

Das systemische Defizit

Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens

Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis***

Abstract	284
I. Das systemische Defizit als Aspekt der Verfassungskrise	284
II. Das systemische Defizit – rechtliche Grundlagen und Funktionen	287
1. Die Rechtsstaatlichkeit des Art. 2 EUV als Ausgangspunkt	287
2. Funktion und Rechtsgrundlage	291
a) Artikel 7 EUV	291
b) Rechtsvergleichung mit dem Recht des Europarats	294
c) Allgemeine völkerrechtliche Lehren zur schwachen Staatlichkeit	297
3. Die Identifizierung eines systemischen Defizits	298
a) Die Funktion des Rechts	299
b) Indikatoren	300
III. Das Konzept in der Anwendung	304
1. Beispiele von systemischen Defiziten	304
a) Alte Herausforderungen: griechische und italienische Institutionen	306
b) Neue Herausforderungen: bulgarische und rumänische Institutionen	309
2. Instrumente des europäischen Rechts der Verfassungskrise	312
a) Der Überwachungsmechanismus von 2007	313
b) Die Konditionalitäten der Anpassungsprogramme	316
c) Gegenseitiges Vertrauen und die Umverteilung der Verantwortlichkeit	319
d) Das neue Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren	322
3. Einige verfassungsrechtliche Probleme	324
IV. Systemisches Defizit – ein Spaltpilz für Europa?	327

* Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

** Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
Für Hinweise und Kritik danken wir *Miriam Aziz, Jürgen Bast, Iris Canor, Sabino Cassese, Claus-Dieter Ehlermann, Blake Emerson* sowie den Teilnehmern des Runden Tisches in Brüssel vom 6.11.2013 und des European Public Law Seminars an der LSE vom 7.11.2013. Eine frühere Fassung des Beitrags erschien in englischer Sprache in der *Common Market Law Review* 51 (2014), 59-96. Aus dem Englischen übersetzt von *Matthias Schmidt*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut.

Abstract

Die Europäische Union steckt in einer tiefen Krise, die vielfältige Ursachen und Aspekte hat. Dazu zählt, dass ein die europäische Integration tragendes Grundprinzip bedroht erscheint: die Rechtsstaatlichkeit. Aufgrund verbreiteter Korruption, schwacher Institutionen oder unzureichender Ressourcen zeigen einige EU-Mitgliedstaaten so schwere rechtsstaatliche Defizite, dass die Rechtsstaatlichkeit als Wert im Sinne des Art. 2 EUV in Frage steht. Es ist offensichtlich, dass die EU angesichts solcher Defizite nicht untätig bleiben kann, aber es bleibt weitgehend ungeklärt, wie eine rechtlich und politisch überzeugende Strategie des Umgangs aussehen könnte. Dieser Beitrag prägt zu diesem Zweck unionsverfassungsrechtlich den Begriff des systemischen Defizits, beschreibt in seinem Lichte einige Maßnahmen der Union zur Krisenbewältigung, u. a. das neue Rechtsstaatlichkeitsaufsichtungsverfahren, und skizziert deren verfassungsrechtliche Problematik.

I. Das systemische Defizit als Aspekt der Verfassungskrise

Die europäische Integration gründet sich laut Art. 2 EUV auf “die Werte der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte”. Diese grundlegenden Werte bestimmen nicht nur das Verfassungsprofil der EU, sondern auch der EU-Mitgliedstaaten.¹ Art. 49 EUV erfordert von Beitrittskandidaten, dass sie diese Prinzipien erfüllen, und Art. 7 und 2 EUV begründen eine Vermutung, dass die EU-Mitglieder ihnen genügen.

Diese Vermutung ist schlechthin fundamental für die Rechtsordnung der EU. Sie ist konstitutiv für das Vertrauen zwischen allen Institutionen, rechtfertigt die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen, legitimiert die Entscheidungsfindung in der EU und bestätigt das Selbstverständnis Europas als Union freiheitlicher Demokratien. Solange diese Vermutung gilt, erschüttern Verletzungen des Unionsrechts nicht die europäische Rechtsordnung. Isolierte Verletzungen sind vielmehr ein normales Ereignis jeder Rechtsordnung.

¹ Dies ergibt die systematische Interpretation des Art. 7 EUV, vgl. Präsidium des Europäischen Konvents vom 6.2.2003, Entwurf der Art. 1 bis 16 des Verfassungsvertrages, Anlage II, Erläuterungen CONV 528/03, 11; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zu Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union. Wahrung und Förderung der Grundwerte der Europäischen Union KOM(2003) 606, 5.

In jüngerer Zeit sind indes Probleme der Rechtsstaatlichkeit offenbar geworden, die kaum noch isoliert sind, da regelmäßig auftretend, weit verbreitet und tief verwurzelt. Der zunehmend anzutreffende Ausdruck *systemisches Defizit* erscheint hierfür passend, sobald man solche weit verbreiteten und tief verwurzelten Phänomene nicht mehr als Ausnahmen, sondern eher als Charakteristika eines Systems versteht, also eines politischen Apparats, einer Verwaltung, einer Gerichtsbarkeit.² Die Kommission nutzt in diesem Zusammenhang auch das Adjektiv “systembedingt”.³ Die Wahrnehmung solcher systemischer Defizite, die man auch als Verfassungskrise deutet, entzündet sich an unterschiedlichen Tatbeständen, auf mitgliedstaatlicher wie auf unionaler Ebene.⁴ So sehen manche eine Verfassungskrise durch die Unionsorgane verursacht, welche in der Schuldenkrise eklatant das Recht gebrochen hätten.⁵ Auf mitgliedstaatlicher Ebene mag Ungarn den vielleicht deutlichsten Fall darstellen, in dem eine starke Regierung die Werte der Demokratie und der Grundrechte gefährdet.⁶

² Dies knüpft insbesondere an das englische Verständnis an, vgl. “systemic”, Merriam-Webster Dictionary, <<http://www.merriam-webster.com>>; Wikipedia Online-Enzyklopädie “systemic”, <<http://en.wikipedia.org>>; zum gleichlaufenden deutschen Verständnis vgl. Duden, Das Fremdwörterbuch, Stichwort: systemisch, 9. Aufl. 2006; Wiktionary – Das freie Wörterbuch. Stichwort “systemisch”, verfügbar unter <<https://de.wiktionary.org>>.

³ So in den Rahmenvorschriften zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, <<http://europa.eu>>.

⁴ Ähnlich *D. Kochenov*, The EU In Its Most Serious Crisis Ever (and that’s not the Euro crisis), Verfassungsblog, 13.6.2013, verfügbar unter <<http://www.verfassungsblog.de>>. Zum Konzept der Verfassungskrise vgl. *S. Levinson/J. M. Balkin*, Constitutional Crises, U. Pa. L. Rev. 157 (2009), 707; *A. Pizzorusso*, La crisi costituzionale italiana, Studi in onore di Gianni Ferrara 3 (2005), 141 ff.; *P. Cruz Villalón*, El estado de sitio y la constitución: la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878), 1980; *A. v. Bogdandy/P. Sonnenwend* (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania, 2014, im Erscheinen.

⁵ *P. Kirchhof*, Verfassungsnot!, FAZ, 12.7.2012; *M. Seidel*, Europarechtsverstöße und Verfassungsbruch im Doppelpack, EuZW 2011, 241. Für eine andere Auffassung, die wir teilen, vgl. das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7.9.2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10 = BVerfGE 129, 124; Herausgeberkommentar der Common Market Law Review, Debt and Democracy: “United States then, Europe now?”, CML Rev. 49 (2012), 1833. Vgl. nun aber den Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14.1.2014, 2 BvR 2728/13 u. a., Rn. 36, das einen schweren Verstoß festzustellen meint.

⁶ Vgl. Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2011 zum Mediengesetz in Ungarn P7_TA(2011)0094; Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16.2.2012 zu den aktuellen politischen Entwicklungen in Ungarn (2012/2511(RSP)); Europarat, Opinion of the Commissioner for Human Rights on Hungary’s Media Legislation in Light of Council of Europe Standards on Freedom of the Media, CommDH(2011) 10, 25.2.2011; European Commission for Democracy through Law (Venedigkommission), Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion No. 618/2011 of 20.6.2011, CDL-AD(2011) 016, Abschnitt 91 ff.

Dieser Beitrag richtet sein Augenmerk auf eine weitere Dimension: institutionelle Schwächen statt autoritärer Versuchungen. Es geht um den *Willen* und die *Fähigkeit* einiger Mitgliedstaaten, das Recht durchzusetzen. Viele neuere Berichte über Griechenland heben etwa schwere Unzulänglichkeiten in seiner Verwaltung und Gerichtsbarkeit hervor. Ähnliche Probleme treten in Bulgarien und Rumänien zutage, namentlich, so die EU-Kommission, "strukturelle Schwächen" aufgrund des organisierten Verbrechens,⁷ Korruption oder einer schwachen Gerichtsbarkeit.⁸

Diese Probleme haben inzwischen die große Politik erreicht. In seinen Reden "Zur Lage der Union" im Jahr 2012 und 2013 thematisierte der Präsident der Kommission die wankende Rechtsstaatlichkeit in einigen Mitgliedstaaten und forderte Antworten auf Situationen, in denen "das rechtliche und demokratische Gefüge einiger europäischer Staaten in Gefahr"⁹ sei. Ähnlich prominent beschäftigen sich hiermit die EU-Justizkommissarin,¹⁰ die irische Präsidentschaft¹¹ und die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.¹² Diese Debatte hat nunmehr zu einem spezifischen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren geführt.¹³ Dies erscheint erforderlich, weil weder die "normalen" Verletzungs- und Vorabvorlageverfahren (Art. 258, 259, 267 AEUV) noch der Mechanismus des Art. 7 EUV ausreichend er-

⁷ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritt im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, 18.7.2012, COM(2012) 411 final, 5.

⁸ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Rumäniens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, 18.7.2012, COM(2012) 410 final, 3, 9.

⁹ J. M. Barroso, Rede zur Lage der Union 2013, Plenartagung des Europäischen Parlaments, Straßburg vom 11.9.2013, verfügbar unter <<http://europa.eu>>. Vgl. ebenso die Rede zur Lage der Union vom 12.9.2012, verfügbar unter <<http://europa.eu>>.

¹⁰ V. Reding, Safeguarding the Rule of Law and Solving the "Copenhagen Dilemma": Towards a new EU-Mechanism, Rede, Rat für Allgemeine Angelegenheiten, Luxemburg, 22.4.2013, verfügbar unter <<http://europa.eu>>; The EU and the Rule of Law – What Next?, Centre for European Policy Studies, Brüssel, 4.9.2013, verfügbar unter <<http://europa.eu>>.

¹¹ Vgl. die Konferenz *A Europe of Equal Citizens: Equality, Fundamental Rights and the Rule of Law*, organisiert durch die Irische Ratspräsidentschaft, Dublin, 9.5.2013-10.5.2013 und insbesondere die Rede des irischen Ministers für Justiz, Gleichheit und Verteidigung, A. Shatter, TD, *A Europe of Equal Citizens: Equality, Fundamental Rights and the Rule of Law* sowie die Rede von C. McCrudden, *Strengthening Institutional Arrangements in Europe to Protect Equality and Fundamental Rights, Mapping the Landscape: Institutions, Problems, Ideas* (bei den Verfassern archiviert).

¹² Vgl. das Symposium *Promoting the Rule of Law in the EU*, organisiert durch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Wien, vom 7.6.2013; Abschlussbericht verfügbar unter <<http://fra.europa.eu>>.

¹³ Pressemitteilung der Kommission, Europäische Kommission stellt neue Rahmenvorschriften zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union vor, 11.3.2014, verfügbar unter <<http://europa.eu>>; hierzu näher unter III. 2. d).

scheinen, um solchen systemischen Defiziten zu begegnen. Die gerichtlichen Verfahren erscheinen viel zu fallspezifisch.¹⁴ Sanktionen nach Art. 7 EUV werden kaum schwache rechtsstaatliche Institutionen stärken. Dieses Fehlen adäquater Instrumente schürt massiv die allgemeine Wahrnehmung, sich in einer tiefen Krise zu befinden.

Vor diesem Hintergrund wird dieser Artikel zunächst das Phänomen unionsverfassungsrechtlich analysieren und begrifflich fassen. Er prägt hierfür den dogmatischen Begriff des *systemischen Defizits*, und dies mit Fokus auf den Verfassungswert der Rechtsstaatlichkeit. Dazu definiert er im 1. Hauptteil wesentliche Merkmale unionalverfassungsrechtlicher Rechtsstaatlichkeit (II. 1.), zeigt die Funktion und Rechtsgrundlage des Begriffs *systemisches Defizit* (II. 2.) und präsentiert Kriterien, die ein systemisches Defizit zu identifizieren erlauben (II. 3.). Der zweite Hauptteil wendet diesen Begriff an, womit er seine analytische und normative Leistungsfähigkeit beweist (III.). So ermöglicht er, eine Fülle von institutionellen Berichten über kritische Situationen verfassungsrechtlich zu verarbeiten (III. 1.). Er bildet weiter die dogmatische Grundlage zur Erfassung neuartiger rechtlicher Instrumentarien zur Krisenbewältigung (III. 2.). In normativer Hinsicht erlaubt er eine innovative Betrachtung der verfassungsrechtlichen Problematik dieses Instrumentariums einschließlich des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens (III. 3.). Der Beitrag schließt mit der Frage, ob der Begriff systemisches Defizit die Gefahr in sich trägt, die Europäer weiter zu entzweien (IV.).

II. Das systemische Defizit – rechtliche Grundlagen und Funktionen

1. Die Rechtsstaatlichkeit des Art. 2 EUV als Ausgangspunkt

Als dogmatischer Begriff ist das *systemische Defizit* konstitutiv auf einen verfassungsrechtlichen Standard bezogen. Daher ist zunächst der Wert der Rechtsstaatlichkeit zu entfalten, wie ihn Art. 2 EUV niederlegt. Dies ist kein leichtes Unterfangen, bildet doch die Rechtsstaatlichkeit ein nur schwer definierbares Konzept. Zudem verstehen die verschiedenen Verfassungstraditionen unter den englischen, griechischen, italienischen, französischen Ent-

¹⁴ Für einen Vorschlag zu einer “systemic infringement action” siehe *K. L. Scheppelle*, What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Action, verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>.

sprechungen *rule of law*, *κράτος δικαίου*, *stato di diritto*, *État de droit*, um nur einige Beispiele zu nennen, durchaus nicht immer dasselbe. Der Bogen reicht von formellen Verständnissen, ganz auf die Durchsetzung des Rechts und die Rechtssicherheit fokussiert, zu materiellen Auffassungen, für die Rechtsstaatlichkeit sich in erster Linie über einen breiten Grundrechtsschutz definiert.¹⁵ Wir beziehen zu dieser grundsätzlichen Debatte keine Position,¹⁶ merken allerdings an, dass Art. 2 EUV, dessen Text zwischen der Rechtsstaatlichkeit einerseits und der Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie und Gleichheit andererseits unterscheidet, zumindest nach seinem Wortlaut zu einem eher formellen Verständnis tendiert.¹⁷

So unterschiedlich die Verständnisse auch sein mögen, in einem wichtigen Punkt stimmen sie überein. Sie erfordern stets, dass das Recht auch tatsächlich herrscht. Die englische Fassung formuliert dies besonders einprägsam: Die *rule of law* verlangt, dass *law rules*. Ein politisches Gemeinwesen ist nur dann rechtsstaatlich, wenn das Recht weitgehend befolgt wird und es im Prinzip das tatsächliche Verhalten von Personen ausrichtet, sei es von Amtsträgern, sei es von Privatpersonen.¹⁸ Öffentliche Gewalt muss in Übereinstimmung mit der Verfassung und den Gesetzen ausgeübt werden, und die Verwaltung und Gerichte müssen aktiv sicherstellen, dass auch Private das Recht im Prinzip befolgen. Die Rechtsstaatlichkeit ist also nicht nur gefährdet, wenn Gerichte und Verwaltungsbehörden rechtswidrig handeln, son-

¹⁵ Die Literatur zur Rechtsstaatlichkeit ist umfangreich, vgl. C. Grewe/H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, 1995, 22 ff.; R. Bin, *Stato di diritto*, in: *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, 1149; L. Heuschling, *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 2002; M. Krygier, *Rule of Law*, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 233. Für eine eher theoretische Perspektive E. Diaz Garcia, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1979; B. Tamanaha, *On the Rule of Law*, 2004, 7 ff.; J. Waldron, *The Concept of Law and the Rule of Law*, *Ga. L. Rev.* 43 (2008), 1 (6 ff.); J. Raz, *The Authority of Law*, 2. Aufl. 2009. Zur historischen Entwicklung M. Stolleis, in: A. Erler u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, 1990, 367 ff.

¹⁶ Näher etwa G. Palombella, *È possibile una legalità globale?*, 2012, 17 ff.; P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, P.L. 1997, 467; B. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, *Singapore Journal of Legal Studies* 2012, 232 (233 ff.).

¹⁷ Ähnlich M. Hilf/F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, 2013, EUV, Art. 2 Rn. 35; C. Calliess, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, EUV, Art. 2 Rn. 26. Weiter allerdings das Begriffsverständnis in den sog. "Rahmenvorschriften zum Schutze der Rechtsstaatlichkeit", unten III. 2. d).

