

# Tyrannie der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite

*Armin von Bogdandy\**

Abstract	504
I. Dogmatik im Neuland der Werte	504
II. Herausforderungen, verfassungsrechtlich gefasst	508
1. Optionen	508
2. Dagegen	510
3. Dafür	512
III. <i>Systemisches Defizit</i> als Schlüsselbegriff	516
1. Vom Ausdruck zum Begriff	516
2. Eskalationsträchtige intersystemische Kommunikation	519
3. Die Gewalt im Begriff	520
4. Wertdefizit und Rechtsverstoß	522
5. Systemisch	524
IV. Dogmatische Eckpunkte	527
1. Der Instrumentenkoffer	527
2. Kompetenzfragen	531
a) Art. 7 EUV in der Kompetenzordnung	531
b) Sekundärrechtliche Instrumente	534
c) Justiziabilität der Werte	535
d) Insbesondere Verfassungsgerichte	538
3. Verfahren	539
4. Tatbestand	542
a) Rote Linien	542
b) Wertende Gesamtbetrachtung im Einschätzungsverbund	545
c) Allgemeine und konkrete Gefahr	547
5. Kontrolle	549
V. Tyrannie der Werte?	550
Summary: Towards a Tyranny of Values? Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies	551

---

\* Prof. Dr., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Ich danke der Dienstagsrunde, insbesondere *Dr. Laura Hering, Giacomo Rugge, Matthias Schmidt* und *Dimitri Spieker*, für wertvolle Kritik und Unterstützung.

## Abstract

Seit 2007 sollen die europäischen Werte die Grundlage des europäischen Hauses bilden und eine neue Quelle von Legitimität und Stabilität vermitteln. Schritte, diese Werte durchzusetzen, treffen aber auf den Einwand einer "Tyrannei der Werte". Der erste Schritt erörtert die verfassungsrechtliche Frage, ob und warum die Union gleichwohl eingreifen sollte. Der zweite entfaltet den Ausdruck *systemisches Defizit* als rechtlichen Schlüsselbegriff des Feldes und Angelpunkt eskalationsträchtiger Kommunikation. Es bedarf Instrumente, die abgestimmt, effektiv und zugleich möglichst legitim sind. Zu diesem Zweck entwickelt der dritte Schritt einen gemeinsamen Rechtsrahmen für einschlägige Instrumente, bestehend aus den Bausteinen Rechtsgrundlage, Verfahren, Maßstab und Kontrolle.

## I. Dogmatik im Neuland der Werte

2007 adelt der Lissaboner Vertragsgeber die *Grundsätze* des Vertrags über die Europäische Union als europäische *Werte*. Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit, Wahrung der Menschenrechte verlassen damit das Reich des "nur" Juristischen. Der Vertragsgeber postuliert sie als tatsächliche normative Orientierungen, die höchst wertvoll, weithin geteilt, tief verankert sind und damit die eigentliche Grundlage des gemeinsamen europäischen Hauses bilden. Diese Gründung jenseits der mitgliedstaatlichen Ratifikationen soll wohl eine neue Quelle von Legitimität und Stabilität vermitteln.<sup>1</sup> Heute jedoch verschärft der Schritt von Lissabon die Krisenwahrnehmung: Erscheinen tragende Werte als schwach oder umstritten, so kann dies leicht das ganze Haus erschüttern. Der Weg in die Werteunion erweist sich als nicht weniger risikoreich denn der in die Währungsunion.

Der europäische Wertediskurs ist von einem Selbstversicherungsdiskurs in einen Krisendiskurs mutiert.<sup>2</sup> Ihn befeuern derzeit insbesondere Maßnahmen, mit denen Regierungen kontrollierende Institutionen modifizieren und dabei, so die Sorge, kritisch schwächen. Zumeist sieht man den Wert

---

<sup>1</sup> Zu den einschlägigen Überlegungen während der Beratungen C. Mandry, Europa als Wertegemeinschaft. Eine theologisch-ethische Studie zum politischen Selbstverständnis der Europäischen Union, 2009, 55 ff.; zum philosophischen Bedürfnis H. Joas, Die Entstehung der Werte, 1997.

<sup>2</sup> P. M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, Der Staat 56 (2017), 389; A. Voßkuhle, Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft, 2018, 16 ff.

der Rechtsstaatlichkeit gefährdet, aber die Werte der Demokratie und die Achtung der Menschenrechte sind ebenso angesprochen.<sup>3</sup> Politikwissenschaftlich gelten solche Maßnahmen als geradezu symptomatisch für defekte oder illiberale Demokratien, für autoritäre Tendenzen.<sup>4</sup>

Den konkreten Anlass dieses Beitrags bildet der Umbau der polnischen Justiz in den Jahren 2015-2018.<sup>5</sup> Die polnischen Entwicklungen stehen aber keineswegs alleine. In einer Reihe von EU-Mitgliedstaaten sind ähnliche Tendenzen zu beobachten, insbesondere in Ungarn.<sup>6</sup> Vielleicht befindet sich der europäische Konstitutionalismus sogar in einem "verfassungsprägenden Moment".<sup>7</sup> Es steht zu entscheiden, ob er illiberale Demokratien *umfasst* oder aber *bekämpft*. Im ersten Falle wäre das Ende des bisherigen konstitutionellen Selbstverständnisses eingeläutet, da illiberale Demokratien die gemeinsamen Werte des Art. 2 Vertrag über die Europäische Union (EUV) in Zukunft mitprägen würden. Der alternative Weg verlangt, das bisherige Selbstverständnis zu behaupten. Dazu müsste der europäische Konstitutionalismus "rote Linien" ziehen und verteidigen. Das würde ebenfalls eine

<sup>3</sup> Grundsätzlich J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 109 ff.; konkret C. Möllers/L. Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, 2018, 97 ff. So auch Erwägung (3) Vorschlag für eine Verordnung über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final.

<sup>4</sup> H. Lauth/J. Sebring, Putting Deficient *Rechtsstaat* on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes, Comparative Sociology 8 (2009), 165; S. Kailitz/P. Köllner, Zur Autokratieforschung der Gegenwart: Klassifikatorische Vorschläge, theoretische Ansätze und analytische Dimensionen, PVS Sonderheft 47 (2012), 9 (11); W. Merkel, Vergleich politischer Systeme: Demokratien und Autokratien, in: M. G. Schmidt/F. Wolf/S. Wurster (Hrsg.), Studienbuch Politikwissenschaft, 2013, 207 (223 ff.).

<sup>5</sup> Eine Aufstellung der besonders problematischen Maßnahmen in Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, Rn. 6 ff.; zum Kontext K. Bachmann, Zur Entwicklung der polnischen Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte 10-11 (2018), 9 ff.; W. Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, 2019.

<sup>6</sup> G. Halmai, Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective, in: S. Kadelbach (Hrsg.), Verfassungskrisen in der Europäischen Union, 2018, 85. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.9.2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Art. 7 Abs. 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht (2017/2131[INL]). Zu Rumänien, siehe Venice Commission, Romania – Opinion on Draft Amendments to Law No. 303/2004 on the Statute of Judges and Prosecutors, Law No. 304/2004 on Judicial Organisation, and Law No. 317/2004 on the Superior Council for Magistracy (22.10.2018), CDL-AD(2018)017; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.11.2018 zur Rechtsstaatlichkeit in Rumänien (2018/2844[RSP]).

<sup>7</sup> Begriffsprägend B. Ackerman, We the People: Foundations, Bd. 1, 1991, 6, dort allerdings mit einer anderen Stoßrichtung.

enorme Entwicklung implizieren, da er deutlichere Konturen und echte Wehrhaftigkeit entwickeln würde.

Es ist der letztere Weg, den dieser Beitrag erkundet. Sicherlich betritt das Europarecht auf ihm höchst schwieriges Neuland.<sup>8</sup> Nicht nur ist ungewiss, ob seine Instrumente illiberale Regierungen zum Umlenken bewegen können. Vielmehr sind bereits Legalität wie Legitimität des europäischen Vorgehens bestritten. Sogar der Rat der Europäischen Union hält ein Instrument der Europäischen Kommission für schlichtweg unzulässig.<sup>9</sup> Manche akademische Stimmen und sogar das Europäische Parlament sehen das europäische Vorgehen als allzu einseitig.<sup>10</sup> Andere werfen der Union eine Doppelmoral vor, weil sie selbst den Werten nicht genüge, welche sie von ihren Mitgliedern einfordert.<sup>11</sup> Deshalb sei insbesondere die Europäische Kommission als Hüterin der liberalen Demokratie "ungeeignet".<sup>12</sup>

Mancher sieht im Neuland des Europarechts sogar, was *Carl Schmitt* als "Tyrannei der Werte" brandmarkte: wertzerstörerische Wertverwirklichung.<sup>13</sup> Der polnische Botschafter in Berlin ließ im April 2017 vernehmen, dass alle europäischen Werte in Polen gepflegt werden, nur: "Das Problem ist die Interpretation. Brüssel ist zu sehr ideologisch geprägt. Und zwar durch linksliberale Ideologie."<sup>14</sup> Diese Positionierung ist symptomatisch: *Uwe Volkmann* beobachtet, dass es heutzutage in der europäischen Gesellschaft "verschiedene Wertewelten gibt, die nur noch um sich selber kreisen

<sup>8</sup> Früh *T. Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum (Hrsg.), *Liber Amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, 1998, 873.

<sup>9</sup> Gutachten des juristischen Dienstes, Mitteilung der Europäischen Kommission "Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips": Vereinbarkeit mit den Verträgen, 10296/14.

<sup>10</sup> *M. Mendelski*, Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit, *Leviathan* 44 (2016), 366 (390); *C. Franzius*, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn, *DÖV* 71 (2018), 381 (382, 386); Erwägung (K) Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.11.2018 zu der Notwendigkeit eines umfassenden EU-Mechanismus zum Schutz der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte (2018/2886[RSP]).

<sup>11</sup> *J. H. H. Weiler*, Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law, in: C. Closa/D. Kochenov (Hrsg.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, 2016, 313 (326).

<sup>12</sup> *F. Schorkopf*, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, *EuR* 51 (2016), 147 (159); *R. Janse*, Is the European Commission a Credible Guardian of the Values?: A Revisionist Account of the Copenhagen Political Criteria During the Big Bang Enlargement, *I.CON* 17 (2019), 43.

<sup>13</sup> *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, 3., korrigierte Aufl. Mit einem Nachwort von *Christoph Schönberger*, 2011, 48 ff. Der Ausdruck "Tyrannei der Werte" stammt von *N. Hartmann*, *Ethik*, 1926, 524 f.

<sup>14</sup> Zitiert nach *A. Voßkuhle* (Anm. 2), 17.

und zwischen denen es kaum noch eine Berührung gibt".<sup>15</sup> Die Vorherrschaft der einen gilt der anderen dann leicht als Tyrannei.

Die Auseinandersetzung über Werte ist oft wenig rational: Werte werden eher verbissen verteidigt als diskursiv begründet.<sup>16</sup> Gleichwohl ist ein rationaler Umgang durchaus möglich, wie *Alexander Hollerbach* wegweisend gegen die *Schmittschule* zeigte.<sup>17</sup> In diesem Sinn unterbreitet dieser Beitrag eine prinzipiengeleitete Rekonstruktion des rechtlichen Materials, die zu effektivem und legitimen Handeln beitragen soll.<sup>18</sup> Er beruht auf einem Verständnis, dass juristische Dogmatik auch in konflikthaften Situationen legitimations- und effektivitätsverbürgend wirken kann.<sup>19</sup>

Der erste Schritt beschreibt den verfassungsrechtlichen Horizont der Frage, ob man in einem Fall wie dem polnischen eingreifen sollte (II.). Es geht einerseits um nationale Demokratie, die Gefahr eines Scheiterns, aber auch die einer europäischen Staatswerdung (II. 1.), andererseits um das konstitutionelle Selbstverständnis, Unionsbürgerschaft sowie das gegenseitige Vertrauen (II. 2.). Der zweite Schritt (III.) entfaltet den Ausdruck *systemisches Defizit* als rechtlichen Schlüsselbegriff. Er wird aus dem Zusammenhang der Rechtsordnungen des europäischen Rechtsraums erschlossen: Die Qualifizierung *systemisch defizitär* ist Angelpunkt einer eskalationsträchtigen Kommunikation zwischen Rechtsordnungen (III. 2.), mit der eine Rechtsordnung auf eine andere korrigierend einwirkt (III. 3.), weil sie einen Rechtsverstoß sieht (III. 4.), der so erheblich ist, dass er die Kooperation gefährdet (III. 5.). In diesem schwierigen Terrain bedarf es Instrumente, die abgestimmt, effektiv und legitim sind. Zu diesem Zweck entwickelt der dritte Schritt einen gemeinsamen Rechtsrahmen für einschlägige unionsrechtliche, mitgliedstaatliche und völkerrechtliche Instrumente (IV. 1.), bestehend aus den Bausteinen *Rechtsgrundlage* (IV. 2.), *Verfahren* (IV. 3.), *Maßstab* (IV. 4.) und *Kontrolle* (IV. 5.).

---

<sup>15</sup> U. Volkmann, Wertedämmerung, Merkur 72 (2018), 5 (14).

<sup>16</sup> Vgl. nur G. Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, KJ 10 (1977), 353 ff.

<sup>17</sup> A. Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, AöR 85 (1960), 241 (247 ff.).

<sup>18</sup> Dies gilt auch in Krisen: D. Dyzenhaus, State of Emergency, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, 442 (443).

<sup>19</sup> So in seltenem Gleichklang *Schmitt* und *Habermas*: C. Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1950; J. Habermas, Discourse Theory and International Law, Verfassungsblog, 12.5.2013.

## II. Herausforderungen, verfassungsrechtlich gefasst

### 1. Optionen

Alle Institutionen öffentlicher Gewalt im europäischen Rechtsraum müssen seine grundlegenden Werte achten. Diese Verpflichtung gilt nicht nur innerhalb einer Rechtsordnung. Vielmehr, und hier liegt eine bemerkenswerte Besonderheit des europäischen Rechtsraums, verpflichten sich die Rechtsordnungen gegenseitig auf einen verfassungsrechtlichen Kernbestand.<sup>20</sup> Am deutlichsten sprechen Art. 2, 7 und 49 EUV. Aber mitgliedstaatliches Verfassungsrecht stellt heute vielfach ähnliche rechtsordnungsübergreifende Anforderungen, insbesondere im Verhältnis zur Union. Aber auch im zwischenstaatlichen Verhältnis verdichten sich die Anforderungen.<sup>21</sup> So verlangt der Europäische Gerichtshof (EuGH) etwa derzeit von mitgliedstaatlichen Gerichten, die Unabhängigkeit eines kooperierenden Richters in Polen zu prüfen.<sup>22</sup> Völkerrechtliche Vorgaben treten ergänzend hinzu, insbesondere Art. 3 Satzung des Europarats sowie die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).<sup>23</sup> Wenngleich man angesichts des europäischen Verfassungspluralismus nicht von einer Identität dieser Anforderungen ausgehen darf, so erscheint doch unzweifelhaft, dass die Rechtsordnungen sich wechselseitig auf weithin überlappende Kerngehalte verpflichten.<sup>24</sup>

Damit ist aber keineswegs festgelegt, ob und wie öffentliche Institutionen diese Grundwerte verteidigen sollen. Art. 7 EUV, der spezifische Mechanismen niederlegt, ist eine Ermessensnorm: Die Union kann, sie muss aber nicht die europäischen Werte gegen ihre Mitgliedstaaten verteidigen.<sup>25</sup> Auch

<sup>20</sup> Eine Übersicht bei A. von Bogdandy, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band XI: Internationale Bezüge, 2013, Rn. 232; A. von Bogdandy, Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area, I.CON 12 (2014), 980.

<sup>21</sup> BVerfGE 140, 317 – *Identitätskontrolle; The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119.

<sup>22</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 60 ff. – *Minister for Justice and Equality; I. Canor, My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe"*, CML Rev. 50 (2013), 383.

<sup>23</sup> Näher R. Uerpmann-Witzack, The Constitutional Role of International Law, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2009, 131.

<sup>24</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in EuGH Rs. C-62/14, EU:C:2015:7, Rn. 61 – *Gauweiler u.a.*

<sup>25</sup> 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 Eu-

alle anderen Instrumente lassen einen weiten Spielraum.<sup>26</sup> Es gibt Raum für Erwägungen politischer Klugheit und institutioneller Opportunität.

Die Alternativen zu einer expliziten Werteverteidigung sind zu erwägen. Aus unionsrechtlicher Perspektive liegen vier besonders nahe. Eine erste konfliktvermeidende Option lautet, nichts zu tun und, mit liberalem Optimismus, auf die Selbstheilungskräfte des liberalen Konstitutionalismus zu vertrauen. Eine zweite Option wäre, autoritäre Tendenzen primär im Europarat zu thematisieren, in Anerkennung von dessen besonderer Expertise in Fragen mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts.<sup>27</sup> Damit würde die Zusammenarbeit in der Union von dem Konflikt entlastet. Eine dritte Option liegt in einem unionalen Vorgehen, das sich auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränkt und damit immerhin die so konfliktträchtige Auseinandersetzung über Werte vermeidet. In diesem Sinne war die Kommission gegen Ungarn vorgegangen: Die Entmachtung der Gerichtsbarkeit wurde als unzulässige Diskriminierung älterer Richter unter der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78 zum EuGH gebracht.<sup>28</sup> Als vierte Option kommt in Betracht, dass mitgliedstaatliche Institutionen die Federführung übernehmen, sei es kollektiv, wie im Falle der Sanktionen gegen Österreich,<sup>29</sup> oder bilateral, etwa durch die Versagung der justiziellen Kooperation oder die Nutzung von Art. 259 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).<sup>30</sup>

Die Ausübung von solchem Ermessen im europäischen Rechtsraum ist nicht frei, sondern hat rechtsgleitet zu erfolgen und muss sich mit guten

---

ropäischen Union, KOM(2003) 606 endgültig, 6; *M. Ruffert*, in: C. Callies/M. Ruffert, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, EUV, Art. 7 Rn. 8.

