Anglo-German Law Journal

Herausgegeben in Deutschland vom / published in Germany by
Anglo-German Law Society e.V.
Postfach 08 07 09, 10007 Berlin
eingetragen beim AG Charlottenburg (Az.:VR 29205 B)
www.aglawsoc.org/aglj/
aglj@aglawsoc.org

Schriftleitung / Editors in Chief
Hannah Deters & Angelika Mohr

Layout:
Paul Benter & Dr. Katharina Steinbrück

All rights reserved
The Anglo-German Law Society e.V. does not guarantee the completeness and correctness of any published articles. The Anglo-German Society e.V. does not have any influence on the current and future design and content of linked external websites. No part of this publication may be reproduced, transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, recording or otherwise, or stored in any retrieval system of any nature, without the prior, express written permission of the Anglo-German Law Society e.V.

Enquiries concerning reproduction outside these terms and in other countries should be sent to the Editors in Chief.

Haftungsausschluss und Rechte
Alle Angaben und Daten wurden nach bestem Wissen erstellt, es wird jedoch keine Gewähr für deren Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Der Anglo-German Law Society e.V. hat keinerlei Einfluss auf die aktuelle und zukünftige Gestaltung und auf die Inhalte von per Link verknüpften externen Seiten.

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verein das einfache, räumlich unbeschränkte Nutzungsrecht, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vereins. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen.

© Anglo-German Law Society e.V. 2022

Foreword

Dear Reader,

We are delighted to share the 2022 issue of the Anglo-German Law Journal with you, which includes articles on a variety of current legal topics:

As one of the greatest challenges of our time, the fight against climate change requires a united front with commonly agreed upon climate policies and standards across countries to mitigate its impact. Marlene Becker investigates whether the climate change provisions contained in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement can adequately contribute to achieving this goal. Meanwhile, Elena Lorenz takes the upcoming 15th anniversary of Art. 51 of the Charter of Fundamental Rights of the EU as an opportunity to re-evaluate the applicability of the Charter in Germany and the relationship between multi-level human rights systems in Europe. Two of our articles highlight the increasing procedural importance of preliminary injunctions in patent law. Hannah Hagen investigates the procedural requirements for granting an injunction in England and Germany, with the CJEU case C-44/21 bringing the latter likely closer to the English approach. Christian Rottonara explores the phenomenon of extraterritorial Anti-Anti Suit Injunctions, and whether its existence can be justified under Art. 6 (1) ECHR. In light of Russia's invasion of Ukraine, the treatment of refugees and migrants and the approaches of different jurisdictions in the field of asylum law remain particularly relevant. Luisa Spiller examines the practice of immigration detention in the UK and Germany from a criminological perspective, while Felix Schumacher analyses the constitutional background of asylum law in the UK and Germany with reference to current geopolitical turmoil.

We thank our authors for their contributions and our reviewers for their time and thorough feedback. The publication of the Anglo-German Law Journal would not be possible without the generous funding provided by the Anglo-German Law Society e.V. and the AGLS committee's logistical efforts.

Lastly, after years of dedication, our long-time Editor-in-Chief, Dr. Katharina Steinbrück, has handed over the reins to us. Her hard work on the AGLJ over the years is the sole reason it continues to exist to this day. We are grateful for her continued support during the transition period and her invaluable advice.

The Editors in Chief

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d) & Referendare (m/w/d) an allen deutschen Standorten

Zur Unterstützung unserer Expertenteams sind wir auf der Suche nach Ihnen. Wenn Sie heute an Mandaten mitarbeiten wollen, über die morgen in der Fachpresse berichtet wird, bewerben Sie sich.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

Weitere Informationen finden Sie unter
www.allenovery.de/careers

Bianca Städter – Senior Manager Legal Recruitment
+49 (0)69 2648 5588
recruitment.germany@allenovery.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings.
© Allen & Overy LLP 2022 CS2110_CDD-66127

allenovery.com/careers

Inhaltsverzeichnis
Table of Contents

The EU-UK Trade and Cooperation Agreement 7
A Drop in the Ocean for Climate Change Mitigation?
Marlene Becker

Der vieldimensionale Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta 29
Eine Beleuchtung kontroverser und offener Rechtsfragen
Elena Lorenz

Einstweilige Verfügungen im Patentrecht: 69
Anpassungsbedarf der deutschen Rechtsauffassung nach britischem Vorbild und der Einfluss der EuGH-Vorabentscheidung C-44/21 vom 28.04.2022
Hannah Tabea Hagen

The European Anti-Anti-Suit Injunction within SEP Litigation 100
Developing an Extraterritorial Injunction by Civil Law Jurisdictions Based on Art. 6 (1) ECHR.
Christian Rottonara

Immigration Detention in the UK and Germany: 127
Punishing the *Enemy*
Luisa Spiller

Legal and Political Constitutionalism in German and UK Asylum Law 165
Felix Schumacher

Together we
make a mark

Join us and make a mark

Werden Sie Teil unseres Teams als **Berufseinsteiger, Referendar** oder **wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w/d)**.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

E germanylegalrecruiting@whitecase.com
whitecase.com/karriere

Join us and make a mark!
Exklusives Trainee Programm
Wahlstation im Ausland
Einbindung in herausfordernde Mandatsarbeit
Globales Netzwerk und Internationalität
Vielfalt und wertschätzendes Miteinander

WHITE & CASE

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt am Main | Hamburg

The EU-UK Trade and Cooperation Agreement

A Drop in the Ocean for Climate Change Mitigation?

by
Marlene Becker*

King's College London, Humboldt University of Berlin

Abstract

A key part of the 'Brexit agreement' is the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA), which contains provisions concerning environmental law and climate change policies. This paper examines the level of climate protection contained in the TCA by exploring the general context of the TCA, scrutinizing the most significant provisions in the TCA concerning climate change, and evaluating the TCA's impact on the energy sector. It concludes that, while the TCA contains innovative and far-reaching provisions for climate change mitigation, this policy floor risks being too narrow in its application and is unlikely to offer adequate levels of climate protection in its current form.

* Third-year law student of the double-degree LLB-Programme "English Law and German Law" (King's College London), and a member of the European Lawyer programme (European Law School Network). The author is currently spending her third year at Humboldt Universität zu Berlin to take her First State Exam in 2025, and plans to complete a maîtrise en droit at the Université Paris-Panthéon-Assas.

A. Introduction

A central part of the 'Brexit agreement' between the United Kingdom (UK) and the European Union (EU) is the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA), which entered into force on 1 May 2021. Although the agreement covers a wide range of sectors, including digital trade, fisheries and transport, the TCA has been criticized by experts in these fields and scholars alike. Criticism ranges from difficulties enforcing it and its incompleteness to negative consequences looming over the services sector, and the introduction of trade barriers.[1] While the focus has mostly been on the negative implications for different trade sectors, this paper explores the impacts that the TCA agreement has on one of the most significant and urgent challenges of our time: climate change. For the purpose of this article, the level of climate protection offered by the TCA will be assessed by examining the protection of existing environmental laws and policies, and introduction of novel climate regulation.

This article is divided into four sections. Firstly, it will set out the general context and the connection between Brexit and climate change. Secondly, it will explore to what extent the most significant environmental law provisions in the TCA offer climate protection. This includes a focus on the guiding principles in the preamble, the so-called 'essential element' provisions, the level playing field provisions and commitments to international treaties and conventions. Lastly, the impact of the TCA on the energy sector will be explored - a sector that plays a major role in the context of climate change.

[1] *inter alia* Bennett and Vines, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement: lessons learnt'; Weiß, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement: an unfinished deal'; Peers, 'So close, yet so far: The EU/UK Trade and Cooperation Agreement'; Eckers and Leinio-Sandberg, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement – Exceptional Circumstances or a new Paradigm for EU External Relations?'.

B. Climate Change and Brexit – a difficult relationship in troubled waters

Prior to Brexit, the UK was subject to EU environmental and climate legislation. Hence, the EU played a major role in setting the energy and climate policies and standards in the UK.[2] In particular, the European Commission and Court of Justice of the EU were essential for 'driving improvements to the UK's environment during the UK's membership of the EU'[3] through regulatory standards, governance and enforcement structures regarding *inter alia* the protection of habitats, the regulation of chemicals and standards for the energy efficiency of household products.[4] This potential gap of environmental governance post-Brexit led to concerns that Brexit might cause a decline of environmental standards and that the UK would become the 'dirty man of Europe.'[5] Although former Prime Minister Boris Johnson said that the government 'place(s) the climate change agenda at the absolute core of what (it) is doing',[6] there seemed to be 'no coordinated plan with clear milestones towards achieving the (UK's 2050 net zero) target.'[7] Consequently, there is essentially a policy gap today between the net zero target and current UK policies.[8] It seems clear, therefore, that the existence or scale of these

[2] *inter alia* Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council, 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH); Title XX, Article 191 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU); Council Directive 92/43/EEC, 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora.

[3] European Union Committee, House of Lords 'Beyond Brexit: food, environment, energy and health', 31.

[4] ibid.

[5] Harrison, 'Continuity, convergence and change in environmental law and governance in Scotland – an assessment of recent developments and future directions', 316; Vidal, 'Brexit would return Britain to being 'dirty man of Europe'.

[6] Commons Chamber, Debate: 'Priorities for Government'.

[7] Climate Change Committee, 'Sixth Carbon Budget'.

[8] ibid.

governance gaps depends on agreements between the EU and UK about their future relationship.[9] Hence, Brexit will inevitably have an effect on the UK's net zero commitments and climate policies, and consequently, on climate change on a global level.[10] The potential reduction of environmental protection in the UK would impact the EU's biosphere and its strategic transnational agenda through the transborder effects of climate change.[11] The scale of these changes in the UK and EU will depend on agreements, such as the TCA, and their application.

C. Implications of the TCA on the Environmental Sector and Climate Change

The implications of the TCA on environmental law and climate change will be examined by looking at the most important environmental provisions in the TCA. Firstly, it will be explored how the diverging interests of the EU and the UK regarding climate protection have been reconciled in the preamble (C.I). Secondly, it will be analysed whether the different types of provisions that seek to protect against climate change deliver on what they promise (C. II-III). Then, it will be examined whether the commitments in the TCA go beyond the commitments already established in international treaties and conventions (C. IV).

[9] Harrison, *supra* note 5, at 316.

[10] Froggatt and Kuzemko, 'Brexit Implication for UK Decarbonisation Objectives', 3.

[11] Leonelli, 'From Extra-Territorial Leverage and Transnational Environmental Protection to Distortions of Competition: The Level Playing Field in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement', 611.

I. The Preamble

In s. 9 of the Preamble of the TCA, the EU and the UK recognise the importance of cooperation, and the need for partnership 'underpinned by a level playing field (…) to uphold their respective high levels of protection of (…) environment (and) the fight against climate change'. However, this seems to be qualified by s. 7 of the Preamble, which states that the UK and EU recognize their 'respective autonomy and rights to regulate within their territories in order to achieve legitimate public policy objectives such as (…) the environment including climate change (…) while striving to improve their respective high levels of protection'. Similarly, Art. 340 TCA states that the parties can still define or regulate their own levels of protection in pursuit or furtherance of its public policy objectives in areas including climate change. While these provisions set a welcoming policy floor, the varying expectations and priorities will likely create significant difficulties in the future application of these rather vague provisions. Hence, the Preamble does not constitute a reliable tool for upholding or promoting levels of climate protection.

These contrasting approaches and expectations could already be seen prior to the ratified TCA version. During negotiations, the EU pursued a common interest approach, highlighting the importance of upholding common high standards and using changing EU standards as reference points over time.[12] The UK, on the other hand, was concerned about strict obligations of continuous alignment of standards as this might undermine its ability to regulate independently.[13] The UK, therefore, gave importance to 'both parties respecting one another's legal autonomy and right to manage their own

[12] Harrison, *supra* note 5, at 324.

[13] Hallak, 'The level playing-field for labour and environment in EU-UK relations', 2.

resources' during negotiations.[14] Reconciling these contrasting approaches in the TCA posed a difficult challenge and is reflected in the divergent provisions in the preamble.[15]

II. 'Essential Element'

In s. 1 of the Preamble of the TCA the UK and EU reaffirm their commitment to 'democratic principles, to the rule of law, to human rights, to countering proliferation of weapons of mass destruction and *to the fight against climate change*, which constitute *essential elements* of this and supplementing agreements'.[16] Art. 771 TCA confirms that 'Fight against climate change' (Art. 764 (1) TCA) constitutes an 'essential element'. According to Art. 773 TCA, 'serious and substantial failure' to fulfil an obligation under an 'essential element' may lead to the termination or suspension of the agreement in whole or in part. Listing climate change as an 'essential element' along with fundamental democratic principles and the rule of law in a trade agreement might seem surprising at first. It is, however, a justified and important signal, when considering the 'existential threat to humanity' that climate change poses (Art. 367 TCA). This makes the TCA innovative as it is the first trade treaty to 'make climate change a "make-or-break issue."'[17]

However, a degree of uncertainty remains as to what constitutes such a breach and, therefore, the scope of this provision. Art. 772 (4) TCA specifies that 'an act or omission which materially defeats the object and purpose of the Paris Agreement shall always be considered as a serious and substantial failure.'

[14] Harrison, *supra* note 5, 324.

[15] ibid at 325.

[16] Emphasis added.

[17] Gehring, 'The EU-UK Agreement is the first to make climate a make-or-break issue'.

While this sets a very high threshold to meet, it is a necessary requirement to underline the importance of the fight against climate change.[18] Under the current environmental circumstances, this should arguably be the minimum requirement. Due to the potentially significant consequences of a breach, such requirement may serve well as a deterrent against breach or, alternatively, give persuasive reason for parties to actively avoid breach. Thus, this provision indirectly ensures a secure level of environmental protection.

III. Level Playing Field

Firstly, the meaning of the level playing field provision will be explored. This is followed by an examination of the level of climate protection provided by the corresponding non-regression clause and the rebalancing clause.

1. Level Playing Field Clause

S. 9 of the Preamble of the TCA states that the UK and EU recognise 'the need for an ambitious, wide-ranging and balanced economic partnership to be underpinned by a level playing field (…) to uphold their respective high levels of protection in the areas of labour and social standards, environment, the fight against climate change, and taxation'. Title XI sets out this level playing field, also with regards to protection of the environment and climate change.

The wording of a 'Level Playing Field' might, however, be misleading. It suggests that 'dynamic alignment' is taking place. Dynamic alignment occurs when parties to a trade agreement maintain equivalent regulatory standards to each other in the future. It helps to ensure fair competition by ensuring that if one party increases its standards, the others do the same. However, Art. 355 TCA provides that 'the purpose of (the Level Playing Field) Title is

[18] Williams, Greener UK, 'Written evidence EEH0030'.

not to harmonise the standards of the Parties.' Therefore, dynamic alignment in the form of adopting equivalent standards over time is not required by the Level Playing Field Provision.[19] Instead, the 'Level Playing Field' is a form of 'static alignment.' This is achieved through the non-regression provisions explored below. The provisions can essentially be classified as non-regression obligations rather than forms of dynamic alignment or level playing field provisions.[20] The lack of dynamic alignment provisions means that if one party chooses to increase their standards, the other one does not have to do so in parallel. Having higher environmental standards than other countries means that the same type of work might be more expensive or complicated to complete. Therefore, members from varying sectors, such as the fashion industry, might try to avoid outsourcing to countries with the highest standards and prefer countries with lower standards.[21] Thus, the party with the higher standards risks incurring different forms of detriment, including an economic one. Hence, the EU and UK might be more hesitant about introducing higher levels of environmental protection. Therefore, the lack of dynamic alignment may impede further environmental protection.

Surprisingly, the definition of the 'necessary climate level of protection' for both respective parties under the agreement in Chapter 7 is stated in Art. 390 s. 3 TCA as being 'the Union, the 40 % economy-wide 2030 target, including the Union's system of carbon pricing (and) for the United Kingdom, the United Kingdom's economy-wide share of this 2030 target, including the United Kingdom's system of carbon pricing.' This signifies a 37 % reduction by 2030 for the UK which does not correspond with the 'new ambitions agreed with the EU of a 55 % reduction, nor (does it) align with the announced 68%

[19] Leonelli, *supra* note 11, at 615.

[20] Gehring, *supra* note 17.

[21] Dai, Duan, Liang, Ng, 'Outsourcing Climate Change', 30.

reduction from 1990 levels for the UK'[22] and sets, therefore, a disappointingly low threshold. This low requirement does not only fail to offer further climate protection, but goes even below the already binding targets.

2. Non-regression Clause

The non-regression clause contained in Chapter 7 Art. 391 TCA provides a strict obligation that the UK and EU 'shall not weaken or reduce (…) its environmental levels of protection or its climate level of protection below the levels that are in place at the end of the transition period, including by failing to effectively enforce its environmental law or climate level of protection.' However, there is an additional requirement that such weakening or reduction must be done 'in a manner affecting trade or investment between the Parties.' The scope of Art. 381 TCA is reduced significantly by excluding all other effects that are not connected to trade or investment between the Parties. This means that the provision can only be applied in the narrow circumstances of trade and investment while it has no effect on all other cases. This risks the possibility of a failure to enforce environmental standards in such excluded cases. Hence, Art. 391 TCA will be of little help in enforcing satisfactory levels of climate protection, for example, in cases of biodiversity protection.

It is currently unclear how extensively this requirement will be interpreted and how relevant environmental goals that are not clearly connected to trade, such as biodiversity protection, will fit into this.[23] It has been argued that this constitutes a high bar to reach.[24] This test is likely to exclude application to environmental issues that lack a connection to trade, due to the provisions'

[22] ibid.

[23] Bird Life International, 'The EU and the UK have agreed to keep working together. What's in it for nature?'.

[24] European Union Committee, *supra* note 3.

narrow scope and the imposition of an incredibly heavy evidential burden.[25]

This narrow focus might limit the value of the non-regression clause immensely to a strict economic level.[26] However, this phrase has been used in other trade treaties, where it was interpreted widely, offering a broad scope of application.[27] It remains to be seen how the precise meaning will be interpreted on a case-by-case basis, leaving some uncertainty for the following years.[28]

Furthermore, while the inclusion of a non-regression clause is broadly welcomed, it only prevents a 'race to the bottom', hindering the parties from implementing standards that are insufficient to reach the Paris Agreement goals that the parties have to adhere to regardless.[29] This economically framed level playing field could be seen as the lowest common denominator that fails to promote joint ambitions beyond these goals for transnational environmental protection.[30] While the level playing field and its corresponding provisions protect the EU and UK from major economic detriments, this focus on trade is insufficient for the necessary safeguarding of the biosphere and binding decarbonisation plans of both parties.[31] Hence, non-regression clauses do not go far enough in protecting existing climate legislation and levels of protection.

[25] Williams, *supra* note 18.

[26] ibid; Leonelli, *supra* note 11, at 621.

[27] Bronckers, 'Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements, 33.

[28] Harrison, *supra* note 5, at 326.

[29] Wachowiak, 'EU-UK climate cooperation post Brexit – a case for optimism?', 2.

[30] Leonelli, *supra* note 11, at 615.

[31] Leonelli, *supra* note 11, at 636.

3. Rebalancing Clause

One way of promoting such future joint ambitions might be the rebalancing clause in Art. 411 TCA which allows the UK and EU to take rebalancing measures that 'are strictly necessary and proportionate' if 'material impacts on trade or investment arise as a result of significant divergences between the Parties (…) to address this situation.' This should, in theory, prevent the lowering or keeping of standards from fear of competitive disadvantages. In practice, however, this could lead to a 'tit-for-tat tariff escalation, with definitely negative consequences overall.'[32]

The requirement of 'material impacts' is to be interpreted as a 'relatively high threshold', so that not every future divergency will necessarily qualify for rebalancing measures, but that significant departures in the field of climate protection could qualify for rebalancing measures, challengeable through arbitration.[33] Similarly, it will likely be difficult for the claimant to discharge the burden of proof.[34] The concern has been raised that the rebalancing mechanism essentially acts more as an incentive rather than an actual deterrent for future divergence.[35] The main concern, it has been argued, is that tightening up rules in the EU might harm the EU's economy and might cause reluctance in other member states to bind themselves to future EU regulation, as the UK will not necessarily follow alongside and thereby gain a competitive advantage.[36]

---

[32] Wachowiak, *supra* note 30, at 2; Lydgate, Szyszcak, Winters, Anthony, 'Taking Stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Governance, State Subsidies and the Level Playing Field'.

[33] Gehring, *supra* note 17.

[34] Leonelli, *supra* note 11, at 632.

[35] Aktoudianakis, Biskup, Bodson, Eisl et al, 'Towards an ambitious, broad, deep and flexible EU-UK partnership?', 15.

[36] ibid.

At this time, there remains a degree of uncertainty about the application of novel rebalancing provisions in practice. The first cases will be essential in determining how certain terms, such as 'material impact', and what can be considered admissible, are interpreted.[37] Some future difficulties might arise related to the devolved institutions of the UK as the TCA does not account for varying environmental standards across the UK and is, essentially, blind to devolution.[38] Overall, the rebalancing mechanism is too narrow to sufficiently maintain the EU biosphere. Furthermore, a decrease of the UK's levels of protection would affect its own targets but would also affect the EU's transnational agenda.[39] Consequently, this constitutes an incomplete cover of environmental protection.

4. Level playing field and EU FTAs

Since 2006, EU Free Trade Agreements (FTAs) go beyond tariffs and now include provisions to promote sustainable development.[40] These 'second-generation' FTAs, including those with Canada or Singapore,[41] affirm the EU's commitment to maintain present levels of labour and environmental protection, much like the TCA non-regression clause.[42] The TCA goes even further and contains more specific commitments and more robust dispute settlement mechanisms including remedies and sanctions.[43] The provisions

[37] Williams, *supra* note 18.

[38] Harrison, *supra* note 5, at 328.

[39] Leonelli, *supra* note 11, at 633.

[40] Hallak, *supra* note 12, at 5.

[41] Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, OJ L 11, 2017, 23–1079; Free trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, OJ L 294, 2019, 3–755.

[42] ibid 7.

[43] Velut, Baeza-Breinbauer, De Bruijne, Garnizova et al, 'Comparative Analysis of

are more specific and far-reaching than broad facilitation and cooperation commitments, going further than most other EU FTAs.[44] However, the TCA non-regression and rebalancing provisions have limits. They are narrowed by the requirement that measures must have an impact on trade or investment, and potential difficulties of proving causation. Nevertheless, these innovative commitments can set relevant precedent for future EU climate policy.[45] While the level playing field and its corresponding clauses in the TCA do create a welcomed and necessary 'policy floor', its scope and effectiveness is highly dependent on its first interpretation and application.[46]

IV. Commitments to International Treaties and Conventions

The UK and EU agree to respect *inter alia* the Paris Agreement (Art. 764 TCA), the United Nations Convention on the Law of the Sea (Art. 493 TCA), UN and Food and Agriculture Organisation agreement (Art. 404 TCA) and reaffirm their ambition for economy-wide carbon neutrality by 2050 (Art. 355 TCA). Both parties reaffirm their targets for renewable energy 2030 in line with the Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, and the UK's National Energy and Climate Plan[47] in Art. 319 TCA and to comply with the United Nations Framework Convention on Climate Change in Art. 401 TCA. These commitments appear promising, but they

Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements', 63; ibid 9; Lydgate, Szyszcak, Winters, Anthony, 'Taking Stock of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Governance, State Subsidies and the Level Playing Field'.

[44] Gehring, *supra* note 17.

[45] Wachowiak, *supra* note 30, at 3.

[46] Froggatt and Kuzemko, *supra* note 10, at 1.

[47] The UK's integrated National Energy and Climate Plan - as per 31st January 2020, p. 30, (2.1.2).

merely pertain to already existing treaty obligations. There is no commitment to promote further climate protection.

D. The TCA and the energy sector

The UK has set itself the target of 100% decarbonisation to a net-zero in 2050 according to the Climate Change Act 2008 (2050 Target Amendment) Order 2019, while the EU targets of net-zero greenhouse gas emissions by 2050 as set out in the European Climate Law (Regulation EU 2021/1119). The energy sector plays a major role in achieving this as it is responsible for 75% of total greenhouse gas emissions in the EU and 21% in the UK.[48] The TCA contains various provisions concerning the energy sector in Title VIII. According to Art. 319 TCA, both parties shall promote energy efficiency and the use of energy from renewable sources, and affirm their existing plans and targets related to energy consumption and sources. More importantly, both parties are obliged to 'have in place an effective system of carbon pricing (and to) give serious consideration to linking their respective carbon pricing systems' according to Art. 392 TCA.

One major consequence of Brexit is that the UK left the European Emissions Trading System, a key instrument for combatting climate change and reducing carbon emissions in the EU through carbon pricing, and established the UK Emissions Trading Scheme.[49] Linking the EU Emissions Trading System and UK Emissions Trading Scheme would have several advantages, including market liquidity, price stability, and lowering the costs of net-zero emissions

[48] UK Government Department for Business, Energy and Industrial Strategy, '2020 UK Greenhouse Gas Emissions, Final Figures'; European Commission, 'Energy Factsheet'.

[49] Froggatt and Kuzemko, *supra* note 10, at 4.

for both parties.[50] Although the UK ETS Authority recently confirmed that the UK government is 'open to the possibility of linking the UK ETS internationally', one can only speculate when or if this linkage will take place in the near future.[51] Positively, a temporary system for carbon pricing has been established for now. Moreover, interconnectors between continental Europe and the Republic of Ireland continue to supply energy. This is a process that enhances the flexibility of the energy system and has 'clear benefits for decarbonization.'[52] Furthermore, it has been suggested that Brexit could lead to beneficial competition between EU and UK regarding climate policy.[53]

However, the after-effects of Brexit pose an increased risk of a substantial weakening of climate policy, impacting the energy sector.[54] At this point, there remains fundamental uncertainty about the future long-term carbon and energy trading policies between the EU and UK.[55] Firstly, there is uncertainty over divergence between EU and UK policy. The EU does not scrutinise the UK's retained policies post-Brexit. This lack of scrutiny increases the likelihood of future policy divergence between the EU and UK.[56] In light of divergence risks, there is long-term uncertainty over energy policies. Secondly, the TCA fails to account for regulations following the termination period of June 2026.[57] This uncertainty makes it more difficult for the energy sector to make long-term plans and investments. This lack of a reliable long-term regulatory framework

[50] Wachowiak, *supra* note 30, at 2.

[51] Joint consultation of the UK Government, the Scottish Government, the Welsh Government and the Department of Agriculture, Environment and Rural Affairs for Northern Ireland, 'Developing the UK Emissions Trading Scheme (UK ETS)'.

[52] Froggatt and Kuzemko, *supra* note 10, at 8.

[53] Pollitt, 'The further economic consequences of Brexit: energy', 174.

[54] ibid at 176.

[55] Froggatt and Kuzemko, *supra* note 10, at 10.

[56] Pollitt, *supra* note 53, at 175.

[57] European Union Committee, supra note 4.

risks the possibility that the industry is more hesitant to make necessary, but potentially expensive, climate friendly changes before the termination period. With 2050 approaching quickly, it would be more beneficial if the UK and EU could adapt to a new long-term regulatory framework before 2026 to avoid additional costs and to have more time to work consistently towards their respective decarbonization goals. Thirdly, the TCA fails to cover sufficiently new sources of energy such as hydrogen, which might give rise to entirely new regulatory arrangements between the EU and UK.[58] Furthermore, it has been suggested that Brexit will weaken internal EU support for the EU Emission Trading Scheme, carbon capture and storage.[59] Although the current temporary carbon systems seem to cause no major organizational or economic issues, the future long-term uncertainty about carbon trading policies could be detrimental to the EU's and UK's respective decarbonization goals. This sector-specific example shows that the TCA fails to provide specific tools for long-term strategies towards a future climate partnership between the EU and UK.[60] Therefore, the TCA fails to meet its full potential within the energy sector.

E. Conclusion

Overall, the TCA contains the most extensive commitments in comparison to other cross-border trade agreements towards the fight against climate change beyond general facilitation and cooperation provisions.[61] This is achieved by classifying climate change as an essential element, and the introduction of non-regression and rebalancing provisions. However, the TCA fails to provide long-term strategies for a future climate partnership between the EU and UK.

[58] Pollitt, *supra* note 53, at 176.

[59] ibid at 174.

[60] ibid at 3.

[61] Gehring, *supra* note 17.

While it creates a desirable 'policy floor', its scope and effectiveness is highly dependent on its first interpretation and application. The first disagreements and arbitration proceedings will be crucial for the future role of the climate provisions in the TCA. While disagreements and conflicts between the UK and EU are unlikely to ebb away in the future, there is a strong rationale and urgent need for cooperation with regards to climate action. Constructive dialogue and cooperation in good faith are essential for a beneficial future interpretation and application of the TCA for the UK, EU and climate change mitigation on a global scale as a whole that goes beyond the minimum baseline of international law. Both parties should try, while retaining their respective global economic competitiveness, to cooperate on the basis of the TCA provisions to achieve their respective legally binding net zero targets and possibly go beyond them, driving their climate ambitions jointly.

Bibliography

A Aktoudianakis, P Biskup, B Bodson, A Eisl et al, 'Towards an ambitious, broad, deep and flexible EU-UK partnership?', European Policy Centre, 2020, https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2020/06/Implications-of-Brexit-web_book-EPC-June-2020.pdf (last accessed: 24 November 2022.).

A Bennett and D Vines, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement: lessons learnt', 38(1) Oxford Review of Economic Policy (2022) 68–81.

A Froggatt and C Kuzemko, 'Brexit Implication for UK Decarbonisation Objectives', UK Energy Research Centre, https://d2e1qxpsswcpgz.cloudfront.net/uploads/2021/07/UKERC_Brexit-Implications-for-UK-Decarbonisation-Objectives.pdf (last accessed 27 August 2022).

Bird Life International, 'The EU and the UK have agreed to keep working together. What's in it for nature?', https://www.birdlife.org/news/2021/02/26/eu-and-uk-have-agreed-keep-working-together-whats-it-nature/ (last accessed: 29 August 2022).

C Eckers and P Leinio-Sandberg, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement – Exceptional Circumstances or a new Paradigm for EU External Relations?', 85(1) Modern Law Review (2021) 164 – 197.

Climate Change Committee, 'Sixth Carbon Budget', 2020, https://www.theccc.org.uk/publication/sixth-carbon-budget/ (last accessed: 29 August 2022).

Commons Chamber, Debate: 'Priorities for Government', 2019, https://www.parallelparliament.co.uk/debate/2019-07-25/commons/commons-chamber/priorities-for-government (last accessed: 29 August 2022).

E Lydgate, E Szyszcak, L Winters, C Anthony, 'Taking Stock of the UK-EU

Trade and Cooperation Agreement: Governance, State Subsidies and the Level Playing Field', 2021, http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/96591/1/Lydgate%20Szyszcak%20Winters%20Anthony%202021%20Taking%20stock%20of%20the%20UK-EU%20TCA.pdf (last accessed: 29 August 2022).

European Commission, 'Energy Factsheet', 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/FS_21_3672 (last accessed: 28 August 2022).

G Leonelli, 'From Extra-Territorial Leverage and Transnational Environmental Protection to Distortions of Competition: The Level Playing Field in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement', 33, Journal of Environmental Law, (2021), 611 – 638.

European Union Committee, House of Lords, 'Beyond Brexit: food, environment, energy and health', 22nd Report of Session 2019-21, https://committees.parliament.uk/publications/5176/documents/52140/default/ (last accessed: 28 August 2022).

I Hallak, 'The level playing-field for labour and environment in EU-UK relations', European Parliamentary Research Service, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690576/EPRS_BRI(2021)690576_EN.pdf (last accessed 28 August 2022).

J Harrison, 'Continuity, convergence and change in environmental law and governance in Scotland – an assessment of recent developments and future directions', 25(3) Edinburgh Law Review (2021) 315 – 341.

J Velut, D Baeza-Breinbauer, M De Bruijne, E Garnizova et al, 'Comparative Analysis of Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements', 2022, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2022/february/

tradoc_160043.pdf (last accessed: 29 August 2022).

J Vidal, 'Brexit would return Britain to being 'dirty man of Europe', 2016, https://www.theguardian.com/environment/2016/feb/03/brexit-would-return-britain-to-being-dirty-man-of-europe (last accessed: 29 August 2022).

J Wachowiak, 'EU-UK climate cooperation post Brexit – a case for optimism?', European Policy Centre Friedrich Ebert Stiftung London Office, https://www.epc.eu/content/PDF/2021/EU-UK_Climate_cooperation_PB.pdf (last accessed: 25 August 2022).

Joint consultation of the UK Government, the Scottish Government, the Welsh Government and the Department of Agriculture, Environment and Rural Affairs for Northern Ireland, 'Developing the UK Emissions Trading Scheme (UK ETS)', 2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1067125/developing-the-uk-ets-english.pdf (last accessed: 28 August 2022).

M Bronckers, 'Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements', 24(1), Journal of International Economic Law, (2021) 25 – 51.

M Gehring, 'The EU-UK Agreement is the first to make climate a make-or-break issue', 2021, UK in a Changing Europe, https://ukandeu.ac.uk/the-eu-uk-agreement-is-the-first-to-make-climate-a-make-or-break-issue/, (last accessed 23 August 2022).

M Pollitt, 'The further economic consequences of Brexit: energy', 38(1) Oxford Review of Economic Policy (2022) 165 – 178.

Public Accounts Committee, House of Commons, 'Achieving Net Zero', Forty-Sixth Report of Session 2019-21, https://committees.parliament.uk/publications/4921/documents/49419/default/ (last accessed: 29 August 2022).

R Dai, R Duan, H Liang and L Ng, 'Outsourcing Climate Change', European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 723/2021, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3765485 (last accessed: 24 Novermber 2022).

S Peers, 'So close, yet so far: The EU/UK Trade and Cooperation Agreement', 59(1) Common Market Law Review (2022) 49 – 80.

S Williams, Greener UK, 'Written evidence EEH0030', https://committees.parliament.uk/writtenevidence/22443/pdf/ (last accessed: 28 August 2022).

UK Government Department for Business, Energy and Industrial Strategy, '2020 UK Greenhouse Gas Emissions, Final Figures', 2022, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1051408/2020-final-greenhouse-gas-emissions-statistical-release.pdf (last accessed: 28 August 2022).

W Weiß, 'The EU-UK Trade and Cooperation Agreement: an unfinished deal', Institute of European Law, Paper 02-2021, https://www.uni-speyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Weiss/Aktuelles/Weiss_EU_UK_TCA_Bham_IEL_Working_Paper202102.pdf); https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/eeeea3ec-en.p?expires=1669290502&id=id&accname=guest&checksum=6FD5DD06480C654EEA406AFB248EF926 (last accessed: 24 November 2022).

CLEARY GOTTLIEB

Wir suchen Dich!

Verstärke unser Büro in Frankfurt am Main oder Köln als Rechtsanwalt, Referendar, juristischer Mitarbeiter oder Praktikant (m/w/d) und werde Teil von Cleary Gottlieb.

Ob Berufseinsteiger oder Nachwuchsjurist – als Mitglied eines hochqualifizierten Teams arbeitest Du an spannenden Projekten mit und tauchst so in die Anwaltspraxis einer internationalen Wirtschaftskanzlei ein. Bist Du Referendar, unterstützen wir Dich umfassend bei der Vorbereitung auf das Zweite Staatsexamen.

Du passt zu uns, wenn Du hervorragend qualifiziert und engagiert bist, eine juristische Karriere mit internationaler Perspektive anstrebst und eine kollegiale Arbeitsatmosphäre schätzt. Haben wir Dein Interesse geweckt? Dann freuen wir uns auf Deine Bewerbung an *gerlegalrecruit@cgsh.com*.

ABU DHABI BAY AREA BRÜSSEL FRANKFURT HONGKONG
KÖLN LONDON MAILAND NEW YORK PARIS PEKING
ROM SÃO PAULO SEOUL WASHINGTON D.C

clearygottlieb.com

Der vieldimensionale Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta

Eine Beleuchtung kontroverser und offener Rechtsfragen

von

*Elena Lorenz**

Universität Passau

Zusammenfassung

Die mit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2007 eingeführte Grundrechtecharta der EU (GRCh) sieht weitreichende Fundamentalrechte zugunsten der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger vor. Trotz einer entsprechenden normativen Verankerung in Art. 51 GRCh ist der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte auch kurz vor dem 15-jährigen Jubiläum immer noch umstritten. Dieser Beitrag nimmt dies zum Anlass, die rechtlichen Problemstellungen im Zusammenhang mit Art. 51 GRCh umfassend zu analysieren. Als besonders spannend erweisen sich die Rolle des EuGH und die Positionierungen in seiner Rechtsprechung, welche maßgeblich zu dem aktuellen dynamischen Entwicklungsstand beigetragen haben. Aus deutscher Perspektive sind daneben auch die Urteile Recht auf Vergessen I und II als jüngste Evolutionsstufen der vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entwickelten Dogmatik in der Schnittstelle zwischen den Grundrechten des Grundgesetzes und denjenigen der GRCh bedeutsam. Die Vielzahl an noch ungeklärten Fragestellungen in Bezug auf das Verhältnis der verschiedenen Grundrechtsregime in Europa verblüffen. Insbesondere sollte eine lückenlose Klärung der jeweiligen Anwendungsbereiche angestrebt werden, um den übergeordneten Verfassungsgerichtsverbund im europäischen Mehrebenensystem nachhaltig zu stärken.

* Die Autorin (LL.B. Öffentliches Recht) studiert derzeit Rechtswissenschaften an der Universität Passau. Ihr Schwerpunktstudium absolvierte sie im Bereich des Europäischen und Internationalen Rechts. Im Laufe ihrer akademischen Ausbildung setzte sie sich in verschiedenen Kontexten vertieft mit dem Menschenrechtsschutz in Europa durch die Europäische Union sowie durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auseinander.