¹⁸ P. Craig (Anm. 16), 467; T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, 2001, 62; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 2, 2. Aufl. 2004, Art. 20 Rn. 13, 46; J. Jowell, *The Rule of Law and Its Underlying Values*, in: J. Jowell/D. Oliver (Hrsg.), *The Changing Constitution*, 7. Aufl. 2011, 11 (17 f.); M. Krygier (Anm. 15), 234 f.

dern auch, wenn sie darin versagen, die allgemeine Befolgung des Rechts sicherzustellen.¹⁹

Dass öffentliche Institutionen diesem Anforderungsprofil entsprechen, ist von Anfang an fundamental für die europäische Integration gewesen. Die EU lässt sich durch kaum einen Begriff besser beschreiben als durch den der Rechtsgemeinschaft.²⁰ Zwar ist auch der Begriff der “Rechtsgemeinschaft” durchaus offen, aber er verlangt auf jeden Fall, dass das Unionsrecht im Prinzip genauso effektiv wie nationales Recht öffentliches und privates Handeln lenkt. Die englische Fassung formuliert es wiederum kurz und bündig: die europäische *rule of law* verlangt, dass *European law rules*. Um dieses hohe Effektivitätsniveau zu erreichen, zielt der EuGH seit den frühen 1960er Jahren darauf ab, den Integrationsprozess zu verrechtlichen und das Unionsrecht gegenüber politischen und administrativen Akteuren zu stärken.²¹ Er hat in zahlreichen Entscheidungen innovative Rechtsinstitute entwickelt, welche die Befolgung und Umsetzung des Unionsrechts durch und in den Mitgliedstaaten befördern. Das Prinzip des *effet utile* prägt wie kaum ein anderer Grundsatz die Beziehungen zwischen Union und Mitgliedstaaten.²² Es verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Ziele einer unionsrechtlichen Vorschrift zu verwirklichen, und kann in Konfliktfällen entgegenstehendes nationales Recht beiseite schieben.²³ Die einzelnen Rechtsinstitute sind allgemein bekannt: die Autonomie des Unionsrechts,²⁴ die unmittelbare Anwendbarkeit (von Vertragsvorschriften,²⁵ Beschlüssen,²⁶ Richtlinien²⁷ und völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union²⁸), der Vorrang,²⁹ die wirksame und einheitliche Anwendung durch die Behörden der Mitgliedstaaten³⁰

¹⁹ Vgl. *Lord Bingham*, *The Rule of Law*, 2010, 8.

²⁰ Bahnbrechend, *W. Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, 33 ff.; EuGH Rs. 294/83 Slg. 1986, 1339 Rn. 23 – *Les Verts v. Europäisches Parlament*.

²¹ *J. H. H. Weiler*, *The Community System*, *Yearbook of European Law* 1 (1981), 267.

²² *S. Prechal*, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in: *C. Barnard*, *The Fundamentals of EU Law Revisited*, 2007, 35.

²³ Ausführlicher *M. Accetto/S. Zleptnig*, *The Principle of Effectiveness*, *European Public Law* 11 (2005), 375.

²⁴ EuGH Rs. 6/64 Slg. 1964, 585 (593 ff.) – *Costa v. E.N.E.L.*

²⁵ EuGH Rs. 26/62 Slg. 1963, 1 (11 ff.) – *Van Gend en Loos v. Niederländische Finanzverwaltung*.

²⁶ EuGH Rs. 9/70 Slg. 1970, 825 Rn. 5 – *Grad v. Finanzamt Traunstein*.

²⁷ EuGH Rs. 41/74 Slg. 1974, 1337 Rn. 15 – *Van Duyn v. Home Office*.

²⁸ EuGH Rs. 181/73 Slg. 1974, 449 Rn. 2 ff. – *Haegeman v. Belgien*.

²⁹ EuGH Rs. 92/78 Slg. 1979, 777 Rn. 39 – *Simmenthal v. Kommission*.

³⁰ EuGH verb. Rs. 205-215/82 Slg. 1983, 2633 Rn. 22 – *Deutsche Milchkontor v. Deutschland*.

sowie die Staatshaftung.³¹ Diese Rechtsinstitute üben wichtige legitimierende Funktionen aus. So ist Effektivität unabdingbar für die sog. Output-Legitimität der Union. Sie dient zugleich dem Prinzip der rechtlichen Gleichheit aller dem Unionsrecht unterworfenen Personen. Mit Blick auf die europäische Integration insgesamt ist festzuhalten, dass es diese Rechtsinstitute sind, die Europa tiefgreifend transformiert³² und konstitutionalisiert haben.³³

All diese Rechtsinstrumente zielen darauf ab, dass Unionsvorschriften effektiv soziale Beziehungen prägen, *obwohl* die EU nicht über einen staatlichen Zwangsapparat zur Durchsetzung verfügt. Sie bleiben jedoch ohne Wirkung, wenn die Institutionen eines Mitgliedstaates nicht willens oder aber unfähig sind, die Effektivität des eigenen staatlichen Rechts wirklich zu sichern, sei es aufgrund verbreiteter Korruption, schwacher Institutionen oder unzureichender Mittel. Unionale Normen sind dann auf diesem Staatsgebiet entsprechend wenig relevant. Die defizitäre Rechtsstaatlichkeit im Umgang mit dem staatlichen Recht übersetzt sich automatisch in ein Defizit hinsichtlich der unionsrechtlichen Vorgaben. Die EU als Rechtsgemeinschaft, als eine Union des Rechts wankt, die Integration verkümmert zur Fassade, die Unionsbürger, ja alle Menschen im europäischen Rechtsraum, werden ihres vielleicht grundlegendsten Rechts beraubt, nämlich dem, tatsächlich unter dem EU-Recht zu leben.³⁴

Die Bedeutung verlässlicher nationaler Institutionen, welche dem Recht zur Wirksamkeit verhelfen, kommt bereits in Art. 4 Abs. 3 EUV klar zum Ausdruck. Gem. Art. 197 Abs. 1 AEUV ist "die für das ordnungsgemäße Funktionieren der Union entscheidende effektive Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten [...] als Frage von gemeinsamem Interesse anzusehen."³⁵ Art. 197 Abs. 2 AEUV sieht, wenngleich mit nur schwachen Instrumenten, vor, dass die Union auf die entsprechende Fortentwicklung der mitgliedstaatlichen Verwaltungen hinwirken kann. Auch Art. 291 Abs. 1 AEUV verdeutlicht, dass die Mitgliedstaaten für die erfolgreiche Umsetzung von Unionsrecht auf ihrem Staatsgebiet verantwortlich

³¹ EuGH verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 Slg. 1991, I-5357 Rn. 33 ff. – *Francovich u. a. v. Italien*.

³² J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale L. J. 100 (1991), 2403.

³³ E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, AJIL 75 (1981), 1.

³⁴ Ausführlich zum europäischen Grundrecht, europäische Rechte zu haben, A. M. Russo, *La cittadinanza "sostanziale" dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una "Reverse Solange"?*, *Federalismi* 1/2014, 8.1.2014, 7 ff. Verfügbar unter <<http://www.federalismi.it>>.

³⁵ Vgl. detailliert R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union*, CML Rev. 47 (2010), 1385 (1407 ff.).

sind. Eine mögliche unterstützende Rolle der Union ergibt sich aus Art. 291 Abs. 2 AEUV. Die zahlreichen Bestimmungen verwundern nicht: Die europaweite effektive Umsetzung des Unionsrechts, also die tatsächliche Verwirklichung des auf der europäischen Ebene so aufwändig ausgehandelten Rechts in allen Mitgliedstaaten, ist der eigentliche Lebensnerv des rechtlichen Integrationsprojekts.

2. Funktion und Rechtsgrundlage

Vor diesem Hintergrund sei nun der dogmatische Begriff des systemischen Defizits entfaltet. Maßgeblich hierfür sind seine rechtlichen Funktionen. Eine erste rechtliche Funktion ist, diejenigen Konstellationen zu fassen, die das Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit gefährden, eine zweite, die einschlägigen Maßnahmen der Union zu systematisieren und eine dritte, sie verfassungsrechtlich zu beurteilen. Ausgangspunkt ist dabei die Einsicht, dass ein Recht der Verfassungskrise ebenso heikel wie notwendig für eine freiheitliche Grundordnung ist.³⁶ Deshalb sei unterstrichen, dass wir den Begriff des systemischen Defizits nicht herbeireden. Er ist nicht unsere Erfindung, sondern wird – in seiner direkten englischen Entsprechung *systemic deficiency* – durch den EuGH, die Kommission und den Europarat benutzt, um kritische Situationen zu beschreiben, die besondere Maßnahmen erfordern; inzwischen findet er sich auch im europäischen Sekundärrecht³⁷ und ist auch zum Hauptbegriff des neuen Mechanismus zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit geworden. Wir propagieren also nicht einen neuen Diskurs der Verfassungskrise, sondern unterbreiten eine dogmatische Rekonstruktion seines begrifflichen Zentrums.

a) Artikel 7 EUV

Art. 7 EUV ist von zentraler Bedeutung für den dogmatischen Begriff des systemischen Defizits. Dieser Beitrag behandelt dabei nicht, welche Kons-

³⁶ E.-W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln des Staates in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978, 1881 (1883); P. Cruz Villalón, Estados excepcionales y suspensión de garantías, 1984.

³⁷ Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Neufassung), ABl. 2013, L 180/31.

tellationen die Mechanismen des Art. 7 EUV auslösen, also den Warnmechanismus nach Art. 7 Abs. 1 EUV und den Sanktionsmechanismus nach Art. 7 Abs. 2 und 3 EUV. Er analysiert Art. 7 EUV vielmehr, um den Begriff des systemischen Defizits positivrechtlich zu verankern und inhaltlich auszurichten.

Art. 7 EUV zeigt zunächst, dass mitgliedstaatliches Verhalten, welches einen oder mehrere Werte des Art. 2 EUV bedroht, innerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge liegt. Dies rechtfertigt eine Begrifflichkeit, die solche Konstellationen dogmatisch fasst. Art. 7 EUV bringt weiter zum Ausdruck, dass die EU in einer solchen Situation handeln kann, sie also kein Papiertiger ist, wenn ihre Grundwerte gefährdet sind. Der dogmatische Begriff kann entsprechend mit Rechtsfolgen verbunden sein. Weiter steht außer Frage, dass Art. 7 EUV nicht auf die Durchführung des Unionsrechts beschränkt ist wie die Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC oder auf den Anwendungsbereich der Verträge wie das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV. Vielmehr können relevante systemische Defizite auf allen Feldern des mitgliedstaatlichen Handelns auftreten.

Art. 7 EUV bietet für den Begriff des systemischen Defizit nicht nur die Grundlage, sondern macht auch inhaltliche Vorgaben. Von besonderer Bedeutung ist die in ihm niedergelegte Schwelle unionalen Tätigwerdens.³⁸ Die Mechanismen des Art. 7 EUV werden keinesfalls durch *jedwede* Abweichung von der Rechtsstaatlichkeit ausgelöst. Verlangt ist vielmehr die "eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung" der Werte des Art. 2 EUV.³⁹ Sanktionen sind zudem nur möglich, wenn "eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung" festgestellt wurde.⁴⁰ Wir konzipieren den Begriff *systemisches Defizit* als die dogmatische Ausarbeitung der dieser Norm zugrunde liegenden Wertung der Vertragsgeber. Die Autonomie der Mitgliedstaaten und ihre primäre Verantwortlichkeit für die Werte des Art. 2 EUV sind zu respektieren. Dies bestätigen weitere Prinzipien wie die mitgliedstaatliche Gleichheit (Art. 4 Abs. 2 EUV) und das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV). Entsprechend bleibt die nationale Rechtsstaatlichkeit

³⁸ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, EUV, Art. 7 Rn. 8.

³⁹ Art. 7 Abs. 1 EUV. Der erste Anlass, einen solchen Bezug im Unionsrecht einzufügen, war wohl der Beitritt Griechenlands zur EWG, T. Stein, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: V. Goetz/P. Selmer/R. Wolfrum (Hrsg.), Liber amicorum Günther Jaenicke, 1998, 873; F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 17), EUV, Art. 7 Rn. 1. Zum Mechanismus des Art. 7 EUV, vgl. allgemein W. Sadurski, Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and J. Haider, Columbia Journal of European Law 16 (2009-2010), 385.

⁴⁰ Art. 7 Abs. 2 EUV.

in der Regel eine mitgliedstaatliche Angelegenheit. Nur Konstellationen mit einem erheblichen Problemgehalt können als systemisches Defizit bezeichnet werden. Ein niedrigschwelliges Verständnis, wie es *Anna Lübke* für den Asylbereich vorschlägt, kann daher für den allgemeinen Begriff des systemischen Defizits nicht überzeugen. Sie definiert es als “eine Systemstruktur (...), die im Sinne einer *ceteris paribus* notwendigen, aber nicht notwendig hinreichenden Bedingung dazu führt, dass Fälle, die diese Systemstelle durchlaufen, mit Fehlern resultieren”. Wie sie selbst festhält, erscheinen danach die meisten Rechtsverletzungen als systemischer Mangel.⁴¹

Auch politisch erscheint dieser Begriff in der heutigen vielgestaltigen Union nur aussichtsreich, wenn er sich auf besonders kritische Konstellationen beschränkt. Anderenfalls können entsprechende unionale Maßnahmen kaum auf Unterstützung durch eine hinreichende Anzahl von Mitgliedstaaten hoffen. All dies sind wesentliche Merkmale des systemischen Defizits als Rechtsbegriff.

Die bisherige Argumentation rechtfertigt den Rechtsbegriff des systemischen Defizits als dogmatische Ausformulierung der Grundentscheidung, auf der Art. 7 EUV beruht. Mancher mag nun aber versucht sein, die Zulässigkeit dieses Begriffes gerade unter Verweis auf Art. 7 EUV zu bestreiten. Das Argument könnte lauten, dass die Mechanismen, die Art. 7 EUV explizit niederlegt, die Entwicklung weiterer Instrumente zum Schutz der Werte des Art. 2 EUV untersagen. Sollte der Begriff des systemischen Defizits dieselben rechtlichen Konsequenzen auslösen wie Art. 7 EUV, also insbesondere die formale Aussetzung der politischen Rechte eines Mitgliedstaats, dann wären solche Zweifel sicherlich angebracht. Alle dogmatisch entwickelten Instrumente müssen anderer Gestalt sein, als die, welche Art. 7 EUV ausdrücklich festlegt.⁴²

Diese Schranke verbietet aber nicht die Entwicklung von anderen Mechanismen, mit welchen die EU auf *systemische Defizite* reagiert.⁴³ Es gehört vielmehr zur gesicherten Dogmatik des Unionsrechts, dass ein spezifisches, im Vertrag niedergelegtes Verfahren zur Behandlung eines bestimmten Problems nicht kategorisch die Entwicklung weiterer Instrumente ausschließt.⁴⁴ Seit der *Van Gend en Loos*-Entscheidung, die neben dem aus-

⁴¹ *A. Lübke*, “Systemische Mängel” in Dublin-Verfahren, ZAR 2014, 105, mit interessanten wissenschaftstheoretischen Argumenten.

⁴² Offen in diesem Sinne EuGH Rs. C-361/98 Slg. 2001, I-385 Rn. 39, 73 – *Italien v. Kommission*.

⁴³ *C. Closa/D. Kochenov/J. H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Papers RSCAS 2014/25, 9.

⁴⁴ Für eine detaillierte Argumentation zu diesem Punkt vgl. *J. Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2005, 60 ff.

drücklichen Vertragsverletzungsverfahren einen zusätzlichen Mechanismus zum Schutz des Gemeinschaftsrechts etablierte, ist das geklärt.⁴⁵ Später wurde etwa das Dogma der mitgliedstaatlichen Haftung für eine Verletzung des Unionsrechts entwickelt, obwohl die Mitgliedstaaten dabei waren, ein anderes Verfahren (nunmehr in Art. 260 Abs. 2 AEUV) vertraglich einzufügen.⁴⁶ Diese Rechtsinstitute sind inzwischen fester Teil des unionsrechtlichen *acquis*.

Festzuhalten ist, dass der Rechtsbegriff des systemischen Defizits weder neue Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten schafft noch den prinzipiellen Anwendungsbereich unionalen Handelns erweitert. Obwohl sicherlich eine rechtliche Innovation, liegt es vollständig im Rahmen der unionalen *Verbandskompetenz*.⁴⁷ Ab wann ein unionales Rechtsinstitut und unionale Maßnahmen einer spezifischen Kompetenz bedürfen, ist im Rahmen des Kompetenzerfordernisses des Art. 5 EUV derzeit noch nicht geklärt. Solange die Institutionen jedoch nicht unilateral bindende Akte gegen Mitgliedstaaten und Individuen erlassen, steht Art. 5 EUV einem unionsrechtlichen Begriff und Handeln nicht entgegen.⁴⁸ In diesem Sinne sind das sog. EU-Justizbarometer, der vorgeschlagene Rechtsstaatlichkeitsdialog⁴⁹ oder das neue Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren der Kommission zulässig.⁵⁰

b) Rechtsvergleichung mit dem Recht des Europarats

Das Konzept findet rechtsvergleichend Unterstützung im Recht des Europarates, das aufgrund der engen Verbindung zwischen beiden Systemen, insbesondere dank Art. 6 Abs. 3 EUV, besonders relevant für das Unionsrecht ist. Das Recht des Europarats unterscheidet ebenfalls zwischen normalen Verletzungen und systemischen Defiziten. Nach Art. 8 Satzung des Europarats kann ein Mitglied, welches sich "einer schweren Verletzung" der Bestimmungen zur Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten "schuldig

⁴⁵ *Van Gend en Loos* (Anm. 25), 26.