<sup>26</sup> Es mag aber auch Konstellationen geben, in denen eine Handlungspflicht besteht, *P. M. Huber* (Anm. 2), 389.

<sup>27</sup> *K. Tuori*, From Copenhagen to Venice, in: C. Closa/D. Kochenov (Anm. 11), 225 (237). Zum Verfahren unter Art. 20 lit. c Satzung des Europarats, *M. Wittinger*, Der Europarat, 2005, 130 ff.

<sup>28</sup> EuGH Rs. C-286/12, EU:C:2012:687, Rn. 24 ff. – *Kommission v. Ungarn*; kritisch *G. Halmai*, The Early Retirement Age of the Hungarian Judges, in: F. Nicola/B. Davies (Hrsg.), EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence, 2017, 471.

<sup>29</sup> Dazu *M. Abtisaari/J. A. Frowein/M. Oreja*, Bericht über das Eintreten der österreichischen Regierung für die gemeinsamen europäischen Werte, 8.9.2000, Rn. 116; *F. Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, 2002; *K. Lachmayer*, Questioning the Basic Values – Austria and Jörg Haider, in: A. Jakab/D. Kochenov (Hrsg.), The Enforcement of EU Law and Values, 2017.

<sup>30</sup> Vgl. *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119; BVerfGE 140, 317 – *Identitätskontrolle*; *E. Hirsch Ballin*, Mutual Trust: The Virtue of Reciprocity – Strengthening the Acceptance of the Rule of Law through Peer Review, in: C. Closa/D. Kochenov (Anm. 11), 133; *D. Kochenov*, Biting Intergovernmentalism: The Case for the Re-invention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool, The Hague Journal of the Rule of Law 7 (2015), 153.

ZaöRV 79 (2019)

Gründen erklären.<sup>31</sup> Die strukturierende Aufbereitung entsprechender Rechtsgründe ist eine wesentliche Aufgabe einer Dogmatik, die sich gleichermaßen als kritisch und konstruktiv begreift. Auch wenn sie in aller Regel kein bestimmtes Ergebnis empfehlen kann, wirkt sie doch rationalisierend. Wie bei den meisten schwierigen Entscheidungen finden sich gute Gründe in beide Richtungen: Gegen eine unionale Werteverteidigung streiten vor allem die Achtung demokratischer Selbstbestimmung sowie eine Gefährdung des Bestands der Union, zu der es sowohl wegen eines Scheiterns als auch im Falle des Erfolgs kommen könnte (II. 2.), für ein Vorgehen sprechen hingegen das verfassungsrechtliche Selbstverständnis der Union und der Mitgliedstaaten, der Schutzauftrag gegenüber den polnischen Bürgern als Unionsbürgern sowie der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens (II. 3.). Diese Prinzipien beschreiben zugleich das normative Spannungsfeld, in dem die Dogmatik der Instrumente zu entfalten ist.

## 2. Dagegen

Gewichtige Argumente legen große Zurückhaltung nahe. Besonders naheliegend, und von der polnischen Regierung intensiv bemüht, ist der Doppelpack von Demokratie und nationaler Identität. Art. 2 EUV nennt die Demokratie als Grundwert, Art. 4 Abs. 2 EUV schützt die “nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen [...] zum Ausdruck kommt”. Wenn nun eine demokratisch gewählte Regierungsmehrheit jene grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen modifiziert, diesen “heiligsten” Bereich nationaler Autonomie, so gibt es eine starke Vermutung, dass die Union oder andere Mitgliedstaaten nicht intervenieren sollten. Komparativ steht außer Frage, dass die Situation in Polen und selbst in Ungarn nicht mit der Situation in Russland oder der Türkei verglichen werden kann, zwei offensichtliche Beispiele defekter Demokratien.<sup>32</sup> Zu berücksichtigen ist weiter, dass bei einem anspruchsvollen Verständnis der Werte viele Mitgliedstaaten ins Fadenkreuz gerieten. Das kann kaum die Absicht des EU-Vertrags sein, hat er doch den Schutz nationaler Identität zu Grundprinzipien erhoben.

Hinzu tritt die Erwägung, die Union nicht zu beschädigen. Art. 1, 3 und 13 EUV gebieten, die Union zu schützen, um mit ihr Politik zum Wohle

---

<sup>31</sup> Grundsätzlich *T. von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 33 ff., 50 f., 71, 84, 87, 107 f., 361 ff.; *C. Fraenkel-Haeberle*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe, technisches Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit*, DÖV 58 (2005), 808 (810 ff).

<sup>32</sup> *J. H. H. Weiler* (Anm. 11), 314.



der Bürger zu verfolgen. Der Versuch, eine gewählte Regierung unter eine gemeinsame Verfassung zu beugen, führt leicht zu gefährlichen Konflikten, und Wertkonflikte sind besonders eskalationsträchtig. Ein solcher Konflikt kann die Verfassung, um deren Schutz es geht, selbst gefährden.<sup>33</sup> Man erinnere nur die Eskalation, als der spanische Zentralstaat 2017 gegen die katalanische Regierungsmehrheit vorging.<sup>34</sup> Die Union erscheint in einem Wertekonflikt besonders gefährdet, da sie seit ihrem "konstitutionellen Moment" der Bewältigung des französischen "leeren Stuhls" auf den prinzipiellen Konsens aller beteiligten Regierungen angelegt ist.<sup>35</sup> Einem europäischen Vorgehen gegen die derzeitige polnische Regierungsmehrheit fehlen zudem wichtige Ressourcen, die der spanische Zentralstaat gegen die katalanische Regierung mobilisieren konnte: ein klares demokratisches Mandat, ein entwickeltes Nationalbewusstsein, das Instrument des Bundeszwangs.

Wichtige polnische Repräsentanten haben klar gemacht, dass sie ein Vorgehen europäischer Institutionen gegen ihren Umbau der polnischen Justiz als illegitim betrachten.<sup>36</sup> Es erscheint durchaus möglich, dass eine europäische Werteverteidigung spektakulär scheitert, was die Autorität der Union nachhaltig beschädigen dürfte. Ein Scheitern würde in aller Öffentlichkeit zeigen, wie brüchig die Fundamente des gemeinsamen europäischen Hauses sind.

Aber auch ein Erfolg könnte die Union in massive Schwierigkeiten bringen. Sollte sie sich gegen eine so widerständige Regierung wie die polnische durchsetzen, so impliziert das einen enormen Machtbeweis, ja Machtgewinn. Die Union würde erheblich an Statur gegenüber ihren Mitgliedstaaten gewinnen, wenn sie ein vielfach als harmlos erachtetes Instrumentarium zu einer Art Bundeszwang entfaltete.<sup>37</sup> Man könnte darin einen großen Schritt zu einer europäischen Staatswerdung sehen, fehlt es doch der Union zur

<sup>33</sup> D. Dyzenhaus (Anm. 18); lehrreich die vergleichende Föderalismusforschung, C. Möllers/L. Schneider (Anm. 3), 5 ff.

<sup>34</sup> M. J. García Morales, Federal Execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the Crisis in Catalonia, ZÖR 73 (2018), 791 ff.

<sup>35</sup> L. van Middelaar, Vom Kontinent zur Union: Gegenwart und Geschichte des vereinten Europa, 2016, 107 ff., 120.

<sup>36</sup> Siehe die Aussage des polnischen Ministerpräsidenten *Mateusz Morawiecki*, zitiert nach M. Steinbeis, The Deed, Not the Doer, Verfassungsblog, 3.2.2018; der Vizepräsident des polnischen Verfassungsgerichts kündigte an, dass er jede Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gegen Polen als illegitim betrachte, M. Muszyński, Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości, verfügbar unter: <<http://www.rp.pl/>>.

<sup>37</sup> Ein Zeichen könnte möglicherweise der polnische Gehorsam gegenüber der einstweiligen Verfügung des Gerichtshofs in der EuGH Rs. C-619/18 – *Kommission v. Polen* betreffend den obersten Gerichtshof sein.

Staatlichkeit vor allem an echter Durchsetzungsgewalt.<sup>38</sup> Diese Gewalt dürfte nach einem solchen Machtbeweis neu eingeschätzt werden und könnte energische Gegenreaktionen auslösen, welche die Union ebenso wie ein Scheitern gefährden könnten. Kurzum: Wer das Zögern allein als politischen Opportunismus deutet, verkennt den verfassungsrechtlichen Rahmen.<sup>39</sup>

### 3. Dafür

Es gibt aber auch gewichtige Rechtsgründe für eine spezifische Verteidigung der europäischen Werte. Drei erscheinen besonders einschlägig: das Selbstverständnis der Union als Wertegemeinschaft, die Unionsbürgerschaft und das Prinzip gegenseitigen Vertrauens.<sup>40</sup> Diese Gründe ergänzen das allgemeine Unionsinteresse an einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts, das bislang die Unionsaufsicht über die Mitgliedstaaten beherrschte.

Ein erster Grund für eine Werteverteidigung seitens der Union ergibt sich aus ihrem primärrechtlich niedergelegten Selbstverständnis als liberaldemokratisches Friedensprojekt, das als solches die Anerkennung der europäischen Öffentlichkeit genießt. Nach Art. 2 EUV "gründet" sie sich auf die Achtung der Werte. Dies gilt nicht nur für die Union als Gefüge supranationaler Institutionen, sondern auch für die Union als Verbund ihrer Mitgliedstaaten. Art. 2 EUV artikuliert die Maßstäbe, denen *jedliches* hoheitliche Handeln im europäischen Rechtsraum zu genügen hat.<sup>41</sup> Deshalb sind ihre Achtung und Förderung nach Art. 49 EUV die Schlüsselvoraussetzung der Mitgliedschaft, nicht etwa marktwirtschaftliche Verfasstheit oder ökonomische Leistungsfähigkeit. Der Ausdruck "Wert" unterstreicht den Charakter dieser Prinzipien als "*Abschlussfiguren*" im europäischen Rechtsraum, als "*letzte Gründe*", "*Unterbintergebbares*".<sup>42</sup> Mit Art. 2 EUV machen alle Mitgliedstaaten eine grundsätzliche Aussage, wer sie sind und wo-

<sup>38</sup> Siehe unten III. 3.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *D. Kochenov/L. Pech*, Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and Its First Activation, *JCMS* 54 (2016), 1062.

<sup>40</sup> Zu Rechtsgründen eines Einschreitens *C. Closa/D. Kochenov/J. H. H. Weiler*, Reinforcing Rule Of Law Oversight In The European Union, *EUI Working Paper RSCAS* 2014/25 (2014), 5 ff.; *C. Hillion*, Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means, in: *C. Closa/D. Kochenov* (Anm. 11), 59 (60 ff.).

<sup>41</sup> Näher *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 13 ff.

<sup>42</sup> *N. Luhmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, 19; vgl. auch *J. Habermas* (Anm. 3), 311 ff.

für sie stehen, was die Logik ihrer institutionellen Praktiken und die moralischen Überzeugungen ihrer Bürger sind, welches Europa die Union organisiert. Kurzum: Art. 2 EUV positiviert das Verständnis der Union als Wertegemeinschaft.

Angesichts substantiierter Vorwürfe, dass die polnischen Maßnahmen europäische Werte verletzen, wäre ein europäisches Schweigen hierzu bedeutungsvoll. Es stellte diese Wertegemeinschaft in Frage: Die gemeinsame axiologische Grundlage erschiene entweder als eine unbegründete Illusion oder aber dergestalt, dass sie Entwicklungen wie die polnischen mit umfasste. In beiden Fälle würde sich das bislang gepflegte Selbstverständnis als kaum haltbar erweisen. Die Distanz zu *Trumps* Amerika, vielleicht sogar zu *Putins* Russland und *Erdogans* Türkei würde sich merklich verringern. Die Union befände sich in einer tiefen Identitätskrise.

Ein weiterer Rechtsgrund findet sich im unionalen Schutzauftrag für alle Individuen im europäischen Rechtsraum und insbesondere für polnische Bürger gegenüber ihrer eigenen Staatsgewalt.<sup>43</sup> Wohlgermerkt: Hier wird kein subjektivrechtlicher Anspruch auf unionales Einschreiten gegen die polnischen Maßnahmen hergeleitet; das wäre juristische *Science Fiction*. Gleichwohl sind die betroffenen individuellen Rechtspositionen für die Ermessensausübung von großer Relevanz.

Ein Anknüpfungspunkt für den Schutz polnischer Bürger als Unionsbürger ist die Rechtsprechung des EuGH in *Ruiz Zambrano*: Danach “steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird”.<sup>44</sup> Die Unionsbürgerschaft schützt in besonders kritischen Konstellationen gegen die eigene Staatsgewalt, selbst bei rein internen Sachverhalten.

Dieser “Kernbestand der Rechte” umfasst den Wesensgehalt der Menschenrechte in Art. 2 EUV,<sup>45</sup> so dass ein mitgliedstaatlicher Eingriff in diesen Wesensgehalt selbst in “rein innerstaatlichen Sachverhalten” unionsrechtlich erfasst ist. Konzeptionell ist dies eine Art “umgekehrte” *Solange*-

<sup>43</sup> C. Franzius (Anm. 10), 384.

<sup>44</sup> EuGH Rs. C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 42 – *Ruiz Zambrano*.

<sup>45</sup> Ausführlich A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj, Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States, CML Rev. 49 (2012) 489; A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkolj, A European Response to Domestic Constitutional Crisis: Advancing the Reverse-Solange Doctrine, in: A. von Bogdandy/P. Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory Law and Politics in Hungary and Romania, 2015, 235; A. von Bogdandy/C. Antpöhler/M. Ioannidis, Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework, in: A. Jakab/D. Kochenov (Anm. 29), 218.

Doktrin: Außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta bleibt ein Mitgliedstaat grundrechtlich autonom, *solange* er den Standard des Art. 2 EUV gewährleistet. Wird dieser Standard aber unterschritten, müssen alle öffentlichen Institutionen im europäischen Rechtsraum die Wesensgehalte der unionsrechtlichen Grundrechte gegen defizitäre mitgliedstaatliche Maßnahmen durchsetzen.<sup>46</sup>

Das *LM (deficiencies)*-Urteil des EuGH zu den polnischen Justizreformen bestätigt diese Dimension.<sup>47</sup> Der Gerichtshof nimmt das Grundrecht auf ein faires Verfahren und ein unparteiisches Gericht (Art. 47 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union [GRC]) zum Ausgangspunkt, um eine Verletzung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV justiziabel zu machen. Mit dieser Logik können jetzt wohl *alle* Wertverletzungen gerichtlich geprüft werden, insbesondere Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.<sup>48</sup> Dies geht weit über die ursprüngliche “umgekehrte” *Solange*-Doktrin hinaus, die sich zunächst einmal allein auf die Achtung der Menschenrechte bezog.

Dieser bürgerschaftliche Grund für ein Tätigwerden der Union gegenüber Polen ist nicht nur normativ, sondern auch kognitiv von großer Bedeu-

<sup>46</sup> Hierzu die Beiträge von *M. Avbelj, D. Halberstam, A. Jakab, D. Kochenov, J. Komárek, M. Kumm, P. Lindseth, A. K. Mangold, J. W. Müller, W. Sadurski, P. Sonnevend, D. Thym, R. Uitz, A. Wiener* und *F. de Witte*, in: *M. Steinbeis/A. Kemmerer/C. Möllers* (Hrsg.), *Gebändigte Macht: Verfassung im europäischen Nationalstaat*, 2015. *J. Croon-Gestefeld*, *Reverse Solange – Union Citizenship as a Detour on the Route to European Rights Protection Against National Infringements*, in: *D. Kochenov* (Hrsg.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, 2017, 371; *M. Blauburger*, *Europäischer Schutz gegen nationale Demokratiedefizite?*, *Leviathan* 44 (2016), 280; *A. M. Russo*, *La cittadinanza “sostanziale” dell’UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una “reverse Solange”?*, *federalismi.it* (2014); *A. Voßkuhle*, *The Cooperation Between European Courts: The Verbund of European Courts and Its Legal Toolbox*, in: *A. Rosas/E. Levits/Y. Bot* (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, 2013, 81 (94 ff.); *D. Kochenov*, *On Policing Article 2 TEU Compliance – Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, *Y.B. Int’l L.* 33 (2013), 145.

<sup>47</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality*. Die Bezeichnung *deficiency* findet sich in der Bezeichnung des Falls durch den Generalanwalt sowie in der einschlägigen englischen Presseerklärung des EuGH. Die deutsche Fassung spricht von *Mängeln*. Ausführlich *A. von Bogdandy/L. D. Spieker*, *Countering the Judicial Silencing of Critics. Article 2 TEU Values, Criminal Liability and Reverse Solange*, MPIL Research Paper 2019-08.

<sup>48</sup> *L. D. Spieker*, *From Moral Values to Legal Obligations – On How to Activate the Union’s Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, MPIL Research Paper 24 (2018); *M. Schmidt/P. Bogdanowicz*, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, *CML Rev.* 55 (2018), 1061 (1090).

tung.<sup>49</sup> Er korrigiert ein Deutungsschema, das alle Polen auf die Seite der polnischen Regierungsmehrheit stellt. Dieses Schema ist unzutreffend: Viele Polen kämpfen um die freiheitliche Verfassungsstaatlichkeit ihres Landes.<sup>50</sup> Sie stützen sich dabei auch auf ihren Status als Unionsbürger, wie die europäische Flagge bei regierungskritischen Demonstrationen zeigt. Für die Unionsbürgerschaft ist es ein großer Moment: Ihr wächst genuin politisches Gewicht zu.

