



Forschungsstelle
für Europäisches
Umweltrecht

FEU RESEARCH PAPER NO. 17/2024



EUROPÄISCHE VERFASSUNGSAUFSICHT – ART. 7 EUV

Prof. Dr. Claudio Franzius



**Forschungsstelle
für Europäisches
Umweltrecht**

Arbeitspapier Nr. 17

Impressum

Herausgeber/Redaktion:

Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht

Universität Bremen

Universitätsallee, GW 1

28359 Bremen

Nachdruck:

Nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers

Bildnachweis:

Universität Bremen

Bremen, im Februar 2024

Europäische Verfassungsaufsicht – Art. 7 EUV

Claudio Franzius*

Abstract

Art. 7 EUV bezieht sich explizit auf die in Art. 2 EUV niedergelegten Werte und damit den Verfassungskern der europäischen Gesellschaft, darf aber nicht so verstanden werden, dass allein darüber die gemeinsamen Werte in den Mitgliedstaaten sicherzustellen sind. So richtig der in Art. 7 EUV zum Ausdruck kommende Primat der Politik auch ist, wird darüber der Weg über das Recht wie das Vertragsverletzungsverfahren doch nicht versperrt. Und so unverzichtbar ein zentrales Instrument der Verfassungsaufsicht für die Durchsetzung der Werte auch ist, so vergeblich ist die Suche nach dem einen Instrument, um auf die anhaltende Rechtsstaats- und Demokratiekrise in einzelnen Mitgliedstaaten zu reagieren. Unter einem verfassungspluralistischen Deutungsangebot werden der europäischen Verfassungsaufsicht auch dezentrale Mechanismen zugeordnet, etwa politisch der Schutz der Opposition oder rechtlich der Einsatz des Vorabentscheidungsverfahrens zur Verknüpfung der Rechtsordnungen im Verfassungsverbund. Die zentrale These dieses Beitrags lautet, dass es auf die richtige Kombination der Instrumente in der Verfassungsaufsicht ankommt, die mit der Verhängung von Zwangsgeldern durch den EuGH nur wenig bewirken mag, aber mit der Zurückbehaltung von Haushaltsmitteln nach der Konditionalitätsverordnung schon mehr erreichen kann und mit der hier vorgeschlagenen „Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts“ ein bislang nicht ausgeschöpftes Potential zur Durchsetzung der Werte in der europäischen Gesellschaft haben könnte. Richtig eingesetzt, machen die Instrumente der europäischen Verfassungsaufsicht einen Ausschluss von Mitgliedstaaten entbehrlich. Art. 7 EUV und der hierdurch nicht prinzipiell versperrte rechtliche Zugriff auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen stützen einen transformativen Konstitutionalismus, der zentrale und dezentrale sowie politische und rechtliche Mechanismen miteinander zu verbinden sucht, um die Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung vor dem Hintergrund eines gemeinsamen Verfassungskerns der europäischen Gesellschaft zu schützen.

Keywords

Rechtsstaats- und Demokratiekrise, Verfassungsaufsicht, Verfassungspluralismus, Recht und Politik, EU-Rechtsstaatsrahmen, Konditionalitätsverordnung, Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts, Relative Homogenität, Schutz der Opposition, Ausschluss von Mitgliedstaaten.

* Für hilfreiche Anmerkungen bei der Entstehung dieses Beitrags danke ich *Armin von Bogdandy* und *András Jakab*, ferner *Isabelle Ley*, *Franz Mayer* und meinem Mitarbeiter *Sebastian Hapka*. Der Beitrag ist vorgesehen für: *Bast/von Bogdandy* (Hrsg.), *Unionsverfassungsrecht*, im Erscheinen.

Inhalt

I. Problem	3
1. Causa Österreich	3
2. Polen und Ungarn	3
3. Pushbacks in Griechenland.....	4
II. Normgenese und Normstruktur	5
1. Art. 7-Verfahren	6
2. Rechtsstaatsrahmen	8
3. Kontext	10
III. Theorie	12
1. Verfassungspluralistisches Deutungsangebot.....	12
a) Recht oder Politik: Wer schützt die Werte?.....	13
b) Zentral oder dezentral? Zusammenlesen der Verfassungen	14
2. Konsequenzen	15
a) Recht und Politik	15
b) Relative Homogenität in der Föderation.....	17
c) Europäische Verfassungsaufsicht	18
IV. Dogmatik	19
1. Systematischer Kontext.....	20
a) Rechtsstaatsrahmen	20
b) Fiskalische Verfassungsdurchsetzung	20
c) Sperrwirkung gegenüber anderen Schutzmechanismen?.....	22
aa) Konditionalitätsmechanismus	22
bb) Vertragsverletzungsverfahren	23
cc) Ausdehnung auf Systemverletzungen?	24
2. Dezentrale Alternativen	27
a) Politisch: Schutz der Opposition.....	28
b) Rechtlich: Vorabentscheidungsverfahren.....	28
aa) Grenzen gegenseitigen Vertrauens: Systemische Mängel	30
bb) Transformatives Potential.....	32
cc) Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs	33
3. Kombinationen	34
a) Zentrale Mechanismen.....	35
b) Dezentrale Mechanismen	36
c) Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts?	36
V. Ausblick	38
1. Kritik	38
2. Ausschluss des Mitgliedstaates?	39
3. Transformationspotentiale	40
a) Sicherungen der Demokratie.....	40
b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit?	41
c) „Regimewechsel“	42

I. Problem

1. Causa Österreich

Für den Problemhintergrund des Art. 7 EUV ist die „Causa Österreich“ aufschlussreich. Sie zeigt die Ambivalenz der Norm, werden ihr zur Sicherung der gemeinsamen Werte doch nur geringe Erfolgsaussichten zugetraut, obwohl die Vorschrift für den Erhalt der europäischen Verbundordnung unerlässlich ist.

In Österreich war die Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ) unter ihrem Vorsitzenden *Jörg Haider* aus den Nationalratswahlen im Oktober 1999 als zweitstärkste Partei hervorgegangen. Es deutete sich eine Koalition mit der Österreichischen Volkspartei (ÖVP) an, woraufhin die portugiesische Ratspräsidentschaft im Namen der übrigen dreizehn Regierungen für den Fall der Regierungsbeteiligung der FPÖ weitreichende Sanktionen gegen Österreich ankündigte. Weil ein Verstoß gegen die Grundwerte der Union nicht festgestellt und von der österreichischen Regierung noch gar keine gegen die Union gerichtete Maßnahme ergriffen worden waren, standen die „Sanktionen“ – letztlich wurden nur die bilateralen Beziehungen zur österreichischen Bundesregierung reduziert – auf einer rechtlich unsicheren Grundlage.¹ Zur Konfliktlösung wurden „Drei Weise“ gebeten, die Haltung Österreichs zu den Werten der Union sowie die Entwicklung und politische Natur der FPÖ zu beurteilen. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass die österreichische Regierung zwar die europäischen Werte einhalte, die FPÖ aber als rechtspopulistische Partei mit radikalen Elementen zu qualifizieren sei.² Auf den Hinweis, dass die Isolierung beendet werden sollte, hob die französische Ratspräsidentschaft im September 2000 die Maßnahmen gegen Österreich auf. Es müsse aber für vergleichbare Situationen auf Unionsebene ein Frühwarnsystem entwickelt werden.

2. Polen und Ungarn

Inzwischen hat sich die Situation in Polen und Ungarn dramatisch zugespitzt. Das erstmals 2017 von der Kommission gegen Polen eingeleitete Verfahren nach Art. 7 EUV³ hat die mit dem gezielten Umbau der polnischen Justiz hervorgetretenen Erosionen der Rechtsstaatlichkeit⁴ bislang nicht aufhalten können.⁵ Heute liegt in mitgliedstaatlichen Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ein zentrales Problem für den Zusammenhalt der Union, die wegen ihrer Konstruktion als Verbundordnung in besonderem Maße auf das Intaktbleiben der mitgliedstaatlichen Verfassungen angewiesen ist und sich Gleichgültigkeit gegenüber innerstaatlichen Vorgängen nicht leisten kann, soll das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft nicht untergraben und

¹ *Frank Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Berlin: Springer 2002, 28 ff.

² *Martti Ahtisaari/Jochen Frowein/Marcelino Oreja*, Österreich-Bericht für die 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, 404-416 (414).

³ *Europäische Kommission*, Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, KOM (2017), 835 final.

⁴ Dazu *Eva Ellen Wagner*, Wertebindung und Wertesicherung in der Europäischen Union, in: Stephanie Schiedermaier/Mark D. Cole/Eva Ellen Wagner (Hrsg.), Verfassungsrecht, Internationales Recht, Medienrecht, FS für D. Dörr, Heidelberg: C. F. Müller 2022, 213-228.

⁵ Zu Polen *Wojciech Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: OUP 2019. Zur aktuellen Entwicklung *Anna Wyrozumska*, Conflict Between the Polish Constitutional Tribunal and the CJEU With Regard to the Reforms of the Judiciary, AVR 60 (2022), 379-409; *Andrzej Drzemczewski*, The Erosion of the Rule of Law and of Judicial Independence in Poland since 2015. The Council of Europe's Reaction – too Little, too Late?, in: Jakub Urbanik/Adam Bodnar (Hrsg.), Περιμένοντας τους Βαρβάρους. Law in a Time of Constitutional Crisis. Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski, Warschau: C.H. Beck 2021, 149-167.

der Verfassungskern beschädigt werden.⁶ Dazu gehört die Anerkennung des Vorrangs des Unionsrechts, der vom polnischen Verfassungsgerichtshof offen in Frage gestellt wird.⁷ Zwar hat die Missachtung von Urteilen des EuGH erneut Vertragsverletzungsverfahren und Zwangsgelder gegen Polen provoziert. Aber auch im Falle einer Verurteilung ist das Problem dadurch nicht gelöst, sind die Fronten erst einmal so verhärtet wie im Konflikt mit dem Umbau der Justiz in Polen.

Art. 7 EUV etabliert ein politisches Verfahren, lässt die rechtlichen Sicherungen aber nicht hinter der Politik zurücktreten, wie es von den Unionsorganen lange Zeit gegenüber Ungarn unter der Regierung von *Viktor Orbán*⁸ praktiziert wurde. Zwar ist auch hier ein Verfahren nach Art. 7 EUV eingeleitet worden. Weil illiberale Tendenzen jedoch kein Einzelfall sind, der Autoritarismus vielmehr um sich greift⁹ und beginnt, auch intakte Demokratien zu infizieren, wird man die von Art. 7 Abs. 2 EUV verlangte Einstimmigkeit im Europäischen Rat für den Feststellungsbeschluss einer „schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung der Werte“ kaum erwarten können. Das mag dem politischen Verfahren als „Drohkulisse“ die Zähne nehmen, kann aber für die rechtlichen Verfahren durchaus Wirkungen haben, indem bereits die Vorstufe der Gefahr einer Werteverletzung im Vertragsverletzungs- oder Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH aufgegriffen wird. Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass Art. 7 EUV in den Unionsorganen „angekommen“ ist. So schwer es auch fällt, das komplizierte Verfahren bis in die Sanktionsstufe zu tragen, ist der wachsende Rechtfertigungsdruck der betreffenden Mitgliedstaaten in den Unionsorganen doch längst Realität.

3. Pushbacks in Griechenland

Zwar mag ein „lernender Autoritarismus“¹⁰ beobachtet werden können, der von Regierungen zum Verbleib in der Union an den Tag gelegt wird. Die Unterschiede in den Mitgliedstaaten sind jedoch erheblich.¹¹ Deshalb verbietet es sich, alle betreffenden Mitgliedstaaten über einen Kamm zu scheren und mit dem Finger auf Polen oder Ungarn zu zeigen, anderswo wie vor allem in Rumänien¹² oder Griechenland aber wegzusehen.

So sind ein weiteres Beispiel für den Problemhintergrund dieses Beitrags die illegalen „Pushbacks“ in Griechenland, mit denen Migranten gehindert werden, einen Asylantrag an der Außen- grenze der Union zu stellen. Dies geschieht, wie ein OLAF-Bericht verdeutlicht, im kollusiven Zusammenwirken mit der EU-Grenzschutzbehörde FRONTEX und gefährdet das Leben gewaltsam

⁶ Statt vieler *Rainer Hofmann/Alexander Heger*, Die Zukunft der Europäischen Union als Werteunion, EuGRZ 2022, 361-378 (363 ff.).

⁷ Polnischer Verfassungsgerichtshof, Urteil v. 7.10.2021, K 3/21. Leitsätze: EuR 2022, 511-520; dazu *Hermann-Josef Blanke/Aimee Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher. Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54-84 (69 ff.).

⁸ Zu Ungarn *László Sólyom*, The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary, in: Armin von Bogdandy/Pál Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Baden-Baden: Nomos 2015, 5-31.

⁹ *Günter Frankenberg*, Autoritarismus, Berlin: Suhrkamp 2020, 92 ff.

¹⁰ Begriff: *Christoph Möllers/Linda Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 94.

¹¹ Vgl. *Zoltán Szente*, Subverting Judicial Independence in the New Authoritarian Regimes: Comparing Polish and Hungarian Judicial Reforms, in: Martin Belov (Hrsg.), The Role of Courts in Contemporary Legal Orders, The Hague: Eleven International 2019, 341-357.

¹² Zu Verstößen gegen die Unabhängigkeit der Justiz EuGH, Urteil v. 18.5.2021, Rs. C-83/19 u.a., ECLI: EU:C:2021:393, Rn. 179 ff. – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“*, Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-357/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 154 ff. – *Euro Box Promotion* mit der Betonung eines unbedingten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts; krit. *Ferdinand Weber*, Die Identität des Unionsrechts im Vorrang, JZ 2022, 292-301 (295 ff.).

auf See ausgesetzter Menschen, die dort zu ertrinken drohen.¹³ Mag die Anwendung des Art. 7 EUV zur Durchsetzung der „Werte“ des Art. 2 EUV mit Blick auf die Mitgliedstaaten wegen ihrer durch Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten „Identität“ auch Zurückhaltung gebieten, so kann dieser „Standard“ kaum ähnlich zurückhaltend für die Einhaltung der grundlegenden Werte durch die Unionsorgane gelten.¹⁴ Es muss aber gesehen werden, dass sich Art. 7 EUV nicht gegen die Union richtet und punktuelle Verstöße eines Mitgliedstaates gegen das Unionsrecht nicht ausreichen, um das Art. 7-Verfahren zu aktivieren. Die Pushbacks in Griechenland fallen daher nicht unter Art. 7 EUV.¹⁵

Wie aber ist Art. 7 EUV zu verstehen (II.)? Unter einem verfassungspluralistischen Deutungsangebot, das auf ein Zusammenlesen der Verfassungen gerichtet ist (III.), geht es dogmatisch darum, die passenden Kombinationen nach Maßgabe der Einsicht zu finden, dass es eine ideale Lösung für das Problem nicht gibt, es aber sinnvoll ist, an die analytische Unterscheidung zwischen zentralen und dezentralen Sicherungsmechanismen in Recht und Politik anzuknüpfen und neue Verbindungen aufzuzeigen (IV.). Das legt den Weg für das Transformationspotential des Unionsverfassungsrechts offen, dem aufgegeben ist, die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen in Übereinstimmung mit den Werten des Art. 2 EUV zu bringen (V.).

II. Normgenese und Normstruktur

Art. 7 EUV ist mit dem Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht eingeführt worden, hat aber Vorläufer, die zur Abwehr kommunistischer Bestrebungen angedacht waren¹⁶ und wird teilweise immer noch verstanden, als sei die Vorschrift für die Abwendung eines Militärputschs in einem Mitgliedstaat geschaffen worden.¹⁷ Mit dem Vertrag von Nizza ist der Anwendungsbereich insoweit ausgedehnt worden, als schon mit der Gefahr einer Verletzung der gemeinsamen Werte das Verfahren eingeleitet werden kann. Der Verfassungsvertrag verortete den Sicherungsmechanismus bei der „Zugehörigkeit zur Union“ in Art. I-59 VVE, doch die heutige Fassung durch den Vertrag von Lissabon kehrte systematisch zu Art. 7 EUV zurück, nimmt jetzt aber nicht mehr die Grundsätze des Art. 6 EUV a.F., sondern die Werte des Art. 2 EUV in Bezug.¹⁸

¹³ OLAF, Final Report on Frontex, CASE No OC/2021/0451/A1 (unveröffentlicht), <<https://fragdenstaat.de/dokumente/233972-olaf-final-report-on-frontex>>. Zur Unvereinbarkeit der Lebensbedingungen in den griechischen „Hotspots“ mit der Menschenwürde EGMR, *A.D. v. Greece*, App. No. 55363/19, Urteil v. 4.4.2023.

¹⁴ Zur „Doppelnatur“ des Art. 2 EUV von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV. Je nach Anwendungskontext entspreche die Vorschrift unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Grundverständnissen. Für die Unionsrechtsordnung sei es die „Grundordnung“ der Union, für die nationalen Rechtsordnungen dagegen nur eine bloße „Rahmenordnung“. Zu beiden Dimensionen auch *Luke Dimitrios Spieker*, *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, Oxford: OUP 2023.

¹⁵ Es handelt sich um schwerwiegende kontinuierliche Grundrechtsverletzungen, aber es lässt sich kaum sagen, die Rechtsstaatlichkeit oder Demokratie in Griechenland sei systematisch erodiert. Das schließt ein Vorgehen nach Art. 7 EUV aus.

¹⁶ Siehe etwa *Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. EL, München: C.H. Beck 2023, Art. 7 EUV, Rn. 1 mit dem Hinweis auf einen 1978 unterbreiteten Vorschlag der Kommission für ein „Feststellungs- und Sanktionsverfahren“ aus Anlass des geplanten Beitritts Griechenlands.

¹⁷ Implizit *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 65. Dafür spricht, dass die Motive für die Vorgängerregelung im Zeichen des Beitritts Griechenlands standen, wo von April 1967 bis Juli 1974 die Militärdiktatur der Obristen herrschte.

¹⁸ Zur Geschichte des Art. 7 EUV *Wojciech Sadurski*, *Adding Bite To A Bark. The Story of Article 7, E.U. Enlargement*, And Jörg Haider, *Columbia Journal of European Law* 16 (2010), 385-426.

Zwar ist unsicher, inwieweit das an strenge Voraussetzungen gebundene politische Verfahren geeignet ist, der schleichenden Aushöhlung der gemeinsamen Werte zu begegnen. Dafür ist jedoch in Erinnerung zu rufen, dass in allen föderativen Ordnungen die zwangsweise Durchsetzung der Übereinstimmung mit den Grundwerten der gemeinsam getragenen Ordnung prekär ist. Das zeigen die historischen Konflikte in Bundesstaaten, die keine überzeugende institutionelle Lösung gebracht haben, sondern letztlich mit Gewalt gelöst wurden. Weil wir bis heute sogar in konsolidierten Bundesstaaten nicht wissen, wie mit dem Problem umzugehen ist, erscheint die Hilflosigkeit der Union gegenüber autoritären Entwicklungen in ihren Mitgliedstaaten wenig erstaunlich.¹⁹

Zur Bewältigung der „Causa Österreich“ wurde auf das damalige Art. 7-Verfahren nicht zurückgegriffen. Manche sahen darin einen Verfassungsbruch. Aus dem Konflikt ging seinerzeit die FPÖ gestärkt hervor, obwohl ihr damaliges Programm den Werten des heutigen Art. 2 EUV widersprach. Dieser Umstand hat jedoch zu keinem Zeitpunkt die Sorge um ein Abgleiten Österreichs in eine autoritäre Ordnung rechtfertigen können, weshalb dieser Fall als ein Menetekel für die Union und ihre Maßnahmen zum Schutz der Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung in die Geschichte der „Wertegemeinschaft“²⁰ eingegangen ist. Um Entwicklungen in den Mitgliedstaaten besser überwachen zu können, wurde in Reaktion auf die „Causa Österreich“ dem Feststellungs- und Sanktionsverfahren eine Stufe vorgeschaltet, die nach Art. 7 Abs. 1 EUV ein Handeln der Unionsorgane schon bei der Gefahr der Verletzung grundlegender europäischer Werte erlaubt (1.). Wie die jüngeren Entwicklungen in Mitgliedstaaten wie Polen oder Ungarn unter einer weiteren Vorverlagerung der Reaktions- und Einflussmöglichkeiten durch den Rechtsstaatsrahmen der Kommission (2.) zeigen, ist es mit der Ermöglichung von Vorfeldmaßnahmen allein nicht getan. Nutzlos ist Art. 7 EUV damit aber nicht (3.).

1. Art. 7-Verfahren

Die politische und zentrale Antwort der Verträge²¹ auf die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV ist unschwer in Art. 7 EUV zu finden. Das Verfahren ist dreistufig ausgestaltet: Große Hoffnungen wurden in die Vorverlagerung der Reaktionsmöglichkeiten durch den Frühwarnmechanismus des Art. 7 Abs. 1 EUV gelegt, der mit dem Vertrag von Nizza in Reaktion auf das Vorpreschen der Mitgliedstaaten in der „Causa Österreich“ im Primärrecht aufgenommen wurde. Obwohl sich viele Institutionen wie die Venedig-Kommission²² und der EuGH einig sind, dass in Polen oder Ungarn eindeutige Anzeichen für eine Gefahr der Verletzung der in Art. 2 EUV normierten Werte vorliegen, fällt es den Unionsorganen schwer, eine hinreichend klare Feststellung zu treffen, die als eine im Vertrag angelegte Voraussetzung für die im Europäischen Rat nach Art. 7 Abs. 2 EUV einstimmig zu treffende Feststellung der Werteverletzung vorliegen muss, bevor es möglich ist, die nach Art. 7

¹⁹ So *Christoph Möllers*, Die EU als demokratische Föderation, Köln: Klaus Bittner 2019, 35 f. Am Anfang war die Union alles andere als eine Wertegemeinschaft, vgl. *Kiran Patel*, Project Europe, Cambridge: CUP 2020, 146 ff.

²⁰ Krit. *Martin Nettesheim*, „Gegründet auf Werten ...“. Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas, Baden-Baden: Nomos 2019, 91-110.

²¹ Zum Begriff des Politischen *Juliane Kokott*, Der Begriff „politisch“ im Normzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, ZaöRV 51 (1991), 603-650; *Josef Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 1993, § 162; *Alexander Melzer*, Das Politische und das europäische Verfassungsrecht, Der Staat 57 (2018), 529-562 (546 ff.).

²² Dazu *Thomas Markert*, Die Venedig-Kommission des Europarats. Vom Beratungsgremium zum Akteur der Verteidigung von Rechtsstaat und Demokratie (1990-2022), EuGRZ 2022, 608-636.

Abs. 3 EUV denkbaren Sanktionen mit Strafcharakter²³ auszusprechen. Dazu gehören neben der ausdrücklich erwähnten Aussetzung des Stimmrechts im Rat die Aussetzung von Teilnahme- und Mitwirkungsrechten in den unionsrechtlich vorgesehenen Gremien. Umstritten ist, ob zu den Sanktionen auch die Aussetzung von Ansprüchen aus dem unionalen Finanztransfer gehören.²⁴ Der Vertragstext bleibt insoweit etwas kryptisch, wenn es in Art. 7 Abs. 3 S. 2 EUV heißt, der Rat berücksichtige bei der Aussetzung von Rechten „die möglichen Auswirkungen einer solchen Aussetzung auf die Rechte und Pflichten natürlicher und juristischer Personen“.