A. Einführung

Im Zuge des Reformvertrags von Lissabon wurde mit Art. 51 GRCh eine Norm zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte geschaffen, deren Auslegung Kontroversen schuf, die ihresgleichen suchten. Vor allem zur Fragestellung, wie der Terminus „Durchführung des Unionsrechts" durch die Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh auszulegen ist, entwickelte sich eine Vielzahl an Meinungen.[1] Die Rechtsprechung des EuGH vermochte diese Debatten nicht zu beenden. Teils trug seine Judikatur sogar signifikant zur Kontroverse um das Thema bei: Beispielsweise wurde das prominente *Åkerberg Fransson*-Urteil[2], welches die Debatte um die Auslegung der Durchführung des Unionsrechts abschließen sollte, scharf kritisiert und zwischenzeitlich als „Staatsstreich in Luxemburg"[3] oder als „Richterkrieg"[4] bezeichnet.

Auch wenn der EuGH im letzten Jahrzehnt einige offene Fragestellungen zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte klären konnte, sind bis heute mindestens ebenso viele Fragestellungen offengeblieben: Wann sind private Dritte an die Chartarechte gebunden? Wen schützen die Unionsgrundrechte? Wo gelten die Unionsgrundrechte? Wie werden die Unionsgrundrechte durch Höchstgerichte in den nationalen Rechtsprechungen angewandt? Diese und weitere Fragen sind trotz ihrer hohen Praxisrelevanz[5] nicht abschließend geklärt. Darüber hinaus bleiben selbst geklärte Themenkomplexe, wie die grundsätzliche Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aufgrund ihrer

[1] S.u. Abschnitt C. III. 2.

[2] EuGH, Beschluss vom 07.05.2013, AZ: C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 – *Åkerberg Fransson*.

[3] *Vogel*, „Staatsstreich" in Luxemburg?, StV 5, 2013.

[4] *Hipp*, Der Richterkrieg, in: Spiegel 10/2013, S. 39.

[5] *Latzel*, EuZW 2015, S. 658 (658).

Mehrdimensionalität schwer durchdringbar.[6] Grund dafür ist zum einen, dass der Anwendungsbereich von vielen Faktoren wie beispielweise dem Dimensionsgehalt des jeweiligen Grundrechts, dem Charakter des Akteurs oder dessen jeweiliger Handlungskompetenz auf dem Gebiet abhängt. Die ergänzende Determinierung des Anwendungsbereichs mittels zahlreicher Urteile erschwert ebenfalls die Nachvollziehbarkeit.

Dies soll zum Anlass genommen werden, im vorliegenden Beitrag zum einen die bereits gefestigte Rechtslage, zum anderen die noch offenen Fragestellungen zu beleuchten. Zunächst wird ein kurzer Überblick über die Unionsgrundrechte und deren Entwicklung unter besonderer Betrachtung des Anwendungsbereichs gegeben (*B.*). Darauf aufbauend soll die gefestigte Rechtslage bezüglich des Anwendungsbereichs, welcher sich aus Art. 51 GRCh ergibt, erläutert werden (*C.*). Im Anschluss hieran sollen die offenen Fragestellungen und aktuellen Entwicklungen analysiert werden (*D.*). Abschließend soll die derzeitige Situation – über zehn Jahre nach dem Inkrafttreten einer ursprünglich zur Klärung intendierten Norm – bewertet werden (*E.*).

B. Die Unionsgrundrechte und ihre Anwendung in der Europäischen Union: Definition, Entwicklung und Rechtsquellen

Die Unionsgrundrechte unterliegen keiner Legaldefinition,[7] unter ihnen werden jedoch alle durch das primäre Unionsrecht gewährten Grundrechte subjektiv-rechtlicher Natur verstanden.[8] Nachdem die Idee

[6] *Cremer*, in: Kischel/Masing, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, S. 19.

[7] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Einl. Rn. 2a.

[8] *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 7 Rn. 4, 104.

der Menschenrechte ihren Ursprung in Europa nahm, waren diese für die Integration und Identität Europas stets von konstitutiver Bedeutung.[9] Auch die Europäische Gemeinschaft etablierte frühzeitig, beginnend in den 1960er Jahren, und vorangetrieben durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs[10] einen Grundrechtsschutz, welcher sich auf allgemeine Rechtsgrundsätze und gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten stützte.[11] Damit einhergehend wurde auch der Anwendungsbereich der Grundrechte vom EuGH determiniert: Infolge seines prominenten *Wachauf*-Urteils wurden bereits damals die Union in allen ihren Handlungen sowie die Mitgliedstaaten sowohl bei der Umsetzung als auch der Durchführung von Gemeinschaftsrecht an die gemeinschaftlichen Grundrechte gebunden.[12] Einen weiteren nennenswerten Teil der Entwicklung stellt die *ERT*-Rechtsprechungslinie[13] dar, in welcher der EuGH den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte auch für die Grundfreiheiten festlegte. Bereits damals wurde an der betreffenden Rechtsprechung viel Kritik geübt. Im Raum stand vor allem der Vorwurf, dass die Grundrechtsanwendbarkeit für Mitgliedstaaten zu weit ginge.[14]

Final deklariert wurden die Unionsgrundrechte mit der Grundrechtecharta. Diese erlangte infolge des Vertrags von Lissabon 2009 Rechtsverbindlichkeit, wenn auch nicht als Teil der Verträge selbst, so doch als gleichrangiges Element, vgl. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV. Sie sollte das Ende einer langen Grundrechtsentwicklung und -kontroverse in Europa markieren, wenngleich

[9] *Nußberger*, EuGRZ 2020, S. 389 (389).

[10] *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 1 Rn. 59.

[11] Ibid, Rn. 58.

[12] EuGH, Urteil vom 13.07.1989, AZ: C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321 – *Wachauf*, Rn. 19.

[13] EuGH, Urteil vom 18.06.1991, AZ: C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 – *ERT*.

[14] *Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, S. 104.

sie letztendlich lediglich Sichtbarkeit der Grundrechte schuf und überwiegend eine Niederschrift der bislang bereits geltenden Rechtssätze war.[15] Entgegen der Erwartungen[16] führte die Einführung der Charta zumindest hinsichtlich der Festsetzung des Anwendungsbereichs der Chartarechte durch Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh jedoch sogar zu einer Verschärfung der Diskussionen.[17]

Neben den Rechten der Charta bestehen die Unionsgrundrechte auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts, sich ergebend aus den Rechten der EMRK sowie den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV. Eine lückenfüllende und rechtsfortbildende Rolle nimmt zudem freilich die Rechtsprechung des EuGH ein.[18]

C. Art. 51 GRCh: Die Norm, ihr wörtlicher Regelungsgehalt und ihre Anwendung

Im folgenden Abschnitt soll der Normgehalt des Art. 51 GRCh aufgezeigt und analysiert werden.

I. Allgemeine Merkmale des Art. 51 GRCh: Kontext, Zweck sowie Entstehung der Norm

Art. 51 GRCh ist im allgemeinen *Teil VII* der Charta verortet, welchem gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV besondere Bedeutung zukommt.

---

[15] *Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, S. 475.

[16] *Thym*, NVwZ 2013, S. 889 (889 f.).

[17] *Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, S. 105.

[18] *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 1 Rn. 69.

Zweck der Grundrechte und ihres Anwendungsbereichs ist der Schutz der Bürger vor staatlicher Macht,[19] jedoch laut EuGH auch – bemerkenswerterweise – der Schutz des Vorrangs, der Einheit und der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts vor divergierenden nationalen Rechtsstandards.[20] Jene beiden teleologischen Anhaltspunkte sprächen daher für eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs. Für eine engere Auslegung des Anwendungsbereichs spräche hingegen das teleologische Argument, dass die Charta von jeher dazu bestimmt war, *neben* anderen Grundrechtsinstrumenten, wie der EMRK und nationalen Grundrechten, zu gelten.[21]

Die Entstehungsgeschichte der Charta im Rahmen der Beratungen des Grundrechtekonvents zeigt eine intensive Befassung mit der genauen Determinierung des Anwendungsbereichs gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh: Während der erste Vorschlag die Formulierung enthielt, dass Mitgliedstaaten „bei der Umsetzung und Anwendung von Unionsrecht“[22] die Grundrechte anzuwenden hätten, wurden in den folgenden Entwürfen u.a. die Formulierungen „bei der Anwendung“[23] sowie „im Geltungsbereich des Unionsrechts“[24] diskutiert. Daraus lässt sich schließen, dass jedenfalls eine konkrete Einschränkung des Anwendungsbereichs für die Mitgliedstaaten intendiert war.[25] Zudem wurde durch die Wortwahl eine Bezugnahme auf

[19] EuGH, Urteil vom 12.11.1969, AZ: C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57 – *Stauder,* Rn. 7.

[20] EuGH, Urteil vom 26.02.2013, AZ: C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni,* Rn. 60.

[21] *Gerkrath,* in: Masing/Jestaedt/Capitant/Le Divellec, Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, S. 18.

[22] Dokument CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5 vom 15.02.2000.

[23] Dokument CHARTE 4149/00 CONVENT 13 vom 08.03.2000.

[24] Dokument CHARTE 4316/00 CONVENT 34 vom 16.05.2000.

[25] *Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, S. 105.

die bestehende, o.g. Rechtsprechung deutlich.[26] Diese historische Auslegung legt nahe, dass insgesamt eine Kontinuität in der Rechtslage sowie eine Fortführung jener Regelungen bezweckt wurden. [27]

Somit wird deutlich, dass sich die Kontroverse um die Anwendung der Unionsgrundrechte nach Art. 51 GRCh bereits in die Zeit der Normentstehung zurückdatieren lässt.

II. Die Grundrechtsbindung der Union

Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh gelten die Unionsgrundrechte „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union" (*1.*), „unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips" (*2.*) sowie gem. Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRCh „unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten" (*3.*).

1. Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen

Organe der Union sind jene i.S.d. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Einrichtungen und sonstige Stellen sind alle durch primäres oder sekundäres Unionsrecht geschaffenen Institutionen.[28] Insgesamt trifft die Anwendungspflicht die gesamte Hoheitsgewalt der Union. Somit sind auch von der Union beherrschte privatrechtliche Einrichtungen oder Beliehene verpflichtet.[29] Die Reichweite der Grundrechtsbindung erstreckt sich auf sämtliche Aktivitäten der Union.[30]

---

[26] *Thym*, NVwZ 2013, S. 889 (890).

[27] Vgl. Erläuterungen zur Charta, ABl. 2007 C 303, S. 17.

[28] Erläuterungen zur Charta, ABl. 2007 C 303, S. 32; hierzu zählen bspw. alle in Art. 300-308 AEUV normierten Ämter.

[29] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 15.

[30] Ibid, Rn. 16 f.

2. Wahrung des Subsidiaritätsprinzips

Die Bindung der Union an die Grundrechte wird ausdrücklich dem Prinzip der Subsidiarität unterstellt, vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Nicht vollends geklärt ist die Frage, ob es sich hierbei um die generelle kompetenzrechtliche Subsidiarität i.S.d. Art. 5 Abs. 3 EUV oder eine grundrechtseigene Subsidiarität handelt.[31] Letztere würde den nationalen Grundrechten den Anwendungsvorrang vor den unionalen Grundrechten bei einem ausreichenden Schutzniveau einräumen. Dafür spricht sowohl der Kontext des Terminus in Abs. 1 S. 1 gegenüber demjenigen in Abs. 2 des Art. 51 GRCh[32] als auch Abs. 5 der Präambel, welcher die nationalen Grundrechte explizit in ihrer Bedeutung bekräftigt.[33] Relevant wird dies vor allem, wenn unionale und nationale Grundrechte nebeneinander zum Einsatz kommen.[34]

3. Eingrenzung der Grundrechtsbindung durch den Zuständigkeitsvorbehalt und die Schutzdimensionen der Grundrechte

Gem. Art. 51 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 GRCh sowie Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV werden die Zuständigkeiten und Aufgaben der Union sowie der Geltungsbereich des Unionsrechts durch die Charta in keiner Weise erweitert. Obwohl der Zuständigkeitsvorbehalt rein deklaratorischer Natur ist[35] und lediglich den Befürchtungen entgegenwirken sollte, dass die Charta die Zuständigkeiten der Union ausweiten könnte, führt er vor allem in Verbindung mit der jeweiligen Schutzdimension der Grundrechte zu einer großen materiellen Einschränkung

[31] *Teetzmann*, EuR 2016, S. 90 (91 f.).

[32] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 18.

[33] *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 10 Rn. 58.

[34] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 18.

[35] EuGH, Beschluss vom 03.07.2014, AZ: C-92/14, ECLI:EU:C:2014:2051 – *Tudoran*, Rn. 45.

der Grundrechtsgehalte: Zwar ist die Union bei *jedem* Handeln an die Unionsgrundrechte gebunden; keinesfalls jedoch bindet *jedes* der Rechte in der Charta die Union.[36] Zu unterscheiden ist hier vorwiegend zwischen der freiheitsrechtlichen sowie der schutz- und leistungsrechtlichen Dimension der einzelnen Rechte.

In der *abwehrrechtlichen* Funktion des Grundrechtsgehalts ergeben sich in aller Regel keine Zuständigkeitsprobleme, da jede unionale Handlung konditionslos[37] zur Grundrechtsbindung führt. Demgegenüber kann die Union bei *positiven Pflichten* nur handeln, wenn und soweit sie eine entsprechende Zuständigkeit innehat. Grund dafür ist, dass eine Anwendung der leistungsrechtlichen Grundrechtsdimension nicht zu vertrags- und chartawidriger Ausweitung der Unionskompetenzen führen darf,[38] wenn leistungsrechtliche Grundrechtsgehalte im Spannungsverhältnis zu fehlenden Kompetenzen der Union stehen. Da Leistungsgrundrechte eine Kompetenz voraussetzen, jedoch selbstständig keine begründen können,[39] laufen Chartagrundrechte mit Leistungspflichten schlichtweg leer, wenn die Union keine Kompetenz in diesem Bereich innehat und die Mitgliedstaaten nicht adressiert sind.[40] Beispielsweise haben Rechte wie Art. 14 Abs. 2 GRCh (Recht auf Teilnahme an unentgeltlichem Pflichtschulunterricht) schlichtweg keinen Anwendungsbereich, da die Union auf dem Gebiet des Pflichtschulunterrichts über keine Kompetenz verfügt, aus welcher sich Handlungspflichten ergeben könnten. Hingegen greift die Grundrechtsverpflichtung aus der Charta

[36] *Cremer,* in: Kischel/Masing, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, S. 19.

[37] S.o. Abschnitt C. II. 1.

[38] *Lindner*, DÖV 2000, S. 543 (545).

[39] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Art. 51 GRCh, Rn. 25.

[40] *Cremer,* in: Kischel/Masing, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, S. 22.

bei Mitgliedstaaten, bei denen im einschlägigen Bereich die Kompetenz verbleibt, mangels Unionsrechtsausübung gar nicht erst unmittelbar ein. In einigen Feldern besitzt die Union jedoch durchaus Kompetenzen, die auch zu Leistungspflichten führen können. Dies gilt beispielsweise für Art. 15 GRCh (Wirtschaftsgrundrechte). In diesem Bereich wurde der EU eine Kompetenz übertragen (Art. 19 AEUV, Abbau von Diskriminierungen im Wirtschaftsleben). Auch Art. 42 GRCh (Recht auf Zugang zu Dokumenten) verpflichtet die Union im Rahmen ihrer Kompetenzen.[41] Es laufen daher keinesfalls *alle* Leistungsrechtsgehalte leer, sondern lediglich jene, in welchen die Union nicht zu Handlungen irgendeiner Art ermächtigt worden ist. Derartige Konstellationen spielten bislang jedoch keine bedeutende Rolle in der Rechtsprechung des EuGH, sodass die finale Auslegung in dieser Sache noch offen ist.[42]

4. Zusammenfassung und Bewertung

Die Bindung der Union an die Unionsgrundrechte ist umfassend und greift ausnahmslos bei *jedem* Handeln der Union. Die Verpflichtung der Union kann darüber hinaus als größtenteils unstreitig[43] und geklärt, zudem als stringente Fortführung der Bindung vor Inkrafttreten der Charta angesehen werden. Nichtsdestotrotz verbleibt sie hinsichtlich ihrer Voraussetzungen im Bereich der Schutzdimensionen und Kompetenzen vielschichtig und komplex.

[41] *Cremer,* in: Kischel/Masing, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, S. 23.

[42] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 6.

[43] *Cremer,* in: Kischel/Masing, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, S. 19.

III. Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten

Nicht nur die Union selbst, sondern auch ihre Mitgliedstaaten sind gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durch die Charta gebunden.

1. Mitgliedstaatliche Stellen

Der Begriff Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh umfasst – vergleichbar mit der unionsrechtlichen Terminologie – alle Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen sowohl bei öffentlich-rechtlichem als auch privatrechtlichem Handeln[44] sowie alle Träger von Hoheitsgewalt, wie etwa auch private Beliehene.[45] Sie sind in allen Teilbereichen der Durchführung von Unionsrecht – normativer,[46] administrativer[47] sowie judikativer[48] Art – gebunden.

2. Durchführung des Rechts der Union

Hauptkriterium für die mitgliedstaatliche Bindung ist die „Durchführung des Rechts der Union". Dieses „Recht der Union" umfasst einerseits das primäre Unionsrecht, insb. die Grundfreiheiten,[49] andererseits auch alle Sekundär- sowie Tertiärrechtsakte.[50] Maßnahmen jeglicher Natur – generelle

[44] *Holoubek/Oswald,* in: Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 15.

[45] *Stern/Hamacher*, in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Kap. A Rn. 103.

[46] EuGH, Urteil vom 22.11.2005, AZ: C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – *Mangold*, Rn. 51.

[47] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 30.

[48] Ibid, Rn. 31.

[49] S.u. Abschnitt C. III. 4.

[50] *Hatje,* in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 51 GRCh, Rn. 14.

sowie individuelle Akte – können der Grundrechtsbindung unterliegen.[51] Lediglich die Grundrechtsanwendung selbst ist nicht umfasst, da dies zu einem Zirkelschluss führen würde.[52] Uneinigkeit bestand bereits bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ausschließlich bei der Durchführung" des Unionsrechts i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. In der Literatur wurde gar befürchtet, die mitgliedstaatliche Bindung würde durch die Charta eingegrenzt.[53] Der EuGH definierte die Durchführung indes mit seiner prominenten, vieldiskutierten Rechtsprechungslinie beginnend mit der *Fransson*-Entscheidung[54] derart großzügig, dass eine solche „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen"[55] vorliegt. Nach hitziger Kontroverse wurde dies durch den EuGH in den Folgeurteilen weiter, nunmehr eher restriktiver, definiert: Es muss eine „Anknüpfung an das Unionsrecht"[56] bestehen, die Aktivität der Mitgliedstaaten muss konkret zu einer Anwendung des Unionsrechts führen und es muss ein Zusammenhang zwischen der mitgliedstaatlichen Maßnahme und dem Unionsrecht vorliegen, der „darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann"[57]. Der Zusammenhang fehlt indes, wenn Unionsvorgaben keine Verpflichtungen für

---

[51] *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 9 Rn. 31.

[52] EuGH, Beschluss vom 07.05.2013, AZ: C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 – *Åkerberg Fransson*, Rn. 22.

[53] Vgl. u.a. *Huber*, EuR 2008, S. 190 (196 ff.); *Ludwig*, EuR 2001, S. 715 (720 ff.).

[54] EuGH, Beschluss vom 07.05.2013, AZ: C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 – *Åkerberg Fransson.*

[55] Ibid, Rn. 33 f.

[56] EuGH, Beschluss vom 01.03.2011, AZ: C-457/09, ECLI:EU:C:2011:101 – *Chartry*, Rn. 25.

[57] EuGH, Urteil vom 06.03.2014, AZ: C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 – *Siragusa*, Rn. 24.

Mitgliedstaaten im Hinblick auf den betreffenden Sachverhalt schaffen.[58] Mit anderen Worten: Eine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist *conditio sine qua non* für die Bindung an die Unionsgrundrechte.[59]

Als nicht ausreichend wurde befunden, wenn die Maßnahme nur im abstrakten Kompetenzbereich der Union liegt und theoretisch von der Union geregelt werden könnte[60] oder wenn lediglich Ziele und Aufgaben der Union betroffen sind.[61] Darüber hinaus fallen nennenswerter Weise auch solche Maßnahmen nicht unter die Grundrechtsbindung, welche zwar verpflichtendes Unionsrecht umsetzen, jedoch gleichzeitig auch Maßnahmen in eigenen Belangen implementieren, mithin die Unionsrechtsumsetzung nicht mehr einziges Ziel der Maßnahme ist.[62] Die Unionsgrundrechte entfalten auch dann keine Bindung, wenn das Unionsrecht lediglich Mindestregelungen vorschreibt und mitgliedstaatliche Maßnahmen über diese hinausgehen.[63]

3. Auswirkungen von Ermessens- und Gestaltungsspielräumen auf die mitgliedstaatliche Bindung

Umstritten war die mitgliedstaatliche Bindung bei Ermessens- sowie Gestaltungsspielräumen der Mitgliedstaaten bei der

[58] EuGH, Beschluss vom 24.09.2019, AZ: C-467/19, ECLI:EU:C:2019:776 – *QR*, Rn. 41.

[59] *Stotz*, in: FS Dauses 2014, S. 409 (424).

[60] EuGH, Urteil vom 10.07.2014, AZ: C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 – *Hernández*, Rn. 36.

[61] EuGH, Urteil vom 05.02.2015, AZ: C-117/14, ECLI:EU:C:2015:60 – *Nisttahuz Poclava*, Rn. 40.

[62] *Holoubek/Oswald,* in: Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51 GRCh, Rn. 23.

[63] EuGH, Urteil vom 10.07.2014, AZ: C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 – *Hernández*, Rn. 43.

Unionsrechtsdurchführung. In diesen Fallgestaltungen wird nämlich sowohl die nationale als auch die unionale Grundrechtsanwendung möglich. Nachdem die Ansichten des EuGH und des BVerfG hierzu lange divergierten,[64] wird mittlerweile beiderseits eine parallele Anwendung der Unionsgrundrechte und der nationalen Grundrechte angenommen. Das Vorliegen von Wahlmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Unionsrechtsausübung befreit somit nicht von der unionalen Grundrechtsbindung.[65]

4. Einschränkung von Grundfreiheiten oder anderer unionsrechtlich gewährleisteter Rechte

In Fortführung der bereits erwähnten *ERT*-Rechtsprechungslinie[66] des EuGH gelten Beschränkungen der unionalen Grundfreiheiten des Binnenmarktes durch mitgliedstaatliche Maßnahmen immer als Durchführung des Unionrechts und führen somit automatisch zur Grundrechtsbindung.[67] Selbige Wirkung entfalten die Grundrechte, wenn in andere unionsrechtlich gewährte Rechte des Einzelnen eingegriffen wird, wie beispielsweise Art. 18 Abs. 1 AEUV (Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit) oder Art. 21 ff. AEUV (Unionsbürgerrechte). Grund dafür ist, dass den Mitgliedstaaten durch Rechte, welche die Union den Bürgern gewährt, automatisch Verpflichtungen auferlegt werden.[68]

[64] Ausführlicher hierzu Abschnitt D. IV. 2.

[65] EuGH, Urteil vom 19.11.2019, AZ: C-609/17, ECLI:EU:C:2019:981 – *TSN*, Rn. 50.

[66] EuGH, Urteil vom 18.06.1991, AZ: C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 – *ERT*; s.o. Abschnitt B.

[67] EuGH, Urteil vom 30.04.2014, AZ: C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 – *Pfleger*, Rn. 35 f.; *Heuer*, Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, S. 266 ff.

[68] *Latzel*, EuZW 2015, S. 658 (661).

5. Unionsrechtsbindung außerhalb der Durchführung des Unionsrechts

Zur Einordnung der Einschränkung der mitgliedstaatlichen Bindung „ausschließlich" bei der Durchführung des Unionsrechts gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh soll erwähnt werden, dass die Unionsgrundrechte durchaus auch darüber hinaus Anwendungspflichten begründen.

So ist den Mitgliedstaaten eine schwerwiegende Verletzung des Kerns der Grundrechte als Wert der Union i.S.d. Art. 2 EUV *immer* untersagt, vgl. Art. 7 EUV. Weiterhin erfährt der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eine bedeutende Ausweitung dadurch, dass der EGMR die Auslegung seiner EMRK-Rechte an jener der Unionsgrundrechte orientiert.[69] Darüber hinaus sind nationale Gerichte zu einer Auslegung im Lichte der Charta bei allen in das Unionsrecht fallenden Rechtsbereichen verpflichtet.[70]

6. Zusammenfassung und Bewertung

Zusammenfassend kann anhand obiger Erläuterungen festgehalten werden, dass die mitgliedstaatliche Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte durch Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt ist und durch die Entwicklung zahlreicher Kriterien im Zuge von Urteilen durchaus eine komplexere Rechtslage darstellt. Aus diesem Grund soll folgende Übersicht einen Überblick über den mitgliedstaatlichen Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte bieten:

[69] EGMR, Urteil vom 11.07.2002, AZ: 28957/95 – *Goodwin/Vereinigtes Königreich*, Rn. 100.
[70] *Lenaerts*, EuR 2012, S. 3 (3 f.).

Abbildung 1: Überblick über unionsgrundrechtsbindende Fallgestaltungen für Mitgliedstaaten

Allg. Grundsatz: Anwendung der Unionsgrundrechte für Mitgliedstaaten nur „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“	
Kriterien einer unionsrechtlich geregelten Fallgestaltung: - Anknüpfung an das Unionsrecht - Maßnahme als konkrete Anwendung des Unionsrechts - Hinreichender Zusammenhang - Konkrete Verpflichtung des Mitgliedstaates durch Unionsrecht	
Keine unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung, wenn: - die Maßnahme nur im abstrakten Kompetenzbereich der Union liegt - lediglich Ziele und Aufgaben der Union betroffen sind - die Sachbereiche lediglich benachbart sind und Auswirkungen aufeinander haben können - unionale Mindestregelungen durch nationale Maßnahmen überschritten werden - unionale Vorgaben nicht einziges Ziel der Maßnahme sind	**Unionrechtlich geregelte Fallgestaltung bei:** - Ermessens- und Gestaltungsspielräumen des Mitgliedstaates bei der Unionsrechtsdurchführung - Einschränkung von Grundfreiheiten - Einschränkung von individuellen unionsrechtlich gewährten Rechten

Quelle: Eigene Darstellung nach Inhalt der Abschnitt C. III. 2. - 4.

Bewertet werden kann der Terminus „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ als zweifelsfrei gewichtige Einschränkung, welche deutliche Grenzen setzt und in vergleichbarer Weise für die Grundfreiheiten nicht gilt. Der EuGH hat den Terminus jedoch dahingehend ausgelegt, dass im Rahmen der durch den Wortlaut gesetzten Grenzen ein maximal großer Anwendungsbereich für Mitgliedstaaten entsteht. Aus diesem Grund wird die o.g. Rechtsprechung des EuGH mithin als „Grundrechtsexpansionismus“

bezeichnet. Zudem entfalten die Grundrechte auch über dieses Kriterium hinaus Wirkungen und reichen oft und weit in die individuellen Rechtssphären der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hinein.

IV. Fazit zu Art. 51 GRCh und dessen Regelungsgehalt

Art. 51 GRCh kann zusammenfassend als eine Fortführung des ohnehin bereits durch die Rechtsprechung des EuGH determinierten Anwendungsbereichs bewertet werden, wobei erwähnenswert ist, dass zumindest durch den Wortlaut entgegen aller Aufruhr keine maßgebliche Vergrößerung des Anwendungsbereichs erfolgte. In weiterer Entwicklung wurde die Auslegung des Art. 51 GRCh – wie es nicht anders zu erwarten war – maßgeblich durch den EuGH geprägt. Zwischenzeitlich von vielen Unklarheiten geprägt kann die heutige Rechtslage jedoch durchaus als gefestigt bezeichnet und wie folgt knapp zusammengefasst werden: Die Union hat die Grundrechte ausnahmslos bei jedem Handeln anzuwenden, die Mitgliedstaaten lediglich bei der „Durchführung des Rechts der Union", wobei dieses Merkmal nunmehr ausreichend durch den EuGH ausgelegt wurde.

D. Über den Wortlaut des Art. 51 GRCh hinausgehende offene Fragestellungen zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte

Bislang wurde herausgearbeitet, dass die Rechtslage rund um den Art. 51 GRCh zwar komplex, aber gefestigt ist. Nunmehr sollen noch offene und unklare Rechtsfragen sowie aktuelle Geschehnisse im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte skizziert werden.

I. Weitestgehend ungeklärt: Die Horizontalwirkung der Charta

Ein prominenter, weder in Art. 51 GRCh noch grundsätzlich abschließend geregelter Bereich der Grundrechtsanwendbarkeit ist die sog. Horizontalwirkung der Grundrechte. Diese betrifft die Frage, ob Grundrechte auch für Private bindend sein können. Zu differenzieren ist zwischen der mittelbaren (*1.*) und der unmittelbaren (*2.*) Horizontalwirkung.

1. Mittelbare Horizontalwirkung

Die mittelbare Wirkung der Unionsgrundrechte auf Private ergibt sich aus der Pflicht zur grundrechtskonformen Auslegung und der Nichtanwendbarkeit von Normen, welche gegen Unionsgrundrechte verstoßen und dadurch auch für Private in aller Regel ungültig werden. Diese Wirkung der Unionsgrundrechte hat weitreichende Folgen für Private, da gerade eine grundrechtskonforme Auslegung in der Praxis verbreitet ist. Es ist jedoch anzumerken, dass diese Wirkung keine *Bindung* von Privaten darstellt, sondern lediglich eine Folgewirkung auf Private durch die echte Bindung der nationalen Gesetzgeber. Spezifische Grundrechte, welche im Wortlaut eine mittelbare Horizontalwirkung nahelegen, sind insbesondere jene unter dem Titel IV – Solidarität sowie beispielsweise Art. 3 Abs. 2 (Unversehrtheit in der Medizin), Art. 5 Abs. 3 (Verbot von Menschenhandel) sowie Art. 24 Abs. 1 S. 3 (Rechte des Kindes) GRCh.

2. Unmittelbare Horizontalwirkung

Zudem existiert auch eine *unmittelbare* Bindung von Privaten, welche von zahlreicher Kritik sowie von Unklarheiten geprägt ist.

Befürwortend argumentierte der EuGH bereits, Art. 51 Abs. 1 GRCh schließe eine unmittelbare Verpflichtung von Privatpersonen „zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta" nicht kategorisch aus.

Gegen die unmittelbare Bindung von Privaten wird das Argument vorgebracht, dass die Charta in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh ausdrücklich die Grundrechtsverpflichteten regelt. Weitere Adressaten neben der Union und den Mitgliedstaaten sind nicht genannt. Zudem wird argumentiert, dass Private selbst Grundrechtsträger sind und deren Grundrechtsbindung privatautonome Freiheitsräume zu sehr einschränken würde. Außerdem sei bei Regelungen, welche sich unmittelbar an Private zu richten scheinen, wie beispielsweise Art. 24 Abs. 2 GRCh (Kindeswohlerwägungen in privaten Einrichtungen), eher eine intendierte mittelbare Bindung über den Gesetzgeber naheliegend. Im Konvent wurde die Bindung Privater nicht diskutiert, sodass hiernach grundsätzlich von keiner entsprechenden Intention der Charta auszugehen ist.

Der EuGH bejahte nichtsdestotrotz bereits vereinzelt die unmittelbare Verpflichtung Privater, sodass ein Grundrechtsträger ein Chartagrundrecht „in einem Rechtsstreit gegen eine andere Privatperson als solches geltend machen kann". Es kann sich somit in gewissen Konstellationen unmittelbar gegenüber anderen Privatpersonen auf das jeweilige Grundrecht berufen werden. So wurde dies u.a. in der Rechtssache *Max-Planck-Gesellschaft* bereits im Bereich von Arbeitsverhältnissen für Art. 21 GRCh (Diskriminierungsverbote) entschieden. In der Rechtssache *Egenberger* stellte der EuGH weiter fest, dass sich gerade die Wirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 21 GRCh nicht von anderen unionsrechtlichen Regelungen unterscheide, die „Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren". Des Weiteren wurde durch den EuGH u.a. in der Rechtssache *Bauer* bereits die unmittelbare Drittwirkung von

Art. 31 Abs. 2 GRCh (Anspruch auf Jahresurlaub) bejaht. Sinnvoll erscheint eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte grundsätzlich in Situationen, in denen intermediäre Gewalten wie beispielsweise Verbände oder Vertretungen für eine Vielzahl von privaten Rechtsverhältnissen Regelwerke wie Tarifverträge oder Satzungen etablieren. Die alleinige Inpflichtnahme von Mitgliedstaaten reicht hier für einen effektiven Grundrechtsschutz keinesfalls aus, sodass gewisse private Personen, von denen eine erhöhte grundrechtliche Gefährdungslage ausgeht, in die Pflicht genommen werden müssen. Insoweit überzeugt die vorhandene Rechtsprechung des EuGH.

Weiterführende Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung von Privaten blieb jedoch bislang aus.

Gefordert wird eine Beschränkung ausschließlich auf die Inpflichtnahme von überlegenen Privatpersonen in asymmetrischen Beziehungen, die mit Arbeitsverhältnissen vergleichbar sind. Einigen Ansichten zufolge ist eine solche Anwendung auch bei weiteren Grundrechten denkbar, die konkrete Anhaltspunkte für eine Grundrechtsbindung Privater beinhalten. Dies trifft beispielsweise auf Art. 5 Abs. 3 GRCh (Verbot von Menschenhandel), Art. 32 Abs. 1 GRCh (Verbot von Kinderarbeit), Art. 3 Abs. 2 GRCh (Schutz des Lebens) oder Art. 24 Abs. 3 GRCh (Recht von Kindern auf regelmäßigen Kontakt zu den Eltern) zu. Für die unmittelbare Drittwirkung in derartigen asymmetrischen Machtverhältnissen spricht jedenfalls, dass der Grundrechtsschutz der Charta ansonsten gerade in typischen grundrechtlichen Gefährdungslagen – welche sich primär aus privatrechtlichen Fallkonstellationen und seltener aus Fällen hoheitlicher Gewaltausübung ergeben – nicht wirksam eingreifen könnte.

Teilweise wird darüber hinaus vorgeschlagen, die unmittelbare Wirkung der Grundrechte durch eine unmittelbarere Anwendbarkeit von Richtlinien

auch auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten zu etablieren. Grundsätzlich wird eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien, welche lediglich Rechtsverhältnisse zwischen Privaten regeln, mit dem Argument des verschwimmenden Übergangs und der verlorengehenden Differenzierbarkeit zwischen Richtlinien und Verordnungen abgelehnt. Nun fordern Stimmen vereinzelt die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien auch in horizontalen Verhältnissen unter gewissen Voraussetzungen. Dies soll vor allem dann der Fall sein, wenn die jeweilige Richtlinie ein Grundrecht der Charta oder einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts konkretisiert. So hat auch der EuGH in den Rechtssachen *Kücükdeveci* und *DI* dem Art. 21 Abs. 1 GRCh bereits eine besondere Bedeutung in der Begründung der ausnahmsweisen Anwendbarkeit einer nicht adäquat umgesetzten Richtlinie im horizontalen Verhältnis zwischen Privatpersonen zugesprochen, da die jeweiligen Richtlinien primär den Regelungsgehalt eines Grundrechts aus der Charta verkörperten und konkretisierten.

3. Bewertung

Die Bedeutung der mittelbaren Horizontalwirkung kann als durchaus beträchtlich, die der unmittelbaren Horizontalwirkung jedoch als eher gering bewertet werden. Möglich wird letztere nämlich ohnehin erst, wenn und soweit der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte in dem betreffenden Mitgliedstaat eröffnet ist, vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh; also nur dann, wenn Unionsrecht durchgeführt wird.

Zudem ist zu erwähnen, dass verpflichtete Privatpersonen auch immer zugleich selbst Grundrechtsträger sind und deren eigene Grundrechtsträgerschaft zwingend zu einem Ausgleich der kollidierenden Grundrechte führt. Relevant werden dürfte die Horizontalwirkung lediglich in den seltenen Fallkonstellationen, in welchen im nationalen Recht ein Schutzanspruch fehlt

und ohne die Charta keine Lückenschließung dessen erfolgen kann; jedoch sollte zumeist die mittelbare Grundrechtswirkung mittels grundrechtskonformer Auslegung ausreichen.

Bedenkenswert ist abschließend noch die Tatsache, dass die dürftig geregelte Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte bis heute weder durch die Charta noch durch den EuGH begrenzt wurde. Grundsätzlich besteht daher die Möglichkeit für eine zunehmende Erweiterung der Grundrechtsanwendbarkeit. Es bleibt letztlich abzuwarten, ob der EuGH grundrechtlichen Gefährdungslagen, welche aus privatem Handeln resultieren, künftig stärker begegnen wird.

II. Offene Fragestellungen der Grundrechtsträgerschaft: Schutz auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts und Mitgliedstaaten?

Weiterhin nicht abschließend geregelt sind spezifische Fragen der Grundrechtsträgerschaft.

1. Allgemeine Grundrechtsträgerschaft

Die allgemeine Berechtigung richtet sich nach dem Schutzbereich des einzelnen Grundrechts und ist durch Auslegung zu ermitteln. Während grundsätzlich alle natürlichen Personen Träger der Grundrechte i.S.d. allgemeinen Menschenrechtsdogmatik sind, sind einige Rechte durch ihre Schutzrichtung auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt, wie beispielsweise Art. 24 ff. GRCh (Kinderrechte) oder Art. 39 f., 42, 45 f. GRCh (Unionsbürgerrechte). Auch juristische Personen des Privatrechts können grundsätzlich Berechtigte sein, wenn und soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist.