Ein dritter Grund ist das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens. In der *LM* (*systemische Defizite*)-Entscheidung macht der Gerichtshof klar, dass Maßnahmen wie die polnischen die Grundstruktur der Union auch deshalb gefährden, weil die Verletzung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit das gegenseitige Vertrauen untergräbt, ohne das wichtige Bereiche der europäischen Zusammenarbeit nicht funktionieren können.<sup>51</sup>

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens ist spätestens seit der Plenarentscheidung zum EMRK-Beitritt der Union im Jahre 2014 von zentraler Bedeutung.<sup>52</sup> Alle Mitgliedstaaten *müssen* darauf *vertrauen*, dass alle Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere dessen Grundrechte beachten.<sup>53</sup> Dieser Grundsatz ist zutiefst kontrafaktisch, da er auf die offensichtliche Schwäche des gegenseitigen Vertrauens im europäischen Rechtsraum reagiert. In der Sache hat er recht: Die Vertrauentheorie bestätigt, dass ohne gegenseitiges Vertrauen der gegenwärtige Stand der Integration kaum haltbar ist.<sup>54</sup> Das Gebot solchen Vertrauens erfordert eine Verteidigung der Werte insbesondere dann, wenn sich ein *systemisches Defizit* zeigt.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> M. Mälksoo, The Memory Politics of Becoming European: The East European Subalterns and the Collective Memory of Europe, *European Journal of International Relations* 15 (2009), 653.

<sup>50</sup> Die jetzige Regierungsmehrheit erzielte nur 37,58 % der abgegebenen Stimmen bei einer Wahlbeteiligung von 50,92 %.

<sup>51</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 35 – *Minister for Justice and Equality*; näher E. Regan, The Role of the Principles of Mutual Trust and Mutual Recognition in EU Law, *Il Diritto dell'Unione Europea* (2018), 231.

<sup>52</sup> EuGH Avis 2/13, EU:C:2014:2454, Rn. 191 – *Adhésion de l'Union à la CEDH*; K. Lenaerts, La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust, *CML Rev.* 54 (2017), 805.

<sup>53</sup> So EuGH Avis 2/13, EU:C:2014:2454, Rn. 191 – *Adhésion de l'Union à la CEDH*.

<sup>54</sup> EuGH Rs. C-411/10, EU:C:2011:865, Rn. 83 – *N.S. u.a.*; näher A. von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, *EuR* 52 (2017), 487.

<sup>55</sup> EuGH Rs. C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, Rn. 95 – *C.K. u.a.*

Gewiss, letztlich kann keine Rechtsordnung ihre eigene Grundlage garantieren.<sup>56</sup> Diese verfassungstheoretische Einsicht rät aber keineswegs zur Untätigkeit. Zudem sei daran erinnert, dass Europarat und Europäische Union gerade die Aufgabe haben, als überstaatliche Einrichtungen die nationalen Verfassungen zu stabilisieren. So empfiehlt sich frühzeitiges Tätigwerden im Modus und Geist der Legalität. Ein solches Tätigwerden eröffnet zudem die Chance, den europäischen Konstitutionalismus aus einer kraftvollen Quelle zu beleben: dem Gegensatz zu autoritären Herrschaftsformen.<sup>57</sup>

### III. *Systemisches Defizit* als Schlüsselbegriff

#### 1. Vom Ausdruck zum Begriff

Der Ausdruck *systemisches Defizit* hat das Potenzial zu einem juristischen Schlüsselbegriff im heutigen Europa.<sup>58</sup> Der Ausdruck ist gut eingeführt: Viele Institutionen im europäischen Rechtsraum nutzen ihn oder verwandte Ausdrücke (*strukturelle, generelle* oder *systembedingte Gefährdungen, Defizite, Probleme, Mängel* oder *Schwächen*),<sup>59</sup> um schwierige

<sup>56</sup> So E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, 2006, 92, 112; zu diesem Schlüsselsatz bundesdeutscher Verfassungstheorie J.-W. Müller, What the Dictum Really Meant – And What It Might Mean for us, Constellations 25 (2018), 196; T. Stein, The Böckenförde Dictum – On the Topicality of a Liberal Formula, Oxford Journal of Law and Religion 7 (2018), 97; F. Dirsch, “[...] lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.” Lesarten und Interpretationsprobleme der Böckenförde-Doktrin als eines kanonisierten Theorems der deutschen Staatsrechtslehre, ZfP 56 (2009), 123; J. Habermas, Vorphilosophische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates, in: J. Habermas/J. Ratzinger, Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion, 2007, 15.

<sup>57</sup> Wegweisend K. Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights, American Political Science Review 31 (1937), 417; F. Schorkopf (Anm. 29), 119 ff.; J.-W. Müller, The EU as a Militant Democracy, or: Are There Limits to Constitutional Mutations Within EU Member States?, Revista de Estudios Políticos 165 (2014), 141; M. Klamt, Die Europäische Union als streitbare Demokratie: rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee, 2012.

<sup>58</sup> C. Franzius (Anm. 10), 383 ff.; zu den Problemen F. Schorkopf (Anm. 12), 156.

<sup>59</sup> Vgl. etwa Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final, *passim* (systemische Gefährdung); Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final; Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 VO 604/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von

Konstellationen zu bezeichnen, in denen Grundsätzliches in Frage steht, eben die europäischen Werte.<sup>60</sup> Zumeist geht es um Entwicklungen in den Mitgliedstaaten, und zwar keineswegs allein um autoritäre Tendenzen. Als systemische Defizite gelten auch die verbreitete Nichtanwendung des europäischen Flüchtlingsrechts,<sup>61</sup> insbesondere die unmenschliche Behandlung von Flüchtlingen,<sup>62</sup> die nationale Verweigerung gegenüber unionsrechtlich geforderter Zusammenarbeit in Zivilsachen<sup>63</sup> und verbreitete Korruption.<sup>64</sup> Der Ausdruck passt auch zu grundsätzlicher Kritik an unionalem Handeln, wenn etwa das Vorgehen der Kommission gegen Polen als eine “parteiiische und inkonsistente Evaluierung der Rechtsstaatlichkeit”<sup>65</sup> oder als Ausdruck “linksliberaler Ideologie”<sup>66</sup> qualifiziert wird.

Der Ausdruck findet sich keineswegs nur im EU-Kontext. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) spricht von *systemischen* Problemen in den Konventionsstaaten.<sup>67</sup> Der Begriff ist wichtig, etwa zur Rechtfertigung der Rechtsfortbildung des *Piloturteils*.<sup>68</sup> Der EGMR und das Ministerkomitee nutzen den Rechtsbegriff eines “systemischen” oder “strukturellen” Problems, um “einfache” Verletzungen der Konvention von schwerwiegenden Verletzungen zu unterscheiden, die “struktureller”, nämlich institutionenverändernder Maßnahmen bedürfen.<sup>69</sup> Im Gründungsdo-

---

einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung).

<sup>60</sup> A. von Bogdandy/M. Ioannidis, Das systemische Defizit – Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 74 (2014), 293.

<sup>61</sup> Editorial Comments, The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three Interrelated Problems, CML Rev. 53 (2016), 597.

<sup>62</sup> EuGH Rs. C-411/10, EU:C:2011:865 – *N.S. u.a.*; jetzt Art. 3 Abs. 2 VO 604/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung).

<sup>63</sup> M. Weller, Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law, Journal of Private International Law 11 (2015), 64.

<sup>64</sup> A von Bogdandy/M. Ioannidis (Anm. 60).

<sup>65</sup> M. Mendelski (Anm. 10), 372.

<sup>66</sup> So der polnische Botschafter in Deutschland (Anm. 14).

<sup>67</sup> Vgl. etwa *M.S.S. v. Belgium and Greece [GC]*, 21.1.2011, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 2011-I.

<sup>68</sup> J. Czepek, The Application of the Pilot Judgment Procedure and Other Forms of Handling Large-Scale Dysfunctions in the Case Law of the European Court of Human Rights, ICLR 20 (2018), 347 ff.

<sup>69</sup> 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. Susi, The Definition of a “Structural Problem”

ZaöRV 79 (2019)

kument des Menschenrechtsrats der Vereinten Nationen findet sich der Ausdruck als Tatbestandsvoraussetzung für eine Suspendierung der Mitgliedschaft.<sup>70</sup>

Angesichts vielfacher Verwendungskontexte ist kaum zu erwarten, dass der Ausdruck *systemisches Defizit* (oder ähnliche Ausdrücke) immer dasselbe bedeutet. Aus rechtssystematischen wie pragmatischen Erwägungen heraus sollte man die Bedeutungsvielfalt aber in einem begrifflichen Korridor halten, insbesondere zwischen den engst verbundenen Rechtsordnungen der Union und ihrer Mitgliedstaaten. Dem dient die Entfaltung dieses Ausdrucks zu einem europarechtlichen Begriff. Hierzu werden typische Merkmale des bezeichneten Problems, der allgemeine juristische Sprachgebrauch, der verfassungsrechtliche Rahmen und die Rechtsregime der einschlägigen Instrumente prinzipienorientiert so verknüpft, dass ein übergreifender erkenntnistiftender Bedeutungszusammenhang für den europäischen Rechtsraum entsteht.<sup>71</sup> Ziel einer solchen Begriffsbildung ist es, Legitimität und Effektivität des einschlägigen Handelns zu fördern.

Dreierlei sei klargestellt. Wie stets bei begrifflicher Arbeit muss man sich vor Reifizierungen hüten: Juristisch geht es um die Frage, wann ein Sachverhalt als *systemisch defizitär* qualifiziert werden kann, wovon die Substantivierung *systemisches Defizit* nicht ablenken darf. Zweitens sind die politischen Aspekte dieser Rechtsarbeit offen zu legen, die in ihrem gestalterischen Moment und ihrer Praxisrelevanz liegen. Rechtsbegriffliche Arbeit ist kein Glasperlenspiel, sondern zeitigt Auswirkungen in der Sphäre der Macht. Drittens ist festzuhalten, was begriffliche Arbeit *nicht* leisten kann: determinieren, wann eine konkrete Situation als *systemisch defizitär* qualifiziert werden sollte.<sup>72</sup> Eine solche Qualifizierung verlangt, gerade bei so komplexen Phänomenen wie einem systemischen Defizit, eine *bewertende Gesamtbetrachtung* von Maßnahmen, Situationen und politischen State-

---

in the Case-Law of the European Court of Human Rights Since 2010, GYIL 55 (2012), 385 (413 ff.).

<sup>70</sup> Resolution adopted by the UN General Assembly on 3.4.2006, A/RES/60/251: “The General Assembly, by a two-thirds majority of the members present and voting, may suspend the rights of membership in the Council of a member of the Council that commits gross and systematic violations of human rights.”

<sup>71</sup> Näher R. Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte, 2000, 119.

<sup>72</sup> Analog P. Thiery/J. Sebring/W. Muno, *Wie misst man Recht? Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Rechtsstaatlichkeit*, in: J. Estermann (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung: Beiträge zum Kongress “Wie wirkt Recht?”*, 2009, 141; ähnlich W. Merkel/H.-J. Puhle/A. Croissant/C. Eicher/P. Thiery, *Der transformationstheoretische Kontext*, in: *Defekte Demokratien*, Bd. 1: *Theorie*, 2003, 19 ff., 30 ff.

ZaöRV 79 (2019)



ments. Ein Rechtsbegriff kann eine solche Betrachtung nur einbetten, nicht aber determinieren.

Vier Merkmale bilden die Eckpunkte einer problemorientierten Begriffsbildung. Der Rechtsbegriff *systemisches Defizit* bezeichnet eine eskalationsträchtige Kommunikation zwischen kooperierenden Teilrechtsordnungen des europäischen Rechtsraums (2.), mit der eine Rechtsordnung auf eine andere korrigierend einwirkt (3.), weil sie einen Rechtsverstoß sieht (4.), der so erheblich ist, dass er die Kooperation gefährdet (5.). Fluchtpunkt der Begriffsbildung ist also der enge Verbund der den europäischen Rechtsraum konstituierenden Teilrechtsordnungen. Diese Überlegungen bauen auf einer früheren Studie zum Begriff des systemischen Defizits auf, die sich speziell mit *rechtsstaatlichen* Defiziten befasst.<sup>73</sup> Die folgenden Ausführungen nehmen die früheren Erkenntnisse insbesondere in den Punkten 4 und 5 auf. Gegenüber der Studie von 2014 wird insbesondere die intersystemische Dimension weiterentwickelt und der Begriff auf alle Werte des Art. 2 EUV erweitert.

## 2. Eskalationsträchtige intersystemische Kommunikation

*Erstens* geht es im europäischen Rechtsraum beim Ausdruck *systemisches Defizit* zumeist um eine *eskalationsträchtige Kommunikation zwischen* eng verbundenen Rechtsordnungen, also in einem *Verbund*.

Der Verbundbegriff ist fundamental für einen europäischen Rechtsbegriff des systemischen Defizits: Er erschließt das *intersystemische* Merkmal im Ausdruck *systemisch defizitär*. Der europäische Verbund zeichnet sich dadurch aus, dass die Verbindung zwischen den ihn konstituierenden Rechtsordnungen einerseits so eng ist, dass man sie oft als *Teilrechtsordnungen* versteht, andererseits aber diese Teilordnungen keine gemeinsame Rechtsordnung mit einer hierarchischen Struktur bilden.<sup>74</sup> Als *systemisch defizitär* bezeichnen nun zumeist Organe der *einen* Teilrechtsordnung ein Verhalten von Organen einer *anderen* Teilrechtsordnung. Im europäischen Rechtsraum bedeutet *systemisch defizitär* somit eine Fremdbeschreibung,

<sup>73</sup> A. von Bogdandy/M. Ioannidis (Anm. 60).

<sup>74</sup> P. M. Huber (Anm. 2), 401; dazu F. C. Mayer/H. M. Heinig, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, VVDStRL 75 (2016); weiter V. Röben, Constitutionalism of Inverse Hierarchy: The Case of the European Union, Jean Monnet Working Paper 8 (2003); M. P. Maduro, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: N. Walker (Hrsg.), Sovereignty in Transition, 2003, 502.

eine *intersystemische* und keine *intrasystemische* Kommunikation.<sup>75</sup> Gegenstand der Kommunikation ist dabei nicht irgendein Verhalten, sondern ein vermeintlich besonders problematisches, oft eben eine Verletzung grundlegender Werte. Eine Kommunikation, welche die Verletzung von solchen Werten behauptet, enthält einen schweren Vorwurf und ist damit eskalationsträchtig.<sup>76</sup> Sie birgt ein erhebliches Konfliktpotenzial für die Beziehungen von Institutionen, die nach der Logik des europäischen Rechtsraums auf enge und vertrauensvolle Kooperation angewiesen sind.<sup>77</sup> Sie liegt quer zum allgemeinen Kommunikationsstil im europäischen Rechtsraum, der auf Konsens ausgerichtet ist. Diese Konflikträchtigkeit stellt hohe Anforderungen an die Rechtsregime der einschlägigen Instrumente.

### 3. Die Gewalt im Begriff

Die Notwendigkeit anspruchsvoller Rechtsregime für die einschlägigen Instrumente unterstreicht weiter das *zweite* Merkmal: Mit der Verwendung des Ausdrucks wird oft *öffentliche Gewalt* ausgeübt.

Ist von einem *systemischen Defizit* die Rede, so geht es darum, diesem Defizit zu begegnen, es möglichst zu beseitigen. Wenn die öffentliche Institution einer Rechtsordnung die Akte einer anderen Rechtsordnung als *systemisch defizitär* qualifiziert, dann wirkt sie damit auf die andere Rechtsordnung ein. Sie wendet sich gegen ein bestimmtes Verhalten von Institutionen der anderen Rechtsordnung. Zweck der meisten einschlägigen Instrumente ist es sogar, Druck aufzubauen, um das Defizit abzustellen.

---

<sup>75</sup> Das ist nicht immer so, anders etwa in Erwägung (12), Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 3 Abs. 2 lit. c sowie Art. 10 (Euratom) VO 673/2018/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.5.2018 zur Änderung der Verordnung (Euratom) VO 1141/2014/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen. Sie sieht vor, dass zur Anerkennung einer politischen Partei bzw. Stiftung auf europäischer Ebene und für die öffentliche Förderung aus dem allgemeinen Haushalt der Union diese u. a. die Werte aus Art. 2 EUV respektieren muss. Sofern die Partei oder Stiftung in ihrem Programm oder ihren Aktivitäten "offensichtlich und schwerwiegend" gegen diese Werte verstößt, kann sie aus dem Register gelöscht werden, womit sie den Zugang zu europäischer finanzieller Förderung verliert.

<sup>76</sup> Vgl. Nachweise in Anm. 16.

<sup>77</sup> Dies ist das Grundmotiv des Verbundbegriffs, dazu *D. Burchardt*, Die Rangfrage im europäischen Normenverbund, 2015, 196 ff.; *D. Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *EuR* 50 (2015), 671, (699 f.); *F. Weber*, Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union, *Der Staat* 55 (2016), 151, (163 ff.).

Der Aufbau solchen Drucks durch die Union ist regelmäßig als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren.<sup>78</sup> Zwar fehlen der Union eigene Zwangsmittel wie Polizei und Militär. Ihre Wirkmacht lässt es gleichwohl angebracht erscheinen, sie als Träger öffentlicher Gewalt zu begreifen. Die Qualifizierung als *systemisch defizitär* kann nämlich einschneidende Rechtsfolgen auslösen, etwa die Aussetzung von Stimmrechten (Art. 7 Abs. 2 EUV), finanzielle Sanktionen (Art. 260 AEUV) oder die Unterbrechung der justiziellen Zusammenarbeit.<sup>79</sup> Auch wenn die Union kein Staat ist, so ist heute wohl unstrittig, dass sie öffentliche Gewalt ausübt.

