

Editorial : Zäsur für den demokratischen Rechtsstaat – Europas Dritte Gewalten im Zugriff exekutivischer Anmaßungen

Die Geschichte der *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* weist die Zeitschrift als Referenz für Zäsuren der Rechtsentwicklung aus. Zäsuren erkennt man vor allem im Rückspiegel. Aus historischen Erfahrungen folgen keine Automatismen der Rechtsentwicklung, wohl aber reflektierte Prognosegrundlagen für die Zukunft: Fingieren wir das Jahr 2048, welche historischen Rückblicke auf das Jahr 2018, einmal vorausgesetzt diese Zeitschrift möge dann noch existieren, wird es geben, welche „Spuren und Linien offener und traditioneller Rechtsentwicklung“¹ mögen wir vorfinden, welche „juristischen Diskurse“ mit welchem „kritischen Selbstverständnis“² – noch – führen. Vielleicht mag der Rückblick dann ergeben, dass die Jahre kurz vor und nach 2018 eine Zäsur darstellen. Die Erosion von Rechtsprinzipien, die systemisch bedingten und politischen Gründe dafür, deren Einordnung in einen historischen Kontext zählen seit langem zu den Erkenntnisinteressen der KritV-Autoren. Möglicherweise markiert das Jahr 2018 einen Zeitpunkt, zu dem diese Erosion die Anwendungs- und Gesetzgebungsebene durchbricht und die Systemebene selbst erfasst. Nicht mehr um Systemprozesse wie die Informalisierung, Verpolizeilichung, Privatisierung oder Materialisierung des Rechts geht es, sondern um die Zerstörung des demokratischen Rechtsstaats selbst. Ein im Jahr 2048 folgender Rückblick vermag dann nur noch Nostalgie zu entfalten: Schön wars doch im Rechtsstaat! Natürlich ist dieser kulturpessimistische, die finale Verelendung antizipierende Blick zum einen begründungsbedürftig, zum anderen nicht zwangsläufig. Es muss nicht so kommen. Viele gegenläufige Tendenzen der Verrechtlichung insbesondere transnationalen Rechts sind erkennbar und stehen als Modell gegen die Zerstörung rechtsstaatlicher Prinzipien und mithin der Freiheit selbst. Im Rückblick von 2048 könnten aber Antinomien deutlich hervorstechen. Diese lassen sich benennen, sind facettenreich und diversifiziert. Sie indizieren eine Zäsur für den demokratischen Rechtsstaat, der sich den machtvollen Zumutungen anmassender Exekutivgewalten gegenüber sieht. Das gilt im nationalen Zusammenhang, das gilt auch für Europa.

An den Grenzen der Rechtsbeugung

In Europa, natürlich auch in Deutschland, gruppiert sich die rechtspolitische Diskussion um Begriffe, die Karriere machen, weil sie Bedrohungsszenarien scheinbar trefflich widerspiegeln. Ein solcher Begriff ist der „Gefährder“, im Spiegel der Medien gerne mit dem Adjektiv „mutmaßlich“ verknüpft. „Gefährder“ ist im Unterschied zu

1 Vgl. *Annabelle Voßberg*, Die « Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » in der Bundesrepublik Deutschland 1986 – 2011, 2017.

2 Vgl. *Markus Lubawinski*, Die « Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » in der Weimarer Republik 1919 – 1932, 2015.

abstrakter oder konkreter Gefahr kein bestimmbarer Rechtsbegriff, eine Legaldefinition gibt es nicht.³ Wer „Gefährder“ ist, bestimmen Polizei, Sicherheitsbehörden, Landes- und Bundeskriminalämter, nicht zuletzt Minister des Inneren. „Gefährder“ ist ein Etikett, eine Eigenschaft, die exekutivisch zugeschrieben wird. Wie manches Etikett hat es die Mechanismen der Exklusion, wie sie das Kriminaljustizsystem bereithält, in seinem Rücken. Dies gilt insbesondere dann, wenn in der Zuschreibung des „Gefährders“ die Angst vor dem Fremden, die Bedrohungsszenarien vermeintlich ungesteuerter Migration und die Furcht vor Terrorismus kumulieren. Dann gewinnt der Begriff eine merkwürdige Eigenständigkeit, die das politische System begleitet von Medien und sozialen Netzwerken erfasst und in der Folge, die rationalen Mechanismen des Rechts, seine befriedende, grundrechts- und folglich die Demokratie schützende Funktion zu vergessen bereit ist. Der Gedanke, sich des Gefährders zu entledigen, ist von verblüffender Kraft, wird zur politischen *prima ratio*, die das auf *ultima ratio* programmierte Rechtssystem in Frage stellt. Der Fall des als Gefährder eingestuft, des „mutmasslich“ einer Straftat nach § 89 a StGB verdächtigen Bürgers A, der einen Antrag auf politisches Asyl nach Art. 16 a GG gestellt hat, wird unter dem medialen Kürzel „Sami A“ zu einem Fall, der die Exekutive an die Grenzen der Rechtsbeugung führt – vielleicht auch darüber hinaus.