Art. 7 EUV ist neben Art. 2 EUV die einzige Vorschrift der Unionsverträge, die alle Felder des mitgliedstaatlichen Handelns erfasst, also auch jene, die deren alleiniger Kompetenz unterfallen, hat aber anders als das Vertragsverletzungsverfahren eine klare politische Stoßrichtung. Die Vorschrift strukturiert das Handeln der Unionsorgane, sind diese mit Verletzungen der Werte des Art. 2 EUV konfrontiert. Den Unionsorganen ist für die Entscheidung, das Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, ein breites Ermessen eingeräumt, das als Verfahrensermessen auch der Kontrolle durch den EuGH unterliegt. Die Gefahrenschwelle richtig zu bestimmen, fällt aber nicht einfach. Erfolgt der Zugriff zu spät, kann die Maßnahme nichts mehr retten, geschieht er zu früh, so wird der Anlass die Maßnahme nicht rechtfertigen können.²⁵ Der Ausschluss einer materiellen Rechtskontrolle durch den EuGH ist angesichts der Tragweite des Verfahrens für den betreffenden Mitgliedstaat verständlich, aber doch überraschend, sind es doch gerade föderative Konflikte gewesen, die für die Entstehung und den „Daseinsgrund“ der Verfassungsgerichtsbarkeit verantwortlich gemacht werden.²⁶ Deshalb wird im Ausschluss der Justiziabilität nach Art. 269 AEUV ein Fall „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ gesehen.²⁷ Das ist in der Diktion nicht unproblematisch, wengleich man sich nicht nur von der in der Politikwissenschaft verbreiteten Vorstellung befreien sollte, das von Recht nur gesprochen werden könne, wenn es zwangsbewehrt ist, sondern ebenso davon, dass eine gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen sein soll, wo es sich um einen originär politischen Konflikt handelt.

Aber es drohen Blockaden, wenn sich Mitgliedstaaten gemeinsam einer „illiberalen Demokratie“ unter Zurückdrängung oder Gleichschaltung der Justiz verschreiben und im Europäischen Rat zusammenschließen, um das Verfahren nach Art. 7 EUV mit dem Einstimmigkeitserfordernis für die Feststellung einer Werteverletzung zu torpedieren. Warum es dann, wie im Fall von Polen und Ungarn, ein „Trick“ sein soll, die Verfahren zu verbinden, um nicht nur einem, sondern beiden Mitgliedstaaten die Stimmberechtigung nach Art. 354 Abs. 1 AEUV im Europäischen Rat zu entziehen, erschließt sich nicht.²⁸ Die Ablehnung, das Aufsichtsregime an die Realitäten anzupassen, führt jedenfalls zu einem paradoxen Ergebnis: Je größer die Gefahr, dass die Union insgesamt Schaden

²³ So schon früher *Frank Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 123; *Ulrike Kassner*, Die Unionsaufsicht, Berlin: Peter Lang 2003, 191.

²⁴ *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 43; a.A. *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 7 EUV, Rn. 25, der auch einen Ausschluss der Klageberechtigung vor dem EuGH für denkbar hält.

²⁵ *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 135.

²⁶ *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30-88 (81).

²⁷ Vgl. *Thomas Giegerich*, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 2019, 61-112 (88 f.). Konsens besteht jedoch darin, dass „mit Blick auf die Mindestinhalte von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ein Nichts-Tun keine Option“ ist, so *Hofmann/Heger* (Fn. 6), 375.

²⁸ So aber *Giegerich* (Fn. 27), 86 gegen *Alexander Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat?, VerfBlog v. 24.7.2017, <<https://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten>>; s. auch *Kim Lane Scheppele*, Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, VerfBlog v. 24.10.2016, <<https://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too>>.

nimmt, desto weniger effektiv sind die Abwehrmaßnahmen, die von der Union ergriffen werden können. Das mag noch nicht gegen die Regelung des Art. 7 EUV sprechen, zeigt aber, dass wir es heute mit Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu tun haben, die eine Weiterentwicklung der europarechtlichen Schutzmechanismen erfordern, die nicht bloß auf eine theoretisch denkbare, aber praktisch wenig wahrscheinliche Änderung der Verträge auszurichten, sondern im geltenden Recht angelegt darauf zu befragen sind, inwieweit mit den vorhandenen Instrumenten in der Gegenwart etwas bewirkt werden kann. Das hat die Sicht auf Art. 7 EUV nachhaltig verändert. Erschien nach dem geflügelten Wort des ehemaligen Kommissionspräsidenten *Barroso*, der in der Vorschrift eine „nuclear option“ sah, die Nutzung des Art. 7-Verfahrens politisch unwahrscheinlich, so hat sich das mit der Intensivierung der Rechtsstaats- und Demokratiekrise in Polen und Ungarn geändert, mag ein Feststellungsbeschluss des Rates nach Art. 7 Abs. 1 EUV in den eingeleiteten Verfahren auch noch ausstehen.²⁹

2. Rechtsstaatsrahmen

Es mag sein, dass in den Verträgen eine Asymmetrie angelegt ist, vergleichsweise strenge Voraussetzungen für den Beitritt zur Union zu formulieren, denen andererseits, sind sie erfüllt und der Beitritt erst einmal vollzogen, keine starken Sicherungsmechanismen zur Gewährleistung der dauerhaften Einhaltung der Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in der Union zur Seite gestellt sind. Einen Bundeszwang kennt die föderale Ordnung der Union nicht. Das Aufsichtsregime muss gerade aus dem Fehlen eines Bundeszwangs entwickelt und ausgeformt werden. Dies war ein Grund für Überlegungen zur Einrichtung einer Kopenhagen-Kommission, die als „watchdog“ das Abgleiten eines Mitgliedstaates von den gemeinsamen Werten überwachen sollte, aber als politischer Sicherungsmechanismus verstanden wurde.³⁰ Zu den politischen Mechanismen gehören auch der von der Kommission als zentrale Vorfeldmaßnahme zu Art. 7 EUV eingeführte EU-Rechtsstaatsrahmen und das so genannte Justizbarometer mit dem auf ein „naming and shaming“ gerichteten Scoreboard, das sich freilich auch unter die dezentralen Mechanismen subsumieren lässt.³¹

Das Rechtsstaatsprinzip ist das Herzstück einer als „Rechtsgemeinschaft“ verstandenen politischen Ordnung.³² So wundert es nicht, dass Sorgen um diesen „Wert“ den Grundnerv der Union und ihrer Mitgliedstaaten berühren, mag heute auch die Demokratie vermehrt in den Vordergrund treten. Weil jedoch die Hürden für die Aktivierung des Art. 7 EUV hoch sind, die Praxis aber zeigte, dass es schwerwiegende Rechtsstaatskrisen geben kann, die noch nicht die Schwelle des Art. 7 EUV erreichen, beschloss die Kommission im März 2014 einen EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, um sich nicht allein auf punktuelle Interventionen wie das Vertragsverlet-

²⁹ Vgl. *Laurent Pech*, Article 7 TEU. From ‚Nuclear Option‘ to ‚Sisyphian Procedure‘?, in: *Uladzislau Belavusau/Aleksandra Gliszczyńska-Grabias* (Hrsg.), *Constitutionalism Under Stress*, Oxford: OUP 2020, 157-174.

³⁰ *Jan-Werner Müller*, Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU. The Idea of a Copenhagen Commission, in: *Carlos Closa/Dimitry Kochenov* (Hrsg.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge: CUP 2016, 206-224 (213 ff.); *Armin von Bogdandy/Carlino Antpöhler/Michael Ioannidis*, Protecting EU Values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework, in: *András Jakab/Dimitry Kochenov* (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford: OUP 2017, 218-233 (228 ff.).

³¹ Vgl. *Elisabeth van Rijckevorsel*, The EU and the Indirect Promotion of its Values. An Analysis of the EU Justice Scoreboard and of the Roma Framework, *Journal européen des droits de l'homme* 3 (2016), 444-468. Vorschläge für eine Weiterentwicklung bei *András Jakab/Lando Kirchmair*, How to Develop the EU Justice Scoreboard into a Rule of Law Index. Using an Existing Tool in the EU Rule of Law Crisis In a More Efficient Way, *GLJ* 22 (2021), 936-955.

³² *Mehrdad Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, *JuS* 2021, 481-489.

zungsverfahren beschränken zu müssen. Dieser Rechtsrahmen, inhaltlich angelehnt an die Checkliste zur Rechtsstaatlichkeit, die von der Venedig-Kommission des Europarats im März 2016 angenommen wurde, hat die Form einer Mitteilung der Kommission, durch welche keine neuen Pflichten der Mitgliedstaaten begründet werden.³³ Die Anwendung dieses „informellen Dialogs“ setzt voraus, dass es in einem Mitgliedstaat zu einer systemimmanenten Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit kommt und nationale Sicherungsmechanismen nicht mehr ausreichend erscheinen, um die Gefahr abzustellen. Das Verfahren ist dreistufig ausgestaltet, bestehend aus einer Sachstandsanalyse, einer Stellungnahme und einer Empfehlung.³⁴ Ziel ist es, die Aktivierung des Art. 7 EUV zu vermeiden, wenngleich der Kommission dadurch nicht die Möglichkeit genommen wird, das Verfahren nach Art. 7 EUV zu eröffnen oder Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.³⁵ Es sollte nicht verschwiegen werden, dass die erfolglose Durchführung des über den Rechtsstaatsrahmen strukturierten „Dialogs“ unter regelmäßiger Information von Parlament und Rat den Rückgriff auf Art. 7 EUV erleichtert, wie der „Fall“ Polen zeigt.³⁶ Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Rechtsstaatsrahmens, der im Vorfeld des Art. 7 EUV hilft zu entscheiden, ob das „Sanktionsverfahren“ eingeleitet wird, sind inzwischen ausgeräumt.³⁷ Davon zu unterscheiden ist der Rechtsstaatsdialog des Rates, der zunächst keine konkreten Rechtsstaatsprobleme in einzelnen Mitgliedstaaten behandelte und in keinem vergleichbar direkten Bezug zu Art. 7 EUV stand, aber deshalb auch Bedenken an der Kompetenz des Rates hervorgerufen hat, einen solchen Dialog überhaupt abzuhalten.³⁸

Festzuhalten ist, dass mit einem „Instrument“ allein die Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung nicht zu sichern ist.³⁹ Allerdings ist der EU-Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit „der Beginn eines Schismas in der Rechtswissenschaft, was die Beurteilung der Maßnahmen der Kommission – und später anderer Unionsorgane – hinsichtlich des effektiven Umgangs mit der Rechtsstaatlichkeitskrise“ angeht.⁴⁰ Das gilt erst recht für Engführungen der Wertesicherung durch Art. 7 EUV. Sicherlich kann ein maßgeblicher Ansatz im Schutz der demokratischen Opposition gesehen werden.⁴¹ Das greift in dieser Allgemeinheit jedoch zu kurz, weil Sicherungen der Chance, die Mehrheit zu erringen, noch keine Gewähr dafür liefern, dass ein Neuanfang im Einklang mit den Werten möglich ist, lassen sich doch die geschaffenen Strukturen wie unter den „Kardinalgesetzen“ in Ungarn nicht mehr einfach ändern. So richtig der Hinweis auf die Notwendigkeit des

³³ *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat v. 11.3.2014. Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, KOM (2014), 158 final; dazu *Bernd Martenczuk*, Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrumente zur Wahrung der Grundwerte der Union, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Verfassungskrisen der EU*, Baden-Baden: Nomos 2018, 41-59 (47 ff.); *Leonard Besselink*, The Bite, the Bark, and the Howl, in: Jakab/Kochenov (Fn. 30), 128-144 (134 ff.).

³⁴ Zum Verfahren *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 61 ff. Eine Analyse der Stellungnahme der Kommission v. 1.6.2016 regarding the Rule of Law in Poland, C (2016) 3500 final und der anschließenden Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit in Polen bei *Matthias Schmidt*, *Verfassungsaufsicht in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2021, 412 ff., 418 ff.

³⁵ Zum EU-Rahmen als Beispiel des Typus der „primärrechtsergänzenden“ Mitteilung *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 388 ff.

³⁶ KOM (2017) 835 final v. 20.12.2017; dazu *Martenczuk*, Art. 7 EUV (Fn. 33), 50 ff.; *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 489 ff. Ein Automatismus besteht nicht, der Kommission verbleibt vielmehr ein Ermessen zur Eröffnung des Art. 7-Verfahrens.

³⁷ Statt vieler *Günter Wilms*, *Protecting Fundamental Values in the European Union Through the Rule of Law*, European University Institute 2017, 76 ff. Krit. zum systemischen Defizit im EU-Rahmen *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 65 f.

³⁸ *Rat der Europäischen Union*, Schlussfolgerungen des Rates der EU und der im Rat vereinigten Mitgliedstaaten über die Gewährleistung der Achtung der Rechtsstaatlichkeit, Dok. 17014/14 v. 16.12. 2014.

³⁹ Zur „Vierfeldermatrix“ der Instrumente unten III.2.c).

⁴⁰ *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 377.

⁴¹ So *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 124 ff.

Politikwechsels im und durch den betreffenden Mitgliedstaat auch ist, weil er von den Unionsorganen nicht einfach erzwungen werden kann, so wenig überzeugend ist es, die rechtlichen Instrumente zur Sicherung der grundlegenden Werte des Art. 2 EUV kleinzureden.⁴² Das zeigt die jüngere Rechtsprechung des EuGH, der dazu übergegangen ist, das konstitutionalistische Argument weniger auf die funktionalen Marktintegration, sondern stärker auf axiologische Aussagen zu beziehen, was zwangsläufig neue Durchsetzungsfragen aufwirft⁴³ und eine Weiterentwicklung des Unionsverfassungsrechts für den Schutz der Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung impliziert.⁴⁴

3. Kontext

Es spricht einiges dafür, dass das Art. 7-Verfahren als solches in der Praxis aufgrund der bestehenden hohen Hürden nur wenig bewirkt hat, aber die Einschätzung und Bewertung ändert sich, wenn es auf andere Schutzmechanismen bezogen und die politische Einschätzung des Vorliegens einer Gefahr der Werteverletzung für die rechtliche Überprüfung einer Vertragsverletzung nach Art. 258 f. AEUV fruchtbar gemacht wird.⁴⁵ Darüber mögen nur punktuelle Verstöße sanktioniert werden können, aber mit der Verhängung von Zwangsgeldern kann ein Druck zur Beseitigung des Vertragsverstößes aufgebaut werden.⁴⁶ Art. 7 EUV muss im Kontext aller Schutzmechanismen gelesen werden, mit denen die von der Vorschrift in Bezug genommenen Werte gesichert werden können.

Zu den politischen Verfahren zentraler Natur gehören neben dem Verfahren des Art. 7 EUV der informelle Dialog durch den Rechtsstaatsmechanismus, aber auch die fiskalische Verfassungsdurchsetzung über die Konditionalitätsverordnung⁴⁷ und – theoretisch – der Ausschluss des gegen die Werte des Art. 2 EUV verstoßenden Mitgliedstaates.⁴⁸ Diese zentralen Schutzmechanismen sind im Zusammenhang zu verstehen mit dezentralen Mechanismen wie der Unterstützung der Opposition und anderer gesellschaftlicher Kräfte im betreffenden Mitgliedstaat sowie der Sicherung seiner Medien. Diese Wege sperren nicht die Mobilisierung des Rechts, wobei neben zentralen Verfahren wie dem Vertragsverletzungsverfahren auch dezentrale Mechanismen in den Blick zu nehmen sind. Letztere thematisieren über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV die Voraussetzungen der horizontalen Kooperation⁴⁹ und könnten für systemische Defizite in der

⁴² Siehe aber *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 28: „Wenn Einigkeit darüber besteht, dass die Konfliktlösung verrechtlicht werden soll, ist der Konflikt im Wesentlichen gelöst“.

⁴³ Vgl. *Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker*, Reverse Solange 2.0. Die Durchsetzung europäischer Werte und die unions- und strafrechtliche Verantwortung nationaler Richter, *EuR* 2020, 301-332 (303 ff.).

⁴⁴ Siehe etwa EuGH, Urteil v. 16.2.2022, Rs. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 – *Ungarn/Parlament und Rat*; Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 – *Polen/Parlament und Rat*; krit. *Martin Nettesheim*, Die Werte der Union. Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisierung, *EuR* 2022, 525-546 (534 ff.).

⁴⁵ Zur Verzahnung der Verfahren bereits *Kathrin Träbert*, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten, Berlin: Peter Lang 2010. Aus jüngerer Zeit *Christophe Hillion*, Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means, in: Closa/Kochenov (Fn. 30), 59-81 (74 ff.).

⁴⁶ Vgl. *Max Erdmann*, Geld und Europäisches Verfassungsrecht. Institutionelle Wertesicherung durch Zwangsgelder in der Europäischen Union, *Der Staat* 62 (2023), 243-271 (258 ff.). Dafür ein Beispiel: Die einstweilige Anordnung, wonach die polnische Regierung ein Zwangsgeld von 100.000 EUR pro Tag zu zahlen habe, sollte die Abholzung des Białowieża-Urwaldes fortgesetzt werden, begründete der EuGH mit dem Erfordernis, die effektive Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten, die Bestandteil der in Art. 2 EUV normierten Werte sei, auf die sich die Union gründe, vgl. EuGH, Beschl. v. 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102, 118 – *Kommission/Polen*.

⁴⁷ VO 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, *ABI L* 433/1; dazu unten IV.1.b).

⁴⁸ Dazu unten V.2.

⁴⁹ Unten IV.2.b).

betreffenden Rechtsordnung denkbare Grenzen des Binnenmarkts aufzeigen, der auf seine Rechtsstaatskonditionalität zu befragen ist.⁵⁰

Nimmt man die wechselseitigen Bezugnahmen in den Blick, so wäre es eine verkürzte Sicht, die Bemühungen um eine Aktivierung des Art. 7-Verfahrens zur Sicherung der Werte in „notleidenden“ Mitgliedstaaten für gescheitert zu halten.⁵¹ Sicherlich: Die Hürden für das Passieren der „Stufen“ sind hoch und die Zurückhaltung, das Verfahren einzuleiten, war lange Zeit bemerkenswert. Aber es ist unrichtig, das Verfahren vom Ende aus zu betrachten und von ausbleibenden Sanktionsbeschlüssen auf die Nutzlosigkeit des Verfahrens zu schließen. Ist die Schwelle des Art. 7 EUV erreicht und das Verfahren zu einem Abschluss gebracht, mag es zu spät sein, den Mitgliedstaat zur Umkehr zu bewegen und die europarechtliche Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung wiederherzustellen. Aber es wird der politischen Praxis nicht gerecht, die Funktion des Art. 7-Verfahrens lediglich darin zu sehen, andere Mitgliedstaaten von Werteverletzungen abzuschrecken. Das wird seiner Thematisierung in der Kommission und im Rat nicht gerecht, der sich schwer tun mag, die Gefahr einer Werteverletzung mit qualifizierter Mehrheit festzustellen. Dass aber die Einleitung des Verfahrens gegen Polen oder Ungarn wirkungslos geblieben ist, lässt sich kaum sagen. Zum einen wächst der Rechtfertigungszwang in den betreffenden Mitgliedstaaten für die Abkehr von den Werten und zum anderen darf die Funktion des Art. 7 EUV nicht dahingehend missverstanden werden, ein abschließendes Verfahren für das Handeln der Unionsorgane zu statuieren, das es verbietet, den „begründeten Vorschlag“ nach Art. 7 Abs. 1 EUV in anderen Verfahren aufzugreifen und in deren Logik zu verarbeiten. Hier lässt sich durchaus eine Weiterentwicklung feststellen, haben sich doch die dogmatischen Grenzen, die Art. 7 EUV für andere Verfahren der Wertesicherung bereitstellt, verschoben. Nicht erst der Abschluss, sondern bereits die Einleitung des Art. 7-Verfahrens zeigt Wirkungen, die über die Feststellung von Werteverletzungen durch die Vededig-Kommission hinausgehen.

Für das Verständnis von Art. 7 EUV und seine Bewertung sind die in Art. 1 und Art. 2 EUV zum Ausdruck gebrachten Charakteristika der politischen Ordnung maßgeblich, die mit dem Ziel der Union nach Art. 3 Abs. 1 EUV, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern, verbunden werden. Ein Sanktionsbeschluss nach Art. 7 EUV mag an strengere Voraussetzungen gebunden sein als der Beitritt nach Art. 49 EUV, aber die Sicherung der Werte in der Union ist ein Musterbeispiel für die Verkoppelung von Politik und Recht. So wird der politische Mechanismus nach Art. 7 EUV, der schon mit der Einleitung des Verfahrens in den Unionsorganen nicht unerhebliche Wirkungen erzeugt, in den rechtlichen Verfahren – namentlich dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV und dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV – aufgegriffen, wodurch diese Verfahren für Werteverletzungen einen neuen und vor dem Hintergrund des in Art. 2 EUV verorteten Verfassungskerns dogmatisch noch zu erschließenden Anwendungsbereich erhalten.

⁵⁰ Unten IV.3.c).

⁵¹ Jüngst etwa *Dimitry Kochenov*, EU Rule of Law Today. Limiting, Excusing, or Abusing Power?, in: Swedish Institute for European Policy Studies (Hrsg.), *The Rule of Law in the EU. Crisis and Solutions*, Stockholm: Sieps 2023, 28-33; ähnlich *R. Daniel Keleman*, Article 7's Place in the EU Rule of Law Toolkit, ebd., 22-27.

III. Theorie

1. Verfassungspluralistisches Deutungsangebot

Das Verfahren nach Art. 7 EUV ist politischer Natur, aber verfassungsrechtlich vorgegeben.⁵² Heute ist klar, dass es um den zentralen Durchsetzungsmechanismus des europäischen Verfassungskerns geht, der in Art. 2 EUV nicht bloß als Präambel dem Vertrag vorangestellt, sondern auf die Ausbuchstabierung in den nachfolgenden Vorschriften angelegt ist. Besonders deutlich wird dies in der Konkretisierung der Rechtsstaatlichkeit durch Art. 19 EUV, der mit dieser „Aufladung“ unionsverfassungsrechtliche Pflichten zur Ausgestaltung der nationalen Justizsysteme statuiert.⁵³ Ob hier eine mit der Menschenwürde des Art. 1 GG vergleichbare Hierarchisierung des Primärrechts einhergeht, ist unsicher. In dem Maße jedoch, wie die Fundierung der Werte in Art. 2 EUV auf andere Vorschriften des Primärrechts einwirkt, verändert sich deren Charakter, was von jenen beklagt wird, die einer über die Marktausrichtung hinausgehenden Konstitutionalisierung skeptisch gegenüber stehen.⁵⁴ Mit der Bezugnahme auf Art. 2 EUV modifiziert das Durchsetzungsregime des Art. 7 EUV aber auch die Kompetenzgrenzen der Verträge, richtet sich Art. 2 EUV doch nicht nur an die Unionsorgane, sondern auch an die Mitgliedstaaten und erlaubt den Zugriff auf Gegenstände und Sektoren, die bislang der Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten unterlagen. Wer sauber zwischen dem, was die Union darf, und dem, was ihren Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, zu unterscheiden pflegte, wird dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Werte und ihrer Durchsetzung entweder überhaupt nicht oder nur eingeschränkt zustimmen können.⁵⁵ Demgegenüber erlaubt es eine verfassungspluralistische Deutung, die Werte der Union und deren Durchsetzung im Lichte des Art. 7 EUV auf zentrale und dezentrale Schutzmechanismen zu befragen.