Öffentliche Gewalt wird durch die Qualifizierung einer Situation als *systemisch defizitär* sogar ausgeübt, wenn dies nur zu einer "weichen" Maßnahme führt, etwa zu einer entsprechenden Einstufung im Justizbarometer<sup>80</sup> oder zu einer Empfehlung der Kommission. Die Qualifizierung als *systemisch defizitär* mindert die Reputation des fraglichen Staats, die für die innerstaatliche Stellung einer Regierungsmehrheit, aber auch für deren Position im europäischen und internationalen Verkehr von hoher Bedeutung ist.<sup>81</sup> Entsprechende reputationsschädliche Maßnahmen können nicht im rechtsfreien Raum erfolgen, sondern bedürfen eines legitimierenden Rechtsregimes. Dies bestätigen die Reaktionen etwa auf das Justizbarometer oder das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren der Kommission (EU-Rahmen).<sup>82</sup>

Auf Korrektur abzielende horizontale Maßnahmen zwischen Mitgliedstaaten, etwa die Verweigerung der justiziellen Zusammenarbeit oder Maßnahmen wie 2000 gegen Österreich, rufen ebenfalls nach einem rechtlichen Rahmen. Hier gibt es den völkerrechtlichen Grundsatz des Interventionsverbots, der aber der Komplexität innereuropäischer Beziehungen nicht genügt. Mitgliedstaatliche Maßnahmen der Werteverteidigung sollten in einen gemeinsamen europarechtlichen Rahmen eingebettet sein, welcher der Lo-

<sup>78</sup> Zu diesem weiten, über physische Gewalt hinausgehenden Begriff öffentlicher Gewalt, A. von Bogdandy (Anm. 20); ausf. M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015.

<sup>79</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>80</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2015, COM(2015) 116 final.

<sup>81</sup> Näher A. T. Guzmán, How International Law Works: A Rational Choice Theory, 2008; M. Goldmann (Anm. 78), 7 ff., 337 ff.

<sup>82</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final; kritisch zum Justizbarometer etwa C. A. Kern, Deutschland: Licht und Schatten – einige Bemerkungen zum EU Justice Scoreboard 2015, GPR 13 (2016), 111: "Wissenschaftlich ernstzunehmen ist das Scoreboard nach alledem sicher nicht, weder für Sozialwissenschaftler noch für Juristen"; zum Rechtsrahmen vgl. Anm. 9.

gik des Rechtsraums entspricht und insbesondere seiner Verbundstruktur Rechnung trägt.

#### 4. Wertdefizit und Rechtsverstoß

Das *dritte* Merkmal ist der *Horizont eines Rechtsverstoßes*. Dies wird sowohl von dem Ausdruck *Defizit* als auch von dem Ausdruck *Wert*, auf den sich die Feststellung eines Defizits regelmäßig bezieht, leicht verborgen.

Vielfach werden Werte dem Recht gegenübergestellt, so dass Art. 2 normative, aber eben nichtrechtliche Vorgaben niederlegen würde.<sup>83</sup> Danach würde ein *Wertdefizit* keinen *Rechtsverstoß* verlangen, entsprechend dem Dualismus von Werten und Recht. Die Kommission ist in ihren einschlägigen Entscheidungen bemüht, eine Differenz zwischen *Recht* und *Wert* zu markieren: „Neben (!) ihrer Aufgabe als Hüterin des Unionsrechts obliegt der Kommission [...] die Sicherstellung der gemeinsamen Werte der Union.“<sup>84</sup>

Eine solche Differenzierung vermag kaum zu überzeugen. Die Werte des Art. 2 EUV sind im EU-Vertrag, einem Rechtstext, niedergelegt, und zwar nicht nur im deklaratorischen, sondern auch im operativen Teil. Sie sind als bindend konzipiert und werden in rechtlich festgelegten Verfahren durch öffentliche Institutionen angewandt, so ausdrücklich Art. 3, 7 oder 13 EUV.<sup>85</sup> Ihre Verletzung kann zu Sanktionen führen, die ebenfalls im EU-Vertrag niedergelegt, also rechtlicher Natur sind. Welchen Begriff des Rechts man auch immer verwendet.<sup>86</sup> Die Werte des Art. 2 EUV sind Teil des Unionsrechts.

Eine wertebezogene Auslegung des Ausdrucks *Wert* bestätigt dieses Ergebnis. Die Werte *Demokratie* und *Rechtsstaatlichkeit* verlangen, normative Anforderungen, die öffentliche Institutionen durchsetzen, in der Form des Rechts niederzulegen; dies ist die freiheitssichernde Funktion des Positivismus.<sup>87</sup> Anderenfalls könnten die Instrumente zur Bekämpfung systemischer Defizite extralegale politische Moral, technokratische *best practice* oder

<sup>83</sup> J. Habermas (Anm. 42).

<sup>84</sup> Erwägung (3) Empfehlung (EU) 2018/103 der Kommission vom 20.12.2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung der Empfehlungen (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 und (EU) 2017/1520.

<sup>85</sup> A. Voßkuhle (Anm. 2); U. Becker, in: U. Becker/A. Hatje/J. Schoo/J. Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, EUV, Art. 7 Rn. 48; im Detail M. Rötting, Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union, 2009, 93 ff., 231 ff.

<sup>86</sup> Vgl. etwa K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, § 50 I.

<sup>87</sup> Klassisch hierzu G. W. F. Hegel, Rechtsphilosophie, 1821, § 3.

Ideologien der *good governance* ohne demokratischen und rechtsstaatlichen Filter mit öffentlicher Autorität versehen;<sup>88</sup> das wäre mit demokratischer Rechtsstaatlichkeit unvereinbar. Interpretation und Anwendung des Art. 2 EUV müssen den Standards juridischer Vernunft unterliegen.

Dogmatisch sollte man die Werte des Art. 2 EUV als Grundprinzipien oder rechtliche Grundsätze qualifizieren.<sup>89</sup> Diese Rechtsnatur war ihnen bereits aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrags von Amsterdam zugewiesen, und es gibt keinen Anlass anzunehmen, dass der Vertragsgeber 2007 mit dem Vertrag von Lissabon ihre normative Relevanz schmälern wollte. Entsprechend verlangt der Rechtsbegriff des systemischen Defizits einen Rechtsverstoß. Ganz in diesem Sinne verwendet der EuGH, dessen Aufgabe es ist, das *Recht* zu wahren (Art. 19 Abs. 1 EUV), diese Werte in seinen Entscheidungen.<sup>90</sup>

Die Instrumente des Art. 7 EUV verlangen eine "Verletzung".<sup>91</sup> *Rechtswidrigkeit* ist aber nicht nur hier, sondern unter allen Instrumenten ein notwendiges Merkmal, um von einem systemischen Defizit sprechen zu können. Allerdings reicht es bei einigen Instrumenten, dass die *Gefahr* einer Rechtsverletzung besteht. Art. 7 Abs. 1 EUV ermöglicht bereits ein Handeln bei einer "eindeutigen Gefahr", und nach dem *Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit* kann die Kommission eine "Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit" sogar schon dann an einen Mitgliedstaat richten, wenn sie "feststellt, dass es objektive Hinweise auf eine systemische Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit gibt und der betroffene Mitgliedstaat auf diese Gefährdung nicht angemessen reagiert".<sup>92</sup> Einige Monitoring-Instrumente reichen weit in das Vorfeld einer Rechtsverletzung, man denke an das Justizbarometer, welches die Lage der Justiz in allen Mitgliedstaaten untersucht und Bewertungen abgibt.

<sup>88</sup> Zum problematischen Spannungsverhältnis zwischen Art. 7 EUV und dem Wert der Rechtsstaatlichkeit, siehe M. Niedobitek, Right and Duty to Pursue the "Wrongdoer" and a Possible Abuse of Art. 7 TEU, in: A. Hatje/L. Tichy (Hrsg.), Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union, EuR-Beiheft 1/2018, 233 (241).

<sup>89</sup> A. von Bogdandy (Anm. 41).

<sup>90</sup> Vgl. nur EuGH Rs. C-216/18 PPU, Rn. 35 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>91</sup> Näher T. Dumbrowsky, Beyond Voting Rights Suspension. Tailored Sanctions as Democracy Catalyst under Article 7 TEU, in: A. Hatje/L. Tichy (Anm. 88), 203; K. Serini, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, 2009, 122 f.; F. Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000, 147.

<sup>92</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final, 9; dazu J. Brauneck, Rettet die EU den Rechtsstaat in Polen?, NVwZ 37 (2018), 1423 (1428).

Eine solche Vorverlagerung der Eingriffsschwelle erscheint verfassungsrechtlich zulässig und legitimatorisch geradezu geboten. Keine Verfassung verdammt ihre Institutionen bei aufziehender Gefahr zur Untätigkeit: Handeln ist im Vorfeld einer Rechtsverletzung insbesondere dann zulässig, wenn sich, wie bei autoritären Strukturen, erhebliche Gefahren abzeichnen. Auch die Erwägung, dass diese Instrumente das gegenseitige Vertrauen im europäischen Rechtsraum zu stützen haben,<sup>93</sup> drängt auf ein Tätigwerden bereits im Vorfeld einer Verletzung tragender Werte.

## 5. Systemisch

Keineswegs jeder Rechtsverstoß und noch nicht einmal jede Beeinträchtigung eines Wertes führen zu einem *systemischen Defizit*. Der Ausdruck erfasst, so das *vierte* Begriffsmerkmal, nur *besonders problematische* Situationen. Art. 7 Abs. 1 EUV spricht von einer “schwerwiegenden”, Art. 7 Abs. 2 EUV sogar von einer “schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung”. Diese hohe primärrechtliche Schwelle versteht sich vor dem Hintergrund der unter II. 2. genannten verfassungsrechtlichen Erwägungen. Sie ist daher für alle Instrumente relevant, die der Verteidigung europäischer Werte dienen. Entsprechend knüpft der EuGH im *LM*-Urteil die Feststellung eines systemischen Mangels an Feststellungen der Kommission unter Art. 7 Abs. 1 EUV.<sup>94</sup> Auch der Kommissionsrahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips verlangt für systemische Defizite, dass “etablierte Mechanismen zur Sicherung des Rechtsstaatsprinzips nicht mehr richtig funktionieren”.<sup>95</sup> Damit werden vereinzelte Grundrechtsverstöße oder Justizirrtümer aus dem Anwendungsbereich ausgegrenzt.<sup>96</sup>

Zur Identifizierung besonders problematischer Situationen kursieren unterschiedliche Ausdrücke: *allgemein*,<sup>97</sup> *strukturell*,<sup>98</sup> *wesentlich*.<sup>99</sup> Besonders

<sup>93</sup> Oben II. 1.

<sup>94</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 69 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>95</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final, 3.

<sup>96</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final, 4.1.

<sup>97</sup> Art. 2 lit. b Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final.

<sup>98</sup> Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Bulgariens Fortschritte im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, COM(2012) 411 final, 5; *Vassilios Athanasiou and Others v. Greece*, ECtHR Application No. 50973/08, Judgment of 21.12.2010. Vgl. ebenso die Piloturteile in den Fällen *Michelioudakis v. Greece*, ECtHR Ap-

oft trifft man auf den Ausdruck *systemisch*. Er scheint ein besonderes Potenzial zu haben, solche Problemkonstellationen zu fassen, sie von einer "normalen" Rechtsverletzung abzugrenzen und einen übergreifenden Zusammenhang herzustellen, der bei den unterschiedlichen Interpretations- und Anwendungsdiskursen hilft.

Eine "normale" Rechtsverletzung zeichnet aus, dass sie einen rechtlichen Ordnungszusammenhang nicht in Frage stellt, sondern als Routine prozessiert werden kann.<sup>100</sup> Allen als *systemisch*, *strukturell* oder *generell defizitär* bezeichneten Situationen ist gemein, dass sie jenseits dieses Normalfalls liegen. Das bedeutet nicht, dass man sich sogleich in Bereichen wie den Not- oder den Ausnahmeständen befindet, die auf Staatsstriche, bewaffnete Aufstände oder den drohenden Zusammenbruch der öffentlichen Ordnung reagieren. Wohl aber geht es regelmäßig um eine krisenhafte Situation, weil ein Rechtsverstoß eben einen Wert verletzt, eine bestehende Ordnung herausfordert und zudem der Weg zur Korrektur nicht evident ist. Eine solche Krise muss nicht die gesamte Rechtsordnung erfassen, sondern kann sich auf einzelne Bereiche beschränken, etwa die Zusammenarbeit im europäischen Flüchtlingsrecht.

Der Gesichtspunkt der *Zusammenarbeit* weist einen Weg zu einem vertieften Verständnis. Der Ausdruck *systemisch defizitär* findet sich vor allem in der Kommunikation zwischen den Teilrechtsordnungen, die den europäischen Rechtsraum konstituieren. Danach bietet sich an, *systemisch* vom Verbund aus zu deuten, also im Lichte des engen Zusammenhangs der Rechtsordnungen. Unter dem Ausdruck *systemisch* artikuliert eine Rechtsordnung, dass ein Zustand unter einer anderen Rechtsordnung den Zusammenhang und die Kooperation in Frage stellt.

*Systemisch* bedeutet im normalen Sprachgebrauch, der biologisch-medizinischen Ursprungsverwendung folgend, *den ganzen Organismus betreffend*. Antonyme von *systemisch* sind *isoliert*, *vereinzelt*, *lokal*, *zufällig*. Folglich gelten juristisch als *systemisch* zumeist Phänomene der Illegalität, die regelmäßig auftreten, weit verbreitet, tief verwurzelt oder aber von höchsten Stellen als Ausdruck einer politischen Linie angeordnet sind. Phänomene dieser Art werden oft nicht mehr als Ausnahmen, sondern eher als *Charakteristika* eines Systems erscheinen. Die Kommission spricht in einer Definition in einem Verordnungsvorschlag von "*widespread or recurrent*

---

plication No. 54447/10, Judgment of 3.4.2012; *Glykanti v. Greece*, ECtHR Application No. 40150/09, Judgment of 30.10.2012.

<sup>99</sup> EuGH Rs. C-455/15 PPU, EU:C:2015:763, Rn. 39 - P.

<sup>100</sup> *A. von Bogdandy/M. Ioannidis* (Anm. 60), 298 ff.

*practice or omission, or measure*“.<sup>101</sup> Derselben Logik folgend schließt sie vereinzelte Grundrechtsverstöße oder Justizirrtümer aus dem Anwendungsbereich des Rechtsstaatsrahmens aus.<sup>102</sup> Analog verwendet der EuGH *systemisch* und *allgemein* weitgehend als Synonyme.<sup>103</sup> Dies leuchtet im Grundsatz ein. Allerdings kann ein einzelnes Phänomen, etwa ein Tabubruch wie ein einziger Fall von Folter, auf ein systemisches Defizit hinweisen, insbesondere wenn es zu keiner adäquaten institutionellen Reaktion kommt und somit ein Systemversagen zu vermuten ist.

Die Verbundperspektive legt nahe, ein *systemisches Defizit* insbesondere dann anzunehmen, wenn die Phänomene der Illegalität in einer Rechtsordnung das Funktionieren eines anderen Systems beeinträchtigen, also eine Art *spill-over*-Effekt haben.<sup>104</sup> Systeme gelten oft deshalb als systemisch defizitär, weil sie ihre Leistungen für verbundene Systeme nicht erbringen. Diese Bedeutung kommt dem Ausdruck keineswegs nur mit Blick auf die europäischen Werte zu. Man nehme das europäische Bankenregulierungsrecht,<sup>105</sup> insbesondere die Definition des Begriffs *Systemrisiko* in der Verordnung VO 1092/2010/EU über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken. Art. 2(c) dieser Verordnung bestimmt “Systemrisiken” als “Risiken einer Beeinträchtigung des Finanzsystems, die das Potenzial schwerwiegender negativer Folgen für den Binnenmarkt und die Realwirtschaft beinhalten”.

Entsprechend gibt es eine starke Vermutung für ein systemisches Defizit mit Blick auf den Wert der Rechtsstaatlichkeit, wenn verbreitete Korruption die Umsetzung des Unionsrechts derart in Frage stellt, dass es seine erwartungsstabilisierende Wirkung verliert.<sup>106</sup> Die Union ist eine Rechtsunion: Wenn das Recht seine Grundfunktion der Erwartungsstabilisierung in einem Mitgliedstaat nicht mehr erfüllt, dann ist der Verbund als solcher in

<sup>101</sup> Art. 2 lit. b Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final.

<sup>102</sup> Rechtsrahmen, 4.1.

<sup>103</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 34, 61, 68 – *Minister for Justice and Equality*; EuGH Rs. C-404/15, EU:C:2016:198, Rn. 89, 93, 104 – *Aranyosi und Căldăraru*.

<sup>104</sup> J. Kleinow, Systemrelevante Finanzinstitute. Systemrisiko und Regulierung im europäischen Kontext, 2016, 19 f.

<sup>105</sup> M. Eling/D. Pankoke, Systemic Risk in the Insurance Sector – What Do We Know?, Working Papers on Risk Management and Insurance, 2014; E. Gurlit, Instrumente makroprudenzieller Bankenaufsicht – unter besonderer Berücksichtigung zusätzlicher Kapitalanforderungen, Wertpapier-Mitteilungen 69 (2015), 1217 ff.

<sup>106</sup> Ausführlich A. von Bogdandy/M. Ioannidis (Anm. 60), 287 ff.



Frage gestellt. Gleiches gilt, wenn man nicht mehr erwarten kann, dass die Gerichte eine Regierung wirksam kontrollieren.

Diese 2014 mit *Michael Ioannidis* erarbeitete eher formale Betrachtungsweise wird also durch materielle Gesichtspunkte ergänzt. Dazu zählen die Kerngehalte der Unionsgrundrechte entsprechend der “umgekehrten Solange” Dogmatik sowie auch Kerngehalte der mitgliedstaatlichen Verfassungen: Ein Mitgliedstaat kann eine Person nicht in einen anderen Mitgliedstaat überstellen, wenn die Zusammenarbeit einen schweren Konflikt mit Grundrechten der eigenen Verfassung zur Folge hätte.<sup>107</sup>

Erfüllt ein System in einem arbeitsteiligen Zusammenhang nicht mehr die Funktion, die es nach der Logik des Gesamtzusammenhangs für die Funktionstüchtigkeit anderer Teilsysteme erbringen muss, so legt dies eine Qualifizierung als *systemisch defizitär* nahe. Im europäischen Rechtsraum ist das insbesondere die Funktionstüchtigkeit beim Respekt der Werte, die für die enge Kooperation der Rechtsordnungen unerlässlich sind.

