

A. Einleitung

I. Forschungsanlass und Erkenntnisinteresse

Die vorliegende Arbeit ist ein Vorschlag zur Interpretation des Umgangs der Organe der Europäischen Union mit der sog. „Rechtsstaatlichkeitskrise“ der Europäischen Union. Der Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise bezeichnet auf den ersten Blick eine sehr vielschichtige Verfassungskrise der Union bedingt durch die Probleme der Nichteinhaltung des Rechtsstaatsprinzips in bestimmten Mitgliedstaaten der EU. Der Versuch der Politisierung der Justiz in Polen, aber auch die Umgehung der Gewaltenteilung durch sog. versteckte Einzelfallgesetze in Ungarn sind bekannte Beispiele. Die Rechtsstaatlichkeitskrise ist entwicklungs offen, ihr Anfang schwer zu bestimmen, und sie dauerte bei Abschluss dieser Arbeit mit ungewissem Ausgang fort. Als die Arbeit Ende 2013 begonnen wurde, war die Materie eine Frage für Spezialisten, zwischenzeitlich zählt sie zu den prominentesten Bereichen des Unionsrechts.

Die zeitliche Unbestimmtheit der Rechtsstaatlichkeitskrise, ihre Vielzahl an Ausprägungen und die hierzu bereits erschienenen Arbeiten erfordern zunächst eine Abgrenzung. Drei Dinge will ich nicht leisten. Zunächst trete ich nicht an, eine vertiefte landeskundliche Studie über die Entwicklung in Mitgliedstaaten vorzulegen. Hierzu sind Kenner der dortigen Vorgänge bereits intensiv tätig gewesen,¹ und auf ihren Arbeiten muss aufgebaut

1 Zu Polen: Klaus Bachmann, *Der Bruch: Ursachen und Konsequenzen des Umsturzes der Verfassungsordnung Polens 2015-2016*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2016; Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019; Brian Porter-Szűcs, *Faith and Fatherland: Catholicism, Modernity, and Poland*, Oxford University Press, Oxford, 2011, insb. ab S. 392 für die gesellschaftspolitischen Hintergründe; zu Ungarn: eine hervorragende Studie mit großer landeskundlicher Tiefe bietet Paul Lendvai, *Orbán: Europe's New Strongman*, Oxford, Oxford University Press, 2017; Kim Lane Scheppele, „Understanding Hungary's Constitutional Revolution“, in: Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend (Hrsg.): *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2015, S. 111-124; Gábor Halmai: „The Rise and Fall of Constitutionalism in Hungary“, in: Paul Blokker (Hrsg.), *Constitutional Acceleration within the European Union and Beyond*, Routledge, London/New York, 2018, S. 217-233; János Kornai, „Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy“, in: *Journal of Democracy* 26 (2015), S. 34-48; höchst kritisch

werden. Zum zweiten soll nicht allein die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeitskrise als zeitgenössische Frage im Vordergrund stehen. Auch dazu ist von kundiger Seite geschrieben worden.² Naturgemäß ergeben sich zu diesen Arbeiten Schnittmengen. Drittens schreibe ich nicht in der Absicht, zu klären, wie sich die Rechtsstaatlichkeitskrise auf das rechtswissenschaftliche Verständnis der Werte der Union auswirkt, wie sie vorrangig in Art. 2 EUV niedergelegt sind, dabei ganz besonders betreffend die Rechtsstaatlichkeit. Diese Frage war und ist in der Literatur von besonderem Interesse. Mein Heidelberger Kollege *Dimitri Spieker*,³ aber auch andere Verfasser, wie *Werner Schroeder*,⁴ und nicht zuletzt Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs selbst, wie *Thomas von Danwitz*,⁵ und der Präsident des Europäischen Gerichtshofs, *Koen Lenaerts*,⁶ forschen hierzu.

Diese Arbeit setzt einen anderen Schwerpunkt und widmet sich vorrangig den Reaktionen der Europäischen Union auf die Rechtsstaatlichkeitskrise und dabei insbesondere der Arbeit eines Organs, nämlich der Europäischen Kommission. Ich versuche prioritär, die von ihr in der Krise genutzten, fortentwickelten und vorgeschlagenen Instrumentarien zu sichten, ihren Zweck zu interpretieren und in einen logischen Zusammenhang zu stellen. Dabei hat die Europäische Kommission selten alleine

und teils polemisch, Bálint Magyar, *Post-Communist Mafia State: The Case of Hungary*, Central European University Press, Budapest 2016, insb. S. 69 ff., vergleichend s. die Beiträge in: Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2015.