Zwar speisen sich die Grundwerte der Union aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, aber die Union ist mehr als ein Spiegelbild ihrer mitgliedstaatlichen Verfassungen.⁵⁶ Schon die Hochzonung von Strukturprinzipien wie Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auf die Unionsebene, um von hier aus Anforderungen an die Mitgliedstaaten zu formulieren, kommt ohne Abstraktionen nicht aus.⁵⁷ Erst recht fällt es schwer, diese Werte, die nach Art. 2 S. 2 EUV „allen

⁵² Zur Bedeutung des Art. 7-Verfahrens *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 347 ff. Monografisch: *Katharina Serini*, Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaates gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip, Berlin: Duncker & Humblot 2009, 17 ff.; *André Hau*, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, Baden-Baden: Nomos 2002; *Kassner* (Fn. 23).

⁵³ Zur systematischen Interpretation der erst vergleichsweise spät in das Blickfeld geratenen Grundnorm durch den EuGH *Benedikt Assenbrunner*, Struktursicherung im europäischen Verfassungsverbund durch Art. 2 EUV, DÖV 2023, 609-618 (612 ff.).

⁵⁴ Vgl. *Matthias Ruffert*, Besprechung, AöR 147 (2022), 179-183 (181 f.).

⁵⁵ Vergleichsweise unproblematisch ist die Durchsetzungsfrage, wird sie allein politisch in der Hand der vielfach von den Mitgliedstaaten beherrschten Unionsorgane wie dem Rat oder dem Europäischen Rat verstanden. Die Einschätzung ändert sich, wenn sie rechtlich unter Einschaltung des EuGH verstanden wird, der zwar kein Verfahren nach Art. 7 EUV erzwingen, aber auf Art. 2 EUV zugreifen kann und damit die Konstitutionalisierungsidee auf neue Felder ausrichtet.

⁵⁶ Anders *Andreas Voßkuhle*, Die Idee der europäischen Wertegemeinschaft, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, Berlin: Suhrkamp 2021, 108-136 (125 ff.). Zur Union als Wertegemeinschaft als Grundlage und Begrenzung des Staatsordnungsmodells demokratischer Verfassungsstaaten in der Union *Egils Levits*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: Thomas Jaeger (Hrsg.), Europa 4.0? Die EU im Angesicht politischer und technologischer Herausforderungen, Wien: Jan Sramek 2018, 239-270 (243 ff.).

⁵⁷ Das gilt schon für die Rechtsstaatlichkeit, vgl. *Christoph Möllers*, Reflexionen über den Rechtsstaat, ZRP 2020, 27-30; *Werner Schroeder*, The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU. What Does it Mean and Imply?, in: Armin von Bogdandy u.a. (Hrsg.), Defending Checks and Balances in EU Member States, Berlin: Springer 2021, 105-126. Für die anderen in Art. 2 EUV normierten Werte gilt es noch mehr. Man stelle sich vor, die Union schreibe einen bestimmten Demokratiestandard allen Mitgliedstaaten im Detail

Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam (sind), die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern“ auszeichnet, gegenüber „abtrünnigen“ Mitgliedstaaten durchzusetzen. Unterbleibt dies jedoch, beginnen jene Mitgliedstaaten, die sich von liberalen Deutungsmustern der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit abwenden, die Bestimmung der gemeinsamen Werte mitzuprägen. In dieser wechselseitigen Verwobenheit der politischen Ordnungen liegt ein Problem, das für die Durchsetzungsfrage der Werte⁵⁸ nicht folgenlos bleibt.

a) Recht oder Politik: Wer schützt die Werte?

Die berühmte Frage, wer der Hüter der Verfassung ist, lässt sich für die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV nicht einfach beantworten. Der Systematik der Verträge zufolge gibt Art. 7 EUV eine erste Antwort. Danach ist es Sache der Politik, in einem auf den *Europäischen Rat* zugeschnittenen Verfahren zu entscheiden, dass ein Verstoß gegen die Werte vorliegt und Sanktionen zu beschließen.⁵⁹ Den Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat die Verantwortung für die Sicherung der Werte zuzusprechen, drängt sich aber nicht auf und weckt Assoziationen zum Reichspräsidenten der Weimarer Verfassung, obwohl sich die Einschätzung des Europäischen Rates in jüngerer Zeit verändert hat und nicht länger von einem „Fremdkörper“ im Institutionengefüge die Rede sein kann.⁶⁰ Eine „Hüterfunktion“ für die Verträge hat auch die *Kommission*, der sie jedoch mit Blick auf die Werte des Art. 2 EUV lange Zeit nur unzureichend nachgekommen ist, vielleicht aber auch nicht nachkommen kann.⁶¹ Angesichts der Verzögerungsstrategien, die dem Europäischen Rat und der Kommission bei der Anwendung des neuen Rechtsstaatsmechanismus nach der Konditionalitätsverordnung vorgeworfen werden, fragt sich, ob nicht das *Europäische Parlament* „als Hüterin der Rechtsstaatlichkeit in Europa“ in Betracht kommt, die ein Untätigsein der Exekutive vor dem EuGH rügen kann.⁶² Das lenkt den Blick auf rechtliche Verfahren zur Sicherung der Werte. Zwar ist dem Gerichtshof eine materielle Kontrolle, ob die Voraussetzungen des Art. 7 EUV vorliegen, nach Art. 269 AEUV versperrt, wohl aber können politische Entscheidungen nach Art. 7 EUV in anderen Konstellationen für Klagen der beteiligten Akteure hilfreich sein.

Es mag auf den ersten Blick irritieren, den *EuGH* für die Sicherung der Grundwerte in den Mitgliedstaaten zu aktivieren, wird die Rolle des Gerichtshofs doch verbreitet hinterfragt.⁶³ Das gilt nicht nur für solche Mitgliedstaaten, die sich von den gemeinsamen Werten abwenden, sondern

vor. Zum geforderten Ausschluss von Mitgliedern des Europäischen Rates *John Cotter*, Untying the Ties that (don't) Bind: The European Council's Discretion to Exclude Democratically Unaccountable Representatives, *VerfBlog* v. 7.7.2022, <<https://verfassungsblog.de/untying-the-ties-that-dont-bind>>.

⁵⁸ Krit. zur Werte-Renaissance *Christoph Möllers*, Unsere Werte, *Merkur* 76 (2022), Heft 883, 5-16.

⁵⁹ *Jan-Werner Müller*, Europas anderes Demokratieproblem, oder: Ist Brüssel Hüter der Demokratie in den Mitgliedstaaten?, in: Jürgen Rüttgers/Frank Decker (Hrsg.), *Europas Ende, Europas Anfang*, Frankfurt am Main: Campus 2017, 133-147 (140).

⁶⁰ Vgl. *Franz Mayer*, Die europäische Union als Präsidialregime. Aus polnischen Verfassungserfahrungen lernen?, in: Urbanik/Bodnar (Fn. 5), 485-497.

⁶¹ *Frank Schorkopf*, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, *EuR* 2016, 147-163 (159).

⁶² Skeptisch *Ulrich Karpenstein*, Das Parlament als Hüterin der Rechtsstaatlichkeit in Europa?, *EuZW* 2021, 457-458.

⁶³ Das gilt für die Verfassungsgerichtsbarkeit allgemein, vgl. *Dieter Grimm*, Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 59 (2020), 321-354. Zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber*, Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller 2021, § 126.

auch für mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte in „intakten“ Demokratien, die sich einer „Überfremdung“ durch eine für aktivistisch gehaltene Rechtsprechung des EuGH zu erwehren suchen.⁶⁴ Es wird dagegen zu zeigen sein, dass die Entscheidung des Vertragsgebers, die Sicherung der Werte nach Art. 7 EUV der Politik zu überantworten, nicht bedeutet, dass der Weg über das Recht versperrt ist. Das Vertragsverletzungsverfahren mag punktuell, wenngleich selten unter ausdrücklicher Auseinandersetzung mit der Rechtsstaatlichkeit, durchaus Vorzüge gezeigt haben. Es fragt sich aber, ob die Verbundordnung, wie sie für die Werteordnung konstituierend ist, nicht auch auf der Durchsetzungsebene eine Aktivierung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV ratsam erscheinen lässt, um die Werte zu sichern.⁶⁵ Dieser Weg wird hier als ein dezentraler Mechanismus des Rechts verstanden, weil er von Gerichten aus den Mitgliedstaaten angestoßen wird, die vom Unionsrecht dazu berechtigt, aber auch verpflichtet⁶⁶ sein können, ohne dass der EuGH in der Sache abschließend entscheidet.⁶⁷ Einfach ist dieses Verfahren nicht, aber als „DNA“ des europäischen Verfassungsrechts, weil es die Fachgerichte in den Kontrollzusammenhang einbezieht, ein naheliegender Zugriff auf die rechtliche Bewältigung der Verbundfragen und damit auch der Wertesicherung.⁶⁸ So hat sich der EuGH als „Aufsichtsinstanz“ über die mitgliedstaatliche Gerichtsorganisation entwickelt und aus Art. 19 Abs. 1 EUV im Lichte des Art. 2 EUV die Befugnis entnommen, für die Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte konstitutionelle Maßstäbe zu entwickeln und durchsetzen zu können.⁶⁹

b) Zentral oder dezentral? Zusammenlesen der Verfassungen

Die Europäische Union ist eine politische Ordnung der Verkoppelungen, Vermittlungen⁷⁰ und Verzahnungen. Sie verfügt über Organe, die zur Sicherung ihrer Werte tätig werden können, aber vielfach von den Mitgliedstaaten gebremst werden. Wenn von Aufsicht die Rede ist, darf nicht aus

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 154, 17 PSPP; dazu *Ulrich Haltern*, Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen, AöR 146 (2021), 195-252; *Andrej Lang*, Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem PSPP-Urteil, Der Staat 60 (2021), 99-131.

⁶⁵ So bereits *Claudio Franzius*, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn, DÖV 2018, 381-389 (385 ff.); skeptisch *Andreas Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, Heidelberg: C. F. Müller 2022, § 59 Rn. 40 ff.

⁶⁶ *von Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 305 ff.

⁶⁷ Dies als Nachteil begreifend *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49.

⁶⁸ Zu den Möglichkeiten und Grenzen *Sebastian Hapka*, Die Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens in der europäischen Verfassungsaufsicht, GVRZ 2023, 2. Die Suche nach der „einen“ Aufsichtsinstanz ist vergeblich, vgl. zur Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts bei der „unechten“ Vertrauensfrage nach Art. 68 GG BVerfGE 114, 121.

⁶⁹ Leitentscheidungen: EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *ASJP*; Urteil v. 26.7.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 – *LM*; Urteil v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 5. 11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 19.11.2019, Rs. C-585/18, ECLI:EU:C:2019: 982 – *A.K.*; Urt. v. 2.3.2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – *A.B.*; dazu *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, 412 ff.

⁷⁰ Zur „Vermittlung“ europäischer und nationaler Identität *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 182 ff. Ob es sinnvoll ist, den heiklen Begriff der Identität für die Unionsordnung zu verwenden, kann bezweifelt werden, mag er auch in Art. 4 Abs. 2 EUV – anders als im Grundgesetz, das vom BVerfG im Sinne nationaler Verfassungsidentität in eine Oppositionsrolle zum Unionsrecht gebracht wird – ausdrücklich einen textlichen Niederschlag und der Gerichtshof Interesse an der Begrifflichkeit gefunden haben, vgl. EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 268: Der Union dürfe „nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie zur Verteidigung ihrer Identität, zu der die in Art. 2 EUV genannten Werte gehören (...) geeignete Maßnahmen ergreift, die sich gemäß Art. 5 Abs. 1 der angefochtenen Verordnung ausschließlich auf die Ausführung des Haushaltsplans der Union“ beziehen; krit. zur Verwendung des Begriffs der Identität *Max Steinbeis*, Wer wir sind, VerfBlog v. 19.2.2022, <<https://verfassungsblog.de/wer-wir-sind>>.

dem Blick geraten, dass es neben der vertikalen auch eine horizontale Kontrollperspektive gibt, die immer schon bestanden hat, aber etwas versteckt war und explizit zu machen ist.

Die große Herausforderung, die mit Blick auf das Potential des Art. 7 EUV zur Durchsetzung der Werte besteht, liegt darin, dass es weder der „klassischen“ Europarechtswissenschaft noch der Verfassungsrechtswissenschaft bislang nachhaltig gelungen ist, die Verfassungen zusammen zu lesen. Auf der einen Seite wird befürchtet, dass grundlegende Postulate wie der Vorrang des Unionsrechts in Frage gestellt werden könnten. Auf der anderen Seite besteht schon lange – einst hinter dem rechtlich angreifbaren Souveränitätsvorbehalt versteckt, heute als nationaler Identitätsvorbehalt gegen die Union ins Feld geführt – die Sorge, dass grundlegende Errungenschaften des nationalen Verfassungsrechts verloren gehen könnten. Hier sei, konzeptionell angestoßen durch den Wechsel der Perspektive von der supranationalen Unionsrechtsordnung zum Denken des Rechtsstoffs in der europäischen Gesellschaft, die eben keineswegs allein durch das Unionsrecht bestimmt wird, das Erfordernis eines Zusammenlesens der Verfassungen für die Sicherung der Werte des Art. 2 EUV hervorgehoben.

2. Konsequenzen

a) Recht und Politik

Theoretisch bietet es sich deshalb an, die Wertedurchsetzung verfassungspluralistisch zu verstehen. Das ist in Art. 2 S. 1 EUV (Bindung der Union) bzw. S. 2 (Bindung der Mitgliedstaaten) angelegt und vermag das Transformationspotential des Unionsverfassungsrechts jenseits aller viel zu einfachen Illusionen einer Bundesstaatswerdung zu vermessen. Verfassungen, so lässt sich sagen, verkoppeln Recht und Politik.⁷¹ Das führt bei der Frage nach dem unionsverfassungsrechtlichen Schutz ihrer Werte unweigerlich zu einer Schärfung des Primats der Politik. So antworten die Verträge in Art. 7 EUV mit einem politischen Verfahren, das nur begrenzt einer – lediglich verfahrensrechtlichen – Kontrolle durch den EuGH unterworfen ist. Dass sich Wertekonflikte durch die Gerichte auflösen lassen, erscheint illusorisch, darf aber nicht verdecken, dass dem Recht – und den Gerichten – nach den Verträgen durchaus eine Rolle zukommt, mag dem Problem wie in Polen oder Ungarn auch nicht mit einem Gerichtsurteil allein beizukommen sein. Hinzu kommt, dass sich die politische Lösung von Konflikten – sei es zentral oder dezentral – nicht im rechtslosen Raum beschreiben lässt. So dürfte dem politischen Wunsch, sollte er denn so geäußert werden, einen Mitgliedstaat aus der Union auszuschließen, jedenfalls das Unionsrecht entgegenstehen. Sowohl für die politische als auch für rechtliche Sicherung der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV stellt sich aber die Frage, wie sich dessen Inhalte genauer bestimmen lassen.

Die Deutung der unionsverfassungsrechtlichen Werte als Grundordnung für die Union und als Rahmenordnung für die Mitgliedstaaten⁷² legt zur Frage der Durchsetzung der Werte eine Verkoppelung nahe. Weil der unbekümmerte Rückgriff auf Werte, die sich theoretisch nicht ohne wei-

⁷¹ Statt vieler *Stefan Oeter*, Verkoppelung von Recht und Politik im europäischen Verfassungsdenken, in: Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2010, 67-85; für die Verfassungsgerichtsbarkeit *Matthias Jestaedt*, Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thomas Vesting/Stefan Korioth (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 317-332; *Dieter Grimm*, Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics, in: Bogdan Iancu (Hrsg.), *The Law/Politics Distinction in Contemporary Adjudication*, Utrecht: Eleven 2009, 21-34.

⁷² von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

teres einfangen lassen, dort auf Schwierigkeiten trifft, wo auf eine eigenständige, zumeist als souverän empfundene Rechtsordnung zugegriffen wird, erscheint ein verfassungspluralistisches Deutungsangebot für die Verarbeitung der Probleme angezeigt.⁷³ Das legt ein Zusammenlesen von Art. 2 und Art. 4 Abs. 2 EUV nahe. Ein Vorteil dieser Perspektive ist die Überwindung der unveröhnlichen Dichotomie von Autonomie und Heteronomie, in die ein Denken gestellt ist, dass die politische Ordnung entweder von der Union oder von den Mitgliedstaaten aus betrachtet. Die keineswegs homogene, sondern in unterschiedlichen Schattierungen auf die Verbundordnung gelegte Sicht des Verfassungspluralismus⁷⁴ beinhaltet im Kern den Verzicht auf die Suche nach dem letzten Wort. Denn es hat sich inzwischen herumgesprochen, dass es ein „letztes Wort“ weder zugunsten der Unionsebene noch – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – zugunsten der nationalen Ebene geben kann. Es geht vielmehr darum, wie die Interaktion der Organe im Alltag ausgestaltet wird, ohne letzte Vorbehalte auf den Ebenen – sei es mit dem Autonomieanspruch der Union⁷⁵ oder dem Souveränitätsanspruch der Mitgliedstaaten⁷⁶ – zu überhöhen. Der Verfassungspluralismus erlaubt es, die miteinander verbundenen Rechtsordnungen jenseits übergreifender Hierarchievorstellungen zusammen zu lesen, was sich ungeachtet aller geäußerten Vorbehalte, daraus praktisch nur wenig herleiten zu können, an der Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens deutlich machen lässt, das auf einen Dialog der Gerichte, aber eben kein „letztes Wort“ setzt.⁷⁷

Dass die Maßstäbe des Art. 2 EUV zurückhaltend gebildet werden müssen, ergibt sich auch daraus, dass die Bedrohung demokratischer Ordnungen aus der demokratischen Selbstbestimmung selbst herrührt, auf die sich die betroffenen Regierungen ausdrücklich berufen.⁷⁸ Es wäre eigentümlich, wenn das in der Theorie verbreitete Hinterfragen der liberalen Ordnung⁷⁹ für die verfassungsrechtliche Bewertung folgenlos bliebe. Insoweit ist schon der Rückgriff auf gemeinsame Werte, gleichsam als Chapeau über das Primärrecht gelegt, nicht unproblematisch.⁸⁰ Just zu dem Zeitpunkt, wo in Deutschland unter dem Grundgesetz die wertbezogene Argumentation aufgegeben wurde, treten die Werte und ihre Durchsetzung über Art. 7 EUV wieder in das Verfassungsrecht ein. Geht es darum, die Frage nach den Schutzmechanismen von Demokratie und Rechtsstaat

⁷³ Dazu *Franz Mayer*, *Verfassung im Nationalstaat. Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, *VVDStRL* 75 (2016), 7-63 (38 ff.).

⁷⁴ Übersicht: *Matej Avbelj/Jan Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Oxford: Hart, 2012.

⁷⁵ Dazu *Koen Lenaerts/José A. Gutiérrez-Fons/Stanislas Adam*, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, *ZaöRV* 81 (2021), 47-88 (52 ff.).

⁷⁶ Eindringlich *BVerfGE* 123, 267 Lissabon; dazu *Claudio Franzius*, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.

⁷⁷ *Claudio Franzius*, *Verfassungspluralismus. Was bedeutet das konkret?*, *RW* 7 (2016), 62-89 (76 ff.).

⁷⁸ *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 97 sehen darin ein europaweites politisches Projekt. Mitgliedstaaten wie Polen und Ungarn wenden sich von der Union nicht einfach ab, sondern wollen ein anderes Europa, was sich nicht zuletzt in der Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen Rechtsakte der Union zeigt, etwa *EuGH*, Urteil v. 3.6.2021, Rs. C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 – *Ungarn/Parlament*.

⁷⁹ Siehe nur den Exzellenzcluster „Contestations of the Liberal Script“ an der FU Berlin, <<https://www.scripts-berlin.eu>>. Wird die europäische Wirtschaftsverfassung unter die Werte des Art. 2 EUV gestellt, dann verlangt das „ein Verfassungsdenken aufzugeben, das das europäische Vertragsrecht primär als eine liberale Marktverfassung monetaristischer Ausrichtung“ liest, so für den Strukturwandel des öffentlichen Rechts von *Bogdandy*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 266; *Goldmann*, in diesem Band.

⁸⁰ Näher *Roberta Astolfi*, *Über Begriffe und Werte im Recht*, Münster: LIT 2020, 189 ff.; *Koen Lenaerts*, *Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung*, *EuGRZ* 2017, 639-642; *Levits* (Fn. 56), 239 ff. Zur „Dogmatik im Neuland der Werte“ *Armin von Bogdandy*, *Tyrannie der Werte?*, *ZaöRV* 79 (2019), 503-552 (504 ff.).

lichkeit in den Mitgliedstaaten zu beantworten, darf das eigene Verständnis dieser Werte im betreffenden Mitgliedstaat nicht ausgeblendet werden. Das bestätigt das Achtungsgebot aus Art. 4 Abs. 2 EUV.

Helfen kann dabei, die Werte des Art. 2 EUV nicht als Optimierungsgebot, sondern als „rote Linien“ zu verstehen, die zu überschreiten die Union nicht hinnehmen kann, ohne sich selbst zu gefährden, aber eben auch ohne konkrete Vorgaben zu machen.⁸¹ Die Devise lautet nicht, so soll es sein, sondern, so geht es nicht, was die Frage offen lässt, wer darüber entscheidet, jedenfalls im „Einschätzungsverband“ kaum allein dem EuGH überantwortet sein kann.⁸² So gesehen bietet sich übergreifend eine verfassungspluralistische Sichtweise an, die damit nicht antikonstitutionalistisch⁸³ sein muss, aber das vertikale und horizontale Gefüge der Rechtsordnungen unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen in der europäischen Gesellschaft zu ordnen vermag. Das bedeutet nicht, auf die zentrale Durchsetzung der Werte durch die Unionsorgane zu verzichten, will die anderen Mitgliedstaaten aber nicht aus der Verantwortung entlassen und legt besonderes Augenmerk auf dezentrale Schutzmechanismen mit der Frage, wie die Union bei Veränderungen „von innen“ helfen und Akteure wie die Opposition oder nationale Gerichte unterstützen kann.

b) Relative Homogenität in der Föderation

Es gibt in keiner Rechtsordnung den *einen* Akteur, der für die Sicherung der Werte zuständig wäre. Und es gibt nicht das eine Instrument, worüber das gewährleistet werden soll. Dennoch verlangen föderale Ordnungen eine relative Homogenität ihrer politischen Ausrichtung.⁸⁴ Das zu propagieren, wie es Art. 2 EUV tut, ist eine Sache, aber ungleich schwerer ist die Frage ihrer Durchsetzung zu beantworten, wobei sich das Problem in allen föderalen Ordnungen stellt und keine unionsverfassungsrechtliche Besonderheit ist, die mit dem Hinweis auf Art. 7 EUV schon beantwortet wäre. Natürlich macht es einen Unterschied, ob Verfahrenshomogenität – ungeachtet aller berechtigten Zweifel an dieser Gegenüberstellung – auf einen Bundesstaat oder auf einen Staatenbund bezogen wird, sind doch selbst die Unterschiede der Homogenitätsanforderungen in Bundesstaaten erheblich. Es fällt aber auf, dass sich in der Verbundordnung der Union die Durchsetzungsmechanismen als besonders schwach erweisen. Das muss nicht bedeuten, jede Maßnahme hinzunehmen, obwohl sie in Konflikt mit den Werten des Art. 2 EUV gerät. Die Sicherungen der Homogenität, die in jeder föderalen Ordnung stets nur eine relative ist, müssen nicht schwächer

⁸¹ *Armin von Bogdandy u.a.*, A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law. The Importance of Red Lines, CMLR 55 (2018), 983-996.