## IV. Dogmatische Eckpunkte

### 1. Der Instrumentenkoffer

Viele Instrumente kommen zur Verteidigung europäischer Werte in Betracht. Angesichts der Herausforderungen sollte man einen breiten Kreis in den Blick nehmen. So gelangt man zu einer gesamthaften Betrachtung von Instrumenten ganz unterschiedlicher Rechtsnatur (politische, expertokratische und justizielle, verbindliche und unverbindliche), die zu unterschiedlichen Rechtsordnungen gehören und von verschiedenen, bisweilen sogar konkurrierenden Institutionen angewandt werden: Man denke nur an mögliche Konflikte, etwa im Rahmen des europäischen Haftbefehls, zwischen der Identitätskontrolle durch ein Verfassungsgericht und der Werteverteidigung durch den EuGH. Nur eine rechtsordnungsübergreifende Dogmatik kann diese Konflikte angemessen in den Blick bekommen und bearbeiten.

Ziel einer solchen Dogmatik ist nicht, die verschiedenen Instrumente in ein juristisches Prokrustesbett zu zwingen. Sie sollte vielmehr deren Diversität entfalten, aber zugleich Hinweise geben, wie sich die Instrumente zu einem möglichst kohärenten Instrumentarium verbinden lassen. Koordinierte Aktionen dürften aussichtsreicher, unkoordinierte hingegen eher

---

<sup>107</sup> Vgl. BVerfGE 140, 317 – *Identitätskontrolle; The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119.

kontraproduktiv sein. Eine einstimmige Reaktion des vielstimmigen Europa ist von überragender Bedeutung für den Schutz europäischer Werte.

Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen unionsrechtliche Instrumente.<sup>108</sup> Zu Recht, denn ein funktionierendes unionsrechtliches Instrumentarium entlastet das horizontale Verhältnis der Mitgliedstaaten und damit die explosivste Beziehungsebene.<sup>109</sup> Unter den Instrumenten der politischen Institutionen geht es insbesondere um Maßnahmen nach Art. 7 EUV, um das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren der Europäischen Kommission (EU-Rahmen) sowie um den Rechtsstaatsdialog des Rates.<sup>110</sup> Auch das Justizbarometer der Kommission von 2018 ist zu einem Aufsichtsinstrument erstarkt.<sup>111</sup> Ähnliches gilt für den Länderbericht der Kommission zu Polen im Rahmen des aktuellen Europäischen Semesters.<sup>112</sup> Die Union verfügt gegenüber einigen Mitgliedstaaten über zusätzliche Instrumente. So soll der “Kooperations- und Überwachungsmechanismus” im Beitrittsvertrag mit Bulgarien und Rumänien bei der “Entwicklung von funktionierenden Verwaltungs- und Rechtssystemen” helfen.<sup>113</sup> Der Beitrittsvertrag mit Kroatien enthält ein ähnliches Instrument.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> Übersicht bei C. Closa/D. Kochenov/J. H. H. Weiler (Anm. 40), sowie die Darstellungen in: C. Closa/D. Kochenov (Anm. 11); A. Jakab/D. Kochenov (Anm. 29).

<sup>109</sup> J.-W. Müller, Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law Inside Member States?, ELJ 21 (2015), 141 (145).

<sup>110</sup> Schlussfolgerungen des Rates der EU und der im Rat vereinigten Mitgliedstaaten über die Gewährleistung der Achtung der Rechtsstaatlichkeit, 16134/14.

<sup>111</sup> Vgl. zuletzt Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Justizbarometer 2018, COM(2018) 364 final, 4 ff. Zum Justizbarometer A. Dori, The EU Justice Scoreboard – Judicial Evaluation as a New Governance Tool, MPILux Working Paper 2 (2015); A. Jakab/V. O. Lorincz, International Indices as Models for the Rule of Law Scoreboard of the European Union: Methodological Issues, MPIL Research Paper 2017.

<sup>112</sup> Commission Staff Working Document, Country Report Poland 2018 accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup: 2018 European Semester: Assessment of Progress on Structural Reforms, Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances, and Results of In-Depth Reviews under Regulation (EU) No 1176/2011, SWD(2018) 219 final, 3, 29.

<sup>113</sup> Vgl. die entsprechenden Berichte der Kommission, siehe zuletzt Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, über die Fortschritte in Bulgarien im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, COM(2018) 850 final; M. A. Vachudova, Why Improve EU Oversight of Rule of Law?, in: C. Closa/D. Kochenov (Anm. 11), 270; R. Carp, The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State: The Role of the Cooperation and Verification Mechanism, Utrecht Law Review 10 (2014), 1.

<sup>114</sup> 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.

Im Rahmen des Europäischen Parlaments gibt es die öffentlichkeitsschaffende Befassung, das bislang ungenutzte unionale Parteienrecht<sup>115</sup> sowie, wengleich weitgehend außerhalb des Zugriffs des Unionsrechts, disziplinierende Instrumente innerhalb der europäischen "Parteienfamilien".<sup>116</sup> Gewichtige Instrumente sind im Planungsstadium: Die Kommission will die Mittelvergabe an die Achtung der Werte binden<sup>117</sup> und einen "EU-Fonds für Justiz, Rechte und Werte" mit einem Gesamtvolumen von 947 Millionen Euro auflegen.<sup>118</sup>

Neben den politischen Institutionen stehen die Gerichte.<sup>119</sup> Im Gegensatz zu den politischen Gremien können sie sich einer Entscheidung nicht völlig entziehen. Der EuGH kann insbesondere über das Vertragsverletzungsverfahren und über das Vorabentscheidungsverfahren zur Entscheidung gerufen werden; beide Verfahrensarten können zu finanziellen Sanktionen führen. Der EuGH kann des Weiteren das Vorgehen der politischen Akteure stützen: Ein wichtiges Beispiel ist die Rolle, die er den Feststellungen im Antrag der Kommission auf die Durchführung eines Verfahrens unter Art. 7 EUV in einem gerichtlichen Verfahren zuweist.<sup>120</sup> Danach macht es für die Kommission durchaus Sinn, ein entsprechendes Verfahren einzuleiten, selbst wenn ein entsprechender Beschluss des Rates und des Europäischen Rates unwahrscheinlich sind.

Nicht nur unionale, sondern auch mitgliedstaatliche Institutionen können Werte verteidigen. Dabei ist das gesamte einschlägige völkerrechtliche Instrumentarium in den Blick zu nehmen, von Retorsionen über die Me-

---

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.).

<sup>115</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 6 Abs. 1 (Euratom) VO 1141/2014/EU vom 22.10.2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen.

<sup>116</sup> So erlaubt Art. 9 der Satzung der EVP sowohl den Ausschluss individueller als auch von Mitgliedsparteien, definiert aber keinen Ausschlussgrund. Ähnliches ist in Art. 16 lit. b der ALDE-Statuten vorgesehen.

<sup>117</sup> Art. 2 lit. b Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final. Siehe hierzu auch G. Halmai, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018.

<sup>118</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein moderner Haushalt für eine Union, die schützt, stärkt und verteidigt, Mehrjähriger Finanzrahmen 2021-2027, COM(2018) 321 final, 48.

<sup>119</sup> Hierzu insbes. P. M. Huber (Anm. 2), 409 ff.

<sup>120</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 69 ff. – *Minister for Justice and Equality*.

chanismen der Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>121</sup> bis hin zur extremen Option einer eventuellen humanitären Intervention bei schwersten Rechtsbrüchen.<sup>122</sup> Die mitgliedstaatlichen Regierungen können diese völkerrechtlichen Instrumente koordinieren, so bei den Maßnahmen gegenüber Österreich im Jahre 2000.<sup>123</sup> Denkbar ist weiter, dass sie damit drohen, die Union in wichtigen Bereichen ohne jene Mitgliedstaaten zu vertiefen.<sup>124</sup>

Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte verfügen über relevante Instrumente. Sie können die europäischen Werte gegenüber dem eigenen Staat im Lichte einer “umgekehrten Solange” Doktrin<sup>125</sup> oder gegenüber einem anderen Mitgliedstaat im Lichte einer “horizontalen Solange” Doktrin<sup>126</sup> verteidigen. Der EuGH kann sie dabei durch Vorabentscheidungen unterstützen. Eine wichtige Frage ist, inwieweit nationale Gerichte unabhängig von unionsrechtlichen Vorgaben vorgehen können.<sup>127</sup>

Einschlägig sind weiter Maßnahmen des Europarats, insbesondere Empfehlungen seiner politischen Gremien oder der Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission), sowie Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>128</sup> Zwar reicht der Europarat weit über den EU-zentrierten europäischen Rechtsraum hinaus. Seine Relevanz im europäischen Rechtsraum ist jedoch vielfach abgesichert, etwa in Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 und 53 GRC; operativ besteht ein enges verfassungspolitisches Band.<sup>129</sup>

<sup>121</sup> Siehe hierzu C. Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht, 2013.

<sup>122</sup> J. Crawford, Overview of Part Three of the Articles on State Responsibility, in: J. Crawford/A. Pellet/S. Olleson (Hrsg.), The Law of International State Responsibility, 2013, 931; International Law Association, Final Report on Aggression and the Use of Force, 2018, 20 ff.

<sup>123</sup> Hierzu näher F. Schorkopf (Anm. 29), 77.

<sup>124</sup> C. Franzius (Anm. 10), 388.

<sup>125</sup> Dazu bereits oben, II. 3. Siehe hierzu auch die gegenwärtig anhängigen Vorabentscheidungsersuchen in den Rs. *Miasto Łowicz v. Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki* (C-558/18); *Prokuratura Okręgowa w Płocku v. VX, WW, XV* (C-563/18); *Prokuratura Rejonowa v. Słubicach* (C-623/18).

<sup>126</sup> Siehe insbesondere *I. Canor* (Anm. 22); einen ersten Anwendungsfall stellt das Urteil des Irish High Court in der Rs. *Celmer* dar, siehe *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119.

<sup>127</sup> So angedeutet in BVerfGE, 140, 317 – *Identitätskontrolle*.

<sup>128</sup> Vgl. zur Venedigkommission J. Nergelius, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: A. von Bogdandy/P. Sonnevend (Anm. 45), 291; C. Grabenwarter, Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission, JöR 66 (2018), 21.

<sup>129</sup> Dazu A. von Bogdandy, Die Europäische Union und das Völkerrecht kultureller Vielfalt – Aspekte einer wunderbaren Freundschaft, in: G. Nolte/H. Keller/A. von Bogdandy/H.-P. Mansel/A. Büchler/C. Walter (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, 2008, 69 ff.

Da dieser Rechtsrahmen unionale, völkerrechtliche und mitgliedstaatliche Instrumente umfasst, ist er europarechtlicher, nicht nur unions-, völker- oder staatsrechtlicher Natur.<sup>130</sup> In der Tradition öffentlich-rechtlichen Denkens soll ein solcher dogmatischer Rahmen zu Rechtsregimen der Instrumente beitragen, die deren Legitimität und Effektivität fördern. Die wichtigsten Bausteine sind Rechtsgrundlage (IV. 2.), Verfahren (IV. 3.), die Prüfungslogik des materiellen Maßstabs (IV. 4.) und Kontrolle (IV. 5.). Von den zahlreichen Rechtsfragen können im Folgenden nur wenige beleuchtet werden.

## 2. Kompetenzfragen

Die Qualifizierung als *systemisch defizitär* zählt zu den eskalationsträchtigsten Kommunikationen im europäischen Rechtsraum. Insofern besteht ein erhebliches Interesse, sie in die Hände von Institutionen zu legen, die eine entsprechende Verantwortung schultern und Konflikte hegen können. Diesem Anliegen dient zunächst das Erfordernis, dass Maßnahmen öffentlicher Gewalt eine Rechtsgrundlage benötigen, oft sogar eine spezifisch ermächtigende Kompetenz.<sup>131</sup> Als erster Baustein ist insofern für jedes Instrument zum Umgang mit *systemischen Defiziten* zu prüfen, ob sein Erlass und sein konkreter Einsatz von einer Rechtsgrundlage getragen sind.

### a) Art. 7 EUV in der Kompetenzordnung

Eine Schlüsselrolle kommt Art. 7 EUV zu; er könnte sogar eine ausschließliche Kompetenz zur Werteverteidigung stipulieren. Dann wären ähnlich ausgerichtete Maßnahmen anderer Unionsorgane und mitgliedstaatlicher Stellen unzulässig. Die Werteverteidigung stünde unter der vollständigen Kontrolle der in den Organen der Union vereinten Regierungen der Mitgliedstaaten. Dies würde eine klare Verantwortungsstruktur bedeuten. Sicherlich verspricht ein gemeinsames Vorgehen unter den hohen Anforderungen dieser Bestimmung in besonderem Maße Effektivität und Legitimi-

---

<sup>130</sup> Zu diesem Verständnis des Europarechts siehe bereits ausführlich H. Mosler, Begriff und Gegenstand des Europarechts, ZaöRV 28 (1968), 481 ff.; A. von Bogdandy, Was ist Europarecht?, JZ 72 (2017), 589.

<sup>131</sup> J. Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006, 30 ff.; J. Bast, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2018, EUV, Art. 5 Rn. 13 ff.

tät. Die Kehrseite dieser effektivitäts- und legitimitätsstiftenden Ausgestaltung ist aber, dass die Instrumente des Art. 7 EUV nur sehr schwer zu nutzen sind und sich daher die Frage nach zusätzlichen Instrumenten stellt. Aber nicht nur konsequentialistische, sondern auch dogmatische Erwägungen sprechen gegen ein Verständnis von Art. 7 EUV als ausschließliche Kompetenz.

Zunächst zur Frage, ob Art. 7 EUV als ausschließliche Kompetenz einschlägige mitgliedstaatliche Maßnahmen verbietet. Dagegen spricht, dass Art. 3 AEUV die Kompetenzen unter Art. 7 EUV nicht zu ausschließlichen Kompetenzen der Union zählt. Auch Art. 4 AEUV, der die "Hauptbereiche" der geteilten Zuständigkeit nennt, erwähnt Art. 7 EUV nicht, wohl aber den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dies könnte Ansatzpunkt eines Arguments sein, zumindest in diesem Bereich von einem Vorrang unionsrechtlicher Maßnahmen gegenüber einer Verteidigung der Rechtsstaatlichkeit durch die einzelnen Mitgliedstaaten auszugehen. In diese Richtung wies die zunächst von einem uneingeschränkten Vorrang ausgehende Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in der Rechtssache *Melloni*.<sup>132</sup>

Nachdem jedoch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 15.12.2015 (*Identitätskontrolle I*) nachdrücklich seine Kompetenz zur Identitätswahrung und Werteverteidigung in solchen Fällen betont hat,<sup>133</sup> erkennt der EuGH nunmehr an, dass das Unionsrecht Raum für die nationale Verteidigung grundlegender Prinzipien lässt.<sup>134</sup> Da sich die europäischen Werte des Art. 2 EUV und die identitätsprägenden Grundprinzipien der mitgliedstaatlichen Verfassungen weitgehend überlappen,<sup>135</sup> sperren nach dieser Rechtsprechung weder die Kompetenzen des Art. 7 EUV noch sonstige Instrumente des Unionsrechts die Inanspruchnahme mitgliedstaatlicher Kompetenzen zwecks Werte- bzw. gleichlaufender Identitätsverteidigung. Dieses Ergebnis entspricht der Grundlogik des Verbunds, eine so zentrale Frage wie die Werteverteidigung nicht bei einer Institution zu konzentrieren; der erhebliche Koordinationsbedarf ist verfahrens- und materiellrechtlich abzufangen.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> In der Rs. *Melloni* verneinte der EuGH das Recht eines Mitgliedstaates, einen Europäischen Haftbefehl aufgrund einer Verletzung nationaler Verfassungsgrundsätze auszusetzen, selbst wenn diese zur Verfassungsidentität des betreffenden Mitgliedstaates gehören, siehe EuGH Rs. C-399/11, EU:C:2013:107 – *Melloni*.

<sup>133</sup> BVerfGE, 140, 317 – *Identitätskontrolle*.

<sup>134</sup> So zumindest für den Grundrechtsbereich EuGH Rs. C-404/15 PPU, EU:C:2016:198 – *Aranyosi und Căldăraru*.

<sup>135</sup> Vgl. Anm. 24.

<sup>136</sup> Dazu IV. 3. und IV. 4.

Mit Blick auf ein Handeln von Unionsorganen ist festzuhalten, dass Art. 7 EUV keine explizite Aussage trifft, ob andere Unionsorgane europäische Werte verteidigen dürfen. Es gelten die allgemeinen Regeln. Es gehört zur gesicherten Dogmatik des Unionsrechts, dass ein spezifisches, im Vertrag niedergelegtes Verfahren zur Behandlung eines bestimmten Problems nicht kategorisch die Entwicklung weiterer Instrumente ausschließt.<sup>137</sup> Das ist eine Grundaussage der *Van Gend en Loos*-Entscheidung, die neben dem vertraglich vorgesehenen Verfahren prätorisch einen zusätzlichen Mechanismus zum Schutz des Gemeinschaftsrechts etablierte.<sup>138</sup> Später hat der Gerichtshof 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.<sup>139</sup> Danach ist die Entwicklung neuer Instrumente grundsätzlich zulässig,<sup>140</sup> also etwa das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren der Kommission (EU-Rahmen), oder aber auch eine entsprechende Weiterentwicklung des Justizbarometers.

