consistency, efficiency, and effectiveness of administrative bodies, in analyzing data, to improve resource allocation, or in repetitive procedures. AI is impervious to bias and discrimination that can result from human decision-making. New types of relationship between different adminis-

⁵ D. HOFSTADTER, GÖDEL, ESCHER, BACH: an Eternal Golden Braid, (1980), p. 601.

⁶ T. ENARSSON, L. ENQVIST, & M. NAARTTIJÄRVI, “Approaching the human in the loop – legal perspectives on hybrid human/algorithmic decision-making in three contexts”. *Information & Communications Technology Law*, 31, 1. (2021).

trative bodies or entities may also emerge. All of this represents a revolution in public administration.

The impact of algorithms in the development of administrative relationships is a emerging field of legal expertise.⁷ It is important to start discussing the legal frameworks and sets of questions that might guide this question in the future.⁸

2. Problems emerging from AI use in public administration

Risks and dangers may arise from the use of AI by public administrations – for the human element is essential when the decision-making involves balancing or weighing different interests.⁹ An “algorithmic administration” – meaning the use of algorithms in administrative decision-making – poses challenges to how we conceive classic administrative relationships, the role of administrative principles such as justice and due process, and to the attribution of responsibilities and liability.¹⁰ Moreover, new problems may arise in terms of the respect of fundamental rights of citizens, transparency, and administrative accountability when a decision is taken through AI.

The use of AI programs by the public administration in decision-making can be problematic in several ways. Some of these questions are not new and lie at the core of administrative law for a considerable amount of time. The answers, however, might radically differ from traditional approaches because of their context.¹¹

A first example is the qualification of the nature of an administra-

⁷ A. ZUIDERWIJK, Y.-C. CHEN, & F. SALEM, “Implications of the use of artificial intelligence in public governance: A systematic literature review and a research agenda”. *Government Information Quarterly*, 38(3), (2021). 101577.

⁸ J. ETSCHIED, “Automatisierungspotenziale in der Verwaltung”. In R. MOHABBAT KAR, B. THAPA, & P. PARYCEK, *(Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*. Berlin. (2018).

⁹ F. ABREU DUARTE/ R. TAVARES LANCEIRO, “Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 62, 1, 2021, pp. 283-304.

¹⁰ P. PARYCEK, V. SCHMID & AS NOVAK, “Artificial Intelligence (AI) and Automation in Administrative Procedures: Potentials, Limitations, and Framework Conditions”. *J KNOWL ECON* (2023). <https://doi.org/10.1007/s13132-023-01433-3>

¹¹ K. CRAWFORD, J. SCHULTZ, “AI systems as state actors”. *Columbia Law Review*, 119(7), (2019), pp. 1941–1972; C. HOUY, M. HAMBERG, & P. FETTKÉ, “Robotic process

tive act taken through an algorithm-based procedure. In a classic administrative relationship, the final step of the decision-making procedure will be easily qualified as an administrative decision or act (the French *acte administratif*, the German *Verwaltungsakt*, or the Spanish and Portuguese *acto administrativo*). This would mean that, according to most administrative systems in Europe, the citizen affected by the decision is entitled to a justification or an explanation on the reasons behind it by the Administration. The duty of the administration to give reasons for its decisions is, of course, a quintessential part of the rule of law in European liberal constitutional states. However, when the Administration uses AI, especially in the case of machine learning algorithms, the nature of the act in question becomes unclear, namely because there is an intertwining between the public and the private spheres.

In most cases, these programs are developed by private entities because the administration does not possess the necessary know-how and is forced to contract-out technical expertise in this field. Because of this, the decision can be seen as (at least partly) the result from those programs and not (solely) an act of the Administration. It is true that it resembles a classic administrative decision: it is practiced by a body of the public administration, ruling on a specific situation, and changing a persons' legal position. On the other hand, however, such decision can be a mere result of the algorithm's output. In this case, can it be considered a decision at all, meaning an act of will by the administration? Although this might seem a given, as every human decision is indeed an act of will, it is not so clear in AI decision-making. To qualify something as an administrative decision (*acte administratif*), one must first qualify such action by the administration as a legal act in itself, in some sort of ontological sense. Of course, with human reasoning all of this would be beyond the doubt. Traditional human decisions are indeed exercises of the will, the result of neural procedures that lead to certain outputs. Although we do not fully understand such complex biological systems (e.g. how the human brain would reach certain ultimate conclusions), we can ask the decision-maker to try to elaborate a justification. In most cases, humans will be able to explain the reason why they made a certain decision. In AI decision-making, however, this step is tremendously difficult. Most of

these systems are ‘black-boxes’¹² in which data is fed but whose process is often unknown or too complex to be explained. There is no exercise of human will, in the sense that no human decided on the final output, apart from the initial feeding of data. Of course, one might counterargue and say that there was human intervention along the way. A human decided to hire the AI company which developed the algorithm; another human decided on the code-language or the machine-learning method (supervised/unsupervised, for instance). Still, no human decided on the entire process of decision. No human was consulted during the process of enacting that specific decision. It was rather the cooperation of public and private entities, of human and machine, that produced such an administrative decision.

In the case of an administrative decision resulting from an AI driven procedure, the Administration did not actually produce the reasoning leading up to its own decision, because it was the result of a machine-learning system. The opacity of machine-learning algorithms compromises the transparency of the decision-making process and the access to the actual reasoning behind the decision. The code of the algorithm can be protected by trade secret or other property rights and even if it is not, it can be very difficult to understand,¹³ because of technological literacy questions. Because the software is created by a private company, the administration can argue that the source code is protected by intellectual property rights and industrial secrecy or, in any case, that there is no right to access the source code because it should not be considered an administrative document.¹⁴ All of this is problematic in terms of due process rights and of access to justice. The possibility to obtain a judicial review of this decision by a court is undermined.¹⁵

Although opacity seems to be the rule in the development of such systems, some examples prove that it is possible for algorithmic adminis-

¹² F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (2015).

¹³ Katie ATKINSON, TREVOR BENCH-CAPON, Danushka BOLLEGALA, Explanation in AI and law: Past, present and future, *Artificial Intelligence*, Vol. 289, 2020, 103387, <https://doi.org/10.1016/j.artint.2020.103387>.

¹⁴ SIMONCINI, ‘Algorithmic Administration: The Constitutional Framework.’, in Roberto CAVALLO PERIN and Diana-Urania GALETTA (eds.), *Il Diritto Dell’amministrazione Pubblica Digitale* (2020) 30. Pp. 9-10.

¹⁵ M. ZALNIERIUTE, L.B. MOSES, & G. WILLIAMS, The rule of law and automation of government decision-making. *Modern Law Review*, (2019). 425.

trations to do better in terms of transparency.¹⁶ The experience with the Durham Constabulary's Harm Assessment Risk Tool (HART)¹⁷ is a good example on how public AI systems might be transparent to the general public.¹⁸

Another question links the AI decision-making process with the principle of legality. In this case, the decision-making procedure is dependent on the system software, more specifically on the algorithm, which ends up constraining what can or cannot be done, more frequently than the applicable law, and possible also much more effectively.¹⁹ As stated by Lessig, 'code is law',²⁰ meaning that code is capable of restricting the possible results of the procedure, via technological means.²¹ In order to ensure administrative action follows legal rules in this case, these rules must be transposed into code. The idea of 'law as code' underlines the need for interoperability, to ensure that legislation is machine-readable.²²

As algorithms operate on the basis of data, they may lead to problematic outcomes if that data is biased. Algorithms which shape how public administration delivers decisions may end-up creating loops of systematic breaches of fundamental rights, especially in terms of equality and class discrimination.²³ Problems may arise if the technology is not fed the

¹⁶ OSWALD, 'Algorithm-Assisted Decision-Making in the Public Sector: Framing the Issues Using Administrative Law Rules Governing Discretionary Power', 376 *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* (2018). p.4.

¹⁷ See Durham Constabulary's AI decision aid for custody officers, A case study on the use of AI in government, Centre for Public Impact, 2018, available at: <https://www.centreforpublicimpact.org/assets/documents/ai-case-study-criminal-justice.pdf>

¹⁸ OSWALD et al., 'Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and 'Experimental' Proportionality', 27 *Information & Communications Technology Law* (2018) 223.

¹⁹ M. CORRALES, M. FENWICK, & H. HAAPIO, *Legal tech, smart contracts and blockchain*. Springer. (2019)

²⁰ Lawrence LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York: Basic Books, 1999.

²¹ Samer HASSAN and PRIMAVERA DE FILIPPI, "The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code", Field Actions Science Reports [Online], Special Issue 17 | 2017, Online since 31 December 2017. URL: <http://journals.openedition.org/factsreports/4518> [accessed 14 February 2024].

²² J. MOHUN, A. ROBERTS, *Cracking the Code – Rulemaking for Humans and Machines*. (2020), <https://doi.org/10.1787/19934351>; L. JUSTESEN, U. PLESNER, "The double darkness of digitalization: Shaping digital-ready legislation to reshape the conditions for public-sector digitalization". *Science, Technology, and Human Values*, 47(1), U. (2022), p. 146-173.

²³ C. O'NEIL, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, New York Crown Publishers, (2016).

right data, leading to AI systems systematically disregarding less represented minorities in technologies such as facial recognition.²⁴ For example, in the United States, it has become clear that police's uses of AI facial recognition systems tend to target black people over white people, based on the collected data.²⁵ Sometimes, however, it is not the system itself that breaches fundamental rights, but the fact that it creates dangerous feedback loops.²⁶ A good example of this is how police departments are using geo-location AI systems to allocate police officers across big cities. One of the most famous examples of such algorithms is a system called Predpol.²⁷ which aims at predicting where pockets of crime exist in cities like Atlanta. If these systems are made to target every type of crime (not only serious crime) they tend to point more towards the poor (and often minority-resident) parts of the cities because it is on those areas where small crime tends to occur more often. Once more police are allocated to those places, the tendency is naturally for small burglary and small crime to be more caught, hence feeding the system with confirmation that more police are needed. This can be considered a feedback loop, confirming the initial suspicions of the AI systems.

The consistency of the decision-making process can also be problematic if the code is, in itself or because of the legal framework applicable, poorly designed. In the field of social welfare, the United Nations Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Philip Alston issued a warning about the risk of a 'digital welfare dystopia', giving as an example the Centrelink Program, in Australia, as one of the leading examples of how much human and reputational damage can be caused by bad design.²⁸ The Centrelink Debt Program was established in July 2016, using a new online compliance intervention system, which was automated,

²⁴ N. MEHRABI, F. MORSTATTER, N. SAXENA, K. LERMAN, & A. GALSTYAN, A. "A survey on bias and fairness in machine learning". *ACM Computing Surveys* Volume, 54(6), 2021, pp. 1–35.

²⁵ BUOLAMWINI and GEBRU, 'Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification', 81 *Proceedings of Machine Learning Research* (2018) 15.

²⁶ DE ABREU DUARTE, 'AI, Hume and a guillotine: The dangers of machine-learning loops', EUI Ideas, 2021, available at: <https://euiideas.eui.eu/2021/04/21/ai-hume-and-a-guillotine-the-dangers-of-machine-learning-loops/>

²⁷ <https://www.predpol.com/>

²⁸ "World stumbling zombie-like into a digital welfare dystopia, warns UN human rights expert", 17 October 2019, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25156>

for raising and recovering debts. The use of this system has been often referred to as ‘Robodebt’, primarily because the system led to debt recovery letters being automatically generated by a computer program. Once the program began operation, it became evident that the data process was resulting in the generation of inaccurate debt notices, which has a particular impact on a number of recipients who were already marginalized.²⁹ Both the Commonwealth Ombudsman’s and the Senate Standing Committee on Community Affairs’ respective inquiries identified that many of the problematic aspects of the Centrelink Debt Program related to how the system was rolled out. This included, for example, the lack of information, and difficulty accessing information about how to challenge or seek review of a debt nominated in a debt recovery letter.³⁰ The digital administration is commonly presented as a politically neutral enterprise designed to ensure that citizens benefit from new technologies, experience more efficient government, and enjoy higher levels of well-being. However, it has been often used to promote reductions in the overall welfare budget, a narrowing of the beneficiary pool, and the increase of control and surveillance of the beneficiaries. It is necessary to ensure that these new digital welfare systems abide by human rights standards and follow due administrative procedure principles.

A different question relates to whether an algorithmic decision should be considered as a discretionary or as a legally bound act.³¹ In the continental law tradition, this fundamental difference might shape the entire process and render such decision reviewable or not by the

²⁹ Errors and discrepancies arose when an assumption was made about income, and, consequently, incorrect information being included in the system’s calculation: see Senate Standing Committee on Community Affairs *Design, scope, cost-benefit analysis, contracts awarded and implementation associated with the Better Management of the Social Welfare System initiative* (21 June 2017), [2.85]-[2.101], available at https://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/senate/community_affairs/socialwelfaresystem/Report/c02.

³⁰ See Senate Standing Committee on Community Affairs ‘Chapter 3 – Communicating with Centrelink’ *Design, scope, cost-benefit analysis, contracts awarded and implementation associated with the Better Management of the Social Welfare System initiative* (21 June 2017), available at https://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/senate/community_affairs/socialwelfaresystem/Report/c02.

³¹ M. OSWALD, “Algorithm-assisted decision-making in the public sector: Framing the issues using administrative law rules governing discretionary power”, *Philosophical Transactions A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* (2018) doi:10.1098/rsta.2017.0359.

judiciary, guiding the level of scrutiny by the courts as well. One can see how both situations ought to be treated differently in the case of the use of algorithms. In the case of a discretionary act, the Administration has the freedom to choose between the many options. In these cases, the AI system will be used to help the administration in making a choice between so many possibilities and it will have the most fundamental role in shaping the decision. In the case of a legally bound act, however, the system is a merely automated procedure to expedite a decision which was bound to happen in any event. In such cases, the system merely expedited or automatized the decision, as a traditional machine would do in a factory setting.

Things are even more tricky if we take into consideration that, in some cases, automated processes are far less impressive than what is implied, and humans are often still laboring alongside or behind the algorithms. In these cases of ‘fauxtimation’,³² administration can use AI as an alibi or an excuse to circumvent legal obligations, such as the duty to give reasons.

Finally, there are also questions of responsibility. There is uncertainty over who is responsible for a faulty AI system: the Administration or the private contractor who built and operated the system (or both). If AI is used, there is no longer any officeholders of public bodies or civil servant who could be held liable for the administrative decision, and consequently the existing safeguards (in terms of disciplinary responsibility or civil liability) become inoperable. An algorithm or code cannot, in themselves, be held liable. What is left of those safeguards is the liability of the public entity (the state, the municipality or other public entity). Against this background, it can be asked what remains of the accountability categories (administrative, disciplinary, and tort liability) in a situation in which a decision-making power is transferred from a human decision-maker to an AI system.

3. *Is the AI Act fit to solve these problems?*

Up until now, AI systems are subject to the General Data Protection

³² Astra TAYLOR, “The faux-bot revolution”, in *A Field Guide to The Future of Work*, RSA Future Work Centre, 2018.

Regulation (GDPR),³³ more specifically to its Article 22.³⁴ This provision establishes the prohibition of decisions based solely on automated processing, including profiling, which produce legal effects concerning a person or similarly significantly affect him / her. There are exceptions from the prohibition, namely where the decision is necessary for the performance or entering of a contract, authorised by EU or Member State law or made with the explicit consent of the data subject. The right to be informed also applies, meaning that if the controller is making automated decisions as described in Article 22(1) they must “provide meaningful information about the logic involved”. However, Article 22 GDPR only refers to fully automated decisions, not those taken by humans on the basis of automated systems. However, human involvement can be rendered nominal secondary to “automation bias”.³⁵ The provision also only applies to decisions based on the processing of personal data, and not those based on big data (as is usually the case with AI machine learning systems). It also only concerns to the rights of a person as a data subject.