- 2 Aus der Literatur vorrangig Christoph Möllers & Linda Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union: Studie zu einem Dilemma*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018; Vassilios Skouris, *Demokratie und Rechtsstaat: Europäische Union in der Krise*, C.H. Beck, München, 2018; jüngst auch Kim Lane Scheppele & R. Daniel Kelemen, „Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU“, in: Francesca Bignami (Hrsg.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, S. 413-456.
- 3 S. insb. Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis“, in: *German Law Journal* 20 (2019), S. 1182-1213, S. 1199 ff.
- 4 Werner Schroeder, „The European Union and the Rule of Law - State of Affairs and Ways of Strengthening“, in: ders. (Hrsg.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford University Press, Oxford, 2016, S. 3-34.
- 5 Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ“, in: *Fordham International Law Journal* 37 (2014), S. 1311-1348.
- 6 Koen Lenaerts, „Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung“, in: *Europäische Grundrechtezeitschrift* (2017), S. 639-642.

gehandelt. Gerichtliche Verfahren haben naturgemäß bedingt, dass der Europäische Gerichtshof in besonderem Maße und entscheidend Verfahren geprägt hat. Auch hat, um ein weiteres Beispiel zu nennen, die Venedig-Kommission des Europarates an vielen Stellen die Rechtslage in Mitgliedstaaten der Union entscheidend und häufig erstmals eingehend untersucht. Sie hat z.B. zu Polen bis jetzt sechs Gutachten erstellt, davon eines als besonders „dringend“ bezeichnetes.⁷ Zu Ungarn sind die Gutachten noch weitaus zahlreicher. Auf diesen Gutachten hat die Europäische Kommission häufig eng aufgebaut. Dennoch bleibt die Europäische Kommission in der Krise derjenige Akteur, der viele Maßnahmen entscheidend geprägt hat, dies durch den Entschluss zur Einleitung eines Verfahrens selbst dann, wenn später der Gerichtshof zur Letztentscheidung berufen war.

Die Europäische Kommission ist dabei nicht nur zur Einhegung, sondern zur Lösung der Krise angetreten. Bedient hat sie sich dabei einer Vielzahl an Verfahren anstelle eines einzigen. Die Rechtswissenschaft muss daher bei Interesse an der Arbeit der Kommission auch diese Summe an Verfahren in den Blick nehmen. Das ist ein wesentlicher Unterschied zu einer früheren Krise, die im Zusammenhang mit der jetzigen häufig genannt wird, der sog. Haider-Krise oder *Causa Austria* des Jahres 2000 in Bezug auf Österreich. Die damalige Krise ist vorrangig mit Blick auf die Nutzung und Entwicklung des Verfahrens nach Art. 7 EUV, also „monoprozedural“, untersucht worden.⁸ Eine derartige, auf ein einzelnes

-
- 7 Venedig-Kommission, 1. CDL-AD(2016)001, Opinion 833/2015, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland vom 11.03.2016; CDL-AD(2016)012, Opinion 839/2016, Poland - Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts vom 13.06.2016; 3. CDL-AD(2016)026, Opinion 860/2016, Poland - Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal vom 14.10.2016; 4. CDL-AD(2017)028, Opinion 892/2017, Poland - Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office vom 11.12.2017; 5. CDL-AD(2017)031, Opinion No. 904/2017, Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts vom 11.12.2017; 6. CDL-PI(2020)002, Opinion No. 977/2019, Poland - Urgent Joint Opinion on the amendments to the Law on organisation on the Common Courts, the Law on the Supreme Court and other Laws vom 16.01.2020.
- 8 Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union - Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, Duncker & Humblot, Berlin, 2000; Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht: Ausmaß und Bedeutung des Überwachungsmechanismus nach Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union, Peter Lang, Frankfurt a. M. u. a., 2003; Thomas Pfforr,

Verfahren beschränkte Darstellung, wie sie gerade in der deutschen Europarechtswissenschaft seit der Dissertation *Christian Tomuschat*⁹ in einer großen Tradition steht, greift angesichts der Dynamik der derzeitigen Krise allerdings zu kurz. Dabei bin ich keinesfalls der erste, der das erkannt hat.¹⁰

Es geht mir hier vielmehr um die verstärkte Verzahnung der Maßnahmen der Union. Die Forschung weiß um die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeitskrise in den verschiedenen Mitgliedstaaten und beschäftigt sich mit den Auswirkungen der Krise gerade auf das Rechtsstaatsprinzip im Unionsrecht. Bekannt ist auch die Mehrzahl der Verfahren, welche die Union nutzt. Es fehlt aber noch ein überzeugendes Gesamtverständnis der prozeduralen Reaktionen der Union in der Rechtsstaatlichkeitskrise. Dem dient diese Arbeit.

Die Leitthese lautet, dass die Europarechtswissenschaft zwar sehr wohl Rechtsbegriffe entwickelt hat, die die besondere Natur der Rechtsstaatlichkeitskrise selbst erfassen – der überzeugendste ist derjenige des sog. systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit –, dass sie aber bislang die Funktionsweise des „polyprozeduralen“ Instrumentariums in Reaktion auf diese Defizite zu wenig als kohärente Antwort seitens insbesondere der Kommission in den Blick nimmt. Diese Wahrnehmungslücke möchte ich schließen. Dazu schlage ich vor, dieses Rechtsregime mit dem Begriff der Verfassungsaufsicht im Recht der Europäischen Union zu erfassen. Den

Die allgemeine Unionsaufsicht, Peter Lang, Frankfurt a.M. u. a., 2004; André Hau, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte: Rechtsfragen zu Art. 7 EU, Nomos, Baden-Baden, 2002; Katharina Serini, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Duncker & Humblot, Berlin, 2009; Katrin Träbert, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten: Die Sanktionsverfahren nach Art. 228 Abs. 2 EGV und Art. 7 EUV, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2010.