2. Schutz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Mitgliedstaaten

Weitgehend ungeklärt ist dagegen die Frage der Grundrechtsträgerschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie den Mitgliedstaaten der Union. In der Charta selbst wird dies nicht explizit geregelt. In den nationalen Rechtsordnungen wird diese Frage divergierend gehandhabt: Während in Deutschland unter Berufung auf das Konfusionsargument oder das personale Substrat des Berechtigten ganz überwiegend abgelehnt wird, dass sich staatliche Einrichtungen auf Grundrechte berufen können, wird dies in anderen Mitgliedstaaten der EU teils großzügiger gesehen.

Es erscheint durchaus angemessen, die von nationalen verfassungsrechtsdogmatischen Gedanken geprägte Ansicht, Grundrechte könnten lediglich natürliche oder privatrechtliche juristische Personen berechtigen, skeptisch zu betrachten: Dafür spricht zum einen die durch die Gründung der Union geschaffene neuartige Dreieckskonstellation, welche Mitgliedstaaten aus der Rolle des alleinigen Grundrechtsverpflichteten in eine selbst durch Hoheitsgefälle gefährdete Rolle befördern kann. Zudem muss die Intention und die Regelungswirkung der Charta für diese Frage herangezogen werden, wobei sich angesichts des Schutzgehalts einiger Grundrechte durchaus argumentieren lässt, dass die Charta Raum für einen Grundrechtsschutz zugunsten der Mitgliedstaaten bietet. Ein Abstellen auf die Regelungen der EMRK würde hingegen überwiegend ausschließen, dass sich staatliche Einrichtungen, jedenfalls in ihrer hoheitsgewaltausübenden Rolle, auf die Grundrechte berufen können.

Der EuGH entschied bereits, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts zumindest auf die Justiz- und Verfahrensgrundrechte wie etwa Art. 42 Abs. 2 oder Art. 47 GRCh berufen können. Zudem wurde bejaht, dass sich

öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten auf Art. 16 GRCh berufen dürfen. Im Übrigen fehlt es bislang an Rechtsprechung durch den EuGH. Auch im oben genannten Urteil zum Schutz der Rundfunkanstalt ließ der EuGH die grundsätzliche Anwendbarkeit trotz der sich bietenden Gelegenheit unkommentiert, weshalb diese Fragestellung bisweilen offen bleibt.

Bislang wird der Grundrechtsschutz für Universitäten aus Art. 13 GRCh und für Religionsgemeinschaften aus Art. 10 Abs. 1 GRCh vermutet. Weiterhin werden Art. 8, 11, 15, 17 GRCh in Erwägung gezogen. Jedenfalls scheidet eine Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei explizit auf natürliche Personen zugeschnittenen Grundrechten immer aus.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch bezüglich der Grundrechtsträgerschaft zumindest in Randbereichen offene Rechtsfragen bestehen, welche (noch) nicht abschließend durch den EuGH entschieden wurden. Auch hier bleibt abzuwarten, ob und inwieweit der EuGH den Schutz auf grundrechtliche Gefährdungslagen für u.a. mitgliedstaatliche Einrichtungen ausweiten wird.

III. Ungeklärter räumlicher Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte und extraterritoriale Bindungswirkung

Der räumliche Geltungsbereich des Unionsrechts bestimmt sich nach Art. 52 Abs. 2 EUV sowie Art. 355 AEUV. Unklar bleibt, bis zu welchem Ausmaß extraterritoriale Angelegenheiten von der Grundrechtsbindung erfasst sind.

Der EuGH befand bislang, eine geschützte Tätigkeit müsse lediglich „einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft“ aufweisen. In der Literatur wird hierbei vermehrt eine Differenzierung zwischen Abwehr-

und Leistungsrechten vorgenommen, wobei die Abwehrfunktion auch extraterritorial volle Geltung erlangen soll, die Leistungsfunktion hingegen lediglich bei einem „ausreichenden Anknüpfungspunkt" zwischen der Union und der begünstigten Person. Bei Ermittlung des Anwendungsbereichs durch Abstellen auf die Rechtsprechung des EGMR ergäbe sich der räumliche Anwendungsbereich aus dem Kriterium der „Gesamtkontrolle", mithin der Hoheitsgewalt des Mitgliedstaates.

Auch hier bleibt eine Schärfung des Anwendungsbereichs durch den EuGH abzuwarten.

Im Hinblick auf den extraterritorialen Leistungsgehalt von Grundrechten ist die Praxis der Union zur weltweiten Förderung der Menschenrechte durch die auswärtige Politik zu erwähnen. Diese steht ihrerseits zwar im Kontext des Primärrechts, ist jedoch kein Auswuchs des Anwendungsbereichs, sondern vielmehr politischer Natur.

IV. Die aktuelle Entwicklung des Verhältnisses zwischen EuGH und BVerfG: Bevorstehende Erweiterung des Anwendungsbereichs nach „Recht auf Vergessen" I und II?

Die jüngsten Entwicklungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs und vor allem der tatsächlichen Anwendung der Unionsgrundrechte betreffen stets auch das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem BVerfG.

1. Das Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG aus dem Blickwinkel der Grundrechte

Dass das Verhältnis der beiden Höchstgerichte gerade im Bereich der Grundrechte nie spannungsfrei war, lässt sich an der aussagekräftigen *Solange-*

Rechtsprechung erkennen und spiegelt sich auch im Anwendungsbereich wider: Das *Fransson*-Urteil, welches bekanntlich den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte für die Mitgliedstaaten besonders weit definierte und somit die Letztentscheidungskompetenz über viele grundrechtliche Fallgestaltungen dem EuGH zufallen ließ, wurde nicht zuletzt vom BVerfG in seinem Urteil *Antiterrordatei* mittels eines *obiter dictum* scharf kritisiert und als mögliches Ultra-Vires-Handeln eingestuft. Infolgedessen ruderte der EuGH in der an das *Fransson*-Urteil anknüpfenden Rechtsprechung, namentlich vor allem in den Urteilen *Siragusa* owie *Hernandez* vage zurück, indem er für eine mitgliedstaatliche Bindung engere Kriterien als noch im *Fransson*-Urteil verlangte. Das Fingerspitzengefühl und die restriktivere Formulierung des EuGH waren in dieser Angelegenheit insoweit höchst erfolgreich, als sie eine weitere Eskalation des Streits um den Anwendungsbereich verhinderten und den Konflikt zum Ruhen brachten.

Besonders durch die jüngste Entwicklung scheint sich in der Debatte um die Grundrechtsanwendung durch EuGH und BVerfG ein völlig neuer Mittelpunkt zu bilden: Nachdem der oben skizzierte Konflikt die Frage betraf, *wann* die Unionsgrundrechte anzuwenden sind, eröffnet sich neuerdings ein Diskurs darüber, *wer* die Unionsgrundrechte anwendet. In seinen beiden Beschlüssen *Recht auf Vergessen I* sowie *Recht auf Vergessen II* (im Folgenden: *RaV I* und *RaV II*) überraschte das BVerfG mit seinen neuen Sichtweisen und Regelungsansätzen zum unionalen Grundrechtsschutz. Die Deutung der Beschlüsse durch die Literatur spricht für sich, wurden sie gar als „Karlsruher Grundrechtsoffensive“ oder als „Novemberrevolution“ bezeichnet. Nachfolgend sollen beide Beschlüsse sowie allen voran ihre Auswirkungen auf die Unionsgrundrechteanwendung erläutert und bewertet werden.

2. Recht auf Vergessen I – 1 BvR 16/13

Verfahrensgegenstand im Beschluss *RaV I* vom 06. November 2019 war europäisches Datenschutzrecht, welches den Mitgliedstaaten aufgrund des Medienprivilegs teils offenen Gestaltungsspielraum beließ.

Dazu, ob nationale oder unionale Grundrechte im Fall von Gestaltungsspielräumen der Mitgliedstaaten anwendbar sind, divergierten die Ansichten von EuGH und BVerfG lange: Während der EuGH hier von einer möglichen Doppelbindung der Grundrechte ausging, postulierte das BVerfG die strikte Trennung der beiden Grundrechtsordnungen. Der nationale Grundrechtsschutz sollte laut BVerfG vollkommen zurücktreten, sobald Unionsgrundrechte angewandt wurden. Umgekehrt sollten die Unionsgrundrechte ihrerseits vollkommen zurücktreten, sobald nationale Grundrechte angewandt wurden.

Im Beschluss *RaV I* wich das BVerfG überraschenderweise von dieser Haltung ab und schloss sich der Ansicht des EuGH an, wonach die Bindung der Unionsgrundrechte neben die der nationalen Grundrechte tritt – mit der Folge des Anerkenntnisses einer doppelten Grundrechtsgeltung. Weiter ergänzt wird der Kurswechsel dadurch, dass das BVerfG die Vermutung anstellt, „dass durch eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Charta […] in der Regel mitgewährleistet ist". Somit haben in solchen Fallkonstellationen die nationalen Grundrechte grundsätzlich Prüfungsvorrang. Das BVerfG betont aber sogar, jene im Lichte der Charta auszulegen. Hervorzuheben ist zudem das Eingeständnis des BVerfG, dass im Sonderfall eines abweichenden, höheren Schutzniveaus der Charta das entsprechend einschlägige Unionsgrundrecht Anwendung finden soll. Ganz nach der Devise: im Zweifel für den höheren Schutz, vgl. Art. 53 GRCh.

Jene Neuerungen haben durchaus Potential zur Vergrößerung des Anwendungsbereichs, da der EuGH auf diesem Weg die Möglichkeit hat, eine häufigere Anwendbarkeit durch die Entwicklung seiner Grundrechte hin zu einem höheren Schutzstandard herbeizuführen. Ob dies tatsächlich eintritt, bleibt abzuwarten. Aufbauend auf den obigen Erläuterungen zur bisherigen Entwicklung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte kann zumindest festgehalten werden, dass eine derartige Rechtsprechung durch den EuGH – wenn auch nicht kurzfristig, sondern vielmehr auf lange Sicht – durchaus denkbar erscheint. Nach *RaV I* sind dem EuGH dafür von dem BVerfG jedenfalls Tür und Tor geöffnet.

3. Recht auf Vergessen II – 1 BvR 276/17

Auch der Beschluss *RaV II* hatte europäisches Datenschutzrecht zum Gegenstand, jedoch mit dem entscheidenden Unterschied, dass in dieser Fallkonstellation die einschlägigen Regelungen durch das Unionsrecht abschließend und vollständig vereinheitlicht waren. Die Mitgliedstaaten hatten somit gerade keinen Gestaltungsspielraum.

In unionsrechtlich vollständig determinierten Bereichen sah sich das BVerfG – anders als andere europäische Höchstgerichte – für Unionsgrundrechte bislang als grundsätzlich nicht prüfungskompetent an und wies Verfassungsbeschwerden gegen unionsrechtsdurchführende Rechtsakte als unzulässig ab.

In *RaV II* beschloss das BVerfG, die Chartagrundrechte von nun an selbst anzuwenden und sie im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde als unmittelbaren Prüfmaßstab heranzuziehen. Diese überraschende Wendung wurde u.a. mit dem überzeugenden Argument begründet, dass die Unionsgrundrechte lediglich ein „Funktionsäquivalent“ für die nationalen

Grundrechte seien. Als weiteren Grund nannte das BVerfG – in der Literatur teilweise als Seitenhieb gegen den EuGH oder sogar späte Revanche für das *Fransson*-Urteil befunden, inhaltlich jedoch sehr wohl zutreffend –, dass bislang kein effektiver Individualrechtsbehelf in solchen Konstellationen zur Verfügung stand. Zudem betont das BVerfG, dass es sich zur „Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes" verpflichtet sieht.

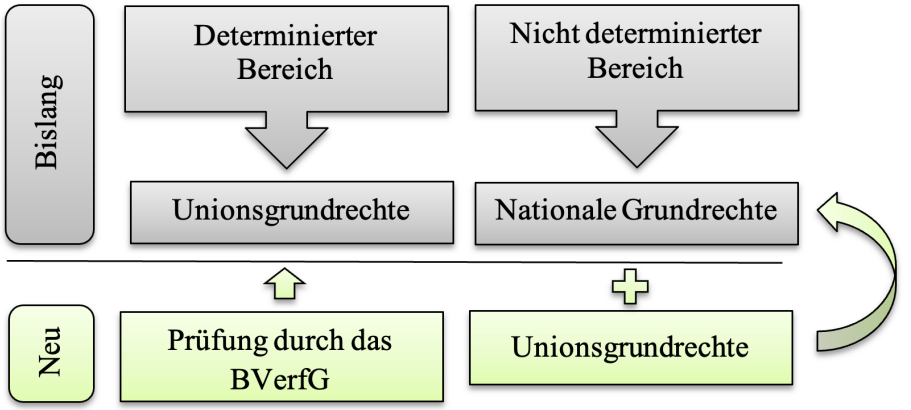
Zudem deutet das BVerfG an, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV Vorlagefragen an den EuGH zur Auslegung der Unionsgrundrechte zu stellen und schien somit den EuGH als *letzte* Instanz auch in Verfassungsfragen anzuerkennen. Zugleich positioniert es sich geschickt in einer Rolle, in der es als *erstes* zur Auslegung und Anwendung der Unionsgrundrechte zum Zug kommt und mittels der Vorlageformulierungen über konkrete Frageinhalte Einfluss- und Werbemöglichkeiten für die eigene, hochtradierte Grundrechtsdogmatik gewinnt.

Auch dieser Beschluss beinhaltet beträchtliches Potential zur Vergrößerung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte. Insgesamt muss er als Zugewinn für die Effizienz, die Durchschlagskraft und die Anwendung der Unionsgrundrechte bewertet werden. Immerhin steht dem Bürger nunmehr ein neuer Rechtsbehelf zur Verfügung, den es so vorher nicht gab. Zudem gewinnen die Unionsgrundrechte dadurch an Prominenz, was auch dem ursprünglichen Ziel der Charta entspricht. Darüber hinaus kann die potenziell häufigere Vorlage durch das BVerfG dem EuGH die wertvolle Möglichkeit bieten, die Grundrechte in Europa zu vereinheitlichen, die Unionsgrundrechte zu stärken und sich weiterhin als EU-Grundrechtsgericht zu etablieren.

4. Zusammenfassung, Bewertung und Ausblick

Die oben erläuterten Neuerungen in der Grundrechtsanwendung durch *RaV I* und *RaV II* sollen nachfolgend noch einmal zusammenfassend dargestellt werden:

Abbildung 2: Neuerungen der Unionsgrundrechtsanwendung nach *RaV I* und *RaV II*



Quelle: Eigene Darstellung nach Inhalt der Abschnitte D. IV. 2. - 3.

Nachdem, wie oben erläutert, im Mittelpunkt des Verhältnisses der beiden Höchstgerichte lange die Frage stand, *wann* Unionsgrundrechte anzuwenden sind, geht es neuerdings vielmehr darum, *wer* diese anwendet. Nicht zuletzt wird hierbei relevant, wer sie *zuerst* und wer sie *zuletzt* anwendet. Denn im Zweifel bedeutet Definitionsmacht auch politische Macht. Dies gilt umso mehr in Anbetracht der Tatsache, dass der Gehalt der Grundrechte grundsätzlich dynamisch ist.[71] Wer die Unionsgrundrechte zuerst anwendet, hat Einfluss

[71] *Nußberger*, EuGRZ 2020, S. 389 (397).

auf den Umfang des Prüfungsgegenstands, wer sie zuletzt anwendet, hat das letzte Wort. Die aktuelle Entwicklung deutet daraufhin, dass das BVerfG erstere, der EuGH die zweite Rolle einnehmen wird. Letzteres hängt aber maßgeblich davon ab, ob das BVerfG seine angedeutete Vorlagefreudigkeit tatsächlich praktizieren wird.[72]

Insgesamt werden diese Neuerungen in vollharmonisierten Rechtsbereichen zu einer signifikanten Vergrößerung des Rechtsschutzes aufgrund einer justiziableren Anwendung der Unionsgrundrechte führen. Darüber hinaus ist denkbar, dass sich in nicht vollharmonisierten Rechtsbereichen eine häufigere Anwendung der Unionsgrundrechte entwickelt.

V. Fazit zu offenen Fragestellungen: Großes Potential in der künftigen Rechtsprechung des EuGH

Die Beleuchtung der problematisierten Teilaspekte und aktuellen Geschehnisse hat gezeigt, dass durchaus noch einige rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte offen sind.

Vor dem Hintergrund der Bedeutung und Praxisrelevanz der Thematik ist dies besonders beachtlich: Alleine der europaweite Aufruhr und die Spannungen im gesamteuropäischen Grundrechtssystem infolge des *Fransson*-Urteils hatten massive Auswirkungen und haben die Stimmungslage zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte nachhaltig negativ geprägt. Gerade daraus sollte sich der Auftrag für den EuGH ergeben, in diesem Rechtsgebiet einen hohen Grad an Rechtssicherheit zu erarbeiten. Vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass die Norm des Art. 51 GRCh bereits über zehn Jahre in Kraft ist, kann die unvollständige Determinierung des

[72] *Karpenstein/Kottmann*, EuZW 2020, S. 185 (188).

Anwendungsbereichs und die daraus folgende Rechtsunsicherheit als unangemessen bewertet werden. Seine Aufgabe zur Sicherung der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge" aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV nahm und nimmt der EuGH insoweit daher nur teilweise wahr.

Bei einer Gesamtbetrachtung lässt sich die folgende Tendenz erkennen: Grundsätzlich entwickelt der EuGH den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte in expansiver Manier, was sich u.a. in der *Fransson*-Rechtsprechungslinie oder den Urteilen zur Horizontalwirkungen widerspiegelt. Bei einer Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte und der signifikanten Rolle des EuGH verwundert dies auch nicht. Fast schon auffällig mutet nun hingegen an, dass der Gerichtshof viele Entscheidungen zur Auslegung des Anwendungsbereichs *nicht* trifft oder gar absichtlich die Beantwortung offener Fragestellungen zu vermeiden scheint.[73] Die Tatsache, dass der EuGH sich derart zurückhaltend positioniert, verblüfft in Anbetracht der gebotenen Rechtsicherheit. Gerechtfertigt werden kann dies lediglich mit einer – hoffentlich vorhandenen – langfristigen Strategie des EuGH, welche daraus bestehen könnte, sich bislang vieles offen zu halten und sich *peu à peu*, freilich nicht zu hastig, sondern vielmehr allmählich, als Grundrechtsgericht zu profilieren. Nicht zum ersten Mal würde er eine solche Angelegenheit behutsam und mit Fingerspitzengefühl angehen, betrachtet man nur die Folgerechtsprechung des *Fransson*-Urteils. Das Potential für anwendungsbereichsvergrößernde Rechtsprechung kann nach der Skizzierung im hiesigen Abschnitt durchaus als erheblich bewertet werden.

[73] S.o. Abschnitt D. II. 2.

E. Fazit

Abschließend soll die Rechts- und Diskurslage des Anwendungsbereichs bewertet, sowie kurz auf Änderungsbestrebungen und die mögliche weitere Entwicklung eingegangen werden.

I. Zusammenfassung und Ausblick

Insgesamt kann auf Basis des vorliegenden Beitrags Folgendes festgehalten werden: Abschnitt C hat gezeigt, dass die Kernregelungen des Art. 51 GRCh seit Einführung der Norm trotz großer Kontroversen und ausgiebiger Rechtsprechung des EuGH gefestigt sind. Auffallend ist hier lediglich die Komplexität und Vielschichtigkeit des Anwendungsbereichs, die sich aus Art. 51 GRCh entwickelt hat. Abschnitt D hat gezeigt, dass in Randbereichen jedoch noch einige spezifische Fragestellungen offen sind. Als besonders interessant erweist sich hierbei die Rolle und Positionierung des EuGH. Dessen weitere Determinierung der Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte kann mit Spannung erwartet werden. Eine Formung und die Erreichung für einen abschließend geklärten, gleichzeitig großzügig bemessenen Anwendungsbereichs wären zu begrüßen. Dass insoweit großes Potential besteht, kann anhand der Skizzierung der noch offenen Fragen in Abschnitt D nachvollzogen werden.

Einige Stimmen fordern eine legislative Veränderung des Anwendungsbereichs, wie beispielsweise Forderungen zur Reduzierung des Anwendungsbereichs[74], zur Vollharmonisierung der Grundrechte in Europa,[75] oder der Vorschlag des Europäischen Parlaments im Jahr 2017, Art. 51 GRCh in Gänze

[74] *Franzius*, EuGRZ 2015, S. 139 (139).
[75] *Thym*, JZ 2015, S. 55 (55).

aufzuheben.[76] Die tatsächliche Umsetzung solcher Vorschläge zur Änderung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte ist jedoch nicht zu erwarten.

Ohnehin kann jedoch, auch unabhängig von der Rechtsprechung des EuGH, in Anbetracht der fortschreitenden Harmonisierung durch das Sekundärrecht fest von einer faktischen Vergrößerung des tatsächlichen Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte ausgegangen werden, da die zwingende Anwendbarkeit gerade von dem Grad der Harmonisierung abhängt.

II. Bereitschaft zur Grundrechtsanwendung in Europa eint die verpflichteten Akteure in ihrer Vielfalt

Auffallend ist, dass sich die vielfältigen Kontroversen rund um den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta letztlich um Kompetenzfragen und Machtverhältnisse drehen: Wessen Grundrechte kommen zur Anwendung und wessen Grundrechte haben den Vorrang? Wer hat das letzte Wort bezüglich der Auslegung und wer darf diese zuerst durchführen?

Mit Blick auf die Grundrechtssituation in Europa verblüfft diese Erkenntnis: Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind schließlich durch zahlreiche Grundrechtskataloge geschützt. Ihre individuelle Rechtssphäre ist geprägt durch die Charta, die EMRK und die nationalen Grundrechte. Hierbei ist eine nachhaltige Wechselwirkung zwischen all diesen Schutzbereichen zu beobachten: Beispielsweise stehen die Charta und die EMRK in einem überaus engen materiellen Zusammenhang. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die EMRK als Rechtsquelle für die Charta fungiert und sich der EGMR zeitgleich in seiner Auslegung auf den Schutzbereich der Chartagrundrechte bezieht. Letztere sind zudem geprägt durch ihre Herleitung aus allgemeinen

[76] Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16.02.2017, ABl. 2018 C 252, S. 211.

Rechtsgrundsätzen der Europäischen Gemeinschaften, welche sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergaben. Sie haben somit ihren Ursprung in sich deckenden Ansichten zum grundrechtlichen Mindestschutzumfang. Bei aller Vielfalt und Diversität, die die europäischen Nationen besitzen, sind zweifelsfrei die Grundrechte der gemeinsame Nenner der Gemeinschaft Europas.[77] Sie werden sogar als treibende Kraft der Integration[78] oder als „DNA der EU"[79] bezeichnet. Selbst die Präambel der Charta betont, die Völker Europas seien „entschlossen, auf der Grundlage *gemeinsamer* Werte eine friedliche Zukunft zu teilen […]".[80] Kurzum: Alle Akteure zeigen große Bereitschaft dazu, Grundrechte anzuwenden, welche sich in den Kerngehalten ohnehin decken.

Seltsam mutet in Anbetracht dieses Stellenwerts der Grundrechte in Europa und der absoluten, allseitigen Bereitschaft zu deren Anwendung die Tatsache an, dass sich der Anwendungsbereich zu einem in dieser Weise kontroversen Thema entwickelt hat. Erstrebenswert wäre anstelle von Kompetenz- und Machtstreitigkeiten unter den Gerichten das Etablieren eines effektiven und lückenlosen Grundrechtssystems, welches vielmehr von *kooperativer* anstatt *kompetitiver* Natur geprägt ist. Denn oberstes Gebot der verpflichteten Akteure sollte offenkundig Folgendes sein: Die effizienteste und bestmögliche Anwendung der Grund- und Menschenrechte.

---

[77] *Lenaerts*, EuGRZ 2015, S. 353 (353).

[78] *Nußberger*, EuGRZ 2020, S. 389 (389).

[79] *Rau,* in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 5 Rn. 1.

[80] Hervorhebungen durch die Verfasserin.

Literaturverzeichnis

Bergmann, Jan: Handlexikon der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden, 2015.

Calliess, Christian/ *Ruffert*, Matthias: EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München, 2016.

Classen, Claus Dieter: Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 2017, S. 347 ff.

Cremer, Wolfram: Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte unter dem Einfluss von Grundrechtecharta und ihren Vorbehalten, in: Kischel, Uwe/ Masing, Johannes, Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht, Stuttgart, 2012, S. 17 ff.

Ehlers, Dirk: Grundrechtsbindung und Grundrechtsschutz von Unternehmen im deutschen und europäischen Recht, DVBl 2019, S. 397 ff.

Fickentscher, Toni: Der Schutz der Mitgliedstaaten und juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die Unionsgrundrechte, EuR 2021, S. 78 ff.

Franzius, Claudio: Strategien zur Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, S. 139 ff.

Grabenwarter, Christoph/ *Pabel*, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München, 2021.

Hanau, Peter: Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, NZA 2010, S. 1 ff.

Heselhaus, F. Sebastian M./ *Nowak*, Carsten: Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage, München, 2020.

Heuer, Jan: Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, München, 2014.

Herresthal, Carsten: Grundrechtecharta und Privatrecht – Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht, ZEuP 2014, S. 238 ff.

Hipp, Dietmar: Der Richterkrieg, Der Spiegel 10/2013, Artikel abrufbar unter https://www.spiegel.de/politik/der-richterkrieg-a-30850674-0002-0001-0000-000091346550 (zuletzt aufgerufen am 04.11.2022), S. 39.

Holoubek, Michael/ *Lienbacher*, Georg: GRC-Kommentar: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Wien, 2014.

Huber, Peter M.: Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, S. 190 ff.

Jarass, Hans Dieter: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Auflage, München, 2021.

Jarass, Hans Dieter: Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten, ZEuP 2017, S. 310 ff.

Kainer, Friedemann: Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, S. 894 ff.

Kämmerer, Jörn Axel/ *Kotzur*, Markus: Vollendung des Grundrechtsverbunds oder Heimholung des Grundrechtsschutzes?, NVwZ 2020, S. 177 ff.

Karpenstein, Ulrich/ *Kottmann*, Matthias: Vom Gegen- zum Mitspieler – Das BVerfG und die Unionsgrundrechte, EuZW 2020, S. 185 ff.

Kühling, Jürgen: Das „Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, S. 275 ff.

Latzel, Clemens: Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 2015, S. 658 ff.

Lenaerts, Koen: Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 3 ff.

Lenaerts, Koen: In Vielfalt geeint, Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses, EuGRZ 2015, S. 353 ff.

Lindner, Josef Franz: EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorbehalt – Probleme und Thesen, DÖV 2000, S. 543 ff.

Ludwig, Thomas Claus: Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen – die Binnenstruktur des Art. 6 EUV n. F., EuR 2011, S. 715 ff.

Makoski, Bernadette: Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, EuZW 2020, S. 1012 ff.

Masing, Johannes/ *Jestaedt*, Matthias/ *Capitant*, David/ *Le Divellec*, Armel: Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, Tübingen, 2015.

Meyer, Jürgen/ *Hölscheidt*, Sven: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden, 2019.

Nußberger, Angelika: Europa, deine Menschenrechte, EuGRZ 2020, S. 389 ff.

Schmidt, Johannes: Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, Tübingen, 2010.

Schubert, Claudia: Die Grundrechtecharta der Europäischen Union als Mittel zur Expansion des Unionsrechts?, EuZA 2020, S. 302 ff.

Schwarze, Jürgen/ *Becker*, Ulrich/ *Hatje*, Armin/ *Schoo*, Johann, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2012.

Stern, Klaus/ *Sachs*, Michael: Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, München, 2016.

Stotz, Rüdiger: Die Beachtung der Grundrechte bei der Durchführung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten – Von Stauder über Wachauf zu Åkerberg Fransson, in: *Heid*, Daniela/ *Stotz*, Rüdiger/ *Verny*, Arsène, Festschrift für Manfred A. Dauses zum 70. Geburtstag, München, 2014, S. 409 ff.

Teetzmann, Constantin: Grundrechtsbindung des Unionsgesetzgebers und Umsetzungsspielräume, EuR 2016, S. 90 ff.

Thym, Daniel: Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889 ff.

Thym, Daniel: Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, S. 55 ff.

Toros, Fabian/ *Weiß*, Martin: Echte Kooperation?! – Wandel des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem, ZJS 2020, S. 100 ff.

Unseld, Christopher: Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten, Tübingen, 2018.

Vogel, Joachim: Radu – Melloni – Åkerberg Fransson: „Staatsstreich“ in Luxemburg?, in: StV 5, 2013, Editorial, Beitrag abrufbar unter http://www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/StV-05-2013_Editorial.pdf (zuletzt aufgerufen am 04.11.2022).

Willemsen, Heinz Josef/ *Sagan*, Adam: Die Auswirkungen der europäischen Grundrechtecharta auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, S. 258 ff.

Einstweilige Verfügungen im Patentrecht: Anpassungsbedarf der deutschen Rechtsauffassung nach britischem Vorbild und der Einfluss der EuGH-Vorabentscheidung C-44/21 vom 28.04.2022

von
Hannah Tabea Hagen*

Ludwig-Maximilians-Universität München

Zusammenfassung

Dieser Beitrag untersucht, inwiefern sich die deutsche und englische Rechtslage im Hinblick auf die Erlassvoraussetzungen einstweiliger Verfügungen im Patentrecht unterscheiden. Besondere Relevanz hat dies aufgrund einer Vorabentscheidung des EuGH, die die bisherige, strenge deutsche Rechtsprechungspraxis anpassungsbedürftig erscheinen lässt. Der EuGH rügt, dass die hohen Anforderungen der deutschen Gerichte an den Erlass einer einstweiligen Verfügung, insbesondere an den gesicherten Rechtsbestand, keine Verankerung in den Rechtsakten der EU habe. Die Entscheidung bestärkt damit die bisherige Praxis der Gerichte im Vereinigten Königreich, die im europäischen Vergleich wohl eine der niedrigsten Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand der Patente im Rahmen der einstweiligen Verfügung stellt. Allerdings wird die Vorlage des LG München I kontrovers diskutiert und auch die Auswirkungen der Entscheidung sind noch nicht vollständig absehbar. Indessen könnte die Entscheidung wichtige Auswirkungen für das kommende europäische Einheitspatent haben und generell die Rechtsposition der Patentinhaber gegenüber vermeintlichen Verletzern stärken.

* Hannah Tabea Hagen, studiert Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit dem Ziel das Erste Staatsexamen 2023/2 zu absolvieren. Anfang des Jahres schloss sie ihr Schwerpunktstudium im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ab und ist als studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb tätig.

A. Einleitung

Dass Innovationen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch gesamtgesellschaftlich betrachtet wichtig sind und wesentliche Grundbausteine für Folgeinnovationen legen, zeigt bereits die schnelle Entwicklung des Impfstoffes gegen SARS-CoV-2. Dieser beruht nachhaltig auf der von Katalin Karikó[1] jahrzehntelang erforschten Methode,[2] Boten-Ribonukleinsäure (mRNA) so zu verändern, dass sie in den Körper eingebracht werden kann, ohne ihm zu schaden.[3] Auch für andere Bereiche, wie z.B. Umweltschutz, Welternährung oder der Bekämpfung von Hygiene- und Wassernotstand sind Verbesserungen existierender Technologien und gänzlich neue Innovationen notwendig.

Eine wesentliche Begründungstheorie des Patentrechts ist die Anspornungs- bzw. Anreiztheorie, wonach Ausschließlichkeitsrechte (Patente) ein Anreiz für Investition in Forschung und Entwicklung (FuE) schaffen und Innovationen incentivieren.[4] Namensgebend für die Theorie ist die Annahme, dass die Erteilung eines Ausschließlichkeitsrechts für werkschaffendes Tätigwerden einen extrinsischen Anreiz setzt, indem der Erfinder die Allgemeinheit und Konkurrenten von der Nutzung seiner Erfindung über einen gewissen Zeitraum ausschließen oder im Gegenzug für die Nutzung Lizenzgebühren fordern kann. Hierdurch kann der Patentinhaber bereits entstandene Kosten am Markt amortisieren und Gewinne erzielen. Auch wenn die Anreizwirkung des Patents in der Literatur inzwischen kontrovers diskutiert wird, weil der Anreiz eher vom Markt als dem Patentrecht als solchem ausgehe und auch dysfunktionale Effekte durch die Erteilung von Patenten zu erkennen sind,[5] so birgt dieses

[1] EPO, Katalin Karikó.

[2] Pascolo, SMF 2021 114 (114).

[3] EPO, Katalin Karikó.

[4] Schamlu, Patentschriften-Patentwesen, 1985, S. 40.

[5] Lamping und Picht, in: Hilty und Jäger, Europäisches Immaterialgüterrecht, S. 146f.; Hilty, in: Drexl/ Godt/ Hilty/ Boy/ Remiche, Technology and competition:

besondere Immaterialgüterrecht dennoch die Chance, Innovationsprozesse zu unterstützen. Gerade in Anbetracht der globalen Herausforderungen in puncto Gesundheit, Umweltschutz und Welternährung sollten alle Möglichkeiten genutzt werden, um disruptive innovative Lösungen zu finden. Um das Potential des Immaterialgüterrechts bestmöglich ausschöpfen zu können, ist es wichtig, dem Patentinhaber ein funktionierendes und zuverlässiges Repertoire an Mitteln zur rechtlichen Verteidigung seines Patents an die Hand zu geben.[6] Hierfür ist eine möglichst optimale Ausgestaltung der Rechtsinstitute und deren Durchsetzung unerlässlich. Ein wichtiges Instrument, um sich gegen eine Patentverletzung zur wehren, ist dabei die einstweilige Verfügung, die irreversiblen Zuständen und Schäden vorbeugen soll.[7] Der hohe Stellenwert der einstweiligen Verfügung im Patentrecht wird mit Blick auf die zunehmende Schnelllebigkeit der technischen Erfindungen und der somit notwendigerweise raschen Amortisation von entstandenen Kosten während der Exklusivitätszeit deutlich. Das Hauptsacheverfahren bei Patentverletzungen dauert bei optimalem Verlauf ca. zwölf Monate und kann u.a. durch eine Verfahrensaussetzung zur Überprüfung des Patents deutlich länger dauern.[8] Den Interessen der Betroffenen könnte man durch ein langwieriges Hauptsacheverfahren nicht ausreichend gerecht werden, da in der Zwischenzeit schwerwiegende Schäden zu befürchten sind. Ein Rechtsvergleich von verschiedenen nationalen Ausgestaltungen kann dabei helfen die aktuelle deutsche Ausgestaltung auf ihre Praktikabilität zu überprüfen und gegebenenfalls zu reformieren.

---

contributions in honour of Hanns Ullrich, S. 96 f.

[6] Erwägungsgrund 3 der Durchsetzungsrichtlinie: „Die wirksame Durchsetzung der Rechte ist unabdingbare Voraussetzung, ohne welche Innovationen und kreatives Schaffen gebremst wird und Investitionen verhindert werden.“.

[7] *Harling,* Einstweiliger Rechtschutz.

[8] *Wuttke,* GRUR 2020 1 (3 ff.).

Nachfolgend wird dargestellt, wie sich die Erteilung einstweiliger Verfügungen im Patentrecht in Deutschland und im Vereinigten Königreich unterscheiden und welche Vorteile die britische Lösung bietet. Im Rahmen dieser Darstellung wird auch auf den Einfluss einer jüngst ergangenen Vorabentscheidung des EuGH eingegangen und aufgezeigt, wie sich die Rechtslage in Deutschland verändern könnte.

B. Die Einstweilige Verfügung im deutschen Recht und ihre Schwächen

In Deutschland können der Unterlassungsanspruch aus § 139 Abs. 1 Patentgesetz (PatG), sowie der Auskunftsanspruch aus § 140b PatG in einem einstweiligen Verfügungsverfahren auf Grundlage der §§ 930 ff, 940 ZPO geltend gemacht werden.[9] Eine einstweilige Verfügung ergeht, wenn der Antragsteller das Bestehen eines Verfügungsgrunds und einen Verfügungsanspruch hinreichend darlegt und glaubhaft macht.

Im Rahmen des Verfügungsgrunds ist die Ursache darzulegen, den patentrechtlichen Anspruch im Verfahren der einstweiligen Verfügung und nicht in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen.[10] Hierfür ist die besondere Dringlichkeit des Verfügungsanspruchs darzulegen, sowie das anderenfalls ein irreversibler Zustand drohe, der das Warten auf eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren untragbar macht.[11] Im Patentrecht besteht, anders als Wettbewerbsrecht, keine Vermutung für das Vorliegen des Verfügungsgrunds.[12] Der Patentinhaber hat vielmehr die wesentlichen

[9] *Haedicke*, Patentrecht, S. 333.

[10] *Kühnen*, Handbuch der Patentverletzung, S. 994.

[11] *Ahrens,* Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht: Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – unlauterer Wettbewerb, S. 260.

[12] *Ann,* Patentrecht, § 36, Die Klage wegen Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung, Rn. 99.

Umstände glaubhaft zu machen.[13] Letztendlich ist eine Interessenabwägung erforderlich, um die Notwendigkeit einer einstweiligen Verfügung unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls annehmen zu können. [14]

Im Rahmen des Verfügungsanspruchs sind die Voraussetzungen des jeweiligen patentrechtlichen Anspruchs zu erörtern. Dazu gehören die Zuständigkeit des Gerichts, die Aktiv- und Passivlegitimation der Beteiligten, sowie die Verletzungsform und den Bestand des anspruchsbegründenden Patents darzulegen.[15] In der Natur der Sache liegt, dass die Grundvoraussetzung, um einen Anspruch aus dem Patent geltend zu machen, der tatsächliche Bestand des Patents ist. Die Frage, welche Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand des Patents zu stellen sind, steht im Mittelpunkt der aktuellen Debatten und soll nachfolgend dargestellt werden.