It is, therefore, considered insufficient. Hence the need for an EU piece of legislation specifically addressed to AI.

The European Union is on the final stages of the legislative procedure of a Regulation laying down harmonised rules on AI (AI Act), after the amendments of the Council³⁶ and the European Parliament (EP)³⁷ on the

³³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

³⁴ Judgments of the Court of Justice in Case C-634/21, SCHUFA Holding (Scoring) and in Joined Cases C-26/22 and C-64/22, SCHUFA Holding. The Court considered, in what regards ‘scoring’, that it must be regarded as an ‘automated individual decision’ prohibited in principle by the GDPR, in so far as SCHUFA’s clients, such as banks, attribute to it a determining role in the granting of credit.

³⁵ ALON-BARKAT, Saar and Madalina Busuioc. “Human–AI Interactions in Public Sector Decision Making: “Automation Bias” and “Selective Adherence” to Algorithmic Advice”. *Journal of Public Administration Research and Theory*. 2022, <https://doi.org/10.1093/jopart/muac007>

³⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts – General approach (6 December 2022), ST 15698 2022 INIT. The pre-final text was endorsed by all 27 EU Member States on 2 February 2024.

³⁷ Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending

proposal presented by the European Commission.³⁸ The objective is to address the challenges posed by rapid technological advancements and potential risks associated with AI. In December 2023 a political compromise of aspects that have been extensively negotiated was announced, resulting in a consolidated text.³⁹ It is expected to be approved by the plenary of the European Parliament scheduled for 10-11 April 2024.

The legal basis of the Act is Article 114 of the TFEU, the approximation of laws to achieve the internal market, and aimed at guaranteeing the free movement of AI systems. It applies to all types of AI and all sectors (except for military), and to public and private actors that develop such systems (providers) or that use them for professional purposes (deployers, according to the wording proposed by the European Parliament).

The proposal aims to classify and regulate AI applications based on their risk to cause harm. Adopting an approach typical of product safety legislation, the Commission's Proposal establishes three categories: banned practices, high-risk systems, and other AI systems. In the case of the high-risk systems listed in its Annexes II and III, it imposes numerous obligations on providers (and, to a lesser extent, users). Annex II refers to AI systems which are safety components of certain products already covered by EU law, such as machines, toys, medical devices, vehicles, and aircraft, while Annex III contains a list of what are known as stand-alone AI systems, which are not linked to other products, and which relate to certain use cases that are considered particularly dangerous.

The high-risk systems must be subject to a conformity assessment before being placed on the market. In almost all Annex III use cases, this conformity assessment should be carried out by the provider and must be registered in a centralised and publicly accessible database to be managed by the Commission. Once again, as is generally the case in product safety legislation, the high-risk systems will be presumed to comply with the AI Act when they conform to the technical standards to be developed by the

certain Union legislative acts, (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236.

³⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts of 21 April of 2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

³⁹ European Council, Press Release, "Artificial intelligence act: Council and Parliament strike a deal on the first rules for AI in the world", December 9, 2023.

European standardisation bodies. The other AI systems (non-high-risk) are only subject, in certain specific cases, to transparency obligations (e.g. informing individuals when interacting with a chatbot or when an AI system generates deepfakes).

The pre-final text resulting from the political consensus maintains the risk-based approach set out in previous drafts of the AI Act, which seeks to determine whether an AI system can lawfully be developed and used through a sliding scale of risk to fundamental rights, banning several types of AI systems entirely and establishing comprehensive compliance obligations for high-risk AI systems. The AI Act establish obligations for providers, deployers, importers, distributors, and product manufacturers of AI systems, with a link to the EU market.

The consolidated text confirms that the EU AI Act also applies to providers of General-Purpose AI (GPAI) Models (Art. 52 et seq. AI Act). The consolidated text sets out transparency obligations for providers and deployers of certain AI systems and GPAI models that are stricter than some of the previous drafts of the EU AI Act. These obligations include disclosure obligations for deployers of deep fakes subject to exceptions where the use is authorized by law to detect, prevent, investigate and prosecute criminal offenses (Art. 52(3) AI Act). Deep fakes are defined as “AI-generated or manipulated image, audio or video content that resembles existing persons, objects, places or other entities or events and would falsely appear to a person to be authentic or truthful” (Art. 3(44bI) AI Act).

The consolidated text responds to the question of the definition of AI. It contains a revised definition of ‘AI systems’, aligned with the OECD Recommendation of 2019.⁴⁰ In order to distinguish it from simpler software systems, Article 3(1) of the AI Act defines an AI system as “a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments.” The new definition of AI is based on the autonomy of the system and not on concrete techniques (the proposed Annex I which enumerated such AI tech-

⁴⁰ OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449.

niques is therefore deleted). AI systems will normally, but not necessarily, include machine learning.

The AI Act, if adopted, will have a major impact on automated decision-making by public authorities across Europe.⁴¹ For the purposes of the Act, administrative authorities will usually be considered “users”, but can also be “providers” when they develop their own AI systems in-house or purchase tailor-made AI systems.

In the consolidated text, a new Article 4a establishes a list of general principles applicable to the development and use of all AI systems. Such principles include, for instance, the principle of “human agency and oversight”, which requires that AI systems function “in a way that can be appropriately controlled and overseen by humans” (ensuring that there is a “human in the loop”); the principle of “transparency”, including “appropriate traceability and explainability”, and information of “affected persons about their rights”; and the principle of “diversity, non-discrimination and fairness”. These principles allow for a tentative response to some of the problems listed above regarding AI use by public administration, namely regarding transparency and the right to access to reasons behind a decision.

The prohibitions set out in the consolidated text are of importance to the public sector, because many of them can potentially be used by public authorities, such as real-time biometric identification systems (Article 5(1ba) AI Act) and strict limitations for the use of real-time remote biometric identification systems in publicly accessible spaces (Art. 5(1d) AI Act). Equally excluded are predictive policing AI systems (such as the Predpol example mentioned above) and AI systems that infer emotions of a natural person in the areas of law enforcement, border management, in workplace and education institutions. The AI Act also prohibits AI systems that exploit any vulnerabilities of a person or specific group of persons due to their age, disability or specific social or economic situation (Art. 5(1)(b) of the EU AI Act).

Many of the high-risk use cases of Annex III concern public authorities, such as those related to the management of critical infrastructure, access to educational and vocational training institutions, assessment of

⁴¹ Oriol Mir PUIGPELAT, “The impact of the AI Act on public authorities and on administrative procedures”, CERIDAP Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche, Issue 4/2023, DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-6 DOI: 10.13130/2723-9195/2023-4-6

students, selection, promotion and dismissal of workers, access to public services and public benefits, or the different use cases related to law enforcement and the management of migration, asylum and border control.

The consolidated text adopts an amended classification mechanism for high-risk AI systems. The result is a combination of an abstract definition of AI systems with reference to those systems listed in Annex II and Annex III of the EU AI Act (Article 6(1) and (2) EU AI Act) and a newly added exemption when there is “no significant risk of harm, to the health, safety or fundamental rights of natural persons, including by not materially influencing the outcome of decision making” (Article 6(2a) EU AI Act).

Another of the changes agreed during the trilogue stage is the obligation for deployers that are bodies governed by public law or private operators providing public services to carry out a fundamental rights impact assessment (FRISA) prior to the first use of high-risk systems (Article 29a). The assessment should consist of: a) a description of the deployer’s processes in which the high-risk AI system will be used in line with its intended purpose; b) a description of the period of time and frequency of usage; c) the categories of natural persons and groups likely to be affected; d) the specific risks of harm likely to impact the categories of persons or group of persons identified; e) a description of the implementation of human oversight measures, according to the instructions of use; f) the measures to be taken in case of the materialization of these risks, including their arrangements for internal governance and complaint mechanisms.

In Annex III, the EP proposed amendments expressly include not only AI systems that “make decisions”, but also those that “materially influence decisions”. This clarification is important because it demonstrates that the AI Act not only covers fully automated administrative decisions, but also the so-called semi-automated decisions and procedures, in which the final decision is adopted by a human based on the output of an automated system. In the consolidated text, Recital (32a) uses this notion to clarify that there may be specific cases in which AI systems referred to pre-defined areas that do not lead to a significant risk of harm to the legal interests protected under those areas, because they do not materially influence the decision-making. An AI system does not pose high-risk if its intended use is limited to: *i*) performing narrow procedural tasks; *ii*) making improvements to the results of previously completed

human activities; *iii*) detecting decision-making patterns without replacing human assessments; or *iv*) mere preparatory tasks to a risk-assessment. However, an AI system should always be considered high-risk if it performs profiling of natural persons.

In terms of insuring transparency, there is also an obligation of all deployers of high-risk AI systems referred to in Annex III, including public bodies, that make decisions or assist in making decisions related to natural persons to inform them that they were subject to the use of said high-risk AI system (Article 29 (6b) AI Act). Also in terms of transparency, it should be noted that deployers who are public authorities, agencies or bodies or persons acting on their behalf must register themselves, select the system and register its use in the EU database referred to in Article 60 before putting into service or using a high-risk AI system listed in Annex III, with some exceptions (Article 51(1b) AI Act). This is a general obligation, not related to the use concrete use of these systems in a specific situation, and allows scrutiny by NGOs and civil society.

Another important measure to ensure transparency and protect affected persons is the right to an explanation established in Article 68c. According to this provision, deployers (namely administrative authorities) that use high-risk AI systems to adopt decisions which produces legal effects or similarly significantly affects a person in a way that they consider to adversely impact their health, safety and fundamental rights must give a clear and meaningful explanation on the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken to the affected person when he or she requests it.

Finally, any natural or legal person having grounds to consider that there has been an infringement of the provisions of the AI Act are given the right to lodge complaints to the relevant market surveillance authority (Article 68a). This complaint is without prejudice to any other administrative or judicial remedy that may exist.

4. *Conclusions*

The regime established in the AI act will have a significant impact on the use and/or development of AI systems by the public administrations of Member States.

Firstly, because it will ban some AI systems, making it impossible to

those authorities to use them. Several of the concerns expressed previously are averted in this way. It will also impose numerous substantive and procedural obligations on public administrations when developing or using high-risk systems, including obligations to conduct a prior impact assessment, to register the use of the system in a European database, and to inform and provide a detailed explanation to natural persons affected by decisions based on such systems. These obligations address the questions raised related with transparency and protection of fundamental rights.

The right to an explanation of how the system works can be equated with the administration's duty to state reasons. This addresses the concern of opaque machine-learning algorithms in administrative decision-making.

The AI Act will also impose certain transparency obligations on them when using other non-high-risk AI systems listed in Article 52 (intended to directly interact with natural persons such as chatbots). Public administration will equally need to comply, whenever it uses AI systems, with the general principles mentioned before.

Answering the question of the possible confusion between the public and private spheres, the AI Act adopts a broad concept of provider, prevents public authorities from skirting their obligations when commissioning private contractors to develop tailor-made AI systems. Besides, the AI Act provisions are flexible enough to be applied not only to fully automated administrative procedures, as Article 22 GDPR, but also to the more usual (and perhaps even more dangerous) case of semi-automated decisions, taken by a human being but under the determining influence of an AI system.

Compliance with all these prohibitions and obligations will be supervised by national supervisory authorities and, in the case of EU authorities, by the EDPS, who may impose heavy fines on them.

One can conclude that the AI Act, when finally adopted, will come a long way to answer a significant number of the questions and concerns surrounding the use of AI by the public administration. However, the final version of the Act is still to be adopted and published and, in any case, implementation will be the key to evaluate if the AI Act is fit for purpose.

THE DIGITALIZATION OF HEALTHCARE IN ITALY AND GERMANY: A CASE STUDY

*Giulia Re Ferrè**

1. Introduction

The digitalization of healthcare systems has certainly accelerated in the wake of the COVID-19 pandemic, but the willingness to undertake such a transformation was clear even before the global health crisis. In 2018, a communication by the European Commission¹ stressed the importance of adopting digital solutions in healthcare. In particular, the Commission emphasized the need to create a patient-centered healthcare model and to shift from hospital-centered systems to community-based and integrated structures.

Data play a central role in this process. The availability of reliable, good-quality data is important in several respects: first, it enables the development of medicine that is personalized and thus better responsive to patient's needs; it also enables faster scientific progress, even in fields where data are scarce, as in the field of rare diseases. For this reason, the Commission's communication emphasizes the central role that the electronic health record (EHR) must play in the digitalization process. However, the implementation of this tool still presents many problems in several member States.² Also, the solutions adopted are often not interoperable making it impossible to exchange data within the Union.³

* Dr. Giulia RE FERRÈ, Research Assistant at the University of Milan, Faculty of Law

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the regions on enabling the digital transformation of health and care in the Digital Single Market; empowering citizens, and building a healthier society. COM(2018) 233 final.

² European Commission, Overview of the national laws on electronic health records in the EU Member States and their interaction with the provision of cross-border eHealth services. Final report and recommendations https://health.ec.europa.eu/system/files/2019-02/laws_report_recommendations_en_0.pdf.

³ For this reason, and in view of the importance of ensuring that health data can be exchanged across the Union, the Commission adopted a recommendation to adopt a European EHR format to facilitate cross-border interoperability: Commission Recommendation on a European Electronic Health Record exchange format (C(2019)800) of the 6th of February 2019. See also: Marta FERRARA, Dalla mobilità dei pazienti alla inte-

The second aspect the Commission focuses on is the use of digital tools such as wearable devices and mHealth⁴ technologies, especially for treating patients with chronic diseases, since they could improve patient well-being and quality of care, while also promoting an active patient role in disease management.⁵

Therefore, although the journey toward healthcare digitalization had begun well before, the outbreak of the pandemic certainly helped speed up the process. The need to provide services remotely has brought the importance of telemedicine to the forefront;⁶ the central role of data has become crystal clear both at the individual level – to ensure that patients receive the most personalized care possible – and in healthcare governance;⁷ finally, during the pandemic, the mHealth sector registered a surge in the deployment of medical, well-being, and fitness apps.⁸

Along with the potential and benefits that accompany digital (r)evolution, there are also risks and issues that legislators must consider. In a 2023 report on digital health in Europe,⁹ the World Health Organization

roperabilità dei sistemi sanitari. Spunti sull'adozione di un formato europeo di scambio delle cartelle sanitarie elettroniche (Raccomandazione (UE) 2019/243), in: *Federalismi.it*, 2021/5, pp.15-41.

⁴ mHealth (mobile health) is a specific branch of eHealth (electronic health); according to the WHO definition mHealth is a term used for medical and public health practice supported by mobile devices, such as mobile phones, patient monitoring devices, Personal Digital Assistants (PDAs), and other wireless devices. mHealth applications include the use of mobile devices in collecting community and clinical health data, delivery of healthcare information to practitioners, researchers, and patients, real-time monitoring of patient vital signs, and direct provision of care. <https://www.who.int/data/gho/indicator-metadata-registry/indicator/4774>.

⁵ Raquel DEBON et al. Mobile health applications for chronic diseases: A systematic review of features for lifestyle improvement, in: *Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews* 13 (2019) pp. 2507-2512.

⁶ Gates B. COLBERT, A. Verner VENEGAS-VERA, Edgar V. LERMA. Utility of telemedicine in the COVID-19 era, in: *Rev. Cardiovasc. Med.* 21(4), (2020), pp. 583–587.