⁴⁶ *Francovich* (Anm. 31).

⁴⁷ Zu den rechtlichen Grenzen derartiger rechtlicher Innovation *A. v. Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte. Grundlagen einer unionsrechtlichen *Solange*-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten, *ZaöRV* 72 (2012), 45 (73 ff.).

⁴⁸ Näher *J. Bast/A. v. Bogdandy*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 17), EUV, Art. 5 Rn. 23-29.

⁴⁹ *G. N. Toggenburg*, Was soll die EU können dürfen, um die EU-Verfassungswerte und die Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten zu schützen?, *Österreichische Gesellschaft für Europapolitik Policy Brief* 10 (2013).

⁵⁰ Ausführlicher siehe unten III. 2. d).

macht”, sogar aus dem Europarat ausgeschlossen werden.⁵¹ Wie das Verfahren nach Art. 7 EUV ist dieses Verfahren jedoch ungenutzt; zu Recht, denn es dürfte den Schutz von Menschenrechten kaum befördern.⁵² Neben diesem “formalen” Mechanismus haben der EGMR und das Ministerkomitee den Rechtsbegriff eines “systemischen” oder “strukturellen” Problems geschaffen, der darauf abzielt, “einfache”, episodische Verletzungen der Konvention von schwerwiegenden Verletzungen zu unterscheiden, die “struktureller”, nämlich institutionsverändernder Maßnahmen bedürfen.⁵³

Mit seinem Beschluss von 2004 forderte das Ministerkomitee den EGMR auf, in seinen Urteilen systemische Probleme hervorzuheben und deren Quelle zu benennen.⁵⁴ Der EGMR hat sich dieser Aufgabe in einer Reihe von Fällen aktiv angenommen und systemische Verletzungen von Menschenrechten festgestellt. Besonders bemerkenswert ist, dass er im Urteils tenor Maßnahmen festsetzt, die der beschwerdegegnerische Staat umsetzen

⁵¹ Art. 3 der Satzung des Europarates fordert: “Jedes Mitglied des Europarats erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll.”

⁵² Die einzige Anwendung des Mechanismus erfolgte gegen Griechenland zur Zeit der Militärdiktatur. Griechenland trat allerdings aus dem Europarat aus, bevor es ausgeschlossen werden konnte, vgl. *K. Magliveras*, Exclusion from Participation in International Organisations: The Law and Practice behind Member States’ Expulsion and Suspension of Membership, 1999, 80 ff. Zum Beispiel versagte die Parlamentarische Versammlung die Anerkennung der Vollmachten der türkischen Delegation als Reaktion zu dem Putsch vom 12.9.1980, vgl. *F. Benoît-Rohmer/H. Klebes*, Council of Europe Law: Towards a Pan-European Legal Area, 2005, 40 ff. Im Rahmen der jüngeren Entwicklungen in den Beziehungen zwischen Russland und der Ukraine und der Annektierung der Krim durch die Russische Föderation entzog die Parlamentarische Versammlung den russischen Delegierten bis zum Ende der Sitzungsperiode 2014 das Stimmrecht, vgl. den am 10.4.14 angenommenen Beschluss 1990 (2014), abrufbar unter <<http://website-pace.net>>.

⁵³ Vgl. *P. Leach/H. Hardman/S. Stephenson/B. K. Blitz*, Responding to Systemic Human Rights Violations – An Analysis of Pilot Judgments of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level, 2010; *M. Fyrnys*, Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, GLJ 12 (2011), 1231; *D. Haider*, The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, 2013.

⁵⁴ Beschluss des Ministerkomitees, Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem, 12.5.2004, abrufbar unter <<https://wcd.coe.int>>. Vgl. ebenso die Position des Gerichtshofes zu einem Vorschlag für die Reform der Europäischen Konvention für Menschenrechte und andere Maßnahmen, vorge schlagen im “Report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2003, CDDH(2003)006 final”, vom Gerichtshof in seiner 43. Vollversammlung am 12.9.2003 einstimmig angenommen, Abs. 43-46; Art. 61 Verfahrensordnung des EGMR, in verbindlicher engl. Fassung einsehbar unter <<http://www.echr.coe.int>>, dt. Übersetzung in Sartorius II, Ordnungsnummer 137.

muss.⁵⁵ Die Begriffe “systemische” und “strukturelle” Probleme, Mängel oder Defizite tauchen auch häufig in Dokumenten des Ministerrats und der Parlamentarischen Versammlung auf.⁵⁶ Obwohl es keine eindeutige Definition dieser Konzepte gibt,⁵⁷ werden strukturelle oder systemische Probleme mit einer “Dysfunktion” des nationalen Rechtssystems assoziiert, die eine signifikante Anzahl an Personen betrifft, zu zahlreichen Beschwerden vor dem EGMR führt und allgemeine Maßnahmen erfordert.⁵⁸ Im Fall *Burdov v. Russland* (Nr. 2) stellte der EGMR beispielsweise fest, dass die Unfähigkeit Russlands, die effektive Durchsetzung nationaler Gerichtsentscheidungen sicherzustellen, weitverbreitet und komplexer Natur sei und dementsprechend “die Implementierung umfassender und komplexer Maßnahmen” erfordere, “möglicherweise legislativer und administrativer Art, unter Einbeziehung verschiedener Behörden sowohl auf Bundes- als auch auf kommunaler Ebene”.⁵⁹

Das Recht des Europarats enthält wichtige Lehren für das EU-Verfassungsrecht. Erstens bestätigt es, dass der Rechtsbegriff des systemischen Defizits helfen kann, besonders kritische Situationen zu verstehen und anzugehen. Zweitens zeigt es die Zulässigkeit zusätzlicher Mechanismen jenseits des formalen, eher unpraktischen Mechanismus des Art. 8 der Satzung des Europarats und des üblichen Rechtsschutzes über die Staaten- oder Individualbeschwerde. Wir schlagen vor, im Unionsrecht dem Europarat zu folgen, die Existenz des ausdrücklichen Warn- und Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV nicht als Hindernis, sondern vielmehr als Grundlage

⁵⁵ Vgl. *Broniowski v. Polen*, 22.6.2004, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2004-V, 1 Rn. 189 und für spätere Piloturteile, *Ananyev u. a. v. Russland*, 10.1.2012, Beschwerdenr. 42525/07 und 60800/08, Rn. 184 ff.; *Manushaqe Puto u. a. v. Albanien*, 31.7.2012, Beschwerdenr. 604/07 u. a., Rn. 107 ff. Der Ausdruck “strukturell” wurde vom EGMR erstmals verwendet in der Entscheidung *Hutten-Czapska v. Polen*, 19.6.2006, Reports of Judgments and Decisions, 2006-VIII, Rn. 233.

⁵⁶ Siehe entsprechend den sechsten Jahresbericht des Ministerkomitees, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 6th Annual Report of the Committee of Ministers 2012 (Europarat 2013) *passim* und insb. 45 ff. sowie der Beschluss der Parlamentarischen Versammlung, Resolution 1914 (2013), Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties, vom 22.1.2013.

⁵⁷ Vgl. *M. Susi*, The Definition of a “Structural Problem” in the Case-Law of the European Court of Human Rights since 2010, GYIL 55 (2012), 385 (413 ff.).

⁵⁸ Vgl. Ausschuss für Rechtsfragen und Menschenrechte der Parlamentarischen Versammlung (Committee on Legal Affairs and Human Rights), States with Major Structural/Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics, AS/Jur/Inf (2011) 05 rev 2, Rn. 6.

⁵⁹ *Burdov v. Russland* (Nr. 2), 15.1.2009, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2009-I, 71, Rn. 136.

für die Entwicklung anderer, alternativer Antworten auf ein systemisches Defizit zu verstehen.

c) Allgemeine völkerrechtliche Lehren zur schwachen Staatlichkeit

Das Phänomen ist auch im allgemeinen Völkerrecht bekannt. Es geht um politische Gebilde, die als Staaten auftreten, aber nicht alle Merkmale vollständig erfüllen, die völkerrechtlich den Staatsbegriff ausmachen. Sie gelten oft als “failing” oder “failed states”,⁶⁰ wenn sie die grundlegenden Funktionen eines Staates nicht erfüllen und insbesondere nicht ein Minimum an Rechtsbefolgung sicherstellen können.⁶¹ Obwohl kein EU-Mitgliedstaat ein schwacher oder “failing state” nach internationalen Standards ist, bietet das internationale Konzept wertvolle Anhaltspunkte für das unionsrechtliche systemische Defizit.

International gelten vor allem solche Staaten als schwach, deren Institutionen den Respekt für das Recht innerstaatlich nicht sicherstellen können.⁶² Der regelmäßige Grund ist, dass zentrale Institutionen nicht über die notwendigen organisatorischen, finanziellen und menschlichen Ressourcen verfügen.⁶³ Schwäche oder Versagen meint daher üblicherweise die weitverbreitete Unfähigkeit oder den fehlenden Willen zentraler Institutionen, das Recht mittels der Verwaltungsbeamten oder Richter durchzusetzen. Diese Schwäche wurde ein völkerrechtliches Thema, weil die Fähigkeit, dem Recht zur Geltung zu verhelfen, unabdingbare Voraussetzung für internati-

⁶⁰ Länder wie Somalia oder der Kongo bieten paradigmatische Fälle. Näher *T. Risse*, Governance in Areas of Limited Statehood: Introduction And Overview, in: *T. Risse* (Hrsg.), *Governance Without A State?*, 2011, 1 (28).

⁶¹ Vgl. *D. Thürer*, The “Failed State” and International Law, *International Review of the Red Cross* 81 (1999), 731; *R. Geiß*, “Failed States”: Die normative Erfassung gescheiterter Staaten, 2005; *C. Richter*, Collapsed States: Perspektiven nach dem Wegfall von Staatlichkeit. Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts der Völker und zur Struktur des völkerrechtlichen Staatsbegriffs, 2011; *F. Leidenmühler*, Kollabierter Staat und Völkerrechtsordnung: Zur Aktualität der Westfälischen Ordnung, Entwickelt an Fragen des Wegfalls effektiver Staatsgewalt, 2011, 173 ff.

⁶² Effektivität, wie sie allgemein in diesem Kontext verwendet wird, meint normalerweise (oder beinhaltet zumindest immer) die Fähigkeit “Entscheidungen für ein Gemeinwesen zu treffen, zu implementieren und durchzusetzen”, so *T. Risse* (Anm. 60), 4. Vgl. ebenso *R. H. Jackson/C. G. Rosberg*, Why Africa’s Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood, *World Politics* 35 (1982), 1 (6).

⁶³ Vgl. *M. Mann*, The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results, *European Journal of Sociology* 25 (1984), 185 (189); *G. Kreijen*, State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa, 2004, 86; *T. Risse* (Anm. 60), 4.

onale Zusammenarbeit ist. Völkerrechtliche Vereinbarungen machen nur Sinn, wenn die Regierung, die auf internationalen Foren Verpflichtungen für ein Gemeinwesen eingeht, diesen Verpflichtungen wirkliche Geltung verschafft.⁶⁴ Das Völkerrecht beruht auf der Vermutung, dass staatliche Institutionen wie Gerichte und Verwaltungsbehörden effektiv soziale Interaktionen strukturieren können.⁶⁵ Diese Vermutung wird nicht durch gelegentliche Probleme erschüttert, die ein Staat mit Blick auf bestimmte Institutionen oder sogar Teile seines Staatsgebietes haben mag. Wenn indes solche Defizite einen systemischen Charakter annehmen, hört das Völkerrecht auf, in dem Staat operativ zu sein, es verhält ungehört.

3. Die Identifizierung eines systemischen Defizits

Nach den bisherigen Darlegungen liegt unionsrechtlich ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit vor, wenn die Rechtsstaatlichkeit als Wert des Art. 2 EUV substanziell bedroht ist. Dies ist eine vage Definition, welche der Konkretisierung bedarf, nicht zuletzt, da Bestimmtheit eine Grundforderung von Rechtsstaatlichkeit ist und auch für dogmatische Begriffe gilt.⁶⁶ Liegt ein systemisches Defizit bereits vor, wenn ein einzelner Beamter korrupt ist, wenn eine ganze Stadtverwaltung ineffektiv arbeitet, andere Städte aber ordentlich funktionieren, wenn ein nur einziges Gericht nicht in angemessener Zeit entscheidet? Oder verlangt der Begriff extreme Situationen, “failed states” wie Somalia, den Kongo oder den Sudan?⁶⁷ Im Folgenden wird ein vermittelndes Verständnis vorgeschlagen. Dabei können wir keine Definition anbieten, die die Anwendung des Begriffs im Sinne einer technischen Subsumtion und eine stets zweifelsfreie Unterscheidung zwischen einem systemischen Defizit und “normalen” Verletzungen ermöglicht. “Vollständige” Definitionen darf man in einem solch komplexen Rechtsgebiet nicht erwarten; es verlangt aufwändigere Formen juristischen Argumentierens. Dabei sind zwei Topoi besonders einschlägig: die Funktion des Rechts und spezifische Anforderungen der EU-Mitgliedschaft.

⁶⁴ H. Krieger, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht*, 2000, 268; F. Leidenmühler (Anm. 61), 272. Dies spiegelt sich ebenso in dem Umstand wider, dass das Kriterium der Regierung zentral für die Behauptung der Staatlichkeit durch einen mutmaßlichen Staat ist, siehe J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2006, 55.

⁶⁵ Vgl. H. Krieger (Anm. 64), 88 ff.

⁶⁶ Lord Bingham, *The Rule of Law*, CLJ 66 (2007), 67 (69 f.); H. Schulze-Fielitz (Anm. 18), Rn. 141-145; M. Krygier (Anm. 15), 237 f.; E.-W. Böckenförde (Anm. 36), 1882.

⁶⁷ Dies sind die drei Länder, die auf dem Failed States Index 2013 ganz oben stehen, verfügbar unter <<http://ffp.statesindex.org>>.

a) Die Funktion des Rechts

Die Schwelle zum systemischen Defizit an Rechtsstaatlichkeit lässt sich von einer fundamentalen Funktion des Rechts aus konstruieren: der Stabilisierung normativen Erwartens. Der rechtstheoretische und –soziologische Hintergrund lautet wie folgt: Die Mitglieder einer Gesellschaft müssen ihre Beziehungen organisieren und ihr Verhalten planen.⁶⁸ Damit dies möglich ist, bedarf es der Reduzierung zukünftiger Unsicherheit und des Spektrums offener Möglichkeiten. Soziale Institutionen reduzieren diese Unsicherheit, indem sie normative Erwartungen schaffen und stabilisieren. Sie signalisieren, dass einige Handlungen wahrscheinlicher und akzeptabler sind als andere⁶⁹ und machen es auf diesem Wege sozialem Handeln einfacher. Anders als traditionelle, undifferenzierte oder autoritäre Gesellschaften erfolgt diese Reduktion in heutigen komplexen und freien Gesellschaften vornehmlich durch das Recht. Es ist die rechtliche Schaffung und Stabilisierung normativer Erwartungen, welche es in solchen Gesellschaften Personen ermöglicht anzunehmen, wie andere Personen handeln werden und welches Verhalten soziale Bestätigung oder aber Ablehnung finden dürfte. So schafft eine Verbotsnorm die Erwartung, dass ein von der Norm abweichendes Verhalten nicht angetroffen wird oder anderenfalls ihm auf institutionellem Wege begegnet werden kann. Dies schafft gesellschaftliches Vertrauen, welches heute mehr denn je auf das Recht angewiesen ist.⁷⁰

Das Recht kann indes nur dann diese soziale Funktion verwirklichen und verlässliche Erwartungen schaffen, wenn es allgemein befolgt wird. Eine solche allgemeine Befolgung wird durch einzelne Verletzungen nicht in Frage gestellt. Vielmehr lösen einzelne Verletzungen in funktionierenden Rechtssystemen soziale und insbesondere institutionelle Antworten aus, die essentiell für den Erhalt oder sogar die Entwicklung normativer Erwartungen sind. Das Recht der Europäischen Union ist hierfür ein guter Beweis: Ohne die Entscheidungen des EuGH, ausgelöst durch Verletzungen, hätte das Unionsrecht nicht seine heutige soziale Bedeutung.

Indes versagt dieser Mechanismus, wenn Verletzungen zur Normalität werden und weitgehend sanktionslos bleiben. In Rechtsordnungen, deren Institutionen als regelmäßig unfähig angesehen werden, Verletzungen anzugehen, sei es aufgrund von Korruption, Unwillen oder institutioneller

⁶⁸ S. Romano, *Diritto (Funzione del)*, in: S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1953, 76 (81); N. Lubmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 150 ff.; J. Raz (Anm. 15), 222.

⁶⁹ N. Lubmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1970, 175 (185).

⁷⁰ N. Lubmann (Anm. 69), 179.

Schwäche, werden normative Erwartungen untergraben. In diesem Sinne ist die Rechtsstaatlichkeit bedroht, wenn eine signifikante Anzahl sozialer Akteure in wichtigen Feldern aufhört, auf öffentliche Einrichtungen zur Bestätigung ihres normativen Erwartens zu setzen, dass etwa ein Vertrag innerhalb angemessener Zeit gerichtlich durchgesetzt werden kann, dass konkurrierende Unternehmen das Steuerrecht, das Arbeitsrecht, Regelungen zum Umweltschutz befolgen, dass Fehlverhalten von Amtsträgern sanktioniert wird. Wenn diese Schwelle erreicht ist, hört ein Rechtssystem auf, seiner Kernfunktion, nämlich die Unterstützung normativer Erwartungen, zu genügen. Ein solches Defizit bezeichnen wir als *systemisches Defizit* an Rechtsstaatlichkeit.