Es sind Art. 7 EUV gleichwohl kompetenzbegrenzende Maßgaben für weitere Instrumente der Werteverteidigung zu entnehmen. Wortlaut, Systematik, die Einbindung des Europäischen Rates und das überaus aufwändige Verfahren in Art. 7 EUV geben deutliche Hinweise, dass diese Bestimmung die *intensivste* Form unionaler Werteverteidigung niederlegt. Damit fehlt der Union die Verbandskompetenz für schärfere Instrumente als die in Art. 7 EUV genannten, etwa einen Ausschluss des Mitgliedstaats<sup>141</sup> oder die Absetzung seiner Regierung, wie es die spanische Regierung mit der katalanischen tat.<sup>142</sup> Alle Instrumente, welche die des Art. 7 EUV in der unmittelbaren Verteidigung der Werte des Art. 2 EUV ergänzen, dürfen seine hohen Anforderungen nicht umgehen.<sup>143</sup>

<sup>137</sup> J. Bast (Anm. 131), 60 ff.

<sup>138</sup> EuGH Rs. C-26/62, EU:C:1963:1, Rn. 26 – *Van Gend and Loos v. Administratie der Belastingen*.

<sup>139</sup> EuGH Rs. C-6/90, EU:C:1991:428, Rn. 33 ff. – *Franco v. Bonifazi v. Italien*.

<sup>140</sup> J. Bast (Anm. 131), 42 ff.; vgl. auch J. Brauneck, *Gefährdung des EU-Haushalts durch rechtsstaatliche Mängel in den Mitgliedstaaten?*, EuR 54 (2019), 37 (59).

<sup>141</sup> Dazu der Vorschlag von T. Stein (Anm. 8), 890; B. Blagoev, *Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?*, Tilburg Law Review 16 (2011), 191.

<sup>142</sup> So zuletzt in Spanien unter Art. 155 Spanische Verfassung, dazu M. J. García Morales (Anm. 34).

<sup>143</sup> In diesem Sinne auch EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 70-73 – *Minister for Justice and Equality*; dazu auch unten, IV. 4.

## b) Sekundärrechtliche Instrumente

Die Anwendung von Art. 7 EUV scheiterte bislang an der mangelnden Entschlossenheit des Rates und des Europäischen Rates. So fragt sich, ob andere Institutionen mit anderen Instrumenten die Werte verteidigen können. Dass Art. 7 EUV andere Instrumente nicht verbietet, ist dabei nur ein erster Schritt. Im zweiten Schritt ist eine passende Rechtsgrundlage zu identifizieren. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Legitimitätsbedürfnis jedes Handelns von Hoheitsträgern, auch von "weichen" Maßnahmen, die keine Rechtsfolge setzen.<sup>144</sup> Ab wann ein Instrument sogar einer spezifischen Kompetenz bedarf, ist im Rahmen des Kompetenzerfordernisses des Art. 5 EUV noch nicht vollständig geklärt.<sup>145</sup>

Für das Europäische Parlament ist eine allgemeine Befassungskompetenz anerkannt. Sie ermöglicht dem Parlament die Thematisierung systemischer Defizite in den Mitgliedstaaten,<sup>146</sup> zu denen es seit langem entschieden Stellung bezieht. Seine Resolutionen erreichen inzwischen die Öffentlichkeit, zeigen bislang aber wenig Wirkung.

Mehr Biss könnten Maßnahmen der Kommission haben, entsprechend ist die Kompetenzlage hier strikter. Der EuGH hat Kommissionsmitteilungen wegen Unzuständigkeit (!) für nichtig erklärt.<sup>147</sup> Besonders eindrucksvoll zeigte sich das Erfordernis einer Rechtsgrundlage beim *OMT*-Verfahren, welches die Gültigkeit der bloßen Ankündigung eines neuen, letztlich aber nie durchgeführten Instruments zum Ankauf von Anleihen durch den EZB-Präsidenten *Mario Draghi* zum Gegenstand hatte.<sup>148</sup>

Der juristische Dienst des Rates hat eine Kompetenz der Kommission zur Errichtung eines Rechtsstaatsmechanismus bestritten.<sup>149</sup> Für dessen Zulässigkeit sprechen aber die Antragsbefugnis der Kommission unter Art. 7 EUV sowie ihre allgemeine Rolle als Hüterin der Verträge nach Art. 17 Abs. 1 EUV. Beides impliziert, dass sie die Mitgliedstaaten auch auf Einhaltung

<sup>144</sup> Vgl. bereits oben, III. 3.; *M. Nettesheim*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 131), AEUV, Art. 288 Rn. 200; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, 2004, 478 ff. Zu den rechtlichen Grenzen *A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkol* (Anm. 45), 73 ff.

<sup>145</sup> Näher *J. Bast* (Anm. 131), Rn. 23 ff.

<sup>146</sup> *J. Bast* (Anm. 131), Rn. 28.

<sup>147</sup> EuGH Rs. C-57/95, EU:C:1997:164 – *Frankreich v. Kommission*; EuGH Rs. C-233/02, EU:C:2004:173, Rn. 40 – *France v. Kommission*; Schlussanträge des Generalanwalts *Michal Bobek* in EuGH Rs. C-16/16 P, EU:C:2017:959 – *Kommission v. Belgien*.

<sup>148</sup> EuGH Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 – *Gauweiler u.a.*

<sup>149</sup> Gutachten des juristischen Dienstes, Mitteilung der Europäischen Kommission "Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips": Vereinbarkeit mit den Verträgen, 10296/14.



der Werte des Art. 2 EUV untersuchen und Probleme angehen kann. Die Kompetenz zu entsprechenden Empfehlungen folgt aus Art. 292 Satz 4 AEUV.<sup>150</sup> Diese Überlegungen tragen auch das Justizbarometer.

Ähnlich schwierige Kompetenzfragen stellen sich im Rahmen des Europarates. Man denke nur an die Zulässigkeit von Sanktionen der Parlamentarischen Versammlung.<sup>151</sup> Dies ist vor allem in Bezug auf Russland strittig, dessen Parlamentarier die Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE) seit der Annexion der Krim nicht mehr zulässt. Kompetenziell umstritten sind auch Stellungnahmen der Venedigkommission ohne Beauftragung durch den betroffenen Konventionsstaat.<sup>152</sup> Alle diese Maßnahmen reagieren auf systemische Probleme. Ihre kompetenzrechtliche Problematik lässt sich analog den Überlegungen zum unionsrechtlichen Instrumentarium behandeln.

### c) Justiziabilität der Werte

Die Werteverteidigung durch die politischen Institutionen ist bislang wenig wirksam. Wie so oft in der Geschichte der Integration fragt sich, ob die Justiz kompensierend tätig werden kann. Für den EuGH ist dies die Frage nach seinen Kompetenzen im Rahmen der Verfahren von Art. 257, 258 und 267 AEUV. Art. 7 EUV sperrt diese Verfahren nicht; Art. 269 AEUV bestimmt nur, dass der Gerichtshof die materiellen Voraussetzungen des Art. 7 EUV in einem entsprechenden Sanktionsverfahren nicht überprüfen kann. Angesichts des Fehlens eines expliziten Verbots und der allgemeinen Rolle des EuGH in der *Rechtsunion* besteht eine starke Vermutung, dass Werte grundsätzlich der Gegenstand von Verfahren unter Art. 257, 258 und 267 AEUV sein können.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> T. Giegerich, Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum "neuen Rechtsstaatsmechanismus" der Europäischen Kommission, in: C. Callies (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte. Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, 2015, 499 (535 f.); 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 (2013), 10.

<sup>151</sup> Resolution 1990 (2014) sowie die Verlängerung durch Resolution 2034 (2015); S. Steinger, Managing the Backlash? The PACE and the Question of Participation Rights for Russia, Verfassungsblog, 9.10.2018; J. Henderson, Russia's Recent Dealings with the Council of Europe and European Court of Human Rights, European Public Law 24 (2018), 393.

<sup>152</sup> J. Nergelius (Anm. 128).

<sup>153</sup> Ausführlich M. Schmidt/P. Bogdanowicz (Anm. 48), 1069 ff.; M. Hilf/F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 131), EUV, Art. 2 Rn. 46; C. Hillion (Anm. 40), 59;

Der eigentliche Knackpunkt der gerichtlichen Kompetenz ist die Justiziabilität der Werte des Art. 2 EUV. Der Terminus *Wert* kann so verstanden werden, dass der Vertragsgeber Art. 2 EUV eine Vagheit zuschrieb, die eine gerichtliche Anwendung ausschließt.<sup>154</sup> Gegen die Justiziabilität der Werte lassen sich auch Argumente der Gewaltenteilung anführen. Ihre gerichtliche Anwendung würde den Machtbereich der Justiz auf höchst politische Konflikte ausweiten und ihr erhebliche Spielräume eröffnen.<sup>155</sup> All dies wird vermieden, wenn man die Werte als nicht justiziabel begreift.

Mit einer beachtlichen interpretatorischen Anstrengung haben Kommission und EuGH die Werte des Art. 2 EUV jedoch juristisch so verdichtet, dass sie juristischen Anwendungsdiskursen zugänglich sind. Im Mittelpunkt steht dabei bislang der Wert der Rechtsstaatlichkeit. Der wichtigste Weg zur Verdichtung ist eine Verbindung mit Grundrechten und etablierten Prinzipien der gemeinsamen Verfassungstraditionen.<sup>156</sup> Diese Anstrengung war erfolgreich: Sogar dem gewiss nicht europhilen polnischen “Weißbuch betreffend die Justiz”, das die so umstrittenen Änderungen in der polnischen Gerichtsbarkeit als wertekonform verteidigt, kann man entnehmen, dass die europäischen Werte inzwischen konkrete Anwendungsdiskurse erlauben.<sup>157</sup>

Unter den einschlägigen Akten der Kommission ist das Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahren (EU-Rahmen) sowie die unter ihm ergangenen Stellungnahmen und Empfehlungen zu Polen von besonderem Gewicht.<sup>158</sup> Ein

---

C. Franzius (Anm. 10), 386; a. A. E. Levits, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: T. Jaeger (Hrsg.), Europa 4.0, 2018, 239 (262); S. F. Nicolisi, The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 51 (2015), 613 (643); B. Martenczuk, Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrument der Wahrung der Grundwerte der Union, in: S. Kadelbach (Anm. 6), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, 2018, 41 (46).

<sup>154</sup> D. Kochenov/L. Pech, Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality, *Eu Const. L. Rev.* 11 (2018), 512 (520); S. Nicolisi (Anm. 153), 643.

<sup>155</sup> Zur deutschen Diskussion C. Schmitt (Anm. 13); E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), 1 (25).

<sup>156</sup> Siehe exemplarisch EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 70-73 – *Minister for Justice and Equality*; zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen, siehe S. Cassese, The “Constitutional Traditions Common to the Member States” of the European Union, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (2017), 939 ff.; M. Graziadei/R. de Caria, The “Constitutional Traditions Common to the Member States” in the Case-Law of the European Court of Justice. Judicial Dialogue at Its Finest, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (2017), 949 ff.

<sup>157</sup> Chancellery of the Prime Minister of Poland, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, 7.3.2018, Rn. 166, verfügbar unter: <<https://www.premier.gov.pl>>.

<sup>158</sup> Diese sind: Commission Opinion of 1.6.2016 regarding the Rule of Law in Poland, COM(2016) 3500 final; zuletzt Empfehlung (EU) 2018/103 der Kommission vom 20.12.2017 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung der Empfehlungen (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 und (EU) 2017/1520.

weiterer Meilenstein ist ihr Vorschlag nach Art. 7 Abs. 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen.<sup>159</sup> Auch das Justizbarometer sowie der letzte Landesbericht zu Polen im Europäischen Semester tragen hierzu bei.<sup>160</sup> Der Kommissionsvorschlag zu “*generalised deficiencies as regards the rule of law*” enthält sogar eine Legaldefinition von “*generalised deficiencies*” in der Rechtsstaatlichkeit.<sup>161</sup> Weitere Operationalisierung findet sich im geplanten “Justice, Rights and Values” Fonds, der immerhin über 947 Millionen Euro verfügen soll.<sup>162</sup> Bereits in Kraft, wenngleich bislang nicht genutzt, ist die Neufassung der Europäischen Parteienverordnung, die es ermöglicht, Parteien auf ihre Konformität mit den Werten des Art. 2 EUV zu prüfen.<sup>163</sup>

Von besonderer Bedeutung bei der gerichtlichen Operationalisierung des Wertes der Rechtsstaatlichkeit sind zwei Urteile des EuGH aus dem Jahr 2018. In der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)* entnimmt der Gerichtshof Art. 19 EUV Vorgaben für die institutionelle Sicherung der Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Richter.<sup>164</sup> In der Rs. *LM (Mängel des Justizsystems)* zieht er diese Linie weiter, indem er Individuen die Möglichkeit eröffnet, europäische Werte in Verbindung mit Grundrechten zu verteidigen.<sup>165</sup> Konkret ging es um die Sicherung der Gewaltenteilung mittels einer unabhängigen Justiz, die über das Grundrecht auf ein unparteiisches Gericht und auf ein faires Verfahren verteidigt wurden. Die dogmatische Grundfigur erinnert an den prozessualen Kunstgriff des *Maas-tricht*-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, das ebenfalls ein Grundprin-

<sup>159</sup> Siehe oben (Anm. 5).

<sup>160</sup> Commission Staff Working Document, Country Report Poland 2018 accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup: 2018 European Semester: Assessment of Progress on Structural Reforms, Prevention and Correction of Macroeconomic Imbalances, and Results of In-Depth Reviews Under Regulation (EU) No. 1176/2011, SWD(2018) 219 final, 3 und 29.

<sup>161</sup> Art. 2 lit. b Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, COM(2018) 324 final.

<sup>162</sup> Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Modern Budget for a Union that Protects, Empowers and Defends, The Multiannual Financial Framework for 2021-2027, COM(2018) 321 final – ANNEX, 48.

<sup>163</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 6 Abs. 1 (Euratom) VO 1141/2014/EU vom 22.10.2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen.

<sup>164</sup> EuGH Rs. C-64/16, EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

<sup>165</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 47 ff. – *Minister for Justice and Equality*.

zip (Demokratie) über ein individuelles Recht (Wahlrecht, Art. 38 Abs. 1 Grundgesetz [GG]) justiziabel machte.<sup>166</sup> Nach der Rs. *LM* ist nun die “Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen” fundamental auch für die Wahrung der europäischen Werte.<sup>167</sup>

Damit wandern die Werte des Art. 2 EUV in den Kompetenzbereich der Gerichte,<sup>168</sup> einschließlich der mitgliedstaatlichen Gerichte. Die Werte sind nun unmittelbar anwendbar.<sup>169</sup> Dass alle Gerichte kompetent sind, über Werteverstöße im europäischen Rechtsraum zu urteilen, erscheint angesichts der Bedeutung der Werte (II. 3.) und der Rolle der Justiz in diesem Rechtsraum systemgerecht. So eröffnet sich eine juristische Verteidigungslinie außerhalb der politischen Rationalität der Verfahren unter Art. 7 EUV. Allerdings ergibt sich erheblicher Koordinationsbedarf, um den einheitlichen Rechtsraum nicht zu gefährden.

#### d) Insbesondere Verfassungsgerichte

Die unmittelbare Anwendbarkeit der europäischen Werte bedeutet, dass auch Verfassungsgerichte diese Werte zum Maßstab nehmen und sie so verteidigen können. Allerdings ist Unionsrecht in zahlreichen Mitgliedstaaten weder verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand noch deren Prüfungsmaßstab, so die Auslegung der betreffenden Verfassungsgerichte.<sup>170</sup> Dafür werden zumeist zwei Arten von Gründen angeführt. Zum einen gibt es eher rechtstechnisch-dogmatische Gründe, insbesondere der fehlende Verfassungsrang des Unionsrechts sowie fehlende Befugnisnormen. Zum anderen

<sup>166</sup> BVerfGE, 123, 267 – *Lissabon*; BVerfGE, 89, 155 – *Maastricht*; siehe kritisch *M. Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 62 (2009), 2867 (2869).

<sup>167</sup> EuGH Rs. 26/62, EU:C:1963:1 – *Van Gend and Loos v. Administratie der Belastingen*.

<sup>168</sup> Siehe insbes. EuGH Rs. C-64/16, EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 47 ff. – *Minister for Justice and Equality*; siehe nun auch EuGH Rs. C-619/18 R, EU:C:2019:531 – *Kommission v. Polen*, Rn. 47; GA *Tanchev*, Schlussanträge in Rs. C-192/18 – *Kommission v. Poland*, Rn. 71; GA *Tanchev*, Schlussanträge in Rs. C-585/18, C-624/18, C-625/18 – *Krajowa Rada Sądownictwa (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, Rn. 77.

<sup>169</sup> *A. von Bogdandy/L.-D. Spieker* (Anm. 47); grundsätzlich *C. Wohlfahrt*, Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts, 2015.