⁷ OECD (2019), *Health in the 21st Century: Putting Data to Work for Stronger Health Systems*, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/e3b23f8e-en>. https://www.oecd-ilibrary.org/sites/e3b23f8e-en/1/2/5/index.html?itemId=/content/publication/e3b23f8e-en&csp_=c23ceb96c5ce2feb951a759a657e4b9f&itemIGO=oecd&itemContentType=book.

⁸ Nasim ASLANI, Mina LAZEM, Somaye MAHDAMI, Ali GARAVAND, A Review of Mobile Health Applications in Epidemic and Pandemic Outbreaks: Lessons Learned for COVID-19, in *Arch Clin Infect Dis.* 15(4), (2020).

⁹ World Health Organization, European Region, *The ongoing journey to commitment and transformation Digital health in the WHO European Region 2023*.

(WHO) recognized that the pillars around which the digitalization of health systems is built are those previously mentioned, namely electronic health record, telemedicine, mHealth, and big data. The study highlights future perspectives and key points to focus on in order to develop systems that make the most of the potential of digital tools, as well as critical issues to be resolved. The study notes the indispensability of establishing effective governance of digital health including the creation, or strengthening, of agencies and the development of clear guidelines that also aim to improve digital and health literacy. Regarding the path to the creation and implementation of electronic health records, two main obstacles – common to most EU member States – are identified: the need to allocate funds for the maintenance and improvement of technological infrastructure and the lack of interoperability among the technological solutions adopted in recent years. The fifth recommendation made by WHO, namely, to develop patient-centered and inclusive healthcare through clear policies and strategies that can integrate the latest digital technologies into the healthcare system, is very relevant. Emphasis is placed on the efforts needed to bridge the digital divide through digital inclusion strategies that inevitably rely on ensuring universal access to digital tools. In fact, WHO argues that “digital exclusion is a major driver of inequality and can lead to poor health outcomes”. Digital exclusion is caused by two main factors: on the one hand, the lack of skills to effectively use digital tools; and on the other hand, the unavailability of the economic resources needed to obtain access to the tools such as an adequate Internet connection and the necessary devices.¹⁰ In studying national legislation, therefore, it will be necessary to assess whether adequate solutions have been arranged to deal with these problems.

2. *Italy and Germany Towards the Digitalization of the Healthcare System*

This paper analyzes two national cases, Italy and Germany, focusing

¹⁰ Daniele GIANANTI, Giulia VELTRO, The Digital Divide in the Era of COVID-19: An Investigation into an Important Obstacle to the Access to the mHealth by the Citizen, in: *Healthcare* 9 (2021), p. 371; Disha KUMAR, Vagish HEMMIGE, Michael A KALLEN, et al. Mobile Phones May Not Bridge the Digital Divide: A Look at Mobile Phone Literacy in an Underserved Patient Population, in: *Cureus* 11 (2019).

on the legislative implementation of strategies for the digitalization of healthcare systems.

The two EU member States have a similar level of digitalization. Considering the DESI 2022 index,¹¹ Germany stands just above the European average (52.88) and Italy just below (49.25). The DESI index has four components: digital public services, integration of digital technologies, connectivity, and human capital. The component with the largest difference is human capital,¹² where Germany outperforms Italy by almost two points. However, if we look at the trend of this component in the two States, we see that from 2017 to the present it is virtually identical.¹³ Germany in five years has improved this human capital component by 0.97 points and Italy by 0.94, thus failing to fill the existing gap. Therefore, the gap in the level of digitalization does not seem to be such as to prevent the comparison of the two countries. The two countries have different healthcare systems, a universalistic National Healthcare System in Italy and an insurance system in Germany. However, the digitalization tools mentioned above – i.e. the electronic health record, telemedicine, mHealth – are being developed in all EU member countries regardless of the type of healthcare system. Nonetheless, it should be also considered that eHealth implementation was found to be higher in countries with a national healthcare system compared to those with an insurance system.¹⁴ The different form of State, regionalized in Italy and federal in Germany, makes the comparison between the two national paths to healthcare digitalization even more interesting, also given the central role played

¹¹ <https://digital-decade-desi.digital-strategy.ec.europa.eu/datasets/desi-2022/charts>

¹² The Human Capital component of the DESI Index assesses the level of digital skills in the population by considering the percentage of the population that has basic and above-average digital skills and basic digital content creation skill; the percentage of ICT specialists and Female ICT specialist; the percentage of Enterprises providing ICT training and the percentage of ICT graduate. See: Human Capital and Digital Skills in the Digital Economy and Society Index, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-human-capital>

¹³ https://digital-decade-desi.digital-strategy.ec.europa.eu/datasets/desi-2022/charts/desi-compare-countries-progress?indicator=desi_hc&indicatorGroup=desi_ddim&breakdownGroup=desi_hc&period=2022&unit=pc_desi_hc&country=IT,DE&breakdown=desi_hc_bsu

¹⁴ Studies carried out for the European Commission, Francisco LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, Axelle DEVAUX, Jose VALVERDE-ALBACETE (Eds.), *Benchmarking Deployment of eHealth among General Practitioners* (2018).

by Italian regions and their broad legislative autonomy in the healthcare sector.¹⁵

In particular, it seems important to consider what solutions have been adopted in the two States, mainly considering two aspects: Italy has longer-term experience regarding the implementation of the electronic healthcare record since it was introduced more than ten years ago. During these years, many problems have emerged in the implementation of this instrument, and it is still unevenly used throughout the territory. The German legislation only managed to introduce the EHR with the Digital Healthcare Act¹⁶ of 2019 and, as we will see below, to date the implementation is still very poor. By contrast, Germany has adopted extremely advanced eHealth/mHealth legislation, pioneering in the European landscape, whereas Italy has not managed to integrate these tools into its healthcare system yet and to date, the existing legislation is mainly composed of guidelines regarding telemedicine.¹⁷ The potential of the German eHealth legislation risks being constrained in case implementation does not go hand in hand with the effective development of the electronic health record. The experience of both countries can therefore contribute to a comprehensive development of the digitalization process. On the one hand, analyzing the problems that have arisen in the implementation of the Italian electronic health record (which are not fully resolved yet) can contribute to a better evaluation of the solutions proposed and adopted in a country like Germany, which has only recently introduced this instrument. On the other hand, the introduction of a model of eHealth legislation that enables the integration of health

¹⁵ See the next section for the allocation of competences between the state and regions in Italy.

¹⁶ Act to Improve Healthcare Provision through Digitalization and Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG), which was approved on the 7th of November 2019 by the Bundestag and adopted on the 29th of November 2019 by the Bundesrat.

¹⁷ Decree of the Ministry of Health 21st of September 2022, Approval of guidelines for telemedicine services – Functional requirements and service levels; Decree of the Ministry of Health 30th of September 2022, Procedures for selection of telemedicine solutions and nationwide deployment, as well as mechanisms for evaluation of regional needs proposals for minimum telemedicine services and adoption of the Guidelines for Telemedicine Services. For an overview of the implementation of telemedicine in Italy and the issues related to it see: Luigi FERRARO, La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute, in: *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5 (2022), p. 837.

applications within the health system might serve as a model for the advancement of digitalization in Italy.

3. *The Electronic Health Record: a Key Tool in the Digitalization Process*

As anticipated, the electronic health record plays a central role in the digitalization process of healthcare systems. According to the WHO, the electronic health record (EHR) can be defined as “real-time, patient-centered records that provide immediate and secure information to authorized users. EHRs typically contain a patient’s medical history, diagnoses and treatment, medications, allergies, immunizations, as well as radiology images and laboratory results.”¹⁸ Normally EHRs also include patient’s administrative data. By collecting health data from all providers and sometimes even from the patient himself, the EHR enables physicians to gain a better understanding of the patient’s clinical situation. This allows for faster and more accurate diagnoses in the first place and, avoids duplication of examinations, it also saves money. It relieves the patient from the burden of having to select paper reports to bring to each visit and prevents documents from being lost. At the same time, the individual has quick access to all of his or her data, which increases the patient’s sovereignty over them; according to some, this should result in greater awareness of one’s clinical situation. The EHR has not only played a role about individual health; it is also relevant in the area of public health and health governance. For example, it is believed that through the data collected and in an anonymized form, the development of epidemics can be predicted, and a clearer view of population needs can be obtained. In some countries,¹⁹ the EHR also collects data from wearable devices and apps, allowing patient monitoring outside hospitals through real-world data.²⁰ The combination, therefore, of mHealth technologies with the EHR offers a 360-degree view of the patient.²¹

¹⁸ <https://www.who.int/data/gho/indicator-metadata-registry/imr-details/4791>

¹⁹ For example, the Finnish Maisa system can connect to Google Fit and Apple Health: <https://www.maisa.fi/maisa/Authentication/Login?mode=stdfile&lang=britishenglish&option=hlthprivacy>

²⁰ Obviously, a selection of data that can be introduced into the EHR is necessary, based on their quality and accuracy.

²¹ Malinda M. PEEPLES, Anand K. IYER, Joshua L. COHEN, Integration of a Mo-

Despite the many advantages of its adoption, in many countries, the implementation process of this tool has encountered many difficulties, regardless of the type of healthcare system.²² As anticipated, the Italian legal system has regulated EHR for more than a decade, while Germany has introduced it by legislative means since 2019. The following paragraphs will outline the characteristics of this instrument in the two countries and the stage of implementation.

3.1. *The Electronic Health Record in Italy: il fascicolo sanitario elettronico (FSE)*

In Italy, the nationwide introduction of the electronic health record (*Fascicolo sanitario elettronico* – FSE) dates back to 2012, with Legislative Decree No. 179, but some regional projects existed even earlier.

The implementation process has been long and difficult, with several delays. Initially, the 30th of June 2015, was set as a deadline for regions to activate the FSE. However, meeting this deadline was impossible, first of all, because the decree defining the mandatory and optional content of the FSE was not adopted until September 2015.²³ Subsequently, one of the main problems to be solved was the interoperability among the various regional records and the harmonious development throughout the country. It should be kept in mind that the competence for the establishment and development of the FSE lies with the regions.²⁴ In fact, according to the constitutional text,²⁵ health protection is a subject of shared competence between the State and the regions: it is up to the State to determine the essential levels of care (*Livelli essenziali di assistenza* – LEA) that must be guaranteed throughout the national territory,²⁶ while

bile-Integrated Therapy with Electronic Health Records: Lessons Learned, in *J Diabetes Sci Technol* 7(3) (2013) pp. 602–611.

²² Jillian ODERKIRK, Readiness of electronic health record systems to contribute to national health information and research, *OECD Health Working Papers*, No. 99, 2017, OECD Publishing, Paris.

²³ Decree of the President of the Council of Ministers (d.p.c.m.) n. 178/2015.

²⁴ It should be noted that regional competence in healthcare had prompted some regions to develop regional electronic health record projects even before 2012. The creation of regional files in the absence of national legislation led, in 2009, to the adoption of guidelines by the Privacy and Data Protection Supervisor. <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1634116>

²⁵ Art. 117 of the Italian Constitution.

²⁶ On the relationship between right to health and LEA, see: Mariangela ATRIPALDI,

it is up to the regions to determine the concrete organization of the regional health services,²⁷ which may also involve the provision of services in addition to those included in the essential levels. However, it is also relevant to note that IT coordination of national and regional administration data is an exclusive State competence.²⁸

Although the 2015 decree already expressly required interoperability between regional FSE, it was not until the end of 2018 that the National Infrastructure for Interoperability (*Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità* – INI) became fully operational. INI is designed by the Agency for Digital Italy²⁹ and has the main task of ensuring the interoperability of regional FSE and the identification of the assisted person through alignment with the National Registry of Assisted Persons (*Anagrafe Nazionale degli Assistiti* – ANA).³⁰

Despite the time passed since the nationwide legislative introduction of FSE, many problems remain concerning both its use and interoperability. However, since the EHR is a backbone tool of the digital healthcare system, it has been placed at the center of the investments included in the National Recovery and Resilience Plan (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* – PNRR). Mission 6 of the plan, dedicated to health, was allocated 8.16% of the total amount, which is 15.63 billion euros. Component 2 of the mission deals specifically with innovation research and digitalization of the healthcare system and includes “strengthening of technological infrastructure and tools for data collection, processing, analysis and simulation”, namely the FSE, among the interventions under the responsibility of the Ministry of Health.

Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza, in: *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario* (2017).

²⁷ On the issue regarding the impact of organizational rules on the right to healthcare see Massimo LUCIANI, Diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione), in: *Politica del diritto*, 3 (2002) p. 345-360

²⁸ On the relationship between the division of powers between the state and regions and digitalization of healthcare, with regard to the FSE, see: Clara SILVANO, La digitalizzazione dei servizi sanitari alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Il caso del Fascicolo Sanitario Elettronico, in *Federalismi.it* 26 (2023) pp. 228-249.

²⁹ AgID, Agenzia per l'Italia digitale, is a technical agency of the Presidency of the Council of Ministers <https://www.agid.gov.it/en/agency/about-us>

³⁰ <https://www.fascicolosanitario.gov.it/interoperabilita-del-fse> .

3.1.1. Content and Functioning of FSE

Article 12 of Law Decree 179/2012 defines FSE as “the set of health and social-health data and digital documents generated from present and past clinical events concerning the patient, also referring to services provided outside the National Healthcare Service.” The FSE should, therefore, collect all the data related to the patient’s health allowing for an easy and complete reconstruction of clinical history. The article was amended in 2020,³¹ requiring that services performed outside the National Healthcare Service (SSN – *Servizio Sanitario Nazionale*) also be included in the FSE. This tool performs (or should be able to perform) several functions on different levels: at the level of the patient, it should allow easy access to health data and thus a clearer knowledge of his or her health condition;³² at the level of physicians and healthcare personnel, it allows for higher quality care and treatment, thanks to the knowledge of the patient’s clinical history also concerning diagnoses, treatments and examinations performed or prescribed by other specialists; finally, the FSE also plays a role as a tool for scientific research³³ and health planning,³⁴ through the possible use of data in anonymized form.

Until October 2023 the content of the FSE consisted of a mandatory and an optional core.³⁵ Mandatory parts of FSE were patient identification and administrative data; referrals; emergency room reports; discharge letters; summary health profiles; pharmaceutical records and consent or refusal to organ and tissue donation. This means that all regional health records should at least include these parts. Then, there was a list of data and documents that can supplement the record, but their presence depends on discretionary regional decisions and the level of development of the regional health file. Among the optional documents, however, there were particularly relevant ones, such as specialist

³¹ Law Decree, 19th of May 2020 n. 34.

³² Violette PEIGNÈ, Il fascicolo sanitario elettronico, verso una “trasparenza sanitaria” della persona, in: *Rivista di medicina legale*, 6 (2011) pp. 105 ff.

³³ On the topic of data protection and use of data for research purpose see: Giovanni COMANDÉ, Ricerca in sanità e data protection un puzzle risolvibile, in: *Rivista italiana di medicina legale* 1 (2019), pp.187-207.

³⁴ About the FSE and the use of data for healthcare governance and planning purposes, see: Giorgia CRISAFI, Fascicolo sanitario elettronico: “profilazione” e programmazione sanitaria, in: *Federalismi.it* 5 (2021) pp. 97-121.

³⁵ <https://www.fascicolosanitario.gov.it/cosa-contiene>.

and pharmaceutical prescriptions, medical records, a list of vaccinations, diagnostic-therapeutic plans, and data to support telemonitoring activities. Among the optional section was the “patient’s notebook” (*Taccuino dell’assistito*), within which the patient himself or herself can directly enter data that he or she considers relevant. In this regard, it should be emphasized that these data are not certified by healthcare personnel or institutions, so they may at most have the value of notes that the patient believes may be useful. Precisely because the veracity and accuracy of these data is highly variable, in no way can the physician consider them as certain, but they can enrich the doctor-patient relationship and be a dialogical and collaborative tool.

