

B. Rechtsstaatlichkeitskrise und systemisches Defizit

Der Begriff der *Rechtsstaatlichkeitskrise* bezeichnet bei erster Annäherung hochpolitische Abweichungen vom europäischen Konsens der Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips in bestimmten Mitgliedstaaten. Zeitlich zusammen fällt er ungefähr mit der Juncker-Kommission, nimmt aber seinen Anfang teils bereits davor und dauert weiter fort. Das allein rechtfertigt und konturiert den Begriff aber nicht.

I. Keine leichtfertige Verwendung des Begriffs der „Krise“

Der Begriff der Krise, der im Griechischen zunächst „Wendepunkt“ bedeutet,⁴⁶ hat in der Literatur zu wichtigen Entwicklungsschritten der früheren Gemeinschaften zur heutigen Union regelmäßig Verwendung gefunden. Gerade das mahnt aber, ihn mit Bedacht zu nutzen und nicht zu entwerten. *Werner Weidenfeld* äußerte, der Krisenbegriff sei ob seiner Präsenz für die Union diskursprägend geworden.⁴⁷ *Jonathan White* hat *Jean Monnet* mit den Worten zitiert, dass „Europa durch Krisen gebaut und die Summe ihrer Lösungen“ sei.⁴⁸ In den 1970er Jahren haben sodann *Gerda Zellentin* und *Dirk Läufer* sich daran versucht, Gesamtdarstellungen europäischer Krisen vorzulegen.⁴⁹ Selbstredend ist auch das Scheitern des Verfassungsvertrags Mitte der nuller Jahre als „europäische Verfassungskrise“ bezeich-

46 Vgl. Duden, Eintrag „Krise“.

47 Werner Weidenfeld, „Die Berichte der Europäischen Gemeinschaft zur Reform des Gemeinschaftssystems seit 1972“, in: Hans Hermann Hartwich (Hrsg.), Gesellschaftliche Probleme als Anstoß und Folge von Politik: Wissenschaftlicher Kongreß der DVPW: 4.-7. Oktober 1982 in der Freien Universität Berlin: Tagungsbericht, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 1982, S. 296-302, S. 296.

48 Jonathan White, *Politics of last resort: governing by emergency in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2020, S. 3, er zitiert nach Jean Monnet, *Memoirs*, Collins, London, 1978, S. 417, hier meine Übersetzung.

49 Dirk Läufer, *Krisen in den europäischen und atlantischen Organisationen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, s. insb. S. 20 ff.; Gerda Zellentin, „Krisen der europäischen Integration. Ursachen und Wirkungen“, in: *Integration: Vierteljahreshefte zur Europaforschung* 2 (1970), S. 20-37, s. dort insb. S. 20, Definition und Übersicht S. 22 ff.

net worden.⁵⁰ Selbst die – für die vorliegende Arbeit besonders vorrangige – Überlegung, gerade im Rahmen einer Krise Einblick in die praktische und interne Arbeit der Europäischen Kommission zu suchen, kann auf einen Präzedenzfall verweisen. *Fritz Hellwig*, später deutsches Mitglied der Hohen Behörde der EGKS, hat in den 1960er Jahren einen ebensolchen Kurzbeitrag vorgelegt.⁵¹

II. Rechtsstaatlichkeitskrise

Die vorab zitierten Arbeiten zeigen, dass bei der Verwendung des Begriffs der europäischen Krise Vorsicht geboten ist. Doch ist das Konzept einer europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise nicht diffus und bleibt keinesfalls bloßes Füllwort. Es ist im gegenwärtigen Diskurs von Praxis und Wissenschaft⁵² fest verankert.

1. Benennung der Krise

Die Europäische Kommission selbst hat den Begriff „Rechtsstaatlichkeitskrise“ 2013 durch die damalige Justizkommissarin *Viviane Reding* eingeführt. Reding gelangte zu dem Schluss:

„[S]ince 2009, we also have been confronted on several occasions with a true ‘rule of law’ crisis.“⁵³

50 Hermann-Josef Blanke, „Erweiterung ohne Vertiefung? Zur „Verfassungskrise“ der Europäischen Union“, in: *Europarecht* 41 (2005), S. 787-801.

51 Fritz Hellwig, „Die supranationalen Vollmachten der Hohen Behörde, dargestellt an ihrer Willensbildung in Krisensituationen“, in: Gerda Zellentin (Hrsg.), *Formen der Willensbildung in den Europäischen Organisationen*, Athenäum, Frankfurt a.M./Bonn, 1965, S. 31-48. Hellwig war von 1967-1970 Mitglied der Hohen Behörde.

52 In der Rechtswissenschaft exemplarisch Dmitry Kochenov, „Europe's Crisis of Values“, in: *Revista catalana del dret public* (2014), S. 106-118; András Jakab & Dmitry Kochenov, „Introductory Remarks“, in: András Jakab & Dmitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, Oxford University Press 2017, S. 1-5.

53 Viviane Reding, „The EU and the Rule of Law – What next?“, S. 6.

Der *Kontext der Entwicklung* ist klar erkennbar:

„In parallel to the economic and financial crisis, we also have been confronted on several occasions with a true "rule of law" crisis. They included notably the Roma crisis in France in summer 2010; the Hungarian crisis that started at the end of 2011; and the Romanian rule of law crisis in the summer of 2012.“⁵⁴

Reding erlaubt hier zwei getrennte Folgerungen. Zunächst, dass sich die europäische Rechtsstaatlichkeitskrise ihrerseits in einen größeren Krisenkontext einbettet, in dem vor allem auch die europäische Wirtschafts- und Währungskrise Bedeutung erlangt. *Jean-Claude Juncker*,⁵⁵ Kommissionspräsident von 2014-2019, aber auch die Rechtswissenschaft⁵⁶ haben hierfür den Begriff der „Polykrise“ geprägt. *Stefan Kadelbach* hat diese unter dem Begriff der *Verfassungskrise* erfasst und von dort auf die Rechtsstaatlichkeitsfrage übergeleitet.⁵⁷ Am weitesten holt also aus, wer die Rechtsstaatlichkeitskrise als Teilkrise der unionalen Polykrise begreift, die zu großen Umbrüchen im Unionsrecht und ihren Kompetenzen geführt hat.⁵⁸ Dabei kann man es nicht belassen, die Rechtsstaatlichkeitskrise ist dafür zu komplex und dauert in unverminderter Brisanz fort. Zum anderen folgt

54 Viviane Reding, „The EU and the Rule of Law – What next?“, S. 2.

55 14. Norbert Schmelzer Lesung – Vortrag von EU-Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker, „Die Europäische Union – eine Quelle der Stabilität in Krisenzeiten“, SPEECH/16/583, S. 1.

56 Ausführlich Christian Calliess: „Bausteine einer erneuerten Europäischen Union: Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas“, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 37 (2018), S. 1-9. Unberücksichtigt bleibt mit diesem Begriff die erst ganz zum Ende der Abfassung des Manuskripts weltweit wirkende sog. „Coronavirus-Krise“, die in ihrer Wirkung weit über die Union und ihr Recht hinausreicht. Ähnlich wie hier zur Begriffsgenese auch Theodore Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union: The Internal Dimension*, Hart, Oxford, 2017, S. 141 ff. Er bringt, S. 142, unter Verweis auf Reding, die Rolle der Kommission auf den Nenner nicht mehr nur einer Hüterin der Verträge sondern einer „Hüterin der Rechtsstaatlichkeit“ in der Union im Rahmen dieser Krise.

57 Stefan Kadelbach, „Verfassungskrisen“, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 9-22.

58 Zu den wirtschaftsrechtlichen und -politischen Auswirkungen Michael Ioannidis, „Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution changed during the Eurozone Crisis“, in: *Common Market Law Review* 53 (2016), S. 1237-1282, s. auch Stefan Kadelbach, „Krise, Umbruch und neue Ordnung“, in: ders./Klaus Günther (Hrsg.), *Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, Nomos, Baden-Baden, 2014, S. 9-16.

hieraus, dass dann andere Bestandteile der sog. „Polykrise“ nicht Teil des Zuschnitts dieser Arbeit sind.

Im April 2019 hat die Kommission den Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise in einer Mitteilung erneut aufgegriffen und dabei weitere Maßnahmen gegenüber einer „Krise des Rechtsstaats in einem Mitgliedstaat“ angekündigt.⁵⁹ Im Unterschied zur früheren Einlassung Redings hat sie dabei allerdings keine Mitgliedstaaten unmittelbar genannt. Der Begriff selbst ist für die Kommission augenscheinlich nicht dazu geeignet, die beobachteten Vorgänge analytisch zu begleiten. Vielmehr schreibt sie:

„Ein besseres Verständnis der Entwicklungen in den einzelnen Mitgliedstaaten würde es ermöglichen, diese Unterstützung gezielter einzusetzen und etwaige Risiken für die Rechtsstaatlichkeit frühzeitig zu erkennen.“

Damit wird deutlich, dass der Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise nicht den Anspruch einer tieferen Deutung der durch sie bezeichneten Sachverhalte bezweckt. Er ist also insbesondere nicht dogmatisch verdichtet. Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit *Theodor Konstadinides* aus Redings Überlegungen den Definitionsvorschlag ableitet, wonach eine derartige Krise jedenfalls vorliege bei

„any deficiencies in the independence, efficiency or quality of the justice system in another Member State.“⁶⁰

2. Europäische Krise oder Krise der Union?

Aus Redings Rede von 2013 resultiert, dass die Rechtsstaatlichkeitskrise jedenfalls nicht nur einen einzelnen Mitgliedstaat betrifft, dass sie aber auf *mitgliedstaatlichen Vorgängen* beruht. Sie ist also keine Krise der Ebene der Unionsorgane, dies unterscheidet das hier untersuchte Problem von Fragen wie solchen nach der Verwirklichung des Demokratieprinzips auf unionaler Ebene. Das heißt aber nicht zwangsläufig, dass in der Krise

59 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, COM(2019) 163 final vom 03.04.2019, insb. S. 14, prägnanter („rule of law crisis“) in der englischen Fassung, die in der Praxis das Original darstellt, S. 12.

60 Theodore Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union*, S. 142.

ausschließlich Unionsrecht zum Tragen kommt und ausschließlich Organe und Stellen der Union ihr begegnet sind.

Zunächst ist die Rechtsstaatlichkeitskrise aus vielen nationalen Verfassungskrisen⁶¹ zusammengesetzt. Das bedeutet, dass sie alle auch aus rein nationaler Sicht bereits Bücher füllen (könnten). Zum zweiten bedingt der Begriff der *Rechtsstaatlichkeit* selbst eine besondere Offenheit für nationales Recht. Als in Art. 2 S. 1 EUV genannter Wert der Union, der dort nicht definiert wird, muss für seine Ergründung auf nationales Recht recurriert werden. Das war in der Literatur vielfach abstrakt Gegenstand der Debatte. Für von Bogdandy z.B. ist es nicht ausreichend, die Prinzipien der Union gänzlich ohne Rückgriff auf nationales Recht zu denken, noch, sie schlicht als „Substrat“ der kumulierten Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zu sehen. Es bedürfe vielmehr einer „Herauslösung“ der Wert-„Gehalte“ und ihrer „Fortschreibung“ im Unionsrecht.⁶² Ähnlich hat es *Christian Calliess* gesehen. Die Werte hätten zwar einen definitiven Ursprung in den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, bedürften aber einer „Hochzöhung“, die sich zum einen konkret der mitgliedstaatlichen Nutzung vergewissert, ihren „selbständigen Gehalt“ aber herausarbeitet.⁶³

Das heißt aber nicht, dass die Rechtsstaatlichkeitskrise eindeutig wird, wenn man sie als Summe nationaler Vorgänge begreift. Sie ist untrennbar mit Handlungen der Unionsorgane und auch des Europarates verbunden, wie schon die rege Aktivität der Venedig-Kommission zeigt. Darüber fragt sich, ob sie dann überhaupt als Krise der Union oder nicht vager als „europäische“ Krise gefasst werden muss. *Christoph Möllers* und *Linda Schneider* sind, neben der Betonung der Bedeutung des Europarates, sogar noch einen Schritt weitergegangen und haben gefolgert, seine Beteiligung sei

61 Zum Begriff der Verfassungskrise für das nationale Verfassungsrecht Sanford Levinson & Jack M. Balkin, „Constitutional Crises“, in: University of Pennsylvania Law Review 157 (2009), S. 707-753, dort insb. S. 738 ff. zum offenen politischen Machtkampf als hier einschlägigem Subtyp.

62 Armin von Bogdandy, „Grundprinzipien“, in: Armin von Bogdandy & Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Springer, Heidelberg, 2009, S. 13-71, S. 31.

63 Christian Calliess, Art. 2 EUV, in: Christian Calliess & Matthias Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. C.H. Beck, München, 2016 Rn. 12-15. Für eine Berücksichtigung sowohl mitgliedstaatlicher Rechtstraditionen, die dort indes nicht vertieft werden, wie auch der Rechtsprechung des EuGH auch Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht, S. 85 ff.

möglicher Ausdruck einer unionalen Kapazitätsschwäche.⁶⁴ Die Krise hat aber allein auf Unionsebene zu einer solchen Verdichtung an Instrumentarien und Handlungen geführt, wie sie hier abgehandelt werden, und dies, obwohl der Europarat in seinen Versuchen nicht müde geworden ist, mit der Union in Mahnung und Gutachten gleichzuziehen. Das ficht entscheidend dafür, die Krise vorrangig als Krise der Union zu verstehen.

3. Rechtsstaatlichkeitskrise oder Krise der europäischen Demokratie?

Auch die Überlegung, dass die in dieser Studie beobachtete Krise der Union sich vorrangig auf das Rechtsstaatsprinzip bezieht, ist in der Literatur nicht unbestrittener Konsens.

Vassilios Skouris hat die derzeitige Rechtsstaatlichkeitskrise in den Mitgliedstaaten nicht ohne die Diskussion eines Demokratiedefizits auf unionaler Ebene abgehandelt.⁶⁵ Möllers und Schneider⁶⁶ meinen, die Vorgänge in den Mitgliedstaaten seien nicht vor dem Hintergrund der Rechtsstaatlichkeit, sondern des in Art. 2 S. 1 EUV ebenso genannten Demokratieprinzips zu erfassen. Entscheidend ist für sie die Überlegung, zukünftige Mehrheiten, die aus demokratischen Wahlen hervorgehen, zu schützen, also Versuche zu unterbinden, ihre Wahl oder Gestaltungsfreiheit nicht zuzulassen.⁶⁷ Drei Argumente legen sie hierfür zunächst vor: Erstens, dass sie in Fragen des Rechtsstaatsschutzes ein anderes, nämlich vorrangig den hier sog. Fall der staatlichen Schwäche in Mitgliedstaaten angesprochen sehen, zweitens, dass sich für sie die Frage der Rechtsstaatseinhaltung nicht von derjenigen des Demokratieprinzips trennen lässt, und drittens, dass die Ausblendung der Einhaltung des Demokratieprinzips dieses in das freie Ermessen der Mitgliedstaaten stellen würde.⁶⁸ Vorgänge wie in Ungarn und Polen sind für die Autoren daher eine Frage der Einhaltung des Demokratieprinzips, bezogen auf einen „demokratiespezifischen

64 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, insb. S. 91.

65 Vassilios Skouris, Demokratie und Rechtsstaat: Europäische Union in der Krise, S. 55 ff.

66 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, S. 124.

67 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, S. 124.

68 Christoph Möllers & Linda Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, S. 130.

Kernbestand der EU-Verfassungsrechtsordnung“, den Schutz potentieller, künftiger Mehrheiten. Reduziert auf die Überlegung dieses Begriffskerns⁶⁹ grenzen sie sich ausdrücklich von Vorschlägen bezogen auf das Rechtsstaatsprinzip ab. Die Durchführung von Wahlen, die Medienverfassung und schließlich sogar die richterliche Unabhängigkeit erscheinen hier als Voraussetzung des Demokratieprinzips und gehen in diesem auf.⁷⁰

Für Möllers' und Schneiders These fechten mindestens zwei Überlegungen. Zum einen können sich beide Verfasser auf die etablierte Tradition in der Europarechtswissenschaft berufen, Fragen im Umfeld des Art. 2 EUV unter Rückgriff auf das Demokratieprinzip abzuhandeln. Als *Jochen Frowein* Anfang der 1980er frühe Überlegungen zum verstärkten Schutz von „Verfassungsprinzipien“ auf Ebenen der Union anstellte, tat er dies, unter dem Eindruck der autokratischen Entwicklungen in Griechenland, ausdrücklich mit Blick auf das Demokratieprinzip und äußerte sich explizit auch zur Bedeutung der Sicherung von Wahlen.⁷¹ Auch in der sog. Haider-Krise in Österreich haben Verfasser vorrangig das Demokratieprinzip in den Blick genommen. Für *Frank Schorkopf* ist das von Karl Loewenstein übernommene Konzept der „streitbaren Demokratie“ dasjenige, das Logik in die Handlungen der „XIV“ Mitgliedstaaten gegenüber Österreich im Jahr 2000 bringt.⁷² Überdies sei es darum gegangen, den zukünftigen Mitgliedstaaten Osteuropas „die unbedingte Geltung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in der Union vor Augen zu führen.“⁷³

69 Ich halte die Aussagen beider Verfasser, insb. auf S. 130-132 betreffend die Idee eines „Kernbestands“ für äußerst überzeugend, verschiebe weitere Ausführungen dazu aber auf die Beobachtungen zum Begriff der Verfassungsaufsicht.

70 Christoph Möllers & Linda Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, S. 130-135.

71 Jochen Abr. Frowein, „Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß“, in: *Europarecht* 18 (1983), S. 301-317, S. 302, u. insb. 312. Die Frage des Grundrechtsschutzes, S. 306 f., ist für Frowein zwar ebenso ein bedeutendes Thema, er diskutiert ihn mit Blick auf die Mitgliedstaaten der Union aber vorrangig im Hinblick auf ihre Verpflichtungen aus der EMRK.

72 Frank Schorkopf, *Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich: Möglichkeiten und Grenzen einer „streitbaren Demokratie“ auf europäischer Ebene*, Springer, Heidelberg 2002, S. 124 und ff. Ausführlich zum Prinzip der streitbaren Demokratie für die Union auch Martin Klamt, *Die Europäische Union als streitbare Demokratie: rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee*, Utz, München, 2012.

73 Frank Schorkopf, *Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich*, S. 120.

Neben der Literatur ficht für Möllers und Schneider sicherlich noch beachtlicher, dass auch das Plenum des EuGH sich in jüngster Rechtsprechung eine Hintertür offengelassen hat, um bei Entwicklungen in Mitgliedstaaten, in denen etwa die Einhaltung von Grundsätzen für demokratische Wahlen gefährdet sind, einen Zugriff auf eine Überprüfung anhand des Unionsrechts zu haben. Die sog. Wightman-Entscheidung⁷⁴ hatte ich bereits angesprochen.

Gleichwohl schließe ich mich hier den Beobachtungen von Skouris einerseits und Möllers und Schneider insbesondere nicht an. Entscheidend hierfür ist eine auf die Organpraxis und dabei auf die Positionierung der Europäischen Kommission insbesondere gerichtete Sichtweise, die die Krise in der Praxis ganz besonders prägt. Kommission, aber auch Gerichtshof, trennen die hier untersuchten Maßnahmen von sonstigen Fragen des inneren Aufbaus der Union und fokussieren auf das Rechtsstaatsprinzip. Die Kommission hat seit 2014 drei programmatische Mitteilungen im Umfeld der Krise erlassen, die Grundlage für den sog. EU-Rahmen von 2014⁷⁵ sowie zwei weitere Mitteilungen von 2019.⁷⁶ In allen drei Mitteilungen steht das Rechtsstaatsprinzip, nicht dasjenige der Demokratie, als Analyseraster im Vordergrund.

Zum zweiten tritt hier eine das Konzept der streitbaren Demokratie keinesfalls negierende, aber in der Schutzrichtung gegenläufige Sichtweise hinzu, die ich Möllers und Schneider als Einwand entgegenhalte: Nur wenn die Funktionsfähigkeit der dritten Gewalt, der Justiz, gesichert ist, ist der Schutz demokratischer Prozesse, etwa die bei Möllers und Schneider interessierende Wahlrechtssicherung, erst möglich.⁷⁷ Die Kommission folgt daher zurecht:

74 EuGH, Rs. C-621/18, Andy Wightman u.a. ./ Secretary of State for Exiting the European Union, Urteil (Plenum) vom 10.12.2018, ECLI:EU:C:2018:999, insb. Rn. 66.

75 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, S. 4 und Anhang I: Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union, vgl. auch unter E.V.2. dieser Arbeit.

76 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, COM(2019) 163 final vom 03.04.2019.

77 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, S. 5.

„Das Rechtsstaatsprinzip ist in der EU von besonderer Bedeutung. Die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit ist nicht nur Voraussetzung für den Schutz sämtlicher in Artikel 2 EUV aufgelisteter Grundwerte, sie ist auch eine Voraussetzung für die Wahrnehmung aller Rechte und Pflichten, die sich aus den Verträgen und dem Völkerrecht ergeben. Die EU kann nur dann als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ wirken, wenn alle EU-Bürger und nationalen Behörden Vertrauen in die Rechtsordnung der anderen Mitgliedstaaten haben.“⁷⁸

Darüber ist es konsequent, dass die Kommission mit auf die Rechtsstaatlichkeit bezogenen analytischen Figuren operiert, darunter der „systemischen Gefährdung an Rechtsstaatlichkeit“ im EU-Rahmen⁷⁹ und dem Vorschlag „genereller Mängel in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip“ in einem Verordnungsvorschlag,⁸⁰ der seinen Ursprung ungefähr ein Jahr zuvor in einer Mitteilung zur Budgetgestaltung nach dem Brexit findet.⁸¹ Bereits in ihrem EU-Rahmen von 2014 hat die Kommission daher, auf die Venedig-Kommission bauend, festgehalten, dass das Rechtsstaatsprinzip ein „fundamental and common European standard to guide and constrain the exercise of democratic powers“⁸² ist. Fünf Jahre später haben *Emmanuel Crabit* und *Anna Perego* in impliziter Anlehnung an Hannah Arendts „Recht, Rechte zu haben“ diese Überlegung auf die höchst treffende Formel ge-

-
- 78 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, S. 5.
 - 79 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, etwa S. 7.
 - 80 Europäische Kommission, 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 vom 02.05.2018, COM(2018) 324 final, 2018/0136 (COD).
 - 81 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Ein neuer, moderner mehrjähriger Finanzrahmen für eine Europäische Union, die ihre Prioritäten nach 2020 effizient erfüllt: Beitrag der Europäischen Kommission zur informellen Tagung der Staats- und Regierungschefs am 23. Februar 2018, COM(2018) 98 final vom 14.02.2018, S. 20.
 - 82 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11.03.2014, COM(2014) 158 final, Anhang I: Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union S. 3, engl. Zitat auch in der dt. Fassung.

bracht, wonach das Rechtsstaatsprinzip die „Garantie der Garantien“ ist.⁸³ Dieser Ausspruch betont die herausgehobene Rolle der Rechtsstaatlichkeit gerade in der Praxis, auch für die anderen Werte der Union.

Schließlich zeigt die faktische Entwicklung der Rechtsstaatlichkeitskrise und ihre rechtliche Beurteilung durch den Europäischen Gerichtshof, dass eben jene Priorisierung der Furcht vor der Ausschaltung der Justiz, die in der Folge erst mögliche Eingriffe auch in demokratierelevante Prozesse wie Wahlen erlaubt, völlig gerechtfertigt war. Für Polen hat z. B. vor der Großen Kammer des Gerichtshofs wiederholt die Frage der Lage der polnischen Justiz interessiert, wobei das Problembewusstsein des Gerichtshofs auf den gerichtlichen Schutz und die volle Anwendung des Unionsrechts als Konkretisierung der Rechtsstaatlichkeit im Vordergrund stand.⁸⁴ Für Ungarn hat insbesondere *Kim Lane Scheppele* analysiert,⁸⁵ was passieren kann, wenn in einem Mitgliedstaat die Justiz nicht mehr funktionsfähig ist, nämlich dass erst dann und dafür umso drängender Wahlrechtsänderungen interessieren müssen. Nicht zuletzt die OSZE hat Ungarn im Anschluss an dortige Interferenzen gerade mit der Verfassungsgerichtsbarkeit einer Beobachtermission im Hinblick auf die Parlamentswahlen unterzogen.⁸⁶

Es würde diese aus der Rechtspraxis stammenden und hier darzustellenden Entwicklungen bewusst ignorieren, wenn man nicht weiterhin vorrangig auf die Rechtsstaatlichkeit schaute. Es bleibt dabei die Option des Gerichtshofs erhalten, sich bei weiterer Schwerpunktverlagerung verstärkt der Einhaltung des Demokratieprinzips zuzuwenden.