Es ist der Mühe wert, sich des Sachverhalts in groben Zügen, aber präzise zu vergewissern: Im Rahmen des ordentlichen Asylverfahrens gegen Herrn A hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BaMF) mit Bescheid vom 21. Juni 2010 festgestellt, dass für Herrn A in Bezug auf Tunesien – als Abschiebungszielland – ein Abschiebeverbot gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG a.F. besteht.⁴ Danach darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem für ihn die konkrete Gefahr besteht, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung unterworfen zu werden. Ein am 20. Juni 2018 erfolgter Widerruf des Abschiebeverbots war nicht vollstreckbar, da das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes⁵ die aufschiebende Wirkung der gegen den Beschluss des Bundesamtes gerichteten Klage des Herrn A wiederhergestellt hat. Die Rechtsfolge: Bürger A durfte – vorläufig – nicht abgeschoben werden, im Übrigen oblag die endgültige Klärung des Sachverhalts dem Gericht in der Hauptsache. Soweit die sorgfältig begründete, in richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ermittelte Rechtslage. Das Narrativ im Anschluss liest sich wie der schlechte Plot eines Politthrillers:

Aus den im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes beigezogenen Akten der Ausländerbehörde Bochum ergab sich für das VG Gelsenkirchen, dass die Abschiebung des Herrn A für den 12. Juli 2018, 22.15 MESZ vorgesehen worden sei.⁶ Nach mehrmaligen Rücksprachen erfuhr das VG Gelsenkirchen aus dem Ministerium, dass man den

3 Nach Art. 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG besteht ein Ausweisungsinteresse, wenn die freiheitlich demokratische Grundordnung gefährdet wird, was – irgendwie – eine Nähe zum Verdacht einer Straftat nach § 89 a StGB voraussetzt. Dies ist bereits vage genug, enthält aber keine gesetzlich bestimmte Definition, was denn ein „Gefährder“ ist.

4 Vgl. zum StGd des Asylverfahrens gegen Herrn A Oberverwaltungsgericht NRW, 17 B 1029/18, Beschluss vom 15.8.2018, hier Rz.10.

5 Beschluss vom 12. Juli 2018 (Az.: 7 a L 1200/18.A).

6 OVG NRW, aaO., Rz.40.

für die Rückführung zum 12. Juli 2018 gebuchten Flug storniert habe.⁷ Am Morgen des 13. Juli 2018, um 8h10 Uhr, geht dem Bundesamt für Migration der Gerichtsbeschluss zu. Spätestens um 8h44 Uhr erhält das Ministerium Kenntnis von diesem Beschluss. Zu diesem Zeitpunkt dauert die am 13. Juli um 6h30 Uhr mit dem Rückführungsflug nach Tunesien begonnene Abschiebung noch an: die Übergabe des Herrn A an die tunesischen Behörden erfolgt um 9h14 Uhr.⁸ Dabei sind zwei Aspekte bemerkenswert. Der wichtigere von beiden ist der Tatbestand, dass entgegen der Kenntnis eines die Exekutive bindenden Gerichtsbeschlusses die begonnene Abschiebung vollzogen wird, obwohl deren Unterbrechung tatsächlich möglich und – vor allem – rechtlich zwingend war. *Colorandi causa* – dennoch aber aussagekräftig – ist es verblüffend festzustellen, dass zwar das VG Gelsenkirchen über den Abschiebetermin nicht informiert war, wohl aber Journalisten eines deutschen Boulevardblattes, das in seiner online-Ausgabe live berichtete.

Mit professionellem Erstaunen nimmt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen schliesslich zur Kenntnis, dass es sich bei Zugang des Gerichtsbeschlusses und vorheriger Vollstreckung der Ausreisepflicht nicht um zufällig sich überschneidende Rechtsakte handelt. Bereits am 10. Juli 2018 weist der für Asyl- und Ausländerrecht (!) zuständige Minister die zuständige Ausländerbehörde an, das Gericht nicht über das Datum der Abschiebung zu informieren. Der Fall habe einen „außergewöhnlichen sicherheitsstrategischen und politischen Stellenwert“. Diese Besonderheiten haben es leider (sic!) nicht zugelassen, dass „der Betroffene oder das Gericht über das Datum der Rückführung haben informiert werden können“.⁹ In der politischen Debatte des Falls werden die Prämissen exekutivischer Sachleitung erkennbar. Sie sind geprägt von der *prima ratio* des politischen Systems, den „Gefährder“ zu exkludieren. In einer Sondersitzung des Rechts- und Integrationsausschusses des Nordrhein-Westfälischen Landtages erklärt der zuständige Minister, er sehe es als seine Aufgabe an, „Nordrhein-Westfalen durch die Abschiebung von Gefährderten sicherer zu machen“.¹⁰ Darüber hinaus erklärt er, „er werde auch weiterhin mit aller Konsequenz Personen, die die Sicherheit (des Landes) gefährdeten, unter Ausschöpfung aller rechtlich gebotenen Mittel zurückführen“.¹¹ Am 15. August 2018 erklärt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen per Beschluss den entgegen eines Abschiebverbots nach § 60 Abs. 2 AufenthG a.F. erfolgten Vollzug der Abschiebung für „evident rechtswidrig“.¹² Die Eigenlegitimation exekutivischen Handelns mittels „Gefährderbekämpfung“, selbstreferentiell und mit Blick auf seine mediale Vermittlung, ist losgelöst von Recht und Gesetz. Wir haben den Sachverhalt auch deswegen grob zusammengefasst, weil es nicht fernliegend ist, dass sich daraus zureichende tatsächliche Anhaltspunkte ergeben könnten, um diese Loslösung von Recht und Gesetz als strafrechtlich relevante Rechtsbeugung (§ 339 StGB) anzusehen.¹³