The fact that there was such a wide discretion of the regions on the content represents the first critical profile with regard to the homogeneous development of this instrument in the country. Regions could legitimately decide to implement only the minimum core, but this potentially affects the quality of care that patients are entitled to receive, ultimately widening the already very large regional gap.³⁶ The concrete risk is that the digital tool will increase existing differences between regional healthcare systems. For this reason, the content structure of the FSE was partially modified by the Ministry of Health Decree of the 7th of September 2023 (titled *Fascicolo sanitario elettronico 2.0*), which eliminated the distinction between compulsory and optional content and stipulated, in Article 3, that the FSE contains the following elements: identification and administrative data of the patient, reports, emergency room reports; discharge letters; summary health profile, specialist and pharmaceutical prescriptions, medical records; dispensing of drugs charged to the SSN and not charged to the SSN; vaccine list; dispensing of specialty care services; the patient’s personal notebook; implant card data; invitation letters for screening. Thus, the regions’ discretion on the optional content has been eliminated, making the structure of the FSE homogeneous throughout the territory.

The creation and feeding system also changed during the pandemic period. In fact, file activation and document entry were initially contingent on patient consent, thus configuring an opt-in system. The number

³⁶ Marco BETTI, Celestina Valeria DE TOMMASO, Franca MAINO, Health Inequalities in Italy: Comparing Prevention, Community Health Services, and Hospital Assistance in Different Regions, in: *Social Development Issues* 45(1) (2023) pp. 61-76.

of active files in the various regions and their use will be analyzed in the next section, but it should already be pointed out that the opt-in system did not allow the full exploitation of the tool's potential: in fact, in December 2019, only 20% of FSE were active nationwide. Article 11 of law decree 34/2020, therefore, eliminated the need for patient consent for the creation and feeding of the FSE, starting from the 19th of May 2020. This means that, since then, FSE are created automatically for each patient, and health documents and data will be entered regardless of the patient's will. According to the joint memorandum of the Ministry of Economy and Finance and the Ministry of Health,³⁷ it is planned to activate the FSE for patients identified with a tax code, resulting from the ANA or, pending its implementation, from the national list of the Health Card system (*Sistema Tessera Sanitaria*). Consent remains necessary only for consultation of the FSE by physicians and healthcare providers. Thus, Italy has moved from an opt-in system to a system where there is not even the possibility of opt-out.

The new mode of feeding the FSE has critical issues regarding the protection of patients' privacy and sovereignty over the management of their personal data.³⁸ On the 6th of October 2020, the Data Protection Authority issued an opinion clarifying the conditions for the legitimacy of this paradigm shift.³⁹ The authority points out that the problem arises mainly for data generated before the entry into force of the aforementioned decree. They can flow within the FSE even in the absence of the data subject's consent under the following conditions: there has been an appropriate information campaign at both the national and regional levels and a 30 days-time is recognized from the moment the population was informed of the new legislation in order to object to the inclusion of these data in the FSE. Thus, a temporary and partial opt-out was configured, as it related only to data generated before May 2020.

Consent remains the legal basis for allowing FSE data to be viewed

³⁷ Circolare 2031, the 17th of February 202, Fascicolo sanitario elettronico (FSE): indicazioni per eliminazione consenso all'alimentazione del FSE (art. 11 DL 34/2020).

³⁸ Related to the many privacy and FSE issues raised over the years, see: <https://www.assodpo.it/2022/07/12/Introduzione-alla-privacy-del-Fascicolo-Sanitario-Elettronico/>; more generally on the relationship between privacy and health Carlo COLAPIETRO, Francesco LAVIOLA, I trattamenti di dati personali in ambito sanitario, in: *dirittifondamentali.it* 2 (2019).

³⁹ Garante per la protezione dei dati personali, nota n. 37043, 6th of October 2020.

by healthcare personnel for treatment purposes and it is articulated in two aspects. First, the individual has the right not to consent to the viewing of the health record, without consequences in the provision of healthcare services. In the absence of consent to consultation, the patient is the only one who will be able to view the contents of the FSE (except for the use of the data in anonymized form for research or health planning purposes). Second, there is a right to data obscuration (*diritto all'oscuremento dei dati*): every person has the right to make data related to a particular medical service invisible. This implies that such data will not be displayed at all, and therefore the healthcare provider will not even know that those data exist but that they have been obscured. There are also categories of data that are uploaded by default in an obscured mode, and these are data that entail additional protection such as data and documents governed by the regulations protecting people with HIV, women undergoing voluntary termination of pregnancy, victims of acts of sexual violence or pedophilia, people who use drugs, psychotropic substances and alcohol, as well as data and documents referring to services offered by family counseling centers. It is intended to avert the possibility that people would rather not undergo certain medical tests to protect their privacy on particularly sensitive issues.⁴⁰ In the near future, the impact of the new activation and feeding model in relation to the exercise of the right to blackout should be evaluated. This means that it will have to be considered whether the shift to compulsory feeding of the FSE will lead to greater distrust on the part of the population, who will cautiously prefer to obscure data.⁴¹ While this would not completely nullify the benefits of the FSE, it certainly would largely limit them. Indeed, it would remain possible to exploit the data for research and planning purposes, and the uploaded documents could still be consulted by patients; however, the possibility for healthcare providers to have a complete and direct view of the medical history, and thus to be able to provide more personalized treatment pathways avoiding the repetition of medical ex-

⁴⁰ Nicola POSTERARO, La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico (anche alla luce del piano nazionale di ripresa e resilienza), in: *Federalismi.it* 26 (2021) pp.189-229.

⁴¹ On the role of distrust towards contact tracing apps during the pandemic see: Ashish Viswanath PRAKASH, Saini DAS, Explaining citizens' resistance to use digital contact tracing apps: A mixed-methods study, in: *International Journal of Information Management*, 63 (2022).

aminations, would be restricted. This is why information campaigns, also suggested by the Data Protection Authority, among others, will be key. In my opinion, it would be necessary not only to get information about the functioning of the FSE and its benefits to patients, but it would be essential also to try and strengthen a doctor-patient relationship based on trust.⁴² In no way should the patient feel exposed or fear that his or her data will be used for purposes other than those stated. Of course, developing public trust in this tool goes hand in hand with the need to strengthen data security against possible cyber-attacks and data leaks.⁴³

A final aspect to consider is how patients can access their FSE. Currently, each region implements its own FSE and sets up its own access point, determining which credentials can be used. The existence of so many access points does not facilitate the usage of the system by citizens.⁴⁴ First, because individuals will have to search for specific information on how to access their FSE, depending on the credentials required by the region of residence. Second, in case of moving from one region to another, the methods of access change. These issues are well-known to the legislator, which has made changes by both standardizing at the national level the credentials that can be used to access the FSE and providing for the establishment of a single access point (*fascicolosanitario.gov.it*).⁴⁵ To date, however, this single point of access is not active yet, and the website serves as a mere collector of information. Thus, at present,

⁴² On the relationship between the use of ICT and the element of trust in the doctor-patient relationship see: Hege K. ANDREASSEN, Marianne TRONDSEN, Per Egil KUMMERVOLD, Deede GAMMON, Per HJORTDAHL, Patients Who Use E-Mediated Communication with their doctor: new constructions of trust in the Patient-Doctor relationship, in: *Qualitative Health Research*, 16(2) (2006) pp. 238-248.

⁴³ During the pandemic, the healthcare sector became a prime target for cyber-attacks. On July 2023, the EU Agency for Cybersecurity released its first cyber threat landscape for the health sector and pointed out that “the European health sector experienced a significant number of incidents, with healthcare providers accounting for 53% of the total incidents. Hospitals, in particular, bore the brunt, with 42% of incidents reported. Additionally, health authorities, bodies and agencies (14%), and the pharmaceutical industry (9%) were targeted.” <https://www.enisa.europa.eu/news/checking-up-on-health-ransomware-accounts-for-54-of-cybersecurity-threats>. See also: Daniele GIANSANTI, Cybersecurity and the Digital-Health: The Challenge of This Millennium in: *Healthcare* 9 (2021), p. 62.

⁴⁴ Nicola POSTERARO, Il fascicolo sanitario elettronico, in Valerio BONTEMPI (ed.) *Lo stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, 2022, pp.187-199

⁴⁵ Circolare Agid, 2nd of September 2019, n. 3.

there are many aspects of the FSE that are undergoing changes, but it is too early to assess their effects.

3.1.2. *State of Adoption and Implementation Problems of the FSE*

Although more than 10 years have passed since the legislative introduction of the FSE at the national level, this instrument has not yet reached a satisfactory level of implementation, only partially deploying its potential. In this section a few data are provided, which are useful for understanding the level of nationwide diffusion as well as usage by physicians and patients.

The monitoring activity is carried out taking into account two indicators established by AgID jointly with the Ministry of Health: activation and utilization.⁴⁶ The activation indicator considers several services that contribute to the full implementation of the system. Among the aspects considered most relevant are services for access (by patients, physicians, and healthcare providers); services for interoperability; services for laboratory report management. The most recent data, for the third quarter of 2023, show that the implementation indicator is 100% in 8 out of 21 regions, and the lowest level (86%) is found in one region only (Liguria), while in all others it exceeds 90%.⁴⁷ The provision, therefore, of the infrastructure necessary for the operation of the FSE is present evenly throughout the country. In terms of the total number of activations, 57,663,021 FSE were active as of November 2023,⁴⁸ accounting for nearly the entire population of Italy, which was 59,030,133 as of January 2022.⁴⁹ According to the aforementioned joint memorandum of the

⁴⁶ A description of the content and operation of monitoring is contained in Annex B of the Guidelines for the Submission of Regional Project Plans for the FSE dated March 31, 2014. https://www.fascicolosanitario.gov.it/sites/default/files/public/media/2_fse_linee_guida_dpcm_31032014.pdf.

⁴⁷ Implementation monitoring indicator for all regions, Q3 2023 <https://www.fascicolosanitario.gov.it/monitoraggio/a>

⁴⁸ Source: <https://www.fascicolosanitario.gov.it/>; see also: Anna Francesca PATTARO, Che cos'è il Fascicolo Sanitario Elettronico, come funziona, come attivarlo. Quali gli obiettivi, i livelli di diffusione, la normativa di riferimento, le criticità ancora aperte. Tutto quello che c'è da sapere, in: *Agenda Digitale*, 2023 <https://www.agendadigitale.eu/sanita/fascicolo-sanitario-elettronico-cose-e-a-che-punto-e-la-guida/>.

⁴⁹ Source: Istat <https://noi-italia.istat.it/pagina.php?id=3&categoria=3&action=show&L=0>.

Ministry of Economy and Finance and the Ministry of Health,⁵⁰ as of December 31, 2019, only about 11 million FSE had been activated. This massive increase seems to be attributable to both the push effect toward digitalization of the pandemic and especially the new paradigm of automatic activation of FSE.

Certainly, the coverage of almost the entire population must be considered a great step forward in the direction of the full exploitation of this tool: the data on its usage are much less encouraging though. Monitoring utilization considers three categories of actors: patients, physicians, and healthcare providers. The population-related indicator reports the percentage of FSE access by citizens for whom a new document (such as a medical report) was made available in the last 90 days. Thus, it generally refers to the actual consultation of FSE by patients. Only two regions (Emilia Romagna 81% and Toscana 56%) show a significant percentage of use. The other regions do not exceed 25% (Lazio 25%, Valle d'Aosta 20%) and for many regions either no data is reported, or it is close to 0.⁵¹

Better results, although not fully satisfactory, come from the data on physicians' usage of the FSE. In ten regions, the share of physicians using the FSE system ranges from 90% to 100% (Emilia-Romagna, Lombardia, Marche, Piemonte, Puglia, Sardegna, Valle d'Aosta, Veneto and the autonomous province of Trento). In two regions, the share is around 70%. The remaining regions show a significant gap: Abruzzo has a level of use by physicians just above 20%, Toscana is at 14% whereas for the remaining regions the percentage is either minimal or data are not available.⁵²

Even less positive are the figures for public healthcare bodies (*Aziende sanitarie*). This indicator is divided into two categories: the number of healthcare bodies enabled to use the FSE and the healthcare bodies that feed FSE. This second aspect, together with the feeding of the FSE by physicians, holds the greatest significance. Feeding the FSE is an issue that logically lies upstream from citizen use. With the recent reform, as explained, the feeding will not depend on the will of the patient, so the entire responsibility for this activity falls on the administrations' charge of uploading documents into the system. Only two regions indicate that

⁵⁰ See para. 3.1.1.

⁵¹ <https://www.fascicolosanitario.gov.it/it/monitoraggio/bc> .

⁵² <https://www.fascicolosanitario.gov.it/it/monitoraggio/bm> .

almost all healthcare authorities feed FSE. In six regions, the share ranges from 50% to 70%, while there are no data available for eleven regions.

It must be stressed that the unavailability of granular data makes it extremely difficult to assess the actual status of implementation. The monitoring service provided by AgID is also supposed to make detailed data available at the regional level;⁵³ currently, however, regional sections do not appear to be available.

Some tentative considerations may nevertheless be drawn from currently available data. The activation of FSE for almost the entire population is a huge step toward realizing the full potential of this tool. If this aspect is combined with an effective and complete automatic feeding of FSE, under the provisions of the most recent legislation, data availability will be ensured at least for health research and governance purposes.

Lack of awareness of the FSE and its usage by the population have been considered indices of the failure of this tool in the Italian system. However, when considering the purposes of the FSE, it does not seem correct to consider this aspect as a key element in evaluating its role. The use of the FSE by patients (i.e., its consultation) should be considered an option; it represents the healthcare system's offer of an easier way to consult and store health data. However, given that the patient continues to have access to his or her data and reports even through traditional channels, the improvement in the quality of care comes first and foremost from the feeding of the FSE by healthcare facilities and its use by physicians who will be able to have a more complete view of the patient's medical history. As access to patients' data for physicians continues (rightly) to be subject to individual consent, it will be interesting to observe the response of the Italian population in the coming time. The question is whether the shift to a mandatory FSE feeding mode will be accepted with confidence at the societal level, or rather it will result in a distrustful reaction that could push patients to obscure their data in the record.

Furthermore, if patients' awareness and familiarity with the FSE are to be increased, appropriate information campaigns are needed. In my opinion, an effective awareness-raising role could be played by family doctors, who are usually a reference and trusted figure for patients. However, it seems impossible to burden general practitioners with this task as

⁵³ In fact, it is stated that "in the specific regional section, a detailed graph is displayed in which the sum of the values entered is shown."

well, given the limited number of GPs in relation to the population and, thus, the workload imposed on them.⁵⁴ Investments should also be used to improve the digital literacy of the population. This is a more general problem for Italy. In fact, as already pointed out, the DESI index identifies human capital as the weak point in Italy's digitalization process: apparently only 46% of the Italian population has basic IT skills.⁵⁵

3.2. *The Electronic Health Record in Germany: Die elektronische Patientenakte (ePA)*

In 2021, after decades of trial and error, the Electronic Health Record (*Elektronische Patientenakte* – ePA) was introduced in the German healthcare system. The ePA was legislatively adopted in 2020 through the Patient Data Protection Act (PDSG),⁵⁶ which amended SGB V.⁵⁷

The discussion on the opportunity of introducing the EHR started actually in the 1990s,⁵⁸ and the introduction of the ePA had already been decided in the GKV Modernization Act of November 14, 2003.⁵⁹ Nonetheless, this instrument did not find any real application until January 2021, partly due to opposition over the years by *gematik*⁶⁰ itself, which

⁵⁴ According to the National Agency for Regional Healthcare services (Agenas) report, there are 40.250 general practitioners in Italy in 2021. The number is reduced by 2.178 compared to 2019. This means that on average there are 6.81 doctors for every 10.000 inhabitants (according to Eurostat, in Germany there are 10.3 GPs per 10.000 inhabitants), with significant differences between regions. It is also estimated that by 2025 the number of general practitioners will decrease by an additional 3632. (Agenas, Rapporto sui medici di medicina generale, 2021 https://www.agenas.gov.it/images/agenas/mmg/Dati_MMG_Revisione_4.0_full.pdf). Moreover, Italy has the largest share of physicians aged 55 years and over, which means that in the coming years, many of them will be reaching retirement age: see Eurostat, healthcare personnel 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Healthcare_personnel_statistics_-_physicians .