I. Gerichtliche Anforderungen an den Gesicherten Rechtsbestand

Bisher haben die deutschen Gerichte im europäischen Vergleich die wohl höchsten Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand des gegenständlichen Patents gestellt, indem sie grundsätzlich fordern, dass das Patent bereits ein kontradiktorisches Bestandsverfahren überstanden haben muss.[16] Verwunderlich ist dies, weil Patente in Deutschland nach Prüfung durch technisch versierte Behörden erlassen werden und man daher von einer zuverlässigen Prüfung der Erfindungen ausgehen dürfte, bevor ein Patent erteilt wird. Nach bisheriger Rechtspraxis der deutschen Gerichte kommt die Erteilung einer einstweiligen Verfügung im Patentrecht aber nur

[13] *Grabinski/Zülch,* in: *Benkard,* Patentgesetz, §139, Rn. 153a.

[14] Ibid, Rn. 150.

[15] *Kühnen*, Handbuch der Patentverletzung, S. 994 f.

[16] Deichfuß, GRUR 2022, 33 (35); OLG Düsseldorf InstGE 9, 140, 146 – Olanzapin; OLG Düsseldorf InstGE 12, 114 – Harnkatheterset; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2015, 509 (510) Ausrüstungssatz.

dann in Betracht, wenn der Bestand des Patents und dessen Rechtsverletzung eindeutig zugunsten des Antragstellers zu beantworten ist, sodass eine abweichende Entscheidung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren nicht zu erwarten wäre.[17] Regelmäßig ist dafür Voraussetzung, dass das Patent ein Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hat, weil hieraus folge, dass grundsätzlich von einem hinreichend sichereren Rechtsbestand des Patents auszugehen sei.[18] Nur in wenigen von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmefällen kann hiervon abgewichen werden. So kann zum Beispiel das Verletzungsgericht seine Entscheidung anstelle derjenigen des Patentgerichts stellen, wenn die Rechtsbestandsentscheidung des Patentgerichts unvertretbar erscheint.[19] Auf die für den Verfügungskläger günstige kontradiktorische Rechtsbestandsentscheidung kann in weiteren Sonderfällen, vor allem im Bereich der Generikahersteller, abgesehen werden, weil anderenfalls enorme Schäden zu erwarten sind, die nicht wiedergutzumachen wären.[20] Diese Beispiele zeigen, dass nicht starr an der oben genannten Voraussetzung eines erfolgreich überstandenen kontradiktorischen Verfahrens festgehalten wird. Hierbei handelt es sich eben nur um einen Beispielskatalog spezieller Ausnahmen, die am Grundsatz der Behandlung von einstweiligen Verfügungen bei Patentverletzungen nichts ändern. Für die vorliegende Auseinandersetzung ist es daher wenig zielführend sich mit den Ausnahmen vertieft zu befassen. Vielmehr soll untersucht werden, warum die deutschen Gerichte im Regelfall so hohe Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand stellen.

---

[17] *Haedicke*, Patentrecht, S. 334f.

[18] OLG Düsseldorf InstGE 12, 114 – Harnkatheterset, OLG Karlsruhe InstGE 11, 143 – VA-LCD-Fernseher, OLG Düsseldorf Hinweisbeschluss v. 18.07.2017, I-2 U 23/17.

[19] OLG Düsseldorf InstGE 9, 140, 146 – Olanzapin.

[20] OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 142305 – Kombinationszusammensetzung.

II. Rechtfertigungsansätze für die Erhöhten Anforderungen

1. Prozessuales Trennungsprinzip

Wie oben bereits angedeutet, ergibt sich das Problem in dieser Schärfe nur in der deutschen Patentrechtspraxis und wird daher vielfach mit dem strengen deutschen Trennungsprinzip begründet. Hiernach entscheidet das Verletzungsgericht nicht über den Bestand des Patents. Bei Zweifeln bezüglich des Vorliegens der Erteilungsvoraussetzungen eines Patents ist innerhalb der dreimonatigen Einspruchsfrist die Patentabteilung oder abweichend auf Antrag der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts anzurufen, so § 59 Abs. 1 PatG, § 61 Abs. 1 S. 1 PatG, § 61 Abs. 2 PatG. Nach Ablauf der Frist kann gem. § 81 Abs. 1 PatG eine Nichtigkeitsklage zum Patentgericht erhoben werden. Um eine falsche Verurteilung wegen Patentverletzung zu vermeiden, ist es bei Zweifeln hinsichtlich des Rechtsbestands möglich das Verletzungsverfahren gem. § 148 Abs. 1 ZPO auszusetzen, bis über den Rechtsbestand des Patents entschieden worden ist.

Die strikte Trennung der Verfahren führt also dazu, dass das für den Erlass der einstweiligen Verfügung zuständige Gericht nicht über den Rechtsbestand des zugrundeliegenden Patents entscheiden kann. Es ist daher davon auszugehen, dass die deutschen Gerichte das Patent,durch ein kontradiktorisches Verfahren bestätigt sehen möchten, um daraufhin zu einem späteren Zeitpunkt eine einstweilige Verfügung erlassen zu können, die den Bestand des Patents zwingend voraussetzt. Das Erfordernis der Bestätigung des Rechtsbestands ist besonders nachvollziehbar, wenn man beachtet, dass nur ein Drittel der erteilten Patente das Bestandsverfahren unverändert übersteht.[21] Daher besteht eine hohe statistische Wahrscheinlichkeit, dass es zu Fehlentscheidungen

[21] *Kühnen,* GRUR 2021 466 (469).

auf der Verletzungsebene käme, wenn der Bestand des Patents vorher nicht erneut geprüft würde.[22]

Allerdings verfügen auch andere europäische Rechtsordnungen über ein Trennungsprinzip: Auch in Polen wird es angewandt, wobei exklusiv das Patentgericht in Warschau über Patentverletzungen entscheidet und Einwendungen gegen den Bestand des Patents nur vor dem Patentamt erhoben werden können.[23] Hier werden allerdings trotzdem nicht vergleichbar hohe Anforderungen an den gesicherten Bestand des Patents gestellt. Es reicht vor den polnischen Gerichten, eine hohe Wahrscheinlichkeit der Patentverletzung vorzutragen. Ein kontradiktorisches oder vergleichbares Verfahren muss nicht zuvor durchgeführt worden sein, um den Bestand des Patents für gesichert zu erachten.[24]

Jedenfalls solange die Einspruchsfrist beim Europäischen Patentamt (EPA) nicht abgelaufen ist, gilt auch im Rahmen des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) die Trennung der Verfahren für europäische Patente. Denn vor Fristablauf, neun Monate nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung des europäischen Patents, entscheidet das EPA, nicht die nationalen Gerichte, über den Bestand des Patents, Art. 99 Abs. 1 EPÜ. Die Verletzung eines Patents wird hingegen gem. Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 2 EPÜ nach nationalem Recht behandelt, sodass hier von Anfang an die nationalen Gerichte zuständig sind. Auch hier werden trotz des vorübergehend bestehenden Trennungsprinzips nicht so hohe Anforderungen an den gesicherten Bestand des Patents als Erlassvoraussetzung für die einstweilige Verfügung im Patentrecht gestellt. Daher liegt es nahe, dass das Trennungsprinzip als solches keine zwingende Begründung für die deutsche Rechtspraxis liefert.

---

[22] Ibid.

[23] *Rzążewska und Gajek,* Patent Litigation in Poland: Overview.

[24] Ibid.

2. Rechtspolitische Erwägungen

Der deutschen Handhabung müssen daher jedenfalls auch andere Erwägungen zugrunde liegen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Bedürfnis der Gerichte, das Patent erst hinreichend abzusichern, sodass Entscheidungen nicht auf der Grundlage eines nichtigen Patents ergehen, Grund für die strenge gerichtliche Handhabung ist. Denn durch diese Praxis wird das Risiko minimiert, ungerechtfertigt einstweilige Verfügungen zu erlassen. Letztlich wird einer solchen, nicht zwingend durch das Gesetz vorgeschriebenen Rechtspraxis, eine Interessenabwägung zugrunde liegen. Diese Abwägung scheint zulasten der Patentinhaber und zugunsten der Mitbewerber und der Allgemeinheit,[25] im Interesse der möglichst umfassenden freien Nutzung von Erfindungen auf dem technischen Gebiet, entschieden worden sein. Ob solche Erwägungen im Lichte des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS), welches auch für Deutschland gilt, überhaupt zulässig sind, ist umstritten.[26]

Letztendlich scheint es also vielmehr eine rechtspolitische Entscheidung zu sein, welche Anforderungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes an den gesicherten Bestand eines Patents gestellt werden und inwiefern daher welche Interessen als schutzwürdiger erachtet werden und weniger eine zwingende Folge des Trennungsprinzips.

Der Kammervorsitzende (21. Kammer) des Münchner LG I beschrieb es so:

> *„Ein Patent wie ein minderjähriges Kind als nur*

[25] Diese grundsätzliche Abwägung des Interessentrias ist allgemein übliche Praxis des BGH, z.B. BGH GRUR 1999, 571 (572) – Künstliche Atmosphäre, BGH GRUR 2021, 1052 (1053) – Gruppierungssystem.

[26] Gegen solche Abwägungen unter Hinweis auf das TRIPS-Übereinkommen: *Bopp,* FS Helm, 2002, 275 (282 ff.).

> *„beschränkt geschäftsfähig" zu behandeln und für die volle Rechtsfähigkeit im Verfügungsverfahren auf ein erfolgreich abgeschlossenes Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren zu bestehen, entspricht weder dem deutschen noch dem europäischen Recht."*[27]

Auch in Teilen des Schrifttums wurde immer wieder und schon seit geraumer Zeit gefordert, dass der Erlass einstweiliger Verfügungen auch in Patentsachen nicht nur auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben solle.[28]

C. Die Einstweilige Verfügung im Vereinigten Königreich und ihre Vorteile

In der Entscheidung *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd* [1975] AC 396 entwickelte das House of Lords die Kriterien für die Erteilung der einstweiligen Verfügung im Patentrecht.[29] Danach bestehen im Vereinigten Königreich folgende vier Voraussetzungen: Der Antragsteller muss zunächst die Patentverletzung glaubhaft machen. Hierzu fordert das Gericht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder einen „prima facie Beweis" dieser

[27] *Ann,* Patentrecht, § 36, Die Klage wegen Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung, Rn. 97a ff.

[28] *Bierbach*, GRUR 1981, 458 (464); *Fritze,* GRUR 1979, 290 (291).

[29] *Sievers,* in: *Sandrock/ Großfeld/ Luttermann:* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 38, S. 174; *England,* Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview; *Lambert,* Enforcing Intellectual Property Rights: a concise guide for Business, Innovation and Creative Individuals, S. 89*, Bently/ Arnold,* in: *Contreras/ Husovec*: Injunctions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, S. 263.

Verletzung.[30] Es ist vielmehr nur erforderlich, dass der Antragsteller darlegt, dass er den Fall vor Gericht gewinnen könnte.[31] Im nächsten Schritt prüft das Gericht, ob der Antragsteller auch hinreichend, angemessen und vollumfänglich durch einen Schadensersatz kompensiert werden kann.[32] Wenn dies nicht der Fall ist, muss die Klägerin eine Erklärung abgeben, dass sie die Beklagte im Falle eines Unterliegens im Hauptsacheverfahren angemessen dafür entschädigt, dass dieser der Marktzutritt durch die einstweilige Verfügung verwehrt wurde.[33] Ob eine solche Erklärung vorliegt und diese auch angemessen ist wird vom Gericht geprüft. Geht das Gericht bei vorliegender Erklärung davon aus, dass die Erklärung den Anforderungen der Angemessenheit Genüge tut, erlässt es die Verfügung.[34] Anderenfalls muss es in einem vierten Schritt, wenn also für beide Seiten kein Schadensersatz angemessen die Nachteile ausgleichen würde, eine umfassende Interessenabwägung durchführen.[35]

---

[30] *Sievers,* in: *Sandrock/ Großfeld/ Luttermann:* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 38, S. 174; *Bently/ Arnold,* in: *Contreras/ Husovec*: Injunctions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, S. 263.

[31] *Lambert,* Enforcing Intellectual Property Rights: a concise guide for Business, Innovation and Creative Individuals, S.89*; England,* Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview.

[32] *England,* Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview; *Sievers,* in: *Sandrock/ Großfeld, Luttermann:* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 38, S. 175; *Lambert,* Enforcing Intellectual Property Rights: a concise guide for Business, Innovation and Creative Individuals, S. 90.

[33] *Sievers,* in: *Sandrock/ Großfeld/ Luttermann:* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 38, S. 175; *Lambert,* Enforcing Intellectual Property Rights: a concise guide for Business, Innovation and Creative Individuals, S. 90.

[34] Ibid.

[35] *Sievers,* in: *Sandrock/ Großfeld/ Luttermann:* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Band 38, S. 175 f.; *England,* Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview.

Diese Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sind häufig bei Pharmapatenten und Generikaherstellern als Antraggegner gegeben, da hierbei der potenziell unrechtmäßige Marktzutritt des Generikaherstellers unwiederbringliche Schäden in Form von Preisnachlässen oder Verlusten von Marktanteilen verursacht.[36]

I. Niedrige Anforderungen an den Gesicherten Rechtsbestand

Bereits die nähere Betrachtung der beschriebenen Voraussetzungen für die Erteilung einer einstweiligen Verfügung zeigt, dass an die Beibringung der Sachlage durch den Kläger deutlich geringere Anforderungen gestellt werden als in Deutschland. Die Erteilung einer einstweiligen Verfügung erfolgt vielmehr nach einer Folgenabschätzung der zu erwartenden Nachteile für beide Seiten und der Beantwortung der Frage, inwieweit diese Nachteile im Wege des Schadensersatzes kompensiert werden können.[37]

Für den Vergleich zur deutschen Rechtslage bleibt darüber hinaus zu klären, welche Anforderungen an den Rechtsbestand des der Entscheidung zugrundeliegenden Patents zu stellen sind. Besonders ist im britischen Recht, dass die Gültigkeit des Patents im Verfahren der einstweiligen Verfügungen „at face value", d.h. „für bare Münze", genommen wird.[38] Das gilt selbst dann, wenn das Patent in anderen Jurisdiktionen, wie z.B. einem Verfahren vor dem EPA, für nichtig erklärt wird.[39]

---

[36] *England*, Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview; *SmithKline Beecham v Apotex Europe Ltd [2003] EWCA Civ 137; Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd v Generics UK & Anor [2020] EWCA Civ 793.*

[37] *Bently/ Arnold,* in: *Contreras/ Husovec*: Injunctions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, S. 263 ff.

[38] *England,* Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview.

[39] So in erster Instanz: *Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd v Generics UK & Anor [2020] EWHC 1362 (Pat).*

Dies hat der Court of Appeal auch für den Fall entschieden, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung bereits von einem (schwedischen) Gericht abgelehnt worden ist.[40]

Die Anforderungen an den Rechtsbestand des Patents im einstweiligen Rechtsschutz unterscheiden sich in Deutschland und dem Vereinigten Königreich also substanziell.

II. Vorteile dieser Rechtsansicht

Die Vorteile der Rechtsansicht im Vereinigten Königreich zeigen sich primär im Schutz des Antragstellers und in praktischer Hinsicht.

1. Schutz des Antragstellers

Im Vergleich zur deutschen Jurisdiktion wird ein einmal erteiltes Patent so lange für wirksam gehalten und entsprechend behandelt, bis sich aus einem britischen Nichtigkeitsverfahren etwas anderes ergibt.[41] Dies sorgt für einen besonders effektiven Rechtsschutz des Patentinhabers, der sich bei der Bemühung um eine einstweilige Verfügung auf den Bestand seines erteilten Patents verlassen kann. Die Interessenabwägung zwischen einem möglichst umfassenden Schutz des Patentinhabers und einem unbedingten Schutz der Allgemeinheit sowie potenziellen Patentverletzern vor Fehlentscheidungen wird hier zugunsten der Patentinhaber entschieden. Im Hinblick darauf, dass ein umfassender Patentschutz ein Anreiz sein könnte, Erfindungen auch zukünftig mit dem Patentrecht zu schützen, dürfte dabei mittelbar auch eine

[40] *Cordery/ Mumby,* A Wake-up Call for Patentees?; *Bently/ Arnold,* in: *Contreras/ Husovec*: Injunctions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, S. 265.

[41] *Bently/ Arnold,* in: *Contreras/ Husovec*: Injunctions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, S. 266.

positive Auswirkung für Mitbewerber und die Allgemeinheit haben. Denn jede Patenterteilung führt zwangsläufig zur Veröffentlichung des Patents und damit zur Offenlegung der Erfindung. Das einmal offengelegte Wissen steht dann der Öffentlichkeit zur Verfügung und kann für Folgeinnovationen eine wichtige Grundlage bilden. Ohne ein für die Erfinder funktionierendes Patentrecht muss befürchtet werden, dass sich einige Innovatoren für den Schutz ihrer Erfindung mittels Geheimhaltung entscheiden. Hierfür stünde ihnen sodann ein Schutz über den Gebrauch von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung.

2. Praktische Vorteile

Neben den unmittelbaren Vorteilen für den Patentinhaber dürften sich auch in praktischer Hinsicht deutliche Vorteile der Handhabung im Vereinigten Königreich ergeben.

Ohne umständliche Verweisungen und erneuten Infragestellens des Patents vor dem Erlass einer einstweiligen Verfügung, können sowohl die Verfahrensdauer als auch die Belastung der Gerichte und Patentämter reduziert werden. Diese Entlastungen und gesteigerte Verfahrenseffizienz würden sodann insgesamt die Kosten aller am Verfahren Beteiligten reduzieren und könnten zu einem effektiveren Rechtsschutz führen.

III. Bestätigung durch die EuGH-Vorabentscheidung C-44/21

Der EuGH befasste sich im Vorabentscheidungsverfahren C-44/21, vom 28.04.2022, mit der Fragestellung, welche Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand bei Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen sind. Dabei scheint die Rechtsansicht der britischen Gerichte nun durch die EuGH-Vorabentscheidung bestätigt worden zu sein.

1. Verhältnis zwischen der EuGH-Entscheidung und dem britischen Patentrecht

Die Durchsetzungsrichtlinie, auf die sich das Urteil des EuGH im Wesentlichen bezieht, entfaltet aufgrund des Brexits in Großbritannien keine unmittelbare Wirkung mehr.[42] Auch die zunächst einschlägigen Übergangregelungen galten nur bis 31.12.2020.[43] Allerdings sieht auch das TRIPS Übereinkommen, welches seine Wirkung für die WTO Mitgliedsstaaten entfaltet, vor, dass in jedem WTO Staat die Möglichkeit der Gerichte bestehen soll, einstweiligen Rechtsschutz zu erteilen, Art. 58 Abs. 1 TRIPS. TRIPS ist ein internationales Handelsabkommen, was dem gestiegenen Bedürfnis Rechnung trägt, einen internationalen Rahmen zum Schutz von Immaterialgütern zu bilden, indem es Schutzmindeststandards setzt.[44] Das Vereinigte Königreich ist unabhängig von seinem EU-Austritt Mitgliedsstaat der WTO,[45] weshalb das TRIPS Übereinkommen anwendbar ist. Der EuGH hat sich für die Auslegung des TRIPS innerhalb der EU für zuständig erklärt und die Regeln der Durchsetzungsrichtlinie sind, jedenfalls in Teilen, TRIPS nachgebildet.[46] Damit kann die Entscheidung des EuGH über TRIPS zumindest mittelbar von den Gerichten des Vereinigten Königreichs für die Handhabung von einstweiligen Verfügungen in Patentstreitsachen herangezogen werden.[47] Folglich könnte die Entscheidung auch für die britische Rechtsinterpretation von Relevanz sein. Da der EuGH in seiner Entscheidung im Ergebnis die strenge Handhabung der deutschen Gerichte ablehnt und sich die Rechtspraxis

[42] WTO Doc. WT/GC/226 (2021), S. 1.

[43] Ibid.

[44] *Taubman/ Wagner/ Watal,* A Handbook on the WTO TRIPS Agreement, S. 8 f.; *Kumagai,* Introduction to TRIPS Agreement, S. 1.

[45] WTO Doc. WT/GC/226 (2021), S. 1.

[46] *Vagt,* MMR 2001, 1 (1).

[47] Erwägungsgrund 4 der Durchsetzungsrichtlinie.

im Vereinigten Königreich gerade nicht der gleichen Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand des Patents wie in Deutschland bedient, wird die EuGH-Entscheidung allerdings keine Änderung der britischen Rechtlage bewirken. Gerichte im Vereinigten Königreich können sich in ihrer Rechtsauffassung bestätigt sehen, sodass diese dadurch weiter gefestigt werden könnte. Die Entscheidung zeigt, dass auch der EuGH die Vorzüge der britischen Rechtsauffassung anerkennt.

2. Entscheidungsinhalt

Das Urteil C 44/21 des EuGH erging aufgrund des Ersuchens des Landgericht München I und betrifft die Auslegung von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Richtlinie 2004/48/EG, „Durchsetzungsrichtlinie"). Art. 9 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie regelt, dass die Mitgliedsstaaten im nationalen Recht die Möglichkeit für Patentinhaber einrichten müssen, einstweilige Maßnahmen zu erwirken. Im Rahmen dieses Rechtsstreits zwischen Phoenix Contact GmbH & Co. KG und HARTING Deutschland GmbH & Co. KG, Harting Electric GmbH & Co. KG sah die Phoenix Contact GmbH & Co. KG ihr europäisches Patent als durch die Harting Deutschland und Harting Electric GmbH verletzt. Das vorlegende Münchner Gericht fragte, ob Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48 dahingehend auszulegen sei, dass er einer nationalen Rechtsprechung entgegenstehe, wonach der Erlass einstweiliger Maßnahmen wegen der Verletzung von Patenten grundsätzlich verweigert würde, wenn das betreffende Patent nicht zumindest ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren überstanden hätte.[48]

Nach Auffassung des EuGH ist bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 1 Durchsetzungsrichtlinie neben dessen Wortlaut auch der Sinn und Zweck der

[48] LG München GRUR-RS 2021, 301 (301 ff.).

Norm sowie die Erwägungsgründe, insbesondere die Erwägungsgründe 17 („Effektivität im Einzelfall“) und 22 („Verhältnismäßigkeit der einstweiligen Maßnahmen“) der Richtlinie, sowie die Unverzüglichkeit der Beendigung einer Verletzung, insbesondere im Falle eines unabwendbaren Schadens, zu berücksichtigen.[49] Die Anforderungen der bindenden, letztinstanzlichen OLG Rechtsprechung würden daher den Art. 9 I Durchsetzungsrichtlinie seiner Wirkung berauben.[50] Außerdem könnte es ein Verletzter bewusst unterlassen, den Rechtsbestand des Patents in einem Nichtigkeitsverfahren zu rügen, um den Patentinhaber um das Rechtsmittel der einstweilen Verfügung zu bringen.[51]

Zudem sei auch Erwägungsgrund 10 der Durchsetzungsrichtlinie zu beachten,[52] wonach ein einheitliches und homogenes Schutzniveau in allen Mitgliedsstaaten gewährleistet werden soll. Zwar sind günstigere Maßnahmen für die Schutzrechtsinhaber im nationalen Recht denkbar, sodass die Richtlinie nur ein Mindestmaß an Schutz festlegt. Eine Abweichung zulasten der Schutzrechtsinhaber ist allerdings nicht mit der Richtlinie vereinbar und daher unzulässig, Art. 2 Abs. 1 Durchsetzungsrichtlinie. Da die deutschen Gerichte strengere Anforderungen an den gesicherten Rechtsbestand stellen, liegt eine unzulässige Abweichung zulasten des Patentinhabers vor.[53]

Die Anforderungen der ständigen OLG Rechtsprechung stünden daher nicht im Einklang mit der europäischen Richtlinie, die durch die Regelung zu einstweiligen Maßnahmen einen effektiven Rechtsschutz regeln wolle und ein einheitliches hohes Schutzniveau der Rechte des geistigen Eigentums

[49] EuGH, Urteil Phoenix Contact und Harting C-44/21, ECLI:EU:C:2022:309, Rn. 31 f.

[50] Ibid, Rn. 35.

[51] Ibid, Rn. 35.

[52] Ibid, Rn. 37.

[53] Ibid, Rn. 54.

sicherstellen solle.[54] Um dem Ziel des Art. 3 Durchsetzungsrichtlinie (insbesondere ein faires Verfahren und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe) gerecht zu werden, seien bereits ausreichend Sicherungsmaßnahmen in Art. 9 Abs. 5, 6 und 7 der Durchsetzungsrichtlinie gegeben, wonach einstweilige Maßnahmen aufgehoben werden, wenn der Antragsteller nicht in einer angemessenen Frist die Sachentscheidung herbeiführt, der Antragsteller möglicherweise Sicherheitsleistungen zu tätigen hat oder der Antragsteller für die entstandenen Schäden der einstweiligen Maßnahme beim Antragsgegner aufzukommen hat.[55] Letztendlich müssen nicht nur die nationalen Rechtsvorschriften im Einklang mit dem Unionsrecht stehen, sondern auch die Auslegung der Norm durch die nationalen Gerichte, weshalb gegebenenfalls gefestigte nationale Rechtsprechung im Lichte des Unionsrechts abgewandelt werden müsse.[56] Aus diesen Gründen hat die sechste Kammer des Gerichtshofs für Recht erkannt, dass dem Erlass einstweiliger Maßnahmen aufgrund der Verletzung eines Patents nicht zwingend ein erstinstanzliches Einspruchs- oder Nichtigkeitsverfahren zur Überprüfung des streitgegenständlichen Patents vorausgegangen sein muss. Im nationalen Recht eine solche Voraussetzung zu stellen, verstoße gegen Art. 9 Abs. 1 der Durchsetzungsrichtlinie.

[54] Ibid, Rn. 37.

[55] Ibid, Rn. 45 ff.

[56] Ibid, Rn. 52 f.

3. Meinungen zur Entscheidung

Das Urteil ist auf den ersten Blick überwiegend auf Zustimmung gestoßen.[57] Begründet wird diese Zustimmung häufig damit, dass das Urteil die Harmonisierung des Rechts stärke, die Rechtsfortbildung und Weiterentwicklung anrege und für mehr Rechtssicherheit sorge.[58] Außerdem diskriminiere die bisherige deutsche Rechtsprechung frisch erteilte Patente, da es für diese meist nicht möglich sein wird, dass bereits ein kontradiktorisches Verfahren gegen sie eingeleitet worden ist, das das Patent hätte überstehen können.[59] Insbesondere hätten Patentinhaber zudem keinen Einfluss auf die Einleitung eines solchen Verfahrens. Wuttke führt an, dass die zu strengen Anforderungen des OLG an die Erteilung von einstweiligen Verfügungen so nicht in anderen Jurisdiktionen bekannt seien.[60]

Allerdings kann bei der steigenden Komplexität und den zum Teil gravierenden Folgen einer Fehlentscheidung auch die Entscheidung der Oberlandesgerichte nachvollzogen werden, die den Bestand des Patents gesichert sehen wollen.[61] Die Entscheidung und die damit einhergehende Diskussion zeigen die Problematik des deutschen Trennungsprinzips, einschließlich der Herausforderung für primär juristisch und weniger technisch gebildete Richter, juristische und technisch komplexe Probleme gleichzeitig zu lösen, deutlich auf. Darüber hinaus verdeutlicht die Entscheidung

[57] So z.B. *IP Federation members,* IP Federation Policy Papers 3/21; *Wuttke,* Mitt. 2021 78 (78 ff.)*; Rastemborski,* GRUR-Prax 2021, 109 (109); *Lindemans/ Mariano,* Towards Easier Access to Preliminary Injunctions for Patent Holder in the EU; *Hoppe,* Preu Bohlig 2021, 8 (12); *Richter,* The CJEU has clarified PI case law for Europe's judges.

[58] *Lindemans/ Mariano,* Towards Easier Access to Preliminary Injunctions for Patent Holder in the EU; *Hoppe,* Preu Bohlig 2021, 8 (12).

[59] *Richter,* The CJEU has clarified PI case law for Europe's judges.

[60] Wuttke Mitt. 2021 78 (78 f.).

[61] Ibid.

die Problematik der zeitlichen Verzögerung zwischen Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahren („injunction gap“) sowie die vielfach kritisierte sinkende Qualität der erteilten Patente in Europa.[62] Es sind daher auch einige kritische Stimmen[63] erkennbar. Die Kritik von Kühnen[64] bezieht sich vor allem auf die Vorlage des Münchner Gerichts und nicht auf die Entscheidung als solche.[65] Im Fokus steht dabei, dass das vorlegende Gericht die Darlegung der Gesamtzusammenhänge und Erklärung der Rechtslage nicht hinreichend ausgeführt habe. Dies gelte insbesondere für die Aufzählung der Ausnahmen, wodurch der falsche Eindruck der Vollständigkeit erweckt worden sei, obwohl weitere Ausnahmen von der Voraussetzung eines vorab durchgeführten kontradiktorischen Bestandsverfahrens denkbar seien.[66] Außerdem fänden die hohen Patentvernichtungsquoten in der Vorlage des Münchner Gerichts keine Erwähnung. Nur ein Drittel der erteilten Patente würden, nach Angaben von Kühnen, statistisch gesehen unverändert bestehen bleiben, ein Drittel werde vernichtet und ein Drittel werde beschränkt aufrechterhalten.[67] Dies könne aber gerade das Bedürfnis der Gerichte nach einer erneuten Überprüfung erklären, bevor mit dem scharfen Schwert einer einstweiligen Verfügung agiert werden kann. Die Durchsetzungsrichtlinie fordere außerdem keine Durchsetzung um jeden Preis.[68] Die nationalen Gerichte müssen gem. Art 9 Abs. 1 Durchsetzungsrichtlinie nur die Möglichkeit eines einstweiligen

---

[62] Ibid.

[63] *Kühnen,* GRUR 2021 466 (469 ff.); Deichfuß, GRUR 2022, 33 (33ff.); z.T. auch: *Richter,* The CJEU has clarified PI case law for Europe’s judges; *Hauck/Werner,* GRUR-Prax 2022, 335 (335 ff.).

[64] Vors. Richter am OLG Düsseldorf.

[65] *Kühnen,* GRUR 2021 466 (469).

[66] Ibid.

[67] Ibid.

[68] Ibid.

Rechtsschutzes einräumen. Ähnlich argumentiert auch Deichfuß,[69] der ebenfalls die unzureichende Darstellung der Rechts- und Faktenlage durch das LG München I rügt.[70] Die Vorlage sei daher nicht geeignet gewesen, den EuGH sachgerecht zu informieren, weshalb für den EuGH keine ordnungsgemäße Überprüfung der Rechtslage in Deutschland durchführbar gewesen sei.[71]

Nach wie vor hält Pichlmaier, der Vorsitzende Richter am vorlegenden LG München I, die in der Rechtsprechungspraxis entwickelten Voraussetzungen für die Erteilung von einstweiligen Verfügungen im Patentrecht für zu streng.[72] Er hebt zwar hervor, dass klare Voraussetzung für die Erteilung der einstweiligen Verfügung ein bestandskräftiges Patent sei.[73] Auch räumt Pichlmaier ein, dass das Prinzip der Trennung der Verfahren als solches keine ausreichende Begründung sei, um immer von einem bestehenden Patent ausgehen zu können. Die Rechtsordnung fordere vielmehr eine auf den Einzelfall bezogene individuelle Bestandsprognose.[74] Genau deshalb dürfe nicht generalisierend oder aufgrund statistischer Prognosen der Bestand und die Qualität der erteilten Patente angezweifelt werden.[75] Diese Betrachtung widerspräche der Rechtsordnung und dem Trennungsprinzip.[76] Der Vorwurf, dass nicht umfassend an den EuGH vorgelegt worden sei, ist nach Meinung von Pichlmaier „nicht haltbar".[77]

---

[69] Richter am BGH.
[70] *Deichfuß,* GRUR 2022, 33 (36).
[71] Ibid.
[72] *Pichlmaier,* GRUR 2021, 557 (557 ff.).
[73] Ibid (558).
[74] Ibid.
[75] Ibid (557 f.).
[76] Ibid (559 f.).
[77] Ibid (558).

D. Notwendigkeit der Reform der Einstweiligen Verfügung im Patentrecht

I. Reform in Deutschland

Da die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, auf EU-Ebene erlassene Richtlinien ordnungsgemäß in das nationale Recht umzusetzen, kann ein Verstoß hiergegen verschiedene Folgen haben.

Zunächst kann die Kommission einen Verstoß feststellen und daraufhin ein förmliches Verfahren einleiten, woraufhin ein Austausch zwischen der Kommission und dem betreffenden Land in Gang gesetzt wird, um festzustellen, ob eine Verletzung vorliegt, Art. 258 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), sog. Vertragsverletzungsverfahren.[78] Stellt hingegen der Europäische Gerichtshof einen Verstoß fest, muss das betroffene Land gem. Art. 260 Abs. 1 AEUV Maßnahmen ergreifen, um dem Urteil des Gerichts Folge zu leisten. Bei Nichtbefolgung kann die erneute Anrufung des Gerichtshofs erfolgen oder eine finanzielle Sanktionierung festgesetzt werden, Art. 260 Abs. 2 AEUV. In Bezug auf den vorliegend geschilderten Fall hat der EuGH in der Rechtssache C-44/21 festgestellt, „dass für die volle Wirksamkeit von Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48 Sorge zu tragen ist, indem […] erforderlichenfalls eine mit dieser Bestimmung unvereinbare nationale Rechtsprechung aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt" bleibt.[79]

Neben der Verpflichtung zur Umsetzung sprechen aber auch gute Gründe dafür sich der britischen Lösung anzupassen. Dies könnte für einem effektiveren

[78] *Gurrek/Otto,* JuS 2015, 1079 (1079).

[79] EuGH, Urteil Phoenix Contact und Harting C-44/21, ECLI:EU:C:2022:309, Rn. 53.

Rechtsschutz sorgen und den Patentinhaber daher in seiner Position stärken. Außerdem werden auch die Gerichte profitieren, da diese durch eine Anpassung der Anforderungen entlastet werden dürften. Dabei ist allerdings nicht zu vernachlässigen, dass aktuell nur ein Drittel der erteilten Patente in ihrer ursprünglichen Form erhalten bleiben,[80] weshalb eine erneute Prüfung der Patente nach der aktuellen Erteilungspraxis der deutschen Patentämter weiterhin geboten scheint. Langfristig betrachtet ist es daher wahrscheinlich, dass die Anforderungen in Deutschland nur sukzessiv an die des britischen Vorbilds angepasst werden dürften. Wünschenswert und erforderlich wäre auch die Umstrukturierung der Praxis der Patenterteilung, um auch zukünftig ein möglichst hohes Maß an Rechtsicherheit, sowohl für den Patentinhaber als auch für den Markt sicherstellen zu können.

Wie genau in Deutschland auf die Vorabentscheidung reagieren wird, bleibt abzuwarten.

II. Harmonisierung in Europa

Abschließend ist es interessant noch auf die Auswirkungen und Entwicklungen des Patentrechts in Europa einzugehen. Obwohl es das Ziel der Durchsetzungsrichtlinie ist, das nationale Recht zu harmonisieren,[81] zeigt die aktuelle Rechtslage, dass eine Harmonisierung im Hinblick auf die einstweilige Verfügung weit entfernt ist.[82]

[80] *Kühnen,* GRUR 2021 466 (469).

[81] Erwägungsgrund 10 der Durchsetzungsrichtlinie.

[82] *Mantrov,* International Comparative Jurisprudence, 55 (55).

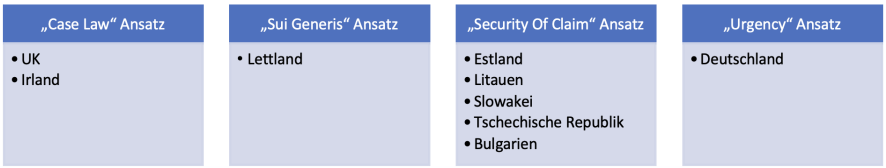


Abbildung: Unterschiedliche Ansätze hinsichtlich des Erlasses von einstweiligen Verfügungen.[83]

Der Durchsetzungsrichtlinie ist es, wie die Grafik zeigt, nicht gelungen die tiefsitzenden nationalen Unterschiede auf prozessualer Ebene zu überwinden. Die nationalen Divergenzen führen zu erheblichen Unsicherheiten in der Rechtsanwendung, sowohl in grenzüberschreitenden Fällen als auch nationalen Entscheidungen, die mangels Harmonisierung nicht vorhersehbar sind.[84] Dies zeigt, dass nicht nur die deutsche Rechtsprechung Nachhol- bzw. Anpassungsbedarf der Rechtspraxis an die Durchsetzungsrichtlinie hat. Vielmehr scheint die mangelnde Harmonisierung ein bereits bekanntes Problem zu sein, das sich durch die oben erläuterte EuGH-Entscheidung im Falle der deutschen Rechtspraxis höchst aktuell zeigt. Auch in diesem Rahmen könnte sich die britische Rechtspraxis als Leitbild für eine europäische Harmonisierung eignen. Dies ist insbesondere auch deshalb interessant, da aktuell an der Gestaltung eines europäischen Einheitspatents gearbeitet wird. Geplant ist, dass das Übereinkommen über das Einheitliche Patentgericht am 01.04.2023 in Kraft tritt.[85]

Die exakte Ausgestaltung steht zum heutigen Tag allerdings noch nicht fest, weshalb auch die Ausgestaltung der Rechtssatzbildung in diesem Vorhaben

[83] so inhaltlich: *Mantrov.* International Comparative Jurisprudence, 55 (60 ff.), eigene graphische Darstellung.