Das systemische Defizit an Rechtsstaatlichkeit ist damit konzeptionell von einfachen, also isolierten Rechtsverletzungen klar unterschieden.⁷¹ Während bei einer isolierten Rechtsverletzung die enttäuschte normative Erwartung fortbesteht und für zukünftiges Verhalten relevant bleibt, geht bei einem systemischen Defizit das Vertrauen in das Recht verloren und die normative Erwartung wird nicht aufrecht erhalten. Personen, die einem derartigen systemischen Defizit an Rechtsstaatlichkeit begegnen, *modifizieren* ihre Erwartungen anstatt auf ihnen zu *bestehen*.⁷² Obwohl sicherlich enttäuscht und wahrscheinlich empört, hören diese Personen auf, Rechtsgesorsam als gesellschaftlichen Normalfall in dem fraglichen Rechtsbereich zu verstehen. Dieses Enttäuschen von Erwartungen und die entsprechende Schwächung der Rechtsstaatlichkeit führen zu einem tiefen Vertrauensverlust in öffentliche Institutionen. Die gesellschaftliche Unsicherheit steigt, andere Mechanismen gesellschaftlicher Stabilisierung (etwa Vorkasse, Verwandtschaft, mafiöse Organisationen) drängen voran.

b) Indikatoren

Ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit liegt also vor, wenn in wichtigen gesellschaftlichen Bereichen das Recht nicht allgemein befolgt wird und damit nicht in der Lage ist, bei einer signifikanten Zahl sozialer Akteure normatives Erwarten zu stabilisieren. Wann dies konkret der Fall ist, ist damit natürlich noch nicht eindeutig umschrieben. Die weitere Konkretisierung des Begriffs kann jedoch anhand sozialwissenschaftlich be-

⁷¹ N. Luhmann (Anm. 68), 132. Vgl. ebenso J. Waldron (Anm. 15), 6 f.

⁷² Dies bedeutet, dass Erwartungen nicht länger normativ sind. Normative Erwartungen unterscheiden sich von kognitiven dadurch, dass im Fall ihrer Enttäuschung die erwartende Person diese nicht fallen lässt, sondern beibehält. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, 115 f.

gründeter Indikatoren erfolgen.⁷³ Wir konzipieren den Begriff systemisches Defizit ausdrücklich als einen Brückenbegriff, der die kontrollierte Nutzung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse im Rahmen einer rechtlichen Argumentation erlaubt.⁷⁴

Es gibt eine ganze Reihe solider Studien, auf die entsprechende juristische Anwendungsdiskurse zurückgreifen können. Zu nennen sind etwa die Worldwide Governance Indicators (WGI). Hierbei handelt es sich um von der Weltbank unterstützte Zusammenstellungen länderübergreifender Daten zur Governance, die als verlässlich von vielen Institutionen für ihre Entscheidungen benutzt werden. Die Daten beziehen sich *inter alia* auf die “control of corruption”,⁷⁵ die “regulatory quality”,⁷⁶ die “rule of law”⁷⁷ und die “government effectiveness”⁷⁸. Diese Daten werden in Indizes transformiert, um staatliche Institutionen in verschiedenen Ländern zu vergleichen. Eine ähnliche Stoßrichtung hat das World Justice Project (WJP). Hier erstellt eine unabhängige Non-Profit-Organisation einen “Rule of Law In-

⁷³ Es gibt zur Zeit eine Reihe von Indikatoren, die durch verschiedene Institutionen geführt werden, vgl. z. B. den Failed States Index (geführt durch den Fund for Peace); Index of State Weakness in the Developing World (geführt durch die Brookings Institution); State Fragility Index (geführt durch das Center for Systemic Peace and Center for Global Policy at Maryland University). Vgl. für eine Übersicht *M. J. Kurtza/A. Schrank*, Growth and Governance: Models, Measures, and Mechanisms, *The Journal of Politics* 69 (2007), 538; *E. Newman*, Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World, *Contemporary Security Policy* 30 (2009), 421 (427); *C. R. Apaza*, Measuring Governance and Corruption through the Worldwide Governance Indicators: Critiques, Responses, and Ongoing Scholarly Discussion, *Political Science & Politics* 42 (2009), 139. Zur Funktion dieser Indikatoren und Kritik, vgl. *N. Bhuta*, Governmentalizing Sovereignty: Indexes of State Fragility and the Calculability of Political Order, in: K. E. Davis u. a. (Hrsg.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, 2012, 132.

⁷⁴ Hierzu grundsätzlich *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2012, 33 ff.

⁷⁵ Gemäß dem WGI Project, “Control of corruption captures perceptions of the extent to which public power is exercised for private gain, including both petty and grand forms of corruption, as well as ‘capture’ of the State by elites and private interests”, abrufbar unter <<http://info.worldbank.org>>.

⁷⁶ Gemäß dem WGI Project, “Regulatory quality captures perceptions of the ability of the government to formulate and implement sound policies and regulations that permit and promote private sector development”, abrufbar unter <<http://info.worldbank.org>>.

⁷⁷ Gemäß dem WGI Project, “Rule of law captures perceptions of the extent to which agents have confidence in and abide by the rules of society, and in particular the quality of contract enforcement, property rights, the police, and the courts, as well as the likelihood of crime and violence”, <<http://info.worldbank.org>>.

⁷⁸ Gemäß dem WGI Project, “Government effectiveness captures perceptions of the quality of public services, the quality of the civil service and the degree of its independence from political pressures, the quality of policy formulation and implementation, and the credibility of the government’s commitment to such policies”, <<http://info.worldbank.org>>.

dex” anhand von Daten zu neun Kategorien: government powers limited by law, absence of corruption, order and security, fundamental rights, open government, regulatory enforcement, civil justice, criminal justice, and informal justice.⁷⁹

Mit Blick auf Europa ist zunächst der erfreuliche Tatbestand festzuhalten, dass alle EU-Mitgliedstaaten in diesen globalen Rankings eher gut abschneiden. Es steht außer Frage, dass kein EU-Mitglied nach internationalen Standards als *schwach* gelten kann.⁸⁰ Allerdings müssen die Stärke oder Schwäche von Institutionen in EU-Mitgliedern nicht an globalen, sondern an europäischen Standards gemessen werden. Der EU-Standard für die Rechtsstaatlichkeit liegt erheblich höher als der internationale Standard, der sich auf losere Formen der internationalen Kooperation bezieht. Aus dem systematischen Kontext von Art. 2 EUV und insbesondere der Artikel 1, 4, 6, 7 und 49 EUV ergibt sich, dass ein systemisches Defizit im Lichte der spezifischen Anforderungen der EU-Mitgliedschaft ermittelt werden muss. Dies folgt bereits aus dem spezifischen Charakter der EU als Rechtsgemeinschaft.⁸¹ Zudem stellen viele EU-Normen aufgrund ihrer Komplexität, man denke an die Produktsicherheit, den Umweltschutz, die Mehrwertsteuer, die Steuerung der Migration, weit höhere Anforderungen an die nationalen Verwaltungen und Gerichte als die meisten internationalen Normen.

Der höhere Standard der Rechtsstaatlichkeit unter Art. 2 EUV begründet sich weiter aus der Tiefe der Integration und der räumlichen Nähe der Mitgliedstaaten. Sie haben zur Folge, dass Probleme eines Landes sich viel schneller auf andere auswirken; “negative Externalitäten” sind weit eher zu erwarten als bei rechtsstaatlichen Defiziten in entfernteren Staaten.⁸² Im europäischen Binnenmarkt gewinnen Unternehmen, die weitgehend sanktionslos das Steuer-, Umwelt- oder Arbeitsrecht umgehen können, einen wettbewerbswidrigen Vorteil. Bei Einwanderung und Asyl kann die Unfähigkeit einiger Staaten, ihre Grenzen zu sichern und Asylanträge effektiv zu bearbeiten, weitreichende Konsequenzen für die übrigen EU-Mitglieder haben. Selbstverständlich können auch Drittstaaten durch solche Defizite in Mitleidenschaft gezogen werden. Aber der gemeinsame Rahmen des Uni-

⁷⁹ Vgl. <<http://worldjusticeproject.org>>.

⁸⁰ Aussagen in diese Richtung (vgl. unten III. 1.) werden durch die internationale Forschung nicht gestützt.

⁸¹ Vgl. im Detail, II. 1.

⁸² Mit negativen Auswirkungen meinen wir hier die Kosten einer Entscheidung, welche andere Akteure als den Entscheidungsfinder belastet, häufig als ein Resultat ihrer faktischen Interdependenz. Dieses Konzept ist insbesondere in den Wirtschaftswissenschaften entwickelt worden, vgl. *J.-J. Laffont*, Externalities, in: S. N. Durlauf/L. E. Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2. Aufl. 2008.

onsrechts erhöht deutlich die Wahrscheinlichkeit, dass Defizite in einem Mitgliedstaat für andere signifikant werden. Das bekannteste Beispiel ist die sog. Dublin-Verordnung.⁸³ Sie etabliert ein System zur Entscheidung von Asylverfahren und legt unter anderem fest, welcher Mitgliedstaat konkret verantwortlich ist. Die nationalen Verwaltungsbehörden müssen einen Mechanismus der Bearbeitung von Anträgen und der Ingewahrsamnahme von Personen entwickeln, die zahlreichen Anforderungen und nicht zuletzt den europäischen Grundrechten zu genügen haben. Defizite in der Behandlung der Immigrationsströme haben offensichtliche Auswirkungen auf das System als Ganzes.⁸⁴

Die Notwendigkeit eines höheren Standards ergibt sich auch aus der Finanzkrise. Viele Kommentatoren sehen in schwacher Rechtsstaatlichkeit einen wichtigen Grund für das Ausmaß der gegenwärtigen wirtschaftlichen Krise einiger Länder. Die Ineffizienz der griechischen Behörden bei der Durchsetzung des Steuerrechts gegenüber mächtigen Gruppen ist ein Grund für die gegenwärtige griechische Finanzlage, welche die EU an den Rand einer Katastrophe gebracht hat.⁸⁵ Probleme der griechischen Justiz erscheinen als ein wichtiger Grund, warum wenig in die griechische Wirtschaft investiert wird.⁸⁶ Daher trägt die schwache griechische Rechtsstaatlichkeit zu einer Situation bei, in der andere Mitgliedstaaten sich gezwungen sehen, finanzielle Unterstützung zu gewähren, obwohl keine rechtliche Verpflichtung besteht. Möglicherweise ist dies ein Aspekt der *“solidarité de fait”*, die *Robert Schuman* als eigentlichen Motor der europäischen Integration sah.⁸⁷ Insgesamt steht es außer Frage, dass die EU-Integration im Allgemeinen und die Währungsunion im Besonderen ein Niveau an Interde-

⁸³ Verordnung (EU) Nr. 604/2013, zitiert *supra* Anm. 37.

⁸⁴ Der Kommissar für Menschenrechte des Europarates bemerkte mit Blick auf die griechischen Defizite: “The gravely dysfunctional asylum procedures in Greece have brought the Dublin system to a genuine collapse (...)”, *T. Hammarberg*, *The Dublin Regulation Undermines Refugee Rights*, Human Rights Comment, 22.9.2010, verfügbar unter <<http://commissioner.cws.coe.int>>.

⁸⁵ Die Bekämpfung der Steuerhinterziehung ist zu einer der vornehmlichen Prioritäten der EU geworden, vgl. Europäischer Rat, Schlussfolgerungen, Brüssel, 23.5.2013, EUCO 75/1/13 REV 1.

⁸⁶ Zur umfangreichen Literatur zur Substantiierung der Verbindung der Rechtsstaatlichkeit mit der wirtschaftlichen Entwicklung vgl. *K. W. Dam*, *The Rule of Law and Economic Development*, 2006; *D. M. Trubek/A. Santos* (Hrsg.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, 2006; *S. Haggard/L. Tiede*, *The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?*, *World Development* 39 (2011), 673.

⁸⁷ Déclaration, 9.5.1950. Selbstverständlich kann man bezweifeln, ob Solidarität der richtige Begriff ist, wenn gravierende Gründe des Eigeninteresses den Akt der Solidarität mittragen.

pendenz ausgelöst hat, das den Standard der Rechtsstaatlichkeit deutlich gegenüber dem allgemeinen internationalen Standard erhöht.

Dieses Ergebnis wird von den Unionsgrundrechten und der Unionsbürgerschaft nachdrücklich bestätigt. Anders formuliert: Formelle und materielle Verständnisse der Rechtsstaatlichkeit kommen mit Blick auf das systemische Defizit zu demselben Ergebnis, wie sich aus Grundrechten auf gute Verwaltung (Art. 41 EUGrCh), auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein unparteiisches Gericht (Art. 47 EUGrCh) ergibt. Mit Blick auf die Unionsbürgerschaft hat der EuGH hervorgehoben, dass sie “dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein”.⁸⁸ Der Vertrag von Lissabon erhob sie entsprechend zu einem Grundpfeiler der Rechtsordnung der EU.⁸⁹ Im Urteil *Ruiz Zambrano* emanzipiert der EuGH die Unionsbürgerschaft von jeglichem grenzüberschreitendem Bezug und führt den Begriff der “Substanz” der Unionsbürgerschaft ein.⁹⁰ Obwohl die Gehalte dieser “Substanz” der Unionsbürgerschaft in wichtiger Hinsicht unklar bleiben, so ist kaum zu bezweifeln, dass hierzu das Recht zählt, tatsächlich unter dem Unionsrecht zu leben. Es gibt, nach *Hannah Arendt* formuliert, ein europäisches Recht, europäische Rechte zu haben.⁹¹ Dieses Recht ist aber weitgehend fiktiv und im Kern verletzt, wenn die Rechtsstaatlichkeit Mängel der beschriebenen Art aufweist.

III. Das Konzept in der Anwendung

1. Beispiele von systemischen Defiziten

Die bisherigen Ausführungen haben das systemische Defizit an Rechtsstaatlichkeit als einen Begriff des EU-Verfassungsrechts begründet und Merkmale entwickelt, mit denen eine bestimmte Situation als systemisches Defizit klassifiziert werden kann. Gewiss erlauben diese Merkmale keine quasi automatische Anwendung des Rechtsbegriffs. Zunächst ist nach Fallgruppen weiter zu differenzieren: ein systemisches Defizit, das die Modifikation asylrechtlicher Zuständigkeiten rechtfertigt (III. 2. c)), rechtfertigt

⁸⁸ EuGH Rs. C-184/99 Slg. 2001, I-6193 Rn. 31 – *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale*.

⁸⁹ Vgl. Art. 9-11 EUV.

⁹⁰ EuGH Rs. C-34/09 Slg. 2011, I-01177 Rn. 42 – *Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*.

⁹¹ Das fundamentale Recht, Rechte zu haben, findet sich in *H. Arendt*, *Elemente und Ursprünge des Totalitarismus*, 1955, 479; siehe auch *A. M. Russo* (Anm. 34).

nicht *eo ipso* bereits einen sanktionsbewehrten Überwachungsmechanismus durch die Kommission (III. 2. a)) oder den Druck zu tiefgreifenden Strukturreformen (III. 2. b)).⁹² Zudem wird angesichts der Komplexität und Einzigartigkeit eines jeden möglichen Falles jede Subsumtion zu einem erheblichen Teil im Ermessen des Entscheidungsträgers verbleiben und angesichts der rechtlichen, politischen und sozialen Tragweite seine Urteilkraft besonders fordern. Eine wissenschaftliche Abhandlung kann solche Urteilkraft nicht ersetzen, wohl aber ihre Ausübung strukturieren und ausrichten. Dabei hilft es zu zeigen, dass der angebotene Begriff institutionelle Praxis kritisch nachzeichnen und systematisieren kann.

Obwohl EU-Mitgliedstaaten sehr viel reicher sind als die meisten Staaten der Welt, bedeutet dies nicht zwingend, dass sie über ausreichend leistungsfähige Institutionen verfügen.⁹³ Es gibt Staaten, die ärmer als manche EU-Mitgliedstaaten sind, aber in den internationalen Rankings deutlich besser abschneiden.⁹⁴ Internationale Indikatoren, Berichte von europäischen und internationalen Institutionen sowie die Statistiken der europäischen Gerichte zeigen Phänomene, die als systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit qualifiziert werden können. Wenn dieser Beitrag sich dabei im Folgenden auf vier EU-Mitgliedstaaten konzentriert, so impliziert dies nicht, dass in den anderen Mitgliedstaaten alles in Ordnung sei. So hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich strukturelle Vollzugsdefizite deutscher Behörden festgestellt.⁹⁵ Gleichwohl legen die Indikatoren, Berichte und Statistiken nahe, dass die Defizite in einigen Mitgliedstaaten besonders gravierend sind.

⁹² Ein weiterer Anwendungskontext findet sich beim Grundrechtsschutz außerhalb der Grundrechtecharta im Rahmen einer "umgekehrten Solange" Dogmatik, dazu *A. v. Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj* (Anm. 47), 45 ff.

⁹³ Zur Verbindung zwischen verlässlichen Institutionen und wirtschaftlichem Erfolg, vgl. *D. Acemoglu/J. A. Robinson*, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, 2012.