9 Christian Tomuschat, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften, Carl Heymanns, Köln, 1964.

10 Von „Instrumenten des europäischen Rechts der Verfassungskrise“ sprechen bereits Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit: Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), S. 283-328, S. 312 ff.; weiter ausführlich Christophe Hillion, „Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means“, in: Carlos Closa & Dimitry Kochenov (Hrsg.): Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, S. 59-81.

Begriff des *Rechtsregimes* verstehe ich anders als z.B. Jürgen Bast,¹¹ bei dem er ein Element zur Identifizierung einer unionalen Handlungsform ist. Ich bediene mich vielmehr des Verständnisses des Regimes im Sinne der Regimetheorie der Internationalen Beziehungen und insbesondere Beate Kohler-Kochs und verstehe unter ihm eine autonom entwickelte, reaktive, effektive und dauerhafte Regelung eines bestimmten – hier rechtlichen – Problemfeldes.¹² Der Begriff der *Verfassungsaufsicht*, in der Krise teils bereits verwendet, aber nicht erklärt,¹³ kann in der deutschen Rechtswissenschaft auf eine lange, aber nicht unproblematische,¹⁴ Tradition zurückblicken. Zweck der Verfassungsaufsicht ist der Schutz des *Verfassungskerns*.

Die Verfassungsaufsicht ist Aufsicht im föderalen Gefüge der Union durch ein Unionsorgan gegenüber einem Mitgliedstaat. Sie umfasst diejenigen Maßnahmen im Unionsrecht, die bezogen auf diesen Verfassungskern mindestens die Feststellung, häufig aber auch die Berichtigung einer Handlung ermöglichen, die diesen Verfassungskern gefährdet. Dabei bedingt die Natur der gegenwärtigen Krise, dass dabei vorrangig das Rechtsstaatsprinzip in den Blick gerät. Jedenfalls kein Verfassungsaufsichtsinstrument ist, ungeachtet der überragenden Bedeutung für die Entwicklung des Unionsrechts auch in der Krise, das Vorabvorlageverfahren. Ihm fehlt gegenüber dem Mitgliedstaat die unmittelbare Gestaltung der Rüge durch ein Unionsorgan, auch die letztendliche Regelungsfunktion ist ihm genommen, sie liegt bei den mitgliedstaatlichen Gerichten. Um es mit *Mattias Wendel* zu sagen: „Das Vorabentscheidungsverfahren ist nicht Teil eines hierarchisch gegliederten Instanzenzuges, sondern folgt der Idee einer

11 Jürgen Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU: entwickelt am Beschluss als praxisgenerierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, Springer, Heidelberg 2006, S. 21.

12 Beate Kohler-Koch, „Zur Empirie und Theorie internationaler Regime“, in: dies. (Hrsg.), Regime in den internationalen Beziehungen, Nomos, Baden-Baden, 1989, S. 17-85, S. 18.

13 Vgl. Thomas Giegerich, „Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum „neuen Rechtsstaatsmechanismus“ der Europäischen Kommission“, in: Christian Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht - Europarecht - Menschenrechte: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, Nomos, Baden-Baden, 2015, S. 499-542, insb. S. 520, 528, 542.

14 Entwicklung bei Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, in: Archiv des öffentlichen Rechts 62, N.F. 23 (1933), S. 183-246; Rezeption für das deutsche Recht z.B. bei Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, Röhrscheid, Bonn, 1961, S. 33 ff., 40 ff.

funktionellen Aufgabenverteilung der Gerichte, in deren Rahmen die Zuständigkeit für die Auslegung von Unionsrecht dem EuGH zugewiesen ist. Dies gilt auch im Verhältnis zu nationalen Verfassungsgerichten.¹⁵ Der Gerichtshof hat es jüngst, in teleologischer Abgrenzung zum Vertragsverletzungsverfahren, ähnlich gesehen.¹⁶ Was hingegen im Einzelnen dem Verfassungsaufsichtsinstrumentarium zuzurechnen ist, ist im Verlauf der Arbeit auszuführen.

Das Instrumentarium der Verfassungsaufsicht darzustellen, ist der Forschungsgegenstand dieser Arbeit. Der Rechtsbegriff der Aufsicht, dessen spezielle Ausprägung die Verfassungsaufsicht darstellt, umfasst Maßnahmen, die anhand eines „Ist-Soll-Vergleichs“,¹⁷ hier in der Relation Union-Mitgliedstaaten, in der Formulierung von *Meike Eekhoff* drei Funktionen aufweisen: *Beobachtungs-, Überprüfungs- und Berichtigungsfunktion*.¹⁸ Legt man dieses Schema zugrunde, sind in der derzeit in Entstehung befindlichen Verfassungsaufsicht *vollständige* Aufsichtsmaßnahmen, also solche, die alle drei Stadien in sich vereinen, von *partiellen*, also solchen, denen die *Berichtigungsfunktion fehlt*, zu unterscheiden. Teils werden letztere Verfahren dann mit anderen ergänzt, teils ist der berichtigende Durchgriff der Union aber auch bewusst ausgeklammert. Derart partielle Verfahren können auch mit dem Begriff des *Monitoring* bezeichnet werden.¹⁹

15 Mattias Wendel, „Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 74 (2014), S. 615-670, 617-618.

16 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, Rn. 47-49.