7 OVG NRW, aaO.

8 OVG NRW, aaO.

9 OVG NRW, aaO. Rz. 41. Siehe auch Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 19. August, S. 1.

10 Ausschussprotokoll APr 17/345 vom 20. Juli 2018, S. 13.

11 Ausschussprotokoll ibidem.

12 OVG NRW, aaO., Rz. 13.

13 Vgl. dazu www.nzz.ch vom 4.09.2018.

Es ist nicht fernliegend, weil die Rechtsbeugung zu jenem Kern des Strafrechts zählt, in dem es darum geht, das Unrecht von Freiheitsverletzungen zu sanktionieren. Freilich nicht als Verletzung subjektiver Rechte, sondern als Schutz der Institutionen und ihrer Funktionsbedingungen, die bürgerliche Freiheit generieren und praktisch vermitteln. Die Rechtsbeugung hat die innerstaatliche Rechtspflege zum Gegenstand, sie zielt auf Unparteilichkeit und Willkürfreiheit bei der Leitung und Entscheidung von Rechtssachen ab.¹⁴ Gewöhnlich ist der Straftatbestand als Sperre gegenüber der Kriminalisierung der Justiz selbst ausgestaltet. Seine Hürden sind daher hoch: Nur Rechtssachen sind umfasst und nicht jede Verletzung prozeduralen oder materiellen Rechts soll genügen. Verwaltungsverfahren fallen mithin aus dem Anwendungsbereich, die Verletzung des Rechts muss schwerwiegend sein.¹⁵ In seiner restriktiven Interpretation war er Referenz für die Aufarbeitung gesetzlichen Unrechts – im Nationalsozialismus und in der DDR. Man mag angesichts des Zugriffs der Exekutive auf die Justiz zweifeln, ob diese Restriktion noch am Platz ist, oder ob es nicht vielmehr die Justiz selbst ist, die des – auch strafbewehrten – Schutzes gegenüber vollstreckenden Gewalten bedarf. Die Grenzen der Rechtsbeugung bedürfen neuer Justierung, gerade weil der Straftatbestand Bezugspunkt bei der Aufarbeitung staatlichen Unrechts ist und Lehren aus der vollständigen Vernichtung von Freiheit und Rechtsstaat reflektiert.

Ein Minister – ein Amtsträger – hat die Sachleitung in einem grundrechtssensiblen Asylverfahren – er entscheidet folglich in einer Rechtssache, was denn sonst? In der selbstreferentiellen exekutivischen Legitimation als Schutzinstanz vor Gefährdungen und Gefährdern liegt die völlige Marginalisierung der Dritten Gewalt. Die Exekutive setzt sich an deren Stelle, entscheidet selbst über Umfang und Art ihrer Bindung an Recht und Gesetz. Sie bleibt selbst dann noch in Eigenlegitimation verhaftet, als Verwaltungsgerichte die offensichtliche Rechtswidrigkeit ihres Handelns rechtswirksam feststellen. Mit der Abschiebung und ihrem weiteren Vollzug sind die Regeln des Asylverfahrens offensichtlich verletzt. Was sich aber darüber hinaus abzuzeichnen scheint, ist ein anmaßender Übergriff auf die freiheitsschützende Funktion unabhängiger, autonomer Justiz, ja eine systemisch verstärkte, die ministerielle Sachleitungsbefugnis ausnutzende, aus exekutivischen Interessen motivierte Determinierung eines in der Rechtssache anhängigen Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes. Ein Minister schafft Fakten, die ausschließlich durch die anhängigen Verwaltungsverfahren justizförmig hätten bewirkt und gerechtfertigt werden können – das ist eine Zäsur, ein Präzedenzfall in der Verfassungsgeschichte nach 1945. Angesichts einer solchen Zäsur mag der Rechtsgrund der Rechtsbeugung auch im Schutz der Dritten Gewalt vor dem Zugriff der Exekutive als eines äußeren Determinierens justizieller Entscheidungen liegen, weil sie unter keinen Umständen prozedural oder materiell zu rechtfertigen – und folglich objektiv willkürlich – sind.¹⁶ Das ist Verletzung von Freiheit und deren institutionellen Garantien, mithin eine Sache des Strafrechts, durchsetzbar gegenüber jedermann, gerade gegenüber politischer Macht und deren Vertretern.