⁹⁴ Gemäß den World Bank Worldwide Governance Indicators erzielen aufstrebende Staaten wie Costa Rica, Uruguay und Malaysia beim Kriterium Rechtsstaatlichkeit bessere Ergebnisse als fortgeschrittene Volkswirtschaften wie Italien (Rang 81) oder Griechenland (Rang 78) (Referenzjahr 2012). Der Index ist abrufbar unter <<http://info.worldbank.org>>.

⁹⁵ BVerfGE 110, 94 (114); näher *C. Waldhoff*, *Verfassungsrechtlich relevante Vollzugsdefizite bei Steuerfällen mit Auslandsbezug am Beispiel von §§ 7 ff. AStG*, *Steuer und Wirtschaft* 2013, 121 ff.

a) Alte Herausforderungen: griechische und italienische Institutionen

Die New York Times betitelte einen Bericht im Februar 2012 mit “*The Failing State of Greece*”.⁹⁶ Der Beitrag schildert unter anderem Vorfälle, bei denen Polizei und Judikative unfähig schienen, die Zerstörung öffentlichen und privaten Eigentums, Plünderung und Brandstiftung zu verhindern oder zu verfolgen.⁹⁷ Aber auch weniger gewalttätige, aber alltägliche Phänomene wie weitverbreitete Korruption oder die außergewöhnliche Länge gerichtlicher Verfahren lassen an der griechischen Rechtsstaatlichkeit zweifeln. Wenngleich die Bezeichnung als “failing state” nach den internationalen Standards nicht haltbar ist, so fragen sich doch viele Beobachter und nicht zuletzt die Griechen selbst, ob Griechenland eine Art “schwacher” Staat sei, wenn man ihn an europäischen Standards misst.⁹⁸

Derartige Zweifel finden Bestätigung in vielen Berichten und Studien internationaler und europäischer Institutionen. Beispielhaft sind Aussagen der EU-Task Force für Griechenland, welche, von der EU Kommission eingerichtet, bei der Umsetzung der Anpassungsprogramme der EU und des IWF helfen und die griechischen Reformbemühungen unterstützen soll.⁹⁹ Sie konstatiert strukturelle Ineffizienzen und “a major and debilitating weakness”. Die Berichte der EU und des IWF zum Reformfortschritt, eine Voraussetzung der finanziellen Unterstützung, deuten ebenso auf Schwächen im griechischen Staatsapparat hin. Die Reformen, welche das griechische Parlament und die griechische Regierung beschlossen haben und die auf Vereinbarungen mit europäischen und internationalen Partnern beru-

⁹⁶ <<http://www.nytimes.com>>.

⁹⁷ Eine Zusammenstellung von *N. Eoríá*, Τί συνέβη τον Δεκέμβριο του 2008, 2009 (*N. Estí-a*, Was im Dezember 2008 passierte, 2009).

⁹⁸ Instruktiv *K. Featherstone*, The JCMS Annual Lecture: The Greek Sovereign Debt Crisis and EMU: A Failing State in a Skewed Regime, *J. Common Mkt. Stud.* 49 (2011), 193; *H. Mylonas*, Is Greece a Failing Developed State? Causes and Socio-economic Consequences of the Financial Crisis, in: *K. E. Botsiou/A. Klapsis* (Hrsg.), The Konstantinos Karamanlis Institute for Democracy Yearbook 2011, 77; *N. Malkoutzis*, Is Greece a Failed State?, *Foreign Policy* vom 1.3.2012; *N. Ξυδάκης*, Αναξιόπιστο κράτος, λεηλατημένοι πολίτες, *Η Καθημερινή* vom 3.7.2012 (*N. Xudakis*, Unzuverlässiger Staat; Ausgeplünderte Bürger, *E Kathimerini*, 3.7.2012); *I. Zelepos*, Im Südosten nichts Neues?, *Südosteuropa* 60 (2012), 346 (354).

⁹⁹ Task Force for Greece, First Quarterly Report, SI(2011) 399/3, 14. Vgl. weiter den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank, Wachstum für Griechenland, Straßburg, 18.4.2012, COM(2012) 183 final, 12.

hen, kommen nur schleppend und unvollständig voran.¹⁰⁰ Auch die OECD bemängelt eine “inadequate capacity of ministries to carry reforms into the implementation stage”.¹⁰¹

Ähnliche Bedenken werden gegenüber einem anderen alten EU-Mitgliedstaat, nämlich Italien, geäußert. Das “Worldwide Governance Indicators Project” der Weltbank bietet gewichtige Hinweise, dass viele italienische Institutionen deutlich unter dem europäischen Standard der Rechtsstaatlichkeit liegen, sei es mit Blick auf die Effizienz der Regierung, die Kontrolle der Korruption oder die Länge von gerichtlichen Verfahren.¹⁰² Hinsichtlich des Kriteriums der Rechtsstaatlichkeit, welches das Ausmaß misst, inwieweit “agents have confidence in and abide by the rules of society, and in particular the quality of contract enforcement, property rights, the police, and the courts, as well as the likelihood of crime and violence”,¹⁰³ befinden sich Griechenland und Italien nicht nur auf dem letzten Platz unter den EU-15,¹⁰⁴ sondern liegen auch hinter allen neuen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Bulgarien und Rumänien.¹⁰⁵ Bei der Korruptionskontrolle stechen Griechenland und Italien unter den EU-Mitgliedstaaten als “extreme Ausnahmen” hervor.¹⁰⁶ Man kann dies nicht mit den wirtschaftlichen Schwierigkeiten allein erklären: Spanien und Portugal, Länder mit erheblichen wirtschaftlichen Problemen, schneiden deutlich besser ab.¹⁰⁷

Die Schwäche der griechischen und der italienischen Judikative spiegelt sich auch in der Statistik des Europarats wider, die juristisch von besonderer

¹⁰⁰ Vgl. die fünf Berichte, die aufgrund des ersten Anpassungsprogrammes durchgeführt wurden, sowie die drei Berichte aufgrund des zweiten Anpassungsprogrammes, alle verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>.

¹⁰¹ OECD, Greece: Review of the Central Administration 2011, Executive Summary, 2011, 27.

¹⁰² Ausführlich B. Sissenich, Weak States, Weak Societies: Europe’s East-West Gap, Acta Politica 45 (2010), 11 (19-23). Aktuelle Zahlen sind auch erhältlich unter <www.govindicators.org>.

¹⁰³ <<http://info.worldbank.org>>.

¹⁰⁴ <<http://info.worldbank.org>>, Indikatorauswahl “rule of law”, Referenzjahr 2012 und die EU-15 Mitgliedstaaten.

¹⁰⁵ <<http://info.worldbank.org>>, Indikatorauswahl “rule of law”, Referenzjahr 2012 und die nach 2004 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten. Vgl. ebenso die vom World Justice Programme zusammengestellten und präsentierten Daten, <<http://worldjusticeproject.org>>.

¹⁰⁶ B. Sissenich (Anm. 102), 21, 25. Eine qualitative Analyse findet sich bei S. Cassese, L’Italia: una società senza stato?, 2011, 82 ff., der die großen Differenzen zwischen Norden und Süden diesbezüglich betont, 110. Vgl. ebenso F. Hoffmeister, Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States – How Far Are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels?, in: A. v. Bogdandy/P. Sonnevend (Anm. 4).

¹⁰⁷ B. Sissenich (Anm. 102), 25; A. J. C. Verbeijen, Administrative Capacity Development: A Race Against Time? 2000, 9.

Bedeutung bei der Einschätzung der Rechtsstaatlichkeit seiner Mitglieder ist. Der EGMR untersucht bei der Anwendung von Artikel 6 und 13 EMRK, die das Recht auf ein faires Verfahren und eine wirksame Beschwerde schützen, oft *en détail* Grundanforderungen von Rechtsstaatlichkeit, insbesondere die Dauer von Gerichtsverfahren und Verzögerungen bei der administrativen Umsetzung rechtskräftiger Urteile. Zudem legen Organe des Europarats, wie oben gezeigt, seit neuestem ihr Augenmerk auf “systemische” oder “strukturelle” Probleme, die sie genau dokumentieren.¹⁰⁸

Griechenland und Italien heben sich von den anderen EU-15-Mitgliedstaaten durch die Anzahl der Verurteilungen und den strukturellen Charakter einiger Verletzungen ab. Mit Blick auf Griechenland konzentrierte sich das Ministerkomitee in seinem letzten Bericht zur “Überwachung der Durchführung von Urteilen und Beschlüssen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte” einmal mehr¹⁰⁹ auf die außergewöhnlich langen Verfahren vor nationalen Gerichten.¹¹⁰ Diese Defizite führten zu einem “Fehlen einer effektiven Beschwerde” für griechische Staatsbürger. So untersuchte der EGMR in seinem Urteil im Fall *Vassilios Athanasiou u. a. v. Griechenland* die griechische Unfähigkeit, zeitnahen und effizienten Rechtsschutz zu gewähren, und hob die strukturellen Probleme in diesem Bereich hervor.¹¹¹ Er betonte deren “chronische und anhaltende Natur”.¹¹² Er wies darauf hin, dass die Situation in Griechenland “praktisch als Versagung von Rechtsschutz betrachtet werden kann”,¹¹³ und verlangte, die griechische Regierung solle “der großen Anzahl von Betroffenen eine schnelle und angemessene Abhilfe auf nationaler Ebene bereitstellen.”¹¹⁴ In unserem Kontext ist hervorzuheben, dass unter den EU-Mitgliedern Griechenland die proportional größte Anzahl an EGMR-Urteilen aufweist, in denen zumindest eine Verletzung festgestellt wurde, und die große Mehrheit dieser

¹⁰⁸ Die Unterscheidung zwischen dem EMRK-Begriff des systemischen oder strukturellen Problems und unserem Begriff des systemischen Defizits ist hauptsächlich terminologischer Natur, obwohl man beachten muss, dass ersteres auf dem Recht des Europarates und der EMRK, unseres indes auf dem Recht der EU beruht.

¹⁰⁹ Vgl. bereits den Beschluss des Ministerrates von 2007, Interim Resolution on Excessively Lengthy Proceedings in Greek Administrative Courts and the Lack of an Effective Domestic Remedy, CM/ResDH (2007) 74, 6.6.2007, 30.

¹¹⁰ Ministerkomitee, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 6th Annual Report, Anm. 56, 50 f.

¹¹¹ EGMR, *Vassilios Athanasiou u. a. v. Griechenland*, 21.12.2010, Beschwerdenr. 50973/08. Vgl. ebenso die Piloturteile in den Fällen *Michelioudakis v. Griechenland*, 3.4.2012, Beschwerdenr. 54447/10; *Glykantzi v. Griechenland*, 30.10.2012, Beschwerdenr. 40150/09.

¹¹² EGMR, *Vassilios Athanasiou* (Anm. 111), Rn. 44.

¹¹³ EGMR (Anm. 111), Rn. 52.

¹¹⁴ EGMR (Anm. 111), Rn. 44.

Verurteilungen bezieht sich auf den Zugang zu einem effizienten Gerichtssystem.¹¹⁵ Der häufigste Grund dafür, dass Griechenland die EMRK verletzt, liegt also in seiner Unfähigkeit, seine eigenen Gesetze zeitnah und effektiv durchzusetzen.

In absoluten Zahlen nimmt Italien den ersten Platz auf der Liste derjenigen Länder ein, die Entscheidungen des EGMR nicht umgesetzt haben.¹¹⁶ In seinem Bericht zu "Strukturellen Defiziten in Mitgliedstaaten" vom 7.1.2013¹¹⁷ setzte die Parlamentarische Versammlung Italien und Griechenland auf die Liste der Länder mit "wesentlichen und komplexen strukturellen Defiziten"¹¹⁸ bei der Umsetzung der Konvention. Sie konzentrierte sich dabei besonders auf die exzessive Länge von Gerichtsverfahren und die chronische Nichtumsetzung auch von nationalen Gerichtsentscheidungen.¹¹⁹

Natürlich gibt es Defizite auch in anderen EU-Staaten.¹²⁰ Griechenland und Italien zeichnen sich aber dadurch aus, dass die Quantität und Qualität der Verletzungen die Rechtsstaatlichkeit als Verfassungsprinzip in Frage stellen. Die Berichte über die griechischen und italienischen Institutionen identifizieren nicht nur einzelne Felder und isolierte Fälle institutioneller Unzulänglichkeit, sondern vielmehr strukturelle und weitverbreitete, eben systemische Defizite im hier vorgeschlagenen Sinne.

b) Neue Herausforderungen: bulgarische und rumänische Institutionen

Als Rumänien und Bulgarien 2007 der EU beitraten, litten sie unter besonderen strukturellen Problemen, die sie nicht nur von älteren EU-Mitgliedern, sondern auch den neuen, bereits 2004 beigetretenen Mitglie-

¹¹⁵ Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2011*, Annual Report, 2012, 32.

¹¹⁶ Ausschuss für Rechtsfragen und Grundrechte (Committee on Legal Affairs and Human Rights), *States with Major Structural/Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics* (Anm. 58), 4.

¹¹⁷ Beschluss der Parlamentarischen Versammlung, Resolution 1914 (2013), *Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties* (Anm. 56).

¹¹⁸ Parlamentarische Versammlung (Anm. 56), Erwägungsgrund 5.

¹¹⁹ Die übrigen Länder sind Bulgarien, Rumänien, Moldawien, Polen, die Russische Föderation, die Türkei und die Ukraine, Parlamentarische Versammlung (Anm. 56), Erwägungsgrund 3.

¹²⁰ Vgl. *E. Dubois/C. Schurrer/M. Velicogna*, Report prepared for the European Commission (Generaldirektion Justiz), *The Functioning of Judicial Systems and the Situation of the Economy in the European Union Member States*, verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>. Zu Deutschland vgl. bereits oben die Nachweise in Anm. 95.

dern aus Mittel- und Osteuropa unterschieden. Aus diesem Grund findet sich in dem Beitrittsabkommen ein spezieller “Kooperations- und Überprüfungsmechanismus”, der den bulgarischen und rumänischen Institutionen helfen soll, “ausstehende Mängel”¹²¹ zu beheben, und der zugleich ihren Fortschritt zu den Unionsstandards überwacht.¹²² Die Kommission entwickelte zu diesem Zweck nähere Kriterien rechtstaatlicher Verwaltung und Justiz.¹²³

Konkret verfasst die Kommission alle sechs Monate einen Bericht zum Fortschritt der Justizreform, zum Kampf gegen Korruption und, für Bulgarien, zusätzlich zum Kampf gegen das organisierte Verbrechen. Oft hat sie darin Defizite des Gerichts- und Verwaltungssystems kritisiert. Mit Blick auf Rumänien untersuchte die Kommission näher die “key principles such as the rule of law, and the independence of the judicial process as part of the checks and balances of a well-functioning democracy”¹²⁴ und musste systemische Defizite feststellen: “Political challenges to judicial decisions, the undermining of the constitutional court, the overturning of established procedures and the removal of key checks and balances”.¹²⁵ Unter Verweis auf die Worldwide Governance Indicators bemängelte sie die Schwäche der Verwaltung und der Gerichte.¹²⁶ Zu geringe Kapazitäten und schlechte Organisation gelten als Hauptgründe für die justizielle Unfähigkeit, eine Rechtsprechung nach europäischen Standards zu bieten. Mit Blick auf Bulgarien hebt die Kommission hervor, dass zwar wichtige Schritte zu europäi-

¹²¹ Vgl. den Kooperations- und Überprüfungsmechanismus für Rumänien und Bulgarien <<http://ec.europa.eu>>.

¹²² Die Rechtsgrundlagen für diese Mechanismen finden sich in dem Beitrittsvertrag mit der Republik Bulgarien und Rumänien, insb. Art. 4 Abs. 3 und die entsprechenden Beitrittsakte, insb. Art. 37 und 38 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Bulgarien und Rumäniens und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht, ABl. vom 21.6.2005 L 157/203.

¹²³ Mit Blick auf Bulgarien vgl. die Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens vom 13.12.2006, C (2006) 6570 final. Mit Blick auf Rumänien vgl. die Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption vom 13.12.2006, C (2006) 6569 final.

¹²⁴ Bericht der Kommission (Anm. 8), 2. Vgl. ebenso Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Rumäniens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Überprüfungsmechanismus Brüssel, 30.1.2013 COM(2013) 47 final, 2 ff.

¹²⁵ Bericht der Kommission (Anm. 8), 3.

¹²⁶ Bericht der Kommission (Anm. 8), 8.

schen Standards unternommen wurden,¹²⁷ aber es doch weiterhin wesentliche Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit gibt. Sie identifiziert “systematische Schwächen in der Exekutive” beim Kampf gegen das organisierte Verbrechen¹²⁸ und bezweifelte die Kapazität und die Entschlossenheit der Justiz, gegen Korruption auf hochrangiger Ebene vorzugehen.¹²⁹

Die bulgarischen und rumänischen systemischen Defizite wurden auch vom Europarat bemerkt. Rumänien und Bulgarien liegen in der Spitzengruppe der Länder mit nicht befolgten EGMR-Urteilen.¹³⁰ Die Parlamentarische Versammlung nahm in ihrem letzten Beschluss über “Strukturdefizite der Vertragsstaaten” Bulgarien und Rumänien in die Liste der Staaten auf, die “wesentliche und komplexe Strukturdefizite” aufweisen.¹³¹ Mit Blick auf Rumänien hat die Venedigkommission konkrete Akte und Unterlassungen kritisiert, die die Rechtsstaatlichkeit und das öffentliche Vertrauen in rechtsstaatliche Verfahren untergraben.¹³²

Die Worldwide Governance Indicators der Weltbank zeichnen ein ähnliches Bild. Bulgarien und Rumänien sind mit großem Abstand die letzten aller neuen EU-Mitgliedstaaten unter dem Indikator *rule of law*.¹³³ Beide Länder schneiden unter den spezifischeren Indikatoren “control of corruption”, “regulatory quality” und “government effectiveness” ebenso schlecht ab.¹³⁴ Die systemischen Defizite liegen auf der Hand. Die Mechanismen, mit denen die Europäische Union Beitrittskandidaten auf die Mitgliedschaft

¹²⁷ Bericht der Kommission (Anm. 7).