17 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht: Gemeinschaftsrechtliche Aufsichtsverfahren und -mechanismen außerhalb des Vertragsverletzungsverfahrens, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, S. 5.

18 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 5-7.

19 Er findet sich regelmäßig in der Praxis für derartige Verfahren, vgl. etwa in der engl. Fassung des EU-Justizbarometers, Europäische Kommission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, EU Justice Scoreboard 2019, COM(2019) 198/2, S. 1 der engl. Broschürenfassung; zum Begriffszuschnitt ähnlich, Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, MPIL Research Paper Series, No. 2019-14, Heidelberg 2019, S. 15; weiter Carlos Closa, „Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law: Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations“, in: Carlos Closa & Dimitry Kochenov (Hrsg.): Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, 2016, S. 15-35.

In ihrem Verlauf, ihrer Rechtsgrundlage, den genutzten Handlungsformen, beteiligten Akteuren und vor allem ihren Rechtswirkungen, einschließlich der Frage der Rechtsverbindlichkeit, sind diese Verfahren höchst unterschiedlich. Es sind solche Maßnahmen zu unterscheiden, die in den Verträgen bereits speziell für den Werteschutz angelegt waren (Art. 7 EUV), von solchen, die mit Blick auf die Krise unmittelbar und speziell für ihre Lösung geschaffen wurden (insbesondere der sog. EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips), von schließlich solchen, die im Verlauf der Krise zu einem Verfassungsaufsichtsinstrumentarium umfunktioniert (neu ausgerichtet) wurden. Für das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV lässt sich das auf spektakuläre Weise beobachten, es gibt aber auch Verfahren, wie das EU-Justizbarometer, in welchem dieser Prozess auf sehr viel subtilere Weise abgelaufen ist. *Teleologisch* ergeben die Verfahren gleichwohl ein einheitliches Rechtsregime.

In der derzeitigen Krise steht, als Teil des unionalen Verfassungskerns, weil durch die kritisierten Maßnahmen besonders berührt, die Rechtsstaatlichkeit im Fokus. Damit ist aber nicht gemeint, dass die unionale Verfassungsaufsicht sich ausschließlich dem Rechtsstaatsprinzip zuwenden muss. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in ihrer späteren Entwicklung weitere Prinzipien, die Art. 2 EUV aufzählt, entsprechend angegangen werden. Der Gerichtshof hat hierfür durch sein Plenum bereits vorgesorgt. In der *Wightman*-Entscheidung des Gerichtshofs, in der es eigentlich um Rechtsfragen betreffend den Brexit ging, hat der Gerichtshof nämlich jüngst den „demokratischen Prozess [...] im Einklang mit seinen [scil.: des Mitgliedstaats] verfassungsrechtlichen Vorschriften“²⁰ zum Schutzgut erklärt. Damit ein solcher Prozess nach mitgliedstaatlichen Vorschriften abgehalten werden kann, muss er zunächst erst einmal das Prädikat „demokratisch“ erhalten, und das könnte zukünftig durch den EuGH anlassbezogen untersucht werden.

Die Entwicklung des Zuschnitts der Verfassungsaufsicht wird also durch die Entwicklung der Krise angeleitet, deren näheres Verständnis die Arbeit daher, obwohl bereits die Verfassungsaufsicht selbst viel Material bietet, nicht ausklammern kann. Zwei Punkte sind hierbei wichtig, die das Erkenntnisinteresse weiter prägen und der Analyse des Verfassungsaufsichtsinstrumentariums vorangestellt werden müssen.

Zunächst rückt die Erörterung des Rechtsstaatsprinzips als (derzeitiges) primäres Schutzgut wieder in den Blick. Ich setze an die Stelle ausführli-

20 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, Rn. 66.

cher Ergründungen eine durch die Notwendigkeit effektiver Reduktion des Materials angeleitete Darstellung der *Operationalisierung* dieses Prinzips in der Rechtspraxis und knüpfe dafür an die zusammen mit *Piotr Bogdanowicz* gemachten früheren Überlegungen an.²¹ Dank dieser Entwicklungen in der Praxis sind die vermeintlichen rechtstheoretischen Untiefen des Rechtsbegriffs der Rechtsstaatlichkeit, die *Philipp Kunig* zur Verzweiflung getrieben haben²² oder *Erik Wennerström* rechtspolitische Wünsche anmelden ließen,²³ überzeugend aufgeheilt worden.