[84] *Ninajova*. Preliminary Injunctive Relief Against Patent infringements in Germany, Austria and the United Kingdom, S. 1.

[85] Einheitliches Patentgericht, Implementation Roadmap: Outlook, S. 1f.

durch die britische Praxis und dessen Befürwortung durch den EuGH in der jüngst ergangenen Vorabentscheidung beeinflusst werden könnte.

E. Konklusion und Ausblick

Es ist abschließend festzustellen, dass in Europa unterschiedliche Herangehensweisen an die Erteilung von einstweiligen Verfügungen bestehen. Dies war zwar bereits vor der jüngst ergangenen EuGH-Vorabentscheidung erkannt und erörtert worden, allerdings zeigt die Entscheidung des EuGH deutlich, dass eine Anpassung der nationalen Rechtsprechung und die Abwendung von der bisherigen Rechtspraxis geboten ist, sofern diese von der Durchsetzungsrichtlinie abweicht. Die Vorabentscheidung des EuGH zielt darauf ab, eine Vereinheitlichung der Rechtslage zu bewirken. Konkret für die deutsche Rechtspraxis bedeutet dies, dass es zukünftig leichter werden könnte eine einstweilige Verfügung im Patentrecht zu erwirken. Die rechtspolitische Abwägung zwischen den Interessen des Patentinhabers, der Mitbewerber und der Allgemeinheit fällt nach der Entscheidung des EuGH zugunsten des Schutzes der Immaterialgüter und deren Inhaber aus. Dies würde eine Abkehr von der bisher deutschen Ansicht, die ein Patent im Rahmen des Verfahrens zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zunächst in Zweifel zieht, bedeuten. Die EuGH-Rechtsprechung bewegt sich daher in Richtung der großzügigeren britischen Praxis, welche einst durch das House of Lords eingeführt und heute durch den Supreme Court weitergeführt wird. Sofern die EuGH-Rechtsprechung also eine patentinhaberfreundlichere Ausgestaltung der Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland herbeizuführen vermag, kann dies, ausgehend von der in der Einleitung angesprochenen Anreizwirkung des Patentrechts, möglicherweise positive Auswirkungen auf das Innovationsgeschehen haben.

Im Hinblick auf die derzeitige Bildung des europäischen Einheitspatents und dessen selbstständiger Rechtsprechung, sowie Rechtssatzbildung, ist außerdem zu vermuten, dass die britische Praxis und die EuGH Vorabentscheidung C-44/21 Einfluss auf die Ausgestaltung des Einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten des Schutzes der Immaterialgüter und deren Inhaber haben wird.

Bibliografie

Ahrens, Sönke: Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht: Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – unlauterer Wettbewerb, 2. Auflage, Hamburg, 2016 .

Ann, Christoph: Patentrecht: Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, 8. Auflage, München, 2022.

Bently, Linonel/ Arnold, Richard: United Kingdom, in: *Contreras, Jorge L./ Husovec, Martin*, Injunctiions in Patent Law: Trans-Atlantic Dialogues on Flexibility and Tailoring, 2022, S. 261-290.

Bierbach, Wolfgang: Probleme der Praxis des Verletzungsverfahrens mit Bezug zum Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren, GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1981, S. 458-465.

Cordery, Brian/ Mumby, Rachel: A wake-up call for patentees?, 10.06.2020, http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/06/10/a-wake-up-call-for-patentees/ (zuletzt abgerufen am: 22. Juli 2022).

Deichfuß, Herrmann: Die Prüfung des Rechtsbestands des Patents im einstweiligen Rechtsschutz - Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des LG München I „Rechtsbestand im Verfügungsverfahren“, GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Immaterialgüterrecht 2021, 33-39.

England, Paul: Patent Litigation in the UK (England and Wales): Overview, 01.01.2022, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-623-0277?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a495541 (zuletzt aufgerufen am: 24. Juli 2022).

European Patent Office, Katalin Karikó: Gewinnerin des Euopäischen Erfinderpreis 2022, 21.06.2022, https://www.epo.org/news-events/events/european-inventor/finalists/2022/kariko_de.html (zuletzt aufgerufen am: 22. Oktober 2022).

Fritze, Ullrich: Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung im Bereich der gewerblichen Schutzrechte und im Wettbewerbsrecht, GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1979, S. 290-294.

Grabinski, Klaus/ Zülch, Carsten: in: *Benkard, Georg,* Patentgesetz, Band 4, 11. Auflage, München, 2015.

Gurreck, Matti/ Otto, Patrick Christian: Das Vertragsverletzungsverfahren, JuS – Juristische Schulung 2015, S. 1079 -1083.

Haedicke, Maximilian: Patentrecht, 6. Auflage, Köln, 2022.

Harling, von, Anja: Einstweiliger Rechtsschutz, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Einstweiliger-Rechtsschutz/einstweiliger-rechtschutz_node.html, 2021 (zuletzt abgerufen am: 24. Juli 2022).

Hauck, Ronny/ Werner, Konstantin: Die Durchsetzung von Patenten nach der „Phoenix Contact/ HARTING" – Entscheidung des EuGH, GRUR-Prax – Praxis im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, 2022, S. 335-337.

Hilty, Reto M.: The role of patent quality in Europe, in: Drexl, Josef/ Godt, Christine/ Hilty, Reto M./ Boy, Laurence/ Remiche, Bernhard, Technology and Competition: contributions in honour of Hanns Ullrich, Brüssel, 2009, S. 91-121.

Hoppe, Daniel: The order for preliminary ruling of the Munich I Regional Court, 21 O 16782/20 – Validity of the patent in injunction proceedings (GRUR 2021, 466), Preu Bohlig, Newsletter March 1/2021, S. 8-12.

IP Federation members: Court of Justice case C-44/21 (*Phoenix Contact GmbH & Co. KG* v *HARTING Deutschland GmbH & Co. et al.*), IP Federation Policy Papers 3/21.

Kühnen, Thomas: EuGH-Vorlage zur Notwendigkeit EuGH-Vorlage zur Notwendigkeit einer erstinstanzlichen Einspruchs- oder Nichtigkeitsentscheidung vor Erlass einer e. V. - Rechtsbestand im Verfügungsverfahren, GRUR – Gewerblicher Rechtsschutz und Immaterialgüterrecht 2021, 466-470.

Kühnen, Thomas: Handbuch der Patentverletzung, 14. Auflage, Köln, 2022.

Kumagai, Ken-ichi: Introduction to TRIPS Agreement, Japan Patent Office: Asia-Pacific Industrial Property Center, JIII, Japan, 2008.

Lambert, Jane: Enforcing Intellectual Property Rights: a concise guide for Business, Innovation and Creative Individuals, 1. Auflage, Farnham, GB, 2009.

Lamping, Matthias/ Picht, Peter: Analyse Sekundärrecht, in: Hilty, Reto M. / Jäger, Thomas, Europäisches Immaterialgüterrecht- Funktionen und Perspektiven, Heidelberg, 2018, 146-660.

Lindemans, Jan-Diederik/ Mariano, Matteo: Towards Easier Access to Preliminary Injunctions for Patent Holders in the EU, 04.05.2022, https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/Towards-Easier-Access-to-Preliminary-Injunctions-for-Patent-Holders-in-the-EU/pdf (zuletzt abgerufen am: 24. Juli 2022).

Mantrov, Vadim: Available Defences in Provisional measures: Between the Enforcemnet Directive and National Law, International Comparative Jurisprudence, Vol.1, S. 55-65.

Ninajova, Martina: Preliminary Injunctive Relief Against Patent infringements in Germany, Austria and the United Kingdom, MIPLC Master Thesis Series (2015/2016).

Pascolo, Steve: Ausweg aus der COVID-19-Pandemie dank mRNA-Impfstoff: Vom belächelten Aussenseiter zum weltweiten Hoffnungsträger, SMF – Swiss Medical Forum 2021/07-08, 114-120.

Pichlmaier, Tobias: Die Bedeutung der Patenterteilung für die Bestandsprognose im einstweiligen Rechtsschutz. Eine Erwiderung auf die Anmerkung von Kühnen (GRUR 2021, 468), GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Immaterialgüterrecht 2021, 557-561.

Rastemborski Philipp: EuGH-Vorlage zu einstweiligem Rechtsschutz in Patentsachen, GRUR-Prax – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht 2021, 109.

Richter, Konstanze: The CJEU has clarified PI case law for Europe's judges. 03.05.2022, https://www.juve-patent.com/news-and-stories/legal-commentary/the-cjeu-has-clarified-pi-case-law-for-europes-judges/ (zuletzt abgerufen am: 24. Juli 2022).

Rzążewska, Dorota/ Gajek, Helena: Patent Litigation in Poland: Overview, 01.05.2021, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I88001616c8ff11e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)#co_anchor_a939094 (zuletzt aufgerufen am: 24. Juli 2022).

Schamlu Mariam: Eine argumentationstheoretische Analyse der Textsorte Patentschrift am Beispiel der Patentschriften zu Lehrmitteln, Patentschriften-Patentwesen, S. 1-140.

Sievers, Hans Joachim: Das britische Patentrecht: Entwicklung und Grundzüge, in: *Sandrock, Otto/ Großfeld, Bernhard/ Luttermann, Claus,* Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung, Münster, 1998, Band 38.

Taubman, Antony/ Wagner, Hannau/ Watal, Jayashree: A Handbook on the WTO TRIPS Agreement, 2. Auflage, Cambridge, UK, 2020.

Vagt, Torsten: EU: EuGH zuständig für die Auslegung von Art 50 TRIPS-Übereinkommen, MMR – Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung 4/2021.

Wuttke, Tobias: Aktuelle Entwicklungen im Patentrecht: die wichtigsten deutschen Gerichtsstandorte im Überblick, GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Immaterialgüterrecht 2020, 1 - 56.

Wuttke, Tobias: Beschl. vom 19.1.2021, 21 O 16782/20 – Steckverbinder Einstweilige Verfügung wegen Patentverletzung, mit Anmerkung Wuttke, Mitteilungen der deutschen Patetentanwälte – Heft 2 | 2021, S 76-78.

The European Anti-Anti-Suit Injunction within SEP Litigation

Developing an Extraterritorial Injunction by Civil Law Jurisdictions Based on Art. 6 (1) ECHR.

by
Christian Rottonara*

King's College London

Abstract

For the first time, the Regional Court of Munich (Landgericht München I) and the High Court of Paris (ex Tribunal de Grande Instance de Paris) issued a preliminary injunction against a foreign Anti-Suit Injunction; an Anti-Anti-Suit Injunction. By doing so, two important courts of different civil law jurisdictions adopted this controversial procedural remedy previously found exclusively in common law jurisdictions. Despite not formally addressing the foreign court, (Anti-)Anti-Suit Injunctions affect the sovereignty of another state by interfering in the foreign proceeding. This development occurred within global disputes over the licensing of Standard Essential Patents (SEP).

This article analyses the two extraterritorial injunctions and the issues surrounding them. In support of this new judicial practice, it is argued that a state signatory to the European Convention on Human Rights (ECHR) has an obligation to counter the extraterritorial effects of a foreign Anti-Suit Injunction within its territory in order to secure the rights and freedoms granted by the Convention according to Art. 6 (1) ECHR.

*The author is a legal trainee (Rechtsreferendar) at the Higher Regional Court of Frankfurt with a keen interest in cross-border disputes and arbitration; he holds a German law degree from the Ludwig-Maximilians University of Munich (Erste Juristische Prüfung) and a Master of Laws (LL.M.) in International Dispute Resolution from King's College London. This article is based on the author's dissertation at King's College London.

A. Introduction

Almost four decades have passed since Lord Diplock called on the courts of other European countries to grant an injunction that would protect European companies from "frivolous and vexatious [parallel] litigation"[1] in the US.[2] What Lord Diplock suggested is the introduction of Anti-Suit Injunctions to tackle parallel litigation.

Anti-Suit Injunctions are *in personam* orders restraining a party from commencing and/or continuing proceedings before a foreign court.[3] However, European civil law jurisdictions have been traditionally hostile towards this procedural remedy.[4] It is viewed as interference in another proceeding, hence a violation of sovereignty of another state.[5] Courts in these jurisdictions would neither recognise the foreign order nor issue one themselves.[6] It was therefore surprising when two European courts, the Munich Regional Court (*Landgericht*

[1] *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, [1983] 3 All E.R. 375 (C. A.); [1984] 3 W.L.R. 413.

[2] Peter Schlosser, 'Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa' (Walter de Gruyter 1985) 43.

[3] Thomas Raphael, *The Anti-Suit Injunction* (2nd Ed., OUP 2019) 1.01.

[4] Haris Tsilikas 'Anti-suit injunctions for standard-essential patents' [2021] JIPLP 1 (4).

[5] Higher Regional Court Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*), judgment 10.01.1996 - 3 VA 11/95 = NJW 1996, 1760.

[6] There has been an instance in 1938, where the *Reichsgericht* (the Supreme Court of the German Reich) issued an Anti-Suit Injunction. Other cases where similar orders have been issued by civil law courts are very rare. This notwithstanding, the Anti-Suit Injunction has never been introduced as a recognised procedural remedy in European civil law jurisdictions; *see* Ingrid Naumann, 'Englische anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen' (Mohr Siebeck 2008) 93; Nikiforos Sifakis, 'Anti-suit injunctions in the European Union: a necessary mechanism in resolving jurisdictional conflicts? [2007] JIML 100; Markus Lenenbach, 'Antitrust Injunctions in England, Germany and the US' [1998] Loy. L.A. Int'l&Comp. L. Rev. 257.

München I) and the High Court of Paris (ex *Tribunal de Grande Instance de Paris)*, issued an order to withdraw a motion for an Anti-Suit Injunction previously filed before a court in the United States.[7] These were the first *Anti*-Anti-Suit Injunctions by courts in continental European civil law jurisdictions. In essence, the two civil law courts are now resorting to an extraterritorial injunction themselves to counter the extraterritorial effects of an Anti-Suit Injunction. In both cases, the *Anti*-Anti-Suit Injunction was issued in global disputes over the licensing of Standard Essential Patents (SEP).

This article analyses this new development. It highlights the common reasoning by the German and the French court and proposes Art. 6 (1) ECHR as the very foundation of an *Anti*-Anti-Suit Injunction in global SEP disputes.

Part B sets out the factual and legal background to this development. In part C, the decisions rendered by the two European courts are analysed. Building on the findings of part B and C, part D seeks to legitimise the *Anti*-Anti-Suit Injunction(s) in SEP disputes. There, it is argued that a state signatory to the ECHR has an obligation to effectively secure access to its courts, even where that restriction is caused by a foreign Anti-Suit Injunction. This obligation is rooted in Art. 6 (1) ECHR. If the owner of a patent is *de facto* barred by the foreign Anti-Suit Injunction from accessing the sole[8] *forum* to adjudicate a patent infringement claim, this amounts to a denial of justice according to Art. 6 (1) ECHR. When a state signatory to the Convention issues an *Anti*-Anti-Suit Injunction, it restores full legal effect to property rights and access to its courts.

[7] Paris High Court, order 8.11.2019 - RG 19/59311 and Munich Regional Court, judgment 2.10.2019 - 21O9333/19 = WuW 2019, 661.

[8] Anthony Trenton, et al., 'The Assertion of Extraterritorial Patent Jurisdiction in Europe' [2019] IPTLJ 8.

B. The Idiosyncrasies of SEP/FRAND Disputes

I. The Licensing of Standard Essential Patents

The patented technology behind Standard Essential Patents represents an industry standard, which is indispensable in the production of modern technological products. Communication protocols like Wi-Fi, 4G or 5G that are implemented in smartphones and vehicles are examples for such industry standards. The purpose of standards is to ensure worldwide compatibility and communication between technological products. The licensing of SEPs is essential, because it is impossible to comply with the standard without infringing the patent.[9] The Standard Setting Organisations (SSOs) cooperate with innovators and prospective implementers to set the standards.[10] Given the relevance of these industry standards, SSOs have introduced a system whereby the SEP holder agrees to license their patented technology on Fair Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) terms.[11] In turn, the technology is recognised and promoted as a global standard. However, the SEP holder's commitment to license and the SSOs' policies do not include a method for the calculation of royalties, and neither a dispute settlement mechanism and nor a jurisdiction clause.[12]

---

[9] Damien Geradin and Dimitrios Katsifis, 'The Use and Abuse of Anti-suit Injunctions in SEP Litigation: Is There a Way Forward?' (2021) SSRN <https://ssrn.com/abstract=3807899> accessed 19 August 2022.

[10] Tsilikas (no 4).

[11] Richard Arnold, 'SEPs, FRAND and Mandatory Global Arbitration' [2021] GRUR 123; Jorge Contreras, 'The Global Standards Wars' [March 2018] Keio University JLPS.

[12] Tsang King Fung and Jyh-An Lee, 'Unfriendly Choice of Law in FRAND' [2019] Va. J. Int'l L. 223.

II. Disputes Over FRAND Licensing Terms

When licensing negotiations fail, the parties can obtain a judicial determination of appropriate FRAND terms. The judicial determination of which terms constitute a FRAND compliant licence can differ between jurisdictions, especially concerning royalties. In the *Conversant v. Huawei* litigation,[13] the Regional Court of Düsseldorf set a FRAND royalty rate that is 18.3 times the rate set by the Nanjing Intermediate Court for the licence of the same family of SEPs.[14] This discrepancy is one of the reasons why parties commence a race to the courthouse that is most likely to rule favourably with regard to their respective interests.[15] Since the SEP holder can usually rely on a regional or global SEP-Portfolio, infringement proceedings can be brought before a court of any jurisdiction where a patent is registered. Within the infringement proceeding, the court will implicitly determine FRAND terms for the licence of the patent at issue.[16] The implementer can simultaneously file a claim for the determination of national or worldwide[17] FRAND licence terms in another

[13] Nanjing Intermediate Court, Su 01 Min Chu No. 232-4 (2018) and Regional Court Düsseldorf (*Landgericht Düsseldorf*) judgment 27.08.2020 – 8 O 261/19.

[14] Jorge Contreras and Yang Yu, 'Will China's New Anti-Suit Injunctions Shift the Balance of Global FRAND Litigation?' (2020). Patently-O <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3725921> accessed 19 August 2022.

[15] Jorge Contreras, 'The New Extraterritoriality: FRAND Royalties, Anti-Suit Injunctions and the Global Race to the Bottom' [2019] BU SCI.&TECH.L.J. 251.

[16] The so called 'FRAND Defence' is raised by the implementer in infringement proceedings. It claims that the SEP holder did not offer a licence to the implementer on FRAND terms.

[17] Courts in the United Kingdom (see *Unwired Planet v Huawei* [2020] UKSC 37), China (see *OPPO Mobile Telecommunications Corp Ltd v Sharp Corp*, Guangdong Higher People's Court (2020)) and in the United States (see *Microsoft Corp v Motorola Inc*, (9th Cir 2015)) are willing to set FRAND terms for a global licence of SEP.

jurisdiction. The dispute is fragmented into various proceedings with different scopes.[18]

In these situations, the implementer will want to impede the SEP holder from pursuing their infringement proceeding(s), concentrate the dispute before the court of their choice, and ensure that that court can effectively exercise its jurisdiction over the determination of FRAND terms. The implementer can achieve this by filing a motion for an Anti-Suit Injunction.

C. A Civil Law Response to Foreign Anti-Suit Injunctions

This section analyses the decisions in the proceedings in Munich and Paris, when the courts were confronted with a foreign Anti-Suit Injunction.

I. *Nokia v Daimler et. al.* – The Proceedings in Munich

In the *Nokia v Daimler et. al.* global dispute,[19] the SEP holder (Nokia) first initiated multiple proceedings for patent violations in Germany, *inter alia* before the Munich Regional Court.[20] Continental Automotive, one of the defendants and the implementer, filed a claim in the US for the determination of FRAND terms for the licence of SEPs, including those patents at issue in the German infringement proceedings.[21] It also asked the US court to issue an Anti-Suit

[18] Previous disputes between patent holders and implementers resulted in long lasting multijurisdictional litigations infamously known as *patent wars.* David Teece et al., 'Patents and 'Patent Wars' in Wireless Communications: An Economic Assessment' [2014] Communications & Strategies 85.

[19] *See* Enrico Bonadio and Anushka Tanwar, 'Case law on standard essential patents in Europe' [2021] ERA Forum 601 (603, 604).

[20] Munich Regional Court, judgment 2.10.2019 - 21O9333/19 = WuW 2019, 661.

[21] Ibid. 10.

Injunction against all German proceedings.[22] However, as a result, the Munich Regional Court separated its proceeding into a proceeding for preliminary relief and a main proceeding for infringement.[23] The former resulted in a preliminary injunction ordering Continental to withdraw its motion for the Anti-Suit Injunction in the US, an *Anti*-Anti-Suit Injunction.[24]

Under German law, there is no procedural remedy *per se* to restrict a party from pursuing proceedings abroad, comparable to the one recognised in common law jurisdictions. However, the Munich Regional Court found that Nokia had a *prima facie* substantive claim to cease and desist against a tortious act, namely Continental's motion for an Anti-Suit Injunction. The court based the claim on s. 1004 (1) (by analogy) in connection with s. 823 (1) *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch* - German Civil Code) and issued an interim injunction under its general rule for preliminary relief.[25] Nokia's intellectual property right was held to have been impaired because owning a patent includes the right to enforce one's intellectual property before a competent court.[26] The foreign Anti-Suit Injunction would amount to an unlawful *de facto* litigation ban for Nokia.[27] The decision was upheld on appeal.[28]

II. *IPCom v Lenovo* – The Proceedings in Paris

The procedural situation was just slightly different before the Parisian courts.

[22] Ibid. 11, 12.

[23] Ibid. 15.

[24] Ibid. 15, 16.

[25] Ibid. 51.

[26] Ibid. 55 et seq.

[27] Ibid. 59 et seq.

[28] Munich Higher Regional Court (*Oberlandesgericht München*) judgment 12.12.2019 – 6 U 5042/19 = GRUR 2020, 379.

Lenovo, the implementer, first filed a FRAND determination claim for the licence of IPCom's SEP portfolio in the US.[29] Subsequently, IPCom initiated infringement proceedings abroad.[30] Lenovo then promptly filed a motion for an Anti-Suit Injunction in the US, which would enjoin IPCom from pursuing its infringement proceedings.[31] IPCom's response was to start expedited proceedings before the High Court of Paris. It asked for an injunction that would require Lenovo to withdraw its motion for an Anti-Suit Injunction; an *Anti*-Anti-Suit Injunction.[32] The application was granted, and Lenovo withdrew its motion.[33] The Court of Appeal of Paris (*Cour d'appel de Paris*) confirmed that the court of first instance had the authority to issue the injunction according to Art. 835 *CPC* (*Code de Procédure Civile* - French Code of Civil Procedure).[34]

According to Art. 835 *CPC,* the President of the Court may order the interim protective measures or restoration measures required, either to prevent imminent damage, or to put an end to a manifestly unlawful disturbance.[35]

The motion for an Anti-Suit Injunction of this kind in the US would harm IPCom and create a manifestly unlawful disturbance by *de facto* impeding the pursuit of an infringement action before the only competent court.[36] This would not only violate the right to exploit the intellectual property right as guaranteed not only in Art. 1 of Protocol 1 of the ECHR and Art. 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR), but also French domestic

[29] Paris High Court, order 8.11.2019 - RG 19/59311.
[30] Ibid.
[31] Ibid.
[32] Paris High Court, order 8.11.2019 - RG 19/59311.
[33] Paris Court of Appeal, judgment 3.3.2020 - RG 19/21426 (15).
[34] Ibid. 60.
[35] Paris High Court, order 8.11.2019 - RG 19/59311.
[36] Paris Court of Appeal, judgment 3.3.2020 - RG 19/21426 (57).

law.[37] The right to a fair trial (Art. 6 (1) ECHR) and the right to an effective legal remedy (Art. 13 ECHR) would also be violated.[38] To prevent imminent harm it was necessary to issue an order against Lenovo, forcing them to withdraw the motion for an Anti-Suit Injunction, an *Anti*-Anti-Suit Injunction.[39]

III. Analysis of These Decisions

1. The Introduction of a New Procedural Remedy Based on a Shared Rationale

Neither France nor Germany recognises the (*Anti*-)Anti-Suit Injunction as a procedural remedy, but the Parisian courts and courts in Munich decided to re-interpret the law on interim relief to achieve an analogous result. They created an extraterritorial injunction with the same severe legal consequences as its common law counterpart, a robust daily fine and potential imprisonment for the board of directors in case of non-compliance with the order.[40] However, the scope of an *Anti*-Anti-Suit injunction is more limited compared to that of an Anti-Suit Injunction. Its objective is to allow the foreign and the domestic proceedings to continue in parallel.

In 2022, the Higher Regional Court of Düsseldorf also joined the circle of courts in the EU allowing *Anti*-Anti-Suit Injunctions in SEP/FRAND litigation.[41]

[37] Ibid.

[38] Ibid.

[39] Ibid. 59.

[40] In common law jurisdictions, a party is held in 'Contempt of Court' if they do not comply with the court order. Punishment for Contempt of Court includes fines and imprisonment.

[41] Higher Regional Court Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*), judgment 07.02.2022 - 2 U 25/21 = GRUR 2022, 318-324.

Furthermore, it has been suggested that other European civil law traditions could follow the example set by the High Court of Paris and the Regional court of Munich.[42] It can be contended that there is a shared view across two major continental-European jurisdictions that considers the interference by the foreign Anti-Suit Injunction to be no longer tolerable. Global SEP disputes provided the most suitable environment for this development. The Parisian court and the court in Munich stressed the importance of protecting a substantive right and its judicial enforceability.[43] An intellectual property right, such as a SEP, can only be fully exploited if there is no restriction – factual or legal – to its effective legal protection.

2. Public International Law Concerns and the Irreconcilability with Previous Case Law

Civil law courts have repeatedly emphasised the lack of legitimacy of Anti-Suit Injunctions, as they interfere with the sovereignty of another state.[44] The *in personam/in rem* distinction emphasised by common law traditions is held to be irrelevant, since obtaining the same result through indirect means is viewed as equally unacceptable.[45] Addressing the order to a litigant instead of the foreign

[42] Llevat Jorge, 'Anti-Suit Injunctions/Anti-Anti-Suit Injunctions. OLG München, Judgement of December 12, 2019' (2020) <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/anti-suit-injunctions-anti-anti-suit-injunctions-olg-munchen-judgment-of-december-12-2019/?lang=en> accessed 19 August 2022.

[43] See also Matthieu Dhenne, 'Anti-suit or anti-anti-suit injunctions? That is the question' Kluwer Patent Blog (2020) <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/12/15/anti-suit-or-anti-anti-suit-injunctions-that-is-the-question/> accessed 19 August 2022.

[44] Luxembourg Court of Appeal (*Cour d'Appel*) judgment 24.2.1998, no. 10047; Marco Stacher, 'International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside' [2005] Cornell Law School LL.M. Papers Series 12.

[45] Higher Regional Court Düsseldorf, judgment 10.01.1996 - 3 VA 11/95 = NJW 1996, 1760; Raphael (no 3) 1.41.

court(s) is not held to justify its indirect interference with foreign proceedings. The same view is held in regard to the court's personal jurisdiction over the addressee.[46]

Given this historic standpoint, it is inherently difficult to reconcile the condemnation of the foreign order with the justification of the domestic one. Both measures compel the performance (or omission) of a specific procedural act within the foreign proceeding, i.e. the withdrawal of a motion for an Anti-Suit Injunction. Thus, in both cases, the addressee is *de facto* at least limited in their conduct in the foreign proceeding, which seems contradictory to the position previously held by civil law courts. Therefore, this development has been promptly criticised[47] and the decisions have been condemned for being inconsistent and contradictory.[48]

In *IPCom v Lenovo,* the Parisian courts did not elaborate much on the extraterritorial effects of their injunction. The courts in Munich did consider concerns regarding the violation of sovereignty which their order might produce. The arguments put forward, however, did not solve the inconsistency described above. In a first attempt, the Munich Regional Court explained that since at least two highly regarded common law jurisdictions would issue extraterritorial injunctions, customary international law would legitimise its use.[49]

[46] Higher Regional Court Düsseldorf, judgment 10.01.1996 - 3 VA 11/95 = NJW 1996, 1760.

[47] Enrico Bonadio and Luke McDonagh, 'Paris court grants an SEP anti-anti-suit injunction in IPCom v Lenovo: a worrying decision in uncertain times?' [2020] JIPLP 149.

[48] Matthias Lehmann, 'Anti-Anti-Suit Injunctions by German Courts – What Goes Around, Comes Around' [2020] EAPIL <https://eapil.org/2020/03/30/anti-anti-suit-injunctions-by-german-courts-what-goes-around-comes-around/> accessed 19 August 2022; Bolko Ehlgen, 'Anti Anti-Suit Injunctions' [2022] GRUR 537.

[49] Munich Regional Court, judgment 2.10.2019 - 21O9333/19 = WuW 2019, 661 (76).

Yet, a general practice to issue (*Anti*-)Anti-Suit Injunctions, and acceptance of this practice as law (*opinio juris*) are required for them to be considered customary international law. Two jurisdictions alone cannot create customary international law.

The Higher Regional Court of Munich and the Higher Regional Court of Düsseldorf highlighted the more limited scope of the *Anti*-Anti-Suit Injunction to justify a different handling of the two instruments. Since the scope of their injunction is limited to the foreign motion for an Anti-Suit Injunction, there is no obstruction of the main FRAND proceedings in the United States. Any extraterritorial effect would be a mere *reflex*.[50] Hence, the *Anti*-Anti-Suit Injunction does not interfere with the foreign proceeding to such an extent that it amounts to a violation of sovereignty. This notwithstanding, the courts did not explain why the interference regarding the motion for an Anti-Suit Injunction was justified. Even a lesser interference is still an interference after all. In 1996, the same Higher Regional Court of Düsseldorf ruled in an *obiter dictum* that any order by a foreign court that directly aims to limit the litigants in conducting the domestic proceeding in any way amounts to a violation of sovereignty.[51] This development is more than a mere change in case law. Extraterritorial injunctions can now suddenly be justified in certain circumstances. They are available in important patent litigation *fora* as a recognised procedural remedy when used as a defence against a previous extraterritorial injunction - at least in SEP/FRAND litigation.

The French Supreme Court (*Cour de Cassation*) views Anti-Suit Injunctions as a violation of public policy as they interfere with the sovereignty of the French

[50] Munich Higher Regional Court, judgment 12.12.2019 – 6 U 5042/19 = GRUR 2020, 379 (73).

[51] Higher Regional Court Düsseldorf, judgment 10.01.1996 - 3 VA 11/95 = NJW 1996, 1760.

judicial system.[52] In 2009, an exception was made for Anti-Suit Injunctions that aim at enforcing an exclusive jurisdiction clause in favour of courts outside of the EU.[53] The exclusive jurisdiction clause would exclude *a priori* any possible interference in the French judicial system. The court declared the foreign order enforceable. However, this exception did not apply to the Anti-Suit Injunction in the *IPCom v Lenovo* litigation, because there is no jurisdiction clause in global SEP/FRAND disputes. Nor could the exception that the injunction was aimed at giving effect to a contractual obligation be applied *mutatis mutandis* to the French *Anti*-Anti-Suit Injunction. The injunction by the High Court of Paris is a major shift in French case law. It is the first extraterritorial injunction ever issued by a French court. However, the Parisian court in this case did not explain why its injunction would not interfere in the sovereignty of the judicial system of the United States. Instead, the court focused on the need to protect the exclusive subject matter jurisdiction by the French courts over French patents.

3. Findings

Civil law courts are confronted with apparent difficulties in justifying the issuance of an *Anti*-Anti-Suit Injunction. These difficulties stem from previous case law and the lack of a substantial justification for the interference caused by their injunction. The rationale behind the *Anti*-Anti-Suit Injunctions as laid out by the French and German courts is that unhindered access to the adjudication of a property right must be restored. This suggest it is worth exploring the role that human rights play in these cases in more depth. It is unfortunate, but not uncommon, for courts to give little attention to human rights in what are considered to be primarily private international law issues.[54] Human rights

[52] *Stolzenberg,* French Supreme Court, judgment 30.6.2004, - 07-03.248.

[53] *Société in Beverage/Wolberg v. Société In Zone Brands,* French Supreme Court, decisions 14.10.2009 - 08-16369 and 08-16549.

[54] Fawcett J, 'The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law'

are a source of public international law and out of it can arise obligations to take measures to secure those rights. Viewing the *Anti*-Anti-Suit Injunction as a measure to secure fundamental rights and freedoms will strengthen its legitimacy even under public international law.

D. The *Anti*-Anti-Suit Injunction Within SEP/FRAND Litigation – Does Art. 6 (1) ECHR Call for It?

The ECHR is admittedly not the first legal source that springs to mind when analysing (*Anti*-)Anti-Suit Injunctions in global SEP/FRAND disputes between multinational corporations. However, the analysis of the cases presented above has shown that fundamental principles are affected if a court prevents the SEP holder from pursuing an infringement proceeding abroad. The ECHR is a suitable legal source because it includes a bundle of rights which often entail both procedural and substantive guarantees. The relevant case law by the European Court of Human Rights (ECtHR) specifically developed the interconnection between procedural guarantees and substantive rights.[55] In the cases analysed above, a property right cannot be fully exploited because the infringement proceeding is *de facto* hindered by the foreign Anti-Suit Injunction. Art. 6 (1) ECHR is the most suitable provision because it entails the right to access a court as an essential facet of the right to a fair trial.

I. The Right to Access a Court, Art. 6 (1) ECHR

Everyone has the right to have a claim brought before a court. Article 6 (1) ECHR embraces this statement and embodies the right to access a

[2007] Int'l & Comp L.Q. 1.

[55] See Eva Brems, 'Procedural protection' in: Brems E and Janneke G (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (CUP 2013).

court.[56] That is, the right to institute proceedings before courts in civil matters. However, the right to access a court is not absolute. There can be limitations, but these must not reduce the access to such an extent that the very essence of the right is impaired.[57]

This paper proposes to analyse Art. 6 (1) ECHR and to determine whether its scope of application includes the obligation of a court to issue an *Anti*-Anti-Suit Injunction. To do so, it is necessary to first determine if the Anti-Suit Injunction violates the SEP holders right to access a court as guaranteed by Art. 6 (1) ECHR. If a violation is found, then a denial of justice occurs in the *forum* where the effects of the Anti-Suit Injunction are felt.

The second test is to determine whether Art. 6 (1) ECHR can require a court to actively take measures to counter the extraterritorial effects of the foreign Anti-Suit Injunction. Here, the relevant case law by the ECtHR will provide some guidance. It will be determined as to whether the issuance of an *Anti*-Anti-Suit Injunction can be viewed as one of these measures that fall within the scope of Art. 6 (1) ECHR in SEP/FRAND litigation.

II. Does a Foreign Anti-Suit Injunction Violate Art. 6 (1) ECHR in SEP Litigation?

1. No Right to Access a Preferred Court

Can an Anti-Suit Injunction generally deprive the addressee of their right to

[56] *Golder v. United Kingdom* (1975) Series A no. 18; *Zubac v Croatia* (2018) ECHR 306; Eva Brems, 'Conflicting Human Rights' [2005] Hum Rts Q 294; Carmen Thiele, 'The right to an effective remedy from a comparative European perspective' [2015] ERA 16.

[57] Zvolsky and Zvolska v Czech Republic ECHR 2002-IX para. 47.

access a court? There seems to be a general agreement between scholars[58] and judges[59] that this procedural remedy can potentially violate Art. 6 (1) ECHR. The purpose of the Anti-Suit Injunction is precisely to hinder a litigant in bringing a claim before a court.

At the same time, there is a strong consensus that the Anti-Suit Injunction has so far rarely been issued in a situation that would reach this threshold.[60] Most of the time when a court issues an Anti-Suit Injunction, the addressee is not deprived of a court in absolute terms. The dispute will continue in the *forum* that issued the injunction and the addressee can still make his or her case before this court.

In *OT Africa Line Ltd v Hijazy* (The Kribi),[61] Justice Aikens extensively considered whether an Anti-Suit Injunction would violate Art. 6 (1) ECHR.[62] In this case, the defendants commenced proceedings abroad, disregarding an exclusive jurisdiction clause in favour of the English courts. It has been determined that when the parties themselves limit the available *fora* to settle the dispute, 'the Art. 6 [ECHR] right is, on the face of it, upheld.'[63] One can hardly disagree with this conclusion, because to think otherwise would mean to broaden the scope of Art. 6 ECHR to an illusionary dimension. Justice Aikens went further and clarified that, in a more general sense, the right to access a court only goes as far as guaranteeing that the dispute must be adjudicated

[58] Raphael (no 3) 1.65; Fawcett (no 54) 11-13.

[59] *OT Africa Line Ltd v Hijazy* [2001] Lloyd's Rep (1)76.

[60] Raphael (no 3).

[61] *OT Africa Line Ltd v Hijazy* [2001] Lloyd's Rep (1)76.

[62] Fawcett (no 54).

[63] *OT Africa Line Ltd v Hijazy* [2001] Lloyd's Rep (1)76 (87). The ECtHR reached a similar conclusion in *Gauthier v. Belgium*, 6 March 1989, app no. 12603/86; see Louwrens Kiestra, 'The impact of the ECHR on private international law' (PhD thesis, University of Amsterdam 2013) 115.

somewhere in accordance with the other provisions of Art. 6 ECHR.[64] It does not provide for an "unfettered choice of courts in which to pursue or defend (…) civil rights."[65] After all, there *is* access to a court in this scenario.