⁵⁵ DESI Index Italy 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>; on this topic see also: Ann McDONNELL, Rachel VERDIN, Jacqueline O'REILLY, EU Citizens' attitudes to digitalisation and the use of digital public services: Evidence from Eurobarometers and eGovernment Benchmark, EUROSHIP Working Paper No. 12, 2022.

⁵⁶ Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz – PDSG), 14.10.2020.

⁵⁷ Sozialgesetzbuch V – Social law code V.

⁵⁸ Alexander SCHACHINGER, *Der digitale Patient*, 2014, p. 63.

⁵⁹ Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG), 14.11.2003.

⁶⁰ Gematik (Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte mbH) is

is the federal agency responsible for the digitalization of the healthcare sector. Until 2019, *gematik's* governance structure made it particularly difficult to achieve a majority to make decisions.⁶¹ In fact, 50% of the shares were held by the National Association of Statutory insurance funds. The presence of strong opposing corporatist interests has made incisive choices effectively impossible and hindered the implementation of important innovations, such as ePA.⁶² Today the majority of the shares are held by the Ministry of Health.

3.2.1. Content and Functioning of the ePA

§341 SGB (*Sozialgesetzbuch*) V opens with a definition of ePA, which is described as an electronic record managed by the insured and made available by health funds. This means that the insured themselves decide which data are stored or deleted in the ePA and who can access them. The emphasis on insured management of the file highlights the willingness to give a prominent role to informational self-determination and patient sovereignty. The activation mode is therefore different from the one currently in place in Italy and similar to the one that existed before the 2020 reform. In the face of the ePA activation, two subjective positions arise: the right on the part of the insured to activate the ePA and a respective obligation on the part of the health insurance company to offer the ePA service to its clients.⁶³

The content of ePA is similar to what is already in place in many other States of the Union, and it is intended to be the counterpart (and in the future the substitute) of patient's paper health record. All the considerations made above about functions, usefulness and goal of the EHR/

responsible for the telematics infrastructure (TI), the central platform for digital applications in the German healthcare system.

⁶¹ Bundesrechnungshof. *Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte und der Telematikinfrastruktur*, https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2019/elektronischegesundheitskarte-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁶² On the role of the corporatist interest in slowing down the digitalization process see: Tugce SCHMITT, *New governance of the digital health agency: a way out of the joint decision trap to implement electronic health records in Germany?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2023, pp.1-20.

⁶³ Gabriele Margarete BUCHHOLZ, §341 SGB V in: *Juris Praxiskommentar SGB V* (Hrsg. Rainer Schlegel/Thomas Voelzke), 4. Aufl. 2020.

FSE also apply to the ePA. The interoperability issue has been addressed by the German legislator as well, but whereas in Italy the need is to ensure interoperability among regions, the German insurance-based system is concerned with ensuring interoperability and portability of data between different insurance funds. To ensure completeness of data, in case of change of insurance fund, data portability must still be guaranteed (§ 342 para. 2 lit. d SGB V). It is also intended to make it possible for all healthcare providers to access these data, subject to patient's consent.

The content of the ePA is determined by law through § 341 para. 2 no. 1-13. The text of the norm reports that there is the possibility (and not the obligation) of including such data in the record, and this is because, as already pointed out, the patient's will plays a sovereign role. It is important to underline that, in addition to data related to patient's health conditions obtained through diagnosis, therapeutic measures, early diagnostic examinations, treatment reports, and thus generally through documents from healthcare facilities, it is also possible to include health data provided by the insured himself (§ 341 para. 2 no. 6) as well as data from digital applications under § 33a SGB V (§ 341 para. 2 no. 9). While the possibility to insert data directly by the patient is also provided for in the Italian system, the inclusion of data from apps is not possible in the FSE and it represents a further step toward an integrated vision of digital healthcare. The provision is consistent with the desire to make mHealth an integral part of German healthcare, as it will be seen below.⁶⁴

Again, to enhance patient's sovereignty over his or her own data, a granular access authorization mechanism (*granulares Berechtigungsmanagement*) is ensured. As laid down in § 342 para. 2 no. 1 lit. c SGB V, insured persons can give their consent not only to access all ePA data, but also to exclusive access to data under § 341 para. 2 no. 1, which are basically medical information from examinations and diagnosis, the treatment plan, and information for emergencies, or to data under § 341 para. 2 no. 6, namely the information provided by the patient himself. Thus, in the end the "all or nothing" principle was rejected. In the first stage, a so-called rough control (*grobgranulares Berechtigungsmanagement*) on access was provided, because the choice was simply between

⁶⁴ On the possibility to gather health apps data in the EHR see: Nicholas GENES, Samantha VIOLANTE, Christine CETRANGOL, Linda ROGERS, Eric E. SCHADT and Yu-Feng Yvonne CHAN, From smartphone to EHR: a case report on integrating patient-generated health data, in: *npj Digital Medicine* (2018).

making all data accessible or only those in no. 1 and 6 of § 341 para. 2 SGB V; later on, detailed control (*feingranulares Berechtigungsmanagement*) was provided by allowing selection of individual documents to be made accessible to health personnel.⁶⁵ Certainly, this approach enhances the role of the patient and helps limiting concerns about sharing sensitive data. However, it also has critical aspects. First and foremost, if the patient only consents to access to certain data, the possibility for health professionals to make a truly comprehensive assessment of the situation is lost. Indeed, it would be the patient who would be able to decide what data are relevant, but he or she often lacks the relevant expertise. This could partially challenge the usefulness of ePA, the use of which could provide only a partial view of patient's status. Nonetheless, it is correct that the ultimate decision about one's sensitive data remains with the patient, not only for privacy reasons and one's most personal sphere, but also in deference to the principle of self-determination and freedom in treatment choices, even if these choices may ultimately harm individual health. On this aspect, there are no substantial differences from the Italian law. The only point of divergence is the fact that, currently, the German law does not provide for categories of data that are by default completely obscured (thus there does not seem to be a right to obscure data as explained in paragraph 3.1.1)

3.2.2 Adoption and Implementation Problems

In the implementation phase, it is the responsibility of *gematik* to formulate the technical standards for ePA functionality at every stage, including ensuring interoperability among the systems (§ 354 SGB V). The implementation process of the ePA legislation was divided into three main stages reported in § 342 SGB V. The first stage was set for the 1st of January, 2021. From this date, the insurance funds (*Krankenkassen*) are obliged to make an ePA available to all the insured who request it. Thus, an opt-in system was initially envisaged, the appropriateness of which, however, has been called into question by the very low uptake of ePA two years after its introduction. At this first stage, it was planned to implement only a few essential functions such as the collection of the data indicated in § 342 paras. 2 and 6, i.e., strictly medical data and data pro-

⁶⁵ Wolfgang REHMANN, Christian TILLMANN, *E-Health/Digital Health*, 2022, p. 291.

vided by the insured. In addition, ePA was initially tested only in certain areas (Berlin and Westfalen-Lippe), and then by the 30th of June 2021, the system covered the whole country. Since the 1st of July, 2021, contract physicians (*Vertragsärzte*) have been required to create the conditions for a connection to the telematic infrastructure in order to be able to use the ePA, while hospitals must be connected from 1st of January, 2022.⁶⁶

From the second stage, starting in January 2022, additional data can be saved on the electronic file. The detailed control over access to data, mentioned earlier, has also been introduced.

From the third stage, starting in January 2023 the insured person is given the option to make his or her data available for scientific research (§ 342 para. 2 no. 4 lit. b). This possibility is consistent with European policies that, especially in the area of health, are working to expand the possibilities for secondary use of data. In particular, the choice to make one's data available for research evokes the concept of data altruism,⁶⁷ introduced by the Data Governance Act.⁶⁸ In this respect, there is a major difference from the FSE, whose data can always be used, in anonymized form, for research purposes regardless of patient's wishes.

Finally, although in the first stage, ePA use was guaranteed only through mobile devices (smartphones and tablets), by the 1st of January, 2022 at the latest, health insurers are obliged to ensure that ePA can also be used through PCs (§ 342 para. 7 SGB V). The opposite has occurred in Italy, namely, the FSE has always been available from PCs only, and later some regions have also developed apps for mobile devices.

As said, both activation and usage of the ePA are fully voluntary, and an opt-in system was initially chosen. However, two years after the introduction of the health record and in light of the wholly unsatisfactory results, it was deemed appropriate to switch to an opt-out system. In fact, just over two years after the effective introduction of ePA into the German system, this instrument has not achieved the desired results. It

⁶⁶ Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Die elektronische Patientenakte. Entwicklungsstand in Deutschland und in ausgewählten europäischen Ländern, 2022.

⁶⁷ On the topic related to data donation and the differences with data altruism, see Giulia RE FERRÈ *Data donation and data altruism to face algorithmic bias for an inclusive digital healthcare* in *BioLaw Journal*, 1(2023) pp. 115-129.

⁶⁸ Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), OJ L 152, 3.6.2022, p. 1-44.

is estimated that only 1% of the population has requested to activate⁶⁹ it and only 6% of physicians is using it.⁷⁰

Several scholars have tried to identify the causes of such failure (so far), and three main factors have been identified: the activation system, the population's lack of awareness of the tool, and the general distrust of sharing sensitive data.⁷¹ Regarding the first aspect, i.e. the opt-in mechanism, this presupposes an active role of the insured who requests activation of the record from their insurance fund. Each fund, therefore, has been able to work out its own process for requesting activation, and very often this process has not been designed to be simple, fast, and accessible to all; in fact, many funds have provided as exclusive way of activation that the subject had to physically go to the offices to request it.⁷² The choice of the opt-in mechanism was consistent with the view of enhancing patient's sovereignty over his or her own data; however, to date the validity of this choice is questioned. According to this approach, everything comes through active consent: the activation of the record, the uploading of data, and the ability for healthcare providers to access it.

In light of the poor results to date, it has been proposed by several parties to move to an opt-out mechanism,⁷³ whereby the ePA will then be set automatically for all the insured and those who do not wish to do so can actively oppose it. The 126th conference of German physicians, held in May 2022, also supported an opt-out system for the activation of ePA and indeed called for such an option to be provided for data visibility by physicians as well, i.e., they claimed for patient's consent not to be required for physician access to the health record, but rather for the patient simply to be given the option to object to such access.⁷⁴ As con-

⁶⁹ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/141004/Nutzung-der-elektronischen-Patientenakte-eingebrochen?rt=6f9b33b87f51686eec24b3dc4cf1f9ff>.

⁷⁰ Bitkom, *Umfrage zur Nutzung und Verbreitung der elektronischen Patientenakte bei Ärzt:innen in Deutschland im Jahr 2022*. Statista. Statista GmbH. Zugriff: 23. September 2023. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1352923/umfrage/nutzung-und-verbreitung-der-elektronischen-patientenakte-bei-aerztinnen/>.

⁷¹ Tugce SCHMITT, Implementing Electronic Health Records in Germany: Lessons (Yet to Be) Learned in: *International Journal of Integrated Care*, 2023.

⁷² Marcel WEIGAND, 5 Punkte-Plan für eine erfolgreiche ePA in *Tagesspiegel Background*, 18th of October 2021.

⁷³ Christoph KRÖNKE, Elissa TSCHACHLER, Ein Opt-out für die elektronische Patientenakte (ePA), in: *Datenschutz und Datensicherheit*, 7 (2022), pp. 419-426

⁷⁴ <https://www.bundesaerztekammer.de/presse/aktuelles/detail/aerztetag-pladiert-fuer-opt-out-verfahren-bei-elektronischer-patientenakte>.

sequence, on Nov. 7, 2022, the shareholders' meeting mandated *gematik* to switch to an opt-out system by the end of the term, whereby the automatic creation of the electronic file will be the default option, subject to the insured's opposition.⁷⁵ This evolution would be similar to the Italian one, but the ePA scheme would still recognize the possibility to opt out and therefore it will not be mandatory. It remains to be seen whether this change will be enough to ensure the successful implementation of ePA, since the current failure is also related to the lack of awareness of the tool among the population, as well as a general fear of sharing sensitive data.

Regarding the lack of public awareness about the existence and use of ePA and the population's distrust, it was pointed out that no effective information campaign has been carried out, differently from what was done when the Covid tracking app (Corona-Warn-App – CWA) was introduced.⁷⁶ Interviews with the developers of the Covid tracking app show how the broad acceptance of this app by the population is based on two pillars: on the one hand, the development of the app itself was user-centered and various stakeholder groups were integrated into the development process; on the other hand, the skepticism of the population was addressed through openness and transparency and it was decided to develop the software through an open source project.⁷⁷ In developing digital solutions, the emphasis is on technical issues, while strategic, communication, and human aspects are often neglected. However, it is precisely the difficulty in solving these issues and coping with the social aspects of digital evolution that causes the failure of key projects in digital health, such as EHR. Indeed, it has been underlined that “the areas of acceptance, change management, demonstration of benefits, funding, project management, health-policy related goals, and implementation strategy, and basic legal conditions, data protection must be given at least as much importance at the very start of the project as technological aspects are given.”⁷⁸ Thus, while a clear and transparent communication

⁷⁵ Gematik Press Release, *Gesellschafter beauftragen gematik mit Prüfauftrag für „Opt-out-ePA“*, 7th of November 2022.

⁷⁶ The Corona-Warn-App was downloaded more than 48 million times, making it one of the most successful and most widely used contact tracing apps in the world. *Corona-Warn-App in hibernation mode* | Federal Government (bundesregierung.de).

⁷⁷ McKinsey & Company, *E-Health Monitor 2022, Was ePA und Co. von der Corona-Warn-App lernen können – ein Expertengespräch*, p. 167.

⁷⁸ Eva DEUTSCH, Georg DUFTSCHMID, Wolfgang DORDA, *Critical areas of national*

strategy is necessary, it alone cannot overcome public distrust and concerns about privacy.

The other aspect that certainly needs to be taken into account, as well as improved, relates to patients' motivations for using or not using ePA.⁷⁹ In fact, there has been a positive trend in patients' interest in being able to digitally monitor health data, but this benefit often fails to offset privacy and security concerns. Therefore, alongside improving technical and interoperability aspects, it is necessary to consider patients' motivations for using the electronic health record, as highlighted in several studies. In conclusion, in the absence of a multidirectional action, addressing communication, privacy, and data security, and ensuring sovereignty over one's medical data, merely introducing an opt-out mechanism for the activation of ePA might only partially achieve the desired results, and many indeed prove counterproductive.

4. *Integrating mHealth into the Healthcare System: the German Model*

Although a central tool such as the ePA is still struggling to find full implementation, the German legal system has been pioneering, adopting a law on digital healthcare,⁸⁰ whereby, in short, it introduces the possibility for physicians to prescribe the use of digital tools (such as apps) for disease management, treatment and care.