¹²⁸ Bericht der Kommission (Anm. 7), 11.

¹²⁹ Bericht der Kommission (Anm. 7), 17.

¹³⁰ Ausschuss für Rechtsfragen und Menschenrechte der Parlamentarischen Versammlung (Committee of Legal Affairs and Human Rights), States with Major Structural/Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics (Anm. 58), 4.

¹³¹ Beschluss der Parlamentarischen Versammlung, Resolution 1914 (2013), Ensuring the Viability of the Strasbourg Court: Structural Deficiencies in States Parties (Anm. 56), Erwägungsgrund 3.

¹³² European Commission for Democracy through Law (Venedigkommission), Opinion on the Compatibility with Constitutional Principles and the Rule of Law of Actions Taken by the Government and the Parliament of Romania in Respect of Other State Institutions and on the Government Emergency Ordinance on Amendment to the Law No. 47/1992 Regarding the Organisation and Functioning of the Constitutional Court and on the Government Emergency Ordinance on Amending and Completing the Law No. 3/2000 Regarding the Organisation of a Referendum of Romania, adopted by the Venice Commission at its 93rd Plenary Session (Venedig, 14.-15.12.2012), Opinion no. 685/2012, CDL-AD(2012)026, Straßburg, 17.12.2012, insb. Rn. 49, 62 f. und 72.

¹³³ <<http://info.worldbank.org>>, mit der Indikatorenauswahl *rule of law* und den 13 neuen EU-Mitgliedstaaten.

¹³⁴ Für den Inhalt dieser Indikatoren vgl. oben Anm. 75-78.

vorbereitet,¹³⁵ waren also offensichtlich nicht immer ausreichend, um die Standards des Art. 2 EUV zu erreichen.

2. Instrumente des europäischen Rechts der Verfassungskrise

Wie eingangs geschildert ist in den Institutionen der Union die Auffassung auf dem Vormarsch, dass Phänomene, die dieser Beitrag als systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit identifiziert, europäisch anzugehen sind. Dass entsprechende unionale Maßnahmen im Anwendungsbereich des Vertrags liegen, ergibt sich, wie geschildert, aus Art. 7 EUV, wonach EU-Mitglieder, welche den Werten gem. Art. 2 EUV nicht genügen, gemahnt und sanktioniert werden können.¹³⁶ Art. 7 EUV ist jedoch für rechtsstaatliche Defizite wenig geeignet.¹³⁷ Die Suspendierung von Rechten kann institutionelle Schwächen kaum beheben. Zudem ist die Schwelle unter Art. 7 EUV außerordentlich hoch gesetzt. Wie die institutionelle Praxis der Unionsorgane und der politische Diskurs zeigen, besteht ein verfassungsrechtlich anerkennenswertes Bedürfnis, bereits unterhalb der Schwelle des Art. 7 EUV tätig werden zu können. Im Folgenden werden einige dieser Instrumente im Lichte des Rechtsbegriffs des systemischen Defizits vorgestellt.

Zu nennen ist etwa das neu entwickelte "EU-Justizbarometer". Es enthält eine vergleichende Datenanalyse der Rechtssysteme der EU-Mitgliedstaaten,¹³⁸ welche den Dialog zur Effizienzsteigerung der nationalen Rechtssysteme unterstützen soll. Es ist durch seine Verbindung mit dem Kontrollverfahren des "europäischen Semesters" mit einem gewissen, allerdings nicht besonders eindrucksvollen Durchsetzungsmechanismus ver-

¹³⁵ Näher *K. Nicolaidis/R. Kleinfeld*, Rethinking Europe's "Rule of Law" and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma, Jean Monnet Working Paper (2012) 08/12, verfügbar unter <<http://centers.law.nyu.edu>>; *A. Dimitrova*, Enlargement, Institution-Building and the EU's Administrative Capacity Requirement, *West European Politics* 25 (2002), 171; *A. J. C. Verbeijen* (Anm. 107).

¹³⁶ Art. 7 Abs. 2 und 3 EUV, hierzu bereits ausführlicher oben, II. 2. a).

¹³⁷ Zu den Vorstellungen der Kommission vgl. die Rede von *V. Reding*, Justizkommissarin der EU, Safeguarding the Rule of Law and Solving the "Copenhagen Dilemma", Anm. 10.

¹³⁸ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Das EU-Justizbarometer – Ein Instrument für eine leistungsfähige, wachstumsfördernde Justiz vom 27.3.2013, COM(2013) 160 final; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Das EU-Justizbarometer – Ein Instrument für eine leistungsfähige, wachstumsfördernde Justiz vom 17.3.2014, COM(2014) 155 final.

bunden.¹³⁹ Von größerer Durchsetzungskraft sind vier weitere Instrumente, die im Folgenden dargestellt seien: der spezielle Kooperations- und Überprüfungsmechanismus für bulgarische und rumänische Institutionen, die wirtschaftlichen Anpassungsprogramme für Mitgliedstaaten, die finanzielle Unterstützung erhalten, die Rechtsprechung des EuGH zu “systemischen Mängeln” in der Asylpolitik und das neue Rechtsstaatlichkeit der Kommission.

Unsere Zuordnung dieser Instrumente zum unionsverfassungsrechtlichen Begriff des systemischen Defizits muss vorausschicken, dass nicht alle Mechanismen ausdrücklich mit Blick auf Art. 2 EUV etabliert wurden. Die wirtschaftlichen Anpassungsprogramme sind sogar zum Teil völkerrechtlicher Natur. Alle Instrumente verbindet jedoch, dass sie auf die Verfassungskrise der Union reagieren.¹⁴⁰ Insoweit bietet der Begriff des systemischen Defizits eine dogmatische Folie, die unterschiedlichen Antworten unionsverfassungsrechtlich und gesamthaft anzugehen, zu systematisieren und zu kritisieren.

Dieser Beitrag wird dabei nicht untersuchen, ob diese Instrumente tatsächlich in der Lage sind, die Defizite zu beheben. Allerdings ergibt sich aus unserer intensiven Beobachtung der griechischen Reformen der begründete Eindruck, dass kein Grund zur Hoffnungslosigkeit besteht. So zeigt die Reform der griechischen Steuerverwaltung, dass in der Kombination von Druck und technischer Hilfe ein echtes Potenzial liegt, defiziente Institutionen zu modernisieren und europäische Standards zu verwirklichen.

a) Der Überwachungsmechanismus von 2007

Nachdem Bulgarien und Rumänien am 1.1.2007 EU-Mitgliedstaaten wurden, konnten die offensichtlich fortbestehenden systemischen Defizite in den Bereichen der Justizreform, Korruption und Verbrechensbekämpfung nicht mehr mit den Instrumenten für Beitrittskandidaten angegangen werden und es entfiel die Motivation einer künftigen Mitgliedschaft.¹⁴¹ Vorausschauend etablierte die EU in dem Beitrittsvertrag einen besonderen “Kooperations- und Überwachungsmechanismus” (CVM nach der engli-

¹³⁹ Zur Verbindung des EU-Justizbarometers mit dem Prozess des Europäischen Semesters, <<http://europa.eu>>. Näher *G. Peroni*, *La crisi dell’Euro: Limiti e rimedi dell’Unione economica e monetaria*, 2012, 151 ff.

¹⁴⁰ Zur engen Verbindung der völkerrechtlichen Instrumente zur Bewältigung der Schuldenkrise zum EU-Recht näher BVerfG, 2 BvE 8/11 vom 28.2.2012.

¹⁴¹ Näher *E. Gateva*, *Post-Accession Conditionality Support Instrument for Continuous Pressure?*, KFG Working Paper 18 (2010), 16.

schen Bezeichnung “Cooperation and Verification Mechanism”). Dieses Instrument soll beiden Ländern bei der “Entwicklung von funktionierenden Verwaltungs- und Rechtssystemen” helfen, so dass sie “einerseits ihre mit der Mitgliedschaft verbundenen Pflichten erfüllen, andererseits aber auch deren Vorteile genießen können” und zudem “den Menschen in Bulgarien und Rumänien [zu] ermöglichen, ihre Rechte als EU-Bürger in vollem Umfang wahrzunehmen.”¹⁴² Er findet ausschließlich auf diese beiden Mitgliedstaaten Anwendung und gewährt EU-Institutionen weitreichende Befugnisse.

Der CVM konzentriert sich auf das Justizsystem und den Kampf gegen die Korruption und das organisierte Verbrechen. Bulgarien muss sechs *benchmarks* verwirklichen, darunter die “Gewährleistung von transparenten und leistungsfähigen Gerichtsverfahren durch Annahme und Umsetzung eines neuen Gerichtsverfassungsgesetzes und einer neuen Zivilprozessordnung”, die Verbesserung von Professionalität, Verantwortlichkeit und Effizienz in der Judikative sowie die effektive Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens.¹⁴³ Rumänien muss “transparentere und leistungsfähigere Gerichtsverfahren durch Stärkung der Kapazitäten und Rechenschaftspflicht des Obersten Richterrats” gewährleisten und ebenso die Korruption bekämpfen.¹⁴⁴ Der CVM führt damit eine staaten-spezifische Form der Überwachung nach dem Beitritt ein.¹⁴⁵ Die Überwachung der aufgestellten Bedingungen erfolgt durch die Kommission, die spätestens alle sechs Monate Bericht erstattet.¹⁴⁶

¹⁴² Vgl. die “Bewertung der laufenden Fortschritte Bulgariens und Rumäniens”, <<http://ec.europa.eu>>.

¹⁴³ Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens (Anm. 123), Anhang.

¹⁴⁴ Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption (Anm. 123), Anhang.

¹⁴⁵ E. Gateva (Anm. 141), 6; F. Trauner, in: F. Schimmelfennig/F. Trauner (Hrsg.), *Post-accession Compliance in the EU’s New Member States*, European Integration online Papers (EIoP) 13 (2009) (Special Issue 2), Art. 21, <<http://eiop.or.at>>.

¹⁴⁶ Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens (Anm. 123), Art. 2; Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption (Anm. 123), Art. 2. Alle Berichte sind verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>.

Gewiss kann die Nichterfüllung der spezifischen Vorgaben des CVM nicht als normaler Verstoß gegen Unionsrecht geahndet werden; die Kommission kann insbesondere kein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Gleichwohl gibt es Sanktionen. So “kann die Kommission Schutzmaßnahmen nach den Artikeln 36 bis 38 des Beitrittsakts treffen, einschließlich der Aussetzung der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, unter den im Gemeinschaftsrecht festgelegten Voraussetzungen bulgarische Urteile und Gerichtsentscheidungen wie den Europäischen Haftbefehl anzuerkennen und zu vollstrecken”.¹⁴⁷ Diskutiert werden auch finanzielle Sanktionen, obwohl nicht formell Teil des CVM. Im Juli 2008 veröffentlichte die Kommission einen Bericht über die bulgarische Verwendung von Fördergeldern, der “erhebliche Schwächen in der Verwaltung und bei den Kontrollsystemen” und “eine Reihe von Unregelmäßigkeiten, mutmaßlichen Betrugsfällen und Interessenkonflikte zwischen Programmverwaltung und Auftragnehmern” aufdeckte.¹⁴⁸ Er führte zur Aussetzung von Zahlungen in einer Gesamthöhe von € 820 Millionen und dem Entzug der Akkreditierung zweier für die Verwaltung der Gelder zuständiger Behörden.¹⁴⁹

Damit unterwirft die EU Bulgarien und Rumänien einem sanktionsbewehrten Überprüfungsmechanismus, der auf keinen anderen Mitgliedstaat Anwendung findet.¹⁵⁰ Dies ist verfassungspolitisch und auch verfassungsrechtlich von erheblicher Tragweite, da in Kollision mit dem grundlegenden Verfassungsprinzip mitgliedstaatlicher Gleichheit, Art. 4 Abs. 2 EUV. Der Rechtsbegriff des systemischen Defizits kann helfen, diesen Konflikt verfassungsrechtlich aufzulösen, da er die unterschiedliche Behandlung verfas-

¹⁴⁷ Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Bulgariens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption und des organisierten Verbrechens (Anm. 123), Erwägungsgrund 7; Entscheidung der Kommission zur Einrichtung eines Verfahrens für die Zusammenarbeit und die Überprüfung der Fortschritte Rumäniens bei der Erfüllung bestimmter Vorgaben in den Bereichen Justizreform und Bekämpfung der Korruption (Anm. 123), Erwägungsgrund 7.

¹⁴⁸ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Verwaltung der EU-Mittel in Bulgarien, Brüssel, vom 23.7.2008, KOM(2008) 496 endg., 3, 10.

¹⁴⁹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, Brüssel, vom 23.7.2008, KOM(2008) 495 endg.; Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Verwaltung der EU-Mittel in Bulgarien (Anm. 148).

¹⁵⁰ *E. Gateva* (Anm. 141), 6. Allerdings wird dem Beitrittsvertrag mit Kroatien auch eine ähnliche Überwachungsmöglichkeit entnommen, vgl. Art. 36 Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. vom 24.4.2012 L 112/21. Näher *A. Łazowski*, *European Union Do Not Worry, Croatia Is Behind You: A Commentary on the Seventh Accession Treaty*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 8 (2012), 1 (33 ff.).

sungsrechtlich rechtfertigen kann. Allerdings ist diese Rechtfertigung kein Freibrief für jede Ungleichbehandlung, wie noch zu zeigen ist.

b) Die Konditionalitäten der Anpassungsprogramme

Konditionalitäten, also Bedingungen für finanzielle Unterstützung, sind ein etabliertes Instrument, mit dem internationale Geber Empfängerländer zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit drängen.¹⁵¹ Internationale Finanzinstitutionen, insbesondere die Weltbank und der IWF, knüpfen ihre Fördermittel regelmäßig an den Aufbau effektiverer staatlicher Institutionen, die Rechtsstaatlichkeit verwirklichen und Vertrauen schaffen. Diese Verknüpfung von Hilfe und *good governance* gilt in diesen Institutionen als essentiell, damit sie ihr vertragliches Mandat erfüllen können: die Förderung makroökonomischer Stabilität und nachhaltigem Wachstums.¹⁵²

Die finanzielle Hilfe an EU-Mitglieder durch andere Mitgliedstaaten oder die neu etablierten europäischen Mechanismen wie die EFSF oder den ESM folgt diesem Muster. Auszahlungen erfolgen nur, wenn eine von der EU-Kommission, der EZB und dem IWF ernannte sog. Troika bestätigt, dass der Nehmer vereinbarte Reformschritte durchgeführt hat. Die genauen Konditionalitäten finden sich in den sog. wirtschaftlichen Anpassungsprogrammen mit zum Teil sehr detaillierten Vorgaben. Sie sind in unterschiedlichen Instrumenten niedergelegt, so etwa in sog. Memoranda of Understanding oder Entscheidungen des Rates.

Die Anpassungsprogramme zielen hauptsächlich auf den Ausgleich der Zahlungsbilanz und die Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Dieser Teil der EU-Bedingungen, allgemein bekannt als Sparmaßnahmen, sind nicht Gegenstand unserer Studie.¹⁵³ Uns interessieren hier

¹⁵¹ Näher *D. M. Trubek*, The “Rule of Law” in Development Assistance: Past, Present, and Future in: *D. M. Trubek/A. Santos* (Hrsg.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, 2006, 74; *J. Obnesorge*, *Developing Development Theory: Law and Development Orthodoxies and the Northeast Asian Experience*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 28 (2007), 219.

¹⁵² *S. Schlemmer-Schulte*, *International Monetary Fund, Structural Adjustment Programme (SAP)*, in: *MPEPIL*, Rn. 18; *IMF, Review of the Fund’s Experience in Governance Issues*, 2001, 6; *I. Shibata*, *Preface: Good Governance and the Role of Law in Economic Development*, in: *A. Seidman/R. B. Seidman/T. W. Wälde* (Hrsg.), *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, 1999, xvii.

¹⁵³ Für eine kritische Analyse aus wirtschaftspolitischer Sicht siehe *J. Pisani-Ferry/A. Sapir/G. Wolff*, *EU-IMF Assistance to Euro-Area Countries: An Early Assessment*, *Bruegel Blueprint* 19 (2013); *K. Armingeon/L. Baccaro*, *Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation*, *Industrial Law Journal* 41 (2012), 254. Zu den

allein die Konditionalitäten, die auf die Effektivität nationaler Gerichte und Verwaltungen abzielen.