The reasons given in '*The Kribi'* allow for the development of an *argumentum e contrario*. If there is only a single forum where the claimant can bring a successful claim, then a court's decision not to hear that dispute would amount to a denial of justice within the meaning of Art. 6 (1) ECHR. These situations are usually referred to as 'single forum cases' in literature.[66] The same should apply if a court's order prohibits litigation before the sole competent *forum* that can fully adjudicate the infringement of a patent registered in that territory.

2. SEP Infringement Proceedings and the Parallel to Single Forum Cases

US courts, for instance, do not require parallel proceedings to consider precisely the same subject matter when examining whether to enjoin a litigant from pursuing proceedings abroad.[67] This leads to situations where two different disputes are concentrated in one *forum* but only one is being fully adjudicated. In global SEP disputes, the addressee of the Anti-Suit Injunction (the SEP holder in this case) is forced to renounce the pursuit of a more specific proceeding (i.e., the main infringement proceedings referred to in Part C.). The SEP holder is coerced into pursuing adjudication of only the legal questions common to both proceedings, the determination of FRAND terms. US courts do not have

[64] *OT Africa Line Ltd v Hijazy* [2001] Lloyd's Rep (1)76 (87).

[65] Fawcett (no 54).

[66] Raphael (no 3) 1.84; Fawcett (no 54) 12; Kiestra (no 63) 129-140.

[67] Jorge Contreras and Michael Eixenberger, 'The Anti-Suit Injunction – A Transnational Remedy for Multijurisdictional SEP Litigation' in Contreras J (ed.) 'Cambridge Handbook of Technical Standardization Law – Antitrust, Competition and Patent Law' (CUP 2017).

jurisdiction over *inter alia* the validity of foreign patents. Consequently, if the US court issues an Anti-Suit Injunction, certain legal questions which would have been addressed in the infringement proceeding would not be addressed at all.

Moreover, the legal remedies in the two *fora* may be very different. The broad US-interpretation of the 'same dispute' prerequisite for an Anti-Suit Injunction ultimately leaves the addressee of the Injunction with no available *forum* for the comprehensive judicial determination of their (intellectual) property rights and for the more specific remedy.

3. Restricting the Rights Under Art. 6 (1) ECHR Legitimately and Its Impossibility in the Case of SEP Infringement Proceedings

On multiple occasions,[68] the ECtHR held that the right to access a court is not absolute. In *Zvolsky and Zvolska v Czech Republic*, it determined that procedural limitations are legitimate as long as they do not "reduce the individual's access in such a way or to such an extent as to impair the very essence of the right".[69] Additionally, any sort of limitation of the right must pursue a "legitimate aim" and be proportionate.[70]

Arguably, access to courts for the adjudication of the infringement proceeding is restricted with the legitimate aim of preventing a fragmentation of the global dispute and *forum shopping*. Furthermore, a patent infringement proceeding initiated for the sole purpose of frustrating a previous FRAND determination

[68] *Golder v. United Kingdom* (1975) Series A no. 18; *Stanev v. Bulgaria* (2012) 55 EHRR 22.

[69] *Zvolsky and Zvolska v Czech Republic* ECHR 2002-IX para. 47.

[70] *Fayed v. the United Kingdom* (1994) Series A no. 294-B.

claim could be regarded as vexatious and oppressive in keeping with the common law traditions.[71]

This notwithstanding, the crucial link between Art. 6 (1) ECHR and an Anti-Suit Injunction in a single forum case has been acknowledged even in common law literature.[72] The main argument against an Anti-Suit Injunction is that, even if there was an unjust motivation behind the commencement of the foreign infringement proceeding, the appropriate *forum* to answer that question is still the court asked to adjudicate the infringement claim.[73]

The temporary nature of the Anti-Suit Injunction also cannot legitimise the restriction of this right. Firstly, as noted by the Munich Regional Court, there can be no certainty as to the temporal extent of the restriction.[74] A highly complex legal and technical exercise, such as the determination of FRAND terms for the licence of a (possibly global) SEP portfolio, can last several years.[75] Secondly, even if one were to accept this argument, the SEP holder would still be *de facto* deprived of their right to access the only competent court for the duration of the injunction. Hence, it can be contended that the Anti-Suit Injunction "impair[s] the very essence of the right"[76] to access a court or at least that it illegitimately restricts the right in this case.

[71] Raphael (no 3) 1.60 et seq.
[72] Raphael (no 3) 1.84.
[73] Raphael (no 3) 1.40.
[74] Regional Court Munich, judgment 2.10.2019 - 21O9333/19 = WuW 2019, 661.
[75] Jorge Contreras, 'It's Anti-Suit Injunctions All The Way Down' 2020 IP Litigator 1.
[76] *Zvolsky and Zvolska v Czech Republic* ECHR 2002-IX para. 47.

III. Duty to Create an Adequate Remedy to Counter the Anti-Suit Injunction

The ECtHR has repeatedly held that the right to access a court cannot remain theoretical, but rather must be "practical and effective".[77] Since *Airey v Ireland*,[78] the contracting state's obligation under Art. 6 (1) ECHR is not limited to refraining from impairing the individual's access to a court. The state is also required to take active steps to ensure the effectiveness of the right where that right is being restricted. Art. 6 (1) ECHR thus amounts to a positive right.[79]

To accept this obligation, however, would be to accuse the state of a denial of justice by omission if it refrains from intervening. The domestic courts are not only not responsible for the foreign Anti-Suit Injunction. They even might already have refused to recognise it and declare it enforceable. Fortunately, the Strasbourg court has provided some guidance in this matter. It dismissed the contention that the defendant state was not actively responsible for the restriction of the access to a court.[80] The argument was that the reason for the restriction would lie exclusively within the personal circumstances of the claimant.[81] One could make the same argument in support for the Anti-Suit Injunction. It is ultimately the party's choice whether to comply with the foreign Anti-Suit Injunction or not. Nevertheless, the Strasbourg court affirmed that compliance with the rights guaranteed by the Convention on occasion necessitates some positive action on the part of the State.[82] It held that the State

[77] *Bellet v. France* (1995) Series A no. 333-B; *Zubac v Croatia* (2018) ECHR 306.

[78] *Airey v Ireland* (1979) Series A no. 32.

[79] Remo Caponi, 'Transnational Litigation and Elements of Fair Trial' [2015] REDP 526.

[80] *Airey v Ireland* (1979) Series A no. 32, para. 25.

[81] Ibid.

[82] Ibid.

cannot simply remain passive with regard to its obligation to secure an effective right of access to the courts.[83] In such circumstances, "there is […] no room to distinguish between acts and omissions", so the court.[84]

Art. 6 (1) ECHR hence obliges the court to actively intervene or be held responsible by omission if it does not take measures to counteract a denial of justice that has occurred within its territory. In light of these precedents, there does not seem to be any obstacle to including a duty to issue an *Anti*-Anti-Suit Injunction to counter the consequences of a foreign Anti-Suit Injunction within global SEP litigation.

The *Anti*-Anti-Suit Injunction is also the most effective measure to restore access to the court. It orders the addressee to withdraw their motion for an Anti-Suit Injunction. However, even if the addressee does not comply with the order, the *Anti*-Anti-Suit Injunction ensures that the Anti-Suit Injunction will not be enforced. The SEP holder and the implementer can reciprocally threaten each other with the severe legal consequences of their respective injunctions. They will be inclined either to proceed with their respective claims in parallel proceedings or to reach a settlement for the overall resolution of the dispute. The latter choice ended the recent *Samsung v Ericsson*[85] and *Nokia v Daimler et. al.* litigations.

[83] Ibid.

[84] Ibid.

[85] *Ericsson Inc. v. Samsung Elecs. Co*., No. 2:20-CV-00380-JRG (E.D. Tex. Jan. 11, 2021); *Samsung Electronics Co., Ltd. et al. v. Telefonaktiebolaget Ericsson*, (2020) E 01 Zhi Min Chu No. 743.

E. Conclusions

The analysis of the scope of Art. 6 (1) ECHR has shown that a state cannot remain passive when access to its courts is being denied. Such denial of justice occurs within the typical litigation strategy found in SEP/FRAND disputes. That is, when the implementer files a motion for an Anti-Suit Injunction against the SEP holder's infringement proceeding(s) abroad. Here, the SEP holder is *de facto* deprived by the foreign Anti-Suit Injunction of the sole competent court for the comprehensive adjudication of his intellectual property right. This court in turn issues an *Anti*-Anti-Suit Injunction to restore this access and give full legal effect to the property right in question. By doing so, it complies with its obligation according to Art. 6 (1) ECHR.

Until recently, Anti-Suit Injunctions have proven to be an effective procedural remedy to concentrate the dispute within one jurisdiction. This has been especially useful in multijurisdictional SEP/FRAND litigation, where one global dispute was fragmented into multiple proceedings in various jurisdictions. However, the singularities of global SEP disputes and the (mis)use of Anti-Suit Injunctions can create an unbearable situation that affects fundamental rights. The introduction of an *Anti*-Anti-Suit Injunction to counter the 'illegitimate' foreign Anti-Suit Injunction raised the question of inconsistency within the reasoning of the European courts. This extraterritorial injunction can however be justified by the right of access to court as guaranteed by Art. 6 (1) ECHR. The existing ECtHR case law sustains the thesis that Art. 6 (1) ECHR obliges the state to counteract the effects of a foreign Anti-Suit Injunction with an *Anti*-Anti-Suit Injunction.

Finally, the phenomenon of multijurisdictional SEP/FRAND litigation and the use of Anti-Suit injunctions is only likely to expand further in the absence of an international treaty for the settlement of this type of dispute. Therefore,

other European civil law traditions have already been called upon to follow the French and German example in this competition between jurisdictions. Here, Art. 6 (1) ECHR provides the necessary justification for European civil law jurisdictions to adopt an extraterritorial injunction; the European *Anti*-Anti-Suit Injunction.

Bibliography

Arnold R, 'SEPs, FRAND and Mandatory Global Arbitration' [2021] GRUR-Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 123.

Bonadio E, Tanwar A, 'Case law on standard essential patents in Europe' [2021] ERA Forum 601.

Bonadio E, McDonagh L, 'Paris court grants an SEP anti-anti-suit injunction in IPCom v Lenovo: a worrying decision in uncertain times?' (2020) JIPLP 149.

Brems E, 'Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (2005) Hum Rts Q 294.

Brems E, 'Procedural protection' in: Brems E and Janneke G (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press 2013).

Caponi R, 'Transnational Litigation and Elements of Fair Trial' [2015] Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP) 526.

Contreras J, 'It's Anti-Suit Injunctions All The Way Down – The Strange New Realities of International Litigation Over Standards-Essential Patents.' 2020 IP Litigator 1.

Contreras J, 'The Global Standards Wars: Patent and Competition Disputes in North America, Europe and Asia' [March 2018] Keio University JLPS.

Contreras J, 'The New Extraterritoriality: FRAND Royalties, Anti-Suit Injunctions and the Global Race To The Bottom in Disputes Over Standards-Essential Patents' 25 [2019] BU SCI. & TECH. L. J. 251.

Contreras J and Eixenberger M 'The Anti-Suit Injunction – A Transnational Remedy for Multijurisdictional SEP Litigation' in Contreras J (ed.) 'Cambridge Handbook of Technical Standardization Law – Antitrust, Competition and Patent Law' (Cambridge Univ. Press 2017).

Contreras, J and Yu, Y, Will China's New Anti-Suit Injunctions Shift the Balance of Global FRAND Litigation? (2020) Patently-O, University of Utah College of Law Research Paper No. 403, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3725921> accessed 19 August 2022.

Dhenne M, 'Anti-suit or anti anti-suit injunctions? That is the question' Kluwer Patent Blog (2020) <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/12/15/anti-suit-or-anti-anti-suit-injunctions-that-is-the-question/> accessed 19 August 2022.

Ehlgen B, 'Anti Anti-Suit Injunctions – Wie viel Vorverlagerung darf sein?' [2022] GRUR 537.

Fawcett J, 'The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law' [2007] 56 Int'l & Comp L.Q. 1.

Geradin D and Katsifis D, 'The Use and Abuse of Anti-suit Injunctions in SEP Litigation: Is There a Way Forward?' (2021) SSRN <https://ssrn.com/abstract=3807899> accessed 19 August 2022.

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe/European Court of Human Right (2020) available at: <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf> accessed 19 August 2022.

Kiestra, L.R. 'The impact of the ECHR on private international law: An analysis of Strasbourg and selected national case law' (PhD thesis, University of Amsterdam 2013).

King Fung T and Lee JA, 'Unfriendly Choice of Law in FRAND' [2019] Virginia Journal of International Law 223.

Lehmann M, 'Anti-Anti-Suit Injunctions by German Courts – What Goes Around, Comes Around' [2020] EAPIL <https://eapil.org/2020/03/30/anti-anti-suit-injunctions-by-german-courts-what-goes-around-comes-around/> accessed 19 August 2022.

Lenenbach M, 'Antitrust Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention' [1998] Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 257.

Llevat J, 'Anti-Suit Injunctions/Anti-Anti-Suit Injunctions. OLG München, Judgement of December 12, 2019' <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/anti-suit-injunctions-anti-anti-suit-injunctions-olg-munchen-judgment-of-december-12-2019/?lang=en> accessed 19 August 2022.

Naumann Ingrid, 'Englische anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen' (Mohr Siebeck 2008).

Raphael T, 'The Anti-Suit Injunction' (2nd Edition, OUP 2019).

Schlosser P, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa - Erweiterte Fassung eines Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10.7.1985' (Walter de Gruyter 1985).

Sifakis N, 'Anti-suit injunctions in the European Union: a necessary mechanism in resolving jurisdictional conflicts?' [2007] JIML 100.

Stacher M, 'International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside' [2005] Cornell Law School LL.M. Papers Series.

Teece, D., Sherry, E.F. & Grindley, P., 'Patents and 'Patent Wars' in Wireless Communications: An Economic Assessment' [2014] Communications & Strategies 85.

Thiele C, 'The right to an effective remedy from a comparative European perspective (article 47 CFR, articles 6 and 13 ECHR)' [2015] ERA 16.

Trenton A, Watts J, Wettner V, and Cook T, 'The Assertion of Extraterritorial Patent Jurisdiction in Europe' [2019] Intellectual Property & Technology Law Journal 8.

Tsilikas H, 'Anti-suit injunctions for standard-essential patents: the emerging gap in international patent enforcement' [2021] Journal of Intellectual Property Law & Practice 1.

Wilkey MR, 'Transnational Adjudication: A View from the Bench' [1984] Intl Lawyer 541.

Ericsson's press release, 7 May 2021: <https://www.ericsson.com/en/press-releases/2021/5/ericsson-and-samsung-sign-global-patent-license-agreement> accessed 19 August 2022.

Nokia and Daimler joint press release, 1 June 2021: https://www.nokia.com/about-us/news/releases/2021/06/01/daimler-and-nokia-sign-patent-licensing-agreement/ accessed 19 August 2022.

Immigration Detention in the UK and Germany: Punishing the *Enemy*

by
Luisa Spiller*

University of Edinburgh

Abstract

Immigration detention in Germany and the UK may be considered an expression of penal power, as undesirable non-citizens are held in prison-like conditions to secure their removal. However, it is not accepted as an official form of punishment. Removal, or deportation – the terms will be used synonymously in this article – refers to a state's ejection of a foreign citizen from its territory. This, in turn, can be the consequence of a criminal conviction of a non-citizen, revealing the close link between punishment and deportation.

This article explores the relationship between punishment, as a term used in the criminal justice system, and the administrative measure of immigration detention, by looking into the aims and the effects of immigration detention and deportation in both countries. One focus will be on the more implicit purpose of immigration detention and deportation, analysing to what extent these practices pursue aims of punishment, namely retribution, incapacitation, and deterrence. The concept of enemy penology will be used to discuss and explain the aim and practice of detention and deportation.

* Luisa Spiller studied law in Potsdam and Paris-Nanterre. In 2021, she graduated from the University of Edinburgh (MSc Criminology and Criminal Justice). Since then, she has been working as a lawyer for criminal law in Berlin.

Introduction

In Europe, Germany and the UK are among those states which return the most significant numbers of non-citizens, namely residents without citizenship. Germany was ranked first in 2018; the UK was ranked first in 2017.[1] Immigration detention is, formally speaking, an administrative measure that seeks to secure the removal of non-citizens who are obligated to leave the country.[2] However, detention in prison-like conditions and for an uncertain duration can feel like punishment,[3] and it can objectively resemble imprisonment, which is itself a concrete and symbolic form of punishment.[4] A 2019 report by the European Committee for the Prevention of Torture on Germany, for example, found that individuals in immigration detention are treated much like prisoners. They are not allowed to wear their own clothes and have only limited access to recreational spaces.[5] Observers in the UK also often point out the conceptual and architectural similarities, with some of the centres being surrounded by a fence and run by security firms.[6] Costello describes immigration detention as one of the most problematic current practices in terms of human rights.[7] It causes considerable physical and mental stress for detainees and their families, not only due to the deprivation of liberty but also due to the uncertainty of what

[1] Global Detention Project, 'Country Report - Immigration Detention in Germany: From Open Arms to Public Backlash' 7, 29.

[2] Bosworth, 'Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice' 86.

[3] ibid 82, 87.

[4] Sparks, 'The Politics of Imprisonment' 77.

[5] Der Spiegel, 'Bericht Des Anti-Folter-Komitees: Europarat Kritisiert Deutsche Abschiebepraxis'.

[6] Global Detention Project, 'United Kingdom Immigration Detention Profile' 9 f.

[7] Costello, 'Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet' 143.

will happen to them[8] – which has even caused some to attempt suicide.[9] While detention can last for up to six months in Germany, extendable by up to an additional twelve months,[10] the UK, unlike all European Union countries, does not provide a time limit for immigration detention.[11]

Both these Western European countries employ the practice of immigration detention and deportation, whilst they differ on certain other aspects. The UK, a common law country with a long history of immigration from former colonies,[12] has recently left the EU, with harsher control on immigration being one of the primary motivations for Brexit.[13] Germany, on the other hand, as an EU member state and a civil law country, has historically never considered itself to be a country of immigration and thus only had what may be considered a foreigners policy as opposed to an immigration policy.[14] Recently, however, Germany has become a destination for refugees from all over the world.[15]

This article aims to shed light on the relationship between punishment, as a term used in the criminal justice system,[16] and immigration detention. Firstly, the idea of punishment will be conceptualised, and it will be explained how immigration detention relates to this theoretical concept (A). A key

[8] Ghelli, 'Experten Kritisieren Die Abschiebehaft'; Silverman, Griffiths and Walsh, 'Briefing: Immigration Detention in the UK' 9.

[9] Ghelli (n 8); Taylor, 'UK Asylum Seekers at "Unprecedented" Risk of Suicide Amid Deportation Threat'.

[10] Global Detention Project (n 1) 21.

[11] Global Detention Project (n 6) 6.

[12] Somerville, Sriskandarajah and Latorre, 'United Kingdom: A Reluctant Country of Immigration'.

[13] Griffiths, 'Foreign, Criminal: A Doubly Damned Modern British Folk-Devil' 528.

[14] Fekete and Webber, 'Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System' 7.

[15] Global Detention Project (n 1) 7.

[16] Duff, *Punishment, Communication, and Community,* xiv f.

point to discuss in this chapter and throughout the article is the concept of proportionality in criminal law, according to which the severity of a criminal sentence must be proportionate to the gravity of the offence committed and thus reflect the degree of culpability.[17] Secondly, deportation as the official purpose of immigration detention will be analysed (B). The more implicit aims of immigration detention and deportation will then be examined by exploring to what extent they pursue principal aims of punishment, namely retribution, incapacitation, and deterrence (C). The idea of enemy penology will be used in both these chapters (B and C) to discuss the aim and practice of detention and deportation. Finally, the effects of penal power towards immigrants will briefly be analysed (D).

Recent laws and administrative guidance in the context of immigration, as well as articles published in the context of immigration detention and deportation in the period from 2018 to July 2021 by one leading newspaper per country (The Guardian for the UK, and DER SPIEGEL for Germany), have been analysed. Differences among federal states in Germany will not be the focus of this article and are only referenced by way of example, as the federal government sets the general framework and decides – especially through changes to the Residence Act – on the reasons justifying detention and removal.[18]

Individuals in detention may also be required to leave the country on grounds unrelated to criminal or deviant behaviour, such as visa-overstayers or rejected asylum seekers.[19] However, the need to understand the relationship between immigration detention and punishment becomes particularly apparent where they are both the (albeit indirect) response to deviant behaviour. Therefore,

[17] Andrew Von Hirsch, *Censure and Sanctions,* 1.

[18] Global Detention Project (n 1) 10.

[19] Bosworth, 'Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age' 127 f; Silverman, Griffiths and Walsh (n 8) 8.

the focus of this article will be on those detainees who have committed a criminal offence or face deportation due to other forms of deviant behaviour not classified as a criminal offence. Still, it is worth pointing out that, in many of these cases, the offences sanctioned are related to immigration itself, such as the refusal to collaborate in establishing identity or illegally entering or staying in the country.[20]

A. Punishment and Immigration Detention

According to the official definition as used in the context of criminal justice and provided by penal theorists, 'punishment is, typically, something intended to be burdensome or painful, imposed on a (supposed) offender for a (supposed) offence by someone with (supposedly) the authority to do so'.[21] Immigration detention, however, is not a response of the criminal justice authorities to a criminal offence, but rather an administrative measure with the official purpose of removal.[22]

The philosophy of punishment, on the other hand, discusses what should be meant by punishment and how it can be justified with regard to the aims of punishment.[23] Consequentialism looks into the expected or actual consequences for a certain good by weighing up the costs and benefits.[24] It thus focusses on crime prevention through incapacitation, deterrence, and rehabilitation.[25] The concept of retributive punishment, on the other hand, considers punishment

[20] Zedner, 'Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment' 51; Section 95 of the German Residence Act.

[21] Duff (n 16) xiv f.

[22] Bosworth (n 2) 86.

[23] Duff (n 16) xiv.

[24] Von Hirsch (n 17) 88; Duff (n 16) 3.

[25] Duff (n 16) 4 f; Von Hirsch and Ashworth, 'Dominion and Censure' 95.

to be the response to past behaviour.[26] The retributive theory of 'just desert' states that punishment should convey censure that expresses blame and that sentences must consequently be proportionate to the gravity of the offence. Since the degree of culpability has to be reflected in the criminal sanction,[27] it is considered wrong to punish those who have not committed a crime and to punish those who have more harshly than they deserve.[28] Referring to Kant and Hegel, von Hirsch and Duff[29] argue that a sanction without censure, which is purely based on consequentialist aims of deterrence, incapacitation or rehabilitation, does not respect the offenders´ standing as a moral agent.[30] It would mean that they are merely treated like tigers in a circus that 'have to be restrained, intimidated, or conditioned into compliance because they are incapable of understanding why biting people (or tigers) is wrong'[31]. To avoid 'tiger control' in this sense and preserve the principle of proportionality, the preventative feature of harsh treatment can thus only be justified if applied as a supplement to censure.[32]

'Just desert' theory still influences current sentencing policies in the UK and Germany.[33] The German Criminal Code largely follows the so-called unification theory, which seeks to balance different penal purposes (cf. section 46). However, it provides that the guilt of the offender forms the fundamental basis for imposing a sentence. The German Constitutional Court

[26] Duff (n 16) 21.

[27] Von Hirsch (n 17) 3, 15.

[28] Duff (n 16) 12.

[29] ibid 7, 14.

[30] ibid 13.

[31] Von Hirsch (n 17) 11.

[32] ibid 12 ff; Zedner, 'Penal Subversions: When Is a Punishment Not Punishment, Who Decides and on What Grounds?' 7.

[33] Von Hirsch, 'The "Desert" Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives' 416, 421.

(*Bundesverfassungsgericht*) has also stressed the character of punishment as a repressive infliction of harm that compensates for guilt. The degree of individual guilt thus determines the scope of the sentence, within which there is leeway for (other) purposes of punishment – such as crime prevention or rehabilitation – to determine the sentence in a specific case.[34]

In the UK, with the Sentencing Code 2003 – and now the Sentencing Act 2020 (section 57 (2)) – the legislator explicitly asks courts to consider the sentencing aims of deterrence, incapacitation, and rehabilitation, along with and at the same level as (deserved) punishment,[35] thus moving away from proportionality as the core principle in the Criminal Justice Act 1991.[36] However, considerations of proportionality can still be found in the sentencing guidelines for England and Wales, such as the guidance that custody should only be imposed if justified by the seriousness of the offence.[37]

From the perspective of retributive punishment, immigration detention is just harsh treatment. It lacks the central element of censure proportionate to a wrongdoing since immigration detention – at least at first sight – is not considered a sanction for a criminal offence but rather an administrative measure and thus cannot be justified as punishment.[38]

However, at second glance, the lines between immigration detention and punishment are blurred. Not only do detention centres resemble prisons, but

---

[34] *Bundesverfassungsgericht, Judgement of 05 February 2004 - 2 BvR 2029/01, NJW 2004, 739, 745 f.*

[35] Von Hirsch and Roberts, 'Legislating Sentencing Principles: The Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions' 2.

[36] ibid 7.

[37] Sentencing Council, 'General Guideline: Overarching Principles'.

[38] Zedner (n 32) 6.

detention seeks to ensure removal, and removal can be the (straightforward) consequence of a criminal conviction.[39]

The UK Borders Act 2007 allows the automatic deportation of foreign national offenders (FNO) who have received a prison sentence of at least 12 months, with certain human rights exceptions.[40] Furthermore, individuals may be deported if the Secretary of State considers their presence to be 'not conducive to the public good', for example, in the case of 'persistent offenders'.[41] In Germany, as stated in the Residence Act, the requirement to leave the country – justifying deportation if voluntary departure is not guaranteed (section 58 (1)) – is justified when the foreigner´s stay is considered to endanger public security and public order (section 53 (1)). This can, for example, follow from a conviction with a prison sentence of at least one year for a range of different offences (section 54 (1)), even if this is not automatic, as it is always necessary to weigh up the public interest in the departure against the individual´s interest to stay (section 53 (2)).

For these reasons, immigration detention can be regarded as an expression of 'penal power'.[42] Nevertheless, despite being a symbol of expanding state power, detention and deportation in both countries disregard central safeguards of the criminal justice system. For example, the presumption of innocence, the burden of proof on the state and the right to have a legal representative and a fair trial do not apply, or not to the same extent.[43] Furthermore, while a judicial order is

[39] Bosworth (n 2) 82.

[40] Home Office, 'Immigration Directorate Instructions - Deporting NON-EEA Foreign Nationals', s 4.

[41] ibid 3.2.

[42] Franko, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, 70.

[43] Zedner (n 32) 8 f; Franko, *Globalization and Crime* 90; Global Detention Project (n 1) 23; Global Detention Project (n 6) 15.

required for detention in Germany, except in cases of provisional detention,[44] detention decisions in the UK are made by Home Office civil servants,[45] without the safeguard of a decision by an independent court.

Immigration detention thus is an administrative measure that can follow a criminal conviction and impacts affected individuals in a very similar way to punishment, despite being imposed without the fundamental legal safeguards of criminal law. This raises the question of what the actual aim of immigration detention is. To answer this question, the official aim of immigration detention will first be examined (B), before considering to what extent it factually pursues traditional aims of punishment (C).

B. The Official Purpose of Detention: Deportation at any Price

I. Deportation as the Official Aim of Detention

The documents analysed by the author[46] suggest that removal is the central purpose of detention in both countries. In 2001, the UK stressed this purpose by renaming immigration detention centres to immigration removal centres (IRC),[47] and the German denotation *Abschiebehaft* can literally be translated as deportation detention.

In Germany, the growing list of reasons that justify detention all relate to the aim of removal, which must be a realistic possibility.[48] The German

[44] Global Detention Project (n 1) 22.

[45] Silverman, Griffiths and Walsh (n 8) 3.

[46] Cf. p. 3.

[47] Bosworth, 'Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age' 127.

[48] Global Detention Project (n 1) 8, 14 f.

Constitutional Court has stressed that detention is not permitted to prevent further unauthorised entries into the country.[49] Furthermore, it is inadmissible as a sanction for past culpable behaviour or as a coercive measure to achieve cooperation of the foreigner.[50] According to the UK Home Office, detention can also be used to establish a person´s identity, or 'where there is reason to believe that the person will fail to comply with any conditions attached to a grant of immigration bail'[51]. These categories, too, are ultimately related to the aim of removal.[52]

Due to its function in securing removal, detention in Germany usually requires a risk of absconding. However, since the *Geordnete Rückkehr Gesetz* (Orderly Return Act) came into force in 2019, there is an extensive catalogue of cases in which the risk of absconding can either be presumed or indicated.[53] For example, a presumption can result from the mere fact that the foreigner missed a hearing or medical appointment without reasonable cause.[54] In the UK, grounds for detention are 'imminence of removal', 'risk of absconding' or 'risk of harm', with a presumption for detention in case of unspecified 'more serious offences', and even in case of difficulties of removal.[55]

In this context, it is worth highlighting that detention is not actually very effective in ensuring removal. Evidence in both countries suggests that more immigration detention does not necessarily lead to more deportations. In the UK,

[49] *Bundesverfassungsgericht, Order of 16 May 2007 - 2 BvR 2106/05, NVwZ 2007, 1296, 1297 [22].*

[50] See, for example: Richtlinien für die Abschiebungshaft im Land Nordrhein-Westfalen vom 8. Juni 2016.

[51] Home Office, 'Detention: General Instructions' 6.

[52] Franko (n 42) 29.

[53] Global Detention Project (n 1) 14.

[54] ibid 15.

[55] ibid; Global Detention Project (n 6) 20 f.

in 2019, more than 60 % of detainees were released into the community after detention rather than being removed.[56] In the German federal state of Bavaria, for example, detention numbers have doubled between 2016 and 2017, while deportation following detention only increased by 56 %.[57] One explanation is that deportation primarily fails due to a lack of cooperation on the part of the immigrant and their country of origin in obtaining travel documents,[58] rather than the affected persons going into hiding.

II. Deportations in the Public Debate

Public discourse in both countries confirms that deportation is a central aim of immigration policy. Politicians appear to seek deportation at any price.

The documents analysed by the author[59] suggest that the German public debate around immigration and immigration detention is dominated by a rhetoric of deporting criminal offenders quicker and 'more resolutely'.[60] One of the former governing parties, the Christian Social Union in Bavaria (CSU), even called for the deportation of refugees who have committed a crime before their asylum application has been decided,[61] suggesting that criminal offenders should lose their fundamental right to seek asylum. Furthermore, there have been continuous calls from some politicians to evaluate legal possibilities of

[56] Silverman, Griffiths and Walsh (n 8) 10.

[57] Ghelli (n 8).

[58] ibid; Gibney, 'Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom'150 ff.

[59] Cf. p. 3.

[60] CDU/ CSU, 'Das Programm Für Stabilität Und Erneuerung. GEMEINSAM FÜR EIN MODERNES DEUTSCHLAND.' 27; Diehl, Gebauer and Lehberger, 'Islamismus: NRW Schiebt Erneut Top-Gefährder Ab'.

[61] Röhling, 'Seehofer Will Das Deutsche Asylrecht Verschärfen – Dabei Geht Es Kaum Noch "Schärfer"'.

deporting criminal offenders to war zones, such as to Syria in 2019,[62] despite the Residence Act (section 60 (2)) prohibiting deportation to countries where an individual would face torture or other danger for life and limb.

A telling result of this narrative was the deportation of Sami A., suspected of being involved in Islamist terrorism, to Tunisia in 2018. The German authorities carrying out the deportation did not await a pending court decision which ultimately issued a non-deportation order due to a risk of torture for Sami A. in Tunisia.[63] When the upper administrative court in the federal state of North Rhine-Westphalia (NRW) ruled that Sami A. had to be brought back to Germany, the NRW Interior Minister Reul (from the Christian Democratic Union of Germany, CDU) commented that judges should take into account the 'public´s sense of justice'[64] and Armin Laschet (CDU) – candidate for chancellor in the 2021 federal elections – expressed that he was glad and relieved that this 'dangerous person' had left the country.[65]

A current draft law – developed by the Federal Ministry of the Interior and Community and led by the Social Democratic Party of Germany (SPD) since 2021[66] – has also set the goal of deporting criminals and dangerous persons 'more resolutely' and provides that rules on immigration detention are to be tightened for this purpose. Along this line, the government's plan to make it

[62] Der Spiegel, 'Innenministerkonferenz: Abschiebestopp Nach Syrien Soll Doch Verlängert Werden'.

[63] Dahlkamp and others, 'Seehofer Und Der Fall Sami A.: Die Blamage'; Der Spiegel, 'Bin Ladens Mutmaßlicher Ex-Leibwächter: So Lief Die Abschiebung Des Sami A.'.

[64] Der Spiegel, 'Fall Sami A.: Scharfe Kritik an NRW-Innenminister Nach Aussagen Zu "Rechtsempfinden"'.

[65] Der Spiegel, 'Bin Ladens Mutmaßlicher Ex-Leibwächter: So Lief Die Abschiebung Des Sami A'.

[66] The results of this work are based on documents analysed between 2018 and June 2021 (cf. p. 3). To illustrate the continued relevance, individual examples of recent developments in 2022 are given.

easier to obtain a residence permit for certain immigrants is not intended to apply to immigrants with a criminal record. [67]

Similar rhetoric can be found in the UK, with the Home Office (Conservative Party) pointing out that '(t)hose who have no right to remain in the UK should be in no doubt of our determination to remove them.'[68] In 2018, it was revealed that the Conservative Home Office had fixed removal targets for 2017/2018, causing immigration workers to work with the presumption that the immigrant is lying unless proven otherwise.[69] The Windrush Scandal in 2018 revealed the unlawful detention of 112 residents who were Caribbean Commonwealth nationals, who had lived in the UK for many decades, with 31 of them eventually being removed.[70] At least five have been murdered since their deportation to Jamaica.[71] Currently,[72] the UK government tries to implement an agreement with the Rwandan government to send refugees entering the UK via the English Channel directly to Rwanda, denying them the right to seek asylum in the UK and despite well-known human rights violations by the authoritarian regime in Rwanda.[73]

---

[67] German Government, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Chancen-Aufenthaltsrechts 06 June 2022.

[68] as cited in Taylor, 'UK Home Office Charters Its First Ever Deportation Flight to Vietnam.

[69] Hopkins and Stewart, 'Amber Rudd Was Sent Targets for Migrant Removal, Leak Reveals'; Hill, 'At Least 1,000 Highly Skilled Migrants Wrongly Face Deportation, Experts Reveal'.

[70] Silverman, Griffiths and Walsh (n 8) 8.

[71] Taylor, 'Appeal Court Gives 11th-Hour Reprieve to Detainees Due to Be Sent to Jamaica'.

[72] The results of this work are based on documents analysed between 2018 and June 2021 (cf. p. 3). To illustrate the continued relevance, individual examples of recent developments in 2022 are given.

[73] Syal, 'Airline Hired for UK's Rwanda Deportations Pulls out of Scheme'.

III. Understanding Deportation and Detention: No Solidarity with the *Enemy*

The idea of a separate criminal law for enemies (*Feindstrafrecht,* or enemy penology) was developed by the German criminal law professor Günther Jakobs in 1985. *Feindstrafrecht*, as opposed to *Bürgerstrafrecht* (criminal law for citizens), is directed at those members of society who have proven their disloyalty through persistent offending. These notorious offenders are deemed to threaten the entire legal system and thus the state as its guarantor. Since they do not respect the system, the system cannot react with the means of (traditional) criminal law. Consequently, they are considered ineligible for the benefits of criminal law safeguards.[74] This theoretical concept of enemy penology appears to be reflected in German security policies of recent decades, with individual rights being increasingly curtailed in the declared fight against terrorism, organized crime and sexual offences.[75] Hence, the concept helps to understand the current practice of immigration detention and deportation in the UK and Germany.

Zedner points out that the concept of a less advantageous criminal law for those with unclear citizenship status derives directly from the fact that criminal law is based on the concept of citizenship.[76] The citizens makes up the public, decisive to establish the public interest and the public wrong in criminal law.[77] It is this public to whom and in the name of whom criminal law speaks.[78] Along this line, enemy penology suggests that only citizens can be assumed to be

[74] Krasmann, 'The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State' 303; Zedner (n 20) 49.

[75] Krasmann (n 74) 302.

[76] Zedner (n 20) 42.

[77] ibid 43.

[78] ibid.

loyal to the state legal order, whilst all others need more direct coercion to ensure compliance.[79] Non-citizens are treated as untrustworthy non-members or, at best, as guests who deserve hospitality.[80] While (notorious) offenders have failed as loyal citizens and thus lost trust by committing crimes, the immigrant, as an outsider from the start, first has to prove trustworthiness.[81] Foreign offenders are thus the prime example of the *Enemy*, as their status as both an immigrant and an offender suggests that they represent a particular danger to society.[82]

This *Otherness* of immigrants is further fuelled by the public portrayal of radical Islamists and thus the assumed association of immigration with terrorism or organised crime, making a case for a distinction between those regarded as *good* Western individuals and those seen as *bad* Others.[83] Furthermore, the association of crime with poverty and welfare dependency causes hostile attitudes towards socially and economically disadvantaged immigrants.[84] Moreover, as Young explains, economic worries and insecurity can provoke 'cultural essentialism' where people uphold their own race and culture to be of essential value while discrediting others.[85]

This idea of *Otherness* also explains why there is no social solidarity with the *Enemy* in a Durkheimian sense, thus justifying harsh treatment and denying

[79] Daniel Ohana, 'Günther Jakobs´s Feindstrafrecht: A Dispassionate Account' 367.

[80] Zedner (n 20) 41.

[81] ibid 49.