On December 19, 2019, the so-called Digital Healthcare Act (*Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation – DVG*) came into effect; it made changes to SGB V and in particular introduced §33a, titled “digital health applications” (*digitale Gesundheitsanwendungen – DiGA*). The norm is the legal basis for the provision of care through digital applications, the costs of which are covered by insurance funds. In other words, apps and software that are classified as low-risk medi-

electronic health record programs—Is our focus correct? In: *International Journal of Medical Informatics*, 79(3), (2010), pp. 211-222.

⁷⁹ Richard HENKENJOHANN, Role of Individual Motivations and Privacy Concerns in the Adoption of German Electronic Patient Record Apps—A Mixed-Methods Stud, in: *Int. J. Environ. Res. Public Health* 18 (2021).

⁸⁰ Anne Sophie GEIER, Digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) auf dem Weg zum Erfolg – die Perspektive des Spitzenverbandes Digitale Gesundheitsversorgung in: *Bundesgesundheitsbl.*, 64 (2021), pp. 1228–1231.

cal devices, according to the European medical device regulation,⁸¹ become part of the healthcare system and can be prescribed by physicians like a traditional therapy. Therefore, according to § 33a SGB V, insured persons are entitled to be supplied with low-risk medical devices whose main function is essentially based on digital technologies and which are designed to support the detection, treatment, alleviation or compensation of injuries or disabilities. These provisions only cover apps that are on the list maintained by the German Federal Institute for Drugs and Medical Devices⁸² under § 139e SGB V and that have been prescribed by the doctor or psychotherapist or are used as a result of an agreement with the insurance company.

Thus, the first point to be analyzed is the objective scope of the regulation, that is, what is meant by digital health applications, or rather which digital applications fall under this scope. In fact, the concept of digital health application is very broad and there is no single legal definition. The DVG limits its scope to applications that are classified as low-risk medical devices, namely devices that fall into risk classes I and IIa according to the MDR⁸³ and are used for detection, monitoring, treatment or alleviation of diseases or detection, treatment alleviation or compensation of disabilities. This implies that apps must be approved as medical devices; therefore, all those software that deal more properly with wellness and lifestyle are excluded. A DiGA can also be hardware, such as a wearable device if this works through software and collects data.⁸⁴ In addition, such devices must be approved by the German Federal Institute for Drugs and Medical Devices and included in a specific list after a so-called “fast-track procedure”.⁸⁵

⁸¹ REGULATION (EU) 2017/745 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of the 5th of April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, OJ L 117, 5th May 2017, p. 1–175.

⁸² Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM).

⁸³ REGULATION (EU) 2017/745 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5th April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, OJ L 117, 5th of May 2017, p. 1–175.

⁸⁴ Gottfried LUDEWIG, Christian KLOSE, Lars HUNZE, Sophia MATENAAR, *Digitale Gesundheitsanwendungen: gesetzliche Einführung patientenzentrierter digitaler Innovationen in die Gesundheitsversorgung*, in: *Bundesgesundheitsbl.*, 64 (2021), pp. 1198–1206.

⁸⁵ Wolfgang LAUER, Wiebke LÖBKER, Barbara HÖFGEN, *Digitale Gesundheitsanwen-*

The procedure for the inclusion of a DiGA in the list maintained by the BfArM is stated in § 133e SGB V and detailed in the Regulation on the Procedure and Requirements for Reviewing the Eligibility for Reimbursement of Digital Health Applications in the Statutory Health Insurance System.⁸⁶ This procedure that can be activated to own-initiative and can last maximum three months. The manufacturer has the burden of attaching evidence that: the application meets safety, functionality, and quality requirements, including interoperability of the medical device; it meets data protection requirements and ensures data security in accordance with the state of the art; it has positive care effects. Positive effects of care mean medical benefit or structural and procedural improvement in healthcare relevant to the patient. According to § 14 of the Regulation, the manufacturer must submit at least the results of a systematic data evaluation on the use of the digital health application as plausible justification that a positive healthcare effect can be demonstrated in a trial. § 15 adds that the manufacturer shall submit an evaluation concept drawn up following generally accepted scientific standards that takes appropriate account of the results of the data evaluation under § 14. This requirement proved to be the most difficult to meet since it was unclear what constitutes “systematic data for use” and what are “data scientific standards”. Nevertheless, producers’ opinion on this “fast-track procedure” is positive because it is not static but characterized by dialogue. During the three months, the BfArM communicates with producers by asking for clarifications and additions, in the spirit, therefore, of a cooperative procedure.⁸⁷ Sometimes it is possible that the manufacturer lacks the necessary data and studies at the beginning of the procedure to prove the benefit of the application on patient care. In that case, it is possible to place the DiGa on the registry with a 12-months trial period (extendable up to 24 months) during which the manufacturer collects the necessary data to prove the beneficial effects of the device (§ 139e para. 4 SGB V).

dungen (DiGA): Bewertung der Erstattungsfähigkeit mittels DiGA-Fast-Track-Verfahrens im Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), in: *Bundesgesundheitsbl.*, 64 (2021) pp. 1232–1240.

⁸⁶ *Verordnung über das Verfahren und die Anforderungen zur Prüfung der Erstattungsfähigkeit digitaler Gesundheitsanwendungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung – DiGAV)* of the 8th of April 2022.

⁸⁷ Philipp HEIMANN, Noah LORENZ, Nora BLUM, Cristof SCHIFFERINGS, Erfahrungen von Herstellern digitaler Gesundheitsanwendungen (DiGA) mit dem Fast-Track-Verfahren des BfArM, in: *Bundesgesundheitsbl.*, (2021) pp. 1249-1253.

DiGA pricing also follows a well-defined administrative process.⁸⁸ § 134 authorizes the National Association of Statutory Health Insurance Funds (*GKV-Spitzenverband*) to issue binding regulations for all statutory insurance funds and to agree with the producers of digital applications on remuneration amounts. The established amount applies from the year following DiGA inclusion in the register. The price is then established through an agreement and can be modified by a subsequent agreement. If an agreement is not reached within nine months since inclusion in the registry, the setting of the price is referred to an arbitration panel (§ 134 para. 2 SGB V).

There are currently 55 DiGAs in the registry.⁸⁹ A large group of applications is devoted to mental health and in particular to the treatment of depression, anxiety, stress, and burnout; others deal with the treatment of chronic diseases such as diabetes, heart disease, and oncology; and others deal with alcohol and nicotine addiction. The list is user-friendly. Next to the name of each app, it gives several indications such as the platform from which the app is downloadable (Apple App Store, Google Play Store) or whether it is a web app, the diseases for which it is indicated, the cost required by the manufacturer and which will be covered by insurance, whether medical services are required for use, the languages in which it is available, and if additional devices are needed. The physician or psychotherapist can prescribe the use of one of these apps contained in the registry, and the patient can obtain it directly from the major app platforms. It seems clear that digital literacy of physicians plays a key role, maybe even more than patient literacy. Some research has shown that currently, the knowledge of DiGAs by physicians is still very limited: according to a 2022 study, 64% of respondents were unaware of the possibility of using and prescribing them.⁹⁰ Moreover, some surveys have found that physicians are quite skeptical of DiGAs, and only 30% was planning to prescribe them.⁹¹ In the face of mistrust from physicians, the

⁸⁸ On the pricing process and the necessity to set a value-based price for DiGA see Daniel GENSOROWSKY, Julian WITTE, Manuel BATRAM, Wolfgang GREINER, Market access and value-based pricing of digital health applications in Germany, in: *Cost Eff Resour Alloc.*, 20-25 (2022).

⁸⁹ <https://diga.bfarm.de/de/verzeichnis>.

⁹⁰ Silke FREY, Linda KERKEMEYER, Acceptance of digital health applications in non-pharmacological therapies in German statutory healthcare system: Results of an on-line survey, in: *Digital Health*, 8 (2022) pp. 1-10.

⁹¹ Florian DAHLHAUSEN, Maximilian ZINNER, Linn BIESKE, Jan P. EHLERS, Philipp

population (especially in the 30 to 49 age group) is favorable to the use of digital medicine, especially those applications whose quality is attested at the State level.⁹²

Data on the age of those inclined to use digital medicine highlight a recurring problem in the area of digitalization, namely the so-called digital divide. This concept has several dimensions: first, the socioeconomic divide; second, the divide related to the digital knowledge/literacy of patients, which is often linked to age.⁹³ Some research has, in fact, shown that internet use is not only related to users age. It is in fact well known that younger individuals are more accustomed to using technology, but a correlation between internet use and income has also been shown: the percentage of those who use internet at least once a day increases with income.⁹⁴ Moreover, although internet connection costs have significantly reduced over the years, this does not mean that access to digital tools is guaranteed to the entire population. On the one hand, it must be considered that Germany suffers from an urban-rural digital divide regarding fixed network broadband coverage and the share of fiber connections is still very low;⁹⁵ on the other, the usage of DiGAs almost always presupposes the possession of a smartphone. True, the portion of the population that does not own a smartphone is getting smaller and smaller, but it still exists. In 2021 the number of smartphone users in Germany reached 62.61 million,⁹⁶ which means that 24.75% of the population did not own such a tool. Also, consider that it is not enough to own any type of smartphone since the use of some apps is conditional on their compatibility with the operating system. It is therefore necessary to use a smartphone

BOEHME, Leonard FEHRING, Physicians' Attitudes Toward Prescribable mHealth Apps and Implications for Adoption in Germany: Mixed Methods Study, in: *JMIR Mhealth Uhealth* 9 (2021).

⁹² Marie UNCOVSKA, Bettina FREITAG, Sven MEISTER, Leonard FEHRING, Patient Acceptance of Prescribed and Fully Reimbursed mHealth Apps in Germany: An UTAUT2-based Online Survey Study, in *Journal of Medical Systems*, 2023.

⁹³ Alejandro CORNEJO MÜLLER, Benjamin WACHTLER, Thomas LAMPERT, Digital Divide – Soziale Unterschiede in der Nutzung digitaler Gesundheitsangebote, in *Bundesgesundheitsbl.*, 63 (2020), pp.185–191.

⁹⁴ Markus HOMBRECHER, *Homo Digivitalis – TKStudie zur Digitalen Gesundheitskompetenz*, 2018.

⁹⁵ European Commission, Commission staff working documents, *Digital Economy and Society Index (DESI) 2019*.

⁹⁶ <https://www.statista.com/statistics/461801/number-of-smartphone-users-in-germany/>

that is new enough and performs well enough to support the apps. The average price for a new smartphone in Germany is currently estimated to be around € 626,⁹⁷ which undoubtedly raises questions regarding the need to ensure that even the lowest income earners can purchase them. A U.S. study carried out on patients with tuberculosis found that patients who were older, male, less educated, or had lower annual incomes were less likely to own smartphones.⁹⁸ One of the challenges that policies have to address is actually be the exclusion of segments of the population from digital services; that is, it will be necessary to prevent technology from increasing social distances instead of shortening them.

The DVG covers the costs of the apps by making them an integral part of the German healthcare system, but it does not provide any mode of reimbursement, not even partial reimbursement, for the purchase of a smartphone capable of supporting the doctor-prescribed DiGA. This remains one of the knots that need to be addressed in the coming years to prevent digital medicine from widening the gap between social classes in healthcare instead of narrowing it. Alongside this, the awareness and literacy of physicians about e-Health should not be neglected, since, as seen above, they play a key role in “linking” patients and digital tools.

5. Conclusion

As a result of the pandemic, we have seen an acceleration in the digitalization process in many areas and especially in the field of healthcare. All EU member States are engaged in a digital transition of their health systems, although some are frontrunners and others are still at an early stage. Regardless of the healthcare model, the cornerstone of this process is the electronic health record as a tool to collect health data. This paper first analyzed the Italian and German models of EHR implementation and then focused on the integration of mHealth in the German healthcare system.

Despite the different timing of FSE and ePA adoption, some common

⁹⁷ <https://www.statista.com/statistics/462641/smartphones-average-prices-germany/>.

⁹⁸ Krishna. K. BOMMAKANTI, Laramie L. SMITH, Lin LIU, Diana DO, Jazmine CUEVAS-MOTA, Kelly COLLINS, Fatima MUÑOZ, Timothy C. RODWELL, Richard S. GARFEIN, Requiring smartphone ownership for mHealth interventions: who could be left out? In: *BMC Public Health*, 20(81), 2020.

trends and issues stand out. Both have similar content and functions, but different activation mechanisms, partly because of the different healthcare models. In Italy, where there is a national healthcare system, the responsibility for establishing the FSE lies with the regions, which operate by following common national guidelines. In Germany, the insurance system assigns responsibility to insurance funds, also coordinated, however, at the federal level through *gematik*. The autonomist and decentralizing tendency (toward the regions in Italy, toward the *Krankenkasse* in Germany) is thus, in both cases, balanced by coordination at the central level. It will be interesting to evaluate in the coming years which system succeeds best in ensuring effective and homogeneous development.

Both countries chose an opt-in system in the first instance, which in both cases proved unsatisfactory. In response, Italy has shifted to a mandatory FSE model, while Germany is moving towards an opt-out system. As was seen during the pandemic with tracking apps, public trust in the technological tool plays a key role in its success or failure. Clear and consistent regulations, along with user-friendly and easily accessible technologies, are obviously indispensable, but they are not sufficient to determine the successful implementation of tools such as EHR. Even more than in any other field, in the health sector where particularly sensitive issues, fundamental rights, and conflicting interests come to the fore, the social perception of trust or distrust, of usefulness or uselessness of an innovation plays a decisive role. The features and methods of introducing digital tools must thus be tailored to the peculiarities of the target population. For this reason, in a country like Germany where the population is very sensitive to privacy issues and cautious about disclosing sensitive personal data, the introduction of an opt-out system for ePA must be accompanied by a careful awareness campaign, based on transparency. In Italy, the mandatory FSE model has made it possible to cover almost the entire population in a short time, but it does not mean that this solution would work in Germany as well, since it could be perceived as being too coercive and led to opposite results.

It should also always be kept in mind that the ultimate goal of digitalizing healthcare is to improve care, keeping the patient at the center of the system. It follows that patient's will and self-determination must continue to be cornerstones of the system. The possibility, provided in both countries analyzed, to deny access to one's data cannot be questioned, as it falls under the principles of freedom of therapeutic choice

and self-determination that are placed to safeguard patient's dignity. Certainly, actions are possible and necessary to ensure that patient's decisions are based on correct and complete information. In addition to traditional information campaigns, it seems appropriate to strengthen the doctor-patient relationship. However, this cannot happen at no cost and cannot imply offloading onto the shoulders of GPs also the task of educating their patients about every new technological innovation.

The goal of improving care offered to patients and making it more personalized is also pursued by the Digital Care Act, which was introduced in Germany in 2019 and effectively integrates mHealth into the healthcare system. The benefits of using these technologies are proven in relation to different diseases and situations. They benefit chronic patients the most and they are particularly effective in the fields of mental health, oncology, cardiology, etc. To reach the full potential of using medical apps, they need to be made interoperable with the EHR. In order not to lose the potential of such advanced legislation, the German system needs more than ever to make the implementation of ePA effective and satisfactory. A further challenge concerns the need to avoid that the delivery of quality care through digital tools ultimately leads to the exacerbation of social inequalities, namely, the exclusion of those who neither have the skills to use these tools nor have the financial means to purchase suitable smartphones and devices. App reimbursement is certainly the first step in the right direction, but it is not enough. Close monitoring and effective actions aimed to ensure that technology reduces social distances, instead of broadening them, will be key tasks task for legislators in the coming years, from which they cannot escape if they do not want digital medicine to become synonymous of exclusionary and elitist medicine.