Zum zweiten muss die Rechtswissenschaft der enormen Heterogenität der Rechtsstaatlichkeitskrise Herr werden. Das gelingt am besten durch eine *topische* Sichtung ihrer Entwicklung und der Identifizierung verschiedener Typen des sie erfassenden systemischen Defizits an Rechtsstaatlichkeit, die umfassend auf vorangegangene Arbeiten in der Politik- und Rechtswissenschaft aufbaut.

Die beiden wesentlichen Typen dieses Defizits sind einerseits das Phänomen des sog. *schwachen Mitglieds* (*weak member*) und andererseits der Typus der sog. *vorsätzlichen Unterwanderungen des Rechtsstaatsprinzips*. Der erste meint eine tragische, aber nicht gewollte Verwaltungsunfähigkeit defizitärer Mitgliedstaaten. Er stand während der Frühphase der Krise im

21 Vgl. Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU“, in: *Common Market Law Review* 55 (2018), S. 1061-1100, insb. S. 1088 ff. Ähnlich gelagert in der Methode Luke Dimitrios Spieker, „Breathing Life into the Union’s Common Values“, insb. S. 1201 ff.

22 Philipp Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1986, insb. ab S. 481 unter dem Titel „Rechtsstaatlichkeit als Kategorie juristischer und politischer Diskussion: Eine Schlußbemerkung“, S. 481-488, s. insb. S. 488: „Die im Grundgesetz niedergelegte Ordnung ist und bleibt konsensfähig durch die Freilegung von Rechtsstaatlichkeit im Verzicht auf ein Rechtsstaatsprinzip, dessen gegenwärtige Omnipräsenz und Allgewalt die integrierende Kraft dieser Ordnung bedrohen kann.“ Ähnlich verhalten Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat, Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, S. 253, im Anschluss an ihre „Elementeriehung“ zum Rechtsstaatsprinzip, wonach damit der Begriff zwar „Elastizität, aber keine Kontur“ gewonnen habe. Sobota zählt, ebda. S. 254-257, nicht weniger als 142 Subprinzipien („Elemente“) zum Rechtsstaatsprinzip, ähnlich wie Kunig ebda., S. 258.

23 Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007, S. 292 ff. zu divergierenden Rechtsstaatskonzepten im Unionsrecht, weiter insb. S. 307.

Fokus.²⁴ Michael Ioannidis hat dieses Konzept später fortentwickelt.²⁵ Piotr Bogdanowicz und ich hatten diesem Typus die Beobachtung des zweiten grundsätzlich dichotom entgegengesetzt und angemerkt, dass sich in der derzeitigen Entwicklung zusätzlich im Hinblick auf derart vorsätzliche Unterwanderungen *heterogene* oder *polythematische* von *homogenen* oder *monothematischen* Mitgliedstaaten trennen lassen. Das bedeutet, dass z.B. in Polen die Änderungen vorrangig auf die Justiz, in Ungarn aber auf eine Vielzahl an Schutzgütern und Einrichtungen abzielen.²⁶ Dieser Typus allein ist in der vorliegenden Arbeit von Interesse, denn nur gegenüber ihm gelangt derzeit das Rechtsregime der Verfassungsaufsicht zur Anwendung.

II. Gang und normative Ausrichtung der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in fünf Hauptteile. In einem ersten Teil (B.) erläutere ich den Begriff der Rechtsstaatlichkeitskrise und des systemischen Defizits sowie ihrer Beziehung zueinander. Abzugrenzen ist letzterer insbesondere von konkurrierenden Vorschlägen in der Literatur. Hauptkenntnisinteresse dieses Teils ist die Fortentwicklung des Begriffs des systemischen Defizits im Verlauf der Krise sowie die verschiedenen Stränge an Vorschlägen, auf welche dabei zurückgegriffen werden kann.

Der zweite Teil (C.) hat die topische Beschreibung der Rechtsstaatlichkeitskrise zum Gegenstand. Diese orientiert sich gleichermaßen am Erkenntnisinteresse des Wissenschaftlers wie des Praktikers. Es gilt zu klären, warum insbesondere Polen und Ungarn im Verlauf der Krise so interessiert haben, warum andere Mitgliedstaaten weniger von Interesse waren und welche von ihnen sogar fälschlicherweise in den Fokus gerückt sind.

Nachdem damit notwendige Verständnisvoraussetzungen geschaffen sind, nimmt der dritte Teil (D.) den für diese Arbeit ganz wesentlichen

24 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 283-328, insb. S. 286, auch 306 ff.

25 Michael Ioannidis, „Weak Members and the Enforcement of EU Law“, in: András Jakab & Dimitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, S. 476-492, insb. S. 481; zu „Schwächen“ jüngst nochmals auch Armin Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 10 und f.

26 S. näher unsere Überlegungen bei Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1086 ff.

Begriff der Verfassungsaufsicht in den Blick und stellt die Argumente für seine Verwendung vor.

Vor einem kurzen Blick auf Entwicklungsperspektiven im letzten Teil (F.) stellt der vierte Teil (E.) das Rechtsregime der Verfassungsaufsicht vor, strukturiert in hier sog. partielle Verfahren, die keine Berichtigungsphase kennen, und solche, die diese mit umfassen.