83 Emmanuel Crabit & Anna Perego, „L'État de droit: une politique de l'Union européenne“, S. 7.

84 Vgl. nur EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Poln, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts [scil.: Gerichtshofs]“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 47; Rs. C-192/18, Kommission ./ Poln, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte“, Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 98.

85 Exemplarisch Kim Lane Scheppele, „Constitutional Coups in EU Law“, in: Maurice Adams, Anne Meuwese, Anne & Ernst Hirsch Ballin, *Constitutionalism and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, S. 446-478.

86 OSZE/ODIHR, „Hungary: Parliamentary Elections: 8 April 2018: ODIHR Limited Election Observation Mission: Final Report“, ohne Az., Warschau, 27.10.2018. Hierzu später nochmals unter C. IV. 9.

4. Zur Existenz und Reichweite der Rechtsstaatlichkeitskrise – empirischer Befund

Die Verwendung des Begriffs der Rechtsstaatlichkeitskrise stellt die Forschung sodann vor das erhebliche Problem, dass die Wissenschaft über die Frage der Reichweite, d.h. des Kreises der betroffenen Mitgliedstaaten, höchst zerstritten ist und dass die Kommission die nach ihrer Auffassung betroffenen Mitgliedstaaten nicht benennt. Auch begründet die Kommission nicht, warum bestimmte Mitgliedstaaten von einer Krise rechtsstaatlicher Standards besonders betroffen sind.

Vielfach ist daher gefragt worden, ob man überhaupt zur Feststellung einer solchen Krise gelangen kann oder ob dies nicht einseitig ist und osteuropäische Mitgliedstaaten diskriminiert.⁸⁷ Ich möchte diese Diskussion in dieser Arbeit nicht nochmals aufgreifen, sondern sie mit einem Argument von Bogdandys abkürzen: die Beobachtung einer Rechtsstaatlichkeitskrise ist in Praxis und Wissenschaft derart substantiiert worden, dass nicht ein vermeintliches Herbeireden, sondern erst das Schweigen über sie die Union wirklich in eine Identitätskrise stürzt.⁸⁸

Allerdings ist Kritikern zuzugestehen, dass sich der empirische Befund bei genauerem Hinsehen, abhängig vom gewählten Kriterium, durchaus erschüttern lässt. Der Befund der Rechtsstaatlichkeitskrise ist also das Er-

87 Sehr kritisch Martin Mendelski, „Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit“, in: *Leviathan* 44 (2016), S. 366-398, S. 375 ff., der sogar von „pathologischen Effekten“ spricht; Udo Di Fabio, „Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 141 (2018), S. 106-116, S. 111. Reaktionen von Mitgliedstaaten, denen dieses Argument zugrunde liegt, z.B. bei Kanzlei des polnischen Premierministers, *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary* vom 07.03.2018, Rn. 176 ff.; Ausführungen der ungarischen Delegation bei der OSZE, „Right to Reply Delegation of Hungary, Working Session 4. Rule of Law I. HDIM, 12. September 2018. Warsaw“, abrufbar unter: <https://www.osce.org/odihr/397487?download=true>. Zur Sorge aber auch in der Kommission, vgl. Věra Jourová, „Speech of Commissioner Jourová at the Prague European Summit: Future of Europe: A Union closer to the citizens“ vom 19.06.2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/jourova/announcements/speech-commissioner-jourova-prague-european-summit-future-europe-union-closer-citizens_en. Aus der Presse facettenreich, Charlemagne, „A Carolingian folly“, *The Economist* vom 10.01.2019; weiter Frédéric Sais, „Les pays de l'Est, boucs émissaires des discours politiques?“, Folge der Reihe „Le billet politique“, *Radio France Culture* vom 24.09.2019.

88 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 8.

gebnis einer wertenden Gesamtschau und niemals schnell festzumachen. Es drängt sich zwar auf, dass aus den gegen Polen⁸⁹ und Ungarn⁹⁰ laufenden Verfahren nach Art. 7 EUV geschlussfolgert werden muss, dass beide Mitgliedstaaten im Zuge der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise zu nennen sind. Auch hat die Kommission zu Ungarn dem Rat ein Dokument unter dem Titel „values-related infringement actions“ vorgelegt, das nachweist, wie weit die „wertebezogenen“ Bedenken der Kommission hier gehen.⁹¹

Bei anderen Instrumenten fällt das aber deutlich schwerer. *Petra Bárd* und *Anna Śledzińska-Simon* etwa haben den Arbeitsbericht 2018 der Europäischen Kommission ausgewertet und gelangen zu dem Schluss, dass von 48 neuen Vertragsverletzungsverfahren nur zwei mit der „Rechtsstaatlichkeit“ in Verbindung zu bringen seien.⁹² Auch der Befund z.B. im Europäischen Semester, einem später in dieser Arbeit genau zu würdigen Instrument, ist nicht immer eindeutig. Zwar hat die Kommission 2017 in Bezug auf die Lage in Polen unmittelbar auf einen schweren Missstand im Land hingewiesen.⁹³ Aber in den vorangegangenen Jahren tat dies die Kommission gegenüber einer großen Zahl an Mitgliedstaaten.

89 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE) vom 20.12.2017.

90 Europäisches Parlament, P8_TA(2018)0340, Die Lage in Ungarn: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 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)), (2019/C 433/10), ABl. (EU) C 433/66 vom 23.12.2019.

91 Europäische Kommission, Non-paper, „The situation in Hungary: Information on values-related infringement proceedings“, ohne eigenes Az, Anhang zu: Rat der Europäischen Union, Interinstitutional File: 2018/0902(COD), Values of the Union - Hungary - Article 7 (1) vom 8. November 2018, 14022/18.

92 Petra Bárd & Anna Śledzińska-Simon, „Rule of law infringement procedures: A proposal to extend the EU's rule of law toolbox“, CEPS Papers in Liberty and Security, 2019-09 vom Mai 2019, S. 12.

93 Empfehlung des Rates vom 11. Juli 2017 zum nationalen Reformprogramm Polens 2017 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Polens, 2017/C 261/20, ABl. (EU) C 261/88 vom 09.08.2017, Erwägungsgrund 14.

So hat die Kommission 2012 für Bulgarien,⁹⁴ Lettland,⁹⁵ Italien,⁹⁶ Polen⁹⁷ und die Slowakei⁹⁸ eine überlange Verfahrensdauer vor nationalen Gerichten gerügt. 2013 hat sie gegenüber Ungarn festgehalten: „Die Entwicklungen in Ungarn in den Jahren 2012 und 2013 haben die Sorgen hinsichtlich der Unabhängigkeit der Justiz verstärkt.“⁹⁹ Die Kritik wird 2016 in Gestalt der Sorge vor Korruption und eines „instabilen Regelungsumfeldes“ und vor „Rechtsunsicherheit“ wiederholt.¹⁰⁰ 2015 ist die wiederholte Ermahnung an Bulgarien hervorzuheben,¹⁰¹ dass dort die Notwendigkeit für ein „unabhängiges, qualitativ hochwertiges und effizientes“ Justizsystem dringend ist. Ähnlich ist die Formulierung für Rumänien.¹⁰² Hinsichtlich

94 Empfehlung des Rates vom 10. Juli 2012 zum nationalen Reformprogramm Bulgariens 2012 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Bulgariens für die Jahre 2012 bis 2015, 2012/C/219/03, ABl. (EU) vom 24.07.12, C 219/9, Empfehlung 5.

95 Empfehlung des Rates vom 10. Juli 2012 zum nationalen Reformprogramm Lettlands 2012 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Lettlands für die Jahre 2012 bis 2015, 2012/C 219/15, ABl. (EU) vom 24.07.12, C 219/50, Erwägungsgrund 18.

96 Empfehlung des Rates vom 10. Juli 2012 zum nationalen Reformprogramm Italiens 2012 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Italiens für die Jahre 2012 bis 2015, 2012/C 219/14, ABl. (EU) vom 24.07.12, C 219/46, Erwägungsgrund 18, Empfehlung 6.

97 Empfehlung des Rates vom 10. Juli 2012 zum nationalen Reformprogramm Polens 2012 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Polens für 2012 bis 2015, 2012/C 219/19, ABl. (EU) C 219/65 vom 24.07.2012, Erwägungsgrund 17.

98 Empfehlung des Rates vom 10. Juli 2012 zum nationalen Reformprogramm der Slowakei 2012 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm der Slowakei für die Jahre 2012 bis 2015, 2012/C 219/22, ABl. (EU) C 219/74 vom 24.07.2012, Erwägungsgrund 16, Empfehlung 7.

99 Empfehlung des Rates vom 9. Juli 2013 zum nationalen Reformprogramm Ungarns 2013 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Ungarns für die Jahre 2012 bis 2016, 2013/C 217/10, ABl. C 217/39 (EU) vom 30.07.13, Erwägungsgrund 15 und Empfehlung 5.

100 Empfehlung des Rates vom 12. Juli 2016 zum nationalen Reformprogramm Ungarns 2016 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Ungarns, 2016/C 299/12, ABl. C 299/49 (EU) vom 18.08.16, Erwägungsgrund 9.

101 Empfehlung des Rates vom 14. Juli 2015 zum nationalen Reformprogramm Bulgariens 2015 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Bulgariens 2015, 2015/C 272/08, ABl. (EU) C 272/28 vom 18.08.15, Erwägungsgrund 15.

102 Empfehlung des Rates vom 14. Juli 2015 zum nationalen Reformprogramm Rumäniens 2015 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm

Malta¹⁰³ deuten Rat und Kommission 2014 an, die Geduld zu verlieren. Für Zypern wird 2016 von „ernsten Herausforderungen“ gesprochen.¹⁰⁴ Es wäre unzutreffend, alle diese Mitgliedstaaten als Instanzen der Rechtsstaatlichkeitskrise der Union zu sehen. Aus den genannten Quellen geht für den Leser aber hervor, dass es augenscheinlich eine bestimmte Gruppe an Mitgliedstaaten gibt, die zusammengenommen die *empirische Basis* für den Befund der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise bilden. Es lässt sich festhalten, dass einige Mitgliedstaaten immer (Ungarn, Polen), einige manchmal (z.B. Malta, die Slowakei und Zypern) und andere (Schweden, Dänemark und Deutschland etwa) nie in diesem Zusammenhang genannt werden. Das ist für eine rechtswissenschaftliche Analyse ein wesentlicher, aber auch ein sehr unbefriedigender Befund. Die später erfolgende topische Sichtweise der Entwicklung in den Mitgliedstaaten¹⁰⁵ vermag meines Erachtens, daraus entstehende Zweifel über den Zuschnitt der Krise aus der Welt zu schaffen.

III. Die Rechtsstaatlichkeitskrise im Spiegel verschiedener Deutungsversuche

Da die Europäische Kommission den Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise zwar konturiert, aber nicht präzise gefasst hat, ist es Aufgabe der Wissenschaft, diese Lücke zu füllen und Abgrenzungen aufzuzeigen. Dazu bedarf es eines leistungsfähigen Begriffs. Rechts- und Politikwissenschaft haben dazu eine Reihe von Vorschlägen gemacht und darüber eine Begriffskonkurrenz entfacht, die aufgelöst werden muss.

Rumäniens 2015, 2015/C 272/01, ABl. (EU) C 272/1 vom 18.08.15, Erwägungsgrund 18.

103 Empfehlung des Rates vom 8. Juli 2014 zum nationalen Reformprogramm Malτας 2014 mit einer Stellungnahme des Rates zum Konvergenzprogramm Malτας 2014, 2014/C 247/16, ABl. (EU) C 247/83 vom 29.07.2014, Erwägungsgrund 17.

104 Empfehlung des Rates vom 11. Juli 2017 zum nationalen Reformprogramm Zyperns 2017 mit einer Stellungnahme des Rates zum Stabilitätsprogramm Zyperns 2017, 2017/C 261/12, ABl. (EU) vom 09.08.17, C 261/53, Erwägungsgrund 11.

105 S. dazu unter C. II. und ff.

1. Backsliding, Creative Compliance, Backlash, Executive Aggrandizement

Reges Interesse hat in der Krise der Begriff des *democratic backsliding* erfahren.¹⁰⁶ An ihn implizit anknüpfend haben Pech und Scheppele den Begriff des „rule of law backsliding“ bzw. auch „constitutional capture“ geprägt und definiert als

„the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party”.¹⁰⁷

Der Begriff des rule of law backsliding hat auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur Zustimmung erhalten.¹⁰⁸ Voll zuzustimmen ist den Beobachtungen beider Verfasser, wonach den gewählten Volksvertretern Vorsatz („deliberately implement“) zuzuschreiben ist. Allerdings bestehen zwei Nachteile. Zum einen geht es den Autoren vorrangig um den Prozess, nicht die Auswirkungen der Umbrüche. Und zum zweiten legen sie nicht offen, dass es den Urhebern der infrage stehenden Vorgänge häufig nicht allein um die Aushöhlung des bestehenden Wertgefüges, sondern darüber hinaus um das Durchsetzen konkreter, alternativer Wertvorstellungen geht. Gerade das war aber in Polen und Ungarn häufig entscheidend.

Aus dem gleichen Grund, da nicht auf die Gesamtheit der Entwicklung bezogen, ist *Agnes Batorys* ansonsten auf sehr zustimmungswürdigen

106 Agnes Batory, „Defying the Commission: Creative Compliance and Respect for the Rule of Law in the EU“, in: *Public Administration* 94 (2016), S. 685-699, S. 686; Ulrich Sedelmeier, „Political safeguards against democratic backsliding in the EU: the limits of material sanctions and the scope of social pressure“, in: *Journal of European Public Policy* 24 (2016), S. 337-351, insb. S. 337-338; Jan-Werner Müller, „Defending Democracy within the EU“, in: *Journal of Democracy* 24 (2013), S. 138-149, S. 148, S. 142, zudem als „authoritarian backsliding“; Nancy Bermeo, „On Democratic Backsliding“, in: *Journal of Democracy* 27 (2016), S. 5-19; Philip Levitz & Grigore Pop-Eleches, „Why No Backsliding? The European Union’s Impact on Democracy and Governance Before and After Accession“, in: *Comparative Political Studies* 43 (2009), S. 457-485.

107 Laurent Pech & Kim Lane Scheppele, „Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU“, in: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2017), S. 1-45, S. 30, bei Fn. 100.

108 Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values“, S. 1182.

Beobachtungen fußender Begriff der „creative compliance“, also des ausweichenden Verhaltens einzelner Mitgliedstaaten in Bezug auf ihre Rechtspflichten, nicht aufzugreifen.¹⁰⁹ Er scheint lose an den Begriff der „compliance crisis“ bei Michael Zürn anzuknüpfen.¹¹⁰ Allerdings erfasst Batorys Überlegung nur einen Teil der hier interessierenden Probleme, nämlich die Frage, wie bestimmte Mitgliedstaaten ausweichend reagiert haben, wenn sie einmal im Fokus der Kommission stehen und ihnen konkrete Vorschläge gemacht oder Verpflichtungen auferlegt werden.

Keine Priorität kann schließlich der Begriff des *backlash* beanspruchen, der der völkerrechtlichen Literatur entstammt. Er beschreibt einen schweren, lange anhaltenden Konflikt zwischen dem höchsten Gericht einer regionalen Völkerrechtsorganisation und einem ihrer Mitgliedstaaten betreffend die Befolgung seiner Rechtsprechung.¹¹¹ Die Sichtung der Spezifika der Rechtsstaatlichkeitskrise zeigt, dass sie *unionsspezifisch* ist,¹¹² insbesondere etwa, weil die Defizite in mitgliedstaatlichen Justizsystemen, wie sie derzeit zu beobachten sind, gerade vor dem Hintergrund des gegenseitigen Vertrauens in der Union besondere Brisanz entfalten. Für Ximena Soley und Silvia Steininger ist der backlash zudem die kontextgebundene, eskalierte Kritik an der gesamten Institutionenstruktur der Organisation und insbesondere an ihrem Gerichtshof.¹¹³ In diese Richtung deutet die Rechtsstaatlichkeitskrise der Union indes bislang nicht.

In der Unionsspezifität der unionalen Rechtsstaatlichkeitskrise, die auch an anderer Stelle die Rezeption unionsexterner Beobachtungen und Kon-

109 Agnes Batory, „Defying the Commission“, S. 685-699, insb. S. 689.

110 Michael Zürn, „Introduction: Law and compliance at different levels“, in: Michael Zürn & Christian Joerges (Hrsg.), *Law and Governance in Postnational Europe: Compliance beyond the Nation-State*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 1-39, S. 9. Demnach ist eine derartige Krise: „a significant difference between the prescriptions and proscriptions of a norm and no change in the behavior of its addressees although the practice has been detected, alleged and/or outlawed by a decision of an authorized dispute settlement body or court.“

111 Nico Krisch, „The Backlash against International Courts“, Verfassungsblog vom 16.12.2014; Ximena Soley & Silvia Steininger, „Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights“, in: *International Journal of Law in Context* 14 (2018), S. 237-257.

112 S. bereits Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 300 ff., insb. S. 302, zur Frage der Verwendbarkeit internationaler Indizes.

113 Ximena Soley & Silvia Steininger, „Parting ways or lashing back?“, S. 240 und zuvor insb. S. 238: „We define backlash as a process of systematic and consistent criticism of the institutional set-up of an IC as well as severe instances of non-compliance.“

zepte verhindert, folge ich daher *Armin von Bogdandy* und *Michael Ioannidis*¹¹⁴ in ihrem Vorschlag, als dogmatisches Begriffsfundament der derzeitigen Rechtsstaatlichkeitskrise an den Begriff des „systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit“ anzuknüpfen. Dafür spricht insbesondere die Kongruenz mit der Praxis.

2. Rechtsstaatlichkeitskrise als sekundärer, systemisches Defizit als primärer Rechtsbegriff zur dogmatischen Verklammerung der Krise

Bevor man zum Begriff des systemischen Defizits gelangt, ist die Frage zu klären, wie sich der Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise, der ja unstreitig in der Praxis Verwendung findet, zu diesem Begriff verhält. Auch im Hinblick auf den oben beobachteten, empirisch zunächst unbefriedigenden Befund bei der Durchsicht von Primärmaterial schlage ich vor, dass die Rechtsstaatlichkeitskrise das Material zunächst als *fuzzy set* von mitgliedstaatlichen Vorgängen mit Rechtsstaatsbezug erfasst, der konkrete Handlungserfordernisse auslösen kann, aber nicht muss. Die Rechtsstaatlichkeitskrise ist also kein vollausgeprägter Rechtsbegriff. Sie ist ein Hilfsbegriff, der dem Forscher wie dem Praktiker die Bezeichnung von etwas Evidentem ermöglicht, ohne aber bereits präzise zu definieren und konkrete Schlussfolgerungen zu ermöglichen. Das erklärt auch, warum die definitorische Untermauerung dieser Krise in der Forschung bislang von so regem Interesse war.

Die Rechtsstaatlichkeitskrise bedarf daher eines weiteren Rechtsbegriffs, der ihre erste Einordnung aufgreift und präzise zuschneidet. Das ist meines Erachtens der durch von Bogdandy und Ioannidis erarbeitete Begriff des *systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit*. Ich schlage dazu vor, zum besseren Verständnis der Interaktion von Rechtsstaatlichkeitskrise und systemischen Defizit eine Beobachtung der Methodenlehre von *Karl Larenz* heranzuziehen.

Larenz unterschied im Hinblick auf die Analysedichte und Aussagefinalität zwei Typen an Rechtsbegriffen in der Rechtswissenschaft. Der erste Typus, den er als *sekundären Rechtsbegriff* bezeichnet, meint die „aus Allgemeinvorstellungen gewonnenen Begriffe[...], die sich auf „natürliche“ Gegenstände oder Vorgänge beziehen“. Hingegen bezeichnet der *primäre Rechtsbegriff*, den Larenz auch in den Schriften von *Josef Esser* und *Karl Engisch* beobachtet, „die Vorgänge oder Verhältnisse von spezifisch recht-

114 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 304 ff.

licher Bedeutung“.¹¹⁵ Beide Begriffe beruhen zunächst auf allgemeinen Vorstellungen, der primäre Rechtsbegriff indes ist im Unterschied zum sekundären Rechtsbegriff die juristisch präzisere – oder überhaupt erst präzise – Fassung des sich darstellenden Problems.¹¹⁶ Der Zweck war für Larenz eindeutig:

„[...] – der Kreis der zweifelhaft bleibenden Objekte wird also zwar eingengt, eine ganz scharfe Grenze kann indessen nicht gezogen werden –, und spätere Korrekturen, eine Änderung oder Verfeinerung der Auslegung, sind sozusagen vorbehalten [...]“.¹¹⁷

Man kann also sagen, dass der Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise ein sekundärer, aus der Allgemeinvorstellung gewonnener Rechtsbegriff ist, auf welchem das systemische Defizit als weitaus präziserer, primärer Rechtsbegriff aufbaut.¹¹⁸ In Kombination könnte man auch von einem „zweistufigen“ Rechtsbegriff sprechen, mit dem man sich also schrittweise sehr komplexen rechtlichen Vorgängen annähern kann. Die Rechtsstaatlichkeitskrise dient angesichts der derzeitigen Diskussion in der EU über die Rechtsstaatlichkeit in Mitgliedstaaten dem groben Zuschnitt eines Gesamtsachverhalts. Auf dieser Analysestufe wären etwa Fälle wie die Verfassungskrise um die Besetzung des Verfassungsgerichts in der Slowakei, insbesondere in den Jahren 2017-2018,¹¹⁹ aber auch die katalanische Frage in Spanien, zu der in der Literatur eine Nichtachtung der Werte des Art. 2

115 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Springer, Heidelberg, 1969, S. 217, mwN insb. bei Fn. 3. Das Konzept scheint leider in späteren Auflagen wieder aufgegeben worden zu sein.

116 Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 217.

117 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 217.

118 Diese Überlegung erfährt zwischenzeitlich weitere Stütze. Eine Abschtichung *innerhalb* des Begriffs des systemischen Defizits (Ausdruck vs. Begriff) schlägt jüngst auch Armin von Bogdandy vor, s. „Tyrannei der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 79 (2019), S. 503-551, S. 516 ff.

119 Hierzu Tomáš Lalík, „Constitutional Court Crisis in Slovakia: Still Far Away from Resolution“, in: I-CONNECT-Blog vom 05.08.2016, o.S.; Michal Ovádek, Slovakia Tackles Its Constitutional Skeleton in the Closet, in: I-CONNECT-Blog vom 05.08.2016, o.S.

EUV diskutiert,¹²⁰ in der politischen Praxis sogar bejaht worden ist,¹²¹ Teil der Diskussion; keineswegs wäre damit aber bejaht, dass es sich bei ihnen um Fälle unionsrechtlicher Relevanz, gar um Anwendungsbeispiele für das Verfahren des Art. 7 EUV handelt. Die präzise Prüfung anhand des Begriffs des systemischen Defizits widerlegt später die Vermutung, dass sie aus der hier gewählten Perspektive interessant sind und legt die Untersuchung auf konkrete und andere Anwendungsbeispiele fest.

IV. Der Begriff des systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit

Der Begriff des systemischen Defizits ist infolge der soeben gemachten Ausführungen derjenige, der in der Rechtsstaatlichkeitskrise der Gesamtheit der empirisch beobachteten Vorgänge dogmatischen Grund verschafft. *Urheber* des Begriffs ist zunächst die Rechtspraxis, prominent insbesondere der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, sodann, ausgehend von der Rechtssache *M.S.S.* und der diese rezipierenden Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *N.S.*,¹²² nachfolgend die Europäische Kommission. *Handhabbar* gemacht für das Europarecht haben den Begriff indes vorrangig von Bogdandy und Ioannidis in der Rechtswissenschaft.¹²³ Beide Verfasser vertreten dabei im Wesentlichen zwei Thesen: zum einen, dass der Begriff des systemischen Defizits anlassbezogen auf die Rechtsstaatlichkeitskrise großes Erklärungspotential bietet und zum zweiten, dass der Be-

120 Diskussion (ablehnend) bei Miguel Beltrán de Felipe, *Myths and Realities of Secessionisms: A Constitutional Approach to the Catalanian Crisis*, Palgrave Macmillan/Springer Nature Switzerland, Cham, 2019, S. 95 und ff.; verfassungsrechtliche Aufarbeitung bei Sabrina Ragone, „Das Unabhängigkeitsreferendum in Katalonien - Wie ist der Stand aus vergleichender und kontextualer Perspektive?“, in: *Die öffentliche Verwaltung* 71 (2018), S. 341-350.

121 Vgl. Aufruf von Barbara Spinelli, Open Letter to Commission President Juncker and European Council President Tusk cc. First Vice-President Frans Timmermans: Upholding the Rule of Law in the European Union vom 31.10.2017.

122 EuGH, Verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. / Secretary of State for the Home Department und M.E. u.a./Refugee Applications Commissioner u.a.*, Urteil (GK) vom 21.12.2011, Slg. 2011 I-13991, ECLI:EU:C:2011:865; EGMR, *M.S.S. / Belgien und Griechenland*, Beschwerden.: 306096/09, Urteil (GK) vom 21. Januar 2011.

123 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 304 ff.; Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, S. 484-485; Armin von Bogdandy, „Tyrannei der Werte?“, S. 516 ff.

griff nicht „herbeigeredet“ wurde, dass er vielmehr in der Praxis vielfache Anleihen fand.

Ich möchte letztere These hier noch stärker betonen, darüber aber auf Folgeprobleme hinweisen. Wenn man sich dem Begriff des systemischen Defizits widmet, sind durchaus viele Entwicklungsstränge feststellbar. Man muss sich aber gewahr sein, dass trotz aller Nutzung, die das Attribut „systemisch“ und das Substantiv „Defizit“ erfahren haben, diese Nutzung vorrangig kontextabhängig und disziplinspezifisch ist. Sie bestärken zwar den Eindruck, dass Wissenschaft und Praxis seit langem über das Problem systemischer Rechtsverletzungen nachdenken. Aber das hier interessierende Verständnis bleibt *unionsspezifisch* und auf die Rechtsstaatlichkeitskrise bezogen. Die unter vergleichbaren Begriffen erfolgende Diskussion seitens der Rechtsprechung von EuGH und EGMR und der Politikwissenschaft verfolgt häufig andere Zwecke. Das will ich kurz darlegen und auch zeigen, welche Probleme sich selbst bei Betrachtung der Judikatur des EuGH ergeben.

1. Keine Hilfestellung durch die politikwissenschaftliche Defektforschung

Eine Möglichkeit der begrifflichen Absicherung ist, in der Politikwissenschaft als rechtswissenschaftliche Nachbardisziplin, Hilfestellung für das Verständnis des Begriffs des systemischen Defizits zu suchen.¹²⁴

Tatsächlich geht die Politikwissenschaft der Frage sog. defekter politischer Systeme im Bereich der sog. *Transformationsforschung* nach, einem Forschungsgebiet, das sowohl Anleihen im politikwissenschaftlichen Teilbereich der Vergleichenden Regierungslehre als auch der Internationalen Beziehungen macht.¹²⁵ Die Transformationsforschung beschäftigt sich mit dem Systemwechsel,¹²⁶ d.h. den Gründen und dem Ablauf des politischen, rechtlichen, gesellschaftlichen und ökonomischen Wandels von Staaten, insbesondere solchen, die grundlegend ihre Staatsform ändern. Dabei steht

124 In diesem Sinne auch Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 3, m.w.N.

125 Zur ganzen Breite dieses Forschungsfeldes Raj Kollmorgen, Wolfgang Merkel & Hans-Jürgen Wagener Transformation und Transformationsforschung: Zur Einführung, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Transformationsforschung, Springer VS, Wiesbaden, 2015, S. 11-27.

126 Übersicht, auch zum urspr. Forschungsprogramm, bei Klaus von Beyme & Dieter Nohlen, „Systemwechsel“, in: Dieter Nohlen (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, Pieper, München, 3. Aufl. 1995, S. 765-776.

der Wandel *hin zum* Rechtsstaat oder der Demokratie, gerade des ehemaligen Ostblocks, im Vordergrund.¹²⁷ Wie Klaus von Beyme festhielt, war der Grund für das rege Interesse der Politikwissenschaft an den auch rechtlichen Änderungsprozessen dort nicht allein dieser Wandel selbst, sondern vor allem das Versagen der Disziplin, die Änderungen vorherzusehen.¹²⁸

Obwohl, etwa in der Studie von Beymes, auch deskriptive Modelle der Transformationsforschung beobachtet worden sind,¹²⁹ ist das Grundverständnis der Transformationsforschung normativ: es besteht ein zu begründender Wandlungsprozess von Nichtdemokratien bzw. Unrechtsstaaten hin zu einem Verfassungsmodell westlichen Vorbilds. Diesen Prozess gilt es zu analysieren und zu begleiten. Die Transformationsforschung nimmt dabei Anleihen an zuvor bestehender Forschung zu Lateinamerika, wird aber von dieser unterschieden.¹³⁰

Daneben gibt es in der Politikwissenschaft seit langem Arbeiten, die sich der Qualität von Demokratieverwirklichung anhand sog. Defekte in Staaten widmen. Seymour Martin Lipsets Aufsatz „Some Social Requisites of Democracy“ ist ein früher Klassiker.¹³¹ Eigentlicher Fokus seiner Studie ist der Stabilitätsgrad eines politischen Systems aufgrund der Faktoren Effektivität und Legitimität.¹³² Lipset entwickelt aber nicht nur Aussagen hierzu, sondern auch, aufgrund statistisch messbarer Unterschiede,¹³³ Kategorisierungen zum Gütestatus des von ihm beobachteten politischen Systems. Er schlägt vor, anhand des gewählten Fallsets Staaten genau vier

127 Wolfgang Merkel, Systemtransformation: Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung, Leske + Budrich, 1999, S. 15.

128 Klaus von Beyme: Transition to Democracy in Eastern Europe, Macmillan, Basingstoke und London, 1996, S. 6 ff. Von Beyme meint sogar, die Umbrüche von 1989 seien aus diesem Grund ein „black Friday“ für die Sozialwissenschaften gewesen.

129 Klaus von Beyme: Transition to Democracy in Eastern Europe, S. 25 und ff., dort im Hinblick auch auf die Modelle von Lipset.

130 Wolfgang Merkel, Systemwechsel: Theorien, Ansätze und Konzeptionen, Leske + Budrich, Opladen, 1996, S. 12.

131 Seymour Martin Lipset, „Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy“, in: American Political Science Review 53 (1959), S. 69-105.

132 Zu diesem Aspekt insbesondere Gert Pickel & Susanne Pickel, Politische Kultur- und Demokratieforschung, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, S. 88-89. S. bei Seymour Martin Lipset, „Some Social Requisites of Democracy“, S. 86. Die dortige Vielschichtigkeit des Effektivitätsbegriffs zeigt dabei durchaus Parallelen zu demjenigen des Justizbarometers, hierzu ausf. unter E.V.3.

133 Seymour Martin Lipset, „Some Social Requisites of Democracy“, S. 76 ff.

Aggregatzuständen der Verfassung zuzuordnen: „Stabilen Demokratien“, „instabilen Demokratien und Diktaturen“ bzw. in umgekehrter Nennung „Demokratien und instabile Diktaturen“ und schließlich „stabilen Diktaturen“. ¹³⁴ In Kongruenz mit den beiden mittleren Kategorien hat die spätere Forschung von sog. „diminished subtypes“ ¹³⁵ gesprochen.

Rezeptionsprobleme dieser Ansätze in der Rechtswissenschaft ergeben sich aufgrund der besonders markanten methodischen Eigenheiten dieses politikwissenschaftlichen Forschungsfelds. Die Transformations- und die Defektforschung haben sich nämlich bis dato nicht dazu durchringen können, ihren Blick auf spezifische Eigenheiten eines bestimmten Ausschnitts verfasster Staaten – insbesondere also der EU – zu fokussieren und zu fragen, ob Veränderungen durch konkrete Anlässe verbessert und verschlechtert werden – sieht man einmal vom Zusammenbruch des Ostblocks ab. Damit ist dieser Forschungsansatz für die Zwecke der vorliegenden Arbeit grundsätzlich nur eingeschränkt verwendbar, die auf die Union und einen ganz konkreten Anlass zugeschnitten ist.

Überdies, was die Rezeption weiter verkompliziert, hat die Politikwissenschaft enorme Ressourcen auf die Validierung ihrer Methodik und Modelle verwandt, die Anschlussfähigkeit zu anderen Disziplinen aber weitgehend hintangestellt. Die Politikwissenschaft war vielmehr bemüht, große Fallzahlen global angelegter Studien zu handhaben und sich häufig ganz der Frage empirisch-quantitativer Erhebungen zu widmen. Das zeigt sich bereits in dem ebenfalls diesem Forschungskorpus zuzurechnenden Hauptwerk *Robert Dahls*, der „Polyarchie“. ¹³⁶ Unter dem Begriff der Polyarchie, welchen Dahl an die Stelle des Demokratiebegriffs setzt, erarbeitet Dahl nicht nur beschreibende Merkmale eines solchen Gemeinwesens,

134 Seymour Martin Lipset, „Some Social Requisites of Democracy“, insb. S. 74.

135 Hierzu s. Hans-Joachim Lauth & Jenniver Sehring, „Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes“, in: *Comparative Sociology* 8 (2009), S. 165-201; Jørgen Møller, Svend-Erik Skaaning, „Sub-components of the Rule of Law: Reassessing the Relevance of Diminished Subtypes“, in: *Comparative Sociology* 12 (2013), S. 391-421, S. 393 ff. zur Genese verschiedener Modelle.

136 Robert Alan Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, Yale University Press, New Haven u.a., 1971; Besprechung bei Arno Waschkuhn, „Robert A. Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven 1971“, in: Steffen Kailitz (Hrsg.), *Schlüsselwerke der Politikwissenschaft*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, S. 86-88; Des Weiteren auch bei Gert Pickel & Susanne Pickel, *Politische Kultur- und Demokratieforschung*, S. 162 ff., mit Auswertung auch weiterführender Studien zum Polyarchiemodell und Dahls Nachfolgern.

sondern unternimmt insbesondere eine Zuordnung einer großen Anzahl von Staaten zum Polyarchiemodell. Die Zuordnung aller Staaten erfolgt indes anhand weniger Operationalisierungsmerkmale zu klaren Typen, die miteinander im offenen Wettstreit stehen. Sein im Annex veröffentlichtes Fall-Set¹³⁷ misst Staaten allein in Bezug auf die Verwirklichung des aktiven und passiven Wahlrechts.

Über die Jahre sind die entwickelten Modelle zur Messung der Demokratiegüte in Staaten trotz oder gerade wegen anfänglicher Reduktionsversuche immer komplexer geworden und die Politikwissenschaft hat erbittert über die Validität ihrer Messvorschläge, empirisch-analytisch ermittelten Ergebnisse und vor allem Konzepte gestritten. Besonders einprägsam und hart ist der Streit über die Validität des „Demokratie-Barometers“ ausgefallen.¹³⁸

Dabei hat die Politikwissenschaft, gerade mit dem Begriff der „Defekten Demokratie“,¹³⁹ dem Vanhanen-Index¹⁴⁰ oder dem „Index defekter Demokratien“¹⁴¹ sehr vielversprechende Ansätze entwickelt. Auch der Begriff der „illiberalen Demokratie“ findet seine Ursprünge in der Transformationsforschung.¹⁴² Später sind diese Überlegungen sogar auf die Rechtsstaat-

137 Robert Alan Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, S. 231 und ff.

138 Marc Bühlmann, Wolfgang Merkel, Lisa Müller, Heiko Giebler & Bernhard Weißels, „Demokratiebarometer: ein neues Instrument zur Messung von Demokratiequalität“, in: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 6 (2012), S. 115-159; Sebastian Jäckle, Uwe Wagschal & Rafael Bauschke, „Das Demokratiebarometer: „basically theory driven“?“, in: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 6 (2012), S. 99-125; Wolfgang Merkel, Dag Tanneberg & Marc Bühlmann, „„Den Daumen senken“: Hochmut und Kritik“, in: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 7 (2013), S. 75-84; Sebastian Jäckle, Uwe Wagschal & Rafael Bauschke, „Allein die Masse macht's nicht – Antwort auf die Replik von Merkel et al. zu unserer Kritik am Demokratiebarometer“, in: *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 7 (2013), S. 143-153.

139 Wolfgang Merkel, Hans-Jürgen Puhle, Aurel Croissant, Claudia Eicher & Peter Thiery, *Defekte Demokratie*, Band 1: Theorie, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2003, Einleitung, S. 13 ff.

140 Tatu Vanhanen, „A New Dataset for Measuring Democracy, 1810–1998“, in: *Journal of Peace Research* 37 (2000), S. 252-265.

141 Peter Thiery & Aurel Croissant, „Defekte Demokratie: Konzept, Operationalisierung und Messung“, in: Hans-Joachim Lauth, Gert Pickel & Christian Welzel (Hrsg.), *Demokratiemessung: Konzepte und Befunde im internationalen Vergleich*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2000, S. 89-111, zur dortigen Definition der defekten Demokratie s. S. 95, zum Index S. 98 ff. Grundlegend zudem etwa Kenneth A. Bollen, „Issues in the Comparative Measurement of Political Democracy“, in: *American Sociological Review* 45 (1980), S. 370-390.

142 Dazu unten im Abschnitt C.IV. zu Ungarn.

lichkeit übertragen worden, wobei hier insbesondere die Arbeiten der dänischen Politologen *Svend-Erik Skaaning* und *Jørgen Møller* zu nennen sind.¹⁴³ Aber gerade letztere Arbeiten haben es bislang nicht vermocht, die Übertragbarkeit der dort gemachten Ausführungen spezifisch für die Europäische Union und überdies für jüngere Krisen zu testen, da eine Kontextualisierung fehlt. Dies gilt insbesondere deshalb, weil unionale Rechtspraxis und Rechtsprechung kaum Berücksichtigung finden, auch wenn teils in der Politikwissenschaft sehr interessante Operationalisierungsvorschläge gemacht werden.¹⁴⁴ Denkbar, aber ausstehend, wäre hier, dass die Politikwissenschaft ihre Indizes und qualitativen Überlegungen auf den europäischen Rechtsraum fokussiert und vermehrt den Rückschritt anstatt des Fortschrittes mittels Defektkonzepten erfasst. Dass dies bislang zu fehlen scheint, ist umso betrüblicher, bedenkt man, dass Politikwissenschaftler wie *Jan-Werner Müller* oder *Scheppele* an anderer Stelle die ersten waren, die auf die Rechtsstaatlichkeitskrise in der Union hingewiesen haben.

Der bleibende disziplinäre Graben zwischen Rechts- und Politikwissenschaft erschwert eine echte „interdisziplinäre“ Arbeit an dieser Stelle ganz erheblich. Eine Rezeption politikwissenschaftlicher globaler Defektmodelle für die unionale Rechtsstaatlichkeitskrise wäre aufgrund deren derzeitigen Zuschnitts wohl nicht einmal in der Typologie *Sanne Taekemas* und *Bart van Klinks* „heuristisch“¹⁴⁵ oder „auxiliar“.¹⁴⁶ Das muss nicht so bleiben, wenn die Politikwissenschaft erkennt, dass ihre Modelle lokal

143 Jørgen Møller, & Svend-Erik Skaaning, „On the limited interchangeability of rule of law measures“, in: *European Political Science Review* 3 (2011), S. 371-394, insb. S. 388 f. zur mangelnden Kongruenz von Indizes, Jørgen Møller, & Svend-Erik Skaaning, „Sub-components of the Rule of Law: Reassessing the Relevance of Diminished Subtypes“, insb. S. 393 f.; Jørgen Møller & Svend-Erik Skaaning, *The Rule of Law: Definitions, Measures, Patterns and Causes*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014, S. 41 ff., nochmals zu Indizes. S. aber auch Hans-Joachim Lauth & Jenniver Sehring, „Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda“, S. 179 f. zu möglichen Manifestationen defizitärer Rechtsstaaten in politischen Systemen.

144 S. insb. Svend-Erik Skaaning, „Measuring the Rule of Law“, in: *Political Research Quarterly* 63 (2010), S. 449-460, S. 451 ff.

145 Sanne Taekema & Bart van Klink, „On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research“, in: Bart van Klink & Sanne Taekema (Hrsg.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, S. 7-32, S. 10-11: „In such research the legal discipline provides the problem definition, but the researcher looks for useful material or ideas in another discipline.“.

146 Sanne Taekema & Bart van Klink, „On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research“, S. 11: „In this type of research, material derived

begrenzte und rechtssystemspezifische Fragen aufwerfen, und wenn der interne Streit um die Methodik ihrer Modelle nicht mehr derart raumgreifend ist. Hier indes ist daraus zu folgern, dass die Rechtswissenschaft aus dieser Forschung bislang nur schwer unmittelbar nutzbare Ergebnisse gewinnt. Es ist damit zur Entwicklung des Begriffs des systemischen Defizits in der Rechtspraxis zurückzukehren, welche nicht minder heterogen verlaufen ist.

2. Entwicklung des Begriffs in der Rechtspraxis

a. Mutmaßliche Ursprünge

Die mutmaßlichen Ursprünge des Begriffs des systemischen Defizits liegen für die Europarechtswissenschaft in der qualifizierten Befolgungswidersetzung sowie der Minderleistung unterer Gerichte gegenüber bzw. in Beziehung zu einem höheren Gericht. Dieses Problem hat sowohl den EuGH als auch den EGMR beschäftigt.

Bereits in den 1970er Jahren schlugen *Josse Mertens de Wilmars*, Richter am Gerichtshof, und sein *référéndaire Ivan Verougstraete*, später Präsident des belgischen Kassationshofs, die Figur der „systemischen“ Verletzung zur Beantwortung der – jüngst wieder sehr aktuellen¹⁴⁷ – Frage vor, wann der Gerichtshof sich einer gerichtlichen Vertragsverletzung durch ein mitgliedstaatliches Gericht zuwenden könne.¹⁴⁸ Auch auf Seiten des EGMR ist die Beobachtung systemischer oder struktureller Probleme weiter zurückzuverfolgen, als nur bis zur Entscheidung *M.S.S.* Bereits in der Entscheidung *Martins Moreira*¹⁴⁹ in den 1980er Jahren hatte der Gerichtshof die Beobachtung gemacht, der massive Entscheidungstau bei portugiesi-

from the other discipline serves as a necessary contribution to the legal arguments”.

147 EuGH, Rs. C-416/17, Kommission ./ Frankreich (Vertragsverletzung wegen nicht erfolgter Vorabvorlage), Urteil vom 04.10.2018, ECLI:EU:C:2018:811, s. insb. 111-114, vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:626, Rn. 86 ff., vorgehend Rs. C-310/09, *Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique ./ Accor SA*, Urteil vom 15. September 2011, ECLI:EU:C:2011:581.

148 Josse Mertens de Wilmars, Josse & Ivan M. Verougstraete, „Proceedings against Member States for Failure to Fulfil Their Obligations“, in: *Common Market Law Review* 7 (1970), S. 385–406, S. 390.

149 EGMR, *Martins Moreira ./ Portugal*, Beschwerdennr.: 11371/85, Urteil vom 07.10.1988, Rn. 53 und ff. Zur Bedeutung dieses Urteils speziell für die Entwick-

schen Gerichten sei ein „structural problem“. Der EGMR hat diese Überlegung aber meiner Kenntnis nach nicht auf dieser Entscheidung aufbauend fortentwickelt.

b. Drei Beiträge aus der Literatur zum Piloturteilsverfahren des EGMR

Hiervon soweit ersichtlich völlig separat hat sich der EGMR dann der Frage *großer anhängiger Fallzahlen* („heavy caseload“) und seiner eigenen dadurch drohenden Funktionsuntüchtigkeit angenommen und dabei erneut auf den Begriff des „structural“ oder „systemic problem“ zurückgegriffen.¹⁵⁰ Die Lösung des EGMR hierfür war das Piloturteilsverfahren.¹⁵¹ Geht man ins Detail, so sieht man, wie unterschiedlich allein für die Judikatur des EGMR die Erklärungsansätze sind.

Die schlichteste Umschreibung der Funktion des „systemischen Problems“ in der Rechtsprechung des EGMR stammt zunächst von seinem ehemaligen Präsidenten *Luzius Wildhaber*.

„The feature common to these cases is the attempt to address a problem affecting large numbers of persons through a judgment in an individual case, whether this is expressly acknowledged or not.“¹⁵²

Entscheidend ist also, wie der Gerichtshof im Fall *Broniowski* bereits ausführt,¹⁵³ ergebnisorientiert die hohe Fallzahl der Betroffenen im Mitglied-

lung des Vertragsverletzungsverfahrens, Matthias Schmidt, *Le manquement perpétué en droit de l'Union européenne*, S. 22.

150 Vgl. dazu insb. auch Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 10-11.

151 Grundlegend Markus Fyrnys, „Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights“, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1231-1260.

152 Luzius Wildhaber, „Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level“, in: Wolfrum/Deutsch (Hrsg.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions: International Workshop Heidelberg, December 17 - 18, 2007*, Springer, Heidelberg, 2009, S. 69-75, S. 75.

153 EGMR, *Broniowski* ./ Polen, Beschwerdenr.: 31443/96, Urteil (GK) vom 22.06.2004, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2004- V, 1 Rn. 189 ff, 193 insb.; wenig später ähnlich EGMR, *Öcalan* ./ Türkei, Beschwerdenr.: 46221/99, Urteil (GK) vom 12.05.2005, ECHR 2005-IV, Rn. 210; Verweis auch im Urteil *M.S.S.* ./ Belgien und Griechenland, Urteil (GK) vom 21. Januar 2011, Beschwerdenr. 306096/09, Rn. 400.

staat zu verwalten. Das Telos des Verfahrens zeichnet Wildhaber exakt nach:

„The Court stressed that the measures to be taken must be such as to remedy the systemic defect underlying the Court’s finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications.”¹⁵⁴

Ganz anders sieht es *Dominik Haider*. Er hält die hohe Fallzahl für einen möglichen, aber keinen ausreichenden Hinweis auf das Vorliegen eines systemischen Problems.¹⁵⁵ Ein systemisches Problem könne nämlich auch bestehen, wenn der Konventionsstaat auf fortgesetzte Art und Weise die sich aus einem früheren Urteil bereits ergebenden Verpflichtungen nicht umsetze. Alternativ, und gleichrangig, könne der Gerichtshof auf ein „regulatory shortcoming“ oder eine Verwaltungspraxis („administrative conduct“) eingehen.¹⁵⁶ Charakteristisch für ein systemisches Problem i.S.d. Piloturteilsverfahrens sei also „the failure of Contracting States to fully implement the Convention.”¹⁵⁷ Wolle der Gerichtshof gerade die Rechtsverletzung des Beschwerdeführers betonen, spreche er zudem präziser von einer systemischen Verletzung („violation“ anstatt „problem“).¹⁵⁸

Wiederum unterschiedlich argumentiert *Jessica Baumann*¹⁵⁹ unter Rückgriff auf einen Beitrag *Pierre-Henri Imberts*,¹⁶⁰ des ehemaligen Generaldirek-

154 Luzius Wildhaber, „Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level“, S. 71.

155 Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Brill u. Martinus Nijhoff, Leiden & Boston 2013, S. 53: „appear to point to deficiencies“; s. insb. die Ausführungen auf S. 54 und ff.

156 Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, S. 37, unter Verweis u.a. auf EGMR, Burdov ./, Russland (Nr. 2), Beschwerdenr.: 33509/04, Urteil vom 15.01.2009, Rn. 131.

157 Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, S. 53-54, unter Verweis auf u.a. EGMR, Hutten-Czapska ./, Polen, Beschwerdenr.: 35014/97, Urteil (GK) vom 19.06.2006; Hirst (Nr. 2) ./, Vereinigtes Königreich, Beschwerdenr.: 74025/01, Urteil (GK) vom 06.10.2005; Rumpf ./, Deutschland, Beschwerdenr. 46344/06, Urteil vom 02.09.2010, Rn. 70.

158 Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, S. 68.

159 Jessica Baumann, „Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren: eine Bestandsaufnahme der Rechtswirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, S. 109 ff.

160 Pierre-Henri Imbert, „Follow-up to the Committee of Ministers’ Recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and

tors für Menschenrechte beim Europarat. Imbert unterscheidet zunächst die Begriffe des – für ihn gleichbedeutenden – „systemischen“ bzw. „strukturellen“ Problems („systemic“ or „structural“ problem) sowie des „spezifischen Problems“ („specific problem“). Beide könnten Gegenstand eines Piloturteilsverfahrens sein.¹⁶¹ Das spezifische Problem zeichne sich dadurch aus, dass es aus einer einzelnen Teilsachmaterie des staatlichen Rechts, ggf. sogar aus einer einzelnen Norm, oder einem in seinen Grundstrukturen stets gleichen Sachverhalt besteht. Archetypus dieses Falls ist für Imbert das Broniowski-Urteil, in welchem sich alle Betroffenen substantiell sehr stark ähneln. Für Imbert liegt hier *kein* systemisches Problem vor, und zwar auch *ungeachtet* der hohen Anzahl der Betroffenen.¹⁶² Imbert sieht in diesem so umrissenen spezifischen Problem vielmehr den Ausdruck eines Masseverfahrens, die Betroffenen stellten eine „Klasse“ an Betroffenen dar – womit mutmaßlich auf die US-amerikanische *class action* Bezug genommen wird.

Ein „echtes“ „systemisches“ oder „strukturelles“ Problem ist für Imbert hingegen im Umkehrschluss bedingt durch

„an endemic or really structural and widespread problem or dysfunctioning in the national legal order (such as non-execution of domestic courts’ judgments, general slowness in the administration of justice, unacceptable prison conditions in a country, etc.)“.¹⁶³

Es ergibt sich damit eine große Nähe zur Beobachtung Haider: nicht die Funktionsfähigkeit des Gerichtshofs vor dem Hintergrund der subjektiv

the Declaration on ‚Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels‘“, in: Directorate General of Human Rights of the Council of Europe (Hrsg.): Reform of the European Human Rights System: Proceedings of the high-level seminar, Oslo, 18 October 2004, Straßburg, 2004, S. 33-43.

161 Pierre-Henri Imbert, „Follow-up to the Committee of Ministers’ Recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and the Declaration on ‚Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels‘“, S. 39.

162 Pierre-Henri Imbert, „Follow-up to the Committee of Ministers’ Recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and the Declaration on ‚Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels‘“, S. 39.

163 Pierre-Henri Imbert, „Follow-up to the Committee of Ministers’ Recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and the Declaration on ‚Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels‘“, S. 39.

Betroffenen, sondern die objektiv-rechtliche Rechtstreue im Konventionssystem ist entscheidend. Baumann greift Imberts Ausführungen auf und entwickelt sie fort. Für sie ist nicht nur zwischen einerseits speziellen und andererseits strukturellen bzw. systemischen Problemen zu unterscheiden. Sie sieht vielmehr den Begriff des strukturellen Problems als Oberbegriff, dem sich die Spezialität bzw. der systemische Charakter als Unterkategorien unterordnen. Die Gleichsetzung des „strukturellen“ mit dem Begriff des „systemischen“, wie bei Imbert, gibt sie auf.¹⁶⁴ Sie schlägt die Begriffspaare des „strukturell-systemischen“ Problems einerseits und des „strukturell-spezifischen Problems“ andererseits vor.¹⁶⁵ Ausschlaggebend ist, ob, angelehnt an das Plaumann-Urteil des EuGH, „eine identifizierbare Personengruppe“ vorliegt, die von dem strukturellen Problem betroffen sei.

c. Rechtsprechung des EuGH zum Attribut des „systemischen“

Für das Unionsrecht ist aus den obigen Darstellungen mitzunehmen, dass sich substantielle Teile, wie Imberts und Haiders Überlegungen der objektiv feststellbaren Dysfunktion in einem Mitgliedstaat zwar auch hier in der Diskussion wiederfinden, es aber unzutreffend wäre, etwa eine Übertragbarkeit der feingliedrigen Begriffsunterscheidungen, wie Baumann sie vornimmt, auf das Unionsrecht zu befürworten und darüber von einer grundsätzlich gemeinsamen Begriffsgenese in Unionsrecht und Recht des Europarats zu sprechen. Für letzteres stand und steht die Wahrung der Funktionsfähigkeit des EGMR ungeachtet der einzelnen Interpretationsvorschläge ganz im Vordergrund. Dem EGMR geht es immer zumindest auch um die Handhabung großer Fallzahlen oder vergleichbarer Fallkonstellationen.¹⁶⁶

Der EuGH hingegen ist implizit regelmäßig zur ursprünglichen Beobachtung Mertens de Wilmars⁴ und Verougstraetes zurückgekehrt. Ihm ging es um besonders hervorgehobene Rechtsverletzungen, insbesondere

164 Jessica Baumann, „Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren“, S. 110.

165 Jessica Baumann, „Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren“, S. 109 ff., 111 insb.

166 S. dazu nochmals die Beiträge bei Rüdiger Wolfrum & Ulrike Deutsch (Hrsg.): *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions: International Workshop Heidelberg, December 17 - 18, 2007*, Springer, Heidelberg 2009; weiter Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, S. 35 ff.

im Mitgliedstaat selbst, wobei die Frage der quantitativen Befassung des Gerichtshofs nicht relevant war. Die Frage der Rückwirkung auf das Unionsgerichtssystem durch die Lage in den Mitgliedstaaten wiederum beginnt sich in jüngster Zeit, und dabei im Hinblick auf *qualitative* Vorgänge und die Funktionsfähigkeit des Vorabvorlagemechanismus, erst zu entwickeln.¹⁶⁷

Damit korreliert, dass die Entwicklung des Konzepts systemischer Rechtsverletzungen im Unionsrecht weitaus heterogener und viel weniger linear verlaufen ist als im Konventionsrecht. Das zeigt sich bereits bei der Begrifflichkeit als solcher. Kommission und Gerichtshof ringen noch mit präzisen Ausgestaltungen, leiten sie häufig nur fragmentarisch her und definieren sie nicht durchgängig.

Die Europäische Kommission hat 2014 in ihrem EU-Rahmen den Begriff der „systemischen Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit“¹⁶⁸ eingeführt. Auch ist dieser Begriff dort, allerdings allein für den speziellen Mechanismus, definiert worden. In ihrem Verordnungsvorschlag über den Schutz des EU-Haushalts spricht sie hingegen von *generellen* Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip¹⁶⁹ und definiert diesen Begriff wiederum speziell im Kontext dieses Vorschlags. Offensichtlich wollte man ursprünglich im Referentenentwurf ebenso von „systemischen“ Mängeln sprechen, dies ging indes in der *inter-service consultation* verloren. Der Nachweis hierfür findet sich in der deutschen Fassung der Vorschlagsbegründung des Verordnungsentwurfs. Hier allein – und wohl versehentlich bei der Übersetzung aus der englischen Fassung vergessen – ist noch ein Hinweis auf den „systemischen Mangel[...] in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip“¹⁷⁰ enthalten. Warum entschieden wurde, begrifflich zwischen „systemisch“

167 Vgl. dazu EuGH, Rs.C-619/18 R, Kommission ./.. Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 45, dort heißt es, das Vorabentscheidungsverfahren sei „Schlüsselement“ des Unionsgerichtssystems.

168 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11.03.2014, COM(2014) 158 final, etwa S. 5, 7 und passim.

169 Europäische Kommission, 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 vom 02.05.2018, COM(2018) 324 final.

170 Europäische Kommission, 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 vom 2.5.2018, S. 3 (Begründung).

und „generell“ zu trennen, hat die Kommission nicht offengelegt. Es bietet sich zwar an, in beiden Begriffen *funktional* gleiche Phänomene angesprochen zu sehen, präzise Unterscheidungen müssen aber noch geklärt werden.

Auch in der Judikatur des Gerichtshofs deuten sich Ansätze weiterer begrifflicher Ausgestaltung an. So heißt es in der sog. LM-Entscheidung des Gerichtshofs, die die Unabhängigkeit polnischer Justizbehörden zum Gegenstand hat, entscheidend sei „das Vorhandensein systemischer oder zumindest allgemeiner Mängel“ („l'existence de défaillances systémiques ou, du moins, généralisées“/„systemic deficiencies, or, at all events, generalised deficiencies“).¹⁷¹ Dass der Gerichtshof mit der Unterscheidung „oder zumindest“ die Existenz von systemischen Defiziten in qualitativer Abgrenzung als „Mehr“ zum Minus, verstanden wissen wollte, erscheint plausibel, ist aber nicht eindeutig.

Widmet man sich der Rechtsprechung noch vertiefter, zeigt sich, dass der EuGH die Figur des „systemischen“ in großer Bandbreite genutzt hat, weit über die Asylrechtsprechung hinausgehend, die hierfür an den Anfang gesetzt wurde.¹⁷² Im Zusammenhang mit der sog. Finanz- und Währungskrise der Union ab 2008 ist zunächst die Diskussion um die „Systemrelevanz“ und die „Systemkrise“ hervorzuheben.¹⁷³ Eine zweite Gruppe von Fällen umfasst Entscheidungen zu Fragen systemimmanenter Diskriminierungen bestimmter Personengruppen, wie in der Rechtssache *Kenny*.¹⁷⁴ In der Rechtssache *Petru*¹⁷⁵, die die Frage der Erstattung von Kosten einer Herzoperation in Deutschland durch eine rumänische Krankenversicherung betraf, wenn diese in Rumänien aufgrund möglicher

171 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 60.

172 Dazu aber Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 319 ff. m.w.N.

173 EuG, Rs. T-457/09, Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband ./ Kommission, Urteil vom 17.07.2014, ECLI:EU:T:2014:683, Rn. 180-182 und ff; EuG, Rs. T-319/11, ABN Amro Group NV ./ Kommission, Urteil vom 8. April 2014, ECLI:EU:T:2014:186, Rn. 205; EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Rs. C-270/12, Großbritannien ./ Parlament und Rat, „ESMA“, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 109.

174 EuGH, Rs. C-427/11, Margaret Kenny u.a. ./ Minister for Justice, Equality and Law Reform u.a., Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz-Villalón vom 29. November 2012, ECLI:EU:C:2012:762, Rn. 54.

175 EuGH, Rs. C-268/13, Eleana Petru ./ Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu u.a., Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz-Villalón vom 19.06.2014, ECLI:EU:C:2014:2023, Rn. 28.

Mängel im Gesundheitssystem nicht ohne erhöhte Risiken für den Patienten durchgeführt werden kann, prüfte Generalanwalt *Pedro Cruz-Villalón*, wann solche Mängel vorliegen könnten: „Konkreter gesprochen tritt das wirkliche Problem in Erscheinung, wenn der Mangel [...] über eine punktuelle, lokal begrenzte und letztlich zufällige Situation hinausgeht und *Ausprägung einer Situation strukturellen, allgemeinen und andauernden Mangels ist, also letztlich als „systemischer“ Mangel bezeichnet* werden kann.“¹⁷⁶

Mit der Rechtssache *Radu*¹⁷⁷ fand das Konzept des systemischen Mangels erstmals Anwendung auf einen Sachverhalt betreffend europäische Haftbefehle.¹⁷⁸ Generalanwältin *Eleanor Sharpston* hatte zu klären, ob ein nationales Gericht die Übergabe einer Person ablehnen durfte, wenn darüber die Verletzung von Grundrechten aus der GRCh und der EMRK im Raum standen.¹⁷⁹ Die Generalanwältin hielt fest, eine Übergabe einer natürlichen Person sei unzulässig, wenn „begründete Tatsachen für die Annahme“ bzw. „ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme“ vorliegen, dass ein ‚reales Risiko‘ bzw. die ‚tatsächliche Gefahr‘ besteht, dass die genannte Bestimmung in dem Staat, an den der Betreffende ansonsten zu überstellen wäre, verletzt wird.“¹⁸⁰ In *Aranyosi und Căldăraru* griff Generalanwalt *Yves Bot* explizit diese Argumentationstechnik auf und sprach in seinen Schlussanträgen zur Entscheidung von einer „Sachverhaltsanalogie“. Er berief sich dabei auf „mehrere Mitgliedstaaten“,

176 EuGH, Rs. C-268/13, *Eleana Petru* ./ *Casa Județeană de Asigurări de Sănătate Sibiu* u.a., Schlussanträge des Generalanwalts *Pedro Cruz-Villalón* vom 19.06.2014, ECLI:EU:C:2014:2023, Rn. 28.

177 EuGH, Rs. C-396/11, *Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța* ./ *Ciprian Vasile Radu*, Urteil (GK) vom 29.01.2013, ECLI:EU:C:2013:39.

178 EuGH, Rs. C-396/11, *Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța* ./ *Ciprian Vasile Radu*, Schlussanträge der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* vom 18.10.2012, ECLI:EU:C:2012:648.

179 Vgl. zur so von der Generalanwältin rezipierten Vorlagefrage EuGH, C-396/11, *Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța* ./ *Ciprian Vasile Radu*, Schlussanträge der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* vom 18.10.2012, Rn. 63, weiter insb. Rn. 76 zur Nutzung des Begriffes des systemischen Mangels. Der Sachverhalt, nicht aber die Rechtsfrage, ist vergleichbar mit BVerfGE 140, 317, Europäischer Haftbefehl II.

180 EuGH, C-396/11, *Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța* ./ *Ciprian Vasile Radu*, Schlussanträge der Generalanwältin *Eleanor Sharpston* vom 18.10.2012, ECLI:EU:C:2012:648, Rn. 77. Für die Würdigung der N.S.-Entscheidung vgl. zuvor Rn. 76 der Schlussanträge.

die diese Überlegung teilten.¹⁸¹ Das wiederum entwickelte der Gerichtshof zum sog. *Aranyosi*-Test fort, der schließlich in der Rechtsstaatlichkeitskrise der Union überragende Bedeutung entfalten sollte, weil sich die Frage der Transplantation seiner Logik auf andere Sachverhalte stellte. Der Test lief darauf hinaus, dass die vollstreckende Behörde neben allgemeinen Feststellungen betreffend einen derartigen systemischen Mangel im ersuchenden Mitgliedstaat stets die Auswirkung im konkreten Fall zu berücksichtigen hatte.¹⁸² Der Gerichtshof hat diese Logik im *LM*-Urteil für die Frage, wie eine vollstreckende Justizbehörde systemische Mängel im Justizsystem eines anderen Mitgliedstaats zu beurteilen habe, übernommen.¹⁸³

Der Begriff des systemischen Defizits gewinnt aber trotz dieser regen Nutzung in der Unionsrechtsprechung nur begrenzt an Kontur, weil der Gerichtshof lediglich aufzeigt, wie die mitgliedstaatliche Justizbehörde mit dem Begriff umzugehen hat, ohne ihn selbst zu definieren. Damit bleibt die konkrete Handhabarmachung immer noch ungelöst.

d. Die Figur der Verletzung „generellen und fortdauernden Charakters“ und Überlegungen zur weiteren Begriffsstrukturierung

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Entwicklungsstränge zum Begriff des „systemischen“ Problems in Mitgliedstaaten schlage ich vor, dass man zum besseren Problemverständnis zunächst von einer zu engen Auslegung des Begriffs abrücken muss.

Der Begriff des systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit ist in seinem Kern ein solcher zur Beschreibung einer besonders qualifizierten Rechtsuntreue eines Mitgliedstaats im Hinblick auf das Unionsrecht.

Der Gerichtshof kennt seit längerem eine Figur, die präzise derartige Konstellationen erfasst, nämlich die der Vertragsverletzung „*generellen als auch fortdauernden Charakters*“ (*manquement à „caractère tout à la fois*

181 EuGH, Verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU, Pál Aranyosi und Robert Căldăraru, Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 3. März 2016, ECLI:EU:C:2016:140, Rn. 39; Urteil (GK) vom 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198. Dort zum Begriff des „systemischen Mangels“, insb. Rn. 89, 93 und 104 des Urteils.

182 EuGH, Verb. Rs. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU, Pál Aranyosi und Robert Căldăraru, Urteil (GK) vom 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, insb. Rn. 92-94, weiter 95 ff.

183 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 68.

général et persistant“ bzw. „general and persistent“ infringement,¹⁸⁴ daher auch GAP-Verletzung oder GAP infringement). Sie findet ihren Ursprung in der Rechtssache *Irish Waste* und dort insbesondere in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Ad Geelhoed*.¹⁸⁵

Darin hielt Generalanwalt Geelhoed insbesondere fest, dass das Unionsrecht, qualitativ von anderen Vertragsverletzungen unterschieden, eine „allgemeine und strukturelle Zuwiderhandlung“ kenne, die sich durch drei „Dimensionen“, nämlich „Skalendimension“, „Zeitdimension“ und „Schweredimension“, auszeichne.¹⁸⁶

Durch diese drei „Dimensionen“ betreffend die Fallzahl (Skalendimension),¹⁸⁷ die Dauer der Rechtsverletzung (Zeitdimension)¹⁸⁸ und vor allem die Schwere, die Geelhoed als „den Grad, um den die wirkliche Situation in dem Mitgliedstaat von dem Ergebnis abweicht, das mit Hilfe der Gemeinschaftspflicht erreicht werden soll“, umschreibt,¹⁸⁹ soll es dem Gerichtshof möglich gemacht werden, besonders komplexe und hervorgehobene Vertragsverletzungen zu unterscheiden. Vor dem Hintergrund der prozeduralen Besonderheiten des Vertragsverletzungsverfahrens sind sie weder vorzeitig von einer Erledigung betroffen, noch ist nachträglich

184 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Urteil vom 26.04.2005, Slg. 2005 I-3382, ECLI:EU:C:2005:250, Rn. 127. In Teilen variiert die Formulierung geringfügig vgl. etwa zuvor Rn. 37, „generell und fortdauernd“, „généralité et la constance“/ general and consistent“. In den Schlussanträgen des Generalanwalts Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, bei Rn. 113 ist auch von einem „allgemeinen und strukturellen Verstoß“/„manquement généralisé et structurel“/„general and structural infringement“ die Rede.

185 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Slg. 2005 I-3382, ECLI:EU:C:2005:250.; Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546. S. später auch EuGH, Rs. C-248/05, Kommission ./I. Irland, Urteil vom 25.10.2007, Slg. 2007, I-9265, ECLI:EU:C:2007:629, Rn. 64 und ff.

186 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, Rn. 44 ff.

187 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, Rn. 44.

188 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, Rn. 45.

189 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, Rn. 46.

die „Präzisierung“ des Klagegegenstands verhindert, wenn der Streitgegenstand selbst dabei identisch bleibt.

Die allgemeine und strukturelle Verletzung „kann kurz gesagt stets dann angenommen werden, wenn der Rechtsbehelf für diesen Sachverhalt nicht nur im Ergreifen von Maßnahmen besteht, um eine Reihe von Einzelfällen zu lösen, die nicht mit der betreffenden Gemeinschaftspflicht im Einklang stehen, sondern wenn die Pflichtverletzung nur durch eine Umstellung der allgemeinen Politik und Verwaltungspraxis des Mitgliedstaats bezüglich des Gegenstandes behoben werden kann, für den die betreffende Gemeinschaftsmaßnahme Geltung beansprucht.“¹⁹⁰

Der Gerichtshof hat sich dem vollumfänglich angeschlossen.¹⁹¹

Die Figur der allgemeinen und strukturellen Vertragsverletzung – und damit die Überlegung der dort geschaffenen „Dimensionen“ der Berücksichtigung ihrer Relevanz – ist zunächst in der Literatur, insbesondere bei *Pål Wennerås*, der auch die spätere erneute Rezeption in der Rechtsprechung nachgezeichnet hat, eingehend besprochen worden¹⁹² und war dann Anlass für mehrere Anläufe in der Literatur, darunter insbesondere von Scheppele, das Vertragsverletzungsverfahren auf den Schutz von Unionwerten auszurichten.¹⁹³

Auch hat die Europäische Kommission bereits 2002 Überlegungen zu „systembedingten Verstößen“ im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens vorgelegt, die eine gewisse Kongruenz zu diesen Überlegungen des Generalanwalts Geelhoed zeigen. Sie sprach von der

„Verletzung der Grundsätze des Vorrangs und der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (es handelt sich um systembedingte

190 EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Schlussanträge des Generalanwalts L. A. Geelhoed vom 23.9.2004, Slg. 2005, I-3338, ECLI:EU:C:2004:546, Rn. 43-48, Zitat Rn. 48.

191 S. etwa insb. EuGH, Rs. C-494/01, Kommission ./I. Irland, „Irish Waste“, Urteil vom 26.04.2005, Slg. 2005 I-3382, ECLI:EU:C:2005:250, Rn. 37-38.

192 Pål Wennerås, „A new dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC: General and Persistent (Gap) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments“, in: *Common Market Law Review* 43 (2006), S. 31–62, insb. ab S. 36.

193 Kim Lane Scheppele, „Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions“, in: Carlos Closa & Dimitry Kochenov (Hrsg.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, S. 105-132, S. 112-113, implizit bezogen auf die „Skalendimension“ des Gerichtshofs, auf sie aufbauend und in der Absicht weiterzugehen, s. Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1076 ff.

Verstöße, die z. B. bewirken, dass das Verfahren der Vorlage an den Gerichtshof zur Vorabentscheidung nicht reibungslos funktioniert, dass der innerstaatliche Richter daran gehindert ist, dem Gemeinschaftsrecht Vorrang einzuräumen, oder dass auf innerstaatlicher Ebene wirksame Beschwerdewege fehlen [...]).¹⁹⁴

Schließlich hat sich auch Generalanwalt *Miguel Poiares Maduro* später in der Rs. *Centro Europa* einer sehr ähnlichen Figur bedient.¹⁹⁵ Ich schlage daher vor, die seinerzeit im Rahmen der sog. Irish-Waste-Rechtsprechung¹⁹⁶ gemachten Ausführungen Geelhoeds zum Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage zu machen, worum es geht, wenn das Unionsrecht von systemischen Defiziten spricht: um qualifizierte Rechtsuntreue eines Mitgliedstaats, die anhand bestimmter „Dimensionen“, nämlich Fallzahl, Dauer und Schwere, zu messen ist.

Die Rechtswissenschaft hat, bauend auf der Entwicklung in der Praxis, verschiedene *Typen* des systemischen Defizits einschließlich Kriterien der Erhebungsrelevanz entwickelt, auf die nun einzugehen ist.

194 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zur besseren Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, KOM(2002)725 endgültig vom 11.12.2002, S. 12; Hinweis bereits bei Damian Chalmers, Gareth Davies und Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, S. 320-324; nachfolgend Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, 1068.

195 EuGH, Rs. C-380/05, *Centro Europa 7 Srl v Ministero delle Comunicazioni u.a.*, Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiares Maduro, Rn. 14 ff., insb. Rn. 21 und 22 („schwerwiegender und andauernder Verstoß“ in einem Mitgliedstaat) vom 12.09.2007, dt. Fassung nicht in der amtl. Slg., franz. Ausg. 2007, S. I-352, ECLI:EU:C:2007:505, Hinweis bei Dimitry Kochenov, Laurent Pech & Sébastien Platon, „Ni panacée, ni gadget: le ‚nouveau cadre de l’Union européenne pour renforcer l’État de droit‘“, in: *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (2014), S. 689-714, S. 700, bei Fn. 58, vgl. auch nochmals unter D.I.2.b.bb.

196 Zur weiteren Entwicklung dieser Rspr. s. bei Pål Wennerås, „A new dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC“, S. 48 ff., weiter Luca Prete & Ben Smulders, „The Coming of Age of Infringement Procedures“, in: *Common Market Law Review* 47 (2010), S. 9-61, S. 24 ff., unter Verweis auf EuGH, Rs. C-189/07, *Kommission ./. Spanien*, Urteil vom 22.12.2008, Slg. 2008 I-195, ECLI:EU:C:2008:760 (Begr. nicht in dt. Spr.), Rs. C-150/07, *Kommission ./. Portugal*, Urteil vom 22.01.2009, Slg. 2009 I-7, ECLI:EU:C:2009:28 (Begr. nicht in dt. Spr.), die dort bemängelten Vorgänge waren allgemeine Verwaltungspraktiken bzw. verspätete Zahlungen.

3. Verständniswandel in der Rechtswissenschaft

Zu Anfang der Rechtsstaatlichkeitskrise war der Begriff des systemischen Defizits ausschließlich auf mitgliedstaatliche *Schwäche* bezogen und sollte dort weit verbreitete Kapazitätsmängel und Umsetzungsschwierigkeiten des Rechts durch staatliche Stellen in einer recht kleinen Gruppe von Mitgliedstaaten erfassen, dies in Abgrenzung zu lediglich isolierten Vorgängen, die in jeder Rechtsordnung, auch als Krise, auftauchen können, von Verwaltung und Justiz aber nicht nur gemeistert werden, sondern sogar der Fortentwicklung der Rechtsordnung dienen.¹⁹⁷ Für sie war die große Fallzahl und die weite Verbreitung prägend. So formulierten von Bogdandy und Ioannidis: „Dieser Beitrag richtet sein Augenmerk auf eine weitere Dimension: institutionelle Schwächen statt autoritärer Versuchungen. Es geht um den Willen und die Fähigkeit einiger Mitgliedstaaten, das Recht durchzusetzen.“¹⁹⁸ Dabei stand die Bestimmung der Begriffsbestandteile des „Defizits“ und des „systemischen“ im Vordergrund, das Schutzgut bzw. der Bezugspunkt desselben, nämlich der Begriff des Rechtsstaats, interessierte weniger.¹⁹⁹ Wenn auch die Verfasser Italien, Bulgarien und Rumänien einer Prüfung unterzogen, so war es doch ganz zuvörderst Griechenland, auf den der Begriff gemünzt war,²⁰⁰ und damit stand er noch ganz unter dem Eindruck des dortigen Zusammenbruchs der Wirtschaft nach 2008, die mit einem offensichtlichen Versagen vieler staatlicher Stellen korrelierte.

Entschieden wurde weiter, für den Begriff des systemischen Defizits keine präzise Definition anzubieten.²⁰¹ Verwiesen wurde vielmehr auf eine Spannungslage, die sich daraus ergab, dass zum einen sowohl in der Rechtsprechung von EGMR und EuGH zunehmend Begriffe wie der „systemische Mangel“, ganz im Hinblick auf die zuvor identifizierten staatlichen Schwächen, Verwendung fanden, zum anderen der Begriff zahlreiche Anleihen in der allgemeinen Völkerrechtslehre (Begriff des *failed* oder *weak state*) wie auch bei entsprechenden Indikatoren machen konnte, drittens

197 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 299.

198 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 286.

199 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 297 ff. Beide Verfasser gingen von einem vorrangig prozeduralen Rechtsstaatsverständnis aus, vgl. S. 288.

200 Vgl. dazu Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 306 ff.

201 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 296, 298.

aber eben der Besonderheit Rechnung zu tragen war, dass der Begriff ein solcher des Unionsrechts sein sollte, auf den völkerrechtliche Begriffe schon deswegen nicht passten, weil selbst ein schwacher Mitgliedstaat mit versagenden Staaten i.S.d. Völkerrechts nicht zu vergleichen war.²⁰² Von Bogdandy und Ioannidis lösten diese Spannungslage durch Abstellen auf ein in der subjektiven Einschätzung der Betrachter liegendes Kriterium, das Vertrauen in die Einhaltung des Rechts. Demnach war in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union die Schwelle von einer schweren Verwaltungskrise zu einem systemischen Defizit überschritten, „wenn eine signifikante Anzahl sozialer Akteure in wichtigen Feldern aufhört, auf öffentliche Einrichtungen zur Bestätigung ihres normativen Erwartens zu setzen“.²⁰³

Ioannidis hat diese Überlegungen spezifisch unter dem Eindruck der Lage in Griechenland später unter Einführung des Begriffs des „schwachen Mitglieds“ („weak member“) als Subtyp des systemischen Defizits weiter ausdifferenziert.²⁰⁴ Ein solches schwaches *Mitglied*, statt *Mitgliedstaat*²⁰⁵ zeichnet sich für Ioannidis dadurch aus, dass „due to widespread corruption, lack of resources, or bad organization, it fails to give real effect to its law, thereby falling short of the Rule of Law requirement set out in Article 2 TFEU“.²⁰⁶ Für Ioannidis war insbesondere Griechenland in diesem Zusammenhang diskussionswürdig.²⁰⁷

Dass damit aber der Begriff des systemischen Defizits nicht abschließend auf staatliche Schwäche festgelegt war, sondern vielmehr ein Subtyp geschaffen wurde, zeigt insbesondere eine 2019 durch von Bogdandy vorgelegte Fortentwicklung des Begriffs vor dem Hintergrund insbesondere der Lage in Polen. Ein systemisches Defizit bezeichnet dabei zunächst eine signifikante Verschlechterung der internen Rechtslage eines Mitgliedstaates.²⁰⁸ Eine systemische Komponente erhält diese Entwicklung, wenn die sich daraus ergebende Lage *zwischen den Mitgliedstaaten* („intersystemisch“ statt „intrasystemisch“) besonders problematisch und eine Eskalati-

202 Vgl. Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 297 ff.

203 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 300.

204 Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, insb. S. 477-479 zur spezifischen Typik dieses Falles.

205 Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, S. 481.

206 Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, S. 485.

207 Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, S. 485 ff.

208 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 11.

on wahrscheinlich ist, da damit die Funktionsweise des gesamten *Verbundes* der Union gefährdet sei und der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gefährdet werde.²⁰⁹ Eine systemische, im Unterschied zur einzelnen qualifizierten Rechtsverletzung bestehe gerade

„particularly when phenomena of illegality in one legal order impair the functioning of another system. Systems are often considered systemically deficient when they do not provide their services to other related systems.“²¹⁰

Das gelte insbesondere, wenn die Justiz eines Mitgliedstaats die Regierung nicht mehr effektiv kontrollieren könne.²¹¹ Das systemische Defizit wird damit im Wesentlichen von einem Begriff, der sich zuvor vorrangig auf staatliche Schwächen erstreckt hatte, zu einem solchen, der auf die Rechtsstaatlichkeit bezogene Missstände von besonderer Tragweite erfasst.

4. Vorsatz, Spillover und intersystemisches Konfliktpotential als zentrale Merkmale

Ich stimme insbesondere den 2019 durch von Bogdandy gemachten Beobachtungen weitgehend zu und möchte ihnen hier einige eigene Bemerkungen zur Seite stellen.²¹² Im Rahmen der Entwicklung der Rechtsstaatlichkeitskrise sind die 2014 ursprünglich in Mitgliedstaaten beobachteten Schwächen zunehmend in den Hintergrund getreten. Was nun interessiert, ist der mitgliedstaatliche *Vorsatz*, die *vorsätzliche Unterwanderung des Rechtsstaatsprinzips*. Sie findet, auch wenn ich den Begriff zuvor abgelehnt habe, erhebliche Rückversicherung in der Definition von Pech und Scheppele zum Begriff des „democratic backsliding“.²¹³ Im Grundsatz kann sich diese Beobachtung an Merkmalen der allgemeinen Strafrechtslehre orientieren und liegt folglich vor, wenn der Erfolg bewusst und gewollt herbeigeführt oder zumindest in Kauf genommen wurde. Auch die Europäische

209 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 12.

210 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 16.

211 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 16-17.

212 Vgl. auch bereits Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1083-184.

213 S. supra B.III.1.

Kommission weiß zwischenzeitlich um die Bedeutung eines solchen Vorsatzes. Sie schreibt:

„Generell lässt sich feststellen, dass Korruption und Amtsmissbrauch auf hoher Ebene häufig im Zusammenhang mit Situationen vorkommen, in denen politische Kräfte den Rechtsstaat auszuhebeln trachten, und Versuche, den Pluralismus zu beschränken und wichtige Kontrollinstanzen wie die Zivilgesellschaft und unabhängige Medien zu schwächen, Warnzeichen für eine Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit darstellen“.²¹⁴

Die Zurechnung eines solchen Vorsatzes zum Mitgliedstaat ist hier nicht derartig zu verdichten wie etwa im Strafrecht. Eindeutig ist sie, wenn auf Gesetzesvorhaben und Handlungen der Regierung abgestellt wird, dann gilt der kollektive Wille des Staatsorgans *pars pro toto* als derjenige des Mitgliedstaats.²¹⁵ Bei Fragen etwa der Korruption, die von Einzelpersonen als Amtsträger herrührt, muss man sich auf die Beobachtung Dritter verlassen, dass diese so weit verbreitet ist, dass sie die Gesamtheit einer staatlichen Einrichtung, wie etwa des Parlaments, der Staatsanwaltschaft usw. in Mitleidenschaft zieht.

Zu *messen* ist die Qualität dieses Vorsatzes anhand der „Dimensionen“, die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs in seinem *Irish Waste*-Urteil folgen.

Zu *bejahen* ist die systemische Relevanz eines solchen Vorsatzes nach meinem Dafürhalten zum einen aufgrund des bei *von Bogdandy* beobachteten „intersystemischen Konfliktpotentials“, zusätzlich aber auch wenn die Defekte einen sog. *Spillover-Effekt* im Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten verursachen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass ein hoheitlich handelnder Akteur im europäischen Rechtsraum, insbesondere also die Mitgliedstaaten selbst oder ein Unionsorgan, sich gezwungen sieht,

214 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Ein Konzept für das weitere Vorgehen, COM(2019) 343 final vom 17.07.2019, S. 2.

215 Dies entspricht der Beurteilung des EuGH, wonach bei Vertragsverletzungen die Handlungen eines Staatsorgans für die Verletzung ausreichen, ohne dass sich ein anderes Organ durch Verweis auf sie exkulpieren kann, s. etwa bei Ulrich Karpenstein, Art. 258 AEUV, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, München, 68. EL Oktober 2019, Rn. 62.

eine eigentlich dem vom Defizit betroffenen Mitgliedstaat obliegende Rechtspflicht mittels *Selbsteintritt*, d.h. Pflichteneintritt, zu übernehmen.

Auch die Überlegung einer *Selbsteintrittspflicht*, die ein zuvor den Mitgliedstaaten, den Unionsorganen, ganz besonders der Kommission infolge ihres Mandats aus Art. 17 Abs. 1 EUV, und Einrichtungen des Europarates zustehendes Ermessen auf Null zu einer Pflicht reduziert, entstammt der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Es handelt sich um eine zentrale Figur, mit der Generalanwältin *Verica Trstenjak* in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache *N.S.* begründet hat, warum angesichts systemischer Mängel in den Asylsystemen bestimmter Mitgliedstaaten, die darüber ihren Verpflichtungen aus dem Dublin-System nicht nachgekommen sind, andere Mitgliedstaaten in ihre Pflichten eintreten.²¹⁶

Die Bedeutung des Selbsteintritts zeigt sich im Rahmen der Rechtsstaatlichkeitskrise insbesondere in allen Fällen, in denen mitgliedstaatliche Justizbehörden mit Übergabegesuchen konfrontiert sind, wie im Fall *LM*.²¹⁷ Unter „normalen“²¹⁸ Umständen wären weder Europäischer Gerichtshof noch Europäische Kommission, noch aber die vollstreckende Justizbehörde in einem anderen Mitgliedstaat dazu veranlasst gewesen, durch Nutzung von Konstrukten wie Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 47 der Charta derart umfassend, wie sie dies später getan haben, beaufsichtigend in die Justizpolitik eines Mitgliedstaats einzugreifen bzw. Vorbehalte anzumelden. Sie taten dies, weil aus ihrer Einschätzung ein systemisches Versagen von Gesetzgebern und Gerichten bei der Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips im Raum stand. Unter „normalen“ Umständen hätte ebenso keinerlei Anlass bestanden, Motive, dienstliche Motive und Verfahrensabläufe der ausländischen Kollegen zu hinterfragen. Die Antwort des seinerzeit vorlegenden irischen Gerichts²¹⁹ und zwischenzeitlich auch deutscher Gerichte ist aber ein klares Beispiel dafür, dass diese normale Lage nicht mehr gilt. Man

216 EuGH, Verb. Rs C-411 & 493/10, *N.S.*, Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak in den ECLI:EU:C:2011:610, Rn. 3. Im Original eigentlich „Selbsteintrittspflicht“ (sic). In der französischen Fassung lautet die Formulierung „obligation d'évocation“. Die englische Fassung spricht von „duty to assume responsibility“.

217 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *LM* (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, s. etwa Rn. 14 ff.

218 Zum Normalzustand im Unterschied zu systemischen Defiziten etwa bei Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 15.

219 Vgl. High Court of Ireland, Minister for Justice and Equality v. Celmer, Record No. 2013 EXT 295 u.a., Vorabvorlagebeschluss vom 12.03.2018.

fühlt sich vielmehr umfassend verpflichtet, anstatt der in Mitleidenschaft gezogenen ausländischen Behörden selbst zu prüfen,²²⁰ eben: selbst in die Pflichten der früheren Kollegen auf Augenhöhe einzutreten.

Auch das *intersystemische Konfliktpotential*, das von Bogdandy als weiteres Kriterium zur Ermittlung systemischer Defizite herausgearbeitet hat, bestätigt sich umfassend an vielen Schlüsselstellen der Rechtsstaatlichkeitskrise. Es zeigt sich z.B. in der Debatte um den Verbleib der *Central European University* in Budapest,²²¹ der zu höchst energischer Kritik des ungarischen Vorgehens im Europäischen Parlament in Gegenwart des ungarischen Premierministers Viktor Orbán geführt hat.²²² Noch markanter, wenn auch weniger sichtbar, ist der Konflikt zwischen ganzen Blöcken an Mitgliedstaaten, die aufgrund der Krise inzwischen aufeinandertreffen. Im Rahmen der Verhandlungen zur Einführung einer besonderen Konditionalität zum Schutz des EU-Haushalts bei „generellen Mängeln“ im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip hat sich eine feste Gruppe von jedenfalls 9 Mitgliedstaaten, darunter Deutschland und Frankreich, etabliert, die den Vorschlag offen unterstützen, während andere zögern oder vehement dagegen sind. Die Delegationen Frankreichs und Deutschlands einerseits und Ungarns andererseits lieferten sich im Juni 2019 einen Schlagabtausch durch Einreichen gegenläufiger „Working Papers“.²²³ Im Hinblick auf die Position zu Art. 7 EUV sind die Positionen Deutschlands und Frankreichs gegenüber Polen und Ungarn im Rat inzwischen so eng, dass sich die deutschen und französischen Delegationen gegenseitig Redezeit überlassen und der

220 Eindrucksvoll Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss vom 17.02.2020, Az. Ausl 301 AR 156/19.

221 S. dazu Venedig-Kommission, Opinion 891/2017, CDL-AD(2017)022-e, Hungary, Opinion on Article XXV of 4 April 2017 on the Amendment of Act CCIV of 2011 on National Tertiary Education vom 09.10.2017.

222 Vgl. Venedig-Kommission, Opinion 889/2017, CDL-AD(2017)015-e, Hungary, Opinion on the Draft Law on the Transparency of Organisations receiving support from abroad vom 20.10.2017.

223 Nachweise der verschiedenen Vorschläge im Übersichtsdokument des Rates der Europäischen Union, List of working papers (WK) distributed to the ad hoc Working Party on MFF in the first semester of 2019, 10848/19 vom 01.07.2019. Der Vorschlag zur Schaffung der Konditionalität hat derzeit bereits die Unterstützung Belgiens, Deutschlands, Dänemarks, Frankreichs, Luxemburgs, der Niederlande, von Portugal, Schweden und Finnland, dazu insb. der erste Eintrag der Liste auf S. 3, ebda.

Bericht hierüber dann z.B. vermerkt, Frankreich habe „also on behalf of Germany“ eine Stellungnahme abgegeben.²²⁴

So konturiert wird der Begriff des systemischen Defizits handhabbar. Mir geht es nachfolgend also allein um den Typus vorsätzlicher Unterwanderungen, der sich in einem Selbsteintritt eines anderen Akteurs oder in einem besonderen intersystemischen Konfliktpotential im Unionsrecht niederschlägt.

5. Die Rechtsstaatlichkeit – Operationalisierung statt Definition

Noch nicht erörtert worden ist bei der Klärung des systemischen Defizits dessen Bezugspunkt, die Rechtsstaatlichkeit selbst. Es ist weder möglich noch zielführend, für diesen Begriff eine erschöpfende Sichtung zu liefern, die Gegenstand einer eigenständigen Monographie sein müsste.²²⁵ Art. 2 S. 1 EUV, der das Rechtsstaats*prinzip* bzw. den *Wert* der Rechtsstaatlichkeit²²⁶ iterativ für das Unionsrecht nennt, liefert gerade keine Definition.

224 Rat der Europäischen Union, „Values of the Union - Hungary - Article 7 (1) TEU Reasoned Proposal - Report on the hearing held by the Council on 16 September 2019“, 12345/19 vom 19.09.2019, Limité, verfügbar unter: https://www.asktheeu.org/de/request/7287/response/23784/attach/6/st12345.en19.pdf?cookie_passthrough=1, S. 7. Zu beiden Punkten auch Matthias Schmidt, „Le manquement perpétué en droit de l'Union européenne“, S. 87.

225 S. insb. Maria Luisa Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer, Den Haag u.a., 1999; Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*; Laurent Pech, „The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union“, Jean Monnet Working Paper 04/09, NYU School of Law, New York, 2009. Für das deutsche Recht Philipp Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986; Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997; Rechtsvergleichend zudem Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, Dalloz, Paris, 2002.

226 Zur Bedeutung des Begriffs des Prinzips im Unionsrecht, inklusive der Rechtsstaatlichkeit, bereits Armin von Bogdandy, „Grundprinzipien“, insb. S. 62 und f.; beispielhaft kritisch im Hinblick auf die Änderung des Vertragswortlautes durch den Vertrag von Lissabon, der nunmehr in Art. 2 EUV von „Werten“ statt „Prinzipien“ spricht, Werner Schroeder, „The European Union and the Rule of Law - State of Affairs and Ways of Strengthening“, S. 12-14, auch mit Auswertung der Judikatur. Ich schlage vor, den begrifflichen Unterschied hier zu vernachlässigen und die Begriffe funktional gleichzusetzen, auch wenn das dogmatisch nicht befriedigt. Dafür ficht nicht zuletzt, dass die Europäische Kommission, auch unter dem Vertrag von Lissabon, ihren EU-Rahmen im Deutschen auf die Stärkung nicht allein der Rechtsstaatlichkeit, sondern des

Er erlaubt auch keine Rückschlüsse auf eine besondere Vorrangstellung im Unionsrecht.

Traditionell haben Rechtswissenschaftler, die sich Norm und Prinzip gewidmet haben, daher auf verschiedene analytische Ansätze zur Entwicklung einer jeweils autonomen Arbeitsgrundlage zurückgegriffen. Schorkopf etwa hat zwei Methoden, die Möglichkeit induktiver bzw. deduktiver positiver Annäherung oder umgekehrt die der Subtraktion, d.h. der Bildung eines kleinsten gemeinsamen Nenners, unterschieden,²²⁷ die auch bei Katharina Serini angeklungen ist.²²⁸ Thomas Pforr²²⁹ und Ulrike Kassner²³⁰ haben die Möglichkeit der positiven Begriffsergründung²³¹ gewählt.

Auch die Europäische Kommission (wenn auch sichtlich vorsichtig), vor allem aber das Europäische Parlament, sind diesen Überlegungen jüngst mit dem Vorschlag einer Legaldefinition der Rechtsstaatlichkeit – der überhaupt ersten eines Unionswerts im positiven Recht – erheblich entgegengekommen, und zwar im bereits genannten Verordnungsentwurf über den Schutz des Unionshaushalts bei generellen Mängeln. Dort, in Art. 2 Abs. 1 lit. a, heißt es, wobei die kursiven Passagen die Änderungswünsche des Parlaments markieren, das Rechtsstaatsprinzip fuße auf:

„Artikel 2 EUV und in den Kriterien für die Mitgliedschaft in der Union gemäß Artikel 49 EUV verankerten Werte, auf die sich die Union gründet; es umfasst die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, die gleichbedeutend ist mit einem transparenten, rechenschaftspflichtigen, demokratischen und pluralistischen Gesetzgebungsprozess, der Rechtssicherheit, des Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt, des Zugangs zur Justiz und des wirksamen Rechtsschutzes einschließlich des Schutzes der Grundrechte, wie sie in der Charta der Grundrechte der

Rechtsstaatsprinzip bezogen hat. Thomas Würtenberger & Jan W. Tkaczyński, „Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umocnienia praworządności (analiza krytyczna)“, in: Państwo i Prawo 71 (2017), S. 16-29, S. 16, haben gemeint, es bestünde in der deutschen Rechtssprache ein rechtserheblicher Unterschied zwischen den Begriffen Rechtsstaatsprinzip und Rechtsstaatlichkeit. Dafür habe ich keine weiteren Belege gefunden.

227 Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union, S. 79 ff.

228 Katharina Serini, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, S. 41 ff.

229 Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 91 ff.

230 Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht, S. 104 ff.

231 Übersicht über konkrete Definitionsvorschläge für das deutsche Recht bei Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 21-24, unter Verweis insb. auf Klaus Stern.

*Europäischen Union und in internationalen Menschenrechtsübereinkommen niedergelegt sind, vor unabhängigen und unparteiischen Gerichten, der Gewaltenteilung, der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit vor dem Gesetz“.*²³²

Das Parlament hat dieser Positivbestimmung, die über einen Erwägungsgrund mit Vollzitat umfassender Rechtsprechung abgesichert wird,²³³ zudem über die, von der Kommission wohlweislich vermiedene, Legaldefinition des generellen Mangels eine weitere *Negativbestimmung* zur Seite gestellt.²³⁴

232 Europäisches Parlament, P8_TA-PROV(2019)0349, Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, „Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. April 2019 zu dem 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)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD))“, o. S., Abänderung 29.

233 Europäisches Parlament, P8_TA-PROV(2019)0349, Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, „Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. April 2019 zu dem 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)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD))“, o. S., Erwägungsgrund 2 = Abänderung 4.

234 Der Vollständigkeit halber ist sie hier abzdrukken, Europäisches Parlament, P8_TA-PROV(2019)0349, Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, „Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 4. April 2019 zu dem 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)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD))“, Art. 2a, Generelle Mängel, o. S.:

„Als generelle Mängel in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip werden – sofern sie die Grundsätze der wirtschaftlichen Haushaltsführung oder den Schutz der finanziellen Interessen der Union beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen – insbesondere angesehen:

a) die Gefährdung der Unabhängigkeit der Gerichte, darunter die Auferlegung von Beschränkungen in Bezug auf die Fähigkeit, justizielle Aufgaben autonom wahrzunehmen, durch Eingriffe von außen in die garantierte Unabhängigkeit, durch die Erzwingung von Urteilen auf Anweisung von außen, durch die willkürliche Änderung der Vorschriften über die Ernennung oder Amtsdauer der Mitarbeiter des Justizwesens, durch deren Beeinflussung in einer Form, die

Trotz der Raumfülle dieser Definition bringt jegliche inhaltliche Bestimmung des Gesetzgebers erhebliche Probleme mit sich. Abschließende Festlegungen lassen sich nicht vornehmen, ohne dass es zu Friktionen kommt oder schlicht Punkte übersehen werden. Auch der Verweis auf die Rechtsprechung durch den Gerichtshof bleibt in jedem Gesetzestext statisch und kann wesentliche Entwicklungen, die das Rechtsstaatsprinzip etwa in jüngerer Zeit durchlaufen hat, nicht wiedergeben. Große Überschneidungen des Rechtsstaatsbegriffs mit der Problematik des „essentially contested concept“ sind vor diesem Hintergrund unbestreitbar.²³⁵

Ich schließe mich daher denjenigen Juristen an,²³⁶ die für das Europarecht den Versuch einer abschließenden oder gar positivrechtlichen Defi-

deren Unparteilichkeit beeinträchtigt, oder durch Maßnahmen, die die Unabhängigkeit der Anwaltschaft beeinträchtigen;

b) das Versäumnis, willkürliche oder rechtswidrige Entscheidungen von Behörden einschließlich Strafverfolgungsbehörden zu verhüten, zu korrigieren und zu ahnden, die ihre ordnungsgemäße Arbeit beeinträchtigende Zurückhaltung finanzieller und personeller Ressourcen oder das Versäumnis sicherzustellen, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen sind;

c) die Einschränkung der Zugänglichkeit und Wirksamkeit des Rechtswegs, unter anderem mittels restriktiver Verfahrensvorschriften, der Nichtumsetzung von Gerichtsentscheidungen oder der Einschränkung einer wirksamen Untersuchung, Verfolgung oder Ahndung von Rechtsverstößen;

d) die Gefährdung der Verwaltungskapazität eines Mitgliedstaats im Hinblick darauf, die mit der Mitgliedschaft in der Union einhergehenden Verpflichtungen zu erfüllen, einschließlich der Fähigkeit, die zum gemeinsamen Besitzstand gehörenden Regeln, Normen und politischen Vorgaben wirksam umzusetzen;

e) Maßnahmen, die den Schutz der vertraulichen Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant beeinträchtigen.“

235 Begriff bei Walter Bryce Gallie, „Essentially Contested Concepts“, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), S. 167-198; speziell zum Rechtsstaatsprinzip in diesem Zusammenhang Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung: eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 29 ff., 34 insb.

236 Bereits Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski & Matthias Schmidt, „Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines“, S. 985, weiterführend insb. auch Luke Dimitrios 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 Series, No. 2018-24, Heidelberg, 2018, S. 9. In der Intention gleich verstehe ich ebenso Vassilios Skouris, „Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union“, in: Armin Hatje (Hrsg.), *Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union*, *Europarecht Beiheft* 2 (2015), S. 8-19, S. 11.

inition komplexer Rechtsbegriffe, insbesondere aber der Grundprinzipien der Europäischen Union, wie der Rechtsstaatlichkeit, abgelehnt haben, sondern vielmehr vorschlagen, sich der Methode der *Operationalisierung* zu bedienen, die in der Rechtsprechung des EuGH zu erkennen ist.²³⁷ Diese ist an die Methodik der reinen Sozialwissenschaften angelehnt, die mit der Operationalisierung traditionell die Beherrschbarmachung komplexer Konzepte durch Unterteilung in weniger komplexe, dem Begriff immanente, funktional eigenständige und daher besser erfassbare Bestandteile bezeichnen.²³⁸ Im Unterschied zur bereits genannten politikwissenschaftlichen Defektforschung, die diese Methode kennt, gründet die Operationalisierung hier aber in Entwicklungen der Rechtspraxis. In der dortigen Operationalisierung geht zudem die gerade in der Politikwissenschaft als selbstständiger methodischer Schritt gedachte und vorgelagerte Konzeptualisierung auf. Gerichtshof und Kommission scheinen einer solchen Operationalisierung zunehmend zuzuneigen. Dabei bin ich selektiv; die Frage der Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips in ihren Außenbeziehungen aufgrund von Art. 49 EUV bleibt außen vor.²³⁹

Drei wesentliche Entwicklungsstränge der Operationalisierung der Rechtsstaatlichkeit haben Bogdanowicz und ich bereits an früherer Stelle

237 Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1086 ff., 1090 ff. insb., s. auch Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values“, S. 1201 ff.

238 Vgl. dazu etwa spezifisch für das Demokratieprinzip aus sozialwissenschaftlicher Sicht, Hans-Joachim Lauth, Gert Pickel & Christian Welzel, „Grundfragen, Probleme und Perspektiven der Demokratiemessung“, in: dies. (Hrsg.), *Demokratiemessung: Konzepte und Befunde im internationalen Vergleich*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2000, S. 7-26; Peter Thiery & Aurel Croissant, „Defekte Demokratie: Konzept, Operationalisierung und Messung“, S. 89 und ff.; zur Einführung weiter exemplarisch Ulrich von Alemann & Wolfgang Tönnemann: „Grundriß: Methoden in der Politikwissenschaft“, in: Ulrich von Alemann (Hrsg.), *Politikwissenschaftliche Methoden: Grundriß für Studium und Forschung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 1995, S. 17-140, S. 45.

239 Zur Relevanz des Rechtsstaatsprinzips im Umgang mit Drittstaaten aber etwa Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, S. 224 ff.; weiter Dmitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, S. 85 ff., der (vgl. S. 87 insb.), nicht ohne Kritik, von einer „Verbindung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ durch die Europäische Kommission im Rahmen des Erweiterungsprozesses und mangelnder Kohärenz der Konzepte ausgeht.

beobachtet.²⁴⁰ Ich greife sie hier nochmals für den deutschsprachigen Leser auf und ergänze sie, wo geboten.

a. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Der erste Entwicklungsstrang ist nicht nur nach unserer, sondern nach weit verbreiteter Auffassung, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen.²⁴¹

Hiermit ist zunächst dem Umstand Rechnung getragen, dass die Werte der Union, wie sie Art. 2 S. 1 EUV nennt, abweichend vom Grundsatz des EuGH zur Auslegung von Begriffen des Unionsrechts nicht ohne Rückgriff auf mitgliedstaatliches Recht auszulegen sind.²⁴² Der Gerichtshof hat sich mitgliedstaatlicher Rechtsauffassungen für die Ergündung der Unionswerte regelmäßig, wenn auch vielleicht nicht immer durchweg explizit, vergewissert. So lag der Entscheidung *Algera* betreffend den Vertrauensschutz und Amtshaftung der Gemeinschaft eine Rechtsvergleichung hinsichtlich der Lage in den Mitgliedstaaten zugrunde.²⁴³ Von Danwitz sieht in dieser und anderen Entscheidungen, unter Berufung auf *Pierre Pescatore*, lediglich „die Spitze eines Eisbergs“, mit dem der Gerichtshof sicherstellen

240 Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1088 ff.

241 Dazu vgl. exemplarisch Christian Calliess, Art. 2 EUV, in: Christian Calliess & Matthias Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. C.H. Beck, München, 2016, Rn. 26; zur Funktion allgemeiner Rechtsgrundsätze Jürgen Schwarze, „Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union“, in: ders. (Hrsg.), Europarecht: Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union: Ausgewählte Beiträge, Nomos, Baden-Baden, 2012, S. 114-127; zur konkreten Beobachtung auch zuvor Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1090 ff. Für das deutsche Recht, in größter Ausführlichkeit, vgl. den Vorschlag einer „Elementareihung“ bei Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 24 ff., 253 ff., s. bereits unter A. der hiesigen Arbeit aber ihre eigene Skepsis dazu.

242 Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 32, ähnlich Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht, S. 33.

243 EuGH, Rs. Verb. Rs. 7/56 und 3-7/57, Dineke Algera u.a. ./.. Gemeinsame Versammlung der EGKS, Urteil vom 12. Juli 1957, Slg. 1957, 91, ECLI:EU:C:1957:7, vgl. insb. S. 118 der dt. Fassung; zur Relevanz des Urteils und des dortigen Rechtsvergleichs Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, S. 1315.

wolle, vergleichend die Traditionen der Mitgliedstaaten in seiner Rechtsprechung aufnehmen zu können.²⁴⁴ Damit ist denjenigen Kritikern entgegengetreten, die den Unionsorganen, insbesondere der Kommission, eine Interpretation des Rechtsstaatsprinzips losgelöst von mitgliedstaatlichen Traditionen vorgeworfen haben.²⁴⁵

Darüber hinaus betreibt die Rechtsprechung, ausgehend vom vielbeschworenen Grundsatz der *Rechtsgemeinschaft* im Les Verts-Urteil,²⁴⁶ eine unionsrechtsautonome Handhabarmachung des Rechtsstaatsprinzips. Sie erfolgt durch Konkretisierung unter Zerlegung in weitere Subprinzipien und der Benennung der konkreten Wirkung dieser Rechtsprinzipien für das Unionsrecht und in sowie gegenüber den Mitgliedstaaten. Auch die weitere Literatur hat sich dieser Methode bedient.²⁴⁷

Das bedeutendste Dokument der jüngeren Rechtspraxis, in dem eine derartige Operationalisierung durch Erarbeitung von Subprinzipien der Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung erarbeitet worden ist, ist der Anhang I zum 2014 durch die Kommission vorgestellten EU-Rahmen.²⁴⁸

244 Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, S. 1317, mit umf. w. N.

245 S. insb., auch sehr kritisch zum EU-Rahmen als solchem, Thomas Würtenberger & Jan W. Tkaczyński, „Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umocnienia praworządności (analiza krytyczna)“, S. 22 und f.

246 Ausgehend vom Les-Verts-Urteil und dann einzelne Grundsätze konturierend etwa Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, S. 117 ff.

247 S. nämlich bei Thomas Pforr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 93-94, mit umfassender Auswertung einschlägiger Rechtsprechung, der zu diesen Grundsätzen zählt: „die Gewährung von Grundrechten, de[n] Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Rückwirkungsverbot, de[n] Bestimmtheitsgrundsatz, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, de[n] Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, de[n] Schutz wohlverworbener Rechte, das Gebot der Rechtssicherheit, de[n] Grundsatz ‚ne bis in idem‘, de[n] Grundsatz der Gleichbehandlung und das Gebot effektiven Rechtsschutzes“. Umfassende Auswertung der Rspr. auch bei Cordula Stumpf, Art. 6 EUV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar, Nomos, Baden-Baden*, 2. Aufl. 2009, Rn. 3-11, 28-31; weiter in diesem Sinne auch Werner Schroeder, „The European Union and the Rule of Law - State of Affairs and Ways of Strengthening“, S. 9 ff. Ähnlich bei Jörg Polakiewicz & Jenny Sandvig, „The Council of Europe and the Rule of Law“, in: Werner Schroeder (Hrsg.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Hart, Oxford, 2016, S. 115-133, S. 117 ff.

248 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11.03.2014, COM(2014) 158 final, Anhang I: Das Rechtsstaatsprinzip als tragendes Prinzip der Union.

In ihm sichert die Kommission die bestehende Rechtsprechung und konturiert das Rechtsstaatsprinzip für die Union durch Benennung und Erläuterung von sechs allgemeinen Rechtsgrundsätzen: Rechtmäßigkeitsprinzip,²⁴⁹ Rechtssicherheit,²⁵⁰ Willkürverbot,²⁵¹ unabhängige und wirksame gerichtliche Kontrolle,²⁵² Anspruch auf einen fairen Prozess bei Beachtung der Gewaltenteilung²⁵³ und Gleichheit vor dem Gesetz.²⁵⁴ Der Ausspruch der „Rechtsgemeinschaft“, nunmehr „Rechtsunion“, den der Gerichtshof erstmals im *Les Verts* Urteil²⁵⁵ genutzt hat, tritt ergänzend hinzu.

Das Gericht (erster Instanz) hat es, beginnend mit seinem *Klyuyev*-Urteil, mehrfach unternommen, eine ähnliche und nicht abschließende Liste an allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit dem Rechtsstaatsprinzip zu verknüpfen.²⁵⁶ Der EuGH hat es aber bislang vermieden, die dortige Formel wörtlich aufzugreifen.

249 EuGH, Rs. C-496/99 P, Kommission ./ CAS Succhi di Frutta SpA, Urteil vom 29.04.2004, Slg. 2004, I-3801, ECLI:EU:C:2004:236, Rn. 63.

250 EuGH, Verb. Rs. 212 bis 217/80, Amministrazione delle finanze dello Stato ./ Salumi, Urteil vom 12.11.1981, Slg. 1981, 2735, ECLI:EU:C:1981:270, Rn. 10.

251 EuGH, Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Hoechst AG ./ Kommission, Urteil vom 21.09.1989, Slg. 1989, 2859, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19.

252 EuGH, Rs. C-583/11 P; Inuit Tapiriit Kanatami u. a. ./ Parlament und Rat, Urteil (GK) vom 03.10.2013, ECLI:EU:C:2013:625, nur in der elektr. Slg., Rn. 91; Rs. C-550/09, E und F, Urteil vom 29.06.2010, Slg. 2010, I-6213, ECLI:EU:C:2010:382, Rn. 44; Rs. C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores, Urteil vom 25.07.2002, Slg. 2002, I-6719, ECLI:EU:C:2002:462, Rn. 38 und 39.

253 EuGH, Verb. Rs. C-174/98 P und C-189/98 P, Niederlande und van der Wal ./ Kommission, Urteil vom 11.01.2000, Slg. 2000, I-1, ECLI:EU:C:2000:1, Rn. 17.

254 EuGH, Rs. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals ./ Kommission, Urteil vom 14.09.2010, Slg. 2010, I-8301, ECLI:EU:C:2010:512, Rn. 54.

255 EuGH, Rs. 294/83, Parti écologiste „Les Verts“ ./ Europäisches Parlament, Urteil vom 23.04.1986, Slg. 1986, 1357, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23.

256 EuG, Rs. T-340/14, Andriy Klyuyev ./ Rat, Urteil vom 15.09.2016, ECLI:EU:T:2016:496, Rn. 88:

„In der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie den Arbeiten der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht, einer Einrichtung des Europarats, findet sich eine nicht erschöpfende Aufzählung der Grundsätze und Normen, die die Rechtsstaatlichkeit ausmachen. Dazu gehören die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Verbots der Willkür der Exekutive; unabhängige und unparteiische Gerichte, eine wirksame gerichtliche Kontrolle einschließlich der Wahrung der Grundrechte sowie die Gleichheit vor dem Gesetz (vgl. dazu die Liste der Kriterien der Rechtsstaatlichkeit, die die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht in ihrer 106. Vollsitzung am 11./12. März 2016 in Venedig verabschiedet hat). Ferner wird in bestimmten Rechtsakten im Zusammenhang mit dem auswärtigen Handeln der Union u. a. die Bekämpfung der

Während der EuGH dieser Liste in Zukunft weitere Subprinzipien hinzufügen dürfte, ist auch denkbar, dass neben unionseigener Judikatur Quellen des regionalen Völkerrechts mehr an Einfluss gewinnen, was angesichts der Eigenständigkeit, die der EuGH dem Unionsrecht als supranationaler Rechtsordnung in ständiger Rechtsprechung zuerkennt, beachtlich ist. Der Gewinn an Einfluss lässt sich nicht nur beobachten, sondern auch mit der traditionell guten Kooperationsbeziehung erklären, die insbesondere die Europäische Kommission und die Venedig-Kommission des Europarates pflegen. Sie färbt auf den Europäischen Gerichtshof zwischenzeitlich ab. In seiner Entscheidung vom November 2019 zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Disziplinarkammer am polnischen Obersten Gerichtshof griff der EuGH u.a. bei der Auswertung der Vorlagefrage den Hinweis auf ein Gutachten der Venedig-Kommission auf,²⁵⁷ kurz zuvor war der Gerichtshof in gleicher Weise bereits auf die Berücksichtigung von Gutachten der Venedig-Kommission zu Ungarn durch ein dort ansässiges, vorlegendes Gericht, eingegangen.²⁵⁸ Die Venedig-Kommission wiederum hat eine sog. „rule of law“-Checkliste vorgelegt, die deduktiv Entscheidungsträgern als Entscheidungsgrundlage dienen soll und die jedenfalls das Gericht (erster Instanz) bereits herangezogen hat.²⁵⁹

b. Funktionsbestimmung der Rahmenbedingungen für die Rechtsanwaltschaft in Mitgliedstaaten

In einer in Entwicklung befindlichen Rechtsprechungslinie widmet sich der EuGH seit kurzem verstärkt der Rechtsanwaltschaft in Mitgliedstaaten und darüber ihrer Bedeutung für das Rechtsstaatsprinzip. Die Judikatur hierzu hatte zuvor häufig die Frage zum Gegenstand, inwiefern Juristen,

Korruption als ein der Rechtsstaatlichkeit innewohnender Grundsatz genannt [...]“.

Weiter Urt. vom gleichen Tag in der Rs. T-346/14, Viktor Fedorovych Yanukovich *./. Rat*, ECLI:EU:T:2016:497, Rn. 98; Zuletzt EuG, Rs. T-290/17 Edward Stavytskyi *./. Rat*, Urteil vom 30.01.2019, ECLI:EU:T:2019:37, Rn. 68.

257 EuGH, Verb. Rs. C-585/18 u.a., A.K. *./. Krajowa Rada Sądownictwa*, u.a., Urteil (GK) vom 19.11.2019, ECLI:EU:C:2019:982, Rn. 41.

258 EuGH, Rs. C-118/17, Zsuzsanna Dunai *./. ERSTE Bank Hungary Zrt.*, Urteil vom 14.03.2019, ECLI:EU:C:2019:207, Rn. 27.

259 Venedig-Kommission, CDL-AD(2016)007, Study No. 711 / 2013, Rule of Law Checklist vom 18.03.2016, und vgl. nochmals EuG, Rs. T-340/14, Andriy Klyuyev *./. Rat*, Urteil v. 15.09.2016, ECLI:EU:T:2016:496, Rn. 88.

die in einem Mitgliedstaat juristische Hochschulabschlüsse bzw. die Befähigung zum Richteramt oder Zulassung als Rechtsanwalt erworben haben, in einem anderen Mitgliedstaat als solche tätig sein können.²⁶⁰ Nun fragt der EuGH auch nach den Rahmenbedingungen der Anwälte in den Mitgliedstaaten im Allgemeinen. In der derzeitigen Krise akut geworden ist dies noch nicht, hier aber zu erwähnen.

In der ersten einschlägigen Rechtssache *Graham Wilson*, auch durch die Kommission aufgegriffen,²⁶¹ nutzte der Gerichtshof eine Streitigkeit betreffend die Zulassung eines britischen Juristen als Anwalt in Luxemburg und den sich daraus ergebenden Rechtsstreit mit der Rechtsanwaltskammer zu Äußerungen über die Richterschaft, indem er festhielt: „Der Begriff der Unabhängigkeit, die dem Auftrag des Richters innewohnt, bedeutet vor allem, dass die betreffende Stelle gegenüber der Stelle, die die mit einem Rechtsbehelf angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Eigenschaft eines Dritten hat.“²⁶² Während Kommissionspraxis und Literatur bislang auf die erste Hälfte dieser Feststellung (also die richterliche Unabhängigkeit) fokussiert haben, gebieten nun sowohl die Schlussanträge von *Michał Bobek*²⁶³ in der Rs. *Uniwersytet Wrocławski* als auch das spätere Urteil der Großen Kammer, den zweiten Halbsatz der Wilson-Formel in den Blick zu nehmen. In dieser Entscheidung, in der der polnische Kontext keinen Bezug zu den hier sonst interessierenden Fragen aufweist, machte der Gerichtshof grundlegende Ausführungen zum „Erfordernis der Unabhängigkeit des Anwalts“.²⁶⁴ Es muss sich noch zeigen, ob hieraus ein weiterer rechtspolitischer Impetus folgt.

260 Grundlegend EuGH, Rs. C-340/89, Irène Vlassopoulou ./ Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg, Urteil vom 07.05.1989, Slg. 1991 I-2379, ECLI:EU:C:1991:193.

261 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, COM(2019) 163 final vom 03.04.2019, S. 4 bei Fn. 19.

262 EuGH, Rs. C-506/04, Graham J. Wilson ./ Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, Urteil (GK) vom 19.09.2006, ECLI:EU:C:2006:587, Rn. 49.

263 EuGH, Verb. Rs. C-515/17 P und C-561/17 P, Uniwersytet Wrocławski ./ Exekutivagentur für die Forschung (REA), u.a., Schlussanträge des Generalanwalts Michał Bobek vom 24.09.2019, ECLI:EU:C:2019:774, Rn. 79 ff.

264 EuGH, Verb. Rs. C-515/17 P und C-561/17 P, Uniwersytet Wrocławski ./ Exekutivagentur für die Forschung (REA), u.a., Urteil (GK) vom 04.02.2020, ECLI:EU:C:2020:73, insb. Rn. 63.

c. Einwirkung auf die Mitgliedstaaten über staatsorganisationsrechtliche Strukturmerkmale

Ein weiterer Entwicklungsstrang, den Bogdanowicz und ich betreffend die Operationalisierung der Rechtsstaatlichkeit zuvor identifiziert hatten, ist eine Rechtsprechungslinie des EuGH, durch die das Rechtsstaatsprinzip als *eigenständige staatsorganisationsrechtliche Anforderung* strukturierend seitens der Union auf Mitgliedstaaten einwirkt.

Es findet seine Grundlage im Prinzip der Gewaltenteilung, indes nicht hinsichtlich derjenigen auf Unionsebene,²⁶⁵ sondern mit Blick auf die Mitgliedstaaten, und hier in der Doppelentscheidung *Kovalkovas*²⁶⁶ und *Poltorak*,²⁶⁷ die wiederum in wesentlichen Punkten auf das Urteil in der Rechtssache *DEB* zurückgehen.²⁶⁸ Der Präsident des Gerichtshofs, Lenaerts, griff, mutmaßlich in Bestätigung ihrer Bedeutung, die Urteile in einer Rede vor der polnischen Anwaltschaft mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeitskrise in Polen auf.²⁶⁹

Wie später in den Rechtssachen *Aranyosi* und *LM*, hatte der EuGH über die Frage der Vollstreckung mitgliedstaatlicher Europäischer Haftbefehle zu befinden, konkret, ob diese nicht nur durch ein Gericht, wie der Rahmenbeschluss über den Haftbefehl erwarten ließ, sondern auch durch die Justizverwaltung oder die Polizei ausgestellt werden konnten. In der Rechtssache *Kovalkovas* betraf dies einen vom litauischen Justizministerium ausgestellten Haftbefehl,²⁷⁰ in der Rechtssache *Poltorak* einen durch eine Polizeibehörde (schwedisches Reichspolizeiamt) ausgestellten Haftbefehl.²⁷¹ Das Bezirksgericht Amsterdam hatte Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit dem Wortlaut „Justizbehörde“

265 Dazu übersichtlich Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, S. 123-124 und die dort zit. Lit.

266 EuGH, Rs. C-477/16 PPU, Ruslanas Kovalkovas, Urteil vom 10.11.16, ECLI:EU:C:2016:861, Rn. 14, bezogen auf das litauische Justizministerium.

267 Nahezu wortgleich, dort bezogen auf eine Polizeibehörde (schwedisches Reichspolizeiamt), EuGH, Rs. C-452/16 PPU, Krzysztof Marek Poltorak, Urteil vom 10.11.16, ECLI:EU:C:2016:858, Rn. 35.

268 EuGH, Rs. C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH ./ Deutschland, Urteil vom 22.10.2010, Slg. 2010, I-13849, Rn. 58.

269 Koen Lenaerts, „On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice: Speech at the National Congress of the Polish Bar, Katowice“, Redemanuskript vom 20.05.2017, S. 3, einzige Fn., Manuskript beim Verfasser archiviert.

270 Vgl. EuGH, Rs. C-477/16 PPU, Kovalkovas, Rn. 10.

271 Vgl. EuGH, Rs. C-452/16 PPU, Poltorak, Rn. 2.

in Art. 6 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl. Der EuGH hielt hierzu fest:

„Erstens erfasst der Begriff „Justiz“ in seiner gewöhnlichen Bedeutung nicht die Ministerien der Mitgliedstaaten. Er bezieht sich nämlich auf die Judikative, [... die], nach dem *für einen Rechtsstaat kennzeichnenden Grundsatz der Gewaltenteilung von der Exekutive* zu trennen ist. Daher werden unter den Justizbehörden herkömmlich die an der Rechtspflege mitwirkenden Behörden verstanden, im Unterschied insbesondere zu Ministerien oder anderen Regierungsstellen, die zur Exekutive gehören“.²⁷²

In dieser Feststellung, welcher eine Passage aus dem zuvor ergangenen Urteil *DEB* aufgreift,²⁷³ ist nicht nur, wie die Europäische Kommission hervorhebt,²⁷⁴ der Gewaltenteilungsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz hervorzuheben, sondern insbesondere, dass der EuGH Bezug auf den Rechtsstaat nimmt und dabei das Rechtsstaatsprinzip mit weiteren Aussagen über seine Funktion verknüpft, und zweitens, dass er dies gerade *in Bezug auf die innere Beschaffenheit der Mitgliedstaaten* tut.

Der EuGH hat diese Feststellung später in der Rs. *Rosneft*²⁷⁵ flankiert, in welcher er sowohl die Grundprinzipienfunktion der Rechtsstaatlichkeit und die Bedeutung von Art. 2 EUV hervorhob als auch festhielt, dass bestimmte Rechtsgrundsätze – im konkreten Fall der des effektiven Rechtsschutzes – nicht nur konkreten Normen des Unionsrechts, sondern auch dem „Wesen eines Rechtsstaats inhärent“ sein können. In gleicher Formulierung, in Bezug auf das „Rechtsstaatsprinzip“ und Art. 2 EUV, auf welchen die Union baue, hat der EuGH die „wirksame Anwendung des

272 Vgl. EuGH, Rs. C-477/16 PPU, Kovalkovas, Rn. 36; EuGH, Rs. C-477 PPU, Poltorak, Rn. 35, dort lautet der Wortlaut, anstelle der Bezugnahme auf Ministerien oder andere Regierungsstellen, „insbesondere zu Verwaltungs- oder Polizeibehörden“; meine Hervorhebung.

273 Vgl. nochmals, EuGH, Rs. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* ./ Deutschland, Urteil vom 22.12.2010, Slg. 2010, I-13880, ECLI:EU:C:2010:811, Rn. 58.

274 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, Anhang I, S. 2, bei Fn. 8.

275 EuGH, Rs. C-72/15, *The Queen*, auf Antrag der PJSC Rosneft Oil Company, vormals Rosneft Oil Company OJSC ./ Her Majesty's Treasury u.a., Urteil (GK) vom 28.03.2017, ECLI:EU:C:2017:236, Rn. 72 und 73.

Unionsrechts“, bezogen ausdrücklich auf die Mitgliedstaaten der Union, als der Rechtsstaatlichkeit inhärent befunden.²⁷⁶

Noch ungeklärt im Hinblick auf die zukünftige ganze Tragweite der Entscheidungen in *Kovalkovas* und *Poltorak* und der späteren Entscheidung in *Aranyosi* ist ein justizpolitischer „Fallout“ dieser Rechtsprechungslinie in anderen Mitgliedstaaten, nachdem sie jedenfalls schon Auswirkungen gegenüber Ersuchen von Drittstaaten hat.²⁷⁷ Spätestens 2019 hat sich nämlich auch im Hinblick auf die Bundesrepublik gezeigt, dass der EuGH die Überprüfung von Strukturmerkmalen nationaler Justizbehörden auch dort fortsetzt, wo auf den ersten Blick kein Anlass zur Sorge bestehen sollte. Erneut konfrontierten niederländische Gerichte den Gerichtshof mit der Frage, in welchem Umfang die nationalen, diesmal deutschen Staatsanwaltschaften bei der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls „unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers“ unterworfen sein dürften. In der Entscheidung *OG und PI* erklärte der Gerichtshof eine Vorschrift des GVG, die im Wesentlichen seit Ende des 19. Jahrhunderts unverändert als vorkonstitutionelles Recht besteht²⁷⁸ und wonach die Justizminister des Bundes und der Länder zumindest dem Grunde nach weisungsbefugt über die Staatsanwaltschaften sind, für mit dem Unionsrecht bei der Bearbeitung europäischer Haftbefehle unvereinbar.²⁷⁹ Die Bundesregierung sah sich daraufhin zu Änderungen im Verfahrensablauf veranlasst.²⁸⁰ Auch in Bezug auf Frankreich hat der Gerichtshof jüngst in der Rs. *JR* die Frage der

276 EuGH, Rs. C-441/17 R, Kommission ./ Polen, „Puszcza Białowieska“, Beschluss (GK) vom 20.11.2017, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102.

277 S. dazu (Auslieferungsersuchen seitens der Russischen Föderation), EuGH, Rs. C-182/15, Aleksei Petruhin, Urteil (GK) vom 06.09.2016, ECLI:EU:C:2016:630, insb. Rn. 58.

278 Zur Normgenese der §§ 146 ff. GVG, der Entwicklung der Weisungsgebundenheit der deutschen Staatsanwaltschaft und den diversen Reformdebatten übersichtlich bei Wolfgang Wohlers, Vorbemerkungen zu den §§ 141 ff. GVG, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band IX, Carl Heymanns, Köln, 5. Aufl. 2016, Rn. 53 ff.

279 EuGH, Verb. Rs. C-508/18 u. C-82/19 PPU, OG und PI (Staatsanwaltschaft Lübeck und Zwickau), Urteil (GK) vom 27.05.2019, ECLI:EU:C:2019:456. Vorgehendes Zitat aus dem zweiten Leitsatz des Tenors.

280 Vgl. Rat der Europäischen Union, Judgments of the CJEU of 27 May 2019 in joined cases C-508/18 and C- 82/19 PPU and in case C-509/18 - public prosecutors offices acting as judicial authorities - Exchange of views on the follow-up = Paper by the Presidency, 9974/19 vom 12.06.2019, insb. S. 5 2. Abs. (Erklärung Deutschlands).

Weisungsunterworfenheit der dortigen Strafverfolgungsbehörden kritisch untersucht.²⁸¹

Die in der Trias *DEB*, *Kovalkovas* und *Poltorak* aufgestellten und später in *Rosneft* gestützten Ausführungen ziehen daher eine staatsorganisationsrechtliche Grenze in die Freiheit der Mitgliedstaaten ein, was den inneren Aufbau bestimmter Stellen und Organe und ihr Zusammenwirken angeht. Gewissermaßen sind die Urteile damit als Gegenstück von Rechtsprechung wie im Urteil *Omega* zu sehen,²⁸² in welchem der EuGH den Mitgliedstaaten Spielraum bei der Ausgestaltung der Handhabung etwa der Grundrechtseinschränkung gewährt. Hier schränkt er, organisationsrechtlich anstatt im Hinblick auf die Grundrechtsausgestaltung, derartige Freiheit zugunsten größerer Kohärenz ihrer Justizsysteme ein.

Zu betonen ist,²⁸³ dass keiner der o.g. Fälle, insbesondere also nicht die Entscheidungen *Kovalkovas* und *Poltorak*, noch die jüngsten Entscheidungen des Gerichtshofs zur Unabhängigkeit der Justizbehörden in Deutschland (*OG*) oder Frankreich (*JR*), auf der Annahme seitens des Gerichtshofs beruhen, dass im dortigen Fall ein systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit anzutreffen gewesen wäre. Das mindert aber nicht die Relevanz der Entscheidungen für die hiesigen Zwecke. Der Figur der strukturellen Vorgabe des Gerichtshofs an Mitgliedstaaten kommt vielmehr ein *Reservepotential* zu, das sich bei eskalierender Verschlechterung an anderer Stelle durchaus zusätzlich aktivieren lässt, ähnlich wie der Gerichtshof es in der *Wightman*-Entscheidung auch für das Demokratieprinzip angelegt hat.

d. Rückgriff auf Art. 19 Abs. 1 EUV i. V. m. Art. 47 der Grundrechtecharta

Der vierte Entwicklungsstrang ist schließlich derjenige der Operationalisierung des Rechtsstaatsprinzips über substituungsweise genutzte (im Engli-

281 EuGH, Verb. Rs. C-566/19 PPU und C-626/19 PPU, JR und YC (Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg und Openbaar Ministerie (Staatsanwaltschaften Lyon und Tours)), Urteil vom 12.12.2019, ECLI:EU:C:2019:1077.

282 EuGH, Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH* ./ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Urteil vom 14.10.04, Slg. 2004, I-9641, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 34 und 37 ff. Zur Bedeutung der Omega-Entscheidung etwa Koen Lenaerts, „Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten“, in: *Europarecht* 50 (2015), S. 3-27, S. 20-21.

283 S. dazu auch nochmals Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, insb. S. 1092.

schen als „proxy“ bezeichnete)²⁸⁴ andere Rechtsgarantien und vor allem Normen, die in sich funktionell eigenständige Teile des Rechtsstaatsprinzips aufnehmen und dadurch konkret handhabbar machen. Er ist eine Variante der Erarbeitung mitgliedstaatlicher Strukturmerkmale. Diese Operationalisierung hat in der jüngeren Rechtsprechung in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz in den Mitgliedstaaten eine überragende Bedeutung entfaltet, weil sie insbesondere gegenüber Polen genutzt worden ist. Von zentraler Bedeutung ist dabei zunächst Art. 19 Abs. 1 (präziser: UAbs. 2) EUV, welcher in einer Norm, die ansonsten die Funktion des Gerichtshofs regelt, lautet: „Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“ Mit ihm verknüpft wird Art. 47 GRCh, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf.

Die Diskussion dieser Entwicklung war und ist eng mit der Frage der Nutzung des Vertragsverletzungsverfahrens verwoben. Ich trenne letzteres hier ab und diskutiere zunächst allein den Prüfungsmaßstab, bevor ich im Verlauf der Arbeit die Funktion der Vertragsverletzungsklage bespreche.

aa. Entwicklung bis zum Urteil in der Rs. Associação Sindical dos Juízes Portugueses

Der verstärkte Fokus des Gerichtshofs auf diese beiden Normen und damit den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit korreliert mit der Entscheidung der Kommission im Spätsommer 2017, sie gegenüber Polen in Stellung zu bringen. Die so angestoßene weitere Beschäftigung mit dem Rechtsstaatsprinzip ist folglich aus der Rechtsstaatlichkeitskrise der Union entstanden.

In der Pressemitteilung zur sog. dritten Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit, einem Teilabschnitt des gegen Polen bemühten EU-Rahmenverfahrens, findet sich meiner Kenntnis nach erstmals der Hinweis darauf, die Kommission werde gegen Polen ein Vertragsverletzungsverfahren in Bezug auf die dortigen Umbrüche im Justizsystem einleiten, und zwar basierend auf Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 der Grundrechtecharta.²⁸⁵

284 Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1092 ff.

285 Europäische Kommission, European Commission acts to preserve the rule of law in Poland/The European Commission acts today to protect the rule of law in Poland. Pressemitteilung vom 26.07.2017, IP/17/2161.

Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ist eine relativ junge Vorschrift. Sie fand in die Verträge erst mit dem Vertrag von Lissabon Eingang und gilt in der Literatur als Reaktion der Vertraggeber auf die starke Bedeutung des mitgliedstaatlichen Rechtsschutzsystems, die der EuGH diesem namentlich in der Rechtssache *Unión de Pequeños Agricultores* hatte zukommen lassen.²⁸⁶

Als die Kommission im Juli 2017 ihre Klage gegen Polen per Mahnschreiben vorbereitete, schien aber eine nachrangige Rolle für Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV wahrscheinlich. Dies ergab sich aus einer Parallelentscheidung zum späteren Grundsatzurteil *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (auch: *ASJP*), die dort im Urteil fehlt, in den Schlussanträgen indes durch Generalanwalt *Henrik Saugmangsgaard Øe* genau berücksichtigt wurde: der Rechtssache *Berlio*z und wiederum insbesondere den dort durch Generalanwalt *Melchior Wathelet* gemachten Ausführungen. In *Berlio*z, entschieden nur zwei Tage vor Ergehen der Schlussanträge in *ASJP*, war der EuGH gehalten, sich speziell zu Art. 47 der Charta, dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht, zu äußern. Generalanwalt Wathelet hielt fest, Art. 47 der Charta könne „nicht unabhängig von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV“ betrachtet werden.²⁸⁷ Dem schloss sich der Gerichtshof zunächst mit der Formulierung an, das Recht nach Art. 47 GRCh entspreche der Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV.²⁸⁸ Damit erschien Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als dem Chartagrundrecht nachgeordneter Auslegungsannex, bestenfalls aber als Regelungsbekräftigung, und als eine Norm, die diesem Recht zusätzlichen Ausdruck verlieh, indes keine größere eigenständige Bedeutung entfalten dürfte. Insbesondere stand damit jeglicher eigenständigen Nutzung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV der Wortlaut und Telos des Art. 51 der Charta entgegen, der den Anwendungsbereich der Charta „ausschließlich“ auf die „Durchführung des Unionsrechts“ festlegt.

Saugmangsgaard Øe war mit dieser Entwicklung sichtlich unzufrieden und setzte sich darüber ausführlich mit der Auffassung seines Kollegen

286 Bernhard W. Wegener, Art. 19 EUV, in: Christian Calliess & Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., C.H. Beck, München, 2016, Rn. 43 ff.; EuGH, Rs. C-55/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* ./, Rat, Slg. 2002, I – 6719, Urteil, ECLI:EU:C:2002:462, insb. Rn. 41.

287 EuGH, Rs. C-682/15, *Berlio*z Investment Fund SA ./, *Directeur de l'administration des Contributions directes*, Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 10.01.2017, ECLI:EU:C:2017:2, Rn. 38.

288 EuGH, Rs. C-682/15, *Berlio*z Investment Fund SA ./, *Directeur de l'administration des Contributions directes*, Urteil (GK) vom 16.05.2017, ECLI:EU:C:2017:373, Rn. 44.

Wathelet auseinander. Er hielt fest, dass, „[a]uch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass gewisse Erwägungen zu Art. 47 der Charta nützliche Erkenntnisse für die Auslegung von Art. 19 EUV, und umgekehrt, bringen können[,]“ es sich um „Bestimmungen [handele], die der Gerichtshof – meiner Ansicht nach getrennt – auszulegen haben wird, falls er sich für zuständig ansieht, um in beiderlei Hinsicht zu entscheiden.“²⁸⁹

Der EuGH vollzog daraufhin eine Kehrtwende in seinem Urteil in der Rs. *ASJP*.²⁹⁰ Dieses hatte eigentlich Fragen der Gehaltszumessung für portugiesische Richter zum Gegenstand, indes nutzte der Gerichtshof das Urteil über weite Strecken derart deutlich gemünzt auf die Krise in Polen, dass das selbst der Tagespresse auffiel. Die „Süddeutsche Zeitung“ schrieb sarkastisch von „Grüßen nach Warschau“,²⁹¹ der Economist titelte vom „Aufbrüllen Luxemburgs“.²⁹²

Es komme, so der EuGH zunächst, für das Verständnis von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nicht darauf an, ob eine Durchführung von Unionsrecht vorliege, wie Art. 51 der Charta bestimme.²⁹³

Damit war der Weg frei für eine autonome Auslegung der Norm und des durch sie aufgestellten Gebots an die Mitgliedstaaten. Hier nun sorgte der EuGH in der ersten zentralen Festlegung des Urteils für eine handfeste Überraschung. Wäre es ihm auch möglich gewesen festzustellen, und dies angesichts des *Berlioz*-Urteils sogar wahrscheinlicher gewesen, dass die Auslegung sich an Art. 47 der Charta zu orientieren hatte, schlug der EuGH nun hier die Brücke zu Art. 2 EUV und hielt fest:

„Art. 19 EUV, mit dem der Wert der in Art. 2 EUV proklamierten Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, überträgt die Aufgabe, in der Rechtsordnung der Union die gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, nicht nur dem Gerichtshof, sondern auch den nationalen Gerichten“ [...]

289 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmangsgaard Øe vom 18.05.2017, Rn. 56, vorgehendes Zitat ebd., Fn. 54.

290 EuGH, Rs. C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* / Tribunal de Contas, nachfolgend: *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117.

291 Wolfgang Janisch, „Grüße nach Warschau: Der Europäische Gerichtshof definiert in einem portugiesischen Fall richterliche Unabhängigkeit - Adressat ist aber Polen“, *Süddeutsche Zeitung* vom 14.03.2018.

292 „Hear Luxembourg roar: The EU's top judges take on Poland: The European Court of Justice may be itching for a scrap with over-mighty politicians“, *The Economist* vom 26.04.2018.

293 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 29.

„Der Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes der Rechte aus dem Unionsrecht, von dem in Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV die Rede ist, ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt; er ist in den Art. 6 und 13 der [EMRK] und nun auch in Art. 47 der Charta verankert“. [...]

„Schon das Vorhandensein einer wirksamen, zur Gewährleistung der Einhaltung des Unionsrechts dienenden gerichtlichen Kontrolle ist *dem Wesen eines Rechtsstaats* inhärent [...]“²⁹⁴

Diese Ausführung hatte der EuGH bereits im Urteil *Schrems*²⁹⁵ und kurz danach in vergleichbarer Weise in der Rechtssache *Rosneft*²⁹⁶ gemacht, dort aber zunächst allein auf Art. 47 Abs. 1 der Charta bezogen. Im Urteil *El Hassani* hatte der Gerichtshof überdies festgehalten, dass Art. 47 der Charta „den Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes bekräftigt“.²⁹⁷

Weiter hieß es nun in *ASJP*:

„Deshalb hat jeder Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass Einrichtungen, die als Gerichte im Sinne des Unionsrechts Bestandteil seines Rechtsbehelfssystems sind, in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gewähren.“²⁹⁸

Insbesondere auch um die Funktion des Vorabvorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV zu wahren,²⁹⁹ entwirft der EuGH schließlich an einer für

294 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32, 35, 36. Meine Hervorhebungen.

295 EuGH, Rs. C-362/14, Maximilian Schrems /. Data Protection Commissioner, Urteil (GK) vom 06.10.15, ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 95. Der Gerichtshof verweist dort auch noch auf andere, frühere Entscheidungen, meiner Kenntnis nach ist dieses Urteil indes das erste, in dem sich die Formulierung von dem Rechtsstaat inhärenten Prinzipien findet.

296 EuGH, Rs. C-72/15, The Queen, auf Antrag der PJSC Rosneft Oil Company, vormals Rosneft Oil Company OJSC /. Her Majesty's Treasury u.a., Urteil (GK) vom 28.03.2017, ECLI:EU:C:2017:236, Rn. 72 u. 73.

297 EuGH, Rs. C-403/16, Soufiane El Hassani /. Minister Spraw Zagranicznych, Urteil vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:960, Rn. 38.

298 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 37.

299 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 43.

das Urteil zentralen Stelle einen vierstufigen³⁰⁰ Test, der wie ein maßgeschneidertes Prüfprogramm für Krisen wie derjenigen in Polen erscheint:

- „Der Begriff der Unabhängigkeit setzt u. a. voraus, dass
- [1] die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt,
 - [2] ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und
 - [3] ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise
 - [4] vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten“.³⁰¹

- bb. Die Entwicklung der Operationalisierung des Rechtsstaatsprinzips durch Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 47 GRCh infolge der Rechtsprechung zu Polen

(1) Gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung

Seit dem Urteil der Großen Kammer in der Rs. *ASJP* hat der Gerichtshof Ende 2019 in den beiden erneut zu Polen³⁰² entschiedenen Vertragsverletzungsverfahren³⁰³ betreffend die Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs und die polnische ordentliche Gerichtsbarkeit weiter ausgebaut. Der Europäische Gerichtshof hat dabei sukzessive die gesamte Bandbreite der Umbrüche in Polen zu entscheiden (gehabt), über Änderungen betreffend das Verfassungsgericht, die Richterpensionierung am polnischen Obersten Gerichtshof, die Besetzung des Landesjustizrates, die

300 Vgl. auch die Analyse bei Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1097-1098.

301 EuGH, Rs. C-64/16, *ASJP*, Urteil (GK) vom 27.02.18, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 44. Meine Aufteilung.

302 Zu den Topoi der Krise in Polen vgl. ausf. infra unter C. III.

303 Zu diesen Verfahren s. nun auch Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „Ascertaining the ‘Guarantee of Guarantees’: Recent Developments Regarding the Infringement Procedure in the EU’s Rule of Law Crisis“, in: Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski, Matthias Schmidt (Hrsg.): *Defending Checks and Balances in EU Member States: Taking Stock of Europe’s Actions*, Springer, Heidelberg, 2021, S. 207-236.

neu geschaffene Disziplinarkammer und Kammer für außerordentliche Rechtsbehelfe am Obersten Gerichtshof bis hin zur konkreten Umsetzung dieser Gesetzesänderungen.

Für Polen insbesondere hat der Europäische Gerichtshof insgesamt, Stand Frühjahr 2020, zwei Vertragsverletzungsverfahren betreffend die „Unabhängigkeit des Obersten Gerichtshofs“ sowie eines zur „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte“ (eigentlich aber betreffend eine Pensionsaltersdifferenzierung nach Geschlecht auch am Obersten Gerichtshof) entschieden.³⁰⁴ Ein weiteres Verfahren zur Rolle der Disziplinarkammer am polnischen OGH ist anhängig.³⁰⁵ Die Europäische Kommission hat also zum Gesamtkomplex der polnischen Krise vier Verfahren angestrengt, ein in der Geschichte der Union wohl einmaliger Vorgang. Nicht minder beeindruckend ist die Anzahl der Vorabvorlagen, inklusive mehrerer oberster polnischer Gerichte. Neben der Rechtssache LM hat der Gerichtshof mehrere Vorlagen betreffend die Richterpensionierung am polnischen Obersten Gerichtshof zu einem gemeinsamen Verfahren verbunden.³⁰⁶ Mindestens acht weitere Verfahren, von denen aber sieben zur Entscheidung zu verbinden sein dürften, sind anhängig.³⁰⁷

Nicht immer hat der Europäische Gerichtshof dabei aber jede Gelegenheit, die sich ihm bot, auch für opportun gehalten, die Frage der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union zu erörtern. In mindestens einem Verfahren (*DŚ*) hat der Gerichtshof auf Erledigung erkannt, obwohl der polnische Oberste Gerichtshof eine Entscheidung in der Sa-

304 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polnien, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531; Rs. C-192/18, Kommission ./ Polnien, „Unabhängigkeit der polnischen Gerichtsbarkeit“, Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924.

305 Nämlich: Rs. 791/19, Europäische Kommission/Republik Polen betreffend die sog. Disziplinarkammer, Klage vom 25.10.19, ABl. (EU) C 413/36 vom 09.12.2019, s. zwischenzeitlich Beschluss (GK) vom 08.04.2020, ECLI:EU:C:2020:277. Ob und wie Polen insbesondere den Maßnahmen im vorläufigen Rechtsschutz nachkommt, war bei Abschluss des Manuskripts offen.

306 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586; EuGH, Verb. Rs. C-585/18 u.a., A.K. ./ Krajowa Rada Sądownictwa, CP, DO ./ Sąd Najwyższy, Urteil (GK) vom 19.11.2019, ECLI:EU:C:2019:982.

307 EuGH, Rs. C-824/18, Vorabentscheidungsersuchen des Naczelny Sąd Administracyjny [Obersten Verwaltungsgerichts] (Polen), eingereicht am 28. Dezember 2018 – A.B., C.D., E.F., G.H., I.J./Krajowa Rada Sądownictwa, ABl. (EU) C 164/5 vom 13.05.2019; Rs. C-748/19 bis C-754/19, alle vorgelegt vom Bezirksgericht Warschau (Sąd Okręgowy w Warszawie) am 15.10.2019, ABl. (EU) C 54/17 und ff. vom 17.02.2020.

che angeregt hatte.³⁰⁸ Im Vorabentscheidungsersuchen *Miasto Łowicz* wies der Europäische Gerichtshof überdies zwei Vorlagen polnischer Instanzgerichte, die einen Eingriff in die Entscheidungsfindung der vorlegenden Richter aufgrund eines Disziplinarverfahrens im Kontext der neuen Disziplinarkammer am polnischen OGH gegen diese befürchteten, als unzulässig mangels Bezug zur Anwendung des Unionsrechts im konkreten Fall zurück und sah hierin einen ausdrücklichen Unterschied zur Rs. *ASJP*.³⁰⁹

Besondere Bedeutung hat bei der Entwicklung der Rechtsprechung der ernannte Generalanwalt und ehemalige Präsident des bulgarischen Verfassungsgerichts sowie Vizepräsident der Venedig-Kommission *Evgeni Tanchev* erlangt, der sich durchgehend³¹⁰ mit der Lage in Polen zu beschäftigen hatte. Tanchevs Hintergrund hier zu nennen ist rechtssoziologisch durchaus interessant, weil in seiner Rolle die Bemühung des Europäischen Gerichtshofs durchschimmert,³¹¹ ein Mitglied mit besonderer rechtsvergleichender Erfahrung an rechtsstaatsbezogene Fälle zu setzen, der darüber aber aus Osteuropa und einem neuen Mitgliedstaat stammt, welcher zudem selbst unter kritischer Beobachtung steht.