NOUVELLES MISSIONS PUBLIQUES EN PÉRIODE DE TENSION: « PARIS VAUT BIEN UNE MESSE »

Vasco Pereira da Silva

Comme cela s'était déjà produit lors du premier Congrès du SIPE à Lisbonne en 2011, lorsque le Comité exécutif du SIPE avait décidé, afin d'équilibrer l'utilisation des trois langues officielles du SIPE, que les Conclusions pourraient être rédigées en français, je me suis immédiatement souvenu de la célèbre phrase d'Henri IV, qui, étant protestant, avait dû se convertir au catholicisme pour succéder à Henri III en 1593, lorsqu'il avait dit: «Paris vaut bien une messe».

Comme je suis non seulement germanophile et anglophile, mais aussi francophile et francophone invétéré, il n'y a aucun «inconvéniént», mais au contraire tous les «avantages», à utiliser la «belle» langue française pour rendre compte des conclusions de ce magnifique 16ème Congrès du SIPE à Lisbonne, où nous parlons tous la même «langue commune», qui est celle du Droit.

Cela me donne d'ailleurs l'occasion d'intervenir pour aborder la question de savoir si le thème général du Congrès est la simple juxtaposition de thèmes différents et autonomes sous un «parapluie unique», ou s'il s'agit plutôt, comme je le comprends, d'unifier en un seul thème les cinq nouvelles et plus importantes missions publiques que présentent aujourd'hui le Droit Constitutionnel, le Droit Administratif, le Droit Européen et le Droit International.

Pour moi – et je pense que nous l'avons tous constaté tout au long de cet excellent congrès – ces cinq missions publiques sont étroitement liées par leur intention commune, en tant que réponse des pouvoirs publics aux problèmes qui se posent en ces temps de crise (pandémies et guerre en Europe), et par le fait qu'elles ont toutes la même dimension sans frontières (ou multi-niveaux), parce qu'elles se situent simultanément dans les trois domaines du droit national, européen et global, et parce qu'elles concernent tous les domaines du Droit Public (Constitutionnel, Administratif, Européen et International).

* Prof. Dr. Vasco PEREIRA DA SILVA, Full Professor of Administrative Law at the University of Lisbon.

D'un point de vue juridique, on assiste à l'émergence de nouvelles réalités fondamentales à l'échelle globale, européenne et nationale, qui ne peuvent manquer de s'inscrire dans une logique à plusieurs niveaux (PERNICE),¹ dans le cadre d'un Droit Constitutionnel et Administratif sans Frontières.² En effet, en ces temps troublés, à la suite de la crise sanitaire Covid-19 et à la résurgence de la guerre en Europe (après l'invasion de l'Ukraine par la Russie) et ailleurs, on voit l'apparition de nouveaux phénomènes publics qu'il faut comprendre et problématiser.

Ainsi, nous assistons à l'émergence de sources constitutionnelles dans l'ordre juridique global (comme c'est le cas des droits de l'homme), ainsi que dans l'ordre juridique européen (par exemple, outre le traité de Lisbonne, il y a d'autres normes avec un contenu matériel partiellement constitutionnel, comme « Next Generation EU »), aussi bien qu'au niveau des Constitutions des États (soit par des révisions constitutionnelles, soit à travers l'efficacité directe des normes européennes et des PRR nationaux). Cela conduit à l'émergence de nouvelles missions fondamentales, que ce soit par la transformation des précédentes (par exemple dans le cas de la sécurité ou de la défense) ou par la création de nouvelles missions publiques (par exemple la numérisation). Il y a donc un mélange entre le nouveau et l'ancien contenu constitutionnel d'aujourd'hui, dans sa dimension multi-niveau ou sans frontières, qui font émerger cinq principales missions publiques, à savoir : la numérisation, la défense et la sécurité (extérieure et intérieure), la santé, la lutte contre le changement climatique et l'énergie soutenable.

1. *La numérisation : nouvelle mission publique et outil essentiel pour le développement de nouvelles missions publiques*

La réalité numérique d'aujourd'hui revêt à la fois : a) une dimension verticale, en tant que nouvelle mission publique qui, selon HOFF-

¹ Ingolf PERNICE, «Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously», in R. Hofmann & S. Kadelbach. (Eds.), «Law Beyond the State. Pasts and Futures» (p. 151-205), Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2016; Ingolf PERNICE, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, <http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>.

² Vasco PEREIRA DA SILVA, *Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, Coimbra, 2019.

MANN-RIEM, implique la «plus grande transformation de l'État démocratique moderne et de l'État de droit»,³ d'autant plus dans une perspective sans frontières (ajouterais-je); b) une dimension horizontale, car elle est aussi un moyen, un outil essentiel pour l'application et l'exécution de toutes les autres tâches fondamentales.

En ce qui concerne les droits à l'information et les nouvelles technologies, dans le domaine du constitutionnalisme global, il existe une «Charte des Droits de l'Homme et des Principes pour l'Internet»,⁴ créée par la «Coalition dynamique pour les droits et les principes de l'internet» du «Forum de la gouvernance de l'internet des Nations Unies». Il s'agit donc d'un texte normatif, émanant d'un organe administratif mondial, faisant partie de l'Organisation des Nations Unies, composé d'une multitude de parties prenantes, allant de représentants de gouvernements et d'organes administratifs à des entreprises et des groupes de la société civile.

À mon avis, cette Charte de l'Internet, indépendamment de sa nature et de sa valeur formelle, a un contenu matériellement constitutionnel, qui nous permet de parler de «droits numériques fondamentaux sans frontières», comme un ensemble de «principes généraux implicites de l'ordre international ou global, prêts à être appliqués dans les relations privées et publiques, ainsi que mis en oeuvre et contrôlés par les organes administratifs et les juges». Ou, selon un autre raisonnement, «on peut également dire que ces droits à l'information numérique, découlant de principes juridiques implicites de l'ordre mondial, correspondent aux valeurs éthiques les plus profondes de la communauté internationale, et font donc partie de ce que l'on appelle la «version moderne» du *ius cogens*. Ou, d'une autre façon dogmatique, il est également possible de dire que ces droits numériques fondamentaux sont le résultat (ou sont en cours d'élaboration procédurale) d'une «pratique coutumière internationale, d'un comportement répété avec la conviction générale de son obligation, qui va au-delà des textes juridiques (même lorsqu'ils en découlent)».⁵

³ Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 1-6.

⁴ See https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLCLKJ0v_0sUHHRNEaUzKzp2d-Fr_/view.

⁵ Vasco PEREIRA DA SILVA, «The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law», in Petra BUCK-HEEB / Bernd OPPERMAN, *Automatisierte Systeme*, Beck, München, 2022, p. 425 e ss; Vasco PEREIRA DA SILVA, «Los

Au niveau de la Constitution européenne, nous avons la «Charte des droits fondamentaux», qui consacre le droit à la protection des données à caractère personnel (article 8) et inclut également le droit d'accès et de rectification des données, ainsi que la garantie d'un contrôle par une autorité indépendante.⁶ La Charte européenne des droits fondamentaux fait partie de la «Constitution européenne» (du moins au sens matériel), mais il faut aussi considérer la «Déclaration des droits et principes numériques pour tous dans l'Union européenne», ou d'autres textes, formellement législatifs mais matériellement constitutionnels, qui établissent des droits fondamentaux en matière d'information et de nouvelles technologies.⁷

En ce qui concerne le Portugal, l'article 35 de la Constitution consacre les droits fondamentaux dans le domaine de l'information et des nouvelles technologies. En effet, la version originale de 1976 se limitait à établir des droits relatifs aux archives manuelles, mais elle a été étendue aux archives numériques à la suite des révisions constitutionnelles de 1982, 1989 et 1997.⁸ Ainsi, la Constitution établit le «droit d'accès aux données informatisées» de tous les citoyens, qui peuvent «exiger leur rectification et leur mise à jour, ainsi que le droit de connaître la finalité à laquelle elles sont destinées» (article 35, n° 1, CRP); «la loi définit le concept de données à caractère personnel» et son régime juridique, en garantissant sa protection, «notamment par le biais d'une autorité indépendante» (art. 35, n° 2); l'utilisation des données à caractère personnel est inter-

Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», in Francisco BALAGUER CALLEJÓN / Ingo SARLET, *Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital*, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 439-460.

⁶ Article 8 – (Protection des données à caractère personnel) : « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

⁷ Il s'agit notamment du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril sur le Règlement Général sur la Protection des Données (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?Uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG); et de la Directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre sur le Code Européen des Communications Électroniques (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L1972>).

⁸ V. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017; Joaquim GOMES CANOTILHO / Vital MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 374.

dite; l'utilisation de données personnelles de toute nature (convictions philosophiques ou politiques, appartenance à un parti ou à un syndicat, religion, vie privée, origine ethnique) est interdite, sauf «consentement exprès de la personne concernée» et autorisation légale avec «garanties de non-discrimination» ou pour des traitements statistiques (n° 3); «l'accès aux données personnelles de tiers est interdit, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi» (n° 4); «l'attribution d'un «numéro national unique aux citoyens» est interdite (n° 5); «le droit d'accès aux réseaux informatiques à usage public est garanti, la loi définissant le régime applicable aux flux transfrontaliers de données et les formes appropriées de protection des données à caractère personnel et d'autres données dont la sauvegarde est justifiée pour des raisons d'intérêt national » (n° 6); ce régime juridique est étendu à la protection des «données à caractère personnel contenues dans les fichiers manuels» (n° 7). Cette réalité constitutionnelle a également été complétée par une «Charte des Droits de l'Homme à l'Ère Numérique», qui est formellement une loi ordinaire, mais avec un contenu constitutionnel matériel, qui régleme les droits fondamentaux numériques du point de vue de leur relation avec d'autres droits ou principes fondamentaux.

Mais les défis sont encore plus grands en ce qui concerne le Droit Administratif. En effet, « les nouvelles possibilités de réalisation des technologies modernes d'information et de communication électroniques ouvrent de nouvelles dimensions, jusqu'ici inimaginables, à l'activité de l'administration publique», notamment en ce qui concerne «le traitement électronique des données et la communication basée sur l'Internet» (MAURER / WALDHOFF). On est ainsi passé de la simple «utilisation de l'électronique» («Elektronisierung»), ou du simple «traitement automatisé des données» par les institutions publiques, à une nouvelle étape de «numérisation de l'administration» et de «tous les domaines de la vie», donnant naissance à un véritable «e-gouvernement». ⁹

Mais si les défis pour le Droit Administratif sont nombreux, ils sont aussi décisifs, afin de ne pas mettre en danger la Constitution, donc je laisse ici mon vote pour plus et pour meilleure réglementation des technologies de l'information et des nouvelles technologies dans le droit public national, européen et mondial.

⁹ Hartmut MAURER / Christian WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20^e ed., C. H. Beck, München, 2020, p. 502-503.

Toutes ces questions et bien d'autres encore ont été excellemment exposées et développées, dans le cadre de l'atelier destiné aux jeunes chercheurs, par les collègues Pedro Lomba (U. de Lisboa), Eloísa Pérez Conchillo (U. de Granada), Rui Lanceiro (U. de Lisboa), Giulia Re Ferrè (U. di Milano) et Miguel Arjona Sánchez (U. de Granada).

2. *Défense et sécurité internationale: « Nouvelles missions anciennes »*

La sécurité (intérieure et extérieure) est l'une des plus anciennes missions de l'État, mais elle revêt aujourd'hui à nouveau une importance primordiale globale avec l'éclatement de la guerre en Europe, à la suite de l'invasion russe de l'Ukraine (à laquelle s'ajoute, aujourd'hui, au moment de l'écriture de ce texte, la réactivation du conflit israélo-arabe, à la suite de l'attaque terroriste du Hamas). Par conséquent, la « nouvelle-vieille » mission publique de garantie de la défense n'est plus perçue uniquement du point de vue des États individuels, mais prend désormais une dimension sans frontières et doit être considérée dans sa triple dimension (nationale, européenne et mondiale).

Il en va de même pour les questions policières (terrorisme, haute criminalité, migrations internationales), qui sont également « nouvelles-vieilles » missions publiques, qui donnent maintenant lieu à de nouveaux défis pour les autorités publiques et à la recherche de solutions originales, également sans frontières, en mettant l'accent sur l'attention portée au nouveau phénomène de la cybersécurité.

Ainsi, d'une part, si l'on peut parler, dans un certain sens, d'un « retour aux sources » du point de vue des questions constitutionnelles traditionnelles, d'autre part, la fonction renouvelée de la mission de défense intérieure et extérieure revêt une dimension radicalement moderne, qui se manifeste, entre autres, par sa dimension multilatérale ou sans frontières. La sécurité d'un pays (tant interne qu'externe) se pose à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières nationales, puisqu'il est impossible de parler de la sécurité du Portugal sans parler de la sécurité européenne et de la sécurité mondiale (OTAN, Nations Unies), assumant ainsi une véritable dimension constitutionnelle multi-niveaux.

De nouvelles questions constitutionnelles et administratives actuelles sont ainsi apparues (discutées surtout au niveau du constitutionnalisme européen), telles que : L'OTAN a-t-elle sa place dans les constitutions

nationales et dans la Constitution européenne (matérielle) ? Devrait-il y avoir une armée européenne autonome ou simplement une combinaison de différentes armées nationales ? La question des «réfugiés» ukrainiens est-elle une question nationale et/ou européenne – et pourquoi pas globale ? Ou comment la cybersécurité devrait-elle protéger les individus et les sociétés sans mettre en péril les droits fondamentaux ?

Ces questions et d'autres encore ont été traitées avec excellence par les collègues : Herbert Küpper (Institut für Ostrecht Regensburg / Andrassy Universität Budapest), Jaap de Zwaann (Erasmus University Rotterdam and Netherlands Institute of International Relations), et Paulina Joanna Starski (Universität Freiburg).

3. *La santé publique comme nouvelle mission publique*

La santé est une autre des nouvelles missions publiques essentielles dans une ère post-COVID-19 et face à de nombreuses autres menaces sanitaires à venir.¹⁰ En effet, il semble qu'il y ait toujours un «petit animal en révolte» contre l'agression humaine dans son habitat naturel, qui donne naissance à un nouveau virus, suivi d'une épidémie ou d'une pandémie. Et en effet, nous avons déjà eu les vaches folles, les oiseaux enrhumés, la grippe porcine, la folie des chauves-souris, la combinaison de chauves-souris infectées et de pangolins «hors norme»... De même qu'à l'avenir, les «révoltes» de la nature contre les agressions humaines qui détruisent ou perturbent la faune et la flore, générant de nouveaux virus et de nouvelles pandémies, auront tendance à se multiplier.¹¹

¹⁰ Pour une explication plus détaillée de cette pandémie et d'autres, voir Mark HONIGSBAUM, *O Século das Pandemias – Uma História de Contágios Globais : Da Gripe Espanhola à Covid-19* (traduit de l'original: „The Pandemic Century“, WH Allen, UK), Vogais – 20/20 Editora, Lisboa, 2021.

¹¹ Vasco PEREIRA DA SILVA, 5 Breves Notas sobre o Direito do Ambiente em Estado de Emergência, in «*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- Lisbon Law Review (Número Temático: COVID-19 e o Direito)*», LXI, 2020, n°. 1, p. 805-811; Vasco PEREIRA DA SILVA, Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law in “State of Emergency” in *ELPIS v- Law Review* n°. 1 / 2020, in 10 to 15 Minutes on: The effect of the “corona virus” in Global, European and National Law, <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>; Vasco PEREIRA DA SILVA, «Table Ronde: L'État d'Exception, Nouveau Régime de Droit Commun des Droits et Libertés? Du Terrorisme à l'Urgence Sanitaire – Portugal», in INSTITUT LOUIS FAVOREU, «Annuaire Internationale de la Justice Constitutionnelle XXXV (2020)», Economica / Presses Uni-

De plus, de nouveaux dangers et risques ne cessent d'apparaître, comme celui annoncé par des scientifiques de l'Université de Cambridge, qui préviennent que la fonte des glaces provoquée ou favorisée par le changement climatique pourrait réactiver de nouveaux virus figés depuis des temps immémoriaux, mais qui réapparaissent en force,¹² dans ce que les studios hollywoodiens pourraient appeler les «virus dinosaures».