Entsprechende Konditionalitäten sind in den Programmen für Griechenland zahlreich zu finden, da die Schwäche des griechischen Rechtssystems als ein wichtiger Faktor für die wirtschaftlichen Probleme gilt. So forderten die Gläubiger u.a. belastbare Statistiken zur Judikative, die Informatisierung der Justiz ("e-justice"), ihre Beschleunigung, Mediationsverfahren und die Überarbeitung der Zivilprozessordnung.¹⁵⁴ Diese Vorgaben für das notorisch langsame und ineffiziente griechische Gerichtssystem legen konkrete Zahlen fest, um eine genauere Überwachung zu erlauben.¹⁵⁵ Ähnliche Vorgaben leiten die Reform der griechischen öffentlichen Verwaltung, die den Gläubigern ähnlich defizitär wie Gerichtssystem erscheint. So sind Gesetzesentwürfe und die wichtigsten Verordnungsentwürfe mit einem Zeitplan für ihre Umsetzung zu versehen.¹⁵⁶ Für die Restrukturierung der Steuerverwaltung werden detaillierte Vorgaben gemacht.¹⁵⁷

Die EU stellt jedoch nicht nur Anforderungen, sondern bietet auch technische Hilfe an, um die Verbesserung von Institutionen (sog. capacity building) in Griechenland zu unterstützen. Die Task Force for Greece (TFGR), eine Unterabteilung der EU-Kommission, hat ihren Sitz in Brüssel, aber auch Büros in Athen. Griechenland ist nach seinen Abkommen mit internationalen Gläubigern verpflichtet, die durch andere Mitgliedstaaten, die Europäische Kommission, den IWF oder andere Organisationen angebotene technische Hilfe in bestimmten Bereichen anzunehmen.¹⁵⁸ Diese technische Hilfe wird durch die TFGR koordiniert.

menschenrechtlichen Aspekten der Sparmaßnahmen, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis: Issue Paper (2013); United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Report on Austerity Measures and Economic and Social Rights, E/2013/82 (7.5.2013); A. Fischer-Lescano, Troika in der Austerität: Rechtsbindungen der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Kritische Justiz 2014, 2. Aus der Sicht nationaler Rechtsordnungen, A. Maniatakis, Die verfassungsrechtlichen Aspekte des Memorandums (auf gr.), Dikaiomata tou Anthropou 51 (2011), 689.

¹⁵⁴ Europäische Kommission, Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen, The Second Economic Adjustment Programme for Greece, March 2012, Occasional Papers 94, verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>, 81.

¹⁵⁵ Z. B. wurde ein Ziel der Reduzierung des Rückstaus von Fällen um 50 % bis Juni 2012, um mind. 80 % bis Mitte Dezember 2012 und eine vollständige Reduzierung bis Ende Juli 2013 festgesetzt, Europäische Kommission (Anm. 154).

¹⁵⁶ Europäische Kommission (Anm. 154), 78.

¹⁵⁷ Europäische Kommission (Anm. 154), 101.

¹⁵⁸ Europäische Kommission, Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen, The Second Economic Adjustment Programme for Greece, March 2012, Occasional Papers 94, verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>, 131.

ZaöRV 74 (2014)

Der Zweck der Task Force lautet, relevante Felder zu identifizieren und dann die technische Hilfe zu koordinieren, damit Griechenland die geforderten Strukturreformen nach dem EU/IWF-Anpassungsprogramm erfolgreich durchführen kann. Ein signifikanter Teil seiner Arbeit konzentriert sich auf Reformen der öffentlichen Verwaltung und der Justiz sowie den Kampf gegen die Korruption. Die Expertise der TFGR, deren Mitarbeiter aus den EU-Mitgliedstaaten, internationalen Organisationen oder anderen spezialisierten Einrichtungen stammen, wird vornehmlich auf zwei Wegen abgerufen: die Bereitstellung kurzfristiger Hilfe und die Unterstützung langfristiger Projekte.¹⁵⁹ Derzeit liegt ein besonderer Fokus auf der Steuerverwaltung und der Informatisierung der Verwaltung (sog. e-governance).¹⁶⁰ Die TFGR ist weiter in Bemühungen involviert, die Effizienz des griechischen Justizsystems zu verbessern.¹⁶¹ Dabei ist die TFGR nicht nur dienend unterwegs. Obwohl es mehr ihre Aufgabe ist, Griechenland technische Hilfe anzubieten als Reformen durchzusetzen, so lassen die engen Verbindungen zwischen der Task Force und der Troika vermuten, dass ihre guten Ratschläge mit "Biss" versehen sind.

Bis zum Jahre 2013 fehlte es an einem gemeinsamen rechtlichen Rahmen für Anpassungsprogramme, die entsprechend von Land zu Land erhebliche Unterschiede zeigen. Dies änderte sich mit der EU-Verordnung 472/2013 über "den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind".¹⁶² Sie strukturiert und verschlankt die Erarbeitung und Überwachung von Anpassungsprogrammen. Art. 7 Abs. 8 der Verordnung regelt den Ausbau von Kapazitäten für Mitgliedstaaten, die "unzureichende Verwaltungskapazitäten oder erhebliche Probleme bei der Durchführung des Anpassungsprogramms" haben. Solche Mitgliedstaaten "ersuch[en] (...) die

¹⁵⁹ Vgl. Task Force for Greece, Fifth Activity Report, October 2013, verfügbar unter <<http://ec.europa.eu>>, 41 f.

¹⁶⁰ Task Force for Greece (Anm. 159), 21 f.

¹⁶¹ Task Force for Greece (Anm. 159), 32 f. Die TFGR war auch aktiv auf den Feldern Asyl und Einwanderung, sie unterstützte die Vorbereitung des "Griechischen Aktionsplans zur Handhabung von Asyl und Einwanderung", welcher konkrete Ziele, Ergebnisse und Zeitpläne sowie Haushaltsschätzungen enthielt, Task Force for Greece (Anm. 159), 12.

¹⁶² Verordnung (EG) Nr. 472/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind, ABl. vom 27.5.2013 L 140/1.

Kommission um technische Hilfe”, welche dann die Ziele und die Mittel der Hilfe im Einzelnen festlegt und eine Expertengruppe einsetzt.¹⁶³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Konditionalitäten in den Anpassungsprogrammen die Rechtsstaatlichkeit befördern und so systemischen Defiziten begegnen können. Sie erweisen sich als ein vielversprechendes Instrument bei der Bewältigung der europäischen Verfassungskrise. Allerdings sind auch hier schwere verfassungsrechtliche Probleme zu vermelden, die noch thematisiert werden (III. 3.). Zuvor sei jedoch ein drittes Instrument vorgestellt, mit dem die Union systemischen Defiziten begegnet.

c) Gegenseitiges Vertrauen und die Umverteilung der Verantwortlichkeit

Eine der Grundfunktionen der Vermutung, dass alle Mitgliedstaaten den Werten des Art. 2 EUV genügen, ist die rechtliche Begründung gegenseitigen Vertrauens. Dieses Vertrauen ist für die alltägliche politische, rechtliche und administrative Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten unentbehrlich, ohne die der Binnenmarkt, der europäischen Rechtsraum, ja die gesamte Integration nicht funktionieren. Es ist jedoch dem Begriff der Vermutung innewohnend, dass sie widerlegt werden kann.¹⁶⁴ Hier ergibt sich ein weiterer Anwendungsbereich des Rechtsbegriffs systemisches Defizit. Wenn Institutionen eines Mitgliedstaats systemische Defizite zeigen, können Institutionen anderer Staaten gerechtfertigt oder sogar verpflichtet sein, die Zusammenarbeit zu modifizieren oder gar einzustellen. Dies impliziert oft eine Verschiebung von Verantwortung und Zuständigkeit zwischen den beteiligten Staaten.

Die Entscheidung *N. S. und andere v. SSHD* bietet hierfür ein wichtiges Beispiel.¹⁶⁵ Es ging um die rechtliche Bedeutung der griechischen Unfähig-

¹⁶³ Die Vorschrift erlaubt sogar eine Interpretation, wonach in den extremen Fällen ein EU-Mitgliedstaat diese Hilfe annehmen muss.

¹⁶⁴ Zum Begriff der Vermutung und seiner Rolle in der rechtlichen Argumentation *N. Rescher*, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, 2006; *E. Ullman-Margalit*, *On Presumption*, *The Journal of Philosophy* 80 (1983), 143.

¹⁶⁵ EuGH verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 Slg. 2011, I-13991 – *N. S. v. Secretary of State for the Home Department und M. E. and others v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* (2011). Vgl. *S. Lieven*, *Case report on C-411/10, N. S. and C-493/10, M. E. and others*, 21.12.2011, *European Journal of Migration and Law* 14 (2012), 223; *I. Canor*, *My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: “An ever Closer Distrust among the Peoples of Europe”*, *CML Rev.* 50 (2013), 383; *R. Bank/C. Hruschka*, *Die EuGH-Entscheidung zu Überstellungen nach Griechenland und ihre Folgen für Dublin-Verfahren (nicht nur) in Deutschland*, *ZAR* 2012, 182; *K. Hailbronner/D. Thym*, *Vertrauen*

keit, Asylbewerber im Einklang mit den europäischen Grundrechten zu behandeln. Konkret wandte sich der asylsuchende Herr N. S. gegen eine britische Entscheidung, ihn nach Griechenland zu überstellen, das gemäß der Dublin-Verordnung für seinen Asylantrag zuständig war. Dagegen trug er vor, das griechische Asylverfahren sei so defizitär, dass eine Überstellung seine Grundrechte verletzen würde. Dem schloss sich der EuGH an und betonte, Mitgliedstaaten sollten einen Asylsuchenden nicht an einen anderen Mitgliedstaat überstellen, “wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (...) ausgesetzt zu werden.”¹⁶⁶ Der Gerichtshof bestätigte, dass Griechenland systemische Mängel zeigte und sah die Vermutung als widerlegt, auf welcher die Dublin-Verordnung beruht, nämlich dass alle EU-Mitgliedstaaten mehr oder weniger gleich effizient bei der grundrechtskonformen Bearbeitung von Asylanträgen sind.¹⁶⁷ Ist der Beweis für ein systemisches Defizit in einem bestimmten Staat erbracht, dürfen andere Mitgliedstaaten Asylsuchende nicht in den nach der Dublin-Verordnung zuständigen und verantwortlichen Mitgliedstaat überstellen.¹⁶⁸ Das Gericht betont dabei den *systemischen Charakter* des Mangels. Nicht *jedes* Defizit untergräbt die Zuständigkeitsverteilung in der Asylpolitik, sondern nur “wesentliche Probleme bei der Ausführung, die zu einer systemischen Verletzung europäischer Grundrechte führen.”¹⁶⁹ Um ein Kriterium für die Suspendierung sekundären Unionsrechts zu formulieren, differenzierte der EuGH zwischen Situationen “geringste[r]”¹⁷⁰ oder “geringfügige[r]”¹⁷¹ Verstöße und solchen, die einen systemischen Mangel in einem EU-Mitgliedstaat erkennen lassen.

Dabei erscheint der Gerichtshof vom Recht der EMRK und vor allem dem Urteil *M.M.S.* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

im europäischen Asylsystem, NVwZ 2012, 406; *P. García Andrade*, La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los derechos fundamentales, *Revista General de Derecho Europeo* 27 (2012), 1.

¹⁶⁶ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 94 und 106.

¹⁶⁷ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 84.

¹⁶⁸ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 94. Ähnlich EuGH Rs. C-4/11, Urteil vom 14.11.2013, Rn. 36 – *Bundesrepublik Deutschland v. Kaveh Puid*; EuGH Rs. C-394/12, Urteil vom 10.12.2013, Rn. 62 – *Abdullahi v. Bundesasylamt*. Zur Rechtsprechung ausführlich *A. Lübke* (Anm. 41).

¹⁶⁹ *I. Canor* (Anm. 165), 401.

¹⁷⁰ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 84.

¹⁷¹ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 85.

inspiriert.¹⁷² In diesem Fall untersuchte der EGMR, ob belgische Asylbehörden “die Vermutung, dass die griechischen Behörden in Asylverfahren ihre internationalen Verpflichtungen erfüllen, als widerlegt hätten betrachten müssen.”¹⁷³ Er hielt fest, dass der bloße Erlass von Gesetzen und der Beitritt zu internationalen Verträgen, die Asylsuchende schützen, nicht ausreichen; es kommt auch auf die richtige Anwendung an.¹⁷⁴ Auf dieser Grundlage befand er, dass die Mängel in Griechenland die Vermutung widerlegten.

Der EuGH knüpft daran an. Er buchstabiert allerdings nicht aus, was geringfügige von systemischen Mängeln unterscheidet. Hierzu hat sich eine intensive wissenschaftliche Diskussion entfaltet.¹⁷⁵ Immerhin kann man der Entscheidung entnehmen, dass die Länge des Verfahrens und Schwere des Defektes eine wichtige Rolle spielen.¹⁷⁶ Der Gerichtshof befand ausdrücklich, dass es Fälle geben könne, in denen die Vermutung, dass Mitgliedstaaten “im Großen und Ganzen” zum Schutz von Grundrechten fähig sind, nicht länger Bestand haben kann.¹⁷⁷ Dieser Ansatz ist seit Juni 2013 sekundärrechtlich in der sog. Dublin-III-Verordnung verankert. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der EU-Verordnung 604/2013 muss der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat nunmehr feststellen, ob “die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in diesem [dem eigentlich zuständigen, AvB, MI] Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen”.¹⁷⁸

Mit dem Rechtsbegriff des *systemischen Mangels* in der Asylpolitik, den wir als eine Fallgruppe des systemischen Defizits begreifen, kann man somit die Vermutung widerlegen, auf der das gegenseitige Vertrauen der Mitglied-

¹⁷² EGMR, Große Kammer, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, 21.1.2011, Beschwerdenr. 30696/09. Zum Urteil V. *Moreno-Lax*, Dismantling the Dublin System: *M.S.S. v. Belgium and Greece*, *European Journal of Migration and Law* 14 (2012), 1; *A. von Arnould*, Konventionsrechtliche Grenzen der EU-Asylpolitik – Neujustierungen durch das Urteil des EGMR im Fall *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, *EuGRZ* 2011, 238; *D. Thym*, Menschenrechtliche Feinjustierung des Dublin-Systems zur Asylzuständigkeitsabgrenzung – Zu den Folgewirkungen des Straßburger *M.S.S.*-Urteils, *ZAR* 2011, 368.

¹⁷³ EGMR, *M.S.S.* (Anm. 172), Rn. 345.

¹⁷⁴ EGMR, *M.S.S.* (Anm. 172), Rn. 353.

¹⁷⁵ Neben den bereits genannten Autoren weiter *A. Lübke* (Anm. 41); *R. Bank/C. Hruschka* (Anm. 165), 186 f.; *K. Hailbronner/D. Thym* (Anm. 165), 408 f.; *M. Pelzer*, Das EuGH-Urteil vom 21.12.2011 zur “Dublin-II-Verordnung”: Keine Überstellungen bei Grundrechtsverletzungen aufgrund systemischer Mängel, *Asylmagazin* 2012, 102.

¹⁷⁶ *I. Canor* (Anm. 165), 405.

¹⁷⁷ EuGH, *N. S.* (Anm. 165), Rn. 84.

¹⁷⁸ Verordnung (EU) Nr. 604/2013, zitiert *supra* Anm. 37. Vgl. auch den sog. Frühwarnmechanismus, Art. 33 der Verordnung.

staaten gründet,¹⁷⁹ und so die unionale Ordnung von Verantwortung und Zuständigkeiten modifizieren. Es ist durchaus denkbar, dass Mitgliedstaaten bei hinreichendem Anlass zu einer gegenseitigen Kontrolle hinsichtlich der Werte des Art. 2 EUV sogar verpflichtet sind. Dies erscheint durchaus sachgerecht: Das Urteil des EuGH resultierte in einer Umverteilung der Verantwortung, die sowohl für Asylsuchende als auch für Griechenland als fair erscheint. Der Asylsuchende wird vor einem eindeutig unzureichenden Asylsystem geschützt, und Griechenland wird bei einer Aufgabe entlastet, die es offensichtlich überfordert hat und die zwischen den Partnern auch ungerecht verteilt ist.¹⁸⁰ Mit Blick auf das Thema dieses Beitrags ist abschließend festzuhalten, dass zumindest ein Anwendungsbereich des Rechtsbegriffs bereits Gegenstand einer ständigen Rechtsprechung ist.

d) Das neue Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren

Im März 2014 hat die Kommission “Rahmenvorschriften zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in EU Mitgliedstaaten” in der Form einer Mitteilung publiziert.¹⁸¹ Sie ermächtigen zwar nicht zu neuartigen rechtlich bindenden Maßnahmen, stärken jedoch substantiell die Rolle der Union in diesem Bereich. Die Mitteilung etabliert ein Verfahren im Vorfeld von Art. 7 EUV und führt damit eine allgemeine und kontinuierliche Kontrolle ein. Ein solches Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren ist an sich bereits ein neues Instrument und zugleich ein großer integrationspolitischer Schritt.

Drei Merkmale kennzeichnen das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren. Das erste Merkmal ist eben der spezifische Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit. Es kann also nicht zum Schutze aller Werte von Art. 2 EUV verwandt werden, sondern nur zum Schutz des allerdings weit verstandenen Rechtsstaatsprinzips, das als “Grundprinzip für alle übrigen Werte” gilt. Die Rahmenvorschriften enthalten dabei keine Definition der *Rechtsstaatlichkeit*, sondern bauen auf das Werk der Venedigkommission¹⁸² und des EuGH. Im

¹⁷⁹ Zur Verbindung zwischen dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens mit der Rechtsstaatlichkeit und dem Schutz der Grundrechte *M. Póires Maduro*, So Close and Yet so Far: The Paradoxes of Mutual Recognition, *Journal of European Public Policy* 14 (2007), 814; *H. Battjes/E. Brouwer/P. de Morree/J. Ouwerkerk* (Hrsg.), *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration, and Criminal Law. Reconciling Trust and Fundamental Rights*, 2011.