⁸² Politische Festlegungen der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte durch die Kommission können helfen, aber auch die Rechtsprechung des EGMR: *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 375 f.

⁸³ Das Verfassungskonzept und der Rechtspluralismus stehen sich nicht so unversöhnlich gegenüber wie vielfach angenommen wird, vgl. *Stefan Kadelbach*, Konstitutionalisierung und Rechtspluralismus. Über die Konkurrenz zweier Ordnungsentwürfe, in: Jochen Bung/Armin Engländer (Hrsg.), Souveränität, Transstaatlichkeit und Weltverfassung, ARSP-Beiheft 153 (2017), 97-108. Zur Verbindung der Perspektiven *Claudio Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, Frankfurt am Main: Campus 2014, 98 ff.

⁸⁴ Siehe auch die opening line bei *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 5 ff., 9 unter dem Rückgriff auf *Peter Lerche*, Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 77-104 (87), wonach Regeln und Entscheidungen in einem Gliedstaat in den anderen nur anerkannt und angewendet werden können, wenn man darauf vertrauen könne, dass die Standards, nach denen diese Entscheidungen getroffen wurden, in allen Ländern gemeinsamen Mindeststandards genügen. In der Union sollte freilich nicht von „Homogenität“ gesprochen werden, sondern von Struktursicherung, vgl. *Assenbrunner*, Struktursicherung (Fn. 53), 618.

gemacht werden als sie sind, wenn es heißt, ein „politischer Standpunkt, der der offiziellen Unionshaltung oder der kumulierten politischen Mehrheitsmeinung“ widerspricht, verdiene „grundsätzlich eine neutrale Haltung in einer pluralen europäischen Politikordnung und keine Verfolgung“.⁸⁵

Wie Art. 7 EUV zeigt⁸⁶ und in der Dogmatik der Verknüpfungen unterschiedlicher Schutzmechanismen⁸⁷ noch zu sehen sein wird, ist das lange Zeit verbreitete Wegsehen der Unionsorgane von Werteverletzungen einzelner Mitgliedstaaten keine Option. Richtig ist aber, dass die Mitgliedstaaten in der Union über eine größere Eigenständigkeit verfügen als die deutschen Bundesländer oder amerikanischen Bundesstaaten. Vor allem die in Art. 4 Abs. 2 EUV vorgegebene Wahrung nationaler Identität verbietet es, in Art. 2 EUV eine Homogenitätsklausel vergleichbar mit Art. 28 GG oder Art. IV Sec. 4 und Art. XIII bis XV der US-Verfassung zu sehen. „Den Unionsorganen fehlt das Mandat, die Prinzipien des Art. 2 EUV zu einem gemeineuropäischen Bauplan mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts zu entfalten. Jeder Eindruck von Verfassungshomogenisierung ist zu vermeiden.“⁸⁸ Denn die Verfassungsautonomie als eine relative auszuweisen, besteht nicht nur mit Blick auf die Mitgliedstaaten, solange sie der Union angehören und nicht einfach machen können, was sie wollen. Art. 2 EUV ist eine Grenze für die Inanspruchnahme nationaler Verfassungsidentität. Es ist daran zu erinnern, dass auch die Autonomie, die der EuGH für die Unionsrechtsordnung proklamiert, nur eine relative ist, die für die Zurückweisung nationaler Identitätsvorbehalte gute Gründe erfordert, die in „systemischen Defiziten“⁸⁹ dogmatisch näher auszuformen sind.⁹⁰

c) Europäische Verfassungsaufsicht

Was folgt daraus für die europäische Verfassungsaufsicht? Schon die Begrifflichkeit ist im Unionsrecht neu⁹¹ und rechtfertigungsbedürftig. Gibt es, ja kann es eine solche Werte sichernde Verfassungsaufsicht geben? Wer soll insoweit adressiert werden?

Es versteht sich von selbst, dass für die Verfassungsaufsicht ein Unionsorgan gesucht wird. Soll es die Kommission als „Hüterin der Verträge“ sein? Oder kann vergleichbar mit den Verfassungsstaaten, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet haben, der EuGH diese Aufgabe übernehmen? Art. 7 EUV dürfte eher den Europäischen Rat in dieser Rolle sehen. Welches Unionsorgan hier primär verantwortlich ist, hängt auch von der Antwort auf die Frage ab, ob Werteverletzungen politisch oder rechtlich begegnet werden soll. Eine verfassungspluralistische Lesart macht es plausibel, mehr als nur ein Unionsorgan nach den Verträgen für aufsichtsbefugt zu halten und in die Verbundordnung auch nationale Institutionen einzubeziehen, weshalb die Initiierung des Vorabentscheidungsverfahrens ebenfalls zur europäischen Verfassungsaufsicht gezählt werden kann.⁹²

⁸⁵ So *Schorkopf*, Wertesicherung (Fn. 61), 161.

⁸⁶ Oben II.

⁸⁷ Unten IV.3.

⁸⁸ *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 274. Das ist leichter gesagt als getan, wie sich an den Unionsgrundrechten ablesen lässt, die vom EuGH inzwischen „ernst“ genommen immer wieder Anlass zu Sorgen einer Uniformierung der Grundrechtskulturen liefern.

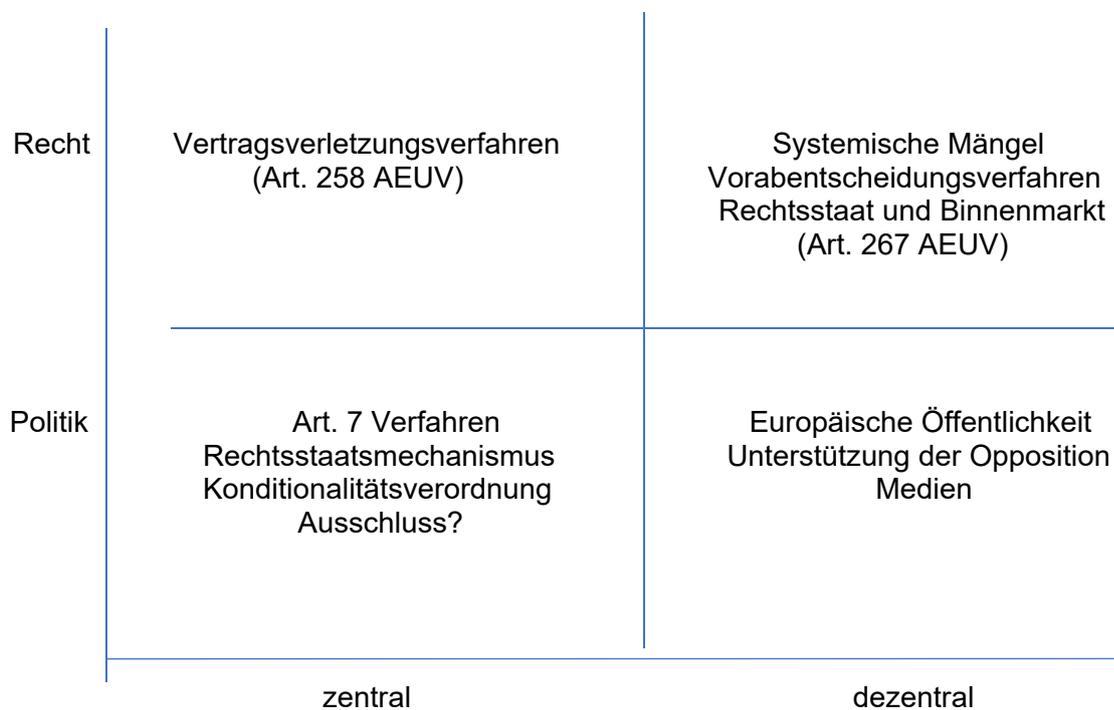
⁸⁹ Ausf. *Sebastian Hapka*, Systemische Mängel in Justizsystemen, Diss. Bremen, ersch. demnächst.

⁹⁰ Unten IV.2.b).

⁹¹ Siehe aber bereits *Franzius*, Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn (Fn. 65), 385 ff. Ausf. *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 239 ff.

⁹² Anders *Schmidt*, ebd., 286 ff. Seine Arbeit legt den Fokus auf die oft gescholtene Kommission und verzichtet auf ein *bashing*, kann das zurückhaltende Vorgehen der Kommission aber nicht erklären.

Zusammengefasst: In der theoretischen Perspektive des Verfassungspluralismus geht es um mehr als eine realitätsnahe Beschreibung der Verbindungen zwischen dem Unionsrecht und dem nationalen Recht. Vielmehr wird eine Antwort auf die unentschiedene Frage gegeben, ob sich die Unionsrechtsordnung als autonom oder heteronom verstehen lässt. Für die Durchsetzung der Werte, die Art. 7 EUV im Blick hat, stellt das verfassungspluralistische Deutungsangebot hinter die Vorstellung einer rechtsordnungsübergreifenden Hierarchie ein Fragezeichen und gebietet die Einbeziehung der nationalen Ebene, sei es der betroffenen Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen oder solcher Mitgliedstaaten, die für die Überwachung des gemeinsamen Wertefundaments aktiviert werden. Daraus ergibt sich die nachfolgende Vierfeldermatrix ohne Präferenz für ein Instrument. Weil es in den Auseinandersetzungen um „Werteverletzungen“ von Mitgliedstaaten darum geht, eine wirkungsvolle Verbindung unterschiedlicher Maßnahmen zu finden, sei an dieser Stelle betont, dass die in der Matrix genannten Maßnahmen sich nicht wechselseitig ausschließen, sondern miteinander verknüpft werden können.⁹³



© eigene Darstellung

IV. Dogmatik

Wie ist diese Matrix zu verstehen? Drei Punkte seien hervorgehoben: Erstens verbietet es der systematische Kontext, dem politischen Verfahren nach Art. 7 EUV eine Sperrwirkung gegenüber rechtlichen Sicherungsmechanismen einzuräumen (1.). Das beschreibt die Verfassungsaufsicht indes nur unvollkommen. Daher sind zweitens neben zentralen Problemlösungen auch dezentrale Mechanismen der Wertesicherung in den Blick zu nehmen (2.). Diese werden hier nicht als Alternative zum Art. 7-Verfahren verstanden. Vielmehr geht es drittens darum, eine kombinierte Vorgehensweise dogmatisch auszuformen (3.).

⁹³ Nur so ist einem „Frankenstate“ in der treffenden Begrifflichkeit von *Kim Lane Scheppele*, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, *Governance* 26 (2013), 559-562 beizukommen.

1. Systematischer Kontext

Allein die Lektüre von Art. 7 EUV lässt nicht erkennen, wie die Union zentral auf (drohende) Werteverletzungen reagieren kann oder muss. Zu nennen sind der Rechtsstaatsrahmen als Vorfeldinstrumentarium (a), aber auch die Idee, durch den Konditionalitätsmechanismus über die Zurückhaltung von Haushaltsmitteln den betreffenden Mitgliedstaat zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit anzuhalten (b). Eine Sperrwirkung entfaltet Art. 7 EUV für beide Verfahren nicht (c).

a) Rechtsstaatsrahmen

Um die Lücken der Wertesicherung zu füllen, die von den hohen Hürden des Art. 7 EUV aufgestellt werden, aber auch um auf die neuen Entwicklungen in nicht nur einem Mitgliedstaat zu reagieren, führte die Kommission ein Verfahren ein, das als EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips im Vorfeld des Art. 7 EUV angesiedelt ist. Mit der Wahl einer Mitteilung zur Schaffung eines neuen Verfahrens entschied sich die Kommission nicht nur gegen den Versuch einer Primärrechtsänderung, sondern auch gegen einen verbindlichen Sekundärrechtsakt, was ihrer Bedeutung als politischem Instrument der Verfassungsaufsicht nicht abträglich sein muss.⁹⁴ Nicht nur, dass über „soft law“ das Verfahren nach Art. 7 EUV vorbereitet werden kann. Der intendierte Dialog mit dem Mitgliedstaat lässt Tatsachen hervortreten, die im Vertragsverletzungsverfahren oder Vorlageverfahren vor dem EuGH relevant sein können.

b) Fiskalische Verfassungsdurchsetzung

In den Kontext des Art. 7 EUV gehört auch die „fiskalische Verfassungsdurchsetzung“⁹⁵ nach Maßgabe der auf die Schwächen des politischen Verfahrens nach Art. 7 EUV reagierenden Konditionalitätsverordnung.⁹⁶ Dabei handelt es sich um einen zentralen Mechanismus der politischen Verfassungsaufsicht, dem zugetraut wird, die Einhaltung *rechtsstaatlicher* Grundwerte sichern zu können. Es ist ein administratives Verfahren, das über den Rat politisch rückgebunden ist. Ihm ist nicht bloß ein Veto eingeräumt, sondern er muss die Maßnahmen gegen einen Mitgliedstaat positiv beschließen. Damit wird an die umstrittene Politik der Konditionalität bei der Gewährung von Finanzhilfen an Eurostaaten angeknüpft und im Grunde der „Conditionality Constitutionalism“ aufgegriffen, der nach 1989 bei der Erweiterung der Union verfolgt wurde⁹⁷ und zunächst auch erfolgreich war. Sicherlich: Die Konditionalitätsverordnung erlaubt keine freie Verknüpfung politischer Ziele mit der Gewährung von Finanzmitteln. Sie dient nicht der Wertesicherung, sondern dem Schutz des Unionshaushalts. Darin unterscheidet sie sich von Art. 7 EUV und früheren Vorschlägen, die ohne den scharfen Fiskalnexus nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung mit der „hinreichend unmittelbaren Beeinträchtigung“ des Haushaltsvollzugs auskamen. Mittelbar wird mit der Zurückhaltung von Finanzmitteln aber sehr wohl Druck auf die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit ausge-

⁹⁴ Dazu näher *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 369 ff.

⁹⁵ Begriff: *Christian Neumeier/Roya Sangi*, Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht, JZ 2022, 282-292; s. auch *Möllers*, Unsere Werte (Fn. 58): „Das Herz der Wertedurchsetzung ist geldwerter Natur.“

⁹⁶ VO 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 16.12.2020 über die allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union; dazu *Justyna Łacny*, The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020. Is it All About Money?, Hague Journal on the Rule of Law 13 (2021), 79-105. Zum Ganzen *Malte Symann*, Schutz der Rechtsstaatlichkeit durch europäisches Haushaltsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2021.

⁹⁷ Vgl. *Catherine Dupré*, The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept, in: von Bogdandy/Sonnevend (Fn. 8), 351-370 (355 f.).

übt, die als eine „Prämisse“ für den Beitritt, aber auch für den Erhalt der Vorteile aus der Mitgliedschaft zur Union fungiert.⁹⁸ Das gilt erst recht für das Zurückbehalten von Mitteln aus dem NGEU-Wiederaufbaufonds, die nicht unter die Konditionalitätsverordnung fallen und daher ohne die hier normierten Voraussetzungen verweigert werden können.⁹⁹

Die Konditionalitätsverordnung reagiert auf die Schwächen des Art. 7 EUV, macht die Auszahlung von Finanzmitteln aber allein von der Einhaltung der durch Art. 2 EUV vorgegebenen rechtsstaatlichen Grundsätze abhängig, die in einem funktionalen Verhältnis zum Vollzug des Haushalts stehen, der eben ohne rechtsstaatliche Institutionen nicht gelingen kann.¹⁰⁰ Mit einer Homogenisierung der Rechtsstaatsanforderungen hat das nichts zu tun. Es geht vielmehr um ein Minimum oder den Kern an Rechtsstaatlichkeit, ohne die ein ordnungsgemäßer Haushaltsvollzug nicht gewährleistet ist und die früher gerne als Rechtsgemeinschaft bezeichnete¹⁰¹ Union nicht funktionieren kann. Dabei darf die häufig zurückgestellte Frage, ob die Unionsorgane ihrerseits das ja auch sie bindende Rechtsstaats- und Demokratieprinzip einhalten, nicht ausgeblendet werden.¹⁰²

Als ein Nachteil politischer Verfahren zur Wertesicherung in der Union wird die souveränitätszentrierte Diplomatie im Rat ausgemacht.¹⁰³ Ungeachtet der Frage, ob diese Einschätzung noch zutrifft und nicht längst die völkerrechtliche Kultur der Verhandlungen im Europäischen Rat überwunden ist, kommt dem Europäischen Rat – früher als dem „König im Frühkonstitutionalismus des 19. Jahrhunderts“ nicht unähnlich betrachtet¹⁰⁴ – im konstitutionellen Transformationsprozess eine

⁹⁸ Der EuGH erklärte in der Zurückweisung der Nichtigkeitsklagen von Polen und Ungarn gegen die Konditionalitätsverordnung, dass „die Achtung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat eine Voraussetzung für den Genuss aller Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf diesen Mitgliedstaat ergeben (...). Die Achtung dieser Werte kann nämlich nicht auf eine Verpflichtung reduziert werden, der ein Beitrittskandidat im Hinblick auf seinen Beitritt zur Union unterläge und der er danach wieder entsagen könnte“, vgl. EuGH, *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 144 f.; *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 126 f. Ein „Rückschrittsverbot“ war bereits in EuGH, Urteil v. 20.4.2021, Rs. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 63 – *Repubblica* für die Organisation der Justiz formuliert worden, dazu *Oliver Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere. Der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung, *EuZW* 2021, 917-922; krit. *Nettesheim*, Die Werte der Union (Fn. 44), 541 f.

⁹⁹ Von „impliziten finanziellen Sanktionen“ spricht *Erdmann*, Geld und europäisches Verfassungsrecht (Fn. 46), 269 f.

¹⁰⁰ Es ist, wie der EuGH festgestellt hat, kein Sanktionsmechanismus für Verstöße gegen Art. 2 EUV, vgl. EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 115 und *Polen/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 129, 210. Der Juristische Dienst des Rats hatte es anders gesehen und Art. 7 EUV für abschließend gehalten, vgl. Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rats v. 25.10.2018, Ratsdokument Nr. 13593/18. Mit dieser Begründung wurde bereits die Rechtmäßigkeit des Rechtsstaatsdialogs bezweifelt, vgl. Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rats v. 27.5.2014, Ratsdokument Nr. 10296/14. Das überzeugte schon damals nicht, vgl. *Martenczuk*, Art. 7 EUV (Fn. 33), 49; anders *Thomas Giegerich*, Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU, in: Christian Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung, *Liber Amicorum* für Thorsten Stein, Baden-Baden: Nomos 2015, 499 (532 ff.) mit Zweifeln an der Kompetenz der Kommission für den EU-Rechtsstaatsrahmen. Zum Ganzen *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 377 ff.

¹⁰¹ Krit. *Armin von Bogdandy*, Jenseits der Rechtsgemeinschaft. Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, *EuR* 2017, 487-511.

¹⁰² Das gilt auch für die Kommission, anders *Schorkopf*, Wertesicherung (Fn. 61), 149, wonach die Kommission nicht als „Hüter der liberalen Demokratie“ fungieren könne. Der Maßstab für die Wertesicherung habe ein Abstraktionsniveau, das es den Unionsorganen nur in seltenen Fällen gestatte, in die politische Entwicklung eines Mitgliedstaates zu intervenieren. Damit lässt sich ein Untätigwerden aber nicht rechtfertigen.

¹⁰³ *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 142 ff.

¹⁰⁴ So noch *Armin von Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 1. Aufl., Heidelberg: Springer 2003, 149-203 (169). Heute erscheint der Europäische Rat als ein kollektiver Präsident der Union, was die Deutung des europäischen Regierungssystems als ein parlamentarisches in Frage stellt, vgl. *Mayer*, Die Europäische Union als Präsidialregime (Fn. 60), 488 ff.

Schlüsselrolle zu.¹⁰⁵ Seiner Rolle für die Verteidigung der Werte wird er freilich nicht immer gerecht. So ist es vor allem der Europäische Rat, der Erfolge im Art. 7-Verfahren im Weg steht. Vieles, was heute in Gefahr ist, geht jedenfalls auch auf ein Versagen der Unionsorgane zurück, die zu lange weggeschaut haben.¹⁰⁶ Es wäre jedoch verfehlt, diesen Befund als Rückkehr zur völkerrechtlichen Logik zu deuten.¹⁰⁷ Der Europäische Rat ist kein König, der kein Unrecht tun kann.¹⁰⁸ Schon die Untätigkeitsklage des Europäischen Parlaments gegen die Kommission zeigte, dass ein Abwarten, die Konditionalitätsverordnung mit dem Zurückhalten von Haushaltsmitteln anzuwenden, gegen Unionsrecht verstoßen kann. Vor allem aber verstößt der Beschluss des Europäischen Rates, die Verordnung so lange nicht anzuwenden, bis die Kommission abstrakt-generelle Leitlinien erarbeitet habe und das Urteil des EuGH über die Klagen von Ungarn und Polen abzuwarten, gegen das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.¹⁰⁹ Denn die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates erzeugen keine Rechtsfolgen, erst recht nicht von der Verordnung abweichende Rechtsfolgen. Unionsrechtswidrig ist es, die Anwendung einer Verordnung durch die Kommission von der vorherigen Erarbeitung von Leitlinien abhängig zu machen.¹¹⁰ Daran änderten auch die erhobenen Nichtigkeitsklagen von Ungarn und Polen nichts. Sie hatten nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung, die eine Nichtanwendung der Verordnung hätte rechtfertigen können.¹¹¹ Hier haben wir ein Beispiel für die in der Realität nur begrenzte Steuerungskraft des Rechts bei der Aktivierung politischer Verfahren. Die Politik tut sich schwer, angemessene Antworten auf die Rechtsstaatskrise zu finden.

c) Sperrwirkung gegenüber anderen Schutzmechanismen?

aa) Konditionalitätsmechanismus

Der politische Konditionalitätsmechanismus tritt neben Art. 7 EUV, dem insoweit keine Sperrwirkung zukommt. Letzteres war schon für den Rechtsstaatsrahmen nicht mehr zweifelhaft, wurde aber auch vom EuGH in seinem grundlegenden Urteil zur Konditionalitätsverordnung bestätigt¹¹² und macht deutlich, dass es der Umstand, dass wir mit Art. 7 EUV einen Wertesicherungsmechanismus haben, nicht ausschließt, auf anderem Wege die Sicherung der Werte zu verfolgen. Einen Exklusivitätsanspruch verfolgt Art. 7 EUV gegenüber anderen politischen Verfahren nicht.

Der EuGH beschränkt sich nicht darauf, in Art. 322 AEUV die Kompetenz für den Erlass der Konditionalitätsverordnung zu sehen. Die Verordnung beruhe darauf, dass „jeder Mitgliedstaat die

¹⁰⁵ von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band, wonach die europäische Gesellschaft mit dem Europäischen Rat zu demokratischer Handlungsfähigkeit gefunden habe.

¹⁰⁶ Zum Dilemma oben II.1.

¹⁰⁷ Dass sich das Unionsrecht in der „Krise“ wieder dem Völkerrecht annähert, wie *Frank Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), 183-225 (204 ff.) für die Staatsschuldenkrise meinte, trifft so nicht zu, unterschätzt die Stabilität des Unionsrechts und wird mit den Reaktionen auf die Rechtsstaats- und Demokratiekrise nur begrenzt bestätigt.

¹⁰⁸ *Rex non potest peccare*.

¹⁰⁹ *Uta Stäsche*, Europäischer Rechtsstaat als Spielball der EU-Institutionen? Zum Umgang mit der Haushaltskonditionalität am Beispiel der Rechtsstaatlichkeitsverletzungen in Polen und Ungarn, *ZEuS* 2021, 561-616 (607 ff.); *Oliver Mader*, Rechtsstaatlichkeit und Haushalt: Der Stand des Werteschutzes in der EU nach dem Streit über die Rechtsstaatsverordnung, *EuZW* 2021, 133-141 (139 ff.).

¹¹⁰ Art. 4 Abs. 1 der Verordnung räumt der Kommission kein Ermessen ein.

¹¹¹ Vgl. *Neumeier/Sangi* (Fn. 95), 291.

¹¹² EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44); dazu *Ferdinand Weber*, Horizontale Unionsaufsicht und vertikale Weiterentwicklung zum Schutz der unionalen Verfassungsidentität. Anmerkungen zu den Urteilen des EuGH v. 16.2.2022, Rs. C-156/21 (Ungarn/Parlament und Rat) und C-157/21 (Polen/Parlament und Rat), *EuR* 2022, 785-797.

in Art. 2 EUV genannten gemeinsamen Werte, auf die sich die Union gründet, mit allen anderen Mitgliedstaaten teilt und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen. Diese Prämisse gehört zu den besonderen und wesentlichen Merkmalen des Unionsrechts, die mit dessen Eigenart zusammenhängen und sich aus der Autonomie ergeben, die das Unionsrecht gegenüber den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht genießt. Sie impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten in die Anerkennung dieser Werte und damit in die Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden (...). Daraus folgt, dass die Achtung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat eine Voraussetzung für den Genuss aller Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf diesen Mitgliedstaat ergeben¹¹³. Und weiter heißt es, die Werte erstmals in das Zentrum der Union stellend: „Die in Art. 2 EUV genannten Werte wurden von den Mitgliedstaaten festgelegt und sind ihnen gemeinsam. Sie geben der Union als Rechtsgemeinschaft schlechthin ihr Gepräge.“¹¹⁴ Somit muss die Union auch in der Lage sein, diese Werte im Rahmen der ihr durch die Verträge übertragenen Aufgaben zu verteidigen. Daraus folgt, dass der Wert der Rechtsstaatlichkeit, der der Union und den Mitgliedstaaten gemeinsam ist und zu den elementaren Grundlagen der Union und ihrer Rechtsordnung gehört, im Einklang mit dem in Art. 5 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung sowie dem in Art. 7 AEUV vorgesehenen Grundsatz der Kohärenz der Unionspolitik als Basis für einen Konditionalitätsmechanismus dienen kann, der vom Begriff „Haushaltvorschriften“ im Sinne von Art. 322 Abs. 1 Buchst. a AEUV gedeckt“ ist.¹¹⁵ Der Gerichtshof macht hier unmissverständlich klar, dass Art. 2 EUV nicht nur seinen Niederschlag in Art. 7 EUV gefunden hat, sondern in einer Vielzahl von Vorschriften – wie unter dem Zusammenlesen von Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh¹¹⁶ – konkretisiert wird und den Unionsgesetzgeber nicht daran hindert, ein weiteres Verfahren einzuführen, dass sich nach Zweck und Gegenstand sowie nach den Voraussetzungen und Rechtsfolgen vom Art. 7-Verfahren unterscheidet.

bb) Vertragsverletzungsverfahren

Die Vorstellung, dass ein Umkippen von dem Wertefundament, auf dem die Union beruht, nur politisch begegnet werden darf, ist ebenso sympathisch wie überholt. Auf Art. 2 EUV nimmt zwar nur Art. 7 EUV ausdrücklich Bezug, aber das bedeutet nicht, dass damit der Weg versperrt sei, mit Vertragsverletzungsverfahren auf Verstöße gegen das Unionsrecht zu reagieren.¹¹⁷ Anders sähe es wohl aus, sollte ein Verfahren nach Art. 258 AEUV allein auf systemische Verletzungen des Art. 2 EUV ohne einen konkreten Fall gestützt werden, weil sich dann die Frage stellen würde, warum es überhaupt des Art. 7-Verfahrens als einem politischen Verfahren bedarf. Sicherlich gibt es auch im Unionsverfassungsrecht viele Anknüpfungspunkte für einen Primat des Politischen, wie zum

¹¹³ EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 125 f.

¹¹⁴ EN: Identity und FR: Identité.

¹¹⁵ EuGH, *Ungarn/Parlament und Rat* (Fn. 44), Rn. 126 f.

¹¹⁶ EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – *Kommission/Polen*; dazu *Laura Hering*, Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument der zum Schutz der Unionswerte, DÖV 2020, 293-302 (297 ff.).

¹¹⁷ Vgl. *Luke Dimitrios Spieker*, The Conflict Over the Polish Disciplinary Regime for Judges. An Acid Test for Judicial Interdependence, Union Values and the Primacy of EU law: *Commission v. Poland*, CMLR 59 (2022), 777-811 (780 ff.). Zur Justitiabilität des Art. 2 *ders.*, EU Values (Fn. 14). Anders aber früher die Annahme, Art. 7 EUV sei *lex specialis* zum Vertragsverletzungsverfahren, etwa bei *Martenczuk*, Art. 7 EUV (Fn. 33), 45 f.

Beispiel der EuGH in seiner zurückhaltenden Rechtsprechung gegenüber Primärrechtsverletzungen von Sekundärrechtsakten zeigt.¹¹⁸ Das bedeutet aber nicht, dass es nicht möglich wäre, einen Werteverstoß vor dem EuGH rügen zu können.

Die Verträge kennen als zentrales rechtliches Verfahren zur Durchsetzung der Vertragstreue das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV.¹¹⁹ Es ist jedoch umstritten, ob es als Instrument der Verfassungsaufsicht eingesetzt werden kann oder soll. Sicherlich: Verletzt ein Mitgliedstaat die Verträge, muss er mit einem Vertragsverletzungsverfahren rechnen. Dafür muss die von der Kommission als verletzt gerügte Vorschrift aber justiziabel sein. Das wurde lange Zeit für Art. 2 EUV verneint. Es wäre heute jedoch verfehlt anzunehmen, der Schutz der Werte sei allein dem Verfahren nach Art. 7 EUV vorbehalten. So richtig der „Vorbehalt des Politischen“ in föderativen Konflikten auch sein mag – Art. 7 EUV sperrt nicht prinzipiell den Einsatz des Vertragsverletzungsverfahrens für die Einhaltung der Verträge und kann damit auch zur Verteidigung der Werte beitragen.

Sicherlich geht ein zentraler Zugriff auf die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten mit erheblichen Legitimationsproblemen einher, denen jedoch insoweit begegnet werden könnte, wenn auf das Verfahren nach Art. 259 AEUV zurückgegriffen wird, in dem die Klageerhebung nicht der Kommission, sondern den Mitgliedstaaten zufällt.¹²⁰ Die Fälle, wo das Vertragsverletzungsverfahren von einem Mitgliedstaat initiiert wurde, sind bislang jedoch eher selten geblieben und betrafen Nachbarschaftsstreitigkeiten, aber nicht die Eindämmung einer Rechtsstaats- und Demokratiekrise. Wird gesagt, es sei ein interessanter, aber nicht der von den Mitgliedstaaten gewählte Weg, so wird deutlich, dass es sich um politische Versäumnisse handelt, die nicht dem Recht anzulasten sind.¹²¹

cc) Ausdehnung auf Systemverletzungen?

In eine Konkurrenz zu Art. 7 EUV tritt das Vertragsverletzungsverfahren, wenn darüber auch Systemverletzungen einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen würden. Eine Antwort darauf ist nicht dem Vertragsgeber vorbehalten, sondern kann von der Rechtsprechung gegeben werden, die jenen Schritt gehen müsste, um die Sicherung der Werte – soll daran festgehalten werden¹²² – zu effektuieren.¹²³ Der EuGH hat in der Evolution der hier als Verfassungskern verstandenen Norm¹²⁴ durchaus vorsichtig agiert, jedenfalls den Schritt, ein Vertragsverletzungsverfahren ohne Konkretisierungsschritt unmittelbar auf Art. 2 EUV zu stützen, bislang nicht gewagt.

Warum ist das so? Werteverletzungen sind Rechtsverletzungen, denen entgegenzutreten Art. 7 EUV der Politik zuweist. Die Initiative liegt bei einem Drittel der Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament oder der Europäischen Kommission und die Entscheidungsgewalt beim Rat bzw.

¹¹⁸ Dahinter verbirgt sich der Respekt vor dem politischen Prozess, den in der Sekundärrechtsetzung die Mitgliedstaaten im Rat mittragen.

¹¹⁹ Siehe auch *Meike Eekhoff*, Die Verbundaufsicht, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, 187 ff. zu anderen Verfahren.

¹²⁰ *Dimitry Kochenov*, Biting Intergovernmentalism. The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool, *Hague Journal on the Rule of Law* 7 (2015), 153-174 (170 f.).

¹²¹ Zu dieser wenig überzeugenden Begründung *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 531 f.

¹²² Krit. *Schorkopf*, Art. 7 (Fn. 16), Rn. 72 „Das Denken in Mechanismen der Wertesicherung bewegt sich stets am Rand der Kompetenzüberschreitung.“

¹²³ Für ein restriktives Verständnis *Voßkuhle*, Wertegemeinschaft (Fn. 56), 124 ff.

¹²⁴ von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

dem Europäischen Rat. Demgegenüber ist das Vertragsverletzungsverfahren ein rechtliches Verfahren, in dem am Ende der EuGH entscheidet. Freilich ist eine pauschale Gegenüberstellung von Politik und Recht verfehlt. Das Recht tritt vielfach nicht an die Stelle von Politik, kann und soll vielmehr politische Prozesse anstoßen. Hier liegt kein Grund für die Zurückhaltung, systemische Wertverletzungen im Vertragsverletzungsverfahren aufzugreifen. Näher liegt die Verbindung der hohen Hürden des Art. 7 EUV mit der Weite der Werte des Art. 2 EUV.

Schon mit der Operationalisierung der Werte in Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh für die nationale Justiz greift der EuGH auf den nicht harmonisierten Bereich zu, der betroffene Mitgliedstaaten provoziert, der als übergreifend wahrgenommenen Rechtsstaatskontrolle die nationale Verfassungsidentität nach Art. 4 Abs. 2 EUV entgegenzustellen. Solange hiermit argumentiert wird, steht dem das Unionsrecht mit seiner Austarierung der föderalen Balance nicht entgegen¹²⁵ und wird vom Gerichtshof auch ernst genommen. Anders sieht es aus, wenn Verfassungsgerichte in der nationalen Verfassung wurzelnde Vorbehalte aktivieren, wie es das Bundesverfassungsgericht mit der ultra vires-Kontrolle oder dem Identitätsvorbehalt¹²⁶ für sich in Anspruch nimmt, was, bei allen Unterschieden in den zu entscheidenden Fällen, von anderen nationalen Verfassungsgerichten in der Zurückweisung der Werte-Rechtsprechung des EuGH¹²⁷ aufgegriffen werden kann.¹²⁸

So wie sich die übrigen Mitgliedstaaten positionieren müssen, um ein autoritäres Umkippen der politischen Ordnung eines einzelnen Mitgliedstaates von den gemeinsamen Werten abzuwenden, können sich nationale Verfassungsgerichte in ihrer Rechtsprechung auch zusammentun, um einem für verfehlt gehaltenen „Wertekontitutionalismus“ des EuGH¹²⁹ zu begegnen. Auch das Bundesverfassungsgericht, in dessen Rechtsprechung einst Werte eine große Rolle spielten, sucht inzwischen Unterstützung in der Rechtsprechung anderer Verfassungsgerichte, was im Grunde nur die Umstellung der Perspektive von der supranationalen Rechtsgemeinschaft zum europäischen Rechtsraum¹³⁰ nachzeichnet und grundsätzlich zu begrüßen ist. Es bleibt aber zu fragen, warum angesichts der Präferenz der Verträge mit Art. 7 EUV für ein politisches Lösungsmodell auf das Recht zur Wertesicherung gesetzt werden soll. Wird Art. 2 EUV unmittelbar von der Rechtsprechung aktiviert, dann ließe sich eine Beschränkung auf die Rechtsstaatlichkeit nicht mehr rechtfertigen. Alle dort genannten Werte wären erfasst und über das Vertragsverletzungsverfahren auch durchsetzbar. Im Vertragsverletzungsverfahren gegen die „Lex Tusk“, einem polnischen Ge-

¹²⁵ Instruktiv *Luke Dimitrios Spieker*, Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi Between the Court of Justice and National Constitutional Courts, CMLR 57 (2020), 361-398.

¹²⁶ Dazu *Peter M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, Der Staat 56 (2017), 398-414 (404 ff.); *Lucas Hartmann*, Fehlerfolgen. Ist die verfassungsgerichtliche Ultra-Vires- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos?, Der Staat 60 (2021), 387-431.

¹²⁷ Erläuternd *Lenaerts*, Die Werte der Europäischen Union (Fn. 80).

¹²⁸ Für Polen *Stanisław Biernat*, How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: The Impact of the PSPJ Judgment on Poland, GLJ 21 (2020), 1104-1115; für Ungarn *Beáta Báko*, The Zaublerlehrling Unchained?, ZaöRV 78 (2018), 863-902 (877 ff.). Abl. zu einer insoweit vielfach vermissten Folgenverantwortung des Bundesverfassungsgerichts *Andreas Voßkuhle*, Applaus von der „falschen“ Seite: Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichts, Berlin: Suhrkamp 2021, 334-342.

¹²⁹ *Frank Schorkopf*, Der Wertekontitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, 477-485 (480 ff.).

¹³⁰ *Armin von Bogdandy*, Der europäische Rechtsraum, AöR 144 (2019), 321-357.

setz, das eine Untersuchungskommission zu „russischer Einflussnahme“ eingerichtet hat, dem vorgeworfen wird, Oppositionspolitiker von Wahlen auszuschließen, schlägt die Kommission diesen Weg ein.¹³¹

Höchstrichterlich ist bislang nicht geklärt, inwieweit Art. 7 EUV einen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 2 EUV im Vertragsverletzungsverfahren sperrt. So fragt sich, ob Gerichte imstande sind, für die hinter Wertkonflikten stehenden föderalen Konflikte einen Beitrag zu liefern. Zwar sind es gerade diese föderalen Konflikte, die ein wesentlicher Anlass für die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit waren. Aber man kann sich sehr wohl fragen, ob in der Union für die Aktivierung des Rechts in den Händen des EuGH ein vergleichbar hohes Maß an politischer Konsolidierung vorausgesetzt werden kann.¹³² Eine unmittelbare Aktivierung der Werte des Art. 2 EUV durch den EuGH im Vertragsverletzungsverfahren sollte jedenfalls gut überdacht sein, um keine kontraproduktiven Ergebnisse zu erzielen, mögen Warnungen auch überzogen sein, in der Erweiterung der gerichtlichen Prüfungscompetenz eine „revolutionäre“ Erweiterung zu sehen, die vergleichbar mit *van Gend & Loos* oder *Costa/ENEL* „die Legitimation des Gerichtshofs auf die Probe stellen und auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte auch in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen“ könnte.¹³³

Ob mit rechtlichen Verfahren viel gewonnen ist, steht ohnehin auf einem anderen Blatt. Beide Verfahren, sei es politisch oder rechtlich, werden trotz ihrer Unterschiede – hier eine systemische Abkehr von den Werten, dort ein punktueller Verstoß gegen die Verträge – als zentrale Verfahren eingeordnet, der als dezentrales Verfahren im Recht das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV gegenübergestellt werden kann. Der bloße Umstand, dass es das politische Verfahren nach Art. 7 EUV gibt, hindert nationale Gerichte nicht, Wertverstöße in einem Mitgliedstaat zum Anlass zu nehmen, die Kooperation mit diesem zu hinterfragen und mögliche Grenzen des Vertrauens dem EuGH vorzulegen. Auch hier kann natürlich gefragt werden, ob damit viel gewonnen ist. Gesperrt ist das Verfahren aber nicht und kleinreden sollte man es auch nicht, mag es auch eine Herausforderung für nationale Gerichte sein, die Einhaltung der Unionsgrundrechte im „fremden“ Mitgliedstaat zu überprüfen¹³⁴ oder ihre Entscheidung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen systemischer Defizite abhängig machen und gegebenenfalls dem EuGH vorlegen zu müssen.¹³⁵ Das gilt aber auch für die Aktivierung der Gerichte bei Grundrechtsverletzungen im „eigenen“ Staat, wie die Fälle aus Polen zeigen.

¹³¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 8.6.2023, <https://germany.representation.ec.europa.eu/index%2Ephp/news/rechtsstaatlichkeit-eu-kommission-leitet-vertragsverletzungsverfahren-gegen-polen-ein-2023-06-08_de>. Damit wird deutlich gemacht, dass es heute nicht mehr allein um den Schutz der Rechtsstaatlichkeit geht, sondern vermehrt auf Gefährdungen der Demokratie zugegriffen wird.

¹³² *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 28.

¹³³ *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 90 f., 147 f.

¹³⁴ *Iris Canor*, Solange horizontal. Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, *ZaöRV* 73 (2013), 249-294 (269 ff.).

¹³⁵ Sehr viel zurückhaltender *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 51: „Die Kosten der Juridifizierung des föderativen Rechtsstaatskonflikts könnten mittel- und langfristig (...) hoch sein.“ Zum Vorschlag einer strafrechtlichen Bewehrung des europäischen Verfassungskerns unten V.3.b).

2. Dezentrale Alternativen

Art. 7 EUV normiert ein Verfahren zur Durchsetzung der in Art. 2 EUV niedergelegten Werte. Vor dem Hintergrund der verbreiteten, aber so pauschal unrichtigen Behauptung, dass eine rechtliche Politikdeterminierung in ein Demokratiedefizit münde¹³⁶ und für die Verfassungsaufsicht der Union zu vermeiden sei, rücken als Alternative zu zentralen Problemlösungen – wie dem an Grenzen stoßenden Art. 7-Verfahren – dezentrale Mechanismen der politischen Sicherung grundlegender Werte in den Vordergrund. Das ist schon allein deshalb naheliegend, weil Art. 2 S. 2 EUV von einer europäischen Gesellschaft spricht, die jene Fokussierung auf die Staaten vorsichtig relativiert, mit denen gemeinsam ein abtrünniger Mitgliedstaat nach allem, was wir beobachten können, nicht wieder in die Gemeinschaft „liberaler Demokratien“ als der Basis des Integrationsprojekts zurückgeholt werden kann. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass es für die Effektivität der Wertesicherung auf die „richtigen“ Kombinationen der in der Vierfeldermatrix vorgestellten Mechanismen ankommt. Diese können sich gegenseitig blockieren, aber auch wechselseitig ergänzen und machen deutlich, dass es verfehlt wäre, in Art. 7 EUV das einzige „Instrument“ zu sehen, mit dem der Erosion der gemeinsamen Werte in der europäischen Gesellschaft begegnet werden kann.

Dogmatisch wird die Einbeziehung dezentraler Sicherungsmechanismen durch die Besonderheiten des Verfassungsrechts im europäischen Rechtsraum nahegelegt. Nicht nur ein Unionsorgan ist als mit der Aufsicht betraut anzusehen. Vielmehr sind auch die nationalen Kräfte in die Aufsichtsmechanismen einzubeziehen. Dem steht Art. 7 EUV nicht entgegen und wenn zugunsten der Mitgliedstaaten gesagt wird, sie tragen in den Grenzen des Art. 2 EUV die Union und werden von dieser als politische Einheiten adressiert, so ist das richtig, aber nur die halbe Wahrheit. Es ist heute nicht mehr besonders zu begründen, dass sich die nationalen Gerichte funktionell als Unionsgerichte ausweisen, und das Gemeinwesen, das wir als die Europäische Union bezeichnen, konstituiert sich nicht nur aus dem Unionsrecht, sondern auch aus dem nationalen Europaverfassungsrecht. Angesichts der wechselseitigen Bezugnahme der Rechtsordnungen aufeinander, sind diese nicht nur als „permeabel“¹³⁷ anzusehen, sondern auch in einer wechselseitigen Abhängigkeit voneinander zu betrachten und gebieten eine Distanz zu völkerrechtlichen Konzeptionen, die mit den Staats- und Regierungschefs nur die Repräsentanten des Staates in den Blick bekommen.

Deshalb spricht vieles dafür, auch solche Kräfte für die Verfassungsaufsicht in den Blick zu nehmen, die nicht mit Zwangsgewalt ausgestattet sind, aber innerstaatlich die Werte verteidigen, von denen Art. 2 EUV spricht. Es ist sicherlich nicht einfach zu behaupten, dass die nationale Öffentlichkeit im Namen einer europäischen Öffentlichkeit auftritt, obwohl es dafür in der Rechtsstaatskrise durchaus Anzeichen gibt und eine dichotomische Gegenüberstellung im Grunde nur mit einer negativen Bundesstaatsanalogie¹³⁸ aufrechterhalten werden kann. Längst ist zu beobachten, dass sich nationale Gerichte über ihre Counterparts vermehrt Sorgen machen, in die Eindämmung der Rechtsstaatskrise einbezogen werden und darüber eine europäische Öffentlichkeit schaffen. Kritische Stimmen, die sich zur Einbindung nationaler Gerichte in den Kampf um Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zurückhaltend äußern, gehen implizit von getrennten Rechtsordnungen aus, was jedoch für die Union und ihr Recht – autonom, aber gespeist aus den Mitgliedstaaten

¹³⁶ *Frank Schorkopf*, Von Bonn über Berlin nach Brüssel und Den Haag. Europa- und Völkerrechtswissenschaft in der Berliner Republik, in: Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin: Suhrkamp 2018, 327-356 (348).

¹³⁷ Ausf. *Mattias Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 71 ff.

¹³⁸ Dazu *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union als Bund. zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 129 (2004), 81-120.

– so nicht zutrifft. Jede Beschreibung der Verfassungsaufsicht bleibt lückenhaft, sollte sie die nationalen Akteure für die Initiierung oder Befolgung von Aufsichtsmaßnahmen ausklammern.

a) Politisch: Schutz der Opposition

Wenn hier von dezentralen Mechanismen die Rede ist, dann ist damit gemeint, nicht auf die Regierung des Staates zuzugreifen und sie im Dialog oder zwangsweise zur Umkehr zu bewegen, sondern – entgegen jeder überzogenen Souveränitätsvorstellung, die im Unionsverfassungsrecht längst verabschiedet ist – auf innerstaatliche Kräfte zu setzen, um diese im Kampf für die Einhaltung der grundlegenden Werte zu unterstützen. Das ist in erster Linie die politische Opposition, auf die zuzugreifen kein Problem darstellt, soweit die Union nicht länger allein als völkerrechtliche, von den Mitgliedstaaten geschaffene Einrichtung verstanden wird. Daneben sind es die Medien, deren Schutz rechtlich veranlasst ist, aber auch alle anderen gesellschaftlichen Kräfte, die sich gerade auch in solchen Mitgliedstaaten bemerkbar machen, denen vorgeworfen wird, sich von den Werten des Art. 2 EUV zu verabschieden. Beispiele dafür, dass es gelingen kann, die völkerrechtliche Außenhaut des Souveränitätspanzers zu durchbrechen, gibt es genügend, zum Beispiel mit der Unionsbürgerschaft. Dennoch bleibt es dabei, dass zur Stärkung dezentraler Sicherungsmechanismen der gemeinsamen Werte eine weitergehende Überwindung der Staatenperspektive notwendig wäre, die sich in der Praxis bislang nur vereinzelt zeigt, obwohl es mit der Bezugnahme auf „die Gesellschaft“ an einem prominenten Ort einen Anhaltspunkt dafür gibt.¹³⁹

b) Rechtlich: Vorabentscheidungsverfahren

Soll stattdessen auf das Recht gesetzt werden? Die Frage so zu stellen, hat weniger mit einem Misstrauen gegenüber der Politik zu tun und es wäre naiv zu glauben, dort, wo die Politik scheitert, könnte das Recht ein Problem allein lösen. Befreit man sich aber von der Vorstellung, es handele sich dabei einfach um Alternativen, öffnet sich ein Weg, dem Recht einen bescheidenen Beitrag zur Eindämmung der Rechtsstaatskrise zutrauen zu können.¹⁴⁰

Dazu gehört nicht nur das Vertragsverletzungsverfahren, sondern auch das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV, das – von nationalen Gerichten angestoßen – für die Union zum wichtigsten gerichtlichen Verfahren gehört, ja zu einem guten Teil den Erfolg des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten überhaupt erst erklärt. Hier stellen sich aber Fragen: Ist das Verfahren, das mit der Vorlage ja einen konkreten Fall verlangt, überhaupt ein Instrument der Verfassungsaufsicht? Ungeachtet aller Fragen nach der Sinnhaftigkeit rechtlicher anstelle politischer Verfahren, die mit Blick auf Art. 7 EUV nicht so bleiben müssen, wie sie sind, wird eine Überforderung der nationalen Justiz

¹³⁹ von *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), versteht das offenbar anders, wenn es im Klappentext seines Buches heißt, die „Nationalstaaten“ bestünden als evolutionäre Errungenschaften fort, aber eingebettet und aufgehoben in der demokratischen europäischen Gesellschaft. Die Große Kammer des EuG spricht im Urteil v. 27.7.2022, Rs. T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, Rn. 55, 88, 193 – *RT France/Rat* vom „Schutz der europäischen Gesellschaft“ bzw. der Bewahrung der Integrität der demokratischen Debatte in der europäischen Gesellschaft. Zum Schutzgut des demokratischen Prozesses in den Mitgliedstaaten bereits EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 66 – *Wightman*.

¹⁴⁰ Es gehört inzwischen zum guten Ton, die Gleichursprünglichkeitsthese von *Habermas* zu betonen, wonach Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht gegeneinander ausgespielt werden dürfen, vgl. *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, Frankfurt am Main: Fischer 1994, 83 ff. Recht und Politik sind zu unterscheiden, aber zusammen zu denken, weshalb es darum geht, die Verkoppelung für die Verfassungsaufsicht auszubuchstabieren, vgl. *András Jakab*, What Can Constitutional Law Do Against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law, *Constitutional Studies* 6 (2020), 5-34.

mit Vorlageverfahren behauptet, zumal sich Richterinnen und Richter mit Rechtsstaatsvorlagen im eigenen Land schnell persönlichen Repressionen ausgesetzt sehen.¹⁴¹ Das kann das Vorlageverfahren aber nicht zurückstellen, was auch für die Verarbeitung der Rechtsstaats- und Demokratiekrise und allgemein den Umgang mit den gemeinsamen Werten des Art. 2 EUV gilt.¹⁴²

Die Geschichte der Aktivierung des Vorlageverfahrens für den Schutz der Werte des Art. 2 EUV ist oft erzählt worden.¹⁴³ Einerseits wird an eine „Strategie“ angeknüpft, die seit *van Gend & Loos* in der Rechtsprechung des EuGH angelegt ist. Andererseits kommt hier der Wandel von der älteren projekt- zur neueren wertebezogenen Judikatur¹⁴⁴ zum Ausdruck, der ungeachtet aller Zweifel an der Tragfähigkeit eines „transformativen Konstitutionalismus“¹⁴⁵ den Ansatz eines dezentralen, auf rechtliche Steuerung setzenden Verfahrens im Kontext des an Grenzen stoßenden Art. 7 EUV-Verfahrens hervorhebt. Angefangen mit dem Urteil in der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portuguese* (ASJP), womit der EuGH die richterliche Unabhängigkeit und einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 19 EUV als Konkretisierung der in Art. 2 EUV garantierten Rechtsstaatlichkeit ausflaggte¹⁴⁶ und damit als Maßstab für die Kontrolle auch in anderen Fällen öffnete, war es zunächst ein Vorabentscheidungsersuchen des irischen High Court, der in Mängeln des polnischen Justizsystems ein Überstellungshindernis für die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls sah, was vom EuGH unter Aktivierung des Art. 47 GRCh bestätigt wurde.¹⁴⁷ Diese horizontale Perspektive gilt es hervorzuheben, greift doch nicht der Einwand, auf Vorlagen nationaler Gerichte könne nicht gesetzt werden, weil sich Richterinnen und Richter in Polen disziplinarischen Maßnahmen ausgesetzt sehen. Letzteres konnte und kann wohl noch immer nicht ausgeschlossen werden, hat aber polnische Gerichte nicht davon abgehalten, erkennbare Systemmängel dem EuGH vorzulegen.¹⁴⁸ Der Weg von *ASJP* über *LM*¹⁴⁹ zu *A.K.* ist insoweit bemerkenswert und verdeutlicht im Schutz der Werte durch das Vorlageverfahren die Verbundperspektive. Je mehr Institutionen in der nationalen Justiz als solcher – und nicht bloß in einem Urteil – ein Problem sehen, desto größer fällt die Legitimation im „Einschätzungsverbund“¹⁵⁰ aus.

¹⁴¹ Statt vieler *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49. Eindrücke schildert *Markus Kenntrner*, Die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Zeiten der PiS-Justizreform, NVwZ 2021, 610-616.

¹⁴² Vgl. *Armin von Bogdandy/Luke Dimitrios Spieker*, Countering the Judicial Silencing of Critics. Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges, European Constitutional Law Review 15 (2019), 391-426 (393 ff.); *Hapka* (Fn. 68), 3 ff.; anders *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 23 f.

¹⁴³ Statt vieler – etwas martialisch – *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 42 („die Waffen werden geschmiedet“),

¹⁴⁴ Krit. *Nettesheim*, Die Werte der Union (Fn. 44), 525 ff.

¹⁴⁵ Begriff und Einordnung: *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 119 ff.; *ders./Spieker*, in diesem Band, V. Die Fokussierung auf den neuen Begriff der „europäischen Gesellschaft“ wird vorliegend ausdrücklich für rechtswissenschaftlich gewinnbringend gehalten.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portuguese*; dazu *Luke Dimitrios Spieker*, Defending Union Values in Judicial Proceedings. On How to Turn Article 2 TEU into a Judicially Applicable Provision, in: *von Bogdandy u.a.* (Fn. 58), 237-268 (247 ff.). Für Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV findet die Beschränkung der Charta-Rechte nach Art. 51 GRCh keine Anwendung. Weil nicht die „Durchführung“ des Unionsrechts, sondern die Pflicht zur Rechtsschutzgewährung „in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen“ maßgeblich ist, sind dem Zugriff des EuGH auf die Justiz in Polen kaum Grenzen gesetzt.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 61 ff. – *LM*.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil v. 19.11.2019, Rs. C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982 – *A.K.*

¹⁴⁹ Dazu die Beiträge von *Stanisław Biernat/Paweł Filipek*, *Catherine Dupré*, *Agnieszka Frąckowiak-Adamska* und *Matteo Bonelli*, in: *von Bogdandy u.a.* (Fn. 58), 403-430, 431-442, 443-454, 455-476.

¹⁵⁰ Begriff: *von Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 374 ff.

Im Vorabentscheidungsverfahren erhält der EuGH das Fallmaterial von den nationalen Gerichten, die im Falle von Polen verdeutlichen, dass es nicht allein um einen europäischen Konflikt handelt, der alle Mitgliedstaaten in der Anwendung des europäischen Rechts erfasst, sondern dass eine Konfliktlinie auch durch Polen verläuft. Zwar lässt sich die Rechtsprechung des EuGH als eine Operation am offenen Herzen bezeichnen, die parallel zum Umbau der Justiz in Polen erfolgt, nur tastend auf die Werte zugreift und allein kaum in der Lage sein wird, die rechtsstaatlichen Defizite wirksam zu bekämpfen oder zu beseitigen. Aber Beschneidungen des Vorlagerechts nationaler Gerichte tritt der EuGH schon seit langer Zeit vehement entgegen.¹⁵¹ Warum dann nicht auf die nationalen Gerichte setzen, die um Rechtsstaatlichkeit kämpfen und sich ihrer „Gleichschaltung“ erwehren? Hier hat sich der EuGH positioniert: Auf die Erklärung des polnischen Verfassungsgerichtshofs, die Rechtsprechung des EuGH sei ultra vires und damit verfassungswidrig, reagierte der Gerichtshof in rumänischen Fällen, indem er die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen¹⁵² für unionsrechtswidrig erklärte, sofern das Verfassungsgericht nicht hinreichend unabhängig sei.¹⁵³ Letzteres ist heute in Polen kaum mehr zweifelhaft.

aa) Grenzen gegenseitigen Vertrauens: Systemische Mängel

Die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundwerte, wozu die richterliche Unabhängigkeit gehört, ist eine Voraussetzung gegenseitigen Vertrauens. Verstöße gegen die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsätze markieren eine Grenze des gegenseitigen Vertrauens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wodurch die horizontale Kooperation, gleichsam als Herzstück der Integration, begrenzt wird.¹⁵⁴ Verstößt ein Mitgliedstaat gegen die Werte des Art. 2 EUV, muss er damit rechnen, dass die Vertrauensgrundlage entfällt. Zweifel berechtigten „Vertrauens“ berühren einen Grundnerv der Union, kann das Vertrauen doch heute nicht mehr so selbstverständlich wie früher einfach unterstellt werden.¹⁵⁵ So findet die Überstellung eines mit europäischen Haftbefehls gesuchten Beschuldigten dort eine Grenze, wo nicht sichergestellt ist, dass dieser im Ausstellungsstaat ein Verfahren erhält, dass mit den Werten des Art. 2 EUV übereinstimmt. Daran zeigt sich, dass die Vorstellung einer unhinterfragten Übereinstimmung mit dem Primärrecht nicht mehr trägt. Eröffnet wird nicht bloß die Möglichkeit eines Art. 7-Verfahrens in der Hand der Unionsorgane. Nationale Gerichte werden vor Prüfungen in fremden Mitgliedstaaten gestellt, die es dem Integrationsprojekt erschweren, seine Plausibilität unter Beweis zu stellen.

Autoritäre Strukturen, die gegen Art. 2 EUV verstoßen, äußern sich nicht in einzelnen Handlungen, sondern in deren Gesamtheit. Selbst gravierende Maßnahmen, wie die Schaffung der Diszip-

¹⁵¹ EuGH, Urteil v. 4.10.2018, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 – *Kommission/Frankreich*; dazu *Laura Hering*, Zwischen Dialog und Kontrolle: Das Vertragsverletzungsverfahren zur verschärften Durchsetzung von Vorlagepflichtverletzungen letztinstanzlicher Gerichte, *EuR* 2020, 112-132. Zu Ausnahmen von der Vorlagepflicht EuGH, Urteil v. 6.10.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 – *Consortio Italian Management u.a./Rete Ferroviaria Italiana SpA*.

¹⁵² Dazu EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – *RS*.

¹⁵³ EuGH, *Euro Box Promotion* (Fn. 12), Rn. 230. Das wird man für das BVerfG nicht sagen können, wenn gleich die Parallelen im ultra vires-Vorwurf zwischen dem PSpP-Urteil des BVerfG und dem polnischen Verfassungsgerichtshof in den Verfahren K 3/21, K 6/21 und K 7/21 unverkennbar sind, vgl. *Alexander Heger*, Der EuGH ultra vires? Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsgerichtshofs von Polen im Vergleich, in: Philipp B. Donath u.a. (Hrsg.), *Der Schutz des Individuums durch das Recht*, FS für R. Hofmann, Berlin: Springer 2023, 961 (964 ff.).

¹⁵⁴ Zum Vertrauen auch *Claudio Franzius*, *Gewährleistung im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 254 ff.

¹⁵⁵ Zur Figur des wechselseitigen Vertrauens *Koen Lenaerts*, *La Vie Après l’Avis*. Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust, *CMLR* 54 (2017), 805-840 (812 ff.); *ders.*, Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue, *Yearbook of European Law* 38 (2019), 3-17.

linarkammer beim Obersten Gericht in Polen, mögen für sich genommen vielleicht noch hinnehmbar sein, sind aber in der Gesamtheit aller ergriffenen „Reformen“ für den von der PiS-Regierung verfolgten Umbau der Justiz ein Angriff auf die Rechtsstaatlichkeit im Sinne des Art. 2 EUV, der hinter die Kooperation mit anderen Mitgliedstaaten ein Fragezeichen setzt und so zum Hebel für die erwünschte Umkehr genutzt werden könnte. Zwar sind die Konsequenzen aus dieser Einsicht bislang eher bescheiden, dürften aber juristisch mehr zulassen.

Für die Grenzen des gegenseitigen Vertrauens¹⁵⁶ gibt es mit dem „systemischen Defizit“ einen originär unionsverfassungsrechtlichen Zugriff¹⁵⁷ für die Wertesicherung.¹⁵⁸ Anders als der EGMR verlangt der EuGH für das Aussetzen der Kooperation mehr als nur einen Verstoß gegen eine Norm des Primärrechts.¹⁵⁹ Um einen Verstoß gegen Art. 2 EUV bejahen zu können, wird mit dem Vorliegen eines systemischen Mangels mehr gefordert. Es gehört zu den bemerkenswerten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH, dass er die Figur systemischer Mängel aus der Grundrechtsdogmatik auf die Sanktionierbarkeit von Werteverletzungen im Sinne des Art. 2 EUV erstreckt hat. Zwar geht es bislang im Kern um die Rechtsstaatlichkeit, aber es ist nicht unbemerkt geblieben, dass die Aussagen des EuGH ohne größere Schwierigkeiten auf die anderen Werte des Art. 2 EUV erstreckt werden könnten.

Ausgangspunkt für den Begriff systemischer Defizite in der Verfassungsaufsicht ist Art. 7 EUV, der deutlich macht, dass die Einforderung der Werte des Art. 2 EUV in die Verbandskompetenz der Union fällt.¹⁶⁰ Zwar folgt aus der verfassungsrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten ihre primäre Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Werte. So erklärt sich die Schwelle *systemischer* Defizite für die Wertesicherung durch die Unionsorgane. Nicht der einzelne Normverstoß, sondern erst regelmäßig auftretende, weit verbreitete oder tief verwurzelte Phänomene, die das System als solches betreffen, erfordern ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden. Ein einziger Fall wie ein politischer Mord mag auf ein systemisches Defizit hinweisen. Aber es muss eben doch ein Systemversagen vorliegen, dass nicht vorschnell angenommen werden darf.¹⁶¹ Indiziert wird ein solches systemisches Defizit durch seine Externalitäten in anderen Systemen, wenn sie „das Selbstverständnis der europäischen Gesellschaft, die Legitimität der Entscheidungsfindung in der EU oder die Möglichkeit gegenseitiger Anerkennung von Entscheidungen“ betreffen. Es spricht vieles dafür, ein systemisches Defizit erst anzunehmen und die Verfassungsaufsicht zu aktivieren, wenn „dieses Selbstverständnis, diese Legitimität, diese Möglichkeit wanken (...). Die Kehrseite dieser hohen

¹⁵⁶ Zum Vertrauen *Sophia Eßlinger*, *Gegenseitiges Vertrauen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018; *Elena Marie Kullak*, *Vertrauen in Europa*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 6 ff.

¹⁵⁷ Vgl. im Anschluss an EGMR, *Soering v United Kingdom*, App. No. 14038/88, Urteil v. 7.7.1989: EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 106 – N.S., wonach es eine inhärente Verpflichtung des Mitgliedstaates gibt, in Fällen von ernsthaften Verletzungen der Unionsgrundrechte mit anderen Mitgliedstaaten nicht zusammenzuarbeiten, selbst wenn eine Verordnung der Union dies explizit verlangt; dazu und der von den Mitgliedstaaten verlangten horizontalen Solange-Prüfung *Canor* (Fn. 133), 264 ff.; krit. *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 138.

¹⁵⁸ Dazu *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, *Das systemische Defizit. Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens*, *ZaöRV* 74 (2014), 283-328; *Schmidt*, *Verfassungsaufsicht* (Fn. 34), 51 ff.

¹⁵⁹ Krit. *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)*, *EuR* 2019, 111-131 (126 ff.).

¹⁶⁰ *von Bogdandy*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 275 ff.

¹⁶¹ Das ist aus Legitimitätsgründen geboten, aber auch wenn man Art. 2 und Art. 4 Abs. 2 EUV in den Blick nimmt. Die Begrenzung rechtlicher Instrumente auf „rote Linien“ ergibt sich vor allem aus dem Spannungsverhältnis, das die beiden Vorschriften bilden.

Eingriffsschwelle ist, dass die Defizite oft eine gesellschaftliche Verankerung haben, was unweigerlich zur Perspektive des transformativen Konstitutionalismus¹⁶² führt.

bb) Transformatives Potential

Als Schlüsselbegriff für die Verfassungsaufsicht ist das „systemische Defizit“ relativ jungen Datums, hat als Grenze des gegenseitigen Vertrauens im horizontalen Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander aber ein transformatives Potential, das in Vorlageverfahren genutzt werden kann. Noch vergleichsweise einfach zu begründen ist, warum ein europäischer Haftbefehl nicht vollzogen werden darf, wenn die zu überstellende Person im Ausstellungsstaat der Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne von Art. 4 GRCh ausgesetzt ist. Dieser Gedanke wird aber auf das faire Verfahren nach Art. 47 GRCh insoweit übertragen, als es dessen absolut geschützten Wesenskern betrifft, wozu die richterliche Unabhängigkeit gezählt wird. Zwar bleiben die Anforderungen, den Haftbefehl nicht durchzuführen, an den zweistufigen Test gebunden. Zuerst hat das Gericht zu prüfen, ob auf der Basis objektiver und zuverlässiger Informationen eine echte Gefahr besteht, dass das Grundrecht auf ein faires Verfahren verletzt wird, hervorgerufen durch die fehlende Unabhängigkeit der Gerichte. Anschließend ist das Bestehen einer Gefahr zu untersuchen und dabei zu berücksichtigen, inwieweit sich Mängel der richterlichen Unabhängigkeit auf das Gericht und die Person in ihrer konkreten Situation ausgewirkt haben. Damit bleiben die Anforderungen an die Widerlegung gegenseitigen Vertrauens sehr hoch, aber die Bedeutung liegt weniger in dieser Begrenzung als vielmehr in der Aktivierung dezentraler Akteure zur Wertesicherung der Union. Nationale Gerichte anderer Staaten sind „nicht mehr bloß Zuschauerinnen erodierender Rechtsstaatlichkeit in einem anderen Mitgliedstaat, sondern sie werden vom EuGH zu eigenständigen Akteuren ermächtigt, die im Extremfall nationalen Gerichtsentscheidungen, die unter defizitären Rechtsstaatlichkeitsbedingungen zustande gekommen sind, die Anerkennung und Durchsetzung in den übrigen Mitgliedstaaten versagen“ können.¹⁶³

Mit dieser „Strategie“ wird die zentrale Thematisierung durch das politische Art. 7-Verfahren nicht entbehrlich, vervielfältigt aber die Akteure zur Bewahrung der Werte des Art. 2 EUV. Zwar mögen systemische Defizite auch im Vertragsverletzungsverfahren von der Kommission gerügt werden können. Der EuGH hat das bislang noch nicht entschieden.¹⁶⁴ Interessant und weiterführend ist jedoch ihre Thematisierung im dezentralen Vorlageverfahren, initiiert von nationalen Gerichten aus dem betroffenen oder einem anderen Mitgliedstaat, die als funktionale Unionsgerichte eine Mitverantwortung für die Einhaltung der Werte übernehmen können, unionsrechtlich gegebenenfalls aber auch müssen. Hier obliegt die Prüfung, ob ein systemischer Mangel vorliegt, dem mitgliedstaatlichen Gericht.¹⁶⁵ Erst wenn *seine* Angaben im Ergebnis dazu führen, dass aus der

¹⁶² von Bogdandy, Strukturwandel (Fn. 69), 277 f.

¹⁶³ Andreas Orator, Neue Instrumente des Europäischen Gerichtshofs zur Bekämpfung rechtsstaatlicher Systemmängel in EU-Mitgliedstaaten, in: Moriz Kopetzki u.a. (Hrsg.), Autoritäres vs Liberales Europa, Wien: Jan Sramek 2019, 215-232 (227).

¹⁶⁴ Zur isolierten Rüge eines Art. 2-Verstoßes durch das ungarische Anti-LGBTQ-Gesetz siehe die von der Kommission am 21.2.2022 eingereichte Klage in der Rs. C-123/22 (Kommission/Ungarn), ABI. C 121/2 v. 3.4.2023. Zum Verzicht auf eine Scharniernorm, die vergleichbar mit Art. 19 EUV oder Art. 47 GRCh die Wertekonkretisierung anleitet: Jannes Dresler, Der Brüsseler Testballon. Kommission betritt mit Klageschrift gegen Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz Neuland, VerfBlog v. 21.2.2023, <<https://verfassungsblog.de/der-bruesseler-testballon/>>.

¹⁶⁵ Krit. Wendel, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 159), 126 ff. mit der Befürchtung, dass diese Rechtsprechungslinie zur Schwächung des europäischen Gerichtssystems führen könne.

Sicht des Rechtsunterworfenen in Bezug auf die Unabhängigkeit der Gerichte ein „berechtigter Zweifel“ besteht, liegt mit dem EuGH ein systemischer Mangel im Justizsystem vor.¹⁶⁶

Eine nicht unmaßgebliche Funktion des Vorlageverfahrens kann darin gesehen werden, die Entwicklung neuer Maßstäbe für die europäische Verfassungsaufsicht dadurch anzuleiten, dass mitgliedstaatliche Gerichte in die Auslegung der maßgeblichen Normen des Primärrechts einbezogen werden. Das macht vor dem Hintergrund einer Doppelung von zwei dogmatisch unscharfen Begriffen durchaus Sinn. Denn die besondere rechtliche Konstruktion des Unionsrechts bildet ein strukturiertes Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen, das auf der grundlegenden „Prämisse gemeinsamer Werte“ beruhe, wie sie in Art. 2 EUV niedergelegt sind, welche die „Existenz gegenseitigen Vertrauens“ zwischen den Mitgliedstaaten impliziert und rechtfertigt.¹⁶⁷ Dies allein auszubuchstabieren und durchzusetzen würde den EuGH, obwohl es sich genuin um Unionsrecht handelt, vor nicht unerhebliche Legitimationsprobleme stellen, denen er in Vorlageverfahren aus dem Weg zu gehen sucht.

cc) Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs

In der Rechtsprechung des EuGH ist geklärt, dass Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als konkretisierende Ausprägung des Werts der Rechtsstaatlichkeit zur Anwendung von Art. 47 Abs. 2 GRCh führt, ohne dass es auf die Grenzen von Art. 51 Abs. 1 GRCh ankommt. Das trifft auf Kritik, die dogmatisch jedoch nicht überzeugt.¹⁶⁸ Sicherlich ist vor allem in Deutschland die Abgrenzung der Grundrechtssphären ein Problem, das jedoch mit der Abkehr von der Trennungszugunsten einer Verbundperspektive durch das Bundesverfassungsgericht entschärft worden ist.¹⁶⁹ Die Justitiabilität des Art. 2 EUV hängt nicht von der eingeschränkten Justitiabilität des Art. 7 EUV und auch nicht von der Eröffnung des Anwendungsbereichs der GRCh ab.

Natürlich ist der EuGH schon aus Legitimationsgründen gut beraten, seine „Werterechtsprechung“ zurückhaltend fortzuentwickeln, was Zweifel an der Tragfähigkeit eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens stützt, nicht aber in gleicher Weise für das Vorlageverfahren gilt, das dezentral angestoßen den EuGH zu keiner abschließenden Entscheidung berechtigt, sondern die Schlussentscheidung dem vorlegenden Gericht nicht selten „im Namen des Volkes“ belässt. Das muss kein Nachteil sein, sondern wird hier als Vorteil verstanden, mögen die Werte darüber auch nicht allein gesichert werden können. Aber das gilt eben auch für die „große Bazooka“ des Art. 7 EUV, der in der anhaltenden „Rechtsstaatskrise“ mehr verspricht als er halten kann.

In der europäischen Verfassungsaufsicht muss der Sehnsucht nach dem einen zentralen Instrument widerstanden werden. Maßgeblich sind vielmehr die Verkoppelungen der Sicherungsmechanismen. So darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es gerade die Rechtsprechung des EuGH

¹⁶⁶ EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517, Rn. 68 f. – *LM* im Anschluss an EuGH, Urteil v. 5.4.2016, Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 88 ff. – *Aranyosi und Căldăraru*.

¹⁶⁷ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 167 f.

¹⁶⁸ Das Zusammenspiel von Art. 2 EUV mit Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh ist dogmatisch noch nicht gesichert, der vom EuGH betriebene Gleichlauf der Maßstäbe aber bemerkenswert, vgl. *Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht (Fn. 159), 119 ff.

¹⁶⁹ BVerfGE 152, 216 (236 ff.) Recht auf Vergessen II; zur Kritik an der Trennungsthese *Claudio Franzius*, Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, EuGRZ 2015, 139-153 (148 ff.). Zu den nationalen Verfassungsgerichten als funktionalen Unionsgerichten *Davide Paris*, Constitutional Courts as European Union Courts. The Current and Potential Use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24 (2017), 792-821.

ist, die mit der Schärfung und Konkretisierung des Verfassungskerns das Material für die politischen Akteure und ihre Instrumente liefert. Zwar mag die Organisation nationaler Justizsysteme in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, aber mit Rechtsstaatsvorlagen liefern die Gerichte der Mitgliedstaaten keinen Anlass zur überdehnenden Vertragsfortbildung, sondern beweisen nur die Sinnhaftigkeit des Vorlageverfahrens, worauf der Erfolg der politischen Union im europäischen Rechtsraum beruht und für transformative Schritte in der europäischen Gesellschaft nutzbar gemacht werden sollte. In der hier eingenommenen verfassungspluralistischen Sicht wird die in der Praxis zu beobachtende „Privilegierung“ des Vorabentscheidungsverfahrens für den Umgang mit den Werten des Art. 2 EUV bestätigt. Unterstrichen wird die Bedeutung dieser „Loyalitätsbrücke“ von nationalen Verfassungsgerichten, die Vorlagen als Bedrohung ihrer Macht verstehen und explizit bekämpfen¹⁷⁰ oder unterschwellig kleinzureden¹⁷¹ versuchen.

Die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs mag als „revolutionär“ ausgewiesen werden, die vergleichbar mit den Entscheidungen des EuGH in den 1960er Jahren seine Legitimation auf die Probe stellt und „auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte auch in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen könnte“.¹⁷² In der Tat wird das *ASJP*-Urteil des EuGH, mit dem noch etwas versteckt die „Werterechtsprechung“ seinen Anfang nahm, als eine bahnbrechende Entscheidung vergleichbar mit *van Gend & Loos* verstanden.¹⁷³ Was die Sicherung demokratischer Strukturen betrifft, mag einer aktiven Rolle des EuGH mit Vorsicht zu begegnen sein, obwohl es auch hier, zumal im horizontalen Druck über das Vorlageverfahren, sehr wohl Möglichkeiten gibt, systemische Defizite der Demokratie zu adressieren. Für die Rechtsstaatlichkeitskontrolle ist der Weg über das gegenseitige Vertrauen und ihre Grenzen ein im geltenden Recht angelegter Weg der Verfassungsaufsicht, die keine Übergriffigkeit des EuGH andeutet und die Rolle der politischen Organe auch nicht schmälert, vielmehr deren Zögern aufgreift und zu kompensieren versucht, wobei stets nur Ausschnitte thematisiert werden und die letztendliche Lösung der Probleme der Politik überlassen bleibt, die einen Weg aus der Krise sucht, aber bislang noch nicht gefunden hat.¹⁷⁴

3. Kombinationen

Empfohlen wird – so die zentrale These dieses Beitrags – eine kombinierte Vorgehensweise.¹⁷⁵ Die Eröffnung des Art. 7-Verfahrens, wie gegenüber Polen und Ungarn geschehen, hindert die Union nicht, den Konditionalitätsmechanismus zur Sperrung von Haushaltsmitteln zu aktivieren oder parallel Vertragsverletzungsverfahren mit der Verhängung von Zwangsgeldern einzuleiten,

¹⁷⁰ Zur Unionsrechtswidrigkeit EuGH, Urteil v. 2.3.2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 156 ff. – *A.B.*

¹⁷¹ *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49.

¹⁷² Vgl. *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 90 f., 147 f.

¹⁷³ Vgl. *Koen Lenaerts*, Upholding the Rule of Law within the EU, Reconnect Conference on Democracy and the Rule of Law in the EU (5.7.2019), <<https://reconnect-europe.eu/events/conference-2019>>. Zur Rechtsprechung *Laurent Pech/Dimitry Kochenov*, Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice, Swedish Institute for European Policy Studies, Stockholm: Sieps 2021, 12 ff.

¹⁷⁴ A.A. *Andreas Kulick*, Rechtsstaatlichkeitskrise und gegenseitiges Vertrauen im institutionellen Gefüge der EU, JZ 2020, 223-231 (229 ff.). Zur Rechtsstaatlichkeitskrise im Spiegel ihrer Deutungsversuche *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 43 ff.

¹⁷⁵ Vgl. *Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere (Fn. 98), 919; s. auch die „Toolbox“ der *Europäischen Kommission*, vgl. Mitteilung der Kommission v. 3.4.2019 an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat. Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, KOM (2019), 163 final, 3 ff.

aber auch nicht, den einmal eingeschlagenen zentralen Weg dezentral zu ergänzen und damit aufsichtsrechtlich legitimatorisch zu entlasten.¹⁷⁶

a) Zentrale Mechanismen

Dass der EuGH den Erlass der Konditionalitätsverordnung durch das Art. 7-Verfahren nicht als gesperrt ansieht, schützt ihn nicht vor Kritik. Aber mit der klaren Fokussierung auf die Sicherungen des Haushalts gehen die Regelungen dogmatisch auf Distanz zur Sanktionierung von Werteverstößen. Es wird kein Mitgliedstaat für das, was er getan hat, bestraft, sondern der Haushalt präventiv vor Mitgliedstaaten geschützt, die keine Gewähr für die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundprinzipien bieten. Auch von den Rechtsfolgen her unterscheiden sich die Verfahren erheblich. Steht am Ende des Art. 7-Verfahrens der Entzug von Stimmrechten des betroffenen Mitgliedstaates, also eine politische Sanktion, so zielt der Konditionalitätsmechanismus auf den Entzug von Haushaltsmitteln und wirkt ökonomisch. Letzteres macht deutlich, dass in einer föderativen Rechtsordnung die Befolgung einer grundlegenden Verfassungsnorm wie Art. 2 EUV nicht beliebig politisiert werden kann, mag es auch weiterhin auf den Willen der politischen Organe ankommen, den Konditionalitätsmechanismus als Hebel für die Einhaltung der Werte einzusetzen.¹⁷⁷

Schwieriger ist das Verhältnis der beiden anderen zentralen Mechanismen zueinander zu bestimmen, die top down von den Unionsorganen auf die betreffenden Mitgliedstaaten einwirken. Soll das Vertragsverletzungsverfahren unmittelbar Werteverletzungen sanktionieren, müsste es als „System-Vertragsverletzungsverfahren“¹⁷⁸ die Normverstöße bündeln können, um zu verhindern, dass sich ein Mitgliedstaat auf kleinere Korrekturen im Anschluss an eine Verurteilung durch den EuGH beschränkt und – wie die jüngere Entwicklung in Polen zeigt – das grundlegende politisch-institutionelle Problem der „Justizreformen“ bestehen bleibt. Mit Blick auf Art. 7 EUV ist freilich eine Ambivalenz festzustellen. Verurteilungen durch den EuGH können den Druck auf den Rat erhöhen, das Verfahren nach Art. 7 EUV fortzusetzen oder als Ventil fungieren, weiterhin nichts zu tun und sich der politischen Verantwortung in der Rechtsstaats- und Demokratiekrise zu entziehen. Ob es weiterführt, die Legitimationslast auf die Justiz zu überwälzen, die im Vertragsverletzungsverfahren durch den zu lösenden Fall „gesteuert“ wird, steht auf einem anderen Blatt.¹⁷⁹ Zu beachten aber bleibt, dass es wenig Sinn macht, das Art. 7-Verfahren allein von seinem Ende aus zu betrachten. Denn schon die Feststellung der Kommission, es bestehe die Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat, kann das Vorliegen eines systemischen Mangels tragen und vom EuGH im Vertragsverletzungsverfahren aufgegriffen werden. Es ist nicht unbemerkt geblieben, dass der Einfluss des begründeten Vorschlags der Kommission nach Art. 7 EUV auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs erheblich gewesen ist.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Es wäre verfehlt, konstitutionellen „Fortschritt“ in der Ersetzung dezentraler durch zentrale Mechanismen zu betrachten. Zwar ist eine Rückübertragung von Kompetenzen unwahrscheinlich. Aber das bedeutet in einer verfassungspluralistischen Lesart eben gerade nicht, dass eine bessere Krisenbewältigung nur zentral gelingen könne.

¹⁷⁷ In dieser Richtung auch *Neumeier/Sangi* (Fn. 95), 291 f.

¹⁷⁸ *Kim Lane Scheppele*, Enforcing the Basic Principles of EU Law Through Systemic Infringement Actions, in: *Closa/Kochenov* (Fn. 30), 105-132.

¹⁷⁹ Erstaunlich milde *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 107.

¹⁸⁰ Von einem „Gleichlauf“ der Ausführungen der Kommission mit denjenigen des EuGH in seiner späteren Rechtsprechung spricht *Schmidt*, Verfassungsaufsicht (Fn. 34), 495.

b) Dezentrale Mechanismen

Letzteres gilt auch für das Vorlageverfahren. Schon die erste Stufe des Art. 7-Verfahrens erleichtert die Durchführung des Vorabentscheidungsverfahrens, sei es im Wege von Nachfragen an die Wertekonformität der horizontalen Kooperation oder durch nationale Gerichte im gefährdeten Mitgliedstaat, die sich vom EuGH eine Rückendeckung für die Verteidigung der liberal-demokratischen Werte versprechen.

Der Einsatz des Vorlageverfahrens als dezentrales Verfahren kann jedoch in ein Spannungsverhältnis zum Vertragsverletzungsverfahren treten. Stellt der EuGH fest, dass die polnische Justiz nicht mehr unabhängig im Sinne des Art. 19 EUV ist, dann könnte es polnischen Gerichten an der Vorlageberechtigung nach Art. 267 AEUV fehlen, weil sie nicht mehr als Gerichte zu qualifizieren sind. Dabei handelt es sich um ein Problem, das bislang zu wenig Aufmerksamkeit gefunden hat.¹⁸¹ Anders sieht es aus, wird das Vertragsverletzungsverfahren als zentraler rechtlicher Mechanismus gezielt zur Stärkung gesellschaftlicher Kräfte im umkippenden Mitgliedstaat eingesetzt. Das kann dezentrale politische Mechanismen befördern. So entschied der EuGH auf die Klage der Kommission gegen ein ungarisches Gesetz, das Organisationen der Zivilgesellschaft, die aus dem Ausland unterstützt werden, sanktionsbewehrte Registrierungs- und Meldepflichten auferlegte, dass „das Recht auf Vereinigungsfreiheit eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft ist, da es den Bürgern ermöglicht, kollektiv in Bereichen von gemeinsamem Interesse tätig zu werden und dadurch zum ordnungsgemäßen Funktionieren des öffentlichen Lebens beizutragen.“¹⁸² Das Urteil erklärte das Transparenzgesetz für unzulässig und „schützt damit Gruppen, die Akteure demokratischer Transformation sind.“¹⁸³

c) Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts?

Im zuletzt genannten Urteil stärkte der EuGH das Demokratieprinzip ohne es als Wert des Art. 2 EUV zu nennen.¹⁸⁴ Stattdessen wurde die Lösung in den Rechtfertigungsgründen für Einschränkungen der Grundfreiheiten gesucht, die nach der wachsenden Kritik ausgesetzten ERT-Rechtsprechung¹⁸⁵ den Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta eröffnen. Damit wird die spezifische Gefährdungslage durch die systemische Dimension in der Breite nicht erfasst. Es fragt sich, ob der Binnenmarkt nicht auch anders zur Wertesicherung eingesetzt werden kann. Gibt es eine Rechtsstaatskonditionalität des Binnenmarkts, dann wäre die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten davon abhängig, dass mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeit im Heimatstaat keine systemischen Defizite zu diagnostizieren sind. Dieser Gedanke ist natürlich vom Ergebnis her gedacht, denn kaum etwas trafe eine autokratische und – wie in Ungarn – korrupte Regierung schärfer als ein Ende der Binnenmarktprivilegien für ihre Unterstützer bei anhaltenden Werteverletzungen. Sicherlich wäre die Unterschützstellung des Binnenmarkts unter die Werte des Art. 2 EUV ein weitgehender Schritt, den der EuGH bislang vielleicht nicht ohne Grund ausgeschlagen hat.¹⁸⁶ Es mag verfrüht sein, die Wirtschaftsverfassung an den Maßstäben des Art. 2 EUV auszurichten.¹⁸⁷ Aber den

¹⁸¹ Siehe aber EuGH, Urteil v. 29.3.2022, Rs. C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235 – *Getin Noble Bank*.

¹⁸² EuGH, Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, Rn. 112 – *Kommission/Ungarn*.

¹⁸³ So von *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 417, der in der Ausweitung des Mandats gute theoretische und dogmatische Gründe sieht.

¹⁸⁴ Krit. *Luke Dimitrios Spieker*, Werteverteidigung im Binnenmarkt?, *EuZW* 2020, 854-858 (856 f.).

¹⁸⁵ *Peter M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte. Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, *EuR* 2008, 190-199.

¹⁸⁶ Zum Eskalationspotential der Werterhetorik von *Bogdandy*, Tyrannei? (Fn. 80), 519 f.

¹⁸⁷ So aber von *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 417.

alten Kern des europäischen Integrationsprojekts losgelöst von den textlich vorangestellten Werten zu sehen, wird dem Unionsverfassungsrecht in seiner heutigen Ausrichtung auch nicht mehr gerecht.

In einem ersten Schritt wäre zu akzeptieren, dass die Rechtsstaatlichkeit für den Binnenmarkt nicht einfach unterstellt werden kann und das Vertrauen in die Unionsrechtskonformität der Herstellung von Waren, der Erbringung von Dienstleistungen oder einer anderen Inanspruchnahme von Grundfreiheiten an Grenzen stößt, sind im betreffenden Mitgliedstaat systemische Defizite in der rechtsstaatlichen Infrastruktur festgestellt worden. Dazu gehören nicht nur der Vorwurf der Korruption wie in Ungarn oder Rumänien, sondern auch das Fehlen unabhängiger Gerichte, die für die Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben unverzichtbar sind. Dann wäre in einem zweiten Schritt zu fragen, ob nationale Gerichte in einem anderen Mitgliedstaat – also in der horizontalen Perspektive – dazu befähigt sein sollten, die bereits bestehende Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit auf den Binnenmarkt und die darüber gewährten Freiheiten zu beziehen. Was im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts möglich ist, sollte für den Binnenmarkt jedenfalls nicht prinzipiell verschlossen bleiben. Zugegeben sei, dass es sich hier um ein weitgehend harmonisiertes Politikfeld handelt, das unter einen eher vagen konstitutionellen Wertevorbehalt gestellt würde. Dieser Schritt wird aber dadurch abgemildert, dass es um individuelle Fälle geht, die insoweit nur, beschränkt man die Anwendung auf das Vorlageverfahren, eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *LM* wäre. Den Anstoß für die Überprüfung gibt kein Unionsorgan, sondern ein mitgliedstaatliches Gericht in der horizontalen Solange-Konstellation mit den beiden Einschränkungen, die für alle Sanktionierungen von Rechtsstaatsverstößen zu beachten sind: Zum einen ist der EuGH bei der gerichtlichen Mobilisierung gegen systemische Defizite auf das Ziehen roter Linien beschränkt.¹⁸⁸ Es wird aus den Werten des Art. 2 EUV kein Maßstab entwickelt, der „zu einer erheblichen Beschränkung der mitgliedstaatlichen Verfassungsautonomie führen könnte und sich daher verbietet“.¹⁸⁹ Zum anderen ist „die Bewertung, dass ein systemisches Defizit vorliegt, keine einsame Entscheidung einer einzelnen Institution, sondern das Ergebnis eines kollektiven Prozesses im europäischen Einschätzungsverband“. Unter dieser Prämisse wäre ein gerichtliches Zusammenlesen von Rechtsstaatlichkeit und Binnenmarkt, dessen Regeln nicht funktionieren, wenn nicht ein Minimum an Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten gewährleistet ist, keine Revolution als Schreckenszenario, das das Unionsverfassungsrecht auf einen falschen Weg führe.

Dies gilt umso mehr, als es gegenwärtig als offen bezeichnet werden muss, ob mit den praktizierten Instrumenten der Wertesicherung eine weitere Erosion des gemeinsamen Fundaments der europäischen Verbundordnung aufgehalten werden kann. Im Lichte eines transformativen Konstitutionalismus lässt sich aber sagen, dass die Weiterentwicklung der Sicherungsmechanismen eher „bottom up“ dem Vorabentscheidungsverfahren als „top down“ dem Vertragsverletzungsverfahren überantwortet¹⁹⁰ sein sollte, stets im Blick behaltend, dass weder eine De-Politisierung des Art. 7-Verfahrens noch eine Re-Politisierung der rechtlichen Verfahren wünschenswert ist.¹⁹¹ Insofern überrascht, dass die Debatte über die Sicherung der gemeinsamen Werte die Grenzen des gemeinsamen Markts bislang nicht ernsthaft zu thematisieren wagte, obwohl hier der wohl wirksamste Hebel für die Einhaltung der Werte liegen dürfte, soll der politischen Entwicklung in den

¹⁸⁸ Siehe oben, III.2.a).

¹⁸⁹ von *Bogdandy*, Strukturwandel (Fn. 69), 418 f.

¹⁹⁰ A. A. *Voßkuhle*, Europäische Rechtsgemeinschaft (Fn. 65), Rn. 49. Zur Sicherung der föderalen Balance bei der Verteidigung der gemeinsamen Werte *Assenbrunner*, Struktursicherung (Fn. 53), 615 ff.

¹⁹¹ In dieser Richtung auch *Möllers/Schneider* (Fn. 10), 97 ff.

Mitgliedstaaten kein Freibrief gegeben werden, der Folgen für die gesamte Unionsrechtsordnung haben würde.

V. Ausblick

1. Kritik

Es versteht sich von selbst, dass mit rechtlichen Verfahren noch nichts über die Befolgung der Urteile in den betreffenden Mitgliedstaaten gesagt ist. Die Situation in Polen ist dafür ein Beispiel, wengleich es verfrüht wäre, eine prinzipielle Europa-Opposition der polnischen Justiz zu unterstellen. In die hier vorgestellte Matrix¹⁹² gehören deshalb – durch den Verfassungstext angezeigt – nicht nur rechtliche Verfahren, sondern auch politische Mechanismen wie das zentrale Art. 7-Verfahren neben der europäischen Öffentlichkeit und der Medien, die Defekte ansprechen und anprangern, wobei zu beachten ist, dass sich keine nationale Abwehrhaltung entwickelt. Zu fragen ist deshalb nicht, ob die Union eine Institution benötigt, die als Regierung fungiert und rechtsstaatswidriges Handeln der Mitgliedstaaten besser sanktionieren könnte, sondern vielmehr, ob die Union nicht ihre völkerrechtliche Perspektive auf den Mitgliedstaat aufgeben sollte, um den Eindruck einer Gesamthaltung zu vermeiden. Die Bedrohung des gemeinsamen Wertefundaments geht regelmäßig von der Regierung aus, die den einzelnen Mitgliedstaat nach außen repräsentiert. Statt den Staat als solchen für einen Werteverstoß zu sanktionieren, müsste genauer ausgelotet werden, wie die politische Opposition im betreffenden Mitgliedstaat unterstützt werden könnte. Im Grunde verlangt dies schon die Unionsbürgerschaft, die jedoch nach einer konstitutionellen Blütezeit in ihrem Potential zur Entwicklung wertesichernder Schutzmechanismen¹⁹³ inzwischen wieder verblasst ist.