14 Fischer, Strafgesetzbuch, § 339, Rz.2.

15 Vgl. BGHSt 34, 166 ff.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, § 339, Rz.3; LK-Hilgendorf, § 339, Rz.33.

16 Vgl. zur Kritik an « tradierten » Interpretationen des § 339 zutreffend Fischer, Strafgesetzbuch, § 339, Rz.15 a – 15 d.

Die Krise des Rechtsstaats – ein europäisches Problem

Fast wäre es beruhigend, ließe sich der Fall des „Sami A“ in tradierte Schemata der Konflikte zwischen Exekutive und Judikative einordnen. Von Zäsur zu sprechen und die Grenzen strafbarer Rechtsbeugung neu auszuloten, mag manchem zu dramatisch klingen. Indes gewinnt der Fall auch dadurch an Bedeutung, weil er als weiterer Beleg einer politischen Krise zu interpretieren ist, die überall in Europa an der Existenz der Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats rüttelt. Der anmassende Übergriff auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz als Pfeiler demokratischer Ordnung gewinnt an Dramatik, weil er das Charakteristikum einer Krise ist – der Krise des europäischen Rechtsstaats.¹⁷

Europas Krisenmodus ist von Dauer. Globale Probleme – Wirtschaft, Finanzen, Migration, Umwelt, soziale Ungleichheit – sind komplex und entziehen sich tradierter staatlicher Regulierung. Aber auch Europa erscheint nicht handlungsfähig – nicht „souverän“. Was sichtbar wird ist ein Paradoxon, weil globaler Komplexität zum Trotz der Ruf nach alten Souveränen – nach dem Staat, nach der Nation, nach machtvoller Politik laut wird. Der in die Ecke getriebene Souverän will sich seiner vermeintlichen Fesseln entledigen, vor allem des Rechts. Finanzkrise, Migrationskrise, Krise des Kriminaljustizsystems belegen: Europas Recht ist zerbrechlich und mithin anfällig für den Zugriff populistischer Politik.

Systemkrisen – die Finanzmärkte

In diesen Tagen jährte sich die Pleite von Lehman Brothers zum zehnten Mal: Die sich daran anschliessende Finanzkrise offenbarte auch eine Krise des Europäischen Rechts, da die normativen Defizite des komplexen Regelungswerks, das die Auswüchse der Finanzmärkte steuern sollte, sichtbar waren. Die Inhalte der Gesetze über den Europäischen Stabilitätsmechanismus wurden außerparlamentarisch zwischen Privaten und Exekutive ausgehandelt, die Gesetze selbst so schnell durch die nationalen Parlamente gebracht, dass die Einhaltung demokratischer Grundsätze nur noch äußerlich gewahrt schien. Mittels der Währungspolitik verschaffen sich die Staaten der Eurozone die wirtschaftspolitischen Regeln, die sie zur Lösung systemischer Sachzwänge brauchen.¹⁸ Als „alternativlos“ bleiben den demokratischen Gesetzgebern nur noch deren technische Implementation. Die Konsequenz: Die wirtschaftliche Entkopplung vieler Unionsbürger, vor allem in Süd- und Südosteuropa, vom wirtschaftlichen Fortschritt korrespondiert mit der normativen Entkopplung von europäischer Demokratie und europäischer Wirtschaftspolitik – das Rechtssystem selbst verliert an normativer Überzeugungskraft.

17 Die folgenden Ausführungen entstammen zum Teil einem für das « Luxemburger Wort » verfassten Artikel „Die Krise des Europäischen Rechtsstaats.“ Siehe „Luxemburger Wort“ vom 25./26.08.2018, Analyse und Meinung, S. 11.

18 Der Gesetzgebungsprozess ist als Bezugspunkt politischer Wirtschaftsstraftaten und legitimer Gegenstand eines « Wirtschaftsvölkerstrafrechts » analysiert bei *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – eine Annäherung, 2012, S. 66 ff.

Systemkrisen – globale Migration

Europäische Migrationspolitik findet ihren Ausgangspunkt im Schutz von Grundrechten. Sie legitimiert sich durch eine rationale verhältnismäßige Reaktion auf die Bekämpfung der Fluchtursachen. Beides sind komplexe Aufgaben. Sie sollen in Kooperation und gegenseitigem Vertrauen zwischen den EU-Mitgliedstaaten im Einklang mit humanitären Grundsätzen des Völkerrechts bewältigt werden. Dies ist der Kern der Dublin III Verordnung. Der dort formulierte Grundrechtsschutz setzt Differenzierung und faire Verfahren voraus, die Bekämpfung der Fluchtursachen verlangt nach Diversifizierung ökonomischer, ökologischer und friedenspolitischer Maßnahmen. Was geschieht ist das Gegenteil von Differenzierung und Fairness: Nicht erst seit der Flüchtlingskrise von 2015 werden wir Zeuge eines Ineinandergreifens von empirisch losgelösten Bedrohungsszenarien und exekutivischer Hektik. Es ist juristisch beklemmend, wie europäisches Recht – Dublin III – durch exekutive Konzeptionen politischer Ordnung verdrängt wird. Dublin III-Regeln werden überlagert von politischen Vereinbarungen und zugleich durch eine informelle Praxis von Grenzkontrollen unterminiert. Nun wird der Grundrechtsrahmen ersetzt durch abschottende Sicherheitsregeln. Sichtbar wird ein Muster, das über die Problematik der Migration hinaus reicht. Eine vordergründig sicherheitsorientierte, vor allem aber auf Exklusion bedachte Migrationspolitik statuiert ein Exempel dafür, wie exekutives Staatsinteresse den Schutz von Grundrechten abschleifen kann. Angesichts der Wucht populistischer Politikstrategien muss man befürchten, dass deren Umgang mit Migrationsproblemen eine Blaupause zur Vernichtung eines auf machtkritischen Prinzipien gründenden Rechtssystems und folglich des demokratischen Rechtsstaats selbst liefert.