(2) Die Rechtssache LM (Mängel des Justizsystems)

Die Rechtsprechung zur Operationalisierung der Rechtsstaatlichkeit nach *ASJP* ist in der Rechtssache *Celmer* (später, infolge neuer Anonymisierung seitens des Gerichtshofs: *LM*, mit dem amtlichen Zusatz „Mängel des Justizsystems“) fortgesetzt worden.³¹² Die vorliegende Arbeit hat bereits

308 EuGH, Rs. C-522/18, DŚ ./, Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle, Beschluss vom 29.01.2020, „Vorlage zur Vorabentscheidung – Erledigung“, ECLI:EU:C:2020:42, s. insb. Rn. 21 ff.

309 EuGH, Verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, Miasto Łowicz ./, Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki, und Prokurator Generalny ./, VX u.a., Urteil (GK) vom 26.03.2020, ECLI:EU:C:2020:234, insb. Rn. 49. Zu wichtigen teleologischen Unterscheidungen betreffend das Vorabvorlageverfahren und das Vertragsverletzungsverfahren, dort Rn. 47.

310 Schlussanträge zu den Rs. C-216/18 PPU; C-619/18 R; C-192/18; Verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18; C-558/18.

311 Nach Art. 16 Abs. 1 der VerfOEuGH entscheidet der Erste Generalanwalt (derzeit: Maciej Szpunar) über die Benennung des Generalanwalts.

312 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Anmerkung insb. bei Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Matthias Schmidt & Maciej Taborowski: „Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU’s Deficiencies Judgment on

angesprochen, dass diese Rechtssache grundlegend für die Frage der Beurteilung systemischer Defizite durch Feststellung eines „Spillover“ in Bezug auf die Rechtsordnung anderer Mitgliedstaaten ist. Der Entscheidung LM lag eine Vorabvorlage des irischen High Court zugrunde.³¹³ Der High Court hatte über die Beschwerde des Celmer zu entscheiden, der durch die polnischen Strafverfolgungsbehörden wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen Betäubungsmittelgesetze der Anklage zugeführt werden sollte, weswegen gegen ihn ein in Irland zu vollstreckender europäischer Haftbefehl vorlag. Celmer rügte aufgrund der in Polen bestehenden Lage eine „echte Gefahr“ einer willkürlichen Behandlung aufgrund „weitreichender und unkontrollierter“ Befugnisse der polnischen Justiz und dadurch letztendlich eine Verletzung seines Grundrechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK bei Stattgabe des Übergabegesuchs, eine Einschätzung, der das vorlegende Gericht folgte.³¹⁴ Der High Court ging nicht nur von einer Vermutung potentieller Missstände in Polen aus, sondern bejahte „die systemische Verletzung der Rechtsstaatlichkeit [, die] ihrem Wesen nach eine[m] grundlegenden Mangel des Justizsystems [scil.: entspricht].“³¹⁵ Das vorlegende Gericht sah sich aber an der Entscheidung gehindert, weil der Europäische Gerichtshof für Fälle systemischer Mängel in Mitgliedstaaten in seiner *Aranyosi*-Entscheidung einen zweistufigen Test zugrunde gelegt habe, aufgrund dessen das mit der Übergabeentscheidung beauftragte Gericht nicht nur abstrakt, sondern im konkreten Fall die Auswirkung eines solchen Mangels zu bejahen habe. Der High Court wollte wissen, ob dies auch bei Mängeln im Justizsystem wie in Polen gelte.³¹⁶

the European Rule of Law“, Verfassungsblog vom 03.08.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/drawing-red-lines-and-giving-some-bite-the-cjeus-deficiencies-judgment-on-the-european-rule-of-law/>, sowie die im Verfassungsblog in der Rubrik „The CJEU’s deficiencies judgment“, weiter etwa Mattias Wendel, „Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU (Minister for Justice and Equality gegen LM)“, in: *Europarecht* 54 (2019), S. 111-131.

313 High Court of Ireland, Minister for Justice and Equality v. Celmer, Record No. 2013 EXT 295 u.a., Vorabvor-lagebeschluss vom 12.03.2018.

314 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 22.

315 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 24.

316 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 24.

Die Vorabvorlage entfaltete, etwa wegen persönlicher Angriffe auf die vorliegende irische Richterin, auch in der Presse ein beachtliches Interesse.³¹⁷

Aus dem Urteil folgen mindestens vier für die weitere Entwicklung des Unionsrechts substantielle Feststellungen. Eine fünfte, nämlich die vielbesprochene Frage der Auswirkung auf den Grundsatz des *gegenseitigen Vertrauens* im Unionsrecht, lasse ich hier unter Verweis auf weitere Arbeiten außen vor.³¹⁸

Der EuGH, der sich die Bejahung des systemischen Mangels im polnischen Justizsystem durch den High Court nicht zu eigen machte,³¹⁹ klärt die Frage, unter welchen Umständen ein derartiger systemischer Mangel für die „vollstreckende Justizbehörde“ Relevanz erlangt:

„[1] wenn sie über Anhaltspunkte – wie diejenigen in einem begründeten Vorschlag der Kommission nach Art. 7 Abs. 1 EUV – dafür verfügt, dass wegen systemischer oder allgemeiner Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsmitgliedstaats eine echte Gefahr der Verletzung des in Art. 47 Abs. 2 der Charta verbürgten Grundrechts auf ein faires Verfahren besteht,

[2] [muss sie] konkret und genau prüfen [...], ob es in Anbetracht der persönlichen Situation dieser Person sowie der Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat und des Sachverhalts, auf denen der Europäische Haftbefehl beruht, und unter Berücksichtigung der Informationen, die der Ausstellungsmitgliedstaat gemäß Art. 15 Abs. 2 des genannten Rahmenbeschlusses mitgeteilt hat, ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die besagte

317 Exemplarisch Mary Carolan, „Extradition ordered of Polish man in controversial landmark case“, The Irish Times vom 12.11.2019; Ralf Sotschek, „High Court sagt Nie“, Die Tageszeitung, vom 15.03.2018.

318 S. dazu insb. Koen Lenaerts, „La Vie après l’avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not blind) Trust“, in: Common Market Law Review 54 (2017), S. 804-850, etwa S. 806, 808 ff.; speziell zum Begriff des gegenseitigen Vertrauens im Kontext des Urteils *Mattias Wendel*, „Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen“, S. 113 ff., 116 ff.; Armin von Bogdandy u.a., „Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU’s Deficiencies Judgment on the European Rule of Law“, o.S.

319 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 34.

Person im Fall ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird.“³²⁰

Damit hat der Europäische Gerichtshof den in der Entscheidung *Aranyosi* und *Căldăraru* aufgestellten zweistufigen Test für die Berücksichtigung systemischer Mängel allein bei konkreter Auswirkung im Einzelfall übernommen und hier auf die Funktionsfähigkeit des Justizsystems übertragen.³²¹ Das hieß im konkreten Fall, dass später die Überstellung von LM trotz der beobachteten Mängel vollzogen wurde, da sich im konkreten Fall keine Auswirkung ergab.³²²

Zum zweiten folgt aus dem Urteil eine Anleitung zur Berücksichtigung des Verfahrens nach Artikel 7 EUV. Der Europäische Gerichtshof bindet sich an dieses Verfahren nicht, spricht ihm aber gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten bei der Beurteilung der Lage besondere Beachtlichkeit zu, über die diese sich (allein/jedoch) in „außergewöhnlichen Umständen“ bzw. „Ausnahmefällen“ hinwegsetzen könnten, also dann einen systemischen Mangel *gleichwohl* bejahen dürfen.³²³

Drittens deutet der Europäische Gerichtshof eine mögliche weitere Binensystematik bei der Unterscheidung verschiedener Typen mit der Formulierung „systemisch oder zumindest allgemeiner Mangel“³²⁴ an, auf die bereits hingewiesen wurde. Was genau mit dieser Unterscheidung, die sich nur an dieser Stelle, dafür konsistent aber auch in anderen Sprachfassungen („défaillances systémiques ou, du moins, généralisées“/systemic deficiencies, or, at all events, generalised deficiencies“, meine Hervorhebungen) findet, gemeint sein könnte, ist durch den Gerichtshof noch zu klären.

Viertens, und das interessiert an dieser Stelle besonders, macht der EuGH umfassende Ausführungen zur Frage der richterlichen Unabhängigkeit

Der Gedankengang hierzu ist, wie im *ASJP*-Urteil, mehrstufig. Nach einem Einstieg über den seit dem *Les Verts*-Urteil vertrauten Ausspruch der

320 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 74.

321 EuGH, Verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, Pál Aranyosi und Robert Căldăraru, Urteil (GK) vom 05.04.2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 89 f., dazu Matthias Wendel, „Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen“, S. 118.

322 Vgl. letztinstanzlich Irischer Supreme Court, Minister for Justice and Equality ./ Artur Celmer, Urteil vom 12.11.2019, ECLI:S:AP:IE:2018:00018, Rn. 87.

323 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 36-37.

324 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 60. Dazu bereits zuvor unter IV. 2.c.

„Rechtsunion“ (Rechtsgemeinschaft) folgen zwei Festlegungen zur objektiven Funktion der mitgliedstaatlichen Justiz für die Europäische Union, die teleologisch auf die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Unionsrechts infolge ihrer Bedeutung für das Vorabvorlageverfahren zulaufen.

„Die Union ist nämlich eine Rechtsunion, in der den Einzelnen das Recht zusteht, die Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen oder jeder anderen nationalen Handlung, mit der eine Handlung der Union auf sie angewandt wird, gerichtlich anzufechten [...]

Gemäß Art. 19 EUV, mit dem der in Art. 2 EUV proklamierte Wert der Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, ist es Sache der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den Schutz der Rechte, die den Einzelnen aus diesem Recht erwachsen, zu gewährleisten [...]

Schon das Vorhandensein einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle, die der Gewährleistung der Einhaltung des Unionsrechts dient, ist einem Rechtsstaat inhärent [...]

Deshalb hat jeder Mitgliedstaat dafür zu sorgen, dass Einrichtungen, die als „Gerichte“ im Sinne des Unionsrechts Bestandteil seines Rechtsbehelfssystems sind, in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gewähren [...]

Zur Gewährleistung dieses Schutzes ist aber die Wahrung der Unabhängigkeit dieser Einrichtungen von grundlegender Bedeutung, wie Art. 47 Abs. 2 der Charta bestätigt, wonach zu den Anforderungen im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf der Zugang zu einem „unabhängigen“ Gericht gehört [...]

Die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte ist insbesondere für das reibungslose Funktionieren des Systems der justiziellen Zusammenarbeit, das durch den in Art. 267 AEUV vorgesehenen Mechanismus des Vorabentscheidungsersuchens verkörpert wird, von grundlegender Bedeutung, da nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dieser Mechanismus nur von einer mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten Einrichtung, die u. a. dieses Kriterium der Unabhängigkeit erfüllt, in Gang gesetzt werden kann [...]“.³²⁵

Wie sich zeigt, entwickelt der Europäische Gerichtshof hier eine rein objektiv-rechtliche Normenkette: Art. 19 Abs. 1 EUV dient der Konkretisierung des Wertes, also: der Operationalisierung der Rechtsstaatlichkeit

325 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, LM (Mängel des Justizsystems), Urteil (GK) vom 25.07.2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 49-54.

nach Art. 2 EUV durch Erläuterung der Unabhängigkeit der Justiz als Funktionsmerkmal des mitgliedstaatlichen Staatsaufbaus. Art. 47 Abs. 2 der Charta konkretisiert weiter: die Norm hat eine fast dienende Funktion („bestätigt“), auf die Eigenschaft als subjektives Recht kommt es nicht an. Insbesondere findet sich weder in den Schlussanträgen noch im Urteil ein Verweis auf Art. 51 GRCh.

Die objektive Funktion des Art. 47 GRCh ging Generalanwalt Tanchev, wie in späteren Entscheidungen deutlich wird, offensichtlich zu weit, seine Auffassung divergiert damit deutlich vom Verständnis Wathelets und selbst dem von Saugmansgaard Øe.³²⁶

Im Verfahren *Kommission ./. Polen (Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs)* hatte Tanchev zunächst im Fall betreffend den polnischen Obersten Gerichtshof das Konzept einer gemeinsamen Lesart der Normen Art. 19 Abs. 1 EUV und Art. 47 der Charta abgelehnt³²⁷ und dies gerade auch auf das vorangegangene Urteil in der Rs. *ASJP* gestützt.³²⁸ Jede andere Lesart der Verträge laufe den Grenzen des Art. 51 der Charta zuwider, wonach ein Rückgriff auf die Charta selbst eben nur bei der Durchführung des Unionsrechts gegeben sei, worum es gerade in den Fällen in Polen nicht gehe, denn hier stehe nationale Justizpolitik allein im Raum.

Der EuGH hat in seinem späteren Urteil in der gleichen Rechtssache offensichtlich versucht, zwischen den verschiedenen Rechtsauffassungen seiner Generalanwälte zu vermitteln. Er greift den Klageantrag der Kommission, die beantragt hatte, „aus Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in Verbindung mit Art. 47 der Charta“³²⁹ zu erkennen, nicht auf. Er formuliert stattdessen: „In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission klargestellt, dass sie mit ihrer Klage im Wesentlichen die Feststellung beantragt,

326 Zur Relation beider Normen gerade vor dem Hintergrund der Erwägungen in der Rs. C-619/18 des Europäischen Gerichtshofs jüngst auch Laura Hering, „Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zum Schutz der Unionswerte – Zugleich Bemerkungen zu EuGH, Urt. v. 24.6.2019, C-619/18, Kommission/Polen“, in: Die öffentliche Verwaltung 73 (2020), S. 293-302, S. 297 f.

327 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./. Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 11.04.2019, ECLI:EU:C:2019:325, Rn. 52 ff.

328 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./. Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 11.04.2019, ECLI:EU:C:2019:325, insb. Rn. 55 und 58.

329 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./. Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 1.

dass ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, ausgelegt *im Licht von Art. 47 der Charta*, vorliegt.³³⁰

Hieran anknüpfend wiederholt der Europäische Gerichtshof seine auf das Urteil *ASJP* aufbauende Formel:

„In diesem Kontext überträgt Art. 19 EUV, mit dem der in Art. 2 EUV proklamierte Wert der Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird, den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof die Aufgabe, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und den gerichtlichen Schutz, die den Einzelnen aus diesem Recht erwachsen, zu gewährleisten.“³³¹

In seiner Entscheidung zum Jahresende 2019 betreffend die Unabhängigkeit der polnischen ordentlichen Gerichtsbarkeit, welcher auch aufgrund der im Raum stehenden Frage der Geschlechtergleichbehandlung andere Normen zum Gegenstand hatte, hat der Gerichtshof diese Ausführungen nochmals im Wesentlichen bestätigt,³³² nachdem Tanchev wegen der bereits genannten Überlegungen erneut Bedenken angemeldet hatte,³³³ da er zwar eine „verfassungsrechtliche Verbindung zwischen beiden Normen sah,³³⁴ aufgrund der Anwendungsbereichsbeschränkung der Charta aber eine Überschneidung des Anwendungsbereichs beider Normen zu vermeiden sei.

„Ich bin daher der Ansicht, dass zumindest in dem Fall, dass ein Mitgliedstaat nicht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta das Unionsrecht durchführt, Vorsicht walten sollte bei einer unmittelbaren Heranziehung von Art. 47 der Charta zur Erläuterung des Schutzes, den Art. 2 EUV in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit vorsieht, und der

330 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 32.

331 EuGH, Rs. C-619/18 R, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 47.

332 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, Urteil (GK) vom 05.11.2019, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 98 und ff.

333 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 20.06.2019, ECLI:EU:C:2019:529, Rn. 67 ff.

334 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 20.06.2019, ECLI:EU:C:2019:529, Rn. 97.

Unabsetzbarkeit von Richtern und des Rechts auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht, die eng mit Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV verbunden sind, und dies unbeschadet der Überschneidung zwischen diesen beiden Bestimmungen, zu der es aufgrund gemeinsamer Quellen unvermeidlich kommt.“³³⁵

Es wird abzuwarten bleiben, wie sich diese Rechtsprechungslinie im Verlauf der Krise weiterentwickelt. Die Europäische Kommission jedenfalls hat in der jüngsten Vertragsverletzungsklage betreffend die Disziplinarkammer am polnischen Obersten Gerichtshof Art. 47 GRCh nicht mehr in ihren Antrag aufgenommen.³³⁶

(3) Die beiden „Aspekte“ des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit

Ungeachtet der bereits sehr beachtlichen Konkretisierung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit – und dadurch des Rechtsstaatsprinzips – ist der EuGH sichtlich bemüht, durch weitere zusätzliche Ausführungen jedem Instanzrichter in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ein zwar flexibles, aber durchaus schablonenhaftes Prüfungsschema anzubieten, das die Handhabung (nur) von Art. 19 Abs. 1 EUV so weit wie möglich erleichtert und vereinheitlicht, und ihn dadurch gewissermaßen „an die Hand nimmt“. Es ist anzumerken, dass sich die Venedig-Kommission der gleichen Handhabbarmachung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit bedient hat.³³⁷

Beispielhaft hierfür ist das Urteil zur Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs, in dem eine zunächst in zwei Schritten eingeführte Prüfung zugrunde gelegt wird, an die sich nachfolgend zwei Annex-Beobachtungen anschließen.

335 EuGH, Rs. C-192/18, Kommission ./ Polnien, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 20.06.2019, ECLI:EU:C:2019:529, Rn. 99.

336 EuGH, Klage, eingereicht am 25. Oktober 2019 – Europäische Kommission/Republik Polen, Rs. C-791/19, ABl. (EU) C 413/36 vom 09.12.2019, anhängig. Für die Berücksichtigung von Art. 47 GRCh im vorläufigen Rechtsschutz desselben Verfahrens s. aber Beschluss (GK) vom 08.04.2020, ECLI:EU:C:2020:277, Rn. 33-35.

337 Vgl. Venedig-Kommission, CDL-AD(2012)001, Opinion 663/2012, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary vom 19.03.2012, Rn. 69 ff.

Der Europäische Gerichtshof stellt dort klar,³³⁸ dass die richterliche Unabhängigkeit aus zwei *Kriterienkatalogen* bestehe, einem „das Außenverhältnis betreffenden Aspekt“, das im Wesentlichen die bereits in Prüfungspunkte unterteilten Ausführungen des ASJP-Urteils in sich aufnimmt und aus einem zweiten, „das Innenverhältnis betreffenden Aspekt“. Der Gerichtshof bringt dies auf folgende Formel:

„Das Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit, deren Wahrung die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, [...] in Bezug auf die nationalen Gerichte sicherstellen müssen, die [...] über Fragen zu entscheiden haben, die mit der Auslegung und der Anwendung des Unionsrechts verknüpft sind, umfasst zwei Aspekte.

Der erste, das Außenverhältnis betreffende Aspekt erfordert, dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten [...].

Der zweite, das Innenverhältnis betreffende Aspekt steht mit dem Begriff der Unparteilichkeit in Zusammenhang und bezieht sich darauf, dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird. Dieser Aspekt verlangt, dass Sachlichkeit obwaltet und neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht [...].“³³⁹

Maßstab für die Beurteilung der Verwirklichung beider Kriterienkataloge ist in einem dritten Schritt, angelehnt an das Urteil *Wilson*³⁴⁰ des Gerichtshofs, der objektive Empfängerhorizont der am Rechtsstreit Beteiligten in teilweiser Wiederholung der soeben gemachten Ausführungen. Es muss „bei den Rechtsunterworfenen jede[r] berechnete Zweifel an der Unemp-

338 EuGH, Rs. C-619/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, Rn. 72-77.

339 EuGH, Rs. C-619/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, Rn. 71-73, zit. Rspr. hier entfallen.

340 EuGH, Rs. C-506/04, Graham J. Wilson ./ Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, Urteil (GK) vom 19.09.2006, ECLI:EU:C:2006:587, insb. Rn. 53, s. auch die dort zit. Rspr.

fänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen aus[ge]räum[t]³⁴¹ sein.

In einem weiteren Schritt behält sich der Gerichtshof vor, zusätzliche Kriterien aus der Gesamtheit der richterlichen Unabhängigkeit fallspezifisch abzuleiten, darunter den „Grundsatz der Unabsetzbarkeit“.³⁴² Es folgt die konkrete Subsumtion.³⁴³

Die so ausgestaltete „Zwei-Aspekte-Formel“ der richterlichen Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte als Konkretisierung schlägt sich zunehmend in der Judikatur nieder. Zuletzt war sie Grundlage umfassender Erwägungen von Generalanwältin *Juliane Kokott* im noch anhängigen Verfahren *UX* betreffend die Funktion der italienischen „Friedensrichter“.³⁴⁴

V. Zwischenergebnis

In diesem Abschnitt bin ich summarisch auf den bisherigen Wissensstand und einige Vorschläge betreffend die Konzepte Rechtsstaatlichkeitskrise und systemisches Defizit an Rechtsstaatlichkeit eingegangen. Die Arbeit hat deutlich gemacht, dass beide Begriffe im Sinne eines „zweistufigen“ Rechtsbegriffs voneinander abgrenzt werden, wonach die Rechtsstaatlichkeitskrise als loses Konzept, das systemische Defizit hingegen als eine die Krise untermauernde dogmatische Grundlage zu verstehen ist, welche die Erfassung der verschiedenen Vorgänge in den Mitgliedstaaten erlaubt.

Ich habe, unter Verweis auf Vorarbeiten, deutlich gemacht, dass ich systemische Defizite an Rechtsstaatlichkeit auffasse als auf das Rechtsstaatsprinzip bezogene Vorgänge in Mitgliedstaaten von besonderer Schwere, Fallzahl oder Dauer, die dadurch einen intersystemischen Konflikt und einen sog. Spillover-Effekt im Rechtsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten erzeugen, der einen hoheitlich handelnden Akteur im europäischen Rechtsraum, insbesondere also die Mitgliedstaaten selbst oder ein Unions-

341 EuGH, Rs. C-619/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, Rn. 74, unter Verweis auf das zuvor zitierte Urteil in der Rs. *Wilson*.

342 EuGH, Rs. C-619/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, Rn. 76.

343 EuGH, Rs. C-619/18, Kommission ./ Polen, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Urteil (GK) vom 24.06.2019, Rn. 77 und ff.

344 EuGH, Rs. C-658/18, UX ./ Governo della Repubblica italiana, Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 23.01.2020, ECLI:EU:C:2020:33, Rn. 38 ff.

organ dazu zwingt, eine eigentlich dem anderen Mitgliedstaat übertragene Pflicht mittels „Selbsteintritt“ zu übernehmen. Von alleinigem Interesse sind dabei hier Vorgänge, die auf die vorsätzliche Unterwanderung des Rechtsstaatsprinzips in Mitgliedstaaten abzielt.

In einem weiteren Abschnitt hat die Arbeit dann im Überblick dargestellt, wie Überlegungen zum Defekt von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Gegenstand der Politikwissenschaft die Debatte anreichern, hier aber nicht entscheidend zur Lösung beitragen.

Sodann wurde in der Arbeit umfassend auf die Handhabung des Rechtsstaatsprinzips eingegangen, desjenigen Unionswertes, der in der gegenwärtigen Krise zentrale rechtliche Grundlage und Maßstab für alle Erwägungen ist. Es wurde dargestellt, wie insbesondere der Gerichtshof diesen Wert im Wege hier sog. Operationalisierung handhabbar macht.

In einem nächsten Abschnitt ist nun auf die Beispiele in Mitgliedstaaten einzugehen, die dieses Konzept in der Praxis illustriert, vor Herausforderungen gestellt und vor allem wesentliche Entwicklungen angeregt haben.