In diese Darstellung fließen eigene Erfahrungswerte aus teilnehmender Beobachtung²⁷ ein, die auf der zweifachen Abordnung zum Referat Justizpolitik und Rechtsstaatlichkeit (Referat C.1) der Generaldirektion Justiz und Verbraucher der Europäischen Kommission zum einen im Frühjahr 2017 sowie im Herbst und Winter 2018-2019 beruhen.

Diese teilnehmende Beobachtung hat zunächst die Vermutung bestätigt, die durch eine Rede der früheren Justizkommissarin *Viviane Reding* 2013 erstmals öffentlich wurde,²⁸ dass es, trotz erheblicher Bedeutung anderer Dienststellen, wie insbesondere des Juristischen Dienstes, die Generaldirektion Justiz und Verbraucher (GD JUST) war, die dieses Verfassungsaufsichtsregime entwickelt hat. Es liegt dort in den Händen einer Gruppe von Referenten und ihrer Vorgesetzten, die neben juristischer Expertise und Praxiserfahrung eine enorme Bandbreite europäischer akademischer Ausbildung und Werdegänge in sich vereint.

27 Zur teilnehmenden Beobachtung etwa Richard F. Fenno, Jr., „Observation, Context, and Sequence in the Study of Politics“, in: *American Political Science Review* 80 (1986), S. 3-15; Überblick zur Methodik und Vorarbeiten bei Helmar Schöne, „Die teilnehmende Beobachtung als Datenerhebungsmethode in der Politikwissenschaft: methodologische Reflexion und Werkstattbericht“, in: *Historical Social Research* 30 (2005), S. 168-199. Mehrfach haben europarechtliche Dissertationen am Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht auf derartigen Praxiserfahrungen aufgebaut, s. nur, Florian von Alemann, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung: Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung*, Springer, Heidelberg 2006; ebenso, Johanna Elisabeth Dickschen, *Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden: eine dogmatische Vermessung*, Springer, Heidelberg/Berlin, 2017.

28 Viviane Reding, Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner, „The EU and the Rule of Law – What next?“, Rede vor dem Centre for European Policy Studies, Brüssel, vom 04.09.2013, SPEECH/13/677, S. 9. Die Rolle einzelner Dienststellen der Kommission ist sicherlich kein dominierender Interessenschwerpunkt im Unionsrecht. S. aber z.B. zur Rolle des Juristischen Dienstes in den Anfangsjahren der Union Juli Bailleux, „The role of the legal service of the European executives in the invention of EC Law and the birth of the Common Market Law Review“, in: *Common Market Law Review* 50 (2013), S. 359–367.

Die Konzentration von Expertise und Maßnahmengestaltung, die die Arbeit der GD JUST dabei für die Betreuung der Rechtsstaatlichkeitskrise entfaltet, ist nicht nur aus Governance Gesichtspunkten oder rechtssoziologisch interessant. Sie ist wesentliches Indiz für die Annahme eines kohärenten Rechtsregimes, und sie hat des Weiteren die Annahme gestärkt, dass die Kommission im Rahmen der Krise als zentraler Akteur zu gelten hat.

Keinesfalls wird hier angetreten, investigativ vermeintliche Interna offenzulegen, noch sich die Behauptung anzumaßen, dass Vorgänge und Abläufe abschließend bekannt seien. Im Rahmen der mir eingeräumten Einblicke und nicht zuletzt der Rechtsprechung des Gerichtshofs²⁹ lautet das Vorhaben vielmehr, Organisationsstrukturen und Arbeitsgrundsätze in der Europäischen Kommission herauszuarbeiten, von denen ich meine, dass sie der Rechtswissenschaft bislang weniger konkret vor Augen standen und welche die Praktiker vor Ort als das Vorhaben ansehen sollen, die Strukturen und Herausforderungen der Arbeit der Kommission aufzuzeigen und auch zu würdigen. Die hier geschilderten Organisationsstrukturen sind, sofern nicht bereits in Redings Rede offensichtlich, frei zugänglich,³⁰ es gilt aber, sie besonders nachzuzeichnen. Rückschlüsse in der Sache beruhen ganz überwiegend auf öffentlich zugänglichem Material. Folgerungen, die sich auf eigene Anschauung stützen, werden als solche hervorgehoben. Weiter nennt die Arbeit keine Namen, merkt aber an, dass einige Beamte entschieden haben, in der Krise akademisch-publizistisch tätig zu sein³¹ und persönliche Meinungen zu einzelnen Verfahren darzulegen.

29 Zu den Grenzen späterer Berichterstattung über die Arbeit der Europäischen Kommission aufgrund eigener Erfahrungswerte s. EuGH, Rs. C-274/99 P, Bernard Connolly ./ Kommission, Urteil vom 06.03.2001, ECLI:EU:C:2001:127. Das Urteil betraf freilich einen Beamten der Kommission und die Streitgegenständliche Schrift verfolgte eine dieser Arbeit konträr entgegengesetzte Intention.