[82] Fekete and Webber (n 14) 7.

[83] Franko (n 43) 81, 85; Carvalho, Chamberlen and Lewis, 'Punitiveness Beyond Criminal Justice: Punishable and Punitive Subjects in an Era of Prevention, Anti-Migration and Austerity' 265, 270; Franko (n 42) 41.

[84] Carvalho, Chamberlen and Lewis (n 83) 272, 274.

[85] Young, 'Critical Criminology in the Twenty-First Century: Critique, Irony and the Always Unfinished' 268.

individual rights. Opposed to Durkheim´s idea of 'the cult of the individual', characteristic of modern societies where the worth of the individual would limit vengeance and harsh punishment, Garland points out that modern societies are characterised not by a 'cult of the individual' but rather by the 'cult of the deserving individual'. Individuals are divided into *us*, the victims as fellow citizens, and *them*, the dangerous offenders.[86]

The public debate and practice around deportation, as well as the lack of legal safeguards granted to individuals in immigration detention confirm this idea of foreign criminals being second class residents, who do not *deserve* our solidarity. When they commit crimes, it is considered justified that they lose fundamental rights. Even human dignity, absolutely protected by Article 1 of the German Constitution, no longer appears completely inviolable when deportation is considered legitimate despite the risk of torture. This also helps to explain why it does not seem to matter if immigration detention is not very effective to achieve the aim of removal: So long as it somehow helps to enhance deportation, the serious detrimental consequences of detention on the individual ultimately only affect the *Enemy* and can therefore be tolerated.

C. The Implicit Aims of Detention and Deportation

Apart from the central aim of deportation, it must also be considered whether there may be further, more implicit, aims to immigration detention. Enemy penology considers the *Enemy* as a 'non-person'[87] – arousing association with the terminology of the Nazis – who must be addressed by instrumental rather than personal communication since their loyalty to the legal order cannot

[86] Garland, 'Punishment and Social Solidarity' 7.

[87] Krasmann (n 74) 303.

be assumed.[88] Along this line, Franko and Bosworth argue that immigration detention and deportation are primarily about exclusion, removal and deterrence of mobility rather than moral censure and improvement.[89] Stumpf, however, argues that punishing immigrant crime is also about expressing moral condemnation.[90] Due to the central aim of deportation, immigration detention evidently does not seek to reintegrate individuals into society. However, both immigration detention and deportation may pursue some of the other traditional aims of punishment, namely incapacitation and deterrence and, first and foremost, retribution.

I. Retribution

Retribution, and thus the idea of blame proportionate to a wrongdoing, forms a central idea of sentencing policies. However, at first sight, the harsh treatment of immigration detention and deportation lacks this element of censure, proportionate to a wrongdoing. Foreign offenders have already received a proportionate sentence for the crime of which they were convicted. Then again, the law and public debate in both countries do express a moral censure on the actions or person of those affected by immigration detention and deportation, suggesting that they somehow *deserve* this harsh treatment.

Firstly, the mere lack of cooperation by the foreigner can be a behaviour justifying detention. Section 62 (4) of the German Residence Act provides that detention may be extended by twelve months in case deportation cannot be

[88] Ohana (n 79) 367 f; Krasmann (n 74) 305.

[89] Bosworth, Franko and Pickering, 'Punishment, Globalization and Migration Control: "Get Them the Hell Out of Here"' 42; Franko (n 42) 52 ff.

[90] Stumpf, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power' 412.

carried out for reasons for which the foreigner is responsible. According to section 62.3 of the General Administrative Guidelines on the Residence Act 2009, this can be the case if, for example, the foreigner has destroyed their passport or refuses to cooperate in obtaining a new passport. This implies that the lack of cooperation is considered culpable conduct that justifies keeping the foreigner in detention, especially since lack of cooperation can also amount to a criminal offence (sections 95 (1), 49 (2) Residence Act). These laws cannot have the mere forward-looking purpose of encouraging cooperation as 'detention to secure cooperation' can also be specifically ordered for a maximum of two weeks (section 62.3 of the Guidelines on the Residence Act). Similarly, according to the UK Home Office guidance on detention, a barrier to removal for which a FNO is responsible can justify detention and the refusal of release on bail – even if actual removal seems unlikely.[91]

Additionally, the general rhetoric around deportation reveals that crimes committed by foreigners are considered particularly blameworthy. The German Orderly Return Act 2019, for example, extends the catalogue of cases in which a 'particularly serious interest to deport' is given to cases where a foreigner is convicted to a one-year prison sentence for social benefit fraud, since the legislator considers these offences as 'particularly despicable'.[92] This is inconsistent with section 263 (3) of the German Criminal Code, where social benefits fraud is not listed as a 'particularly despicable' kind of fraud, suggesting it is only considered as such if committed by the foreigner.

Even beyond criminal conduct, the benchmark for what constitutes reproachable conduct deserving of detention and deportation seems to depend on citizenship, especially in the case of the UK. In 2018, 1,000 highly skilled immigrants

[91] Home Office (n 51) 17.

[92] German Federal Parliament (Deutscher Bundestag), 'BT Drucksache 19/10047' 35.

were facing deportation because of their 'character and conduct' after being accused of minor mistakes in their tax records or discrepancies in their declared income.[93] Along this line, section 9.21 of the UK immigration rules allows for revoking or denying the right to stay in the UK to immigrant rough sleepers by invoking their 'persistent antisocial behaviour'.

All this culminates in rhetoric which suggests that crimes committed by foreigners (or their 'antisocial behaviour') amounts to the disrespect of fundamental rules of society. In the electoral programme of the CDU/CSU for the federal elections in 2021 it was stated regarding non-German offenders: 'We want to deport criminals resolutely. Anyone who commits a criminal offence in Germany has forfeited their right to hospitality'[94]. In 2018, Annalena Baerbock – former head of the Green Party and currently Germany´s minister for foreign affairs – called to crack down on repeat offenders who are required to leave the country, since they are not 'respecting our legal order'.[95] Similar rhetoric can be found in the UK: regarding a deportation flight to Jamaica in 2019, a Home Office spokesman from the Conservative Party said: '(t)he law requires that we seek to deport foreign nationals who abuse our hospitality by committing crimes in the UK.'[96]

This rhetoric communicates moral condemnation of the behaviour or even the character of an immigrant, to which detention and deportation seems to be the deserved reaction.[97] Since they do not respect the system, the system´s

[93] Hill (n 69).

[94] CDU/ CSU (n 60) 27.

[95] Der Spiegel, 'Flüchtlinge: Pro Asyl Kritisiert Baerbocks Aussagen Zu Abschiebungen'.

[96] Taylor and Gentleman, 'Deportation Flight Lands in Jamaica After Reprieve for Some'.

[97] Krasmann (n 74) 303; Zedner (n 20) 49.

reaction must not be limited to (traditional) criminal law. The harsh sanctions of deportation and detention thus do not appear to be disproportionate.[98] From the perspective of enemy penology, this shows that not only different legal safeguards, but also a different standard of what amounts to a deserved consequence are applied to the *Enemy*. Hence, the principle of proportionality is not absolute, but rather seems to depend on citizenship.

Furthermore, deviance is not only punished more harshly, but the standards of what counts as deviance in the first place are also lowered. Hence, minor mistakes or rough sleeping are considered criminal. As Griffiths put it: 'The foreign criminal is intolerable because of who and where he is, rather than because of what he does.'[99]

II. Incapacitation

Even though incapacitation is not an official purpose of immigration detention in the UK, it can be deduced from the Home Office Guidance on detention of FNO:

> '(D)ue to the clear imperative to protect the public from harm, the risk of re-offending or absconding must be weighed against the presumption in favour of immigration bail (…) Substantial weight must be given to the risk of further offending or harm to the public indicated by the subject's criminality (…).'[100]

That incapacitation is a significant aim of immigration detention became especially clear during the Covid-19 pandemic. Although removals were often

[98] Krasmann (n 74) 303; Zedner (n 20) 49; Griffiths (n 13) 528 f.
[99] Griffiths (n 13) 542.
[100] Home Office (n 51) 7 f.

not possible due to travel restrictions, the High Court dismissed the case to release all detainees.[101] The Home Office announced that 'our priority is to maintain the lawful detention of the most high-harm individuals, including foreign national offenders'.[102]

Deportation also seems to seek crime prevention through incapacitation, regarding both FNO and those who have not yet committed any crime, as expressed by Chris Philp (Conservative), former Home Office minister for immigration compliance: 'I'm committed to removing foreign criminals (and...) anyone with no right to be here to keep the British public safe, which is always my priority.'[103]

In Germany, the aim of incapacitation is invoked more implicitly. Although at odds with the official justification that only allows detention to secure deportation, the German legislator introduced the idea of incapacitation indirectly by stipulating in section 62 (3b) of the Residence Act that risk of absconding – as a precondition for detention – is indicated where 'the foreigner represents a significant danger to the life and limb of third parties or significant legal interests of internal security'. Since it remains unclear why these aspects can indicate a risk of absconding, it suggests that the German legislator sought to introduce a way to control foreigners deemed dangerous through the back door. Another example of this idea can be found in a resolution paper of the CSU, where it is proclaimed that the priority must be to deport criminal offenders during or directly following their prison sentence and, if not possible, to place them under maximal state control through different kinds of movement

[101] Silverman, Griffiths and Walsh (n 8) 9.

[102] Taylor, 'Home Office Releases 300 from Detention Centres amid Covid-19 Pandemic'.

[103] Taylor, 'Home Office Proceeds with Disputed Jamaica Deportation Flight'.

restrictions.[104] This suggests that as long as ultimate incapacitation through deportation is not possible, other ways of incapacitation have to be found. Incapacitation thus seems to be an essential aim of immigration detention and deportation in both countries. Unlike imprisonment, which is usually limited in time, deportation, combined with a re-entry ban, is a permanent form of incapacitation.

III. Deterrence of Immigration

As with incapacitation, German politicians do not explicitly speak of immigration detention (or deportation) as an instrument to deter further immigration, although critics and opposition politicians do perceive the German approach to immigration detention as a policy of deterrence.[105] Along this line, the Orderly Return Act 2019 has been called 'Get Out of Here – Law' by its critics for being particularly inhospitable.[106] For example, it introduced the status of 'tolerated light stay', which prohibits asylum seekers to work.[107]

In the UK, the aim of deterrence reveals itself more clearly. Even though not explicitly referred to as an aim of detention, the Home Office´s approach to certain forms of immigration, in general, is marked by a rhetoric of deterrence. In Paragraph 2 of the Explanatory Notes to the Immigration Act 2016, it is stated:

> 'The purpose of the Act is to tackle illegal immigration by making

[104] Stalinski, 'Mehr Und Konsequenter Abschieben?'.

[105] Cf . 'Filiz Polat Zu Seehofer/Abschiebehaft'.

[106] Röhling, 'Das Anti-Ankunfts-Gesetz: Unser Asylrecht Hindert Junge Menschen an Der Integration'.

[107] Schmidt, 'Warum Sich Hasan Keine Duldung Wünscht – Obwohl Sein Asylantrag Abgelehnt Wurde'; Röhling (n 106).

> it harder to live and work illegally in the United Kingdom. The intention behind the Act is that without access to work, illegal migrants will depart voluntarily, but where they do not, the Act contains other measures to support enforced removals.'

The 'hostile environment' policy – now referred to as 'compliant environment' policy[108] – proclaimed by Theresa May in 2012 also required employers, landlords and banks to help to detect immigration that is considered illegal.[109] Concerning deportation flights in 2020, the Home Office declared: '(t)he flight is a very strong signal to anyone attempting to cross that you are wasting your time and will be returned.'[110] Likewise, the current deportation agreement with Rwanda aims to deter further immigration to the UK via the English Channel.[111]

Meanwhile, experts and lawyers stress that those fleeing misery and persecution are not impressed by spectacular deportations or harsh detention regimes.[112] When individuals come to a specific country, it is often related to a choice of language or existing family ties, meaning that they will not easily move on to another safe country.[113] Despite the 'hostile environment' policy in the UK, the number of voluntary returns has decreased in recent years.[114] Regardless of this

[108] Syal, 'Home Office "Has No Idea How Many People Are in the UK Illegally"'; Gentleman, 'Home Office Broke Equalities Law With Hostile Environment Measures'.

[109] Trilling, 'Cruel, Paranoid, Failing: Inside the Home Office'.

[110] Taylor, 'UK Plan to Use Navy to Stop Migrant Crossings Is Unlawful, Lawyers Warn'.

[111] Syal and Taylor, 'UK Ministers Ignored Evidence Rwanda Violated Human Rights, Court Told'.

[112] Röhling, 'Deutschland Chartert Trotz Corona Ein Ganzes Flugzeug – Nur Um Eine 25-Jährige Abzuschieben'.

[113] Trilling, 'Priti Patel's Borders Bill Is Designed to Look Tough, Not Solve Any Real Problems'.

[114] Walsh, 'Briefing: Deportation and Voluntary Departure from the UK'.

uncertain effectiveness, the grave collateral damages of this hostile environment policy are still deemed as acceptable, as they only affect the *Enemy*.

Therefore, in both countries, it can be observed that traditional aims of punishment – retribution, incapacitation, and deterrence – also underlie the practices of immigration detention and deportation. As for the aim of retribution, detention and deportation are presented as the deserved response to the immigrant´s undesirable behaviour. The harsher treatment of non-citizens is justified by the immigrant´s apparent disrespect of the system, which references the rhetoric of enemy penology.

D. Effects of Penal Power Towards Immigrants

So, what are the effects of this practice and rhetoric? Before explaining how states, by invoking justifications associated with punishment, portray immigrants as punishable subjects (II.), it will be analysed whether penal power can reinforce social solidarity in a Durkheimian sense (I.).

I. Can Punishing the *Enemy* Reinforce Social Solidarity?

For Durkheim, punishment is a moral institution with the function to reaffirm social solidarity by addressing the law-abiding citizens rather than the individual offender. He argues that irrational emotions based on outrage or sympathy are expressed through collective rituals of condemnation, creating a feedback loop that reaffirms collective values.[115] If we consider immigration detention and deportation as a form of penal power, the question arises to what extent it can have this (positive) function of punishment.

[115] Garland (n 86) 2, 4; Smith, 'Durkheim and Criminology: Reconstructing the Legacy' 336; Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* 50.

The communication of censure can further promote the exclusion of the offender from the moral community, especially when the offender does not accept their behaviour as reproachable.[116] At the same time, it is argued that punishing immigrant crime can reaffirm shared values for the rest of society.[117] However, as Garland argues, this group hostility, dedicated to the 'vanquishing of an enemy'[118] prevents society from addressing real causes of crime.[119] Furthermore, as Krasmann points out, the exceptional treatment of the *Enemy* seeks to abandon the rule of law by the law itself, ultimately questioning the democratic constitutional state.[120] The disregard of legal safeguards can thus transform justice in itself.[121] Krasmann also explains that the concept of *Enemy* is 'indeterminate and might well be extended eventually without limits'.[122] As Fischer, former judge at the German Federal Supreme Court, put it: 'If only the result matters, but not the respect of the rule of law, and if it does not matter how we treat our enemies, everyone must be afraid.'[123]

Moreover, as Garland explains, punishment can be counterproductive in cases where opposing views on crime and punishment exist in liberal societies. When the public sympathises with the offender – or the immigrant deemed deviant – punishment can create hostile reactions and ultimately reinforce social division.[124] While some parts of society see immigration detention as necessary

[116] Garland (n 115) 74 f.
[117] Bosworth (n 2) 90; Franko (n 43) 82; Garland (n 115) 77.
[118] Garland (n 115) 77.
[119] ibid 77.
[120] Krasmann (n 74) 305.
[121] Bosworth (n 2) 82 f.
[122] as cited in Fekete and Webber (n 14) 3.
[123] Fischer, 'Sami A. Und Der Rechtsstaat: Dann Muss Sich Jeder Fürchten', translated by the author.
[124] Garland (n 86) 8.

to preserve the legal order, others are outraged by the dehumanising treatment of individuals in our society and resort to protest.

Despite increasing anti-immigrant sentiment, there has also been pro-immigrant engagement from individuals and organizations such as Refugees Welcome or No One Is Illegal.[125] In 2018, for example, German pilots obstructed the deportation of 506 individuals.[126] The deportation of Sami A. also caused alarm among several judges who considered some politicians´ attitude towards the rule of law to be concerning.[127] In the UK, especially the Windrush Scandal has made the population aware of how non-citizens may be treated and has caused public uproar and condemnation by the Equality and Human Rights Commission.[128] In 2021, hundreds of Glaswegians prevented the detention of two Indian nationals in their community, targeted for immigration-related offences.[129] In June 2022, a planned deportation flight to Rwanda was halted by a judgement of the European Court of Human Rights and, following public pressure, caused airlines to pull out of the deportation scheme.[130]

Therefore, penal power towards immigrants in our liberal societies is more likely to reduce rather than increase social solidarity, not only by further promoting the exclusion of immigrants from society, but also by causing discord within society.

---

[125] Barker, 'Penal Power at the Border: Realigning State and Nation' 443.

[126] Global Detention Project (n 1) 8.

[127] Maxwill, 'Abschiebe-Debatte: Asylsuchende Sind Kläger Zweiter Klasse'; Fischer (n 123).

[128] Trilling, 'The EHRC Report Is Clear: The Home Office Is Trampling on People's Rights'.

[129] Brooks, '"A Special Day": How a Glasgow Community Halted Immigration Raid'.

[130] Syal (n 73).

II. Regarding Immigrants as Punishable Subjects

Durkheim considered punishment as an indicator of morality, which explains why, for example, punishment has become less harsh over time.[131] A Neo-Durkheimian perspective stresses the interactive relationship between moral feelings and the law, as specific ways of punishment or penal laws can cause a change in popular perceptions. Penal law can thus result from, but also influence, public opinion.[132] This suggests that the use of penal power towards immigrants can influence the way immigrants are perceived by the public.

It has been shown that states resort to justifications associated with punishment, namely retribution, incapacitation, and deterrence, in the context of immigration. This rhetoric, usually associated with crime, suggests that immigration itself must amount to criminal behaviour justifying punishment, social exclusion, and a strict border policy.[133] The argument, albeit somewhat circular, is as follows: As immigrants are forfeiting our hospitality and abusing the system, they must be criminals who deserve detention and deportation. As we are deporting serious criminals, those affected by the policy must have committed severe crimes and represent a threat to society from whom we need to be protected.

Similarly, the use of rhetoric of deterrence, usually associated with crime, in the context of migration, suggests that immigration itself must amount to criminal behaviour. This creates another circular argument: As immigrants may be criminals, they must be detained and deported; as they are being deported and held in prison-like conditions, they must be very dangerous and it is morally acceptable to treat them like criminals.[134] Non-citizens are hence portrayed as

[131] Smith (n 115) 336.
[132] Garland (n 115) 58.
[133] Franko (n 42) 4.
[134] Bosworth (n 2) 86.

'punishable subjects'.[135] Such anti-immigration debate may, for example, lead to increased hate crime, as could be observed in the UK in the aftermath of the Brexit Referendum.[136]

Through the practice of detention and deportation, immigrants are not only treated like criminals, but rather second-rate criminals: they are denied central legal safeguards and face disproportionately harsh treatments. Their rights are considered less important, as they are treated much like non-persons to whom different legal standards can be applied.

As a result, the current practice and rhetoric around detention and deportation reinforces an association of immigration with crime. At the same time, it suggests that immigrants as individuals are less deserving of human rights: immigrants can be punished not because of *what they do*, but because of *who they are*, and according to a different legal standard.

Conclusion

Deportation is an essential aim of immigration policy in both the UK and Germany and detention is regarded as an essential means of achieving this, even if it is not actually always effective. While the UK has implemented a presumption of detention for certain FNOs, Germany is constantly expanding the formal criteria indicating a 'risk of absconding'. This is consistent with calls from politicians in both countries for more removals, sometimes culminating in unlawful deportations into countries where individuals potentially face death or torture. The aim of deportation is thus one to be pursued at any price: The deviant immigrant is considered an *Enemy*, not worthy of legal safeguards, individual rights, and social solidarity.

[135] Carvalho, Chamberlen and Lewis (n 83) 272.
[136] ibid.

Both states implicitly refer to traditional aims of punishment such as retribution, incapacitation, and deterrence (of mobility) to justify the practice of detention and deportation, further promoting the association of immigration with crime and thus making their harsh and extra-legal treatment appear morally acceptable. The documents analysed in both countries reveal that the rationales used to justify deportation and detention express a form of moral condemnation of the immigrant´s behaviour and character. Crimes, including minor offences, are portrayed as particularly despicable when committed by immigrants, deserving harsh treatment in the form of deportation and detention in addition to a criminal sentence. In line with the theory of enemy penology, the concept of proportionality, inherent to retributive punishment, is thus not applied absolutely, but seems to be linked to citizenship. Consequentialist aims of punishment – incapacitation and deterrence – are invoked in the UK in a more explicit and in Germany in a more implicit way – somewhat in line with the explicit focus in the UK on public protection and deterrence in the Sentencing Code.

Although the FNO is treated much like an *Enemy* in both countries, it appears that the UK, at least formally, has harsher measures for the FNO in several respects, namely the fact that deportation can be automatic following conviction of certain crimes and that detention can be unlimited. Furthermore, German debate focuses more on foreigners said to have committed (serious) criminal offences, whereas the UK also explicitly targets 'antisocial behaviour' and 'bad character'. However, the similarities between both countries are far more striking: Both countries have established a system of penal power which treats unwanted non-citizens in a way that threatens the rule of law and human rights, as well as enhancing social division.

Bibliography

Journal Articles

Barker V, 'Penal Power at the Border: Realigning State and Nation' (2017) 21 Theoretical Criminology 441.

Bosworth M, 'Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age' (2012) 16 Theoretical Criminology 123.

——, 'Immigration Detention, Punishment and the Transformation of Justice' (2019) 28 Social and Legal Studies 81.

Bosworth M, Franko K and Pickering S, 'Punishment, Globalization and Migration Control: "Get Them the Hell Out of Here"' (2018) 20 Punishment and Society 34.

Carvalho H, Chamberlen A and Lewis R, 'Punitiveness Beyond Criminal Justice: Punishable and Punitive Subjects in an Era of Prevention, Anti-Migration and Austerity' (2020) 60 British Journal of Criminology 265.

Costello C, 'Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet' (2015) 68 Current Legal Problems 143.

Fekete L and Webber F, 'Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System' (2010) 51 Race & class 1.

Gibney M J, 'Asylum and the Expansion of Deportation in the United Kingdom' (2008) 43 Government and Opposition 146.

Griffiths M, 'Foreign, Criminal: A Doubly Damned Modern British Folk-Devil' (2017) 21 Citizenship Studies 527.

Krasmann S, 'The Enemy on the Border: Critique of a Programme in Favour of a Preventive State' (2007) 9 Punishment and Society 301.

Smith P, 'Durkheim and Criminology: Reconstructing the Legacy' (2008) 41 The Australian and New Zealand Journal of Criminology 333.

Stumpf J, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power' (2006) 56 American University Law Review 367.

Von Hirsch A, 'The "Desert" Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives' (2007) 74 Social research 413.

Von Hirsch A and Roberts J V, 'Legislating Sentencing Principles: The Provisions of the Criminal Justice Act 2003 Relating to Sentencing Purposes and the Role of Previous Convictions' [2004] Criminal Law Review 639.

Zedner L, 'Penal Subversions: When Is a Punishment Not Punishment, Who Decides and on What Grounds?' (2016) 20 Theoretical Criminology 3.

Books

Duff A, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press 2000).

Franko K, *Globalization and Crime* (Third Edit, SAGE LTD 2019).

——, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power* (Routledge 2020).

Garland D, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* (Oxford: Clarendon Press 1990).

Von Hirsch A, *Censure and Sanctions* (Oxford University Press 1993).

Articles in Books

Garland D, 'Punishment and Social Solidarity' in Jonathan Simon and Richard Sparks (eds), *The SAGE Handbook of Punishment and Society* (SAGE Publications Ltd 2013).

Ohana D, 'Günther Jakobs´s Feindstrafrecht: A Dispassionate Account' in Markus D Dubber (ed), *Foundational Texts in Modern Criminal Law* (Oxford University Press 2014).

Sparks R, 'The Politics of Imprisonment' in Yvonne Jewkes (ed), *Handbook on Prisons* (Willan Publishing 2007).

Von Hirsch A and Ashworth A, 'Dominion and Censure' in Andrew Von Hirsch (ed), *Censure and Sanctions* (Oxford University Press 1993).

Young J, 'Critical Criminology in the Twenty-First Century: Critique, Irony and the Always Unfinished' in Russel Hogg and Kerry Carrington (eds), *Critical Criminology: Issues, Debates, Challenges* (Willan Publishing 2002).

Zedner L, 'Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment' in Katja Franko Aas and Mary Bosworth (eds), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion* (Oxford University Press 2013).

Newspaper Articles

Brooks L, '"A Special Day": How a Glasgow Community Halted Immigration Raid' *The Guardian* (London, 14 May 2021) <www.theguardian.com/uk-news/2021/may/14/a-special-day-how-glasgow-community-halted-immigration-raid> accessed 12 August 2021.

Dahlkamp J and others, 'Seehofer Und Der Fall Sami A.: Die Blamage' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 20 July 2018) <www.spiegel.de/politik/horst-seehofer-und-der-fall-sami-a-die-blamage-a-00000000-0002-0001-0000-000158500321> accessed 28 July 2021.

Der Spiegel, 'Bin Ladens Mutmaßlicher Ex-Leibwächter: So Lief Die Abschiebung Des Sami A.' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 16 July 2018) <www.spiegel.de/politik/ausland/chronologie-die-abschiebung-des-sami-a-a-1218706.html> accessed 28 July 2021.

——, 'Fall Sami A.: Scharfe Kritik an NRW-Innenminister Nach Aussagen Zu "Rechtsempfinden"' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 16 August 2018) <www.spiegel.de/politik/deutschland/fall-sami-a-herbert-reul-wird-fuer-aussagen-zu-rechtsempfinden-kritisiert-a-1223518.html> accessed 28 July 2021.

——, 'Bericht Des Anti-Folter-Komitees: Europarat Kritisiert Deutsche Abschiebepraxis' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 9 May 2019) <www.spiegel.de/politik/deutschland/abschiebungen-europarat-kritisiert-deutschland-bericht-des-anti-folter-komitees-cpt-a-1266507.html> accessed 27 July 2021.

——, 'Innenministerkonferenz: Abschiebestopp Nach Syrien Soll Doch Verlängert Werden' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 5 December 2019) <www.spiegel.de/politik/deutschland/syrien-abschiebestopp-soll-doch-verlaengert-werden-a-1299903.html> accessed 27 July 2021.

——, 'Flüchtlinge: Pro Asyl Kritisiert Baerbocks Aussagen Zu Abschiebungen' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 20 December 2018) <www.spiegel.de/politik/deutschland/fluechtlinge-pro-asyl-kritisiert-aussagen-von-annalena-baerbock-a-1244762.html> accessed 28 July 2021.

Diehl J, Gebauer M and Lehberger R, 'Islamismus: NRW Schiebt Erneut Top-Gefährder Ab' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 17 May 2018) <www.spiegel.de/politik/deutschland/islamismus-nrw-schiebt-erneut-top-gefaehrder-ab-a-1208259.html> accessed 28 July 2021.

Fischer T, 'Sami A. Und Der Rechtsstaat: Dann Muss Sich Jeder Fürchten' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 21 August 2018) <www.spiegel.de/panorama/justiz/sami-a-und-der-rechtsstaat-kolumne-von-thomas-fischer-a-1224050.html> accessed 28 July 2021.

Gentleman A, 'Home Office Broke Equalities Law With Hostile Environment Measures' *The Guardian* (London, 25 November 2020) <www.theguardian.com/uk-news/2020/nov/25/home-office-broke-equalities-law-with-hostile-environment-measures> accessed 30 July 2021.

Hill A, 'At Least 1,000 Highly Skilled Migrants Wrongly Face Deportation, Experts Reveal' *The Guardian* (London, 6 May 2018) <www.theguardian.com/uk-news/2018/may/06/at-least-1000-highly-skilled-migrants-wrongly-face-deportation-experts-reveal> accessed 30 July 2021.

Hopkins N and Stewart H, 'Amber Rudd Was Sent Targets for Migrant Removal, Leak Reveals' *The Guardian* (London, 28 April 2018) <www.theguardian.com/politics/2018/apr/27/amber-rudd-was-told-about-migrant-removal-targets-leak-reveals> accessed 31 July 2021.

Maxwill P, 'Abschiebe-Debatte: Asylsuchende Sind Kläger Zweiter Klasse' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 25 July 2018) <www.spiegel.de/panorama/justiz/abschiebungen-und-asyl-das-sagen-verwaltungsrichter-zu-debatte-a-1219728.html> accessed 28 July 2021.

Röhling M, 'Seehofer Will Das Deutsche Asylrecht Verschärfen – Dabei Geht Es Kaum Noch "Schärfer"' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 6 January 2019) <www.spiegel.de/politik/horst-seehofer-will-asylrecht-verschaerfen-so-scharf-sind-die-gesetze-laengst-a-10765f21-d009-4461-931e-45121011fc8d> accessed 27 July 2021.

——, 'Deutschland Chartert Trotz Corona Ein Ganzes Flugzeug – Nur Um Eine 25-Jährige Abzuschieben' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 10 April 2020) <www.spiegel.de/panorama/abschiebung-trotz-corona-fuer-diese-25-jaehrige-wird-ein-ganzes-flugzeug-gechartert-a-2990d04f-d97e-4fab-9d38-fa110fd759c5> accessed 27 July 2021.

——, 'Das Anti-Ankunfts-Gesetz: Unser Asylrecht Hindert Junge Menschen an Der Integration' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 18 July 2020) <www.spiegel.de/panorama/geordnete-rueckkehr-gesetz-wie-das-migrationspaket-die-integration-verhindert-a-cb3538ee-1f38-4c9c-81c5-78411514eb86> accessed 27 July 2021.

Schmidt F, 'Warum Sich Hasan Keine Duldung Wünscht – Obwohl Sein Asylantrag Abgelehnt Wurde' *DER SPIEGEL* (Hamburg, 7 June 2019) <www.spiegel.de/politik/migrationspaket-warum-sich-hasan-trotz-abgelehntem-asylantrag-keine-duldung-wuenscht-a-b932e82c-1e48-4dd4-8c63-bc2aa2b963a6> accessed 27 July 2021.

Stalinski S, 'Mehr Und Konsequenter Abschieben?' *tagesschau.de* (Hamburg, 3 January 2019) <www.tagesschau.de/inland/auslaendische-straftaeter-101.html> accessed 28 July 2021.

Syal R, 'Home Office "Has No Idea How Many People Are in the UK Illegally"' *The Guardian* (London, 17 June 2020) <www.theguardian.com/uk-news/2020/jun/17/home-office-has-no-idea-how-many-people-are-in-the-uk-illegally> accessed 30 July 2021.

——, 'Airline Hired for UK's Rwanda Deportations Pulls out of Scheme' The Guardian (London, 21 October 2022) <www.theguardian.com/uk-news/2022/oct/21/airline-hired-uk-rwanda-deportations-pulls-out-privilege-style> accessed 29 October 2022.

Syal R and Taylor D, 'UK Ministers Ignored Evidence Rwanda Violated Human Rights, Court Told' The Guardian (London, 05 September 2022) <www.theguardian.com/uk-news/2022/sep/05/deported-uk-asylum-seekers-human-rights-at-risk-in-rwanda-court-told> accessed 29 October 2022.

Taylor D, 'Appeal Court Gives 11th-Hour Reprieve to Detainees Due to Be Sent to Jamaica' *The Guardian* (London, 11 February 2020) <www.theguardian.com/uk-news/2020/feb/10/judicial-review-home-office-deportation-flight-jamaica> accessed 30 July 2021.

——, 'Home Office Releases 300 from Detention Centres amid Covid-19 Pandemic' *The Guardian* (London, 21 March 2020) <www.theguardian.com/uk-news/2020/mar/21/home-office-releases-300-from-detention-centres-amid-covid-19-pandemic> accessed 30 July 2021.

——, 'UK Plan to Use Navy to Stop Migrant Crossings Is Unlawful, Lawyers Warn' *The Guardian* (London, 7 August 2020) <www.theguardian.com/world/2020/aug/07/uk-plan-to-use-navy-to-stop-migrant-crossings-is-unlawful-lawyers-warn> accessed 30 July 2021.

——, 'Home Office Proceeds with Disputed Jamaica Deportation Flight' *The Guardian* (London, 2 December 2020) <www.theguardian.com/uk-news/2020/dec/02/home-office-proceeds-with-disputed-jamaica-deportation-flight> accessed 30 July 2021.

——, 'UK Home Office Charters Its First Ever Deportation Flight to Vietnam' *The Guardian* (London, 20 April 2021) <www.theguardian.com/uk-news/2021/apr/20/uk-home-office-charters-its-first-ever-deportation-flight-to-vietnam> accessed 30 July 2021.

——, 'UK Asylum Seekers at "Unprecedented" Risk of Suicide Amid Deportation Threat ' *The Guardian* (London, 21 May 2021) <www.theguardian.com/uk-news/2021/may/21/uk-asylum-seekers-at-unprecedented-risk-of-suicide-amid-deportation-threat> accessed 16 August 2021.

Taylor D and Gentleman A, 'Deportation Flight Lands in Jamaica After Reprieve for Some' *The Guardian* (London, 7 February 2019) <www.theguardian.com/uk-news/2019/feb/06/jamaican-detainees-last-minute-deportation-reprieve-home-office-flight> accessed 31 July 2021.

Trilling D, 'The EHRC Report Is Clear: The Home Office Is Trampling on People's Rights' *The Guardian* (London, 1 December 2020) <www.theguardian.com/commentisfree/2020/dec/01/ehrc-report-home-office-trampling-peoples-rights-immigration-citizen-politicians> accessed 30 July 2021.

——, 'Cruel, Paranoid, Failing: Inside the Home Office' *The Guardian* (London, 13 May 2021) <www.theguardian.com/politics/2021/may/13/cruel-paranoid-failing-priti-patel-inside-the-home-office> accessed 30 July 2021.

——, 'Priti Patel's Borders Bill Is Designed to Look Tough, Not Solve Any Real Problems' *The Guardian* (London, 14 July 2021) <www.theguardian.com/commentisfree/2021/jul/14/uk-borders-bill-asylum-priti-patel> accessed 30 July 2021.

Policy Documents

CDU/ CSU, 'Das Programm Für Stabilität Und Erneuerung. GEMEINSAM FÜR EIN MODERNES DEUTSCHLAND.' (2021) <www.bundestagswahl-2021.de/wahlprogramme/> accessed 30 July 2021.

'Filiz Polat Zu Seehofer/Abschiebehaft' (17 January 2019) <www.gruene-bundestag.de/presse/pressestatements/filiz-polat-zu-seehofer/abschiebehaft> accessed 28 July 2021.

Ghelli F, 'Experten Kritisieren Die Abschiebehaft' *MEDIENDIENST INTEGRATION* (4 January 2019) <https://mediendienst-integration.de/artikel/experten-kritisieren-die-abschiebehaft.html> accessed 6 August 2021.

Global Detention Project, 'United Kingdom Immigration Detention Profile' (2016) <www.globaldetentionproject.org/countries/europe/united-kingdom#country-report> accessed 15 July 2021.

——, 'Country Report - Immigration Detention in Germany: From Open Arms to Public Backlash' (2020) <www.globaldetentionproject.org> accessed 15 July 2021.

Silverman S J, Griffiths M and Walsh PW, 'Briefing: Immigration Detention in the UK' (*The Migration Observatory*, 2020) <https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/immigration-detention-in-the-uk/> accessed 30 July 2021.

Somerville W, Sriskandarajah D and Latorre M, 'United Kingdom: A Reluctant Country of Immigration' (*Migration Policy Institute*, 21 July 2009) <www.migrationpolicy.org/article/united-kingdom-reluctant-country-immigration> accessed 13 August 2021.

Walsh P W, 'Briefing: Deportation and Voluntary Departure from the UK' (*The Migration Observatory*, 2020) <https://migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/briefings/deportation-and-voluntary-departure-from-the-uk/> accessed 30 July 2021.

Legal Documents

Deutscher Bundestag, 'BT Drucksache 19/10047: Gesetzesentwurf Der Bundesregierung - Entwurf Eines Zweiten Gesetzes Zur Besseren Durchsetzung Der Ausreisepflicht' (2019) <https://dserver.bundestag.de/btd/19/100/1910047.pdf> accessed 28 July 2021.

German Government, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Chancen-Aufenthaltsrechts (06 June 2022) <www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/chancen-aufenthaltsrecht.html> accessed 29 October 2022.

Home Office, 'Immigration Directorate Instructions - Deporting NON-EEA Foreign Nationals' (2015) <www.gov.uk/government/publications/deporting-non-eea-foreign-nationals> accessed 28 July 2021.

——, 'Detention: General Instructions' (2021) <assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/992285/detention-general-instructions-v1.0.pdf> accessed 28 July 2021.

Sentencing Council, 'General Guideline: Overarching Principles' (1 October 2019) <www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/general-guideline-overarching-principles/#Step 2 Aggravating and mitigating factors> accessed 28 July 2021.

Legal and Political Constitutionalism in German and UK Asylum Law

by
Felix Schumacher*

Humboldt-Universität zu Berlin

Abstract

This article offers an analysis of the asylum systems of Germany and the United Kingdom against the background of legal and political constitutionalist theory. As analytical terms, legal and political constitutionalism have been given three main meanings that relate to ways of organising the protection of fundamental rights, administrative discretion and mechanisms of accountability. Whereas the German asylum system places a greater emphasis on solid legal rules and the role of courts, the UK system tends to emphasise flexibility and strengthen the position of the executive power. Practical ramifications of these different approaches are evident in the responses of both legal systems to the refugee crisis of 2015-2016 and the war in Ukraine. Recent reforms of asylum procedure in Germany and the Nationality and Borders Act 2022 in the UK continue the basic conceptual patterns of these systems.