Systemkrisen – das Strafrecht

Wenn über Migration diskutiert wird, ist das Strafrecht nicht weit entfernt. Migrationssystem und Kriminaljustizsystem greifen ineinander. Das Strafrecht kriminalisiert politisch unerwünschte Einwanderung, das Migrationsrecht stellt dem Strafrecht Daten zur Strafverfolgung zur Verfügung. Grundrechte werden geschliffen, das gegenseitige Vertrauen der EU-Mitgliedstaaten erweist sich als gestört. Die juristische Beklemmung über den Verlust rechtlicher Standards, die die Situation um Dublin III kennzeichnet, hat das Strafrecht längst erfasst. Das materielle Strafrecht wird ausgeweitet, polizeiliche und geheimdienstliche Ermittlungsbefugnisse erschüttern faires Verfahren und richterliche Unabhängigkeit seit langem, Staatsnotstände werden in ordentliches Recht überführt, der Strafvollzug in Europa ist überlastet, seine Vollzugsbedingungen sind mancherorts nicht weit entfernt von Art. 3 der EMRK – dem Verbot erniedrigender und unmenschlicher Behandlung. Lange genug sind machtkritische Prinzipien geschliffen, verformt und verdrängt worden, um nun den Kern des Rechtsstaats selbst politischer Macht mehr oder weniger ungeschützt auszuliefern. Aus den Systemkrisen folgt die Krise des europäischen Rechtsstaates. Wir sind Zeugen dieser Krise.

Europäische Gegenbewegungen durch justizielle Autonomie

Dass der Rechtsstaat in Europa als System in seiner Existenz bedroht ist, belegt vor allem das gegen die Republik Polen auf Initiative der Europäischen Kommission eingeleitete Verfahren nach Art. 7 EUV – die Missachtung jener Grundprinzipien, die der Europäischen Union juristische Legitimation und politische Würde verleihen. In diesen Tagen hat das Europäische Parlament beschlossen, den Europäischen Rat aufzufordern, ein weiteres Art. 7 EUV-Verfahren gegen Ungarn einzuleiten.¹⁹ Beide Rechtsstaatsverfahren haben den Versuch der Vernichtung justizieller Autonomie zum Gegenstand. Die polnische Justizreform erbrachte einen systematischen Übergriff der Exekutive auf die Justiz. Danach darf ein Justizminister zugleich auch Generalstaatsanwalt sein, eine Funktion, die ihm zugleich die Disziplinargewalt über Gerichtspräsidien verleiht. Das Oberste Gericht Polens wird mit Hilfe von Zwangspensionierungen und Neuernennungen im politischen Sinne der Exekutive personell umgestaltet. Richternennungen sind vor allem an politische Opportunität regierender Mehrheiten gekoppelt, die Kontrollfunktion des Verfassungsgerichts wird eingeschränkt.

Zugleich aber wird deutlich, dass der zerstörerische Zugriff der Exekutive auf die Justiz, wird er als europäisches Problem erkannt, auch mögliche **Gegenbewegungen durch die Europäisierung des Grundrechtsschutzes** nach sich ziehen kann. Man mag sogar im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Andeutungen finden, wie diese Gegenbewegung durch justizielle Kontrolle vorangetrieben wird. Kontrapunkte sind gesetzt. Sie finden sich in europäischen Rechtsprinzipien, geschützt durch europäische Justiz. Ist das etwa das Rettende, das dort wachsen soll, wo Gefahr ist? Es hängt von den Konstellationen politischer Macht in Europa ab und deren Nähe – oder Ferne – zu den Prinzipien, die diese Macht gerade beschränken.