30 Verfügbar unter: <https://op.europa.eu/en/web/who-is-who>.

31 S. grundlegend insb. Emmanuel Crabit & Nicolaas Bel, „The EU Rule of Law Framework“, in: Werner Schroeder (Hrsg.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Hart, Oxford/Portland, 2016, S. 197-206; Emmanuel Crabit & Anna Perego, „L'État de droit: une politique de l'Union européenne“, in: *Revue du Droit de l'Union européenne* 20 (2019), S. 7-14; s. weiter Frank Hoffmeister, „Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels?“, in: Armin von Bogdandy & Pál Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, 2015, S. 195-233; Bernd Martenczuk, „Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrumente der

Aus meinem Einblick in das Innenleben der Europäischen Kommission im Rahmen der Krise folgt allerdings auch ein normativer Standpunkt. Ich meine, dass die herrschende Meinung häufig dem Reflex erliegt, vorschnell über die Kommission zu urteilen. Das verleiht denjenigen Auftrieb, die dies wohlüberlegt tun. Die ungarische Regierung hat etwa sogar gemeint, einen am Europäischen Semester beteiligten ungarischstämmigen Kommissionsbeamten einzeln herausgreifen und öffentlich und persönlich angreifen zu müssen.³² Das ist ein einmaliger Vorgang.

Auch in der Wissenschaft war die Rezeption der Arbeit der Kommission häufig reserviert³³ und verstärkt von Misstrauen geprägt. *Laurent Pech* und *Sébastien Platon* bescheinigen der Kommission exemplarisch „Prokrastination“³⁴ und sehen im Übrigen in den Handlungen der Kommission vorrangig Fehlschläge.³⁵ Gleichzeitig gehören beide Autoren aber zu denjenigen, die vermehrt an das Generalsekretariat von Kommission und Rat mit Auskunftsanfragen zu einer großen Bandbreite an internen Dokumenten herantreten.³⁶ Obwohl diese Anfragen durchaus von Interesse für die Wissenschaft sein können, bedürfen sie der genaueren Abwägung und häufig auch der Zurückhaltung, da sie das Vertrauen zwischen Wissenschaft und Praxis,³⁷ dessen es in der Rechtsstaatlichkeitskrise zur gemeinsamen Analyse und Lösung insbesondere zwingend bedarf, nicht vertiefen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, inwieweit Schriftsätze laufender Verfahren, deren Veröffentlichung verlangt wird,³⁸ einen unmittelbaren Beitrag zur

Wahrung der Grundwerte der Union“, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 41-59.

32 S. die Pressemitteilung „EU’s country report is a political and campaign report“ vom 08.03.2018, abrufbar unter: <https://www.kormany.hu/en/government-spokes-person/news/eu-s-country-report-is-a-political-and-campaign-report>.

33 Jüngst exemplarisch Petra Bárd, „The von der Leyen Commission and the Future of the Rule of Law“, *Verfassungsblog* vom 11.11.2019, o.S.

34 Laurent Pech, Laurent & Sébastien Platon, „Menace systémique envers l’Etat de droit en Pologne : entre action et procrastination“, *Question d’Europe/Fondation Robert Schuman Policy Papers*, Fondation Robert Schuman, 2017, insb. S. 4 und 9.

35 Laurent Pech, Laurent & Anna Wójcik, „A Bad Workman always Blames his Tools‘: an Interview with Laurent Pech“, *Verfassungsblog* vom 28.05.2018, o.S.

36 Die Anfragen sind einsehbar unter: <https://www.asktheeu.org>.

37 Diese Maxime folgt, dort für die Politikwissenschaft entwickelt, den Forderungen von Wilhelm Hennis, „Aufgaben einer modernen Regierungslehre“, in: *Politische Vierteljahresschrift* 6 (1965), S. 422-441, insb. S. 427 ff.

38 Laurent Pech, „Lex CEU: On the Commission’s Refusal to Disclose its Letter of Formal Notice in the Name of Mutual Trust“, *Verfassungsblog* vom 07.07.2017, o.S.

Beurteilung liefern, wenn das letzte Wort des Gerichtshofs noch aussteht. In der gegenwärtigen Krise erhalten derartige Vorstöße vielmehr häufig Applaus von der falschen Seite.