* Felix Schumacher is a third-year student of law at Humboldt-Universität zu Berlin. Between 2021 and 2022 he studied courses in English law and European law as part of the Study Abroad program at King's College London. He is currently preparing for his first state exam (Erstes Staatsexamen) in Berlin.

A. Introduction

In recent years, hardly any area of administrative law in Europe has been as changing and transformative as asylum and immigration law. Prompted by rising numbers of immigrants, widespread displacement as a result of war and deprivation as well as by changing perceptions and demographic imperatives in host countries, immigration control has become one of the top issues of the political and legal agenda.[1] However, amid the political turmoil, some of the basic conceptual issues concerning the organisation of schemes to control immigration can be overlooked. These may concern the administrative framework for processing asylum claims, the institutional mechanisms for safeguarding basic human rights of asylum seekers or the way that decision-makers are held accountable.

This article seeks to give an overview and provide a basic analysis of the asylum systems in Germany and the United Kingdom, which have been particularly affected. In doing so, it will take a specifically legal perspective against the background of constitutionalist theory. This assumes that underlying constitutional choices concerning the actors, procedures, and safeguards for executing and applying the law will fundamentally shape and impact on the features of any particular administrative scheme. Thus, it will begin by explaining the meaning of the conceptual categories of legal and political constitutionalism and proceed to examine some of the basic features of both legal systems in relation to the security of substantive rights, administrative discretion, and mechanisms of accountability. It will argue that, whilst the German asylum system leans towards legal constitutionalist thinking, the UK asylum system tends to emphasise political choice and administrative

[1] Cf. B Anderson, *Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control* (Oxford University Press 2013) 55-60.

discretion, in accordance with political constitutionalism. Lastly, it will outline in summary how these systems reacted under increased pressure in the refugee crisis of 2015-2016 and following the war in Ukraine in 2022. This will show that underlying constitutional values impact on and shape the standards of rights protection, systemic flexibility, accountability and efficiency and efficacy of the German and UK asylum systems.

B. Legal and Political Constitutionalism

Before the constitutionalist implications discernible in German and UK asylum law can be considered in detail, it is necessary to clarify the meaning of the central terms of legal and political constitutionalism. Particularly in the English-speaking world, there is a wealth of literature on the subject. However, it has been pointed out that the use and meanings of these terms frequently remain vague. Both the substantive content and the ramifications of the concepts therefore warrant further explanation.[2]

In broad terms, the two concepts of legal and political constitutionalism have been used in a normative, social imaginary and analytical sense. A normative view of legal or political constitutionalism views the concepts as prescriptive models for how a constitutional system should be designed.[3] Thus, political constitutionalist models as expounded by *Tomkins* or *Poole* are typically directed at the resolution of contentious value conflicts by political institutions, highlight political accountability and contest the role of courts in rights adjudication.[4] By contrast, legal constitutionalism as represented by *Allan* and

[2] A Latham-Gambi, *Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism – An Imaginary Opposition*?, 40 OJLS (2020) 737, 738.

[3] P Craig, *UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges* (Cambridge University Press 2015) 180.

[4] W Chang, *Back into the political? Rethinking judicial, legal and transnational*

Laws emphasises the construction of a political community on fundamental values and rights conceived of as higher-order principles. Additionally, it argues that their detailed definition and resolution should be the appropriate domain of specialised and impartial judicial institutions.[5] Other writers, by way of contrast, envisage a third way with combined features of both concepts, which will be explored below.[6]

Recently, *Latham-Gambi* has pointed out the vagueness of both normative concepts, the failure of the different theories in the debate to engage with each other's arguments and the inscrutably diverse theories of law underlying legal and political constitutionalism.[7] Instead, he proposes a conception of the dual terms as a division in the "social imaginary" of how a constitution should be devised, which he defines as a "broad, abstract framework that allows members of society to organise various phenomena and so derive order and meaning […]".[8] This analysis rightly highlights that legal and political constitutionalism lack a precise definition.

However, replacing indeterminate theories with another vague notion lacking precise points of reference deprives the categories of legal and political constitutionalism of their very value in providing a simple and clear framework within which institutions and processes in a polity can be conceived of. This

---

constitutionalism, International Journal of Constitutional Law 17 (2019) 453, 455-456; T Poole, *Questioning Common Law Constitutionalism*, 25 Legal Studies (2005) 142, 162-163; A Tomkins, *Our Republican Constitution* (Hart Publishing 2005) 3.

[5] TRS Allan, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism* (Oxford University Press 1994), 4-6; J Laws, *The Constitution: Morals and Rights*, PL 1996 622-635.

[6] A Kavanagh, *Constitutional Review, The Courts and Democratic Scepticism* 62 CLP (2009) 102, 112.

[7] A Latham-Gambi, 40 OJLS (2020) 737, 746-747.

[8] *Ibid*, 740-741.

article will use the concepts in this third, analytical, sense as a conceptual dichotomy to examine two distinct ways of how basic issues in constitutional and administrative law can be approached and solved.

This dimension underlies all of the normative theories and has been espoused as an - at least in part - analytical concept by *Griffith* or *Loughlin*.[9] Political constitutionalism as an analytical category thus entails such features as legislative supremacy, primary accountability of courts to the legislature, lower standards of judicial review and wider discretion accorded to the executive.[10] On the opposite end, legal constitutionalism espouses a conception of law as conceived of with higher-order principles and resolution of conflicts by courts.[11]

For reasons of clarity, this article will focus on three analytical aspects of the divide between legal and political constitutionalism in UK and German asylum law. Firstly, on the way in which substantive rights are granted and secured in both systems. Secondly, on the discretion accorded to the executive in administering asylum law and, conversely, the degree of judicial intervention. Thirdly, on the mechanisms by which accountability of decision-makers is ensured in both systems. All of these features can only be tested by examining German and UK asylum law and procedure in more detail.[12]

[9] Cf. JAG Griffith, *The Political Constitution* 42 MLR (1979) 1, 15-17; M Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford University Press 2004) 163.

[10] A Tomkins*, Our Republican Constitution* (Hart Publishing 2005) 3-6.

[11] *Ibid*, 11.

[12] *Ibid*, 9.

C. Normative Foundations

I. Security of substantive rights

Human rights constitute one of the salient points of contention between political and legal constitutionalists. While legal constitutionalists emphasise the liberty-enhancing value of legally secure and enforceable rights, political constitutionalists tend to denounce them as open-textured "statements of political conflict pretending to be resolutions of it".[13] Likewise, both the conceptual and practical approach to the substantive protection of refugees in the UK and in Germany vary considerably. These differences are evident in relation to the basic constitutional framework for international protection as well as concerning the restraint on the rights of asylum seekers embodied in provisions relating to "safe third countries".

The protection of refugees in the UK is not ensured by constitutional guarantees, nor by any comprehensive statutory framework. Instead, s 3 (2) of the Immigration Act 1971 provides that the Secretary of State shall from time to time lay before Parliament statements of the rules for regulating the entry into and stay in the United Kingdom. This is the reference and legal basis for the Immigration Rules, regularly published and updated by the UK Home Office and containing both general rules for immigration into the UK as well as more specific provisions relating to asylum claims and international protection. Pursuant to the UK's international law obligations, the rules provide for the granting of refugee status in conformity with the Geneva Convention.[14] Likewise, they contain provisions for "humanitarian protection" in transposition of the provisions for subsidiary protection in Directive 2011/95 (EU).

[13] A Tomkins, *The Role of Courts in the Political Constitution*, 60 University of Toronto Law Journal (2010) 1, 4.

[14] UK Home Office, Immigration Rules, para 334.

By contrast, the protection of refugees in Germany as demanded by the Geneva Convention and Directive 2011/95 (EU) is statutorily enshrined in the Asylum Act, which respectively details the grounds for recognition of refugee status (s 3) and for subsidiary protection (s 4). In addition, however, the German Basic Law (*Grundgesetz*) also contains a constitutional guarantee of international protection for persons persecuted on political grounds in Art. 16a (1). This provides for a solid protection of asylum rights even against the legislature. Nevertheless, apart from the exclusion of other grounds of persecution recognised by the Geneva Convention, Art. 16a (2) and Art. 16a (3) of the Basic Law bar these rights for asylum seekers arriving from an EU member state or another "safe third country". These rules form part of a more general development in the 1980s and 1990s, in which there was a perceived necessity to accelerate and expedite asylum procedure as well as reduce asylum claims among European governments. [15] Consequently, asylum claims based on Art. 16a of the Basic Law are rarely successful and make up only a negligible proportion of refugees receiving international protection status in Germany each year.

Art. 16a (2) of the Basic Law requires the states outside the European Union to which "safe third country" policies apply to be specified by a law requiring the consent of the Bundesrat. The German list of safe third countries has been barely amended since its enactment and includes all EU member states as well as Norway and Switzerland.[16] Conversely, the UK has so far refrained from adopting "safe third country"-policies apart from fulfilling its EU law obligations to consider other member states as safe countries.[17] By implication,

[15] C Engelmann, *Convergence against the Odds: The Development of Safe Country of Origin Policies in EU Member States*, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 277, 284.

[16] Asylum Act, s. 26a, Annex I.

[17] Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004.

it has thus refrained from designating any such countries outside the EU at all. However, a corresponding power was conferred on the Secretary of State by the Nationality and Borders Act 2022.[18]

The German approach contrasts markedly with the new provisions now contained in the amended Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.[19] By comparison with the German legislation, these do not only aim at excluding claims by applicants travelling through safe third countries, but also include countries with a "connection" to the claimant. While a connection with a safe third state is very broadly defined and may include a situation where it would have been reasonable to expect the claimant to have made a claim in the safe third state,[20] there is no comprehensive list of such states. Instead, an individual assessment is required which widely refers to the absence of threats to life or liberty of the claimant in the respective state.[21] A broad discretion is conferred on the Secretary of State to declare an asylum claim inadmissible on such grounds, and thus ultimately to define the practical consequences of the "safe third state" concept.[22]

This indicates that German asylum law subscribes to a legal and constitutional guarantee of asylum rights as well as to relatively narrow limitations concerning "safe third countries" and a strong role of formal legislative procedures. UK asylum law, on the other hand, emphasises administrative flexibility in the design of the Immigration Rules and wide exclusions based on "safe third country" policies, which are open to political choice.

---

[18] s 16a.

[19] ss 80B, 80C.

[20] Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, s 80C (5).

[21] Nationality and Borders Act 2022, s 80B (4).

[22] Nationality and Borders Act 2022, s 80B (1).

II. Administrative Discretion

In any administrative system, the degree of discretion accorded to the administration and decision-makers influences and is itself influenced by the substantive rights granted to individuals as well as by the thoroughness of accountability mechanisms for government. Regarding the discretion of decision-makers in asylum law, two discrepancies emerge in the German and UK systems. One regards the influence of the executive in creating and changing asylum law, while the other pertains to the rigidity of legal rules structuring administrative discretion.

Concerning the influence of government in asylum law, the Immigration Rules as the centrepiece of UK Immigration Law are entirely created and published by the UK Home Office. This emphasis on discretion for the administration in creating asylum law is all but new. The Commonwealth Immigration Act 1962 as one of the first enactments in UK immigration law already heavily relied on guidelines and instructions as measures of "soft law".[23] In fact, it was only in 2012 that the UK Supreme Court definitively dismissed the claim long propounded by the British government that the prerogative was the source of immigration control and provided the basis for further government measures not authorised by statute.[24]

Apart from this, other major areas of asylum law shaped by discretion in the UK are the designation of safe third countries; the decision on the claim and protection status accorded to immigrants itself; and the ability to certify claims by immigrants as "without foundation". The last of these may be issued by an immigration officer on various grounds including the lack of a well-founded

[23] G Clayton/G Firth, *Immigration and Asylum Law* (9th ed., Oxford University Press 2021) 7-8.

[24] *R (Munir) v Secretary of State for the Home Department* [2012] UKSC 32.

fear of persecution or the procedural failure by the applicant to produce a passport. If the special adjudicator agrees on this designation, the applicant is deprived of any appeal rights to the Immigration Appeal Tribunal.[25] Taken as a whole, the UK system confers considerable powers on the Home Office and its agencies to legislate, administer and adjudicate in the relevant areas of asylum law.

By way of comparison, German asylum law tends to considerably limit the discretion of decision-makers in areas with substantive human rights implications. This may be viewed as a direct consequence of the German Federal Constitutional Court's jurisprudence demanding statutory regulation of all matters essential for the exercise of fundamental rights (*Wesentlichkeitstheorie*).[26] As such, safe third countries are exclusively defined by law, as are the criteria for granting asylum or another protection status. Contrasting this tendency is the provision in the Asylum Act which enables decision-makers to reject an asylum application as "manifestly unfounded" in order to accelerate appeals procedures.[27] Unlike the corresponding British provision, s 30 (1) grants a general power to make such a designation "if the prerequisites for granting asylum status and the prerequisites for granting international protection are obviously not met". While this *prima facie* leaves considerable room to reject an asylum application, s 30 (3) and s 30 (4) of the Act define narrow circumstances with a very limited scope for normative interpretation in their application. German case law has further defined

[25] Asylum and Immigration Appeals Act 1993, Sch 2 para 5.

[26] Cf. Federal Constitutional Court, Decision of October 10, 1975 – 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 = BVerfGE 40, 237 (249); Decision of March 9, 1988 – 1 BvL 49/86 = BVerfGE 49, 86 (126); Decision of April 8, 1997 – 1 BvR 48/94 = BVerfGE 95, 267 (307).

[27] Asylum Act (AsylG), s 30.

the conditions of s 30 in a way that demands a high standard of factual and normative reasoning as well as further substantiation of any such rejection.[28] Thus, there is little scope for the German Federal Office for Migration and Refugees to reject an application as manifestly unfounded on grounds other than those defined explicitly by law.

As such, in areas with sensitive human rights implications, German law and the case law of German courts exercises nearly all normative discretion for judging asylum claims based on the facts determined by the initial decision-maker. By way of contrast, the provisions of UK asylum law appear to be informed by considerations of administrative efficiency and efficacy and thus place the executive in a more prominent place compared to the courts and the legislature.

III. Mechanisms of Accountability

Accountability mechanisms are crucial to ensure the proper implementation of administrative schemes, to prevent executive authorities from exceeding their statutory powers, ensure democratic control and oversight and safeguard individual rights against unjustified or undue incursion.[29] In the UK, particular emphasis has traditionally been placed on the accountability of ministers and government to Parliament under the Doctrine of Ministerial Responsibility.[30]

By way of contrast, the German constitution has been marked by the powerful position of the Federal Constitutional Court and, by extension, the administrative

[28] R Göbel-Zimmermann/A Eichhorn/S Beichel-Benedetti, *Asyl- und Flüchtlingsrecht* (C.H. Beck 2017), 541.

[29] A Le Sueur, *Developing mechanisms for judicial accountability in the UK*, 24 Legal Studies (2004) 73-98.

[30] A Bradley, K Ewing, C Knight, *Constitutional and Administrative Law* (17th ed., Pearson 2018) 106-107.

courts applying its jurisprudence on fundamental rights.[31]

In UK asylum law, mechanisms of accountability other than those in the political sphere were traditionally created by the courts which could hear appeals in judicial review proceedings against asylum decisions. Starting with a backlog in the processing of asylum applications by the Home Office in the 1990s however, appeals were gradually restricted and cut back over time.[32] This pattern was completed with the Immigration Act 2014, which abolished judicial review for initial asylum appeals altogether and relegated applicants to the two-tier tribunal system,[33] while judicial review of Upper Tribunal decisions continues to be possible on important points of principle or practice or for some other compelling reason.[34] Thus, asylum decisions in the UK are now largely detached from mechanisms of strictly legal accountability and included in its system of administrative justice.

Under German law, most asylum decisions directly impacting the applicant are classified as administrative acts and are therefore subject to review and potential annulment by the administrative courts.[35] Special provisions on asylum procedures before courts are contained in the Asylum Act, which provides for shorter periods for the permissibility of appeals[36] as well as for a

---

[31] Cf. C Schönberger, *Karlsruhe: Notes on a Court*, in: M Jestaedt/O Lepsius/C Möllers, C Schönberger, *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits* (Oxford University Press 2020) 9.

[32] G Clayton/G Firth, *Immigration & Asylum Law* (9th ed., Oxford University Press 2021) 11.

[33] *Ibid*, 14.

[34] *R (Cart) v Upper Tribunal and Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 28.

[35] Code of Administrative Court Procedure (VwGO), s 42.

[36] Asylum Act (AsylG), s 74.

limited suspensive effect.[37] Likewise, appeal rights to the Higher Administrative Court (OVG) are restricted to matters of fundamental significance, deviations from previous decisions of the higher courts or certain procedural defects.[38] Overall, German asylum law is therefore integrated into the broader system of administrative law and the regular administrative court system.

Both systems also differ in the standard of review applied by the courts. In the UK, the Asylum Appeal Tribunal generally reviews all issues of fact and of law related to the case, while any appeal to the Upper Tribunal is restricted exclusively to issues of law. The relevant test is one of anxious scrutiny of all the available evidence.[39] The ordinary principles of fairness also apply to asylum procedures, entailing a right to have notice of a decision,[40] but do not extend to a general right to a fair hearing under natural justice, or review based on broader legal principles.[41]

Conversely, the jurisprudence of the German administrative courts has substantially shaped the interpretation and application of German asylum law. As already seen, the Federal Constitutional Court has had a particularly salient role in developing substantive conditions in such areas as the designation of manifestly unfounded asylum claims[42] or deportation.[43] In particular, German

[37] s 75.

[38] s 78 (3).

[39] G Clayton/G Firth, *Immigration & Asylum Law* (9th ed., Oxford University Press 2021) 263-264.

[40] *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Anufrijeva* [2003] UKHL 36.

[41] G Clayton/G Firth, *Immigration & Asylum Law* (9th ed., Oxford University Press 2021), 271.

[42] Federal Constitutional Court, Decision of May 2, 1984 – 2 BvR 1413/83 = BVerfGE 67, 43.

[43] Federal Constitutional Court, Decision of May 2, 1984 – 2 BvR 1413/83 = BVerfGE 67, 43.

courts apply fundamental rights guaranteed by the German constitution, such as the right to family life, or wider principles of law, such as proportionality, to interpret and shape provisions of asylum law. The institutional role of the courts in holding government to account for its immigration decisions is thus by far more robust than in the UK.

IV. Conclusion

The preceding analysis highlights several features of German and UK asylum law. Characteristically, the German system seeks to guarantee robust rights for asylum seekers and leaves little discretion to administrative decision-makers to shape and apply asylum law. The courts are in a strong position to control the executive and, by virtue of the constitutional guarantee of asylum rights, even the legislature. UK asylum law contrasts with this and lends significant powers to government in creating, shaping and applying the law. The position of asylum seekers is mainly secured not by codified rights and courts, but by political institutions and their interpretation and application of open-textured provisions. On this conceptual level, the German system would seem to approach an ideal type of legal constitutionalism, whereas the UK approaches an ideal type of political constitutionalism in relation to asylum law.

D. Practical Ramifications

I. Refugee Crisis of 2015-2016

It is the practical consequences of these basic conceptual choices that will now be examined. From the spring of 2015 onwards, most European systems of asylum law and administration saw themselves tested as they had rarely ever been before. From the conclusion of the Geneva Convention onwards, most national

systems of asylum had been predicated on the concept of the individual refugee seeking refuge from political persecution. Driven predominantly by instability in the Middle East, the opening of new migration routes from Africa and the war in Syria, the number of refugees more than doubled from the previous peak recorded after the fall of the Communist regimes in Eastern Europe and the wars in Yugoslavia. By the end of the year, 1.6 million asylum applications had been filed throughout Europe alone.[44] Germany bore the brunt and saw an increase from an average of 26,000 asylum seekers *per annum* between 2006 and 2010 to 175,000 applicants between 2011 and 2015, whereas the UK saw an increase from an equivalent original number to 36,000 applicants.[45]

In Germany, the nearly 1 million asylum seekers arriving in 2015 quickly overwhelmed the constrained capacities of the Federal Office for Migration and Refugees (BAMF). In fact, about half of the asylum seekers arriving in 2015 were only registered in 2016 due to the ensuing backlog.[46] The number of asylum seekers still awaiting a decision thus reached 410,000 by the end of 2016.[47] Despite the political pressure, which led to the resignation of the head of the Federal Office in September 2015, the German government did not respond by cutting back on the substantive rights of asylum seekers in the country. Instead, a number of measures were enacted within the following years that sought to expedite administrative and judicial procedures in asylum law.

On the administrative side, the Federal Office committed to measures such as the outsourcing of evaluations to external consulting agencies, making use of short-term contracts for employees and increased pressure on caseworkers to

[44] T Hatton, *Refugees and Asylum Seekers, the crisis in Europe and the future of policy,* 32 Economic Policy (2017) 447, 451.

[45] *Ibid*, 454.

[46] D Thränhardt, *Die Asylkrise 2015 als Verwaltungsproblem*, APuZ 30-32/2020, 37.

[47] *Ibid*, 39.

expedite the processing of claims.[48] Hearings, procedures and social support for applicants were maintained throughout the process. Initially, the reform measures succeeded in lowering the number of applicants awaiting a decision. However, the repercussions of the administrative reforms soon reached the judicial system as the number of appeals and judicial rulings on administrative asylum decisions surged.[49] By May 2019, 80 percent of procedures at German administrative courts were taken up by asylum appeals. In the same year, 26.4 percent of appeals against negative decisions were successful.[50]

The immediate administrative and legal repercussions of the influx of refugees were far less marked in the UK in 2015-2016 due to the lower numbers of asylum seekers and border controls which effectively deterred entry. Likewise, the UK had already reacted to the impact of rising asylum applications in earlier years by introducing far-reaching reforms of judicial review and tribunal procedure in relation to asylum applications as outlined above. Nevertheless, the surge of refugees on continental shores started to reach the UK with some delay in time and since 2019, the number of migrants arriving in the UK on small boats across the English Channel has risen sharply. In 2021, 28,526 people were detected arriving on UK shores in small boats.[51] The response of the UK Home Office was a "New Plan for Immigration", which was followed by the Nationality and Borders Bill enacted in April 2022 after controversial discussion.

The Nationality and Borders Bill is divided into two parts, which deal respectively with a reform of British nationality law and with asylum policy.

[48] *Ibid*, 38.

[49] *Ibid*, 39.

[50] *Ibid*, 39-40.

[51] UK Home Office, Irregular migration to the UK, year ending December 2021 (Official Statistics, Published 24th February 2022).

In relation to the latter, the New Plan for Immigration set out six objectives for a reform of asylum law: protecting those fleeing persecution, oppression and tyranny; disrupting criminal networks and reforming the asylum system; streamlining asylum claims and appeals; supporting victims of modern slavery; disrupting criminal networks behind people smuggling; and enforcing removals including Foreign National Offenders.[52]

As is apparent from these outlined objectives of the reforms, the Bill mainly achieves these aims by curtailing the substantive rights of asylum seekers in the UK. As such, it enables the removal of asylum seekers to "safe third countries" for the purpose of processing their asylum claims.[53] The Act also confers discretion on immigration officers to serve priority removal notices (PRN) to applicants, which considerably expedite the administrative and judicial asylum procedure.[54] Most significantly, the Act provides for differential treatment between refugees arriving from a country or territory where their life or freedom was threatened on the basis whether they have presented themselves to the authorities without delay, and those who do not fulfil these requirements.[55] The differentiation thus introduced between what effectively must be considered different "classes" of refugees may be relevant for the requirements to give the applicant leave to enter or remain, the length of the period, access to public funds as well as the corresponding rights of the refugee's family members.[56] While the Act also contains procedural provisions such as tightened rules of

[52] UK Home Office, *New Plan for Immigration Policy Statement* (March 2021), 11-14, 17-42.

[53] Nationality and Borders Act 2022, s 29, Sch 4.

[54] Nationality and Borders Act 2022, s 21.

[55] Nationality and Borders Act 2022, s 12 (1), (2).

[56] Nationality and Borders Act 2022, s 12 (5), (6).

evidence[57] and accelerated detained appeals,[58] these changes are relatively minor when compared to the simultaneous inroads on substantive rights.

This impetus of the Bill was heavily criticised by human rights organisations. UNHCR pointed out that the differentiation in the treatment of different groups of asylum seekers effectively deprives the vast majority of refugees who did not arrive in the UK directly from the country where their life or freedom was threatened of their rights under the Geneva Convention.[59] For such "Group 2" refugees, the 2022 Act risks leaving the UK in breach of Art. 23, 32, and 34 of the Convention, which provide for public relief, protection against expulsion and facilitation of the integration and naturalisation of refugees.[60] As a consequence, the House of Lords Constitution Committee recommended the removal of the differentiating clause from the Bill and demanded reconsideration of the effect of priority removal notices on access to justice.[61] On June 14, 2022, the European Court of Human Rights granted an interim measure against the UK concerning the planned removal of asylum seekers for processing in Rwanda.[62]

As a result, the response of the UK was shaped by the modification, or to some extent the removal, of the protection of asylum seekers from the Geneva Convention and the European Convention on Human Rights. Unlike the German measures, they directly curtailed substantive rights and only in part impinged on procedural protections. This may be viewed as a consequence of

[57] Nationality and Borders Act 2022, ss 18-19.

[58] Nationality and Borders Act 2022, s 27.

[59] UNHCR, *UNHCR Observations on the Nationality and Borders Bill, Bill 141, 2021-2022* (October 2021), 3-4.

[60] UNHCR, *UNHCR Observations on the Nationality and Borders Bill, Bill 141, 2021-2022* (October 2021), 3.

[61] Constitution Committee, *Nationality and Borders Bill* (11th report, Session 2021-2022, HL Paper 149), 31.

[62] App No 28774/22, *N.S.K v the United Kingdom*.

the more politically constitutionalist approach pursued by the UK with regard to the protection of asylum seekers. The absence of a codified constitutional guarantee of asylum or human rights, as well as of a thorough statutory framework for asylum protection considerably facilitated the passage and acceptance of such measures despite the vociferous criticism voiced by human rights organisations.

II. The War in Ukraine

The war waged by Russia in Ukraine since 24th February 2022, has led to the most significant influx of refugees entering Western Europe over the course of just a few months in the 21st century so far. According to UNHCR, more than 6.3 million refugees from Ukraine have been recorded throughout Europe up to 2. August 2022. Of these, 915,000 were recorded in Germany, with a lower yet substantial number of 107,900 being recorded in the UK. All Ukrainian refugees entering the UK had been registered for temporary protection or similar national protection schemes, while Germany was dealing with a backlog of 245,000 refugees.[63]

The way in which both countries have managed to cope with such unprecedented numbers reveals some of the ramifications of the different design of their respective asylum law systems. In particular, the almost universal support for Ukrainian refugees in both countries have raised issues of capacity and the respective flexibility of the asylum systems to accommodate large numbers of people arriving more or less simultaneously.

The response of the UK Government since the start of the Russian invasion has been bifurcated. Firstly, government policy was directed at facilitating

[63] UNCHR Data Base, https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine (last accessed 5th August 2022).

access for Ukrainian refugees to protection status in the UK. On 1st March, the Home Office introduced the Ukraine Family Scheme providing significant procedural simplifications for Ukrainian nationals seeking refuge in the UK. Applicants who apply to join or accompany a UK-based family member are, *inter alia*, subject only to the requirements to prove their identity, ordinary residence in Ukraine and family status.[64] Application fees are waived[65] and immigrants under the scheme are otherwise provided with comprehensive social, healthcare, and educational support. Under the supplementary Ukraine Extension Scheme, Ukrainian nationals who had permission to enter or stay in the UK on 18. March 2022 can obtain an extension of their permit under similar conditions. Both schemes have now been formalised as part of the Immigration Rules in a separate Appendix.[66]

Secondly, the Homes for Ukraine Sponsorship Scheme has been the cornerstone of the UK response to refugee movements from the country. This policy aims at mobilising civil society support for Ukrainian refugees by enabling "individuals, charities, community groups and businesses to volunteer accommodation and provide a route to safety for Ukrainians and their family members."[67] Now also included within the revised Immigration Rules, the scheme requires applicants to have an approved sponsor willing to provide accommodation for at least 6 months.[68] Successful applicants obtain access to public funds and are permitted to work and study in the UK.[69]

---

[64] UK Home Office, *Caseworker Guidance – Ukraine Scheme* (Published for Home Office staff on 11th March 2022), 5.

[65] *Ibid*, 6.

[66] Immigration Rules, Appendix Ukraine Scheme, UKR 1.1-10.2 / UKR 21.1.-28.2.

[67] UK Home Office, Caseworker Guidance – Homes for Ukraine Sponsorship Scheme (Published for Home Office staff on 15th July 2022), 5.

[68] Immigration Rules, Appendix Ukraine Scheme, UKR 15.1.

[69] Immigration Rules, Appendix Ukraine Scheme, UKR 20.2.

The UK's legal response to the war in Ukraine was thus swift, but far from sweeping. The flexibility of the Immigration Rules allowed the Home Office to rapidly adapt processes and rules to the changing circumstances and process all applications for protection status in minimum time. As the primary Homes for Ukraine Sponsorship Scheme relied mainly on voluntary support by civil society, the demands of a rapid increase in refugee numbers were equally matched by procedural capacity and community resources.

However, the other side of that coin is that the rights of refugees in the UK were thus linked to the willingness of private individuals to provide support. Likewise, substantive rights to protection in the UK have not been strengthened for Ukrainians. Due to the absence of legal rights based on equal treatment, there has been no pressure on the UK government to increase the numbers of settled asylum seekers. Despite its ambitious rhetoric, the numbers of Ukrainian refugees actually admitted have consequently trailed far behind those of particularly affected countries such as Czechia or Poland.

By way of contrast, the German response has not been to positively adapt the domestic legal framework for the immigration and accommodation of asylum seekers. In fact, the reaction by the Federal Ministry of the Interior has been to waive requirements imposed by its immigration law to a limited temporal and substantive extent. Thus, a regulation was adopted in March 2022 dropping the need for a permit to enter Germany for Ukrainian refugees.[70] However, eligible immigrants continue to be obliged to apply for such a permit after having entered Germany.[71]

---

[70] Verordnung zur vorübergehenden Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels von anlässlich des Krieges in der Ukraine eingereisten Personen (Ukraine-Aufenthalts-Übergangsverordnung), BAnz AT 08.03.2022 V1.

[71] Ukraine-Aufenthalts-Übergangsverordnung, s 1.

For such individuals, numerous informal measures to facilitate arrival and integration in Germany have been taken.[72] On the one hand, digital platforms were introduced which aim at the efficient distribution of refugees among the German states and local authorities. This is complemented by significant financial support to ease the pressure created by the stream of refugees for local communities. On the other hand, amending provisions were rushed through the *Bundestag*, including measures whereby refugees from Ukraine would also receive direct payments originally introduced by the government to alleviate financial effects of the COVID-19 pandemic among its citizens. They also expanded access to social aid, health care, and integration measures.[73]

However, these initiatives are mainly based on the reform and restructuring of administrative procedures and social aid. The substantive protection afforded to Ukrainian refugees is based on the temporary protection status established by Directive 2001/55/EC[74] and is limited to one year.[75] In the meantime, the German opposition has pointed out the considerable difficulties faced by Ukrainian refugees in finding accommodation and accessing the social aid to which they are formally entitled.[76] Thus, as in the preceding crisis, the German

[72] N Faeser, *Die Richtlinie 2001/55/EG: Von „der vergessenen Richtlinie" zur Blaupause für eine neue Gemeinsame Asylpolitik*, ZAR 2022, 221 (222).

[73] Gesetz zur Regelung eines Sofortzuschlages und einer Einmalzahlung in den sozialen Mindestsicherungssystemen sowie zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes und weiterer Gesetze, BGBl. I 2022, S. 760.

[74] 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 L212/12.

[75] *Ibid.,* Art. 4 (1).

[76] Entschließungsantrag der Fraktion der CDU/CSU zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung eines Sofortzuschlages für Kinder und einer Einmalzahlung an erwachsene Leistungsberechtigte der sozialen Mindestsicherungssysteme aus Anlass der

effort has been largely focused on preserving the substantive rights for refugees to the best possible extent, while not necessarily fully upholding standards of procedural rights and efficacy.

E. Conclusion

The preceding analysis has revealed important features and consequences of the German and UK systems of asylum law. German asylum law seeks to ensure security of substantive rights for asylum seekers by granting statutory and even entrenched constitutional rights, to limit administrative discretion to the greatest possible extent in areas particularly sensitive for human rights and to ensure accountability by giving courts a strong institutional role in reviewing and shaping asylum law decisions.

The UK regime contrasts markedly with this in emphasising administrative flexibility amid the design of asylum law by the Immigration Rules, wide discretion by decision-makers on asylum applications and a limited role of the courts in controlling executive decisions. Analytically, this places the UK in a position proximate to politically constitutionalist theory, whereas Germany's current asylum system approaches a legal constitutionalist ideal type. The crisis in 2015/2016 and the war in Ukraine indicate that whereas the UK was able to react flexibly and quickly amend its schemes by adapting the substantive status of asylum seekers, Germany was able to safeguard substantive rights for large numbers of refugees but was forced to cut back on procedural standards as a result.

In so far as there is a correlation between the relative reactions of the legal systems to the challenges of migration, this confirms that underlying values

COVID-19 Pandemie (Sofortzuschlags- und Einmalzahlungsgesetz), BT-Drs. 20/1785.

have a significant impact on substance and procedure. These guiding principles of the UK and German systems will most likely be pivotal in informing legislative and administrative responses to similar future crises as well.

Bibliography

T R S Allan, Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism (Clarendon Press, Oxford, 1994).

B Anderson, Us and Them? – The Dangerous Politics of Immigration Control (Oxford University Press, Oxford, 2013).

A Bradley / K Ewing / C Knight, Constitutional and Administrative Law (17th ed., Pearson, London, 2018).

W Chang, Back into the Political? Rethinking judicial, legal and transnational constitutionalism, International Journal of Constitutional Law 17 (2019) 453-460.

G Clayton/ G Firth, Immigration & Asylum Law (9th ed., Oxford University Press, Oxford, 2014).

P Craig, UK, EU and Global Administrative Law – Foundations and Challenges (Cambridge University Press, Cambridge, 2015).

C Engelmann, Convergence against the Odds: The Development of Safe Country of Origin Policies in EU Member States, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 277-302.

N Faeser, Die Richtlinie 2001/55/EG: Von „der vergessenen Richtlinie" zur Blaupause für eine neue Gemeinsame Asylpolitik, ZAR 2022, 221-223.

R Göbel-Zimmermann / A Eichhorn / S Beichel-Benedetti, Asyl- und Flüchtlingsrecht (C.H. Beck, München, 2017) 541.

JAG Griffith, The Political Constitution (1979) 42 MLR 1-21.

T Hatton, Refugees and Asylum Seekers, the crisis in Europe and the future of policy, 32 Economic Policy (2017) 447-496.

A Kavanagh, Constitutional Review – The Courts and Democratic Scepticism (2009) 62 CLP 102 – 135.

A Latham-Gambi, Political and Legal Constitutionalism – An Imaginary Opposition? 40 OJLS (2020) 737-763.

J Laws, The Constitution: Morals and Rights, PL 1996, 622-635.

A Le Sueur, Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK, 24 Legal Studies (2004), 73-98.

M Loughlin, The Idea of Public Law (Oxford University Press, Oxford, 2004).

T Poole, Questioning Common Law Constitutionalism, 25 Legal Studies (2005) 142-163.

C Schönberger, Karlsruhe: Notes on a Court, in: *M Jestaedt/O Lepsius/C Möllers/C Schönberger* (eds.), The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits (Oxford University Press, Oxford, 2020), 1-31.

D Thränhardt, Die Asylkrise 2015 als Verwaltungsproblem, APuZ 30-32/2020, 37-44.

A Tomkins, Our Republican Constitution (Hart Publishing, Oxford, 2005).

A Tomkins, The Role of the Courts in the Political Constitution, 60 University of Toronto Law Journal (2010), 1-22.

Interested in becoming an author or reviewer for the Anglo-German Law Journal? Do you have any other questions?

Contact us at
aglj@aglawsoc.org

We welcome articles dealing with Anglo-German Comparative and European Law.

Interesse am Autor werden? Wollen Sie als Gutachter tätig werden? Weitere Fragen zum Journal?

Kontaktieren Sie uns unter
aglj@aglawsoc.org

Wir veröffentlichen Artikel, die sich mit britisch-deutscher Rechtsvergleichung und europäischem Recht beschäftigen.

The Anglo-German Law Society e.V.

The Society was founded by law students of King's College in London in 2002 as German Law Society at King's College London. In the following years, the society has been led by students of the LL.B. course "English Law with German Law" at King's College London as an internal student association at the University.

In 2008, the Society decided to extend its offers to its members studying at the German partner university of King's College, Humboldt-University. With this move, the KCL German Law Society was renamed "Anglo-German Law Society". In Germany, the Society organised itself as charitable society and was registered at the Vereinsregister Berlin in 2009.

It is our aim to foster an interdisciplinary dialogue between English and German law students, academics, professionals and universities. The network is designated to support the members to learn, understand and practice in both legal systems. In particular, the Society's community gives our members the opportunity to build a professional network in both Germany and the United Kingdom. The Anglo-German Law Society is represented at a growing number of UK and German universities and regularly organizes lectures, workshops and pub nights for their members, and also offers exclusive internships at our partners' law firms.

Interested in becoming a member?

Find out more at www.aglawsoc.org!