<sup>170</sup> Näher *D. Paris*, Constitutional Courts as European Union Courts: The Current and Potential Use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 24 (2017), 792 (798 ff.); *P. Mengozzi*, A European Partnership of Courts: Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts, Il Diritto dell’Unione Europea 20 (2015), 707; *C. Lacchi*, Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last, GLJ 16 (2015), 1663.

gibt es rechtspolitische Erwägungen, insbesondere der Gesichtspunkt, dass die entsprechende Enthaltensamkeit der Verfassungsgerichte eine konfliktmindernde Aufgabenteilung zwischen dem EuGH und den Verfassungsgerichten befördere.<sup>171</sup>

Diese Überlegungen sind Einwänden ausgesetzt. So verfügen die meisten mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte über hinreichend interpretatorischen Spielraum, um sich auch des Unionsrechts anzunehmen.<sup>172</sup> Eine Einbeziehung des Unionsrechts in den verfassungsgerichtlichen Prüfauftrag würde eine effektivere Durchsetzung des Unionsrechts bedeuten. Eine Befassung macht aber auch für die Verfassungsgerichte Sinn: Sie könnten so an der Interpretation des Unionsrechts und an der Gestaltung des europäischen Rechtsraums aktiv partizipieren.<sup>173</sup>

### 3. Verfahren

Den Angelpunkt des *LM (Mängel des Justizsystems)*-Urteils der EuGH bildet das Grundrecht auf ein faires Verfahren, Art. 47 Abs. 2 GRC. Es ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der im europäischen Rechtsraum nicht nur Individuen, sondern auch hoheitlichen Institutionen zur Seite steht.<sup>174</sup> Er gilt zudem nicht nur für gerichtliche Verfahren, sondern stets, wenn ein Rechtssubjekt sich der Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüber sieht,<sup>175</sup> insbesondere, wenn gewichtige Interessen in Frage stehen.<sup>176</sup> Das ist bei einer Auseinandersetzung über ein systemisches Defizit regelmäßig der Fall: die staatliche Reputation, das Strafverfolgungsinteresse,

<sup>171</sup> Siehe *D. Paris* (Anm. 170), 814.

<sup>172</sup> Näher *D. Paris* (Anm. 170), 809 f.; *J. Griebel*, Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde, DVBl (2014), 204; *M. Bäcker*, Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 50 (2015), 411.

<sup>173</sup> Zu dieser Diskussion *A. Voßkuhle*, Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, Eu Const L. Rev. 7 (2010), 175 (197); *J. Komárek*, Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights, in: S. de Vries/U. Bernitz/S. Weatherill (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing, 2015, 75; *D. Thym*, Vereinigt die Grundrechte!, JZ 70 (2015), 56.

<sup>174</sup> *H. Jarass*, in: H. Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 12.

<sup>175</sup> Insoweit geht Art. 47 der Charta über Art. 6 EMRK hinaus; siehe auch *S. Alber*, in: K. Stern/M. Sachs, GRCh, 2016, Art. 47 Rn. 10; zur Geltung von Art. 47 Abs. 2 GRCh auch auf verwaltungsverfahrenrechtlicher Ebene *C. Nowak*, Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, Rn. 44.

<sup>176</sup> Vgl. zur Ausstrahlungswirkung auf das Verwaltungsverfahren *H. Jarass* (Anm. 174), Rn. 48 f.

die effektive Arbeit der staatlichen Justiz, finanzielle Anliegen sowie die Mitwirkung in den Institutionen der Union. Ein glaubwürdiges Verfahren ist dabei nicht nur für die Legitimität wichtig, sondern auch für die Durchsetzung einer Entscheidung und den Zusammenhalt in einem Verbund.<sup>177</sup>

Aus der Fülle von Verfahrensfragen seien hier nur zwei Komplexe thematisiert. Der erste betrifft die Thematisierung von Entwicklungen und insbesondere die Einleitung eines politisch-administrativen Aufsichtsverfahrens. Eine Kritik an dem Vorgehen der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments lautet, das eigentlich treibende Motiv sei nicht die Verteidigung unionaler Werte, sondern die Sanktionierung einer unionskritischen Haltung. Zum Beleg wird angeführt, dass Maßnahmen, die mit den polnischen vergleichbar sind, aber von EU-freundlichen Regierungen stammen, ohne Reaktion bleiben.<sup>178</sup> Im Raum steht der schwere Vorwurf einer politischen Zweckentfremdung.

Wie oben (II. 1.) ausgeführt, steht die Einleitung eines Verfahrens im Ermessen der politischen Organe. Die Frage ist juristisch im Lichte der unionalen Ermessensfehlerlehre zu behandeln. Dabei gilt zunächst, dass diese Lehre nicht die parlamentarische Befassung erfasst: Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz des Parlamentsrechts, dass das Parlament in dieser Hinsicht frei ist.<sup>179</sup> Anders jedoch die Europäische Kommission; ihre Verfahren unterliegen den allgemeinen Regeln.<sup>180</sup> Nutzt sie ein Aufsichtsinstrument, um eine integrationskritische Grundhaltung zu sanktionieren, so wäre dies ein Ermessensfehlgebrauch. Dafür bedarf es aber substantieller Hinweise. Die bisherigen Aktionen der Kommission rechtfertigen sich aus der besonderen Schwere der Situation in den Mitgliedstaaten, gegen welche sie bislang vorging.<sup>181</sup>

Bei den gerichtlichen Verfahren sticht die kontroverse Frage heraus, ob mitgliedstaatliche Gerichte ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH durchführen müssen, wenn Gegenstand ihres Verfahrens ein systemisches Defizit in einem anderen Mitgliedstaat ist. Ein nationales Gericht kann ein Defizit sowohl im Lichte der europäischen Werte des Art. 2 EUV, so der

<sup>177</sup> N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. 1975, 34 f., 48 f., 116 ff.; so auch die Erkenntnis aus der Eurokrise A. Farahat/C. Krenn, *Der Europäische Gerichtshof in der Eurokrise: Eine konflikttheoretische Perspektive*, *Der Staat* 57 (2018), 357 (384).

<sup>178</sup> M. Mendelski (Anm. 10).

<sup>179</sup> EuGH Rs. C-230/81, EU:C:1983:32, Rn. 39 – *Luxemburg v. Parlament*; J. Bast (Anm. 131), Rn. 28.

<sup>180</sup> A. Bleckmann, *Ermessensfehlerlehre*, 1997, 59 ff.

<sup>181</sup> Näher F. Hoffmeister, *Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far Are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels*, in: A. von Bogdandy/P. Sonnevend (Anm. 45), 195 ff.

Irische High Court im *Celmer*-Fall,<sup>182</sup> als auch im Lichte der Grundprinzipien der mitgliedstaatlichen Verfassung behandeln, so in dem Fall *Identitätskontrolle I* des Bundesverfassungsgerichts.<sup>183</sup> Das Bundesverfassungsgericht wurde kritisiert, weil es in dem genannten Fall versäumte, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.<sup>184</sup>

Die allgemeine Frage einer Vorlagepflicht von Verfassungsgerichten ist breit diskutiert und soll hier nicht rekapituliert werden.<sup>185</sup> In der Perspektive des Rechtsinstituts *systemisches Defizit* sei nur unterstrichen, dass eine Befassung des EuGH für ein friedliches und geordnetes Miteinander der Mitgliedstaaten von besonderer Bedeutung ist. Ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH ermöglicht eine Verteidigung der europäischen Werte in einem Prozess, der ebendiese respektiert: Der Wert der Rechtsstaatlichkeit verlangt ein faires Verfahren. Daher ist der betroffene Mitgliedstaat in einer qualifizierten Position zu beteiligen. Ein nationales Gericht kann der Regierung eines anderen Staates eine solche Beteiligung nur schwer bieten, anders als der EuGH. Wohl nur ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH kann die kritischen Fragen eines systemischen Defizits in einer anderen Rechtsordnung in einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren einer legitimen Entscheidung zuführen.

Als weiterer Gesichtspunkt tritt hinzu, dass Selbsthilfe und bilaterale Maßnahmen dem europäischen Rechtsraum wesensfremd sind, wie der seltene Rückgriff auf Art. 259 AEUV beweist.<sup>186</sup> Nicht zuletzt gilt das verfassungspolitische Gebot, wonach "Europa mit einer Stimme sprechen" soll. Selbst wenn die nationalen Höchstgerichte von *nationaler Identität* statt von *europäischen Werten* sprechen, so sollte doch klar sein, dass eine nationale verfassungsgestützte Identität liberaldemokratischer Prägung besser im Rahmen europäischer Werte verteidigt werden kann. Auch deshalb sollten

<sup>182</sup> Siehe *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119.

<sup>183</sup> BVerfGE 140, 317 – *Identitätskontrolle*.

<sup>184</sup> Zur Kritik *D. Burchardt*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, *ZaöRV* 76 (2016), 527 ff.; *C. Schönberger*, Anmerkung, *JZ* 71 (2016), 422; *M. Nettesheim*, Anmerkung, *JZ* 71 (2016), 424; *H. Sauer*, "Solange" geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, *NJW* 69 (2016), 1134; *C. D. Classen*, Zu wenig, zu fundamentalistisch – zur grundrechtlichen Kontrolle "unionsrechtlich determinierter" nationaler Hoheitsakte, *EuR* 51 (2016), 304; *J. Nowag*, EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix? *Bundesverfassungsgericht: Mr R*, *CML Rev.* 53 (2016), 1441 (1450 ff.); *G. Rügge*, Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?, *Il Diritto dell'Unione Europea* (2016), 789.

<sup>185</sup> Siehe dazu *D. Paris* (Anm. 170).

<sup>186</sup> Zum Verbot der Selbsthilfe, EuGH Rs. C-90/63, EU:C:1964:80 – *Kommission der EWG v. Luxemburg und Belgien*.

die Verfassungsgerichte den EuGH befassen, wenn sie über systemische Defizite in einer anderen Rechtsordnung entscheiden müssen.<sup>187</sup>

#### 4. Tatbestand

Der Tatbestand aller einschlägiger Instrumente enthält ein Merkmal, das eine besonders problematische Situation beschreibt, eben ein *systemisches Defizit* (III. 5). Insofern gibt es ähnliche Fragen der Interpretation und Anwendung. Drei Fragen seien erörtert: das Maß interpretatorischer Verdichtung intersystemischer Anforderungen (a.), die Bedeutung einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände im Einschätzungsverband (b.) sowie die notwendige Konkretetheit einer Werteverletzung (c.).

##### a) Rote Linien

Die Kommentierung zur Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG im “Dreier-Kommentar” umfasst 106 Seiten, seine Kommentierung zu Demokratie und Rechtsstaat in Art. 20 GG gut 200 Seiten. Man kann, wie jene Seiten zeigen, den Grundprinzipien Menschenwürde, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie viele wichtige Festlegungen einer Verfassung, ja einer ganzen Rechtsordnung entnehmen. Entsprechend gelten verfassungsrechtliche Grundprinzipien als “Baugesetze”<sup>188</sup> und sogar “Optimierungsgebote”,<sup>189</sup> kongenial zu einer entsprechend konstruktiven Dogmatik und gestaltungsfreudigen Rechtsprechung.

Dies kann kein Vorbild für den juristischen Umgang mit den Werte des Art. 2 EUV sein, insbesondere soweit sie Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen machen.<sup>190</sup> Bereits durch den Ausdruck *Wert* in Art. 2 EUV geben die Mitgliedstaaten zu verstehen, dass die in ihm niedergelegten Vorgaben als besonders vage und damit offen zu verstehen sind.<sup>191</sup> Diese Offenheit ist nicht als Ermächtigung an die Unionsorgane gedacht, die Werte kreativ in kontinuierlicher Anwendung auf viele Konstellationen zum

<sup>187</sup> Näher *L. D. Spieker* (Anm. 48), 22 f.

<sup>188</sup> *H. Dreier*, in: *H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar*, 2015, Art. 20 (Einführung), Rn. 5, 8 f.; *F. Reimer*, *Verfassungsprinzipien*, 2001, 26 ff.

<sup>189</sup> Näher *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Anm. 188), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 44.

<sup>190</sup> Anderes gilt mit Blick auf die unionale Rechtsordnung, *A. von Bogdandy*, *Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen* (Anm. 20), Rn. 35 ff.

<sup>191</sup> Die Offenheit ist ein Angelpunkt der schmittschen Kritik, *C. Schmitt* (Anm. 13), 23, 53 f., er spricht vom “Terror des Wertevollzugs”.



Grundriss eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts zu entfalten. Zwar ist Art. 2 EUV inzwischen unmittelbar, also justiziell anwendbar (oben, IV. 2. c)). Das ändert jedoch nichts daran, dass er sich nicht zu einer Homogenitätsklausel ähnlich wie Art. 28 GG oder Art. IV Sec. 4 und Art. XIII bis XV der US-Verfassung<sup>192</sup> entwickeln soll, welche die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten in einen engen Korridor zwingen würde.<sup>193</sup> Dies wäre mit dem europäischen Verfassungsppluralismus nicht in Einklang zu bringen.

Die unionsrechtlich geschützte Vielfalt der mitgliedstaatlichen Verfassungen ist gewaltig: Republiken und Monarchien, parlamentarische und semi-präsidentielle Systeme, starke und schwache Parlamente, Konkurrenz- und Konkordanzdemokratien, solche mit starken und solche mit schwachen Parteistrukturen, mit starken und schwachen gesellschaftlichen Institutionen, unitarische und föderale Ordnungen, starke, schwache und fehlende Verfassungsgerichte, höchst unterschiedliche Grade der Selbstorganisation der Justiz sowie beachtliche Divergenzen hinsichtlich des Gehalts und der Schutzintensivität von Grundrechten, nicht zuletzt ottomanische, katholische, laizistische, protestantische, anarchosyndikalistische, sozialistische, zivilgesellschaftliche, postkoloniale oder etatistische Verfassungstraditionen. Es wäre mit dieser Vielfalt unvereinbar, die Werte des Art. 2 EUV als "Baugesetze" allen Rechts im europäischen Rechtsraum oder gar Optimierungsgebote zu entfalten, die eine minutiöse Kontrolle mitgliedstaatlichen Rechts erlauben.

Die verfassungsrechtlichen Erwägungen (II.) ergaben, dass die Instrumente zur Bekämpfung systemischer Defizite dem Anliegen dienen, Essentialia der europäischen Verbundstruktur zu sichern, insbesondere das Selbstverständnis als Wertegemeinschaft, das Prinzip gegenseitigen Vertrauens sowie Wesensgehalte individueller Rechte. Dies erklärt die Vagheit der Werte wie auch die überaus hohen Verfahrenshürden in Art. 7 EUV. Diese Wertung strahlt auf das gesamte einschlägige Instrumentarium aus. Deshalb sind die Werte im Tatbestand eines *systemischen Defizit*-Instrumentes so zu interpretieren, dass sie nur besonders problematische Maßnahmen verbieten, ohne aber dabei einen "richtigen Weg" zu weisen oder gar die gebotene Gestaltung mitgliedstaatlicher Institutionen vorzugeben. In diesem Sinne bilden sie keine "Baugesetze", sondern vielmehr "rote Linien".<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> Siehe hierzu T. Giegerich (Anm. 150), 499 f.

<sup>193</sup> Vergleichend F. Palermo/K. Kösserl, *Comparative Federalism*, 2017, 321 ff.

<sup>194</sup> Näher A. von Bogdandy/P. Bogdanovicz/I. Canor/M. Schmidt/M. Taborowski, Guest Editorial: A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines, *CML Rev.* 55 (2018), 963.

In diesem Sinne lässt sich die einschlägige Rechtsprechung des EuGH verstehen. Im wegweisenden Urteil *Aranyosi e Căldăraru* stellt er allein auf absolute Rechte ab, insbesondere das Verbot unmenschlicher Behandlung,<sup>195</sup> also Normen, die zum Kernbereich des europäischen Selbstverständnisses zählen.<sup>196</sup> Die Logik der “roten Linien” erklärt, was auf den ersten Blick als eine eher “dünne” und daher als eine zunächst wenig überzeugende Argumentation erscheinen mag. Kommission wie EuGH verdichten den Wert der Rechtsstaatlichkeit, um den die meisten Verfahren kreisen, zumeist nur allgemein mit dem Hinweis auf Prinzipien,<sup>197</sup> entfalten ihn aber kaum interpretatorisch mit Blick auf den fraglichen Sachverhalt. Im Mittelpunkt steht, *was nicht geht*.

So bescheinigt der EuGH im *LM (deficiencies)*-Urteil zunächst die Problematik der neuen Disziplinarkammer, welche nach ihrer gesamten Ausgestaltung als Instrument erscheint, die Richterschaft an das Band der Regierungsmehrheit zu legen.<sup>198</sup> Das Urteil skizziert weitere “rote Linien”, indem es auf die Feststellungen in dem Kommissionsvorschlag nach Art. 7 EUV zu Polen verweist. Natürlich behandelt der Gerichtshof den Vorschlag nicht als Rechtsquelle. Wohl aber stellen die “Informationen [...] besonders relevante Angaben dar”, nach denen die polnischen Maßnahmen zu bewerten sind.<sup>199</sup> Dieser Kommissionsvorschlag spricht konkret aus, welche Maßnahmen mit den Werten nicht vereinbar sind und daher zurück genommen werden müssen, weil sie “rote Linien” überschritten haben.

Die geringe interpretatorische Entfaltung der Werte beeinträchtigt zwar die argumentative Überzeugungskraft der Entscheidung. Aber genau diese Zurückhaltung vermeidet eine Maßstabbildung auf einer “mittleren Ebene”, die zu einer erheblichen Beschränkung der mitgliedstaatlichen Verfassungsautonomie führen könnte.<sup>200</sup>

Dabei ist eine solche Logik der “roten Linien” nicht prinzipiell dogmatikfeindlich. Es ist durchaus vorstellbar, mittels der bewährten Mechanis-

<sup>195</sup> EuGH Rs. C-404/15, EU:C:2016:198, Rn. 85 und 90 – *Aranyosi und Căldăraru*.

<sup>196</sup> C. Grabenwarter, Konventionswidrigkeit der Auslieferung bei drohender Todesstrafe – Fall *Soering*, NJW 70 (2017), 3052.

<sup>197</sup> Vgl. insbesondere die beiden bislang wichtigsten Texte, den begründeten Vorschlag der Kommission (Anm. 5), Rn. 6 ff., und EuGH Rs. C-216/18 PPU, Rn. 62-67, EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality*. Zugleich ist herauszuheben, dass das *LM*-Urteil weit mehr Begründung liefert als das ähnlich bahnbrechende Urteil in EuGH Rs. C-34/09, EU:C:2011:124 – *Ruiz Zambrano*.