Wengleich die völkerrechtliche Perspektive auf den Mitgliedstaat unionsverfassungsrechtlich wie ein Relikt aus vergangenen Zeiten erscheint, ist es noch immer so, dass die Mitgliedstaaten als primär- und letztverantwortlich für die Sicherung der Werte angesehen werden.¹⁹⁴ Dennoch lassen sich Überlegungen finden, die unionsverfassungsrechtlich akzeptierte völkerrechtliche Ausrichtung auf die Staaten unter dem Rückgriff auf die Werte des Art. 2 EUV vorsichtig zu relativieren. Dazu gehört, wengleich von den betroffenen Regierungen in der völkerrechtlichen Logik nicht ohne Grund als Einmischung in die innerstaatlichen Angelegenheiten beklagt, der Schutz der politischen Opposition.¹⁹⁵ Wird sie systematisch benachteiligt und verliert die Chance, zur Mehrheit zu werden, kann von einer Demokratie im Sinne des Art. 2 EUV keine Rede mehr sein. Hieran könnten Schutzmechanismen anknüpfen, indem innerstaatliche Konflikte über die Einschaltung eines nationalen Gerichts und dessen Vorlage zum EuGH gelangen, der einen demokratischen „Defekt“ feststellen und zurückspiegeln könnte. Das ist natürlich alles andere als ein „Zaubermittel“ und dürfte allein vermutlich nicht ausreichen, ein systemisches Defizit zu beseitigen, ist aber ein Weg, der zusammen mit anderen Wegen unter der Voraussetzung des politischen Willens und der Einbeziehung der innerstaatlichen Kräfte zum Ziel führen kann.

¹⁹² Oben, III.2.c).

¹⁹³ *Armin von Bogdandy u.a.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte. Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten, *ZaöRV* 72 (2012), 45-78 (58 ff.) unter Rückgriff auf EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – *Ruiz Zambrano* („Kernbestand“ der Unionsbürgerschaft).

¹⁹⁴ Zur überkommenen völkerrechtlichen Vorstellung der Identifikation von Staat und Regierung, aber auch von Staat und Gesellschaft *Isabelle Ley*, *Opposition im Völkerrecht*, Heidelberg: Springer 2015, 23 ff.

¹⁹⁵ *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber* (Fn. 63), Rn. 51.

2. Ausschluss des Mitgliedstaates?

Wird das Verfahren nach Art. 7 EUV im Rat blockiert und gelingt es nicht, die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit auf anderem Wege zu erreichen oder ist der Verstoß gegen andere Werte zu beklagen, etwa mit der Verabschiedung eines Mitgliedstaates – wie in Polen oder Ungarn – von demokratischen Grundstrukturen, damit verbleibt als politischer Ausweg nur noch der Ausschluss, um die Werte der Union zu sichern. Darüber wird inzwischen offen diskutiert¹⁹⁶ und in der Tat ist die bereits angesprochene Asymmetrie¹⁹⁷ bemerkenswert, offen für alle europäischen Staaten zu sein, welche die Werte des Art. 2 EUV teilen, aber einen Mitgliedstaat, der die Werte verletzt, nicht ausschließen zu können. Diese Option ist im Unionsverfassungsrecht nicht zu finden und ob es völkerrechtlich möglich ist, einen Mitgliedstaat der Union zwangsweise auszuschließen, erscheint unsicher.¹⁹⁸ Geklärt ist nur, dass sich das Unionsrecht einem freiwilligen Austritt nach Art. 50 EUV nicht entgegenstellt und insoweit die völkerrechtliche Lesart bestätigt, dass einem Mitgliedstaat der Verbleib in der Union nicht „auf immer und ewig“ vorgegeben ist.

Zu bedenken ist aber, dass die Debatte über die Zulässigkeit eines Ausschlusses mehr vernebelt als erhellt. Denn es liegt auf der Hand, dass eine solche Entscheidung in der Praxis wohl nur von allen verbleibenden Mitgliedstaaten gemeinsam getroffen werden kann. Es stellt sich dann aber die Frage, worauf die Hoffnung beruht, die Union als Ganzes finde den Konsens, sich von einem unliebsamen Mitgliedstaat zu trennen, mag er auch noch so fundamental die grundlegenden Werte des Art. 2 EUV in Frage stellen, wenn sie schon Art. 7 EUV nicht zu aktivieren vermag. Es ist ein charakteristisches Kennzeichen der Union, dass sie auf der freiwilligen Mitgliedschaft der Staaten in der Union beruht und jeder Mitgliedstaat die Union auch wieder verlassen kann. Das wäre nicht nur punktuell, sondern grundlegend anders, bestünde die Möglichkeit, einen Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen, die sich jedenfalls bislang im Unionsverfassungsrecht so nicht finden, hinauszuerwerfen.¹⁹⁹

Ungeachtet der Frage, ob ein Ausschluss rechtlich möglich²⁰⁰ wäre, macht die gut überlegte Kombination der Maßnahmen, politisch über Art. 7 EUV und die Sperrung von Haushaltsmitteln, rechtlich über Vertragsverletzungsverfahren und die Unterstützung nationaler Akteure durch das Vorlageverfahren, das – wie hier vorgeschlagen – den Entzug von Binnenmarktprivilegien umfassen könnte, den Ausschluss als schärfste Waffe entbehrlich. Bevor es dazu kommt, wird der betreffende Mitgliedstaat den freiwilligen Austritt gewählt haben. Dann aber wäre „das Kind in den

¹⁹⁶ Vgl. *Christoph Möllers*, Havarie Europa – Institutionelle Bedingungen der Euroskepsis, <<https://www.youtube.com/watch?v=Ro1FZOwxR3c>>. Kann Ziel nicht mehr ein „reversal“ sein, weil eine Wiedereingliederung des betroffenen Mitgliedstaates in die gemeinsame Werteordnung scheitert, sondern nur „containment“ mit Blick auf andere Mitgliedstaaten, dann mag der Ausschluss ein logischer Schritt sein. Diesen Hinweis verdanke ich *András Jakab*.

¹⁹⁷ Oben II.2.

¹⁹⁸ Vgl. *Torsten Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: Volkmar Götz u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, Berlin: Springer 1998, 871-898 (891 f.); *Boyko Blagoev*, Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?, *Tilburg Law Review* 16 (2011), 191-237 (193 ff.).

¹⁹⁹ Hier besteht ein Unterschied zum Europarat, der Vertragsstaaten deutlich weniger fest bindet, wie der Ausschluss Russlands nach dem Überfall auf die Ukraine zeigt. Es besteht aber auch ein Unterschied zu anderen föderalen Ordnungen, die einen Bundeszwang kennen.

²⁰⁰ Dafür *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, *EuR* 2000, 819-835 (829 f.). Als Reaktion auf die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichtshofs v. 7.10.2021 auch *Martin Nettesheim*, Ein Ausschluss aus der EU ist als Ultima-Ratio-Maßnahme möglich, *VerfBlog* v. 2.11.2021, <<https://verfassungsblog.de/ein-ausschluss-aus-der-eu-ist-als-ultima-ratio-masnahme-moglich>>.

Brunnen gefallen“ und der Schutz, den die Union gerade jenen Kräften schuldet, die sich für die liberalen Werte einsetzen, wäre entfallen. Es spricht deshalb vieles dafür, den zwangsweisen Ausschluss, der nur völkerrechtlich denkbar wäre, für unionsverfassungsrechtlich ausgeschlossen zu halten und daran festzuhalten. Denn als ein Residuum für Lücken des Primärrechts eignet sich das Völkerrecht nicht, mag es in der Vergangenheit auch viele Gegenbeispiele gegeben haben, die verfassungsrechtlich aber stets angreifbar waren.²⁰¹

3. Transformationspotentiale

a) Sicherungen der Demokratie

Zu den schwierigen Fragen der europäischen Verfassungsaufsicht gehört die Sicherung der Demokratie. Denn wer von europäischer Demokratie spricht, darf von der mitgliedstaatlichen Demokratie nicht schweigen.²⁰² Es ist jedoch verfehlt, die demokratische Verfassung der Union als allein von den Mitgliedstaaten abgeleitete Demokratie zu verstehen, die nur nachvollziehen dürfte, was in den Mitgliedstaaten passiert. Das zeigen schon die differenzierten Regelungen der Art. 9 ff. EUV, aber auch die Aufnahme der Demokratie in den Wertekanon des Art. 2 EUV. Geht es um „deren“ Sicherung, so ist nicht bloß angezeigt, der Frage nachzugehen, was staatsrechtlich den „Mitgliedstaat“ vom bisherigen Nationalstaat unterscheidet. Es sind vielmehr auch die unionsrechtlichen Möglichkeiten zu schärfen, hinter den „Souveränitätspanzer“ des Staates zu greifen, um innerstaatliche Kräfte zur Sicherung der Demokratie offener unterstützen zu können. Das mag in der Praxis längst geschehen, erlaubt aber nach wie vor nicht direkt auf die Opposition im demokratisch fragilen Mitgliedstaat zuzugreifen. So sensibel ein solcher Zugriff auch wäre, kann man doch sagen, dass die systematische Benachteiligung der Opposition zu den Vorgängen gehört, die am einfachsten unter das unionale Demokratieprinzip zu fassen sind. Wird die Chance verbaut, die Mehrheit zu erringen, kann von einer demokratischen Herrschaft, die von der Union in ihren Mitgliedstaaten vorausgesetzt wird, nicht mehr gesprochen werden und ist ein Gegensteuern formal oder informal geboten, mag die Reichweite des aufsichtsrechtlich Zulässigen im Einzelfall auch unsicher sein. Der normative „Aufhänger“ für ein Tätigwerden der Unionsorgane könnte im Zugriff auf die nationale Demokratie unter dem Maßstab des Art. 2 EUV – insoweit vergleichbar mit der Scharniernorm des Art. 19 Abs. 1 EUV für die rechtsstaatliche Ausgestaltung der nationalen Justizsysteme – Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV sein, der von den Mitgliedstaaten verlangt, im Rat von ihrer Regierung vertreten zu sein, die in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament (...) Rechenschaft ablegen muss.²⁰³ Ob sich das so in einer illiberalen Demokratie à la Ungarn sagen lässt, kann bezweifelt werden.

Mit dem Vorrang des Unionsrechts allein lässt sich – die Kritik aus nationalen Verfassungsordnungen aufgreifend – sicherlich nicht argumentieren. Obwohl die Gesamtordnung aus Unionsrecht und nationalem Recht nicht hierarchisch zu verstehen ist, hier sogar eine pluralistische Deutung

²⁰¹ Zum Beispiel der Fiskalpakt als Ersatzunionsrecht. Vorsichtiger spricht *Andreas v. Arnould*, „Unions(ergänzungs)völkerrecht“. Zur unions- und verfassungsrechtlichen Einbindung völkerrechtlicher Instrumente differenzierter Integration, in: Marten Breuer u.a. (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, FS für E. Klein, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 509-526 von Unions(ergänzungs)völkerrecht. Zu „völkerrechtlichen Nebenverfassungen“ *Christian Tomuschat*, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978), 8-63 (52).

²⁰² *Claudio Franzius/Ulrich K. Preuß*, *Die Zukunft der europäischen Demokratie*, Baden-Baden: Nomos 2012, 95.

²⁰³ Vgl. *John Cotter*, *To Everything There is a Season. Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic Member State Representatives from the European Council and the Council*, *European Law Review* 47 (2022), 69-84.

des Ganzen nahegelegt wird, lassen sich Asymmetrien im Verhältnis von unionaler und nationaler Ordnung nicht leugnen. Ein Beispiel ist das Vorlageverfahren, das es eben nur in einer Richtung gibt. Kann und sollte deshalb den immer wieder befürchteten „Übergriffen“ des EuGH in die nationale Verfassungsidentität mit der Einführung eines „umgekehrten Vorlageverfahrens“ begegnet werden? Das wird teilweise vorgeschlagen.²⁰⁴ Es würde aber den Sinn und Zweck des bisherigen Verfahrens entleeren und angesichts der tatsächlichen Machtverhältnisse umkehren, weil es die rechtliche Stellung des EuGH mit der Verantwortung für die Auslegung des Unionsrechts im Gefüge der Gesamtordnung untergraben würde. Allen Forderungen nach einem umgekehrten Vorlageverfahren zum Trotz wäre es kaum der Schlussstein im Gewölbe europäischer Rechtsstaatlichkeit, sondern wohl eher der Anfang vom Ende der Ordnung, die wir ungeachtet aller Kritik an einzelnen Entscheidungen mit einer Beschneidung der Kompetenzen des EuGH nicht riskieren sollten.²⁰⁵ Es gleichsam auf Vorrat einzurichten, weil der EuGH über kurz oder lang auf die Demokratie als Wert des Art. 2 EUV und damit das kompetenzielle oder identitäre Herz der Mitgliedstaaten unmittelbar zugreifen wird, übersieht, dass es mit Art. 10 Abs. 2 EUV einen Anknüpfungspunkt für die unionsrechtliche Ausgestaltung des Legitimationsstrangs gibt, aber auch, dass sich der EuGH entgegen populistischer Wahrnehmungen bislang nur ausgesprochen vorsichtig zur Demokratie in den Mitgliedstaaten geäußert hat und trotz aller Anzeichen, damit schon bald konfrontiert zu werden, nicht ersichtlich ist, warum sich das grundlegend ändern sollte.²⁰⁶

b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit?

Das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV wird vielfach für nicht geeignet gehalten, um als Instrument der Verfassungsaufsicht eingesetzt zu werden. Das mag etwas mit dem tiefen Glauben an zentrale Aufsichtsverfahren und – soweit überhaupt rechtliche Verfahren in den Blick genommen werden – mit einer Präferenz für das Vertragsverletzungsverfahren und seiner Erweiterung für die Sanktionierung systemischer Defizite zu tun haben, wird der für die Fortentwicklung des Unionsrechts aber so bedeutsamen Rolle des Vorlageverfahren nicht gerecht. Sicherlich kommt es für dessen Rolle in der Verfassungsaufsicht auf die Bereitschaft der nationalen Gerichte an, das Verfahren zu aktivieren.²⁰⁷ Aber das nationale Verfassungsrecht zeigt, dass sich Verstöße gegen die Vorlagepflichtung auch sanktionieren lassen.²⁰⁸ Wo dieser Hebel angesichts einer „gleichgeschalteten“ Verfassungsjudikatur ausfällt, muss die Diskussion nicht zugunsten zentraler rechtlicher Mechanismen abgebrochen werden, verlangt aber ein Nachdenken über die Effektuierung des Vorlageverfahrens zur Einbindung der nationalen Gerichte aus „notleidenden“ Mitgliedstaaten in die Verfassungsaufsicht, die ebenfalls verbundförmig organisiert ist.

²⁰⁴ Vgl. mit dem Hinweis auf das US-amerikanische Zertifikation-Verfahren *Franz Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg: Springer 2009, 559-607 (588); aus jüngerer Zeit auch *Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber/Rajko Knez/Ineta Ziemele*, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, *European Public Law* 27 (2021), 43-62 (60).

²⁰⁵ A.A. *Torben Ellerbok*, *Das umgekehrte Vorabentscheidungsverfahren als Schlussstein im europäischen Rechtsschutzverbund*, *VerwArch* 113 (2022), 302-331 (323 ff.).

²⁰⁶ Es kann gefragt werden, ob diese Zurückhaltung nicht aufgegeben werden sollte. Dann aber würden sich jene Sorgen bestätigen, die schon immer dem EuGH – häufig anders als nationalen Verfassungsgerichten – eine latente Anmaßung seiner Kompetenzen vorgeworfen haben.

²⁰⁷ Zum Verhältnis zur nationalen Normenkontrolle *Vassilios Skouris*, *Nationale Normenkontrolle und unionsrechtliches Vorabentscheidungsverfahren: in welchem Verhältnis stehen sie zueinander?*, *EuR* 2023, 225-238.

²⁰⁸ Der Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV kann als Verstoß gegen den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) vor dem BVerfG gerügt werden, vgl. BVerfGE 75, 223; 147, 364.

Dazu gehört der Vorschlag einer Vorlagepflicht nationaler Richter bei mitgliedstaatlichen Wertverstößen, die im Falle eines bewussten Verstoßes gegen die Werte des Art. 2 EUV und einer rechtswidrigen Sanktionierung von Kritikern eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen kann.²⁰⁹ Die Fundierung einer Vorlagepflicht, wann immer das Wertefundament der Union bedroht ist, also zum Beispiel ein polnischer Richter mit einem Fall befasst ist, in welchem ein Regierungskritiker wie der über Polen hinaus bekannte Rechtswissenschaftler *Wojciech Sadurski* zum Schweigen gebracht werden soll, ist explizit als rechtspolitischer Vorschlag konzipiert und reagiert insoweit auf den Umstand, dass eine Disziplinierung vorlegender Richter gegen Art. 2 EUV verstößt.²¹⁰ Verletzt ein Richter schwerwiegend und vorsätzlich die Werte des Art. 2 EUV, was voraussetzt, dass es eine Alternative zur Abwendung vom Unionsrecht gibt, stehe als ultima ratio seine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Raum.²¹¹

Das mag sehr weitreichend sein, hat aber zu bedenken, dass es legitimatorisch einen Unterschied macht, ob der EuGH von Gerichten aus den Mitgliedstaaten oder von der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren angerufen wird. So wichtig letzteres auch ist, gerät mit der Sanktionierung des Einsatzes von Vorlageverfahren durch disziplinarische Maßnahmen die Existenz der Union als Verbundordnung in ihrer rechtlichen Verfasstheit in Gefahr.²¹² Es mag deshalb vieles dafür sprechen, den systemischen Ausschluss des EuGH durch das „Zurückschneiden“ von Vorlagen innerstaatlicher Gerichte für strafwürdig zu halten, überschätzt aber seine präventive Wirkung zur Einhaltung der Werte des Art. 2 EUV. Es ist auch keineswegs ausgemacht, dass „politisch motivierte Amtswalter“ spätestens dann zur Verantwortung gezogen werden können, wenn die politische Führung wechselt.²¹³ Es gibt zwar Vorbilder einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für „Systemunrecht“ und ihre begrenzte Steuerungskraft, erinnert aber in frappierender Weise an die Strategie der betroffenen Regierungen in den Mitgliedstaaten, ihrer kommunistischen Vergangenheit mit der Entfernung unliebsamer Richter aus dem Dienst zu begegnen und sollte daher nicht mehr als ein Diskussionsbeitrag in einer Debatte sein, die tatsächlich auf einen Regimewechsel gerichtet sein müsste.

c) „Regimewechsel“

Offen ausgesprochen wird das Ziel eines „Regimewechsels“ selten. Darauf zielt Art. 7 EUV aber auch nicht. Jedoch können an die politische Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat rechtliche Verfahren anknüpfen, die nicht wirkungslos bleiben müssen. Auch im Vertragsverletzungs- oder Vorlageverfahren kann zwar nicht unmittelbar ein Regimewechsel im Mitgliedstaat adressiert werden. Wohl aber kann der im Unionsrecht angelegte transformative Konstitutionalismus die Chancen eines Regimewechsels erhöhen.

Das rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeitsfeld hat sich geändert. War die konstitutionelle Idee einst an das Liberalisierungsparadigma und die Vorstellung gebunden, die Union als Markt zu

²⁰⁹ von *Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 305 ff.; *ders.*, Strukturwandel (Fn. 69), 476 ff.

²¹⁰ Polen verstößt mit seinem System zur Disziplinierung von Richtern gegen Unionsrecht, weil die 2018 eingerichtete – und inzwischen wieder aufgelöste – Disziplinarkammer am Obersten Gericht keine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit garantiert, vgl. EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C: 2021:596 – *Kommission/Polen*.

²¹¹ von *Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 308.

²¹² Instruktiv *András Jakab/Lando Kirchmair*, Two Ways of Completing the European Fundamental Rights Union: Amendment to vs. Reinterpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 24 (2022), 239-261.

²¹³ So aber von *Bogdandy/Spieker* (Fn. 43), 313.

verfassen, so ist diese Verengung des verfassungsrechtlichen Ansatzes längst überwunden. Nimmt man die konzeptionelle Neuausrichtung in den Blick, wonach sich das Primärrecht als stabilisierende Rahmenordnung des Politischen verstehen lässt, so ist der Wandel „von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU“²¹⁴ keine Einbahnstraße, in die alle Mitgliedstaaten gehen (wollen). Zu den Herausforderungen gegenwärtiger konstitutioneller Bemühungen gehört die demokratische und rechtsstaatliche Struktur in den Mitgliedstaaten, die zu sichern der Union durch das Unionsverfassungsrecht aufgegeben ist. Insoweit sind Art. 7 EUV und die hier beschriebenen Verfahren im Lichte des Art. 2 EUV als Versuch zu lesen, den gemeinsamen Kern unverbrüchlicher Werte²¹⁵ für einen transformativen Konstitutionalismus zu entfalten, indem auf die interne Verfasstheit der Mitgliedstaaten zugegriffen wird.²¹⁶ Das befreit nicht von Kritik, ist aber eine neue Schicht konstitutionellen Denkens, die zentrale und dezentrale sowie politische und rechtliche Mechanismen miteinander zu verbinden sucht, um die Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassung vor dem Hintergrund eines gemeinsamen Verfassungskerns der europäischen Gesellschaft zu schützen.

²¹⁴ So *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast*, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2009, 1. Wird der Wechsel von der funktionalen zur verfassungsrechtlichen Logik auf einen „Strukturwandel“ des Rechts bezogen, dann ist nicht nur das Binnenmarktrecht unter die Maßstäbe des Art. 2 EUV zu stellen, sondern auch das transformative Potential zu entfalten, das vom Unionsverfassungsrecht für die innerstaatliche Verteidigung der gemeinsamen Werte in der Gesellschaft erwartet werden kann, vgl. *von Bogdandy*, *Strukturwandel* (Fn. 69), 119 ff.

²¹⁵ Ungeachtet aller Vorbehalte gegenüber der Werterhetorik, die rechtswissenschaftlich in Zweifel gezogen wird, spricht Art. 2 EUV – anders als das Grundgesetz in seiner Auslegung durch die früher werteorientierte Rechtsprechung des BVerfG – ausdrücklich von Werten, die sich in Prinzipien übersetzen lassen, damit aber die föderale Dimension auszublenden drohen. Das tut ihrer Bedeutung für den transformativen Konstitutionalismus jedoch keinen Abbruch.

²¹⁶ Das bedeutet nicht, die Außenperspektive aufzugeben, wie mit der Zuweisung des Kandidatenstatus an die Ukraine für den Beitritt zur Union deutlich wird, vgl. *Jens Brauneck*, *Verteidigung der Europäischen Werte durch Flexibilisierung der EU-Beitrittskriterien für die Ukraine?*, DÖV 2022, 969-968.