¹⁸⁰ Vgl. *I. Canor* (Anm. 165), 417.

¹⁸¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law, 11.3.2014, COM(2014) 158 final.

¹⁸² The Rule of Law (2011) CDL-AD(2011) 003 rev. Study no. 512/2009, 4.4.2011.

Anhang II der Mitteilung nennt die Kommission allerdings sechs konkretisierende Rechtsgrundsätze. Die etwas merkwürdig formulierten Grundsätze lauten “der Grundsatz der Gesetzlichkeit”, “die Rechtssicherheit”, “das Willkürverbot in Bezug auf die Exekutivgewalt”, die “unabhängige und effektive richterliche Kontrolle”, “das Recht auf ein faires Verfahren und (...) Gewaltenteilung” und die “Gleichheit vor dem Gesetz”.

Ein zweites Merkmal des Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens ist die Vermutung, dass in EU-Mitgliedstaaten die *Rechtsstaatlichkeit* gewährleistet ist. Einzelne Grundrechtsverletzungen oder Fehlurteile reichen nicht aus, um gegenüber einem Mitgliedstaat aktiv zu werden. Ein Tätigwerden ist eher für extreme Fälle gedacht, welche “die Integrität, die Stabilität und das ordnungsgemäße Funktionieren der auf nationaler Ebene für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit eingerichteten Organe und Mechanismen” beeinträchtigen. Die Kommission benutzt für diese Fälle den Begriff “*systemic breakdown*” (“systemischer Zusammenbruch”). Nach Ansicht der Kommission wiegen solche Probleme schwerer als individuelle Rechtsverstöße und rechtfertigen ein Vorverfahren, selbst wenn die Schwelle des Art. 7 EUV noch nicht überschritten ist. Damit eröffnet das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren neue Handlungsmöglichkeiten zwischen dem Vertragsverletzungsverfahren und den Verfahren von Art. 7 EUV.

Ein drittes Charakteristikum ist, dass die Kommission sich durch das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren in eine stärkere Rolle bringt, als ihr die Verfahren des Art. 7 EUV zuweisen: Das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren wird allein von der Kommission eingeleitet, und sie trifft alle Entscheidungen ohne Mitwirkung anderer Institutionen.¹⁸³ Dies schließt nicht aus, dass sie sich der Expertise anderer EU-Organe und internationaler Organisationen, wie z. B. die Venedigkommission des Europarats, bedienen kann.

Konkret hat das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren drei Stufen. Wenn es “eindeutige Anzeichen” für eine systemische (“systembedingte”) Gefahr für die Rechtsstaatlichkeit gibt, nimmt die Kommission einen Dialog mit dem betreffenden Mitgliedstaat auf, indem sie ihm eine Warnung in Form einer vertraulichen “Stellungnahme zur Rechtsstaatlichkeit” (*rule of law opinion*) übermittelt, in der sie ihre Bedenken ausführt. Löst der Mitgliedstaat das Problem nicht zufriedenstellend, richtet die Kommission eine “Rechtsstaatlichkeitsempfehlung” (*rule of law recommendation*) an den Mitgliedstaat, dessen “wesentlicher Inhalt” veröffentlicht wird und so den

¹⁸³ Nach den Rahmenvorschriften informiert die Kommission das Europäische Parlament und den Rat “eingehend und in regelmäßigen Abständen” über die Entwicklung des Verfahrens.

Mitgliedstaat unter deutlich stärkeren Druck setzt. Diese Empfehlung enthält “assessments and conclusions”, also wohl konkrete Feststellungen; zudem setzt sie eine Frist. Reagiert der Mitgliedstaat hierauf ebenfalls nicht in angemessener Weise, so verbleiben dann die Mechanismen nach Artikel 7 EUV, wobei die Kommission sich in den Rahmenvorschriften offen hält, ob sie diese Mechanismen aktiviert.

Das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Es respektiert nach dem oben Dargelegten die Grenzen der Verbandskompetenzen der Union (II. 2. a)). Die Organkompetenz der Kommission ergibt sich aus ihrer Antragsbefugnis im Rahmen von Art. 7 EUV sowie ihrer allgemeinen Rolle als Hüterin der Verträge, Art. 17 Abs. 1 EUV. Da die Stellungnahme und die Empfehlung der Kommission keine rechtliche Bindung haben, bedarf es keiner ausdrücklichen Rechtsgrundlage (II. 2. a)). Wie oben ausführlich gezeigt, kann man anhand des Begriffs *systemisch* die unionserheblichen Probleme der Rechtsstaatlichkeit von episodischen Rechtsverletzungen unterscheiden, so dass hinreichende rechtsstaatliche Bestimmtheit besteht. Die primäre Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Prinzipien von Art. 2 EUV wird nicht angetastet. Die strukturierte Reihenfolge von definierten Phasen baut somit in rechtlich zulässiger und verfassungspolitisch begrüßenswerter Weise erheblichen politischen Druck auf den entsprechenden Mitgliedstaat auf.

3. Einige verfassungsrechtliche Probleme

Der Rechtsbegriff des *systemischen Defizits* und die ihm hier zugeordneten Instrumente sind nicht für den Normalfall gedacht, sondern gehören vielmehr zum derzeit entstehenden europäischen Recht der Verfassungskrise.¹⁸⁴ Über den Verfassungsvergleich lässt sich das Verständnis dieser Entwicklung und ihrer Problematik vertiefen. Krisen werden durch die Verfassungen dieser Welt ganz unterschiedlich angegangen. Einige beschränken sich auf minimale Regelungen.¹⁸⁵ Andere, so das deutsche *Grundgesetz*, verfügen über eher detaillierte Bestimmungen.¹⁸⁶ Die heutige deutsche Detail-

¹⁸⁴ Näher C. Joerges, *Recht und Politik in der Krise Europas*, Merkur 66 (2012), 1013.

¹⁸⁵ D. Dyzenhaus, *State of Emergency*, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Anm. 15), 442 (443).

¹⁸⁶ Das deutsche Grundgesetz verfügt seit 1968 in den Art. 115a bis 115l GG über detaillierte Regelungen für den sog. Verteidigungsfall. Zur Genese und Systematik dieser Notstandsvorschriften vgl. W. Heun, *Vorb. zu Art. 115a-115l*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 2. Aufl. 2008. Daneben kennt das GG noch den sog. Katastrophennotstand, vgl. dazu B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 12. Aufl. 2012, Art. 35 Rn. 7 ff. und den sog. Verfassungs- oder

dichte ist nicht zuletzt den schlimmen Erfahrungen des Jahres 1932 zu verdanken, als die schwankende, aber demokratische Regierung Preußens durch einen Kommissar der proto-autoritären Reichsregierung abgesetzt wurde.¹⁸⁷ Wie auch immer die Verfassung im Einzelnen aussieht: die Rechtsvergleichung lehrt, dass es für eine erfolgreiche Krisenbewältigung von großer Bedeutung ist, dass die Maßnahmen das Gesamtgefüge der Verfassung respektieren.¹⁸⁸ Dies sollte auch für die europäische Verfassungskrise gelten.

Die Herausforderung ist zweifach. Auf der einen Seite benötigt die EU leistungsfähige Instrumente, um auf Situationen zu reagieren, welche die Grundwerte der europäischen Verfassungsordnung gefährden. Dass sie handeln muss, ergibt sich aus der in Art. 7 EUV niedergelegten Rolle als Garantin der kollektiven Ordnung, aus ihrer Verantwortung gegenüber allen Unionsbürgern sowie den Sachzwängen, die sich aus der engen Interdependenz der europäischen Staaten ergeben. Auf der anderen Seite kann nicht jede Handlung gerechtfertigt werden.¹⁸⁹ Die Verfassungsvergleichung legt eben nahe, dass die Maßnahmen nicht die Verfassungslegalität untergraben oder das Verfassungsprojekt verraten dürfen.

Für die Union bedeutet dies zunächst, dass ihre Maßnahmen nicht einem semi-hegemonialen Exekutivföderalismus Vorschub leisten dürfen.¹⁹⁰ Die Dynamik sollte vielmehr in Richtung eines stärkeren freiheitlichen und demokratischen europäischen Gemeinwesens gehen.¹⁹¹ Doch auch bei einer Betrachtung einzelner Instrumente, seien sie der EU oder den Mitgliedstaat-

Staatsnotstand in Art. 91 GG, vgl. dazu A. Hopfauf, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. 2004, Vorb. v. Art. 115a, Rn. 24. Die Systematik der deutschen Notstandsvorschriften war Gegenstand zahlreicher Analysen, vgl. anstatt vieler R. Grote, Regulating the State of Emergency – The German Example, Isr. Y.B. Hum. Rts. 33 (2003), 151, sowie A. Jakob, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes, KJ 2005, 323.

¹⁸⁷ Die Rechtmäßigkeit befürwortend C. Schmitt, Die Verfassungsmäßigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preußen, Deutsche Juristen-Zeitung 37 (1932), 951 (953). Zur Gegenansicht siehe H. Mayer, Verfassungsbruch oder Verfassungsschutz (Staatsrechtliche Bemerkungen zum Konflikt Reich-Preußen), Die Justiz 7 (1931-32), 545 (564). Vgl. weiter H. Kelsen, Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932, Die Justiz 8 (1932-33), 65 (89 ff.), der der Meinung war, dass die Rechtsansicht der Reichsregierung nicht weniger plausibel als die Entscheidung des Staatsgerichtshofs war, der versucht hatte, ein Gleichgewicht zwischen den Rechtsansichten der Reichsregierung und der Preußischen Landesregierung zu wahren.

¹⁸⁸ D. Dyzenhaus (Anm. 185), 443.

¹⁸⁹ Zu einschlägigen Argumentationsformen lichtvoll A. Jakob (Anm. 186), 323.

¹⁹⁰ Anders C. Schönberger, Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union, Merkur 66 (2012), 1.

¹⁹¹ J. Habermas, Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität, in: Im Sog der Technokratie – Kleine politische Schriften XII, 2013, 82.

ten zuzurechnen, zeigen sich schwierige Fragen hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit oder Vereinbarkeit mit dem europäischen Projekt.¹⁹²

Vor dem Hintergrund der rechtsvergleichenden Einsichten bestehen etwa erhebliche Bedenken, dass ein substantieller Teil des Rechts der Verfassungskrise außerhalb des Unionsrechts steht. Der ESM und die Konditionalitäten sind völkerrechtliche Instrumente. Es gibt zwar rechtliche und institutionelle Verbindungen zur Union und ihrem Recht, aber gleichwohl sind ESM und die Konditionalitäten nicht den Verträgen, der Verfassung der Union, unterworfen. Gewiss, der EuGH und auch nationale Gerichte haben dieses Vorgehen mit den Verträgen für vereinbar erklärt.¹⁹³ Es erscheint jedoch vor dem Hintergrund der rechtsvergleichenden Erkenntnis als ein bedeutendes verfassungsrechtliches Ziel, das neue Recht der Verfassungskrise mit dem europäischen Projekt, wie es Art. 1-19 EUV niederlegen, in Einklang zu bringen. Dasselbe gilt für den Überwachungsmechanismus für Bulgarien und Rumänien. Obwohl er in den Beitrittsverträgen geregelt und daher Teil des Unionsrechts ist, bewegt er sich materiell außerhalb des "normalen" Verfassungsrahmens.

Auch die Konditionalitäten, welche Griechenland zu mehr Rechtsstaatlichkeit bewegen sollen, werfen wichtige Fragen auf, insbesondere aus demokratischer Perspektive.¹⁹⁴ Die unklare Verteilung von Verantwortung zwischen IWF, Kommission, EZB und staatlichen Stellen, die Nutzung rechtlich kaum definierter Instrumente und Verfahren sowie die eingeschränkte parlamentarische Kontrolle auf europäischer und nationaler Ebene erscheinen tief problematisch. Es reicht nicht aus, dass die Konditionali-

¹⁹² K. Tuori/K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, 2014, 119 ff.

¹⁹³ EuGH Rs. C-370/12, Urteil vom 27.11.2012 – *Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland and The Attorney General*. Ebenso BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 18.3.2014. Zum Urteil des EuGH S. Adam/F. J. Mena Parras, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, E.L.Rev. 2013, 848; P. Craig, *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, Eu Const. L. Rev. 9 (2013), 263; P.-A. van Malleghem, *Pringle [sic!]: A paradigm shift in the European Union's Monetary Constitution*, GLJ 14 (2013), 141; G. della Cananea, *L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, La comunità internazionale 67 (2012), 3. Vgl. nun aber auch den Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 2728/13 vom 14.3.2014. In diesem Beschluss hat das BVerfG festgestellt, dass das von der EZB angekündigte OMT-Programm zu einer offensichtlichen und strukturell bedeutsamen Kompetenzüberschreitung führt. Vorbehaltlich der Auslegung durch den EuGH hat das BVerfG das OMT-Programm als unvereinbar mit dem Primärrecht geklärt. Zu diesem Urteil siehe die Beiträge in *The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court: Special Issue*, GLJ 15 (2014).

¹⁹⁴ Detailliert E. Chiti/P. G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, CML Rev. 50 (2013), 683; M. Ioannidis, *EU Financial Assistance Conditionality After "Two-Pack"*, ZaöRV 74 (2014), 61 (100 ff.).

täten dem griechischen Parlament unterbreitet wurden,¹⁹⁵ zumal die zuständigen europäischen und internationalen Beamten und Experten über erhebliche Ermessensspielräume verfügen. Vor allem aber macht es das regulatorische Gestrüpp aus Berichten, Bewertungen, Vorgaben und Zielen für betroffene Wähler sehr schwierig, zuzuordnen, wo Macht und damit Verantwortung liegen.¹⁹⁶ Bürgerschaftliche Orientierung, parlamentarische Repräsentation und Kontrolle, Transparenz, Partizipation und Deliberativität, also die Eckpunkte des europäischen Demokratiebegriffs, wie ihn die Art. 9 bis 12 EUV niederlegt, sind in diesem so wichtigen Politikfeld kaum zu finden.

IV. Systemisches Defizit – ein Spaltpilz für Europa?

Der europäische Rechtsraum befindet sich in einer Verfassungskrise, die vielfältige Ursachen hat. Grundwerte der EU-Rechtsordnung sind bedroht. Entsprechend suchen Politiker, Verwaltungsbeamte, Richter, Wissenschaftler und Publizisten nach Wegen, mit dieser Krise umzugehen. Dies verlangt sowohl rechtliche und politische Instrumente, die den Krisenphänomenen wirksam, aber verfassungstreu begegnen, als auch analytische Kategorien, welche die Krise begrifflich fassbar machen. Dazu gehören Rechtsbegriffe, die, an den Werten des Art. 2 EUV ausgerichtet, die kritischen Phänomene rechtlich fassen, das einschlägige Instrumentarium systematisieren und es zudem bewerten. Wir meinen, dass der Begriff systemisches Defizit hier gute Dienste leisten kann.

Der vorgestellte Rechtsbegriff des systemischen Defizits ist eine dogmatische Rekonstruktion, die auf Kernbestimmungen des EU-Vertrages, dem EuGH-Fallrecht und der Rechtsvergleichung sowie Beobachtungen und Einschätzungen europäischer wie internationaler Institutionen beruht. Er identifiziert Situationen, in denen die soziale Funktion des Rechts in einer Weise schwächelt, dass die Rechtsstaatlichkeit im Sinne von Art. 2 EUV gefährdet ist. Unter den Begriff lassen sich weiter die Maßnahmen fassen, die diesen Situationen begegnen sollen; *systemisches Defizit* kann zum Systembegriff des europäischen Rechts der Verfassungskrise werden. Wir zeigen, dass die Verträge die Entwicklung eines Rechts der Verfassungskrise erlauben, aber zugleich Vorgaben und Schranken enthalten. Hier bleibt für die Forschung allerdings viel zu tun.

¹⁹⁵ Zum Zwang von Finanzierungsbedingungen, vgl. *K. Stiles*, IMF Conditionality, Coercion or Compromise?, *World Development* 18 (1990), 959.

¹⁹⁶ Näher *M. Ioannidis* (Anm. 194), 89 ff.

Rechtswissenschaftlich ist der Begriff daher gut vertretbar. Gleichwohl erscheint die Feststellung, dass Justiz und Verwaltung in einigen Mitgliedstaaten systemisch defizitär sind, besorgniserregend, ja verstörend. Kann man dieses Ergebnis guten Gewissens propagieren? In einer Union, in der gegenseitiges Misstrauen grassiert, in der Völker gegeneinander mobilisiert werden, in der der Bilateralismus Urstände feiert, könnte ein Begriff wie der des systemische Defizits die Entfremdung vertiefen. Aber eine Krise wird durch Wegschauen nicht bewältigt, und eine umsichtige Problembewältigung muss das Problem zunächst einmal klar fassen. Zudem erweitert der Begriff das Problemverständnis: Es geht, recht verstanden, nicht allein um die Stabilisierung des Euroraumes. Der Rechtsbegriff *systemisches Defizit* verteidigt sehr viel grundsätzlicher das Recht der europäischen Bürger, ja aller Menschen im europäischen Rechtsraum, europäische Rechte zu haben und so an den Errungenschaften der Union tatsächlich teilzuhaben.