<sup>198</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2016:198, Rn. 67 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>199</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2016:198, Rn. 61 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>200</sup> Zu dieser Form der Maßstabbildung O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 159 (182 ff.); A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen?, 2014, 254 ff.

men der Abstraktion und Dekontextualisierung eine Dogmatik “roter Linien” zu entwickeln.<sup>201</sup> Sie könnte in Indikatoren münden, welche die Vermutung erschüttern, dass ein Mitgliedstaat den europäischen Werten genügt. Eine solche Dogmatik ist aber etwas grundsätzlich anderes als eine herkömmliche verfassungsrechtliche Prinzipien Dogmatik, die auf einen “großen Strukturplan” oder eine “übergreifend-sinnhafte Konzeption” abzielt.<sup>202</sup> Sie müsste eher die Logik einer “negativen Dialektik” verfolgen, die sich dadurch auszeichnet, nicht zu sagen, wie es sein soll, sondern, was nicht sein darf.

## b) Wertende Gesamtbetrachtung im Einschätzungsverbund

Die konkrete Feststellung der Verletzung eines Wertes und damit eines systemischen Defizits beruht auf einer *bewertenden Gesamtbetrachtung*, die eine Reihe zumeist detailliert beschriebener Maßnahmen im Lichte abstrakt bleibender Prinzipien in den Blick nimmt.<sup>203</sup> Sicherlich bestehen in einem solchen Anwendungsdiskurs, der maßgeblich in einer wertenden Gesamtbetrachtung von Entwicklungen, Ereignissen, Maßnahmen und Positionierungen besteht, enorme Ermessensspielräume; er ist in diesem Sinne unvermeidlich politisch. Insofern steht leicht der Vorwurf im Raum, das Vorgehen sei einseitig oder aus sachfremden Erwägungen motiviert.<sup>204</sup>

Diese Anwendungspraxis der wertenden Gesamtbetrachtung rechtfertigt sich jedoch aus drei Gesichtspunkten. Zunächst ist sie die zwingende Konsequenz aus der geringen Maßstabbildung, die sich aus den soeben dargelegten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erklärt. Zweitens antwortet sie auf spezifische Probleme, autoritäre Entwicklungen juristisch zu fassen. Drittens ist zu berücksichtigen, dass die wertende Gesamtbetrachtung sich oft auf gleichlaufende Einschätzungen anderer Institutionen stützt, also in einem Einschätzungsverbund erfolgt.

Die zentrale Rolle einer bewertenden Gesamtbetrachtung rechtfertigt sich aus dem Gegenstand *systemischer Defizite*. Juristische Anwendungs-

<sup>201</sup> M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Das entgrenzte Gericht [...] (Anm. 200), 77.

<sup>202</sup> G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 28, 39; zu “Leitbildern” U. Volkmann, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 57 (67 ff.).

<sup>203</sup> Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, Rn. 109, 173; EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 68 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>204</sup> Siehe bereits oben, IV. 3.

diskurse haben normalerweise einzelne Handlungen zum Gegenstand. Das führt zu Schwierigkeiten bei autoritären Entwicklungen, da zumeist nur eine *Gesamtheit* von Handlungen die kritische Schwelle erreicht. Einzelne Gesetze, richterliche Ernennungen und konkrete Verbote können oft plausibel gerechtfertigt werden.<sup>205</sup> So verteidigt die polnische Regierung ihre Justizreformen durch einen Vergleich mit “unverdächtigen” Ländern.<sup>206</sup> Um eine “eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung” eines der in Art. 2 EUV genannten Werte festzustellen, bedarf es daher einer Gesamtschau aller die Justiz betreffenden Maßnahmen der polnischen Regierung unter gebührender Berücksichtigung der politischen und sozialen Verhältnisse des Landes. Dies kann es sogar verlangen, das Vorgehen gegen die Justiz im Kontext des Vorgehens gegen andere Institutionen der Kontrolle zu bewerten, v. a. die parlamentarische Opposition, Medien, Wissenschaft, Nichtregierungsorganisationen.<sup>207</sup>

Zur Legitimität einer bewertenden Gesamtbetrachtung trägt drittens bei, wenn sie sich auf gleichlautende Einschätzungen anderer unabhängiger Institutionen stützt, die über Autorität in Wertefragen verfügen. In der Verbundlogik des systemischen Defizits formuliert: Die regelmäßige Anwendung erfolgt in einem *Einschätzungsverbund*. Je mehr Institutionen ein substanzielles Problem sehen, desto größer die Evidenz für ein systemisches Defizit.

Es ist bemerkenswert, dass gerade dann, wenn es um Werte und systemische Defizite geht, Interpretation und Anwendung nicht als ein autonomer Erkenntnisakt, sondern als ein komplexer Prozess kollektiver Bewertung dargestellt werden, der weit über die eigene Rechtsordnung hinaus reicht.

---

<sup>205</sup> K. Scheppelle, Enforcing the Basic Principles of EU Law Through Systemic Infringement Actions, in: C. Closa/D. Kochenov (Anm. 11), 105; die polnischen Maßnahmen gegen das eigene Verfassungsgericht erscheinen gleichwohl als vergleichsweise klare Fälle, vgl. Iustitia (Polish Judges Association), Response to the White Paper Compendium on the Reforms of the Polish Justice System, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission, 17.3.2018, verfügbar unter: <<https://twojsad.pl>>; M. Gersdorf (First President of the Supreme Court), Opinion on the White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, 16.3.2018, verfügbar unter: <<https://archiwumosiadynskiego.pl>>; Venedigkommission, Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, Opinion No. 833/2015, CDL-AD(2016)001, Rn. 126, 137, 138.

<sup>206</sup> Chancellery of the Prime Minister of Poland, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, 7.3.2018, verfügbar unter: <<https://www.premier.gov.pl>>.

<sup>207</sup> Diese Logik der Gesamtschau ist keineswegs auf die Werte beschränkt. Ähnlich verläuft der Prozess der Feststellung eines systemischen Defizits im Bankenwesen: Auch hier ist der Rechtsanwender, in diesem Fall der Europäische Ausschuss für Systemrisiken, zu einer Gesamtschau aufgefordert, vgl. VO 1092/2010/EU des Europäischen Parlaments und des Rates von 24.11.2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken.

Kommission und EuGH, aber auch viele andere Institutionen, rekurren bei solchen Fragen oft auf weitere autoritative Quellen, insbesondere auf Entscheidungen des EGMR und Gutachten der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission).<sup>208</sup> Auch Einschätzungen von internationalen Gremien sowie zivilgesellschaftlicher Organisationen sind von Gewicht.<sup>209</sup> Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Autonomie des Unionsrechts erscheint es ganz besonders bemerkenswert, dass bei der unionsrechtlichen Qualifikation als *systemisch defizitär* sogar die Einschätzung unter der betroffenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung eine Rolle spielt und sogar von erheblicher Bedeutung ist. Im polnischen Fall ist es wichtig, dass autoritative polnische Stimmen die Reformmaßnahmen der Regierungsmehrheit als grob verfassungswidrig ansehen.<sup>210</sup> Eine Situation oder Maßnahme ist also umso eher *systemisch defizitär*, je mehr Institutionen der verschiedenen verbundenen Rechtsordnungen diese Qualifizierung teilen.

Eine solche Gesamtbetrachtung ist wichtig in weiteren Hinsichten. Man nehme etwa den Vorwurf, die Union selbst genüge den Anforderungen nicht, die sie an Polen adressiert.<sup>211</sup> Sicherlich entspricht etwa die Wiederwahlmöglichkeit der Richter des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht höchsten Standards richterlicher Unabhängigkeit. Aber niemand bestreitet in der einschlägigen Forschung, dass der Gerichtshof der Europäischen Union ein unabhängiges Gericht ist.<sup>212</sup>

### c) Allgemeine und konkrete Gefahr

Die politischen Organe prüfen in aller Regel, so wie es der Begriff *systemisch* nahelegt, die Gesamtlage, also eine allgemeine Gefahr für die Werte. Für Gerichte stellt sich die Frage, ob sie auch auf eine allgemeine Gefahr abstellen können oder es bei der Einzelfallorientierung richterlichen Ent-

<sup>208</sup> Vgl. nur den Begründeten Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, Rn. 18, 32, 95, 116 ff.; EuGH Rs. C-404/15, EU:C:2016:198, Rn. 90 – *Aranyosi und Căldăraru*; Schlussanträge des GA *Tanchev* in EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2018:517, Rn. 10 – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>209</sup> Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, Rn. 33, 63, 76, 80, 82.

<sup>210</sup> Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 EUV zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, Rn. 19, 21, 29, 81, 83, 86; vgl. insbesondere *Iustitia* (Anm. 205); *M. Gersdorf* (Anm. 205).

<sup>211</sup> Vgl. nur *J. H. H. Weiler* (Anm. 11).

<sup>212</sup> *C. Krenn*, *Self-Government at the Court of Justice of the European Union: A Bedrock for Institutional Success*, GLJ 19 (2018), 2007 (2024).

scheidens bleibt. So war im *LM*-Fall zu entscheiden, ob die Übergabe einer Person aus Irland nach Polen im Rahmen eines europäischen Haftbefehls wegen eines systemischen Defizits in der polnischen Justiz zu unterbleiben hatte. Der EuGH verlangt vom nationalen Gericht in zwei Schritten zu prüfen, ob erstens ein systemisches Defizit vorliegt, und ob zweitens

“es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass diese Person [...] einer echten Gefahr ausgesetzt sein wird, dass ihr Grundrecht auf ein unabhängiges Gericht verletzt und damit der Wesensgehalt ihres Grundrechts auf ein faires Verfahren angetastet wird”.<sup>213</sup>

Dies entspricht dem zweisehrittigen Prüfungsschema für intersystemische Verfassungskonflikte, welches das Bundesverfassungsgericht in seiner *Solange II*-Entscheidung wegweisend etabliert hat.<sup>214</sup>

Diese zweisehrittige Prüfung hilft, das gerichtliche Verfahren von den Verfahren unter Art. 7 EUV abzugrenzen. Damit trägt sie dazu bei, die Rechtsfortbildung des EuGH zu rechtfertigen, die ihm die Entscheidung über den polnischen Fall inhaltlich erst eröffnete.<sup>215</sup> Gleichwohl begegnet ihre Ausgestaltung erheblichen Bedenken. Da die Maßnahmen der polnischen Regierung die Unabhängigkeit der gesamten polnischen Justiz untergraben, läuft jeder Fall Gefahr, zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens vor einem kompromittierten Richter zu landen. Vor allem aber erscheint die Vorgabe des EuGH, dass der mitgliedstaatliche Richter die Unabhängigkeit seiner polnischen Kollegen prüfen soll,<sup>216</sup> als kaum praktikabel.<sup>217</sup> Eine gewisse Kompensation findet sich in der Umkehr der Darlegungslast: Wenn ein systemisches Defizit vorliegt, so obliegt es dem betreffenden Mitgliedstaat zu zeigen, dass für das betroffene Individuum keine konkrete Gefahr besteht.<sup>218</sup>

<sup>213</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2016:198, Rn. 75 – *Minister for Justice and Equality*; hierzu näher A. von Bogdandy/P. Bogdanowicz/I. Canor/M. Schmidt/M. Taborowski (Anm. 194), 983.

<sup>214</sup> BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

<sup>215</sup> Vgl. bereits oben, IV. 2.

<sup>216</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2016:198, Rn. 77 f. – *Minister for Justice and Equality*.

<sup>217</sup> M. Wendel, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 54 (2019), 111; M. Krajewski, Who Is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to Independence of Domestic Judges, Eu Const. L. Rev. 14 (2018), 792; P. Bárd/W. van Ballegooij, Judicial Independence as a Precondition for Mutual Trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*, New Journal of European Criminal Law 9 (2018), 353.

<sup>218</sup> EuGH Rs. C-216/18 PPU, EU:C:2016:198, Rn. 78 – *Minister for Justice and Equality*.

## 5. Kontrolle

Der letzter Baustein der Rechtsregime der Instrumente zur Bekämpfung systemischer Defizite ist der Rechtsschutz. Es geht darum, ob und wie die Rechtmäßigkeit der Instrumente sowie die Rechtmäßigkeit ihres Einsatzes gerichtlich kontrolliert werden kann. Eine solche Prüfung bildet einen höchst wichtigen Aspekt europäischer Rechtsstaatlichkeit: Die Kontrolle öffentlicher Gewalt durch unabhängige und unparteiische Gerichte gilt bisweilen gar als die Krönung des Rechtsstaats.<sup>219</sup> Die Bestimmung in Art. 269 AEUV umschreibt insofern eine Ausnahme, die im Lichte des Grundsatzes eng zu interpretieren ist.

So selbstverständlich dieser Grundsatz erscheint, so problematisch ist seine Anwendung bei einer Reihe von Instrumenten, die keine Rechtsfolge setzen; hier ist der Rechtsschutz durch den EuGH lange Zeit lückenhaft und unsicher gewesen. Danach erschien es nicht selbstverständlich, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Empfehlung der Kommission im Rahmen des Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens oder eine reputationsschädigende Klassifizierung im Justizbarometer vorgehen kann. Die neuere Rechtsprechung des EuGH weitet jedoch die gerichtliche Kontrolle gegenüber solchen Maßnahmen aus.<sup>220</sup> Dies sollte eine Kontrollmöglichkeit zumindest dann eröffnen, wenn eine Empfehlung der Kommission indirekte Rechtsfolgen erzeugt, also etwa eine Vermutung für ein systemisches Defizit begründet.<sup>221</sup> Aber auch darüber hinaus besteht ein offensichtliches Rechtsschutzbedürfnis etwa gegen reputationsschmälernde Empfehlungen der Organe.<sup>222</sup>

Eine weitere Herausforderung stellt die rechtliche Kontrolle zwischen den Teilrechtsordnungen dar. Dies wurde bereits bei der Diskussion des Art. 267 AEUV angesprochen (oben IV. 3.) Es besteht ein dringendes Bedürfnis, dass im europäischen Rechtsraum die Verteidigung europäischer Werte oder ihrer Pendanten unter den nationalen Verfassungen koordiniert erfolgt. Die Koordination und die entsprechende Kontrolle nationaler Institutionen obliegen in erster Linie dem EuGH. Dies bedeutet aber keines-

<sup>219</sup> Vgl. nur EuGH Rs. C-294/83, EU:C:1986:166 – *Les Verts v. Parlament*.

<sup>220</sup> EuGH Rs. C-16/16 P, EU:C:2018:79, Rn. 44 – *Belgien v. Kommission*; EuGH Rs. C-258/14, EU:C:2017:448, Rn. 30 – *Florescu u.a.*; EuGH Rs. C-207/01, EU:C:2003:451, Rn. 41 – *Altair Chimica*; EuGH Rs. C-62/14, EU:C:2015:400, Rn. 27 ff. – *Gawweiler u.a.*; *J. Gundel*, Rechtsschutz gegen Empfehlungen der EU-Kommission? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 20.2.2018, Rs. C-16/16 P (*Belgien v. Kommission*), EuR 53 (2018), 593; grundsätzlich *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, 103.

<sup>221</sup> Näher oben, IV. 4. a).

<sup>222</sup> Dies ergibt sich aus den Erwägungen unter III. 3.

wegs, dass er kontrollfrei gestellt ist: Es gelten die allgemeinen Mechanismen der gemeinsamen Verfassungsaufsicht im europäischen Rechtsraum. Ihnen kommt bei dieser explosiven Frage der Werteverteidigung besondere Bedeutung zu. Gerade hier muss sich der europäische Verfassungsgerichtsverbund beweisen.<sup>223</sup>

## V. Tyrannei der Werte?

Die europäischen Institutionen sind vielen Menschen fern und fremd. Wenn sie gewählte Regierungen unter Berufung auf europäische Werte zur Revision wichtiger politischer Projekte drängen, ja zu zwingen versuchen, so riskieren sie, als selbstherrlich, willkürlich und illegitim zurückgewiesen zu werden. Gleiches gilt, wenn andere Staaten auf Werte pochen.

Einem solchen Vorwurf einer Tyrannei der Werte wird das Argument, man sei im Recht, kaum hinreichend begegnen. Es reicht nicht aus, "Recht" zu haben. Vielmehr erfordert eine glaubwürdige und aussichtsreiche Verteidigung europäischer Werte einer breiten europäischen Öffentlichkeit in fairen Verfahren überzeugend zu zeigen, was die Werte verlangen, warum sie verletzt sind und was zu tun ist. Die rechtliche Basis einer solchen Verteidigung ist das eigentliche Ziel einer Dogmatik systemischer Defizite.

Die Werteunion ist risikoreich wie die Währungsunion. In dieser unheilswangeren Feststellung liegt auch eine Hoffnung, denn Europa hat die schwere Krise der Währungsunion in den Griff bekommen. Die Resilienz des europäischen Gedankens ist stärker, als viele vermuten. Dies gibt Zuversicht auch für die Zukunft der Werteunion, zumal hier die europäische Resilienz sich aus einer besonders starken Quelle speisen kann: eben der Ablehnung von Tyrannei. Diese Haltung muss das Ziel, aber ebenso die innere Logik aller Instrumente gegen systemische Defizite bestimmen.

---

<sup>223</sup> A. Voßkuhle (Anm. 2); P. M. Huber (Anm. 2), 389.



## Summary

### **Towards a Tyranny of Values? Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies**

European constitutionalism is faced with the decision whether it comprises illiberal democracies or whether it fights them. This article explores the latter path, which might lead to a “tyranny of values”: a defence of values that destroys the very values it aims to protect. Firstly, the article explores the constitutional horizon of the question of whether one should intervene at all. It then expounds the expression *systemic deficiency* as a legal key concept that informs all systemic deficiencies instruments, developing it from the interrelatedness of the legal orders of the European legal space. Such instruments must be coordinated, effective, and, not least, legitimate to avoid creating a tyranny of values. For this purpose, in a third step, a legal frame for pertinent instruments of European law, Member States’ law and international law is developed, consisting of the building blocks *legal basis*, *procedure*, *standards*, and *control*.

ZaöRV 79 (2019)