Der Europäische Gerichtshof war mit den Auswirkungen der systemischen Defizite des Rechtsstaats in Mitgliedstaaten der Europäischen Union befasst. Zuletzt hatte er im Fall „Minister of Justice and Equality“ in einem Eilvorabentscheidungsverfahren zu entscheiden,²⁰ ob das gegen Polen eingeleitete Rechtsstaatsverfahren nach Art. 7 EUV einen rechtlichen Automatismus begründet, der dazu führt, dass Rechtshilfeersuchen im Rahmen des Europäischen Haftbefehls durch den vollstreckenden Mitgliedstaat stets abgewiesen werden müssen, weil sie a priori gegen die EU-Grundrechtecharta verstossen. Schon zuvor war der Europäische Gerichtshof mit den signifikant unterschiedlichen Haft- und Strafvollzugsbedingungen in den EU-Mitgliedstaaten konfrontiert, was im Fall „Aranyosi und Caldaru“ zu der Frage führte, ob ein in Rumänien erlassener Europäischer Haftbefehl wegen Verstosses gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung grundsätzlich zurückgewiesen werden muss, solange die – erneut systemischen – Defizite des Strafvollzugssystems im ersuchenden Staat nicht entscheidend behoben sind.²¹

Sichtbar wird in dieser EuGH-Rechtsprechung: Die Krise des Rechtsstaats in Europa wirkt sich auf der Anwendungsebene des Rechtssystems aus. Es stellt die Funktionsbedingungen des Europäischen Strafrechts und seines wichtigsten Instruments –

19 Europäisches Parlament, 12.09. 2018.

20 EuGH, C-216/18 PPU, Urteil vom 25. Juli 2018.

21 EuGH, C-404/15 und C-659/15 PPU, Urteil vom 5. April 2016.

dem Europäischen Haftbefehl – gänzlich in Frage. Dieser war auf der Annahme gegründet, dass die Mitgliedstaaten justizielle Entscheidungen gegenseitig anerkennen, was seinerseits von der – von Beginn an brüchigen – These getragen war, dass in Europa gemeinsame Rechtsstandards gelten, die gegenseitiges Vertrauen in das grundrechtskonforme Funktionieren der jeweils anderen Rechtsordnung rechtfertigen. Im Funktionsmodus gegenseitiger Anerkennung konstituierte der Europäische Haftbefehl den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Er war „Motor europäischer Strafrechtspflege“, freilich zunächst in dem Sinne, die Vollstreckung justizieller Entscheidungen in ganz Europa zu erleichtern, unbeachtlich gemeinsamer legitimatorischer Standards wie Strafgesetzmäßigkeit und faires Verfahren.²² Der Wortlaut des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl, auf dem auch der EuGH stets insistierte, wies verfassungsrechtlich motivierte Argumente tendenziell ab. Die gegenseitige Anerkennung sollte die Regel sein, die Zurückweisung justizieller Entscheidungen eines ersuchenden Staates die restriktiv zu interpretierende Ausnahme bleiben.²³ Nur „außergewöhnliche Umstände“²⁴ rechtfertigten eine Durchbrechung dieser positivistischen Funktions- und Vollstreckungslogik gegenseitiger Anerkennung.

Nun aber könnte der Europäische Haftbefehl als Rechtsinstrument und *prinzipiengetriebener „Motor europäischer Strafrechtspflege“* ein europäisches Korrektiv zur gegenläufigen populistischen Bewegung, die sich den finalen Zugriff der Exekutive auf den freiheitlichen Kern des Rechtsstaats zum politischen Programm gemacht hat, bilden. Gerade in den beiden genannten Urteilen, vor allem aber im Fall „Minister for Justice and Equality“, wird eine wichtige Spur sichtbar, die von *positivistischer Funktionslogik zu prinzipiengesteuerter Verrechtlichung des europäischen Strafrechtsraumes* führen könnte.

Schon in den Urteilen „Kadi“²⁵ oder „Digital Rights Ireland“²⁶ hat der Europäische Gerichtshof diesen wichtigen Entwicklungsschritt vorbereitet und die Integration Europas von den funktionalen, am „effet utile“ orientierten Maximen des Binnenmarktes um die Idee der Konstitutionalisierung eines transnationalen Rechtssystems erweitert, das sich durch den Schutz von (unions-)bürgerlichen Freiheitsrechten legitimiert. Auch der europäische Strafrechtsraum leitet sich folglich aus der Idee einer „Rechtsunion“ ab.²⁷ Dessen Funktionsmodus gegenseitiger Anerkennung lässt nicht mehr irgendeine im positiven Recht der Mitgliedstaaten ergangene Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts genügen, sondern setzt die rechtliche Bindung dieser Entscheidung an die Kriterien fairen Verfahrens voraus.²⁸ Die gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen verlangt so a priori nach einem Justizsystem, das das Prinzip richterlicher Unabhängigkeit als Kern eines fairen Verfahrens verbindlich respektiert.²⁹ Mithin ist die „Justizbehörde“ eines Mitgliedstaates notwendigerweise ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Richterliche Unabhängigkeit als Prinzip und

22 Vgl. dazu Braum, wistra 2007, 401 ff.

23 EuGH, C-216/18 PPU, Rz.41.

24 EuGH, aaO. Rz.42.

25 EuGH C-402/05 P und C-415/05 P, Urteil vom 3. September 2008.

26 EuGH C-293-12 und C-594/12, Urteil vom 8. April 2014.

27 Vgl. EuGH, C-216/18 PPU, Rz. 49.

28 EuGH, aaO, Rz. 48 und 50.

29 EuGH, aaO. Rz. 52.

als Funktionsbedingung gegenseitiger Anerkennung zu gewährleisten und zu schützen, ist die Aufgabe (mitglied-)staatlicher Rechtspflege.³⁰

Ob ein Staat dieser Aufgabe genügt oder ob im Fall der Verletzung des Prinzips unabhängiger Justiz der Vollstreckungsstaat das Recht hat, den erlassenen Europäischen Haftbefehl zurückzuweisen, prüft der Europäische Gerichtshof in einem Zwei-Stufen-Modell.³¹ Auf der ersten Stufe – der Systemebene – sind die systemischen Rechtsstaatsdefizite und die daraus resultierenden Gefahren für die Grundrechte Gegenstand der Prüfung, die auf der zweiten Stufe – der Anwendungsebene – das Problem konkret-individueller Beschwer durch eine im System begründete Gefahr nach sich zieht.³²

Was der Europäische Gerichtshof auf der Systemebene an Maßstäben justizieller Autonomie formuliert, liest sich als normatives Kontrastprogramm zu den Annäherungen der Exekutive gegenüber der Dritten Gewalt – nicht nur in Polen. Die Autonomie der Justiz setzt danach deren externe und interne Unabhängigkeit zwingend voraus. Externe Unabhängigkeit meint die Freiheit von äusseren Einflüssen, sie verlangt nach Garantien, die den Richter als Person schützen – wie etwa dessen Unabsetzbarkeit und angemessene Besoldung – und sie wendet sich gegen die hierarchische Unterordnung gegenüber anderen Staatsgewalten bzw. gesellschaftspolitischer Macht.³³ Interne Unabhängigkeit ist Unparteilichkeit gegenüber jedermann, die Freiheit von Interessenkonflikten und professionelle gesetzestesteuerte Sachlichkeit.³⁴ Den Inhalt justizieller Autonomie als eines europäischen Kontrapunkts zu exekutivischer Macht vervollständigt der Europäische Gerichtshof um Merkmale des gesetzlichen Richters. Justizielle Autonomie und gesetzlicher Richter bedingen einander und setzen präzise Regeln voraus, die über die Zusammensetzung eines Gerichts, über Ernennung, Amtsdauer und Abberufung von Richtern entscheiden.³⁵ Äußere und innere Unabhängigkeit und die Merkmale des gesetzlichen Richters sind europäische Schutzschirme der Justiz gegen den Zugriff exekutivischer Macht. Im Fall „Minister for Justice and Equality“ ist die Annahme nicht fernliegend, dass all diese Kriterien auch ex negativo als Gegenbild zu systemischen Defiziten des Rechtsstaats in Polen entwickelt wurden. Negative Vorbilder gibt es indes nicht nur in Polen.

Das Zwei-Stufen-Modell setzt zudem noch den Beleg einer konkret-individuellen Beschwer eines Unionsbürgers voraus, selbst dann, wenn die systemischen Defizite des Rechtsstaats schon Grundlage eines nach Art. 7 EUV eingeleiteten Rechtsstaatsverfahrens sind.³⁶ Der Europäische Gerichtshof registriert, wie weit die Verrechtlichung des europäischen Strafrechtsraumes führen kann. Wer Prinzipien zum Maßstab macht, muss prinzipienwidrigem positivem Recht die Geltung versagen, was Folgen hätte für die Legitimation des Europäischen Haftbefehls als solchem: dessen Funktionsmodus gegenseitiger Anerkennung würde durch übergeordnetes Recht blockiert.

30 EuGH, aaO, Rz. 55 f.

31 EuGH, aaO., Rz. 60 ff.; begründet wurde dieses Modell bereits im Fall Aranyosi und Caldaru, EuGH, C-404/15 und C-659/15 PPU, Rz. 88 ff.

32 EuGH, aaO., Rz. 61.

33 EuGH, aaO., Rz. 63 f.

34 EuGH, aaO., Rz. 65.

35 EuGH, aaO., Rz. 66.

36 EuGH, aaO., Rz. 68 f.

Soweit aber will der Europäische Gerichtshof nur dann gehen, wenn ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze nach Art. 7 EUV durch den Europäischen Rat auch einstimmig festgestellt wird – eine politisch sehr unwahrscheinliche Konstellation. So bleibt stets die Möglichkeit offen, dass es trotz der Defizite des Systems noch Recht im Einzelfall geben mag. Vom Gegenteil muss sich das Gericht des Vollstreckungsstaates überzeugen. So mag es noch immer richtiges Leben im Falschen geben, oder doch staatliches Recht im europarechtlich festgestellten Unrecht. Wie weit das Prinzip justizieller Autonomie in Europa trägt, entscheidet sich im Einzelfall auch im Dialog zwischen unabhängigen Gerichten.

Europas Souveränität

Die Dialektik von massiven Zerstörungstendenzen und europäischen Kontrapunkten mag in einem breiteren Zusammenhang stehen und dort auch ihre (Auf-)Lösung finden. Die Politik registriert aufmerksam, dass es eines an die Komplexität von Systementwicklungen angepassten Modells von Souveränität bedarf. Systemkrisen offenbaren Souveränitätsverlust. Der Eindruck, nicht mehr steuern zu können, steht am Beginn einer Kette gesellschaftlicher Bedingungen, die sich im Erstarken populistisch getriebener Macht und parallel dazu in der Schwächung des demokratischen Rechtsstaats auswirken. Der Zugriff der Exekutive auf die Justiz – einerseits lediglich von deutschen Ministern, andererseits bereits als Teil staatlicher Systeme – ist der hilflose Versuch, die an Recht und Gesetz gebundene Souveränität durch ein Übermaß an politischer Macht vor dem Eindruck des Steuerungs- und Legitimitätsverlustes zu bewahren. Das von *Emmanuel Macron* skizzierte Modell europäischer Souveränität³⁷ versucht eine Antwort auf die Krise des Rechtsstaats, wenn auch vor allem an den traditionellen Merkmalen von Bodin und Hobbes orientiert. Souverän ist Europa dann, wenn es Sicherheits- und Wohlfahrtsmodell ist. Macrons Souveränitätskonzeption knüpft an die Steuerungskapazität politischer Macht an. Das Recht Europas erscheint daher primär als ein Machtdurchsetzungs-, nicht als ein Machtbegrenzungsrecht. Auf den ersten Blick entsteht in *Macrons* Konzept ein Gebilde, das *Jürgen Habermas* als „Exekutivföderalismus“ bezeichnet,³⁸ also wiederum eine demokratisch entkoppelte europäische Exekutive. In *Macrons* Entwurf tritt aber auch der politische Wille hinzu, einem europäischen Parlamentarismus und einer europäischen Öffentlichkeit den Weg zu bahnen. Eine europäische Legislative und die Öffentlichkeit als ihr Kommunikationsmedium sind Komponenten eines europäischen Projekts, wie es schon *Jürgen Habermas* als Teil einer „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ versteht.³⁹

Bürger können sich als Akteure innerhalb eines Mehrebenensystems der Demokratie begreifen und organisieren – sie können Staats- und Unionsbürger zugleich sein. Sie sind Teil einer europäischen Öffentlichkeit, verbunden über Kultur und über Medien, die unter anderem in sozialen Netzwerken ihre nationalen Begrenzungen längst

37 « Sorbonne-Rede », Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique, publié le 26 septembre 2017, unter www.elysee.fr.

38 *Habermas*, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 48 ff.

39 *Habermas*, aaO., S. 39 ff.

gesprengt haben.⁴⁰ Teil dieses Mehrebenensystems ist aber auch eine europäische Justiz, die sich gegenüber den europäischen und staatlichen Exekutivgewalten in Unabhängigkeit und Autonomie aufstellt.⁴¹ Justizielle Autonomie ist jener – prinzipiell – notwendige Teil einer Souveränität Europas, die – wenn überhaupt – noch einen der letzten Auswege öffnet, die Anmaßungen der Exekutive zurückzuweisen.

Angesichts der Imperative von schwer zu kontrollierenden Märkten, angesichts der Flüchtlingskrise und nicht zuletzt angesichts all der Blickverengungen auf nationale Ängste und simplistische Lösungen, gerät in Vergessenheit, dass der Ausgangspunkt jeglicher Legitimation von Institutionen, innerhalb eines Staates und darüber hinaus, die Freiheit eines jeden ist. Sie ist die nicht hinwegzudenkende Bedingung des Rechts, will es Legitimität beanspruchen. Europas Zukunft steht und fällt mit dem Schutz von Grundrechten und deren Absicherung, nicht zuletzt durch ein europäisches System wirksamer justizieller Kontrolle. Freiheit setzt vernünftigen Diskurs voraus, verlangt nach Besonnenheit und rationalem Handeln. Europas derzeitige politische Realität ist von Maß und Vernunft weitgehend entrückt: den öffentlichen Diskurs prägen Idionsynkrasien und ein zynischer politischer Populismus, der sich diese zu Nutze macht. Die Stimme der Vernunft wird leiser, der Lärm der Populisten übertrönt vieles. Der Diskurs der Irrationalität muss durch einen Diskurs um das Europa der aufgeklärten Vernunft ersetzt werden. Es bedarf der Neubelebung des europäischen Projekts – dynamisch entfaltet in einer breiten europäischen Debatte. Es erscheint paradox, aber die Antwort auf die Krise des europäischen Rechtsstaats heisst nicht weniger Europa, sondern mehr. Heisst allerdings auch nicht mehr an exekutivisch dominierten Institutionen, sondern mehr an europäischer, justizförmig eingegerter Demokratie. Entweder wir konstituieren den europäischen Rechtsstaat neu und überwinden so dessen Krise – oder die Krise überwindet uns. Im Jahre 2048 wissen wir mehr.

40 *Habermas*, aaO., S. 62 ff.

41 Vgl. dazu *P.-A. Albrecht*, Autonomie für eine Dritte Gewalt in Europa, 2018; *Mareike Jeschke*, Justizielle Autonomie in Europa, 2016.