Die Herausarbeitung der *Funktions-, Nutzungs- und Entwicklungsgrundsätze* des Verfassungsaufsichtsinstrumentariums innerhalb der Kommission soll, neben einer Analyse des späteren Materials selbst, daher einen Gegenpol zu diesen Vorgehensweisen und Auffassungen sein. Ich bin der festen Überzeugung, dass dadurch ein akkurateres Bild vom Hauptakteur der europäischen Rechtsstaatlichkeitskrise gezeichnet wird. Auch normativ ist dies geboten. Die Kommission leistet keinesfalls stets fehlerfreie Arbeit, sie hat nicht alle Entwicklungen vorausgesehen, nicht – gerade als eine streng an die Verträge und das Legalitätsprinzip gebundene Institution – stets rechtspolitisch alle Folgen korrekt abgeschätzt. Das liegt aber in der Natur allen Krisenmanagements und rechtfertigt die stete Kritik an ihr weder im Umfang noch in der Sache. Wie das Europäische Parlament als eine gewählte Legislative aller Unionsbürger wahrgenommen wird, so sollte es der Öffentlichkeit in den Mitgliedstaaten gelingen, die Europäische Kommission nicht als graue Technokratie, sondern als eine gemeinsame, föderale Exekutive und Gubernative für alle Unionsbürger und in Kooperation, nicht Konfrontation, mit den Mitgliedstaaten zu sehen. Ungezählte Beschwerden³⁹ gerade aus Osteuropa im Verlauf der Krise, die in den Tiefen der Kommissionsdienststellen bearbeitet werden, zeugen davon, dass sie es für viele Bürger bereits ist.

Armin von Bogdandys Feststellung eines „constitutional moment“ der Union in der Krise⁴⁰ muss man daher die Beobachtung eines „anthropological moment“⁴¹ ihres wohl wirkmächtigsten Organs zur Seite stellen. Die Kommission ist in der Krise nicht nur für viele Betroffene unvermutet

39 Die Bedeutung derselben hat die Kommission nur selten deutlich gemacht, s. aber Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zu Artikel 7 des Vertrags über die Europäische Union. Wahrung und Förderung der Grundwerte der Europäischen Union, KOM(2003) 606 endgültig vom 15.10.2003, S. 4.

40 Armin von Bogdandy, „Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies“, S. 3, unter Berufung auf den zuvor durch Bruce Ackerman geprägten Begriff. Vgl. auch zuvor 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“, in: *Common Market Law Review* 55 (2018), S. 983-996, insb. S. 984-985.

41 Sehr illustrativ in dieser Hinsicht Marc Abélès, Irène Bellier, & Maryon McDonald: „Approche anthropologique de la Commission européenne“, Studie des Centre National de la Recherche Scientifique, Paris und der University of West

nahbar geworden, sie hat sich auch, angesichts der Beschränkungen ihrer Möglichkeiten aus den Verträgen und der Politisierung der Vorgänge, erstaunlich verwundbar, diskursiv und nachdenklich gezeigt. „Prokrastiniert“ aber haben ihre Verantwortlichen wahrlich nicht.

Gleichzeitig könnten die hier getroffenen Feststellungen auch als Aufforderung an die Kommission dienen, Absichten und Überlegungen gerade der Fachöffentlichkeit noch besser als bisher darzulegen. Die Kommission hat dies für den Bürger vereinzelt, insbesondere im Hinblick auf die Lage in Ungarn, bereits getan,⁴² und sie hat im April 2019 eine bis dato einmalige „stakeholder consultation“, die für alle Beteiligten offenstand, abgehalten. Die Vorbereitung sog. „Rechtsstaatlichkeitsberichte“ im Frühjahr 2020 setzt diese Linie fort.⁴³ Weder sie, noch die der Rechtsstaatlichkeit wohlwollend zugewandten und sie im Rat unterstützenden Mitgliedstaaten können aber in einer derart politisierten, gleichzeitig indes höchst technischen und kleingliedrigen Krise darauf warten, dass erst ein Kabarettist des öffentlichen Fernsehens sich der Thematik annimmt (so geschehen in den Niederlanden durch *Arjen Lubach*),⁴⁴ bis die Öffentlichkeit einen besseren und vor allem prägnanten Zugang zum Material hat. Die deutsche Bundesregierung hat im September 2019 mit ihrer Kampagne „Wir sind Rechtsstaat“ einen Weg aufgezeigt, der dabei gegangen werden könnte,⁴⁵ aber ausgebaut werden muss. Denn letztendlich wird sich die Rechtsstaatlichkeitskrise auch in der öffentlichen Meinung entscheiden.

London im Auftrag der Europäischen Kommission, 1993, abrufbar unter: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00374346>.

42 Vgl. die Veröffentlichung „Facts Matter: European Commission responds to Hungarian government campaign“ ohne Datum oder Az., abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/facts_matter_hungarian_government_campaign_en.pdf.

43 S. hierzu https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-report_en.

44 Vgl. die Sendung „Judith Sargentini en Hongarije“ vom 14.10.2018, des Kabarettisten Arjen Lubach im Rahmen seines Programms „Zondag met Lubach“ des öffentlich-rechtlichen niederländischen Senders VPRO; zur Rezeption im Ausland De Telegraaf, Zondag met Lubach-filmpje hit in Hongarije vom 21.10.2018.

45 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, „Informationskampagne „Wir sind Rechtsstaat“ startet bundesweit“, Pressemitteilung vom 20.09.2019, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/092019_WirSindRechtsstaat.html. Auf die Bedeutung der Einbeziehung der Öffentlichkeit habe ich bereits hingewiesen in „Le manquement perpétué en droit de l’Union européenne“, unveröff. Abschlussarbeit der École nationale d’administration, Straßburg vom 20.11.2019, S. 18.