Et cette nouvelle mission de santé publique ne peut pas être réalisée uniquement à l'échelle nationale, mais prend de plus en plus une dimension sans frontières, dans laquelle les autorités et les politiques publiques nationales, européennes et mondiales doivent être combinées – comme nous l'avons vu récemment au cours de la période COVID-19, avec les actions conjointes des autorités sanitaires nationales, européennes et mondiales (il convient de noter l'importance de la coordination des mesures européennes et de l'OMS dans la coordination mondiale de la lutte contre la pandémie).

Il s'agit donc d'une nouvelle mission publique, déjà reconnue dans de nombreuses constitutions nationales (comme celle du Portugal¹³), mais qui prend aujourd'hui une nouvelle dimension à plusieurs niveaux (national, européen, global) ou sans frontières.¹⁴ Il est donc nécessaire de poser les questions suivantes au Droit Constitutionnel et Administratif actuel, entre autres : La mondialisation de la protection de la santé constitue-t-elle un problème constitutionnel à plusieurs niveaux ? Quel est le rôle de l'Organisation Mondiale de la Santé dans la gouvernance des crises sanitaires mondiales ? Quel est le degré de globalisation, d'harmonisation et de flexibilité du Droit Administratif de la Santé aujourd'hui ?

Nos collègues Luca Mezzetti (U. di Bologna), et Maria João Estor-

versitaires d'Aix-Marseille, 2021, p. 527; Vasco PEREIRA DA SILVA, «Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law», in Claas Friedrich GERMELMANN / Vasco PEREIRA DA SILVA, *International Legal Studies V, Nomos*, Baden-Baden, 2021, p. 153-160.

¹² Voir le «site» du «Centre for the Study of Existential Risks», de l'Université de Cambridge <https://www.cser.ac.uk/>. Voir aussi à «YouTube» la vidéo de Luke KEMP, «Foreseeing the End(s) of the World» https://www.youtube.com/watch?v=Y_yMemcSMkg.

¹³ Rui MEDEIROS, «Comentário (art. 64º CRP)», in Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, «Constituição da República Portuguesa Anotada», I, 2. ed., Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1305-1322.

¹⁴ Maria João ESTORNINHO / Tiago MACIEIRINHA, *Direito da Saúde (Lições)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, mx. p. 9 e ss.

ninho (U. de Lisboa) ont présenté et discuté d'une façon excellente et vivante tous ses thèmes.

4. *Le réchauffement climatique, nouvelle dimension de la "question environnementale"*

Le changement climatique est aujourd'hui le «nouveau visage» de la question environnementale, qui a émergé dans le constitutionnalisme des années 1970 et qui se manifeste aujourd'hui surtout avec cette nouvelle configuration constitutionnelle. Cette nouvelle dimension de la question écologique est d'une importance capitale car, selon des études scientifiques, nous sommes confrontés à un risque civilisationnel, puisque si rien n'est fait pour parer aux effets catastrophiques prévisibles du changement climatique, la disparition possible de l'homme sur terre pourrait même se produire (voir l'étude de LUKE KEMP, de l'Université de Cambridge).¹⁵

Ainsi, depuis les années 1970, et plus encore aujourd'hui, il est logique de parler de constitutionnalisme vert pour désigner la consécration juridique de principes fondamentaux de nature écologique, ainsi que la consécration d'un droit fondamental à l'environnement, à la fois dans les textes constitutifs de l'ordre juridique global, dans la constitution européenne (matérielle) et aussi dans les constitutions nationales.¹⁶

En fait, il existe une succession de sources de droit de l'environnement à l'échelle mondiale (certaines à un niveau général, d'autres à un niveau international régional, dotées d'une valeur juridique et d'une efficacité différentes) qui consacrent le droit humain / fondamental à l'environne-

¹⁵ Luke KEMP, «Foreseeing the End(s) of the World», https://www.youtube.com/watch?v=Y_yMemcSMkg; Luke KEMP / Catherine RHODES, «The Cartography of Global Catastrophic Governance», Centre for the Study of Existential Risk, Janeiro 2020, <https://www.cser.ac.uk/resources/cartography-global-catastrophic-governance/>

¹⁶ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The Right to the Environment», in Jaime Cremades / Cristina Hermida C. (eds) *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*. Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1; Vasco PEREIRA DA SILVA, Table Ronde: Constitution, libertés et numérique – Portugal, in: Institut Louis Favoreu, *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle XXXVI (2022)*, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2022, p. 455 et suiv ; Vasco PEREIRA DA SILVA «Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital», in Francisco BALAGUER CALLEJÓN / Ingo SARLET, *Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital*, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 439-460.

ment, dont voici quelques exemples : la «Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples», de 1967; le «Principe 1» de la «Déclaration de Stockholm de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain», de 1972; le « Protocole Additionnel à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme dans le Domaine des Droits Économiques, Sociaux et Culturels (Protocole de San Salvador)», de 1988, art. 11; la «Convention européenne des droits de l'homme» (signée en 1950 et entrée en vigueur en 1953), qui d'accord avec l'interprétation «créative» de la «Cour européenne des droits de l'homme» consacre le droit fondamental à l'environnement, fondé sur les articles 2, 6 et 8; la «Convention d'Aarhus», de 1998, qui consacre les droits procéduraux fondamentaux d'information, de participation à la procédure et d'accès à la justice en tant que partie d'un droit (matériel) à l'environnement plus large (articles 4, 6, 7, 8, 9). Toutes ces sources de droit, de nature internationale générale ou régionale, certaines de nature conventionnelle, d'autres simplement déclaratives et proclamatrices («hard law» et «soft law»), permettent déjà, à mon avis, de parler d'un «droit à l'environnement sans frontières», comme principe général implicite de l'ordre international, ou selon une logique alternative comme principe intégral du «*ius cogens*», ou encore comme «coutume internationale», en tant que pratique réitérée de l'ordre juridique international (d'un contenu plus générique que celui contenu dans les textes) qui va au-delà des différentes consécutions normatives (évoquées plus haut).¹⁷

Au niveau de l'Union européenne, la «question constitutionnelle» prend une dimension différente en raison de l'émergence et de la consolidation d'un «espace juridique européen» autonome. En effet, l'intégration européenne a introduit un changement qualitatif par rapport aux phénomènes traditionnels de la coopération internationale, à savoir la création d'un « ordre juridique propre, combinant les sources communautaires – dont les normes, «reçues» par les ordres juridiques internes, jouissent d'un effet direct et d'une primauté sur celles des pays membres (...) – et les sources nationales ».¹⁸

En effet, dans le cadre de l'Union européenne, l'existence de règles

¹⁷ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit., in Jaime CREMADES /Cristina HERMIDA (eds), *Encyclopedia of C. C.*, Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

¹⁸ Vasco PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 45.

et de principes fondamentaux sur la «répartition des compétences» (à la fois entre les institutions communautaires elles-mêmes, les unes par rapport aux autres, et entre elles et les institutions des États membres), ainsi que sur la garantie des droits fondamentaux (voir «La Charte européenne des droits fondamentaux»), constitue une véritable «Constitution européenne» (au moins au sens matériel), sans qu'il soit possible (ou nécessaire) de parler d'un «État européen».¹⁹ Dans cette optique, le traité de Lisbonne peut et doit être considéré comme formant (en grande partie) la Constitution matérielle de l'Europe.

À cet égard, le traité de Lisbonne consacre des principes objectifs et des devoirs de préservation de l'environnement (voir l'article 191 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne), qui obligent les autorités publiques européennes et nationales à agir, tandis que l'article 37 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne consacre un droit fondamental à l'environnement. Ainsi, la Constitution européenne, en tant qu'ensemble de valeurs fondamentales pour l'organisation et l'action des pouvoirs publics au niveau européen et en tant qu'ensemble de droits fondamentaux pour les citoyens européens, consacre une protection objective et subjective de l'environnement.²⁰

Il en va de même pour les Constitutions des États membres de l'Union européenne, qui consacrent au moins la protection objective générale de l'environnement, parfois aussi avec la consécration expresse du droit à l'environnement et à la qualité de la vie, comme c'est le cas au Portugal (voir l'article 66 CRP), tandis que dans d'autres cas encore, un tel droit fondamental est consacré par la jurisprudence créative des Cours constitutionnelles. En conséquence, les cours constitutionnelles ont joué (et continuent de jouer) un rôle fondamental dans la garantie et même la création (directe ou indirecte) d'un droit fondamental à l'environnement (comme cela semble s'être produit en Allemagne). Et, encore plus récemment, en ce qui concerne la décomposition du droit à l'environnement en un «droit fondamental à prévenir ou au moins à minimiser le changement climatique» qui en fait partie intégrante. À cet égard, voir la décision

¹⁹ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit., in Jaime CREMADES / Cristina HERMIDA (eds) *Encyclopaedia of C. C.*, cit., Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

²⁰ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Green Constitution: The R. to the E.», cit., in Jaime CREMADES / Cristina HERMIDA (eds) *Encyclopaedia of C. C.*, cit., Springer, Cham., 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1

emblématique de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur le changement climatique.²¹ L'arrêt conclut que certaines des règles contenues dans la loi fédérale sur le changement climatique du 12 décembre 2019 « sont incompatibles avec les droits fondamentaux en ce qu'elles ne contiennent pas de dispositions sur l'actualisation des objectifs de réduction pour les périodes à partir de 2031 qui répondent aux exigences constitutionnelles ».²²

Selon moi, cet arrêt pionnier et très novateur de la Cour Constitutionnelle allemande aborde cinq questions fondamentales, à savoir :

1) il considère le problème du changement climatique comme une question constitutionnelle sans frontières, en l'analysant dans une perspective à plusieurs niveaux, combinant les dimensions nationale, européenne et mondiale;

2) il traite les droits de l'homme et les droits fondamentaux comme des réalités juridiquement identiques;

3) il défend l'existence de la protection du droit fondamental à l'environnement, ainsi que la protection du droit contre le changement climatique dans la Constitution allemande;

4) il conçoit le droit fondamental à l'environnement comme un droit d'action des entités publiques;

5) il considère que le droit à l'environnement est un droit à/pour l'avenir, justifiant ainsi sa protection intertemporelle.

Il convient également de souligner que, bien qu'il s'agisse d'un arrêt rendu par une juridiction nationale – la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande – sur l'inconstitutionnalité d'une loi allemande, tout le reste semble être global. L'arrêt traite d'une question globale (la lutte contre le changement climatique); il applique des normes internationales (à savoir les accords de Paris); il établit le devoir des autorités allemandes d'agir pour protéger l'environnement dans la sphère internationale; il accorde à des citoyens étrangers (à savoir un citoyen du Népal et un autre du Bangladesh, ne résidant pas en Allemagne) le droit de comparaître devant la Cour Constitutionnelle pour défendre leurs droits fondamentaux, considérant que ces droits sont également protégés par la Constitution alle-

²¹ BVerfG, Ordonnance du premier Sénat du 24 mars 2021 – 1 BvR 2656/18 – §1-270.

²² Vasco PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a Multilevel Court Decision for a Multilevel Public Law Professor. An Hommage to Jacques Ziller», in Diane FROMAGE (ed.), Jacques Ziller a European Scholar, European University Institute, Florence, 2022, p. 244.

mande. Que faut-il de plus pour qualifier tout cela de jugement juridique global, ou plutôt de décision judiciaire à plusieurs niveaux, ou encore de jugement juridique sans frontières ?²³

C'est aussi un jugement ouvert sur l'avenir, puisqu'il affirme que le droit subjectif à l'environnement (et non une norme objective) est le meilleur moyen de garantir les droits des générations futures. Cela signifie qu'il est nécessaire de combiner les dimensions du passé, du présent et du futur pour protéger l'environnement, il est nécessaire de «protéger de manière dynamique les droits fondamentaux» (§ 5). Ou, comme le dit également la Cour, il faut une «protection intertemporelle de la liberté de l'avenir».²⁴

Sur ce sujet, nous avons reçu d'excellentes contributions et discussions de la part de nos collègues Ekaterini Iliadou (National and Kapodistrian U. of Athens) et Rui Guerra da Fonseca (U. de Lisboa).

5. *La transition des énergies fossiles aux énergies soutenables : une nouvelle mission publique environnementale*

La politique énergétique, et en particulier la transition des combustibles fossiles vers les énergies durables et renouvelables, est également une tâche publique autonome, même si elle est étroitement liée à la question environnementale. Cette mission verte fondamentale s'inscrit également dans une perspective constitutionnelle multi-niveaux ou sans frontières, puisqu'elle revêt une triple dimension nationale, européenne et mondiale.

Il s'agit à la fois d'une question structurelle, découlant de la recherche des solutions énergétiques les plus appropriées et les plus durables, et d'une question conjoncturelle de politique européenne commune en temps de guerre, qui est devenue encore plus pressante en raison de la forte dépendance de l'Europe – jusqu'à présent – à l'égard de l'énergie russe (en particulier en Europe centrale et orientale). D'où l'annonce ré-

²³ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a M. C. D. for a M. P. L. P. An H. to J. Z.», cit, in Diane FROMAGE (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, p. 245.

²⁴ Vasco PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a M. C. D. for a M. P. L. P. An H. to J. Z.», CIT., in Diane FROMAGE (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, p. 252 e 253.

cente, lors des derniers Conseils européens, d'un accord entre l'Espagne, le Portugal et la France sur le gazoduc entre Barcelone et Marseille, qui permettra la création d'un «corridor d'énergie verte».

Mais s'il s'agit avant tout d'une question structurelle, il faut alors veiller à opter pour de véritables alternatives énergétiques vertes (comme celles qui résultent de l'utilisation de ressources naturelles telles que le soleil, le vent ou les vagues), et ne pas revenir à la vieille option de l'énergie nucléaire (qui ne peut en aucun cas être considérée comme verte).

Je pense donc qu'il y a un «problème d'idées fausses» dans le débat public actuel lorsque l'énergie nucléaire est qualifiée de verte, en adoptant ce que certains appellent une «conception éco-moderniste».²⁵ De mon point de vue, une telle utilisation du terme «vert» n'est pas appropriée pour l'énergie nucléaire, car elle néglige deux questions : l'impossibilité d'un traitement soutenable des déchets nucléaires, aussi bien que le risque de catastrophes naturelles ou humaines dans les installations nucléaires, qui peuvent avoir des effets dévastateurs (il suffit de regarder ce qui se passe aujourd'hui à la centrale atomique de Zaporijjia).

Sur ce sujet très important, nous avons pu compter sur d'excellentes présentations et discussions de la part de nos collègues Claas-Friedrich Germelmann (Leibniz-U. Hannover) et Stefan Storr (U. Graz).

Il est temps de terminer. Je suis reconnaissant d'avoir eu l'occasion d'expliquer l'unité du thème, tout en comprenant ses cinq segments autonomes. Si «Paris vaut bien une messe», la SIPE aussi...

J'ai dit.

²⁵ Luc FERRY, *Les Sept Écologies*, Éditions de l'Observatoire, Paris. 2021. En spécial, sur les «éco-modernistes» voir p. 181-201.

Finito di stampare nel mese di luglio 2024
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli