



BAND 9

Demokratisierung in der Europäischen Union

Studie zu einer europäischen Aufgabe

Von Christoph Möllers und Linda Schneider

DEMOKRATIESICHERUNG IN DER EUROPÄISCHEN UNION

**HEINRICH BÖLL STIFTUNG
SCHRIFTEN ZU EUROPA
BAND 9**

Demokratisierung in der Europäischen Union

Studie zu einer europäischen Aufgabe

**Von Christoph Möllers und Linda Schneider
Im Auftrag der Heinrich-Böll-Stiftung**

Herausgegeben von der Heinrich-Böll-Stiftung

Die Autor/innen

Christoph Möllers ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin und Permanent Fellow am Wissenschaftskolleg ebenda.

Linda Schneider ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.



Diese Publikation wird unter den Bedingungen einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de> Eine elektronische Fassung kann heruntergeladen werden. Sie dürfen das Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen. Es gelten folgende Bedingungen: Namensnennung: Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers in der von ihm festgelegten Weise nennen (wodurch aber nicht der Eindruck entstehen darf, Sie oder die Nutzung des Werkes durch Sie würden entlohnt). Keine kommerzielle Nutzung: Dieses Werk darf nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden. Keine Bearbeitung: Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Demokratisierung in der Europäischen Union

Studie zu einer europäischen Aufgabe

Von Christoph Möllers und Linda Schneider

Im Auftrag der Heinrich-Böll-Stiftung

Band 9 der Reihe Europa

Herausgegeben von der Heinrich-Böll-Stiftung

Projektleitung und Redaktion: Christine Pütz

Gestaltung: feinkost Designnetzwerk, C. Mawrodiew (basierend auf Entwürfen von State Design)

Cover-Foto: Clem Onojeghuo – Unsplash

Druck: ARNOLD group, Großbeeren

ISBN 978-3-86928-171-1

Diese Studie erscheint im März auch im wissenschaftlichen Programm des Verlags Mohr Siebeck.

Bestelladresse: Heinrich-Böll-Stiftung, Schumannstr. 8, 10117 Berlin

T +49 30 28534-0 **F** +49 30 28534-109 **E** buchversand@boell.de **W** www.boell.de

INHALT

Vorwort	7
Zusammenfassung	9
Zum Problem	16
Teil I: Vorüberlegung	
Das demokratische Dilemma in der Föderation: systematische Bedingungen und Lösungstypen	18
1 Einführung	18
2 Historische Lehren	25
3 Lösungstypen	30
Teil II:	
Demokratisierung in der Europäischen Union: eine Bestandsaufnahme	36
1 Vertragliche Änderungen seit dem Vertrag von Maastricht	36
2 Die Österreich-Krise	39
3 Das Verfahren des Art. 7 EUV	41
4 Ungarn	46
5 Das sogenannte Kommissionsverfahren: Der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips	53
6 Polen	55
7 Bilanz: Erfahrungen auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene	63
Teil III: Zwischenbetrachtung	
Demokratisierung in der Europäischen Union in Zeiten rechtsautoritärer Bewegungen	71
Teil IV:	
Institutionelle Lösungswege in der aktuellen Diskussion	74
1 Juridische Lösungswege	74
2 Funktionalistisch-administrative Lösungswege	77
3 Verbindung des Art. 7-EUV-Verfahrens gegen mehrere Mitgliedstaaten	84
Teil V:	
Stellungnahme und Reformansätze	85
1 Systematische Kriterienbildung: Schutz der demokratischen Opposition	85
2 Informelle Einflussmöglichkeiten	92
3 Institutionelle Lösungswege: Handlungsmöglichkeiten der Europäischen Organe	95
Teil VI:	
Schluss	100

VORWORT

Die freiheitlichen Demokratien stehen unter Druck. Weltweit und in Europa. Populistische Kräfte verschiedener Couleur versprechen Schutz und Sicherheit durch Abschottung und einen starken, autoritären Staat. Mit ihren einfachen Lösungsangeboten finden sie bei den Menschen Gehör, die angesichts der rasanten Veränderungen und sozial-ökonomischen Umwälzungen verunsichert sind. Die Europäische Union ist von diesen Entwicklungen nicht ausgenommen. Auch dort gewinnen rechtsautoritäre Parteien Mehrheiten. In Ungarn und Polen stellen rechtsnationale bis nationalistische Parteien mit unterschiedlichen Ausprägungen und vor verschiedenen historischen Hintergründen die Regierungen. Beide propagieren eine «illiberale Demokratie», worunter sie die Herrschaft der Mehrheit verstehen, die sich einer pluralen, durch kritische Gegenöffentlichkeit und garantierte Minderheitenrechte geprägten Gesellschaftsordnung entzieht. Sie betreiben einen Staatsumbau, der die Unabhängigkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit, Justiz und Medien beschränken soll. Politische Unterstützung bekommen sie dabei von rechtspopulistischen Bewegungen aus anderen Ländern der EU. Der demokratische Rechtsstaat, bislang verbindende Leitidee und tragendes Fundament der Europäischen Integration, ist zum Gegenstand einer schweren und möglicherweise für das Friedensprojekt der Europäischen Union existenzgefährdenden Auseinandersetzung geworden.

Demokratieabbau in einem EU-Mitgliedstaat ist kein nationales, sondern ein europäisches Problem. Die EU ist ein Verbund demokratisch verfasster Rechtsstaaten, eine Gemeinschaft von Demokratien. Wird in einem Mitgliedstaat Rechtsstaatlichkeit eingeschränkt, so trifft es die Gemeinschaft in ihrem Kern und bedroht die Grundlage ihres Miteinanders. Die EU-Staaten sind rechtlich und institutionell so eng miteinander verflochten, dass sie nicht tolerieren können, wenn ein Mitglied seine demokratische Rechtsstaatlichkeit nachhaltig verletzt und sich in ein autoritäres System wandelt. Die Entwicklungen in Polen und Ungarn sind deshalb kein rein nationales Problem, über das die anderen EU-Staaten hinwegsehen könnten.

Die EU – gemeint sind damit auch die Mitgliedstaaten – ist zum Handeln gezwungen, wenn der Schutz der demokratischen Opposition, die Freiheit der Meinung und der Medien, das Parteien- und Wahlrecht und die Unabhängigkeit der Justiz als Garanten eines fairen politischen Wettbewerbs auf dem Spiel stehen. Wie aber soll die EU auf Demokratieabbau in ihren Reihen reagieren? Wie kann sie ihn verhindern und den demokratischen Rechtsstaat schützen? Dieser Frage geht die vorliegende Studie nach. Eine einfache Antwort, eine einfache Lösung, ein Allheilmittel, das alle Probleme sofort lösen könnte, gibt es nicht. Die Studie macht anschaulich, in welchem Dilemma sich die EU befindet und welche Möglichkeiten sie doch hat. Die bisherigen Maßnahmen seitens der EU und ihrer Mitgliedstaaten haben kaum

etwas erreicht. Sie haben den Staatsumbau in Polen und Ungarn nicht verhindert. Welche Möglichkeiten bleiben angesichts dieser ernüchternden Bilanz?

Die wohl wichtigste Botschaft der Studie ist ihr Plädoyer für eine Kultur der Einmischung, ihr Werben für mehr politische Auseinandersetzung sowohl auf politisch-institutioneller als auch auf gesellschaftlicher Ebene. Insbesondere der Europäische Rat der Staats- und Regierungschefs sollte sich regelmäßig mit Fragen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in den Mitgliedstaaten auseinandersetzen und sein Gewicht geltend machen. Dafür muss ein echter Kulturwandel im Rat stattfinden. Regelmäßige Berichte über die Lage in den Mitgliedsländern, zu denen der Europäische Rat Stellung beziehen muss, könnten diesem notwendigen Wandel einen Schub verleihen. Dies würde auch die Autorität der Europäischen Kommission stärken, die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel konsequenter anzuwenden und gegen die jeweiligen Mitgliedstaaten vorzugehen.

Der Schutz mitgliedstaatlicher Demokratien ist jedoch keine Aufgabe, die allein den Institutionen der Europäischen Union überlassen werden kann. Die Reaktionen der polnischen und ungarischen Regierungen auf die Interventionen zeigen, dass rechtliche Verfahren allein nicht helfen werden, wenn rechtsautoritäre Bewegungen breite politische Unterstützung finden. Sie können jede EU-Intervention leicht als unzulässige Einmischung in ihre nationalen Angelegenheiten verurteilen. Daher ist es essenziell, auch die in ihren Rechten und Freiheiten bedrohte Zivilgesellschaft transnational zu unterstützen und so die Selbstheilungskräfte im Land zu stärken. Denn nachhaltig können rechtsstaatliche Fehlentwicklungen nur durch neue politische Mehrheiten behoben werden. Ein besserer und einfacherer Zugang zu EU-Fördermitteln und eine engere transnationale europäische Verflechtung können dabei helfen.

Allem voran aber steht ein europäisches Bewusstsein für ein Problem, das alle etwas angeht und zum Handeln auffordert. Mit dieser Studie möchte die Heinrich-Böll-Stiftung einen Beitrag zur stärkeren Herausbildung einer so dringend benötigten europäischen Öffentlichkeit leisten. In Zeiten, in denen vielerorts in Europa weiterhin mit dem Aufstieg rechtspopulistischer Bewegungen zu rechnen ist, ist es für das vereinte Europa wichtiger denn je, sein Fundament zu verteidigen und sich den Angriffen auf die plurale und offene Gesellschaft wehrhaft entgegen zu stellen.

Unser Dank gilt denjenigen, die zum Gelingen der Studie beigetragen haben. Für ihre wertvollen Kommentare danken wir Annalena Baerbock MdB, Dr. Franziska Brantner MdB, Prof. Dr. Ulrich K. Preuß, Manuel Sarrazin MdB und Prof. Dr. Michael Schreyer, die die Entstehung der Studie im Rahmen eines Redaktionsbeirates begleitet haben.

Unser besonderer Dank geht an den Autor Prof. Dr. Christoph Möllers und die Co-Autorin Linda Schneider.

Berlin, im Januar 2018

Dr. Ellen Ueberschär
Vorstand der Heinrich-Böll-Stiftung

Dr. Christine Pütz
EU-Referentin der Heinrich-Böll-Stiftung

ZUSAMMENFASSUNG

Weltweit stehen demokratische Rechtsstaaten unter massivem politischem Druck. Dies gilt auch für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten, die Schauplatz einer grundlegenden politischen Auseinandersetzung um die Zukunft demokratischer Rechtsstaatlichkeit sind. In Ungarn und Polen haben rechtsautoritäre Parteien mit einem umfassenden Staatsumbau begonnen, der die demokratische Ordnung dieser Länder in ihrer Existenz bedroht.

Nichts spricht dafür, dass die bestehende Krise schnell beendet sein wird, viel dafür, dass weitere Mitgliedstaaten den Weg der Entdemokratisierung gehen könnten. Die historischen Vorbilder zeigen, wie lange es dauern kann, eine solche Krise zu überwinden. Die Europäische Union wird sich mit der Frage immer wieder neu beschäftigen müssen, wie sie mit autoritären politischen Bewegungen innerhalb ihrer Gemeinschaft umgeht.

Allerdings stellt der anhaltende politische Erfolg rechtsautoritärer Bewegungen in vielen Mitgliedstaaten und deren Repräsentation in den Organen der Europäischen Union die institutionelle Demokratisierung vor eine doppelte Herausforderung. Auf der einen Seite erscheint der Bedarf nach institutionellen Vorkehrungen zum Schutz demokratischer Strukturen durch den Aufstieg dieser Parteien immer dringlicher. Auf der anderen Seite ist dieser Aufstieg seinerseits Ergebnis eines demokratischen Prozesses.

Demokratieabbau in einem Mitgliedstaat betrifft jedes Mitgliedsland und die Einheit der EU

Trotzdem ist Demokratieabbau in einem Mitgliedstaat keine bloße innere Angelegenheit, sondern stellt angesichts der institutionellen Verflechtung in der Europäischen Union ein ernsthaftes konstitutionelles Problem für die anderen Mitgliedstaaten und die europäische Ebene dar.

Vertikal tragen die mitgliedstaatlichen Demokratien notwendig zur Legitimation der Union bei. Diese ist nur deswegen politisch legitimiert, weil es die Mitgliedstaaten sind. Horizontal wirken Rechtsakte eines Mitgliedstaates häufig vermittels europäischen Rechts auch direkt in die anderen Mitgliedstaaten hinein.

Fehlt es einem Mitgliedstaat an demokratischer Legitimation, so wirkt sich dieser Mangel auch auf das Legitimationsgefüge der anderen Mitgliedstaaten aus. Der Grad an politischer Integration schließt deshalb aus, dass die Europäische Union den Wandel von Mitgliedstaaten in autoritäre Systeme ignorieren könnte.

Demokratieschutz setzt erst da an, wo die demokratische Ordnung als Ganzes in Gefahr ist

Die folgende Studie widmet sich Fragen der Demokratiesicherung, die über einzelne Rechtsstaatsverletzungen hinausgehen. Defizite *rechtsstaatlicher* Strukturen sind dadurch gekennzeichnet, dass eine demokratisch legitimierte Regierung nicht willens oder in der Lage ist, einen gleichmäßigen Gesetzesvollzug zu organisieren. Ist aber eine mitgliedstaatliche Regierung darauf aus, die demokratischen Legitimationsgrundlagen ihrer politischen Ordnung so grundlegend zu verändern, dass diese im Ergebnis nicht mehr als demokratische Ordnung zu verstehen ist, sprechen wir von Demokratieabbau. Beide Entwicklungen können Hand in Hand miteinander gehen, sind jedoch zu unterscheiden. Weil jede Form von Eingriff in einen demokratischen Prozess zum Wohle des demokratischen Prozesses prekär ist und an eigenen Legitimationsmängeln scheitern kann, muss die EU mit einem gut definierten Mandat arbeiten. Nicht jede Ungleichgewichtung von Wählerstimmen, nicht jeder Korruptionsfall, nicht jede andere institutionelle Unvollkommenheit kann Maßnahmen der Demokratiesicherung auslösen. Demokratiesicherung bedeutet, das institutionelle Gerüst einer demokratischen Ordnung zu bewahren, nicht aber unliebsame politische Entwicklungen einzudämmen.

Kriterium für EU-Interventionen soll der Schutz der politischen Opposition sein

Der demokratiespezifische Kernbestand der EU-Verfassungsrechtsordnung schützt potentielle künftige Mehrheiten. Ist die demokratische Gleichheit und Teilhabe nicht mehr gewährleistet, wandelt sich die mitgliedstaatliche Ordnung in ein autoritäres System. Für dieses Umkippen nationaler Ordnungen in ein autoritäres System entwickelt die Untersuchung Kriterien, nämlich einen Maßstab des Schutzes der politischen Opposition. Eine Ordnung bleibt demokratisch, soweit sie es der Minderheit ermöglicht, Mehrheit zu werden. Aus diesem Kriterium folgt, dass drei Felder besonderer Beobachtung bedürfen: *die Freiheit der Meinung und der Medien, die Institutionen des Parteien- und Wahlrechts und die Unabhängigkeit der Justiz als institutioneller Garant eines fairen politischen Wettbewerbs*. Eine Reform des Demokratieschutzes auf europäischer Ebene sollte diese Felder in den Blick nehmen.

Ernüchternde Bilanz: Interventionen der EU zur Demokratiesicherung bislang unwirksam

Die Europäische Union hat auf das Abbröckeln demokratischer Strukturen in einzelnen Mitgliedstaaten bislang in unterschiedlicher Weise reagiert. Die Erfahrungen mit Österreich, Ungarn und Polen haben die vielfältigen Schwierigkeiten illustriert, mit denen sich institutionalisierter Demokratieschutz konfrontiert sieht. Die Bilanz ist ernüchternd. Die Interventionen blieben selektiv und führten, wenn sie überhaupt einen Effekt hatten, eher zur Konsolidierung und Verfestigung der politischen Situation in den betroffenen Staaten. Das in den Verträgen vorgesehene Verfahren

zur Reaktion auf eine autoritäre politische Entwicklung nach Art. 7 EUV kam wegen der Veto-Möglichkeit einzelner Staaten nicht zum Einsatz, und dem von der Kommission neu entwickelten Rechtsstaatlichkeitsverfahren fehlt es an Sanktionsmöglichkeiten. Das Verfahren vertraut auf den funktionierenden Dialog mit den Mitgliedstaaten und deren Reaktionswillen. Tatsächlich zeigen die Entwicklungen in Ungarn und Polen aber, dass dieses Vertrauenskonzept auf Staaten mit rechtsautoritären Regierungen nicht anwendbar ist. Auch der EuGH als zentrale Rechtsschutzinstanz der Europäischen Union hat die Konflikte mithilfe seiner Rechtsprechung nicht auflösen können, da er nur sehr punktuell intervenieren und nicht auf flächendeckende politische Entwicklungen reagieren kann.

Statt neuer Institutionen besser an bestehende Mechanismen anknüpfen

Angesichts der Schwächen der vorhandenen Verfahren sind neue Lösungswege in der Diskussion. Es ist jedoch zweifelhaft, ob sich die Schwächen der vorhandenen Verfahren durch institutionelle Reformen beheben lassen. Für Änderungen der europäischen Verträge in diese Richtung dürfte kaum der notwendige Konsens zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. Im Fall von Kommission und EuGH würden erweiterte Kompetenzen zudem die Legitimationsbasis dieser Organe an ihre Grenzen bringen. Die Studie plädiert daher dafür, an bestehende Mechanismen anzuknüpfen und diese auszubauen bzw. zu verbessern. Dies setzt jedoch voraus, dass die Mitgliedstaaten und die EU-Organe den Demokratieabbau in Mitgliedstaaten als europäisches Problem erkennen und sich verantwortlich fühlen, dagegen vorzugehen, denn nur eine politische Vorgehensweise verspricht Erfolg.

Auf ein politisches Problem mit politischen Lösungen reagieren

Die Re-Demokratisierung aller Mitgliedstaaten ist ein langfristiges und primär politisches Projekt, das freilich administrativer und juristischer Unterstützung bedarf. Hinter der Abweichung einzelner Mitgliedstaaten von demokratischen Standards offenbart sich ein politischer Konflikt. Dieser lässt sich vornehmlich mit politischen Mitteln lösen. Deshalb erscheint es wichtig, eine politische Debatte auch und gerade zwischen den Mitgliedstaaten zu führen. Nur durch eine politische Kultur, die bereit ist, sich konstitutionellen Problemen zu stellen, wird eine institutionelle Auseinandersetzung auf der Ebene der Europäischen Union ein Gewicht bekommen, das betroffene Mitgliedstaaten politisch beeindrucken kann. Sicherlich sind Änderungen in den betroffenen Mitgliedstaaten nur durch Wahlniederlagen in demokratischen Wahlen zu erreichen, die wiederum von Politik- und Personalalternativen determiniert sind, die die Europäische Union nicht auswählt. Die Union kann jedoch Einfluss nehmen, indem sie an die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV appelliert und sich nicht als entferntes Technokratenregime aus Brüssel geriert. Dafür müssen die europäischen Organe ihre Rolle neu definieren:

- *Eine Kultur der Einmischung ist notwendig.* Bislang werden die Demokratieprobleme in Mitgliedstaaten in den Ratsorganen nicht einmal angesprochen. Diese Tradition der diplomatischen Verdrängung sollte aufgegeben werden. Alle Mitgliedstaaten müssen anerkennen, dass solche Probleme nach den geltenden Verträgen nicht wie innere Angelegenheiten behandelt werden können. Die Staats- und Regierungschefs müssen eine Praxis offener Auseinandersetzung entwickeln und nationale konstitutionelle Strukturen thematisieren, um damit ihren in den Verträgen vorgesehenen Aufgaben gerecht zu werden. Die Entwicklung einer Gesprächskultur der Staats- und Regierungschefs kann nicht formell angeordnet werden, aber sie kann doch Gegenstand einer formalisierten und regelmäßigen institutionenpolitischen Debatte werden, als deren Ergebnis die höchsten Vertreter der Mitgliedstaaten anerkennen, dass ihr eigenes institutionelles Schicksal auch am institutionellen Bestand der anderen Mitgliedstaaten hängt.
- *Ministerrat für Allgemeine Angelegenheiten zum Dialogforum zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten machen.* Der Ministerrat für Allgemeine Angelegenheiten sollte als Dialogforum zur Lage von Rechtsstaatlichkeit und Entwicklungen in den Mitgliedstaaten etabliert werden. Er sollte sich in regelmäßigen Abständen, zum Beispiel auf der Grundlage der Berichte der Europäischen Kommission oder auch der Venedig-Kommission, mit der Lage der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in den Mitgliedsstaaten befassen und öffentlich Stellung beziehen.
- *Konsequentere Interventionen durch die Europäische Kommission ist wünschenswert.* Für die Europäische Kommission ist es wichtig, die ihr zur Verfügung stehenden Instrumente einschließlich der Klagerechte konsequent und systematisch zu nutzen und weder freundliche Zurückhaltung zu üben noch den aktuell bestehenden Eindruck zu vermitteln, ein Vorgehen gegen einen Mitgliedstaat könne Element allgemeiner Verhandlungspakete werden. An den Fundamentalprinzipien der Europäischen Union muss die supranationale Verhandlungskultur ihr Ende finden.
- *Das Europäische Parlament als Ort interparlamentarischer Auseinandersetzung sollte gestärkt werden.* Das Europäische Parlament hat seine Funktion als politisches Forum in den hier untersuchten Konflikten genutzt und war der Ort, in dem antidemokratische Entwicklungen kontrovers debattiert und auch (wie etwa mit dem umfassenden Tavares-Bericht zur Lage der Grundrechte in Ungarn) dokumentiert wurden. Seine Rolle ist jedoch in zweierlei Hinsicht beschränkt. Einerseits sind nationale autoritäre Parteien Teil größerer Fraktionen, wie die parteipolitische Rückendeckung für die ungarische Fidesz und die polnische PiS durch die europäischen Parteifraktionen im Europäischen Parlament gezeigt hat. Hierin liegt jedoch zugleich die Chance des Parlamentes, den zentralen Rahmen einer politischen Auseinandersetzung mit autoritären Tendenzen zu bilden. Das Europäische Parlament hat zudem gezeigt, dass es zu Entscheidungen fähig ist, als es sich Ende Mai 2017 mehrheitlich dafür aussprach, gegen Ungarn das EUV-Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 einzuleiten. Andererseits sind

seine institutionellen Einflussmöglichkeiten – nämlich auf den Erlass von Stellungnahmen und sein Initiativrecht im Art. 7 EUV-Verfahren – beschränkt. Der Wert der Austragung parlamentarischer Debatten sollte trotzdem hochgeschätzt und gestärkt werden.

- *Das Europäische Parteienstatut besser nutzen.* Europäische Parteienförderungen sind durch eine eigenes EU-Parteienstatut vertraglich anerkannt. Eine Europäisierung der Parteifamilien ist förderlich, um das Bewusstsein innerhalb der Parteistrukturen zu schärfen, dass die Bedrohung demokratischer Strukturen in einem Mitgliedstaat ein gemeinsames europäisches Problem ist, und um wünschenswerte Rückwirkungen auf die Diskussionskultur in den EU-Organen zu erzielen. Das Europäische Parteienstatut sieht zudem vor, dass die statutarische Anerkennung von europäischen Parteienbünden und die daran geknüpfte Finanzierung durch EU-Mittel die Einhaltung der Grundsätze des Art. 2 EUV voraussetzt. Die daraus resultierenden rechtlichen Möglichkeiten, die politischen Aktivitäten von Mitgliedsparteien der europäischen Parteienförderungen auf antidemokratische Aktivitäten zu prüfen, sollten genutzt werden.
- *Europäische Netzwerke der Zivilgesellschaft fördern.* Die Europäisierung der Zivilgesellschaft ist für den Erhalt demokratischer Strukturen von größter Bedeutung. Die Europäische Union sollte die Selbstorganisationsfähigkeit zivilgesellschaftlicher Gruppen in den Mitgliedstaaten fördern, solange dies noch möglich ist. Die Beschränkung ausländischer Nichtregierungsorganisationen in sich autoritär entwickelnden Staaten gehört zum Standardprogramm. Sie stellen eine Einschränkung konstitutiver Elemente einer demokratischen Ordnung wie Meinungs- und politische Betätigungsfreiheit dar. Deswegen sind europäische Netzwerke von Gewerkschaften, Journalistenverbänden, Lehrer- und Hochschullehrervereinigungen als Unterstützung von Gleichgesinnten wichtig. Ein *europäisches politisches Bewusstsein*, das die Vorgänge in anderen Mitgliedstaaten als eigene politische Probleme versteht, ist das vielleicht wichtigste und am schwierigsten zu erreichende Desiderat einer europäischen Demokratisierung. Wichtiger ist aber, dass eine solche Unterstützung horizontal zwischen den Mitgliedstaaten und auf gesellschaftlicher Ebene erfolgt, also ohne Beteiligung von öffentlichen Stellen in den betroffenen Mitgliedstaaten.
- *Einen einfacheren dezentralen Zugang zu EU-Fördermitteln für zivilgesellschaftliche Organisation ermöglichen.* Konkret sollten EU-Fördermittel, wie etwa die Programme «Europa für Bürgerinnen und Bürger», das EuropeAid-Programm der Kommission oder Projekte der Exekutivagentur Bildung, Audiovisuelles und Kultur (EACEA) für zivilgesellschaftliche Organisationen unabhängig von der nationalen Regierung oder anderen staatlichen Behörden zugänglich sein. Solange die Bewilligung der Förderung nationalen staatlichen Behörden überlassen ist, können regierungsnahen Organisationen bevorzugt werden. Außerdem sollen die Förderungshürden gesenkt und Förderungsbedingungen vereinfacht werden. Dies ist insbesondere relevant für kleinere nationale Initiativen, die keine Kenntnis von den Fördermöglichkeiten haben oder an den bürokratischen Erfordernissen und Sprachbarrieren der EU-Verfahren scheitern.

Zudem sollte die «Task Force für strategische Kommunikation» der Europäischen Union gestärkt werden, um insbesondere in den osteuropäischen Nachbarländern EU-feindlicher Propaganda zu begegnen und Information der betroffenen Bevölkerung bereitzustellen.

- *Alle zur Verfügung stehenden Mechanismen konsequenter anwenden.* Die bereits existierenden Mechanismen wie das des Art. 7 EUV oder die Kommissioninstrumente sollen bei gegebenem Anlass auch dann betrieben werden, wenn sie keine sichere Aussicht auf Erfolg haben. Auch wenn sie am Widerstand eines oder einiger Staaten scheitern, dokumentieren sie doch eine sorgfältig begründete und politisch breite Missbilligung einer bestimmten politischen Praxis. Ihr politisch-symbolischer Wert ist daher nicht zu unterschätzen. Sollten die Tendenzen zu nachhaltigem Demokratieabbau in einzelnen EU-Staaten anhalten, mag man auch über die Einführung weiterer Monitoring-Institutionen nachdenken, die die Entwicklung in den Mitgliedstaaten beurteilen und bewerten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass mit der Venedig-Kommission des Europarates ein hoch anerkanntes Organ zur Verfügung steht, das diese Aufgabe bisher sehr gut erfüllt und als Institution außerhalb der Europäischen Union eine Neutralitätsverbürgende institutionelle Distanz zur Europäischen Union hat.
- *Das Vertragsverletzungsverfahren und die Kopplung an EU-Fördermittel ausdehnen.* Es sollte über eine Verbindung des Art. 7 EUV-Verfahrens gegen Mitgliedstaaten, die Ausdehnung des Vertragsverletzungsverfahrens hinsichtlich systemischer, innerstaatlicher Mängel und über die Neugestaltung der EU-Struktur- und Investitionsfonds nachgedacht werden. Vor allem die Koppelung der Vergabe europäischer Fördermittel im EU-Strukturfonds an die Einhaltung bestimmter politischer Bedingungen in den Mitgliedstaaten wäre ein Druckmittel gegenüber jenen Mitgliedstaaten, die auf EU-Förderung angewiesen sind und zu denen auch Polen und Ungarn zählen. Die neue Ausrichtung und Ausgestaltung der genannten Verfahren müsste jedoch nach klar definierten Kriterien erfolgen, hinreichend kontextualisiert sein und den förderungsbedürftigen Mitgliedstaaten einen umfassenden Handlungsspielraum belassen.
- *Den Europäischen Gerichtshof nicht überstrapazieren und seine Kompetenzen allenfalls bei anhaltender Problematik ausweiten.* Eine stärkere Einbeziehung des EuGHs ist nicht unproblematisch. Sie würde dem Gerichtshof eine immense legitimatorische Belastung auferlegen und ihn in der Wahrnehmung ähnlich beschädigen, wie es mit der EZB bereits geschehen ist. Wenn man diesen Weg überhaupt gehen wollte, so müsste dies mit einer substantiellen Reform der materiellen Kriterien des Art. 2 EUV einhergehen, die sich unserer Vorstellung nach in Richtung eines besser spezifizierten Demokratieschutzes entwickeln müsste. Nur bei anhaltenden und massiven antidemokratischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten, der trotz vertikalen und horizontalen Drucks der Europäischen Union nicht aufzuhalten ist, käme es in Betracht, Prüfungsmaßstäbe des EuGHs zu erweitern. Dies wäre freilich eine revolutionäre und daher aus demokratietheoretischer wie aus mitgliedstaatlich-verfassungsrechtlicher Sicht durchaus problematische Entwicklung, die den bahnbrechenden Entscheidungen

der 1960er Jahre vergleichbar die Legitimation des EuGHs auf die Probe stellen würde und auch auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen könnte. Die stärkere Einbeziehung des EuGHs hätte aber den Vorteil, dass kein Vertragsänderungsverfahren vorangegangen sein müsste, dass von Mitgliedstaaten blockiert werden könnte. Insbesondere hätte die Ausdehnung des Vertragsverletzungsverfahrens auf systemische Mängel in den Mitgliedstaaten aber den Vorteil, Konflikte zwischen der Union und den Mitgliedstaaten unter dem Druck der Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds thematisieren zu können – ohne diesen freilich zu lösen. Immerhin wäre damit ein politischer Stillstand abgewendet.

Desiderat: Europäisches Bewusstsein für eine gesamteuropäische Aufgabe

Der Schutz mitgliedstaatlicher Demokratien ist keine Aufgabe, die allein den Institutionen der Europäischen Union überlassen werden kann. Nationale Regierungen sollten sich im Ernstfall direkt zu den politischen Entwicklungen äußern und sich nicht hinter den Institutionen der Union verstecken. Politik und Gesellschaft in allen EU-Mitgliedsländern müssen ein Bewusstsein entwickeln, dass Demokratieabbau in einem Land ein Problem für alle anderen darstellt. Es muss uns allen klar sein, dass wir es mit einer gesamteuropäischen und gesamtgesellschaftlichen Aufgabe zu tun haben, die nicht einfach an die EU-Institutionen delegiert werden kann.

ZUM PROBLEM

Weltweit stehen demokratische Rechtsstaaten unter massivem politischem Druck. Fast scheint es, als ginge ihre Ära zu Ende.¹ Doch lassen sich die Entwicklungen der letzten Jahre auch als Aufforderung verstehen, darüber nachzudenken, wie der demokratische Prozess gesellschaftlich und institutionell wiederbelebt oder reformiert werden könnte. Dies gilt für die Europäische Union² ebenso wie für ihre Mitgliedstaaten, die zugleich Schauplatz und Gegenstand einer grundlegenden politischen Auseinandersetzung um die Zukunft demokratischer Rechtsstaatlichkeit auch jenseits des Staates sind. Autoritäre politische Bewegungen gibt es auch außerhalb der Europäischen Union. Deswegen erscheint es zweifelhaft, sie ihren Mitgliedstaaten zuzurechnen oder mit dem Zustand der Union erklären zu wollen.³ Wenn die Europäische Union umgekehrt eine politische Gemeinschaft im Werden ist, wird sie sich mit der Frage, wie sie mit autoritären politischen Bewegungen umgeht, immer wieder neu beschäftigen müssen. Der Grad an politischer Integration, den sie bislang erreicht hat, dürfte es jedenfalls bis auf Weiteres ausschließen, den Wandel von Mitgliedstaaten in autoritäre Systeme aus der Perspektive anderer Mitgliedstaaten oder der unionseigenen Organe zu ignorieren. Dafür hängen alle beteiligten Ebenen legitimatorisch zu eng miteinander zusammen. Umgekehrt zeigen die institutionellen Reaktionen, die in den letzten Jahren in der Europäischen Union diskutiert worden sind, oftmals ein technokratisches oder legalistisches Politikverständnis. Dieser Instrumentenoptimismus passt in eine Europäische Union, deren schnelle institutionelle Entwicklung nicht von einer Europäisierung der Gesellschaften begleitet wurde. Institutionelle Instrumente sind wichtig, werden das Problem aber allein nicht lösen können.

Die folgende Studie untersucht vor diesem Hintergrund das Problem der Demokratiesicherung in der Europäischen Union. Weil jede Form von Eingriff in einen demokratischen Prozess zum Wohle dieses demokratischen Prozesses prekär ist, muss er mit einem gut definierten Mandat arbeiten. Alle Lösungen des Problems der Demokratiesicherung sollten daher damit beginnen, sich selbst zu beschränken. Nicht jede Ungleichgewichtung von Wählerstimmen, nicht jeder Korruptionsfall,

- 1 Siehe auch *Frank Schorkopf*, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, EuR 2016, S. 147 ff.
- 2 Wir verwenden den Begriff der Europäischen Union in dieser Studie einheitlich und nicht nur bezogen auf die Entwicklungen seit dem Vertrag von Lissabon (Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007).
- 3 *Christoph Möllers*, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Integration, *Leviathan* 43 (2015), S. 339 ff.

nicht jede andere institutionelle Unvollkommenheit kann Maßnahmen der Demokratiesicherung auslösen. Es geht bei diesen Maßnahmen um eine letzte institutionelle Reserve, die sparsam eingesetzt werden muss, damit sie nicht selbst an eigenen Legitimationsmängeln scheitert. Aus diesem Grund wird sich die Untersuchung auf das Phänomen des Umkippens mitgliedstaatlicher Ordnungen in ein autoritäres System beschränken. Eine Analyse des Problems muss bei den zu bewahrenden Aspekten demokratischer Ordnungen ansetzen. Es kann also nicht darum gehen, unliebsame politische Entwicklungen einzudämmen, sondern vielmehr darum, das institutionelle Gerüst einer demokratischen Ordnung zu bewahren. Der demokratiespezifische Kernbestand der EU-Verfassungsrechtsordnung schützt gerade potentielle künftige Mehrheiten. Ist diese demokratische Gleichheit und Teilhabe nicht mehr gewährleistet, wandelt sich die mitgliedstaatliche Ordnung nach unserer Auffassung in ein autoritäres System.

Für dieses Umkippen nationaler Ordnungen in ein autoritäres System entwickelt die Untersuchung Kriterien. Eine wichtige politische Seite dieses Problems wird in der folgenden Studie hingegen nicht zur Sprache kommen: Als internationaler Akteur kann die Europäische Union nur insoweit glaubwürdig für eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung in den Mitglied- und Drittstaaten eintreten, wie sie selbst auch solche Standards repräsentiert. Die Art und Weise, in der die Union demokratiefeindlichen Entwicklungen in ihren Mitgliedstaaten begegnet, ist auch für die Art und Weise von Bedeutung, in der sie mit demokratiefeindlichen Entwicklungen in Staaten außerhalb der Union umgehen kann. Dass die Union – wie es im Moment der Fall ist – eher dazu bereit ist, die Verfassungszustände in Drittstaaten zu kritisieren als in ihren eigenen Mitgliedstaaten, zeugt nicht nur von einem zu geringen Maß an Prinzipientreue, sondern ist auch machtpolitisch unklug.

Das demokratische Dilemma in der Föderation: systematische Bedingungen und Lösungstypen

1 Einführung

a) Politische Homogenität in demokratischen Föderationen

Föderationen sind politische Gemeinschaften, die aus anderen politischen Gemeinschaften zusammengesetzt sind. Diese Konstruktion soll sowohl die Vielfalt der Glieder sichern als auch einen politischen Zusammenhalt zwischen diesen Gliedern herstellen. Hier entsteht eine Spannung, die für Föderationen zunächst alltäglich ist. Der Streit um Kompetenzen zwischen den Ebenen beschäftigt Föderationen jedenfalls solange, wie es die genuin politische Vielfalt in und zwischen ihren Gliedern gibt, die die föderale Struktur gerade erforderlich macht. Eine dramatischere Note bekommen solche Konflikte freilich, wenn sie nicht mehr einzelne Sachfragen betreffen, sondern das politische Legitimationssystem der föderalen Ordnung im Ganzen. Demokratische Föderationen setzen nämlich in ihren Gründungsdokumenten in aller Regel voraus, dass alle Glieder derselben politischen Form verpflichtet sind. Nur auf der Grundlage eines Mindestmaßes an politischer und konstitutioneller Ähnlichkeit können sie funktionieren. Solche Regelungen finden sich etwa in der amerikanischen Verfassung, im Grundgesetz oder in der Schweizerischen Bundesverfassung.⁴

Was bedeutet das für die Europäische Union? Sie ist keine Föderation im Sinne eines Bundesstaates.⁵ Gelten für sie andere Regeln als für echte Bundesstaaten wie die Bundesrepublik, die USA oder die Schweiz? Anstatt nach einer allgemeinen begrifflichen Antwort zu suchen, erscheint es ergiebiger, zu vergleichen und durch Vergleich zu erkennen, welche Erwägungen zu welcher Art föderaler Institution passen. Sehr aufschlussreiche Teile der neueren Institutionenforschung haben jedenfalls gerade im Bereich des Föderalismus Wert darauf gelegt, Vergleiche nicht durch

⁴ As.r.t. IV sec. 4 US Constitution, Art. 51 Abs. 1 Schweizerische BV, Art. 28 Abs. 1 GG.

⁵ Siehe nur *Martin Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 1 EUV, Rn. 66 ff.

den Hinweis auf zu rigide Kategorien – wie die aus dem deutschen monarchischen Staatsrecht kommende Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat – auszuschließen.⁶ Nicht zufällig finden sich auch in den Europäischen Verträgen Normen, die jenen der amerikanischen Verfassung, des Grundgesetzes oder der Schweizerischen Verfassung entsprechen. Seit dem Vertrag von Maastricht legt Art. 2 EUV (ex. Art. 6 EUV, ex. Art. F) die Mitgliedstaaten auf ein bestimmtes noch näher zu betrachtendes Konglomerat an gemeinsamen Werten fest. Danach gründet sich die Union auf die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind in der Formulierung des Vertrags allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.

Dieser Wertekatalog verpflichtet die Mitgliedstaaten auch, sich in einer bestimmten politischen Form zu organisieren. Art. 2 EUV macht ebenso wie die Pendants auf mitgliedstaatlicher Ebene systematisch deutlich, wie Föderationen funktionieren und was sie politisch-institutionell voraussetzen: Nur wenn alle Glieder im Großen und Ganzen vergleichbaren Legitimationsvorgaben folgen, kann die Föderation sich als Föderation konstituieren. Historisch betrachtet hängen demokratische und föderale Organisation oft miteinander zusammen. Das ist systematisch kein Zufall, denn die Freiheitsgrade, die die Föderation ihren Gliedern lässt, setzt eine Pluralisierung politischer Prozesse voraus,⁷ die autoritären Systemen fremd ist.⁸ Zugleich fußt diese Pluralisierung aber notwendigerweise auch auf einer Grundlage politischer Gemeinsamkeit.

So wird deutlich, dass die Frage, was zu geschehen hat, wenn einzelne Glieder einer Föderation ihren Kernverpflichtungen politischer Organisation nicht mehr folgen, ein schwieriges, ja ungelöstes Problem darstellt. Was würde in der Bundesrepublik, den Vereinigten Staaten oder der Schweiz passieren, wenn Hessen, Texas oder Graubünden sich von demokratischen Grundsätzen abwendeten? Obwohl es, wie wir sehen werden, institutionelle Mechanismen gibt, die diese Frage behandeln, kann sie nicht als institutionell gelöst gelten. Auf einer sehr grundlegenden Ebene kommt hier ein Dilemma zum Ausdruck: Der betreffende Gliedstaat wird sein Abweichen selbst als Ergebnis demokratischer Selbstbestimmung verstehen und sich nicht im Namen der Demokratie darauf einlassen wollen, sich einer anderen Ordnung anzupassen. Dies ist umso mehr der Fall, als die demokratische Legitimation der höheren

⁶ Zur allgemeineren Kritik *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), S. 81 ff.; *Olivier Beaud*, Théorie de la Fédération, Paris 2007, S. 67 ff.

⁷ *Christoph Möllers*, § 93 Verwaltungsrecht und Politik, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum Band V, Heidelberg 2014.

⁸ Zur bemerkenswerten Ausnahme des föderalen, rechtsstaatlichen Systems des zweiten deutschen Kaiserreichs: *Otto Mayer*, Republikanischer und monarchischer Bundesstaat, AöR 18 (1903), S. 337 ff.; *Christoph Möllers*, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, in: Aulehner/Denger u.a., Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit, München 1997, S. 81 (87 f.).

Ebene selbst in Zweifel in gezogen wird, wie dies in Föderationen nicht selten getan wird. So steht die Bundesebene in den Vereinigten Staaten traditionell im Verdacht, bürokratisch und abgehoben zu agieren. Einen ähnlichen politischen Diskurs findet man in der Schweiz – und natürlich auch bei der Beurteilung der Europäischen Union in mitgliedstaatlichen politischen Debatten.

Umgekehrt mag man fragen: Worin genau liegt das Problem? Warum kann man es nicht einzelnen Gliedstaaten erlauben, fundamental anders zu sein als die anderen? Warum könnte eine demokratische Föderation nicht auch einen streng monarchischen Mitgliedstaat in ihre Gemeinschaft integrieren? Die Art der Antwort auf diese Frage hängt vom institutionellen Herrschaftszusammenhang zwischen den Mitgliedern der Föderation einerseits und den Mitgliedern und der Bundesebene andererseits zusammen. Zum Ersten ist die demokratische Legitimation der oberen Ebene in den meisten Föderationen auch durch die untere Ebene vermittelt. Hier besteht ein vertikaler Legitimationszusammenhang. So sitzen in Deutschland durch in Landtagswahlen legitimierte Landespolitiker in einem Bundesorgan, dem Bundesrat. In den USA werden die Bundeswahlen vielfach durch Landesgesetze geregelt. Ist eines der Glieder nicht demokratisch legitimiert, so schlägt das auch auf die Legitimation der oberen Ebene durch. Zum Zweiten sind die Glieder horizontal miteinander verknüpft. Regeln und Entscheidungen in einem Gliedstaat werden in den anderen anerkannt und angewendet. Das kann aber nur geschehen, wenn man darauf vertrauen kann, dass die Standards, nach denen diese Entscheidungen getroffen wurden, in allen Ländern gemeinsamen Minimalkriterien genügen.⁹ Andernfalls würden nicht legitimierte Entscheidungen aus einem Gliedstaat Rechtswirkungen in anderen demokratisch legitimierten Gliedstaaten haben und durch diese Wirkung auch deren Legitimationsordnung in Frage stellen.

b) Die Europäische Union als demokratische Föderation?

Was bedeutet das für die Europäische Union? Die Frage der demokratischen Legitimation der Union gehört zu den umstrittensten Problemen der politischen Theorie, deren wissenschaftliche Diskussion natürlich auch eine politische Auseinandersetzung abbildet.¹⁰ Wir können sie hier nicht grundlegend diskutieren, sondern bauen auf Arbeitshypothesen auf. Nicht folgen werden wir einer Sicht, die die Europäische Union als letztlich primär technokratische Einheit rekonstruiert und ihre eigentliche legitimatorische Leistung in ihrer expertokratischen Qualifikation und ihrer politischen Unabhängigkeit sieht.¹¹ Diese Sicht hatte manches für sich, und sie beschreibt nach wie vor ein wichtiges Element sowohl der Organverfassung der Union als auch ihres materiellen Regelungsanspruchs, namentlich auf dem Feld der Diskriminierungsverbote. Nach unserer Sicht trifft sie aber weder den Stand der Integration

⁹ *Peter Lerche*, Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), S. 77 (87).

¹⁰ Statt vieler: *Dieter Grimm*, Europa ja – aber welches?, München 2016, S. 29 ff.

¹¹ Grundlegend *Giandomenico Majone*, *Regulating Europe*, London 1996. Zuletzt deskriptiv *Antoine Vauchez*, *Démocratiser l'Europe*, Paris 2014.

noch den Zustand der politischen Organe im Ganzen. Gleichfalls für nicht überzeugend halten wir Rekonstruktionen, die die demokratische Legitimation der Europäischen Union allein auf diejenige der Mitgliedstaaten zurückzuführen suchen und die zumeist auf der Annahme fußen, dass es genuine demokratische Prozesse nur in staatlichen Zusammenhängen geben könne.¹² Richtig ist, dass sich die Legitimation der Europäischen Union nicht ohne diejenige der Mitgliedstaaten denken lässt. Die hier untersuchten Maßnahmen mitgliedstaatlicher Demokratiesicherung setzen gerade voraus, dass ein Legitimationsproblem in einem Mitgliedstaat horizontal auf andere Mitgliedstaaten und vertikal auf den Legitimationsanspruch der Europäischen Union durchschlagen kann. Das impliziert auch, dass die Union als politische Gemeinschaft durch die Wahlen zum Europäischen Parlament (EP), durch die Beteiligung des EP an der Gesetzgebung, durch die Kurations- und Kontrollbefugnisse des EP gegenüber der Kommission und durch die Ernennungs- und Kontrollrechte der Kommission gegenüber nachgeordneten Behörden einen eigenen politischen Prozess mit eigenen demokratischen Legitimationszusammenhängen vorsieht.¹³

Dieser politische Prozess bedarf der Komplettierung durch mitgliedstaatliche demokratische Politik, die namentlich in den verschiedenen Organisationsformen der Organe des Rates der Europäischen Union und des Europäischen Rates¹⁴ ihre Bedeutung gewinnt. Man kann nun lange diskutieren, welcher dieser Beiträge für die Legitimation der Europäischen Union am wichtigsten ist – und sowohl in normativer Absicht nach den Vorgaben der Vertragsstruktur fragen, als auch deskriptiv die politische Bedeutung der Ebenen untersuchen. Für die unionseigenen Organe ist hier namentlich die Ausgestaltung der Wahlen zum EP ein Problem, deren Verfahren wegen der unterbliebenen Anpassung der Gleichheitsmaßstäbe an mitgliedstaatliche Repräsentationsverfahren unausgewogen ist.¹⁵ Zudem leiden die Wahlen zum EP unabhängig von der wachsenden institutionellen Bedeutung des Organs an einer schwachen und national sehr uneinheitlichen Wahlbeteiligung. Diese Kritik ist ernst zu nehmen, aber sie ist für unsere Untersuchung nicht so entscheidend wie der Umstand, dass sich die Europäische Union aus einem durch einen Vertrag zwischen souveränen Staaten geschaffenen Gebilde maßgeblich durch den Beitrag ebendieser Staaten zu einer Organisation entwickelt hat, die sich gegenüber ihren vertraglichen Grundlagen durch die Schaffung eigener Legitimationsmechanismen verselbstständigen konnte. In diesem Gebilde hängt die Legitimation einer Ebene auch an der Legitimation der jeweils anderen. Ein nicht mehr demokratisch regierter

¹² Aus deutscher Sicht etwa *Marcel Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden 1997; *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, S. 581 ff.

¹³ Im Einzelnen etwa *Jelena von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, Heidelberg 2014.

¹⁴ Der Rat der Europäischen Union besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene, Art. 16 Abs. 2 EUV. Der Europäische Rat setzt sich aus den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie dem Präsidenten des Europäischen Rates und dem Präsidenten der Kommission zusammen, Art. 15 Abs. 2 S. 1 EUV.

¹⁵ Zur Rechtfertigung aber *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union zwischen «Demokratiedefizit» und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 48 (2009), S. 535 ff.

Mitgliedstaat stellt die Legitimation der Europäischen Union wegen der vielfachen Verzahnung der Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsverfahren in Frage. Umgekehrt vollziehen im Regelfall die Mitgliedstaaten das Unionsrecht, so dass ihre eigene Legitimation auch an derjenigen der unionseigenen Organe hängt.

Zugleich gibt es für die Europäische Union in den Unionsverträgen Regelungen, die grundlegende Aussagen über die innere Verfassung der Mitgliedstaaten machen. Art. 2 EUV legt die Werte fest, auf die sich die Union gründet, Art. 6 EUV verankert die Europäische Union im europäischen Grundrechtsraum¹⁶ und Art. 7 EUV legt die Verfahrensschritte im Falle der Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte fest. Die Ausgestaltung und Anwendung dieser Regelungen ist mit Blick auf die innere politische Entwicklung in den Mitgliedstaaten Österreich, Ungarn und Polen zu einem Problem geworden, das diskutiert und auf das mit institutionellen Reformen reagiert wurde. Insoweit scheint auf den ersten Blick das oben entwickelte Dilemma, Abweichungen von demokratischen Grundwerten seien das Ergebnis demokratischer Selbstbestimmung und die Anpassung an eine andere Ordnung im Namen der Demokratie nicht erforderlich, auch für die Europäische Union zu gelten. Dieses Problem ist für die Union zudem deswegen besonders dramatisch, weil ihre demokratische Legitimation selbst seit längerem Gegenstand einer weitreichenden kritischen Diskussion ist. Jenseits des Hinweises auf bestimmte Normen der Europäischen Verträge, der, wie wir sehen werden, nicht hinreicht, um das Problem zu analysieren, stellt sich die Frage: Welches politische und institutionelle Mandat haben die Organe der Union, von den Mitgliedstaaten Standards demokratischer Rechtsstaatlichkeit einzufordern?

In der Konstellation der dualen Legitimation bewahren die Mitgliedsstaaten dennoch ihre herausragende Rolle, die über die von Mitgliedern konsolidierter Föderationen hinausgeht. Dies hängt zum einen mit der vertragsändernden Position der Mitgliedstaaten zusammen.¹⁷ Sie können die Regeln ändern, auf die sie sich verpflichtet haben, so dass die Mitgliedstaaten eine quasi verfassungsgebende Position einnehmen. Es hängt zum anderen damit zusammen, dass die Rolle zwischenstaatlicher von Regierungen betriebener Politik seit dem Vertrag von Maastricht eher zunimmt. Viele wichtige Fragen von der Euro- bis zur Flüchtlingskrise scheinen an der Kommission und damit auch an der Kontrolle durch das Europäische Parlament vorbeizulaufen. Die Rechtsetzung ist informalisiert. Der institutionelle Aufstieg des Europäischen Rates ist ein Anzeichen für diese Entwicklung, aber die Entwicklung geht oft noch weiter, wenn die beteiligten Staats- und Regierungschefs an der Form des Unionsrechts vorbei als souveräne Staaten völkerrechtliche Übereinkünfte schließen, wie es nicht zuletzt bei den Maßnahmen zur Stabilisierung des EURO geschehen ist.¹⁸

¹⁶ *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 6 EUV, Rn. 10 f.

¹⁷ Art. 48 EUV.

¹⁸ Dazu *Jonathan Bauerschmidt*, Der einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion, in: Bauerschmidt/Fassbender u.a. (Hrsg.), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, Baden-Baden 2015, S. 347 ff.

Schließlich bleiben nationale Gesellschaften bis auf weiteres auch der kommunikative Raum, in dem auch europapolitische Fragen zuvörderst verhandelt werden. Das Projekt einer «Ever closer Union of Peoples» erhebt eine Zusammenführung nationaler Gesellschaften zu einem normativen Projekt. Vermutlich ist die institutionelle Entwicklung in den letzten Jahrzehnten aber viel schneller verlaufen als der gesellschaftliche Wandel, der damit eigentlich hätte korrespondieren sollen. Dies ist kein neues Problem für Föderationen, es ist allerdings nur begrenzt mit rechtlichen Mitteln zu lösen. Dies ist umso mehr der Fall, als sich die mitgliedstaatlichen Gesellschaften auch in ihrem Verhältnis zu hoheitlicher Herrschaft als solcher und zur Europäischen Union stark unterscheiden. Während für manche die nationalstaatliche Ebene den alles entscheidenden politischen Kommunikations- und Entscheidungsraum darstellt, sind für andere gerade die Europäische Union oder substaatliche Einheiten von größerer Bedeutung. Namentlich in Spanien und im Vereinigten Königreich ist die Frage nach der dominanten Identität politisch hoch umstritten. Minderheiten können jenseits ihres grundrechtlichen Status zur Vielfalt wie zur Umstrittenheit der politischen Selbstbeschreibung beitragen. Im Ergebnis ergeben sich damit im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Europäischen Union vielfache Asymmetrien.¹⁹

Die Entscheidungen, die in der Europäischen Union getroffen werden, bedürfen, wie oben gesehen, einer doppelten Legitimation durch den Strang der EU-eigenen Organe und durch die Mitgliedstaaten.²⁰ Wenn Mitgliedstaaten keine eigene demokratische Legitimation mehr generieren können, schaffen sie ein Legitimationsdefizit für die gesamte Unionsrechtssetzung. Gleiches gilt für mitgliedstaatliche Regelungen auf dem Feld der Wahlen zum EP und für die transnationale Anerkennung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten in einem Mitgliedstaat.²¹ Aus diesem Grund schafft die fehlende demokratische Legitimation eines Mitgliedstaats ein Legitimationsdefizit sowohl in anderen Mitgliedstaaten als auch auf der Ebene der Europäischen Union selbst. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Union zu einem echten demokratischen Bundesstaat weiter entwickeln kann oder soll oder ob der Stand der Integration gar zurückgefahren werden könnte. Vielmehr gilt: Soweit die Europäische Union verbindliche Entscheidungen trifft, die in Rechte von Bürgerinnen eingreifen und an denen maßgeblich die im Rat vertretenen Mitgliedstaaten beteiligt sind, und solange die Union auch ein Regime wechselseitiger Anerkennung mitgliedstaatlicher Akte in anderen Mitgliedstaaten ist, solange betrifft die Auswahl elementarer Legitimationsstandards in einem Mitgliedstaat das gesamte

¹⁹ *Christoph Möllers*, Multi-Level Democracy, *ratio iuris* 24 (2011), S. 247 ff.

²⁰ Zu dieser Doppelung: *Jelena von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, Heidelberg 2014; *Claudio Franzius/Ulrich K. Preuß*, Die Zukunft der europäischen Demokratie, Berlin 2012.

²¹ Dazu *Matthias Ruffert*, § 17 Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Auflage, München 2012.

System der Europäischen Union auf allen Ebenen.²² Damit soll das Problem der umstrittenen Legitimation der Union selbst weder geleugnet werden, noch bleibt dieses irrelevant für unsere Fragestellung. Es wird uns immer wieder begegnen, aber nicht bei der Frage, *ob* Demokratiedefizite in den Mitgliedstaaten ein Problem darstellen, sondern bei der Behandlung der Frage, *wie* dieses Problem zu lösen ist.

c) Abgrenzung zu Rechtsstaatsdefiziten

Die Europäische Union hat eine Vielzahl von systemischen Problemen mit den Mitgliedstaaten, die von der Fragestellung dieser Untersuchung abgegrenzt werden müssen. Das betrifft namentlich die Frage defizienter *rechtsstaatlicher* Strukturen.²³ Etwa in Bulgarien, Rumänien und Griechenland machen wir systemische Probleme bei der *Anwendung* von europäischem Recht und anderen übernationalen Standards aus. Diese Anwendungsmängel rühren nicht zuletzt aus weitreichenden Korruptionsstrukturen und aus der Schwäche unabhängiger Kontrollinstanzen, namentlich einer unabhängigen Justiz. Sie betreffen materiell häufig die Beachtung von europäischen Grundrechten. Die fehlende Beachtung der Grundrechte von Flüchtlingen in einigen Mitgliedstaaten hat beispielsweise dazu geführt, dass entgegen der eigentlich geltenden Vorgaben des Unionsrechts zur wechselseitigen Anerkennung die in einem Mitgliedstaat getroffenen Entscheidungen von einem anderen Mitgliedstaat noch einmal überprüft werden müssen, sofern für einen Asylbewerber in dem anderen Mitgliedstaat die tatsächliche Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung besteht.²⁴

Freilich ist die Grenze zwischen defizienten rechtsstaatlichen und demokratischen Strukturen schwer zu ziehen. Es gibt Überschneidungen, beispielsweise mit Blick auf den grundrechtlichen Minderheitenschutz. Ein systematischer Mangel an rechtsstaatlichem Gesetzesvollzug kann auch nicht einfach von der Frage der demokratischen Legitimation abgetrennt werden, sondern hängt mit dieser legitimatorisch zusammen.²⁵ Wir werden darauf noch einmal systematisch eingehen, wenn es um Kriterien des Demokratieschutzes geht.²⁶ Rechtsstaatliche Defizite sind ein gravierendes Problem für die Union. Trotzdem sollen sie im Folgenden nicht Gegenstand der Untersuchung werden. Diese bleibt auf solche Fragen der Demokratiesicherung beschränkt, die von Fragen der Rechtsstaatlichkeit abgrenzbar

22 *Koen Lenaerts*, The Principle of Mutual Recognition in the EU's Area of Freedom, Security and Justice, Sir Jeremy Lever Lecture, All Souls College, University of Oxford 2015.

23 *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Das systemische Defizit – Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 2014, S. 283 ff.

24 EuGH, Urt. v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, N.S., Slg. 2011, I-13905; nun auch Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 (sog. Dublin III-Verordnung); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 (*Europäischer Haftbefehl II*).

25 *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie (1996), S. 293 ff.

26 Unten unter V.1.

sind. Defizite *rechtsstaatlicher* Strukturen sind dadurch gekennzeichnet, dass eine demokratisch legitimierte Regierung nicht willens oder in der Lage ist, einen gleichmäßigen Gesetzesvollzug zu organisieren. Hiervon abzugrenzen ist jedoch die Frage, ob eine mitgliedstaatliche Regierung davon ausgeht, die demokratischen Legitimationsgrundlagen der eigenen politischen Ordnung so grundlegend zu verändern, dass diese im Ergebnis nicht mehr als demokratische Ordnung zu verstehen ist. Beide Entwicklungen können Hand in Hand miteinander gehen, sind jedoch zu unterscheiden. Nur die letztere Entwicklung, dass eine politische Ordnung derart grundlegend verändert wird, dass ein Mehrheitswechsel ausgeschlossen und diese im Ergebnis nicht mehr als demokratische Ordnung zu verstehen ist, wird uns im Folgenden beschäftigen. Auf diese Entwicklung ist die Europäische Union noch schlechter eingerichtet.

2 Historische Lehren

In vielen Föderationen führten Auseinandersetzungen um die politische Binnengestaltung zu schweren Verwerfungen und bewaffneten Konflikten, die zwar letztlich die politische Konstitution der bundesstaatlichen Ebene verstärkten, für die das Gemeinwesen aber im Ganzen einen hohen Preis zu zahlen hatte. Die Entwicklungsgeschichte der Deutschen Republik, dem Deutschem Reich, der Vereinigten Staaten und der Schweizer Eidgenossenschaft illustrieren die ganze mühselige Komplexität politischer Einheitsbildung in föderalen Ordnungen. Diese historischen Einsichten halten auch Lehren für die europäische Integration bereit, die als supranationale Föderation auf dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens beruht und auf die Einhaltung demokratischer Standards in den Mitgliedstaaten um ihrer selbst willen angewiesen ist.²⁷ Aus den Erfahrungen können zwar keine institutionellen Lösungen für die Europäische Union hergeleitet werden, sie bieten allerdings Einsichten in die Vielfalt des Föderalen, die auch für die Union von Wert sind.

Die politische Konsolidierung von Föderationen ist ein langwieriger Prozess

Das Entstehen stabiler demokratischer Föderationen ist ein langwieriger Prozess, der Jahrzehnte dauert. Die Gründung einer konsolidierten Föderation hatte im deutschen Fall gar einen sich über Jahrhunderte erstreckenden Vorlauf. Seit Anfang des 19. Jahrhunderts wirkten sich hier zwar unter dem Eindruck der französischen Revolution und des amerikanischen Unabhängigkeitskriegs die Ideale von Einheit und Freiheit auf die deutsche Nationalbewegung aus.²⁸ Aber erst nach der Gründung des Deutschen Bundes 1815, dem von Preußen und Österreich geführten Deutsch-Dänischen Krieg 1864 und dem sich anschließenden Krieg Preußens gegen

²⁷ *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 6 f.

²⁸ *Hans Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Von 1806 bis zur Gegenwart, Band II, München 1990, S. 17 ff. Zur unmittelbaren Vorgeschichte der Reichsgründung: *Thomas Nipperdey*, Deutsche Geschichte, 1866–1918, Bd. I, München 1993, S. 34 ff.

den Deutschen Bund 1866 realisierte sich nach Auflösung des Deutschen Bundes mit der Gründung des Norddeutschen Bundes der erste moderne Bundesstaat mit militärischen Mitteln. Ein wichtiger Preis dieser Art der Entwicklung lag in der starken hegemonialen Stellung Preußens, die letztlich auch zur Reichsgründung führte.²⁹

Vergleichbare Geschichten lassen sich für viele andere Föderationen berichten. Die Geschichte der USA liefert etwa einen Erinnerungsposten dafür, wie schwer es auch der zentralen Ebene eines bereits konsolidierten Bundesstaats fallen kann, elementare demokratische Gleichheitsrechte in den Gliedstaaten durchzusetzen. Seit den 1830er Jahren bildete die Frage der Zulässigkeit der Sklaverei einen zentralen politischen Konfliktpunkt in der nationalen Politik.³⁰ Dieser verlief sowohl entlang des politischen Parteiensystems als auch entlang der Grenze zwischen zwei Blöcken von Gliedstaaten, so dass keine politischen Lager zur Verfügung standen, um das Problem zu moderieren. Der hiermit verbundene Austritt der Südstaaten aus dem Bundesstaat gegen den Willen der Nordstaaten 1860/1861 und der Gründung der aus einigen Südstaaten bestehenden Konföderierten Staaten von Amerika (Confederate States of America) führte in den Amerikanischen Bürgerkrieg. Im Rahmen der sich anschließenden «reconstruction» wurden zwar die aus der Union ausgeschiedenen Staaten bis 1877 wieder eingegliedert und die zentrale Ebene insgesamt gestärkt.³¹ Das Anliegen, der schwarzen Bevölkerung in den Südstaaten gleiche politische Beteiligungsrechte und andere Rechte zu geben, wurde nach dem Ende der Reconstruction-Ära jedoch wieder zunehmend vereitelt und letztlich erst wesentlich später – nach dem zweiten Weltkrieg – durchgesetzt.

Föderale Konflikte enden nicht mit einem politischen Gründungsakt

Das Beispiel des Amerikanischen Bürgerkriegs führt auch zu einer zweiten Einsicht: Formale Gründungsmomente allein reichen nicht immer hin, eine Föderation politisch zu befrieden. Die Kolonien erklärten während des Kriegs (1775–1783) ihre Unabhängigkeit und organisierten sich in einem «Continental Congress» als lose Konföderation. Im Rahmen des anschließend einberufenen Verfassungskonvents (1787) zeigten sich jedoch bereits die wesentlichen Konflikte zwischen den «federalists», die eine starke Zentralregierung befürworteten, und den «anti-federalist», die die Souveränität der Gliedstaaten betonten. Dieser Grundkonflikt der amerikanischen Verfassungsdiskussion, der letztlich zum Austritt der Südstaaten 1860/1861 aus der Konföderation führte und in den Amerikanischen Bürgerkrieg (1861–1865) mündete, setzte sich auch über den Bürgerkrieg hinaus fort und dauert über die politische Kritik am New Deal bis in die Gegenwart an. Auch wenn er die politische Gestalt der USA nicht bedroht, geht er deutlich über eine juristische Diskussion der

²⁹ *Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Band II, München 2013, 39 ff.

³⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

³¹ *Eric Foner*, *Reconstruction: America's unfinished revolution, 1863–1877*, New York 2014.

Reichweite von Kompetenznormen hinaus und betrifft die grundlegende Frage nach der angemessenen Form der Föderation.³²

Zugleich zeigt sich, dass auch die Frage der richtigen Kompetenzzuordnung ein altes Problem darstellt, indem etwa die Südstaaten den Vorrang des Bundesrechts im Falle eines Normkonfliktes in Frage stellten.³³ Sie ist bis heute Gegenstand einer charakteristischen parteipolitischen Auseinandersetzung, in der eine Partei (heute die Republikaner, aber vor dem New Deal die Demokraten) sich zum Anwalt der unteren staatlichen Ebene machen und jede Form von Intervention durch die Bundesebene als zentralstaatlich und damit potentiell undemokratisch bekämpft.

In der Bundesrepublik ist die Vorstellung des Andauerns ernsthafter politischer Konflikte zwischen den föderalen Ebenen ungewohnt. Dies hängt mit der langen Vorgeschichte der Reichsgründung, der schnellen Zentralisierung nach 1871 und den weiteren Zentralisierungsschüben in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus zusammen, die aus der Bundesrepublik ein von Anfang an hoch unitarisiertes Gebilde gemacht haben, in dem die Länder heute ihren politischen Einfluss namentlich über ein Mitregieren auf Bundesebene ausüben.³⁴ In der Schweiz hingegen führten die politischen Spannungen zwischen liberal-protestantischen Kantonen, die eine Demokratisierung unter einer Zentralregierung befürworteten, und den katholisch-konservativen Kantonen, die dies ablehnten und die sich in einem Sonderbund zusammengeschlossen hatten, ebenfalls in einen Bürgerkrieg (1847). Der Sieg der liberalen Kräfte mündete in einer neuen Bundesverfassung (1848), die die Gründung eines Bundesstaates mit der Einrichtung einer demokratischen Grundordnung verband.³⁵ Diese band die Kantone als Ersatz für die an den Bund abgegebene Souveränität in den Entscheidungsprozess ein.³⁶ Diese üben bis heute alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen worden sind (Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft), etwa die Polizeigewalt. Wie in den USA verbindet sich jedoch auch in der Schweiz die Frage nach der richtigen föderalen Regelungsebene oft mit einem politischen Konflikt zwischen rechts und links, für oder gegen staatliche Regulierung als solche.

Vor diesem Hintergrund mag man sich die Frage stellen, ob der in der europapolitischen Debatte mitunter angerufene verpasste Moment der europäischen Verfassungsgebung im Jahr 2005 nach der Ablehnung des Projekts durch die Referenden in Frankreich und den Niederlanden in seiner politischen Bedeutung nicht überschätzt wird. Der Verfassungsvertrag sah im Wesentlichen aus wie der Vertrag

32 Vgl. etwa den fundamentalen Dissens in *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995), dazu *Kathleen Sullivan*, Comment: *Dueling Sovereignties: U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, *Harvard Law Review* 109 (1995), 78 ff.

33 *John C. Calhoun*, Fort Hill Address, 27. Juli 1831, in: Lence (Hrsg.), *Union and Liberty: The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis 1992.

34 Maßgeblich *Konrad Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962.

35 Hierzu *Denise Brühl-Moser*, in: Härtel (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Band IV, § 99 *Der Schweizer Föderalismus: Ausgestaltung, Neugestaltung und Herausforderungen*, Berlin u.a. 2012, S. 697 (698 ff.).

36 *Wolf Linder*, *Schweizer Demokratie*, Bern/Stuttgart 2012, S. 35 f.

von Lissabon, und die politischen Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten wie der Austritt Großbritanniens wären durch ihn nicht zu verhindern gewesen.

Die politische Konsolidierung von Föderationen geht mit Modernisierungskrisen einher

Föderale Spannungen sind regelmäßig Ausdruck des Konfliktes zwischen liberalen und konservativen Gruppen, die den Status quo erhalten wollen. Die politische Konsolidierung föderaler Ordnungen geht daher mit Modernisierungskrisen einher. Dies haben die Konflikte in der Schweiz, die politischen Spannungen zwischen Österreich und Preußen vor der Reichsgründung und die zwischen den amerikanischen Nord- und Südstaaten gemeinsam. Diese Konflikte sind auch wirtschaftliche Modernisierungskonflikte, in denen sich der eine Teil der Föderation von der Liberalisierungsdynamik des anderen Teils bedroht sah.

Eine vergleichbare Konstellation der Auseinandersetzung in der Europäischen Union stellt – neben anderen – die europäische Finanzkrise dar. Der Konflikt zwischen den «ärmeren» und «reicherer» Mitgliedstaaten der Europäischen Union war potentiell immer vorhanden, wurde durch die Einführung des EURO noch verstärkt und mit der Schuldenkrise deutlich zugespitzt. Die im Rahmen der Rettungsprogramme beschlossenen Sparmaßnahmen und strengeren Haushaltsregelungen stießen auf Widerstand in den betroffenen Mitgliedstaaten einerseits, aber auch in den finanziell stärkeren Euro-Ländern andererseits. Die Krise bricht sich seither in der – freilich nicht zutreffenden – Unterscheidung zwischen «Nordstaaten» und «Südstaaten» um eine angemessene Wirtschafts- und Finanzpolitik Bahn, die sich etwa in der Auseinandersetzung um die richtige Art der Bewältigung der Griechenlandkrise zeigte.

Auch diese Erfahrung illustriert, dass die Ursachen für politische Konflikte in Föderationen in einem anspruchsvollen Sinne struktureller Natur sind, also politische Ideale, ökonomische Interessen und gesellschaftliche Unterschiede betreffen – und deswegen nur begrenzt mit institutionellen Maßnahmen gelöst werden können. Die richtig gestellte Frage lautet weniger, wie sich aus der demokratischen Reihentanzende Mitgliedstaaten wieder einfangen lassen, sondern eher, welche Formen es auf europäischer Ebene gibt, um diese Konflikte auszutragen? Die Einführung des EURO zeigt, dass eine zu schnelle, als zwanghaft empfundene Modernisierungslogik zu Rückschlägen auch in Form einer Re-Nationalisierung führen kann, die im günstigen Fall ein notwendiger politischer Umweg der Integration ist, im schlechtesten Fall Vorbote des Zerfalls der Föderation.³⁷

³⁷ In dieser Richtung skeptisch zum EURO: *Fritz W. Scharpf*, Das Dilemma der supranationalen Demokratie in Europa, *Leviathan* 43 (2014), S. 11 ff.

Heterogenität und Größe der Föderation sind nicht zwingend Ursachen von Instabilität

Die in der politischen Theorie Europas seit der Frühneuzeit verbreitete These, Republiken oder Demokratien könne es nur in kleinen, kompakten politischen Einheiten, vielleicht nur in Stadtstaaten, geben,³⁸ hat sich empirisch nicht bewährt. Aus den durchaus durchwachsenen historischen Erfahrungen folgt nicht, dass Größe oder gesellschaftliche Heterogenität ein strukturelles Hindernis für den Aufbau einer demokratischen Föderation sein müssen. Dies zeigt die Entwicklung in den Vereinigten Staaten.

Soziale, religiöse oder ethnische Homogenität sind nicht nur Faktoren, die eine demokratische Entwicklung befördern. Sie können dieser auch im Wege stehen, in dem sie dem formalisierten demokratischen Wechsel von Mehrheit und Minderheit eine geschlossene informelle Autoritätsstruktur entgegenstellen, die formell demokratische Strukturen mit den immer gleichen Eliten besetzen.³⁹ Dies ist für unser Thema von Bedeutung, weil das Problem der Verletzung demokratischer Standards zwar einerseits strukturelle Gründe haben kann, aber andererseits nicht als schicksalhafte Folge der Größe und Unübersichtlichkeit des europäischen Integrationsprojekts verstanden werden sollte.

Föderationen entwickeln sich aus horizontalen Strukturen

Die Entstehung von Föderationen ist in aller Regel nicht das Ergebnis einer isolierten politischen Entscheidung zum Aufbau einer politischen Übereinheit. Vielmehr beginnen Föderationen oftmals mit einer horizontalen gesellschaftlichen Verflechtung, die durch entsprechende rechtliche Strukturen ermöglicht und begleitet wird. Die Rechte, sich ins jeweils andere Territorium zu bewegen, mit diesem zu wirtschaften und dort unter bestimmten Umständen auch zu bleiben, gehören zum institutionellen Kernbestand werdender Föderationen.⁴⁰ Aus diesen horizontalen oder auch transnationalen Verflechtungen von Rechtsordnungen, die die Verflechtung gesellschaftlicher Strukturen ermöglichen und dieser auch folgen, entsteht die Notwendigkeit, auch vertikale institutionelle Strukturen zu entwickeln, die diesen Wandel regulatorisch begleiten, soweit wie nötig vereinheitlichen und Externalisierungseffekte ausschließen.⁴¹ In dieser Weise lässt sich das Entstehen vieler, wenn auch nicht aller Föderationen beschreiben. Für die europäische Integration trifft diese Darstellung sicherlich zu.

Für politische Konflikte, wie sie uns hier interessieren, ist dies von Bedeutung, weil diese auch mit einem Ungleichgewicht zwischen horizontaler und vertikaler

³⁸ Dazu *Jacob T. Levy*, «Beyond Publius: Montesquieu, Liberal Republicanism, and the Small-Republic Thesis», in: *History of Political Thought* 1 (2006), S. 50 ff.

³⁹ So am Beispiel Indiens *Sunil Khilnani*, *The Idea of India*, London 1997, S. 162 f.

⁴⁰ Für Deutschland und die Europäische Union: *Christoph Schönberger*, *Unionsbürger*, Tübingen 2005, S. 110 ff.; 315 ff.

⁴¹ *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, § 6.

Integration zu tun haben. Die Gleichzeitigkeit von Erweiterung und Vertiefung, die nach 1989 die Europäische Union besonders dramatisch veränderte, sorgte dafür, dass neue Mitgliedstaaten viel weniger Zeit zur Anpassung an eine bereits massiv vertikal ausgerichtete Rechtsordnung bekamen, während die alten Mitgliedstaaten sich rechtlich auf Gegenseitigkeit mit Ländern verflochten wollten, die einen anderen institutionellen und sozialen Entwicklungsstand hatten.⁴²

3 Lösungstypen

a) Vorüberlegung: Grenzen des «institutional engineering» in der heutigen Europäischen Union

Bevor wir das Problem des Umschlagens demokratischer Ordnungen genauer betrachten, werden wir kurz einfürend reflektieren, welche Arten von Verfahren es geben kann, um solche Entwicklungen anzusprechen. Wir werden dabei zwischen politischen, administrativen und rechtlichen Lösungen unterscheiden. Wie sich zeigen wird, sind viele dieser Ansätze nicht neu, sondern wurden gerade für die Europäische Union diskutiert oder sogar ausprobiert. Am aktuellen krisenhaften Stand der europäischen Integration muss man sich deswegen auch klar machen, dass es nicht für jedes politische Problem eine institutionelle Lösung gibt. Spätestens seit dem Aufkommen der Governance-Forschung wird dieser Eindruck freilich verbreitet.⁴³ Namentlich die Europäische Kommission hat zu solchen Vorstellungen praktisch und theoretisch beigetragen. Während das Europäische Parlament jedenfalls gelegentlich als Ort politischer Debatte fungierte, an dem die Krisen diskutiert werden konnten, suggeriert die Kommission gerne, problematische Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten ließen sich ohne politische Verteilungskonflikte, also ohne dass dafür ein Preis gezahlt werden müsste, lösen.⁴⁴ Dagegen ist an die oben umrissenen historischen Entwicklungen und Erfahrungen zu erinnern. Die politische Integration von Föderationen hat sich oft über Jahrhunderte hingezogen und ist so gut wie nie ohne dramatische politische Konflikte abgelaufen. Zudem hat die Europäische Union einen schnellen institutionellen Wandel und ein vergleichsweise hohes Maß an Experimentierfreudigkeit bei der Einführung institutioneller Instrumente erlebt. Seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 hat sich die Europäische Union dramatisch verändert. Man könnte meinen, dass die institutionelle Entwicklung, obwohl der Eindruck von institutioneller Schwerfälligkeit gegenwärtig

⁴² Ivan Krästev, *Europadämmerung*, Berlin 2017.

⁴³ Zur Kritik Christoph Möllers, *European Governance: Meaning and Value of a Concept*, 43 CML-Rev (2006), S. 313 ff.

⁴⁴ Zum problematischen Selbstverständnis der Kommission in dieser Hinsicht: *Joseph H. H. Weiler*, *The Commission as euro-sceptic: A task oriented Commission for a project-based Union*, in: Joerges/Mény u.a. (Hrsg.), *Mountain or Molehill? A critical appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper No. 6/01, S. 207 ff.

so verbreitet ist, ein Tempo angenommen hat, dass von mitgliedstaatlichen Gesellschaften nicht immer verarbeitet werden konnte.

Daher ist schon zu Beginn Zweifel an der Hoffnung anzumelden, dass die Einführung neuer institutioneller Strukturen das Problem wirklich zu «lösen» in der Lage ist. Nun gibt es auch andere Lösungen als institutionelle und müssen nicht alle institutionellen Lösungen staatliche oder supranationale Organe betreffen. Auch Gesellschaften können sich ändern und auch zu dieser Veränderung kann man qua Zugriff auf institutionelle Strukturen beitragen. Insgesamt sollte man sich aber trotzdem daran erinnern, wie unwahrscheinlich es ist, ein unter Umständen tiefliegendes politisches und gesellschaftliches Problem hinwegzuorganisieren. Nur unter diesem Vorbehalt sollten wir uns nun Typen der institutionellen Lösung zuwenden.

b) Rechtliche Lösungswege

Viele konsolidierte Föderationen weisen Kompetenzkonflikte zwischen den Gliedstaaten und der Bundesebene einer rechtlichen Lösung zu, namentlich einer abschließenden gerichtlichen Überprüfung. Föderale Konflikte waren ein wesentlicher Anlass dafür, verfassungsgerichtliche Kontrollen einzuführen.⁴⁵ Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass ein Gericht immer dazu geeignet ist, solche grundlegenden föderalen Konflikte befriedigend anzugehen. Einige Gründe sprechen dafür, dass diese Erwartung zumindest der Relativierung bedarf.

■ *Zum Ersten* setzen rechtliche institutionelle Vorkehrungen ein hohes Maß an politischer Konsolidierung der oberen Ebene voraus. Nur ein solches kann über die hier in Frage stehenden Maßstäbe der oberen Ebene verbindlich entscheiden. Dies fordert aber ein hohes Maß an politischer Legitimation nicht nur des Gerichts, sondern auch der hoheitlichen Ebene, der das Gericht zugeordnet ist. Anders formuliert: Wenn Einigkeit darüber besteht, dass die Konfliktlösung verrechtlicht werden soll, ist der Konflikt im Wesentlichen gelöst.⁴⁶

■ *Zum Zweiten* zeigen Beispiele konsolidierter Föderationen, dass Gerichte nicht immer in der Lage sind, solche grundlegenden Konflikte zu befrieden. Einschlägige historische Fälle betreffen zwar nicht allesamt direkt undemokratische Strukturen in Gliedstaaten, aber doch vergleichbare Probleme: namentlich die Forderung eines Gliedstaates, die Föderation zu verlassen. Die Beispiele Kataloniens und Quebecs illustrieren, wie unterschiedlich die Folgen gerichtlicher Interventionen in einer solchen Konstellation sein können. Während der Supreme Court of Canada den Konflikt in seinen Entscheidungen kanalisiert

⁴⁵ *Olivier Beaud*, «De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral», in: Grewe/Jouanjan u.a. (Hrsg.), *La notion de la «justice constitutionnelle»*, Paris 2005, S. 49 ff.

⁴⁶ Dass eine solche Konfliktauflösung aber nicht immer der Fall sein muss, zeigen die Grundsatzentscheidung des United States Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) und EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, 3; Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251.

und eingedämmt hat,⁴⁷ gelten die Entscheidungen des Spanischen Tribunal Constitucional als eine Ursache für eine Verschärfung⁴⁸. In beiden Fällen haben die Gerichte zudem ohne ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage über das Begehren entscheiden müssen. Eine ähnliche Sachlage existiert auf Unionsebene, weil auch hier die vertragsrechtlichen Grundlagen nicht ausreichend bzw. nicht ausreichend differenziert sind. Dabei liegt die von den Gerichten zu erbringende institutionelle Leistung nicht zuletzt im Bereich politischer Sensibilität – und damit an der Grenze zwischen Politik und Recht. Dies birgt jedoch auch Risiken, wie die fatale Rolle, die der U.S. Supreme Court beim Ausbruch des amerikanischen Bürgerkriegs spielte, gezeigt hat.⁴⁹

■ *Zum Dritten* schließlich werden wir sehen, wie schwierig es ist, für die gerichtliche Kontrolle ent-demokratisierender Tendenzen klare juristische Kriterien zu entwickeln. Ist die demokratische Gleichheit und Teilhabe, der Schutz potentieller künftiger Mehrheiten als demokratiespezifischer Kernbestand der EU-Verfassungsrechtsordnung nicht mehr gewährleistet, wandelt sich die mitgliedstaatliche Ordnung nach unserer Auffassung in ein autoritäres System. Solche Entwicklungen verlaufen, wie sich zeigen wird, inkrementell und oftmals auch im bewussten Versuch, bestehende Grenzen der Demokratiesicherung zu umgehen. Ein Umschlagen der Demokratie in eine autoritäre Ordnung ist ein schleichender, schrittweiser Prozess aus einer Summe kleiner Veränderungen, die sich der gerichtlichen Kontrolle, die auf Einzelfallentscheidungen zugeschnitten ist, regelmäßig entziehen.

c) Funktional-administrative Lösungswege

Als funktional-administrative Lösungen kann man institutionelle Arrangements bezeichnen, die das Problem der Demokratiesicherung zum einen durch eine strenge, vielleicht sogar quantifizierende Verregelung von Kriterien zu erfassen suchen und die zum anderen die praktische Implementation von aus diesen Kriterien zu rechtfertigenden Maßnahmen einer unabhängigen, also de-politisierten, Behörde überlassen. Dabei besteht diese Implementation häufig weniger in der Überwindung politischen Widerstandes als im Angebot von Hilfe. Ein Beispiel für solche technokratischen Instrumente ist die rechtsstaatsbezogene Unterstützung der Europäischen Kommission gegenüber bestimmten Mitgliedstaaten. Bei dieser gibt

⁴⁷ Supreme Court of Canada, Urt. v. 20.8.1998, hierzu *Peter Leslie*, *The Supreme Court Sets Rules for the Secession of Quebec*, *The Journal of Federalism* 29 (1999), S. 135 ff.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Urt. v. 28. Juni 2010, Rs. STC 31/2010; siehe hierzu *Victor Ferreres Comella*, *The Catalan Secessionist Movement and Europe* – Remarks on the Venice Commission's Opinion 827/2015, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/the-catalan-secessionist-movement-and-europe-remarks-on-the-venice-commissions-opinion-8272015>, zuletzt abgerufen am 26.04.2017.

⁴⁹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), dazu *Bruce Ackerman*, *We the People*. Foundations, London 1991, S. 63 ff.

die Europäische Kommission aus eigener Entscheidungsmacht bestimmten Staaten Beratungsleistungen und andere Mittel zur Bekämpfung von Korruption und zum Aufbau einer unabhängigen Justiz an die Hand. In einer auch für das Vorgehen internationaler Organisationen typischen Manier werden diese Instrumente von einem formalisierten Berichtswesen begleitet. Ein weiteres Beispiel ist die Institution der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.⁵⁰ Sie ist eine 2007 geschaffene Expertenkommission, die sich mit Grundrechtsfragen in der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Durchführung des Unionsrechts befasst.⁵¹ Ihre Funktion ist, sowohl die Europäische Union als auch die Mitgliedstaaten mit Fachkenntnissen zu versorgen, beispielsweise durch die Erstellung von Gutachten, Studien oder die Entwicklung von Standards und Vergleichsmethoden, um ihnen die uneingeschränkte Achtung der Grundrechte zu erleichtern, wenn sie in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich Maßnahmen einleiten oder Aktionen festlegen.⁵²

Jenseits der Frage, wie erfolgreich dieses Vorgehen bisher gewesen ist, ist es für bestimmte Konstellationen besser geeignet als für andere. Es passt dort, wo das Vorliegen eines systemischen Problems auch vom betreffenden Mitgliedstaat selbst anerkannt wird. Denn nur ein solcher Konsens zwischen der Europäischen Union und dem Mitgliedstaat gestattet es, Lösungsansätze auf eine technische Ebene überzuleiten und administrativen Akteuren zu übergeben. Wenn schon das Vorliegen eines Problems umstritten ist und wenn sich der betreffende Mitgliedstaat bei dem, was von der europäischen Ebene als Mangel angemahnt wird, auf ein demokratisches Mandat beruft, wird aus dem Problem unvermeidlich ein politischer Konflikt. Für die Behandlung dieses Konflikts aber fehlt es administrativen Einheiten an einem hinreichenden politischen Mandat. Damit stößt dieser Problemlösungsmodus schnell an Grenzen. Es werden – zumindest unterstützend – politische Lösungen erforderlich.

d) Politische Lösungswege

Bei politische Lösungen wird die Wahl der Gegenmaßnahmen von politischen Organen getroffen. Dieser Weg kann den Vorteil haben, dass der politische Hintergrund des Konflikts offen angesprochen wird, aber das ändert doch nichts daran, dass es um einen politischen Konflikt geht, der gerade die institutionellen Grenzen der Gemeinschaft zu sprengen droht.

⁵⁰ Zur Grundrechte-Agentur nur *Armin von Bogdandy*, § 166 Grundrechtsschutz durch die Europäische Grundrechteagentur, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, Europäische Grundrechte I, Heidelberg 2010, S. 1241 ff.; *Armin von Bogdandy/Jochen von Bernstorff*, Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortbildung durch den Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 141 ff.

⁵¹ Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15. Februar 2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte.

⁵² Art. 2 und Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates.

Solche politischen Verfahren sind im Verfassungsvergleich wohlbekannt, etwa im Grundgesetz, das die Durchsetzung von Maßnahmen der Bundesregierung gegen ein Bundesland im Wege des Bundeszwangs von der Zustimmung des Bundesrates abhängig macht, Art. 37 Abs. 1 GG.⁵³ Auch das noch näher zu betrachtende Verfahren des Art. 7 EUV ist ein politisches Verfahren. Es setzt den politischen Konsens der übrigen Mitgliedstaaten voraus und sieht als letztes Mittel den Entzug politischer Mitwirkungsrechte als Sanktion vor. Für andere föderale Konflikte sind freilich auch militärische Maßnahmen Teil eines «politischen» Instrumentariums, so im «deutsch-preußischen» Krieg vor der Gründung des Norddeutschen Bundes⁵⁴ oder im Fall des amerikanischen Bürgerkrieges, der aus Sicht der Nordstaaten als Exekution des Vorrangs der Bundesverfassung geführt werden musste.⁵⁵

Zur Beurteilung politischer Lösungsstrukturen ist es leider unerlässlich, auch die Dialektik dieser historischen Erfahrung zur Kenntnis zu nehmen. Wenn man die militärische Durchsetzung politischer Regeln nicht als legitimes Mittel anerkennt – und dafür spricht vieles – dann stößt die Durchsetzung föderaler Regeln eben an Grenzen, die es für den Vollzug gesetzlicher staatlicher Regeln nicht gibt. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört jedenfalls nach kontinentaleuropäischem Verständnis auch die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung staatlicher Normen.⁵⁶ Fehlt es an dieser Option, weil sie nicht die polizeiliche individualisierte Durchsetzung einzelner Entscheidungen, sondern eine kriegerische Auseinandersetzung bedeutet, dann liegt die *ultima ratio* in einem solchen Konflikt entweder im Ausschluss der betreffenden Gliedstaaten oder in der Duldung der abweichenden politischen Praxis. Beide Wege sind für die Europäische Union jedoch nicht gangbar. Sie verfügt einerseits nicht wie der Europarat über das Recht, bei schweren Verstößen gegen gemeinsame Prinzipien den betroffenen Staat auszuschließen.⁵⁷ Andererseits würde die Duldung der Verletzung gemeinsamer politischer Regeln deren Geltung für die

53 Zur Bundesexekution bereits *Heinrich Triepel*, Die Reichsaufsicht: Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Heidelberg 1917, S. 665 ff.; *Foroud Shirvani*, Die Bundes- und Reichsexekution in der neueren Deutschen Verfassungsgeschichte, Der Staat 50 (2011), S. 102 ff.

54 Zu den juristischen Hintergründen knapp *Hans Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Von 1806 bis zur Gegenwart, Band II, München 1990, S. 164 f.

55 *Akhil R. Amar*, *America's Constitution*, New York 2005, S. 355.

56 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, § 26 Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 71; *Luc Heuschling*, *État de droit, rule of law, Rechtsstaat*, Paris 2002; vgl. jetzt auch das Bundesverfassungsgericht zum Verhältnis des staatlichen Gewaltmonopols und der freiheitlich demokratischen Grundordnung: BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 (*NPD-Verbotsverfahren*), Rn. 547.

57 Art. 8 der Satzung des Europarats vom 5. Mai 1949 lautet: «Jedem Mitglied des Europarats, das sich eines schweren Verstoßes gegen die Bestimmungen des Artikels 3 schuldig macht, kann sein Recht auf Vertretung vorläufig abgesprochen und es kann vom Minister-Komitee aufgefordert werden, gemäß den Bestimmungen des Artikels 7 auszutreten. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so kann das Minister-Komitee beschließen, dass das betreffende Mitglied, von einem durch das Komitee selbst bestimmten Zeitpunkt ab, dem Europarat nicht mehr angehört.»

gesamte Gemeinschaft in Frage stellen. Infolge des Entwicklungsstandes der Europäischen Union sind diese Entwicklungen in einzelnen Mitgliedstaaten nicht mehr nur Fragen der innerstaatlichen Souveränität, sondern wirken sich auf die Union als Ganzes aus. Die Duldung von politischen Praktiken, die vom Grundkonsens der Union und auch der übrigen Mitgliedstaaten abweicht, kann daher nicht hingenommen werden. Im Ergebnis ist hier ein Dilemma zu erkennen, aus dem man freilich keine Aporie machen sollte. Der Verlust an demokratischer Staatlichkeit eines Glieds ist Ausdruck eines politischen Konflikts, für den es kein einfaches Rezept gibt, aber eben doch institutionelle Angebote.

Demokratisierung in der Europäischen Union: eine Bestandsaufnahme

Die Regelungen der Unionsverträge, die die innere Verfasstheit der Mitgliedstaaten betreffen, standen nicht in den ersten Römischen Verträgen. Sie haben erst im Laufe der Zeit in den Vertragstext Einzug gefunden und bringen einen bestimmten Stand der europäischen Integration zum Ausdruck.⁵⁸ Mit dem Vertrag von Maastricht⁵⁹ von 1992 ist die Europäische Union endgültig über den Anspruch, einen Binnenmarkt zu kreieren, hinausgegangen. Dieser institutionalisierte die politische Zusammenarbeit in der Außen- und Sicherheitspolitik und den Bereichen Justiz und Inneres und fasste diese unter dem Dach der neu gegründeten Europäischen Union zusammen. Die Union entwickelte sich durch umfassende Kompetenzübertragungen zu einer politischen Gemeinschaft jenseits des liberalisierten Binnenmarktes. Die Frage der Demokratisierung scheint aber zunächst eher als ein symbolisches Problem verstanden worden zu sein. Seitdem hat es beginnend mit der Österreichkrise im Jahr 2000 verschiedene Problemfälle gegeben, die die Frage nach der Demokratisierung aufwerfen.

1 Vertragliche Änderungen seit dem Vertrag von Maastricht

Lässt sich die frühe europäische Integration als Kombination eines außenpolitischen Friedensprojekts mit einem innenpolitischen Regulierungsprojekt verstehen, so ist wenig verwunderlich, dass Fragen der Demokratisierung der nationalen und der Unionsebene zunächst keine Beachtung fanden. Nationale Politiken blieben weitestgehend eine innerstaatliche Angelegenheit, und Legitimationsfragen der europäischen Ebene wurden entsprechend dem Modell herkömmlicher internationaler Organisationen gelöst, in denen Mitgliedstaaten eine hinreichende Kontrolle über die Wirkungsweise des Handelns der Organisation beanspruchen und die demokratische Rückkopplung an die Mitgliedstaaten hinreichte. Doch gingen die Aufgaben der Hohen Behörde, der späteren Europäischen Kommission, und die Zuständigkeit

⁵⁸ *Christian Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 2 EUV, Rn. 31 ff.

⁵⁹ Vertrag über die Europäische Union vom 2. Februar 1992.

des Europäischen Gerichtshofs von Beginn an über das hinaus, was man von den Sekretariaten und Tribunalen internationaler Organisationen kannte. Zudem nahmen die Kompetenzen beider Organe zu, die parlamentarische Versammlung entwickelte sich zu einem Parlament, und der Regelungsanspruch der Gemeinschaft ging immer weiter über das der Marktliberalisierung hinaus. Schließlich schuf die Aufnahme von immer mehr Mitgliedstaaten auch ein wachsendes Maß an institutioneller Vielfalt und sozialer Heterogenität.

Mit dem Integrationsschritt des Vertrags von Maastricht 1992 wurden diese Tendenzen noch einmal beschleunigt. Durch die Begründung einer Dreisäulenstruktur aus der Europäischen Gemeinschaft, der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sowie der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, die Aufnahme weiterer materieller Kompetenzen und der Schaffung einer gemeinsamen Wirtschafts- und Währungsunion für ausgewählte Mitgliedstaaten⁶⁰ stellte sich die Frage nach der Legitimation der nunmehrigen Europäischen Union besonders dringlich.⁶¹ Das Problem wurde auf mehreren Ebenen deutlich: Viele Mitgliedstaaten, auch die Bundesrepublik, passten ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Europäische Union an.⁶² Das Europäische Parlament wurde bei der Rechtsetzung weiter aufgewertet. Mit der wachsenden Zahl von Mitgliedstaaten (nach den Beitritten Dänemarks, Großbritanniens und Irlands 1973, Griechenlands 1981, Spaniens und Portugals 1986 und dem Beitritt der neuen Bundesländer zur BRD) und der vermehrten Forderung nach einer auch politischen Integration, stieg die Dringlichkeit, gemeinsame konstitutionelle Grundlagen der Mitgliedstaaten zu bestimmen und nicht zuletzt auch mit Blick auf den kommenden Beitritt mittel- und osteuropäischer Staaten nach 1989 zu fixieren. Die Mitgliedstaaten befassten sich daher verstärkt mit dem Demokratie- und Legitimationsdefizit der neu entstehenden Europäischen Union selbst, das auch durch die Rückbindung an gemeinsame «Werte» ausgeglichen werden sollte.⁶³ Mit Art. F Abs. 1 wurde im Vertrag von Maastricht daher erstmals festgelegt, dass die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen, achte. Davon sollte auch die Legitimation der Unionsebene profitieren.

In Vorbereitung auf die Osterweiterung der Europäischen Union wurden von den Mitgliedstaaten und den Unionsinstitutionen dann erstmals ausdrücklich Kriterien für den Beitritt zur Europäischen Union entwickelt,⁶⁴ die in die sog. «Kopenhagen-

⁶⁰ Paul Graig/Gráinne de Búrca, EU Law, 6. Auflage, New York 2015, S. 11 ff.

⁶¹ Vgl. aus der deutschen Debatte nur Peter M. Huber, «Maastricht» – ein Staatsstreich?, Jenaer Schriften zum Recht, Band I, Stuttgart u.a. 1993.

⁶² Übersicht bei in Franz C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bast/von Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2009, S. 559 (572 ff.).

⁶³ Meinhard Hilf/Frank Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 2 EUV, Rn. 1 ff.

⁶⁴ Vgl. aber schon die Andeutungen der Kommission zum autoritären Spanien in EuGH, Urt. v. 22.11.1978, Rs. 93/78, *Matheus/Doego*, Slg. I 1978, 2203.

Kriterien» mündeten.⁶⁵ Auf dem Kopenhagener Gipfel im Juni 1993 hat der Europäische Rat diese als Richtschnur für Beitrittsverhandlungen bestimmt. Sie bestehen aus vier Punkten. Zunächst gibt es das politische Kriterium der «institutionelle[n] Stabilität als Garantie für demokratische und Rechtsstaatliche Ordnung, für die Wahrung der Menschenrechte sowie die Achtung und den Schutz der Minderheiten». Daneben haben die Beitrittskandidaten wirtschaftliche Kriterien zu erfüllen und die Durchführung des Unionsrechts sicherstellen zu können (sog. Acquis-Kriterium). Schließlich muss auch die Europäische Union selbst dazu in der Lage sein, neue Mitglieder aufzunehmen.⁶⁶ Angesichts des Ziels der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas, das Art. 1 Abs. 2 EUV voraussetzt, erfordert auch dies eine gewisse politische Homogenität der Mitgliedstaaten.⁶⁷ Mit dem Vertrag von Amsterdam⁶⁸ wurden 1997 diese Anforderungen teilweise in das Primärrecht, d.h. in die EU-Verträge, übernommen. Ihnen zufolge beruht die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Die Kopenhagen-Kriterien waren damit konstitutionalisiert und nicht mehr nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Europäische Union selbst diesen Grundsätzen verpflichtet. Zugleich wurde die Beachtung der Kriterien als Beitrittsvoraussetzung festgelegt. Die Beitrittskandidaten haben nunmehr gem. Art. 49 EUV die in Art. 2 EUV normierten Prinzipien zu erfüllen. Die Anwendung der Kriterien ist dem Ermessen der Unionsorgane übertragen. Insbesondere die politischen Anforderungen erweisen sich jedoch als schwer anhand rechtlicher Maßstäbe zu beurteilen und politischen Schwankungen unterliegend, etwa mit Blick auf den Grad an Pluralität, den Parteien und Medien aufweisen müssen.⁶⁹

Angesichts der Besorgnis um die fortgesetzten Erfolge kommunistischer Parteien in einigen Mitgliedstaaten und aus der Befürchtung, dass sich künftige Mitglieder, insbesondere die mittel- und osteuropäischen Staaten sowie Malta und Zypern, nicht an die gemeinsamen Werte halten würden, offenbarte sich gleichzeitig, dass es an Reaktionsmechanismen auf die Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten mangelte. In Art. F EUV-Amsterdam wurde daher auch ein zweistufiges Sanktionsverfahren eingeführt. Der Rat in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs konnte danach im Falle der schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung der festgelegten Grundsätze durch einen Mitgliedstaat einstimmig einen Verstoß feststellen

65 Zu den älteren Vorüberlegungen umfassend *Christophe Hillion*, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, in: *Christophe Hillion*, *EU enlargement*, Portland (Oregon) 2004, S. 2 ff.

66 Europäischer Rat Kopenhagen, 21.–22. Juni 1993, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 180/1/93, S. 13.

67 *Christoph Ohler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 61. EL, München 2017, Art. 49 EUV, Rn. 22.

68 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, 2. Oktober 1997.

69 *Christoph Ohler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 61. EL, München 2017, Art. 49 EUV, Rn. 18.

und in einem zweiten Schritt hierauf aufbauend mit qualifizierter Mehrheit die Aussetzung bestimmter Rechte des Mitgliedstaates beschließen.

2 Die Österreich-Krise

Seit den 1980er Jahren gewannen in verschiedenen Mitgliedstaaten rechtspopulistische und rechtsextremistische Parteien an Bedeutung, so zunächst in den Niederlanden, in Belgien, in Frankreich; später auch in Dänemark, Italien, Schweden, Norwegen, Österreich, Schweiz und in Deutschland. Insbesondere in Belgien, Italien, Frankreich und Österreich etablierten sie sich dauerhaft⁷⁰ und waren an der Regierungsbildung beteiligt, etwa in der Koalitionsregierung 1994 der Alleanza Nazionale und der Lega Nord unter *Berlusconi*.⁷¹ Erst in der «Causa Österreich» stellten die Mitgliedstaaten der Europäischen Union jedoch eine aus einem demokratischen Prozess resultierende Regierungsbildung zum ersten Mal in Frage.

Auch aus Besorgnis vor einem Zusammenschluss nationalistischer Gruppierungen in Europa⁷² waren die übrigen Mitgliedstaaten durch die Äußerungen des Vorsitzenden der Freiheitlichen Partei Österreichs (FPÖ) *Jörg Haider* besonders alarmiert, der sich anerkennend über das Deutsche Reich und die Waffen-SS geäußert hatte. Als die FPÖ bei den Nationalratswahlen im Oktober 1999 als zweitstärkste Partei rund ein Viertel der Stimmen erhielt und sich nach dem Scheitern der Koalitionsverhandlungen aller übrigen Parteien eine Koalition von FPÖ und Österreichischer Volkspartei (ÖVP) andeutete, sahen sich die übrigen Mitgliedstaaten der Union zunehmend Handlungsbedarf. Obwohl mit dem Vertrag von Amsterdam 1997 bereits ein zweistufiges Sanktionsverfahren geschaffen worden war, falls sich Mitgliedstaaten von den Grundwerten der Union entfernten,⁷³ drohte die portugiesische Ratspräsidentschaft im Januar 2000 außerhalb dieses Mechanismus im Namen der übrigen dreizehn Regierungen Sanktionen gegen Österreich im Falle der Regierungsbeteiligung der FPÖ an. Dennoch schlossen ÖVP und FPÖ im Februar 2000 einen Koalitionsvertrag. Die portugiesische Ratspräsidentschaft veröffentlichte daraufhin eine Erklärung, die das Inkrafttreten von Maßnahmen ankündigte. Auch Nicht-EU-Staaten schlossen sich an. Noch bevor ein Verstoß gegen die europäischen Grundwerte in einem Sanktionsverfahren festgestellt worden war, wurde Wien zunehmend isoliert, die bilateralen Beziehungen auf politischer Ebene eingestellt, österreichische Kandidaten auf internationaler Ebene nicht weiter unterstützt und Diplomaten nur noch auf technischer Ebene empfangen.⁷⁴

⁷⁰ *Frank Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Heidelberg 2002, S. 6 ff.

⁷¹ Die Koalition wurde 2001 erneuert, aufgrund der negativen Erfahrungen in der Causa Österreich waren die Mitgliedstaaten jedoch davon abgeschreckt, erneut Maßnahmen zu ergreifen.

⁷² *Frank Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Heidelberg 2002, S. 10 ff.

⁷³ Ausführlich zum Verfahren des Art. 7 EUV sogleich unter II.3.

⁷⁴ *Frank Schorkopf*, Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, Heidelberg 2002, S. 28 ff.

In Österreich wurden die Maßnahmen als unberechtigte Einmischung in innenpolitische Belange empfunden. *Haider* kündigte als Reaktion zwar im Februar 2000 seinen Rückzug von der FPÖ-Spitze an, blieb jedoch weiterhin als Regionalpolitiker und im Lenkungsausschuss der Koalition aktiv. Die österreichische Regierung nahm einen Aktionsplan an, der der Auflösung der Spannungslage dienen und insbesondere nationale Interessen wahren sollte. Auf der Regierungskonferenz im Juni 2000 legte sie einen Vorschlag der Neufassung des Art. 7 EUV (ex-Art. F) durch Ergänzung eines Frühwarnmechanismus vor.⁷⁵

Die übrigen Mitgliedstaaten der XIV waren zunehmend mit der Tatsache konfrontiert, dass die Isolierung Österreichs auf rechtlich unsicherer Grundlage stand⁷⁶ und sich angesichts der wachsenden Popularität *Haiders* in Österreich als politisch kontraproduktiv erwies. Gegen Ende der portugiesischen Ratspräsidentschaft strebten die Beteiligten Ende Juni 2000 eine Auflösung des Konfliktes an. Sie gaben bekannt, die Sanktionen gegen Österreich zwar unverändert fortzusetzen, ersuchten jedoch den Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Luzius Wildhaber*, drei Persönlichkeiten eines Weisenrates zu ernennen, die die Rechtslage in Österreich bewerteten und zur Konfliktlösung beizutragen sollten. *Wildhaber* erklärte, hierzu sei die Zustimmung Österreichs erforderlich und holte die Zusage von Bundeskanzler *Wolfgang Schüssel* zur Kooperation mit dem Weisenrat ein.⁷⁷ Der Weisenrat erhielt das Mandat, die Haltung Österreichs bezüglich der gemeinsamen europäischen Werte und der Rechte von Minderheiten, Flüchtlingen und Immigranten sowie die Entwicklung und politische Natur der FPÖ zu beurteilen.⁷⁸ In einem sich anschließenden Ad-hoc-Verfahren ernannte *Wildhaber* im Juli ein dreiköpfiges Expertenkomitee, bestehend aus dem deutschen Völkerrechtler *Jochen Abr. Frowein*, dem ehemaligen finnischen Staatspräsidenten *Martti Ahtisaari* und dem früheren spanischen Außenminister *Marcelino Oreja*. Ihrem Mandat entsprechend fanden eine Reihe von Gesprächen unter anderem mit dem Bundespräsidenten, dem Bundeskanzler, mehreren Ministern, allen im österreichischen Parlament vertretenen Parteien, den Gewerkschaften, mehreren NGOs und Vertretern der FPÖ statt.⁷⁹ Auf der Grundlage der geführten Gespräche und der übermittelten schriftlichen Unterlagen veröffentlichte der Weisenrat seinen Bericht. Er kam zu dem

75 Conference of the Representatives of the Governments of the member states, 6. September 2000, CONFER 4748/00.

76 Vgl. *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Österreich unter «EU-Kuratel» – Die EU als Wertegemeinschaft: vom völkerrechtlichen Interventionsverbot zum gemeinschaftsrechtlichen Interventionsverbot, *Europablätter* 2000, S. 52 ff. (Teil 1), 93 ff. (Teil 2); *dies.*, Die Wahrung der «Verfassungsgrundsätze» der EU – Rechtsfragen der «EU-Sanktionen» gegen Österreich, *EuZW* 2000, S. 485 ff.; *Frank Schorkopf*, Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union? – Zur Zulässigkeit der «bilateralen» Sanktionen gegen Österreich, *DVBl.* 2000, S. 1036 ff.

77 *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Die Wahrung der «Verfassungsgrundsätze» der EU – Rechtsfragen der «EU-Sanktionen» gegen Österreich, *EuZW* 2000, S. 485 (495 f.).

78 *Waldemar Hummer/Walter Obwexer*, Die Wahrung der «Verfassungsgrundsätze» der EU – Rechtsfragen der «EU-Sanktionen» gegen Österreich, *EuZW* 2000, S. 485 (496).

79 *Martti Ahtisaari/Jochen Abr. Frowein/Marcelino Oreja*, Österreich-Bericht für die 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, *EuGRZ* 2000, S. 404 (405).

Ergebnis, die österreichische Regierung halte zwar die europäischen Werte ein, die FPÖ sei jedoch als «rechtspopulistische Partei mit radikalen Elementen» zu qualifizieren.⁸⁰ Auf den Hinweis des Weisenrates, dass die von den XIV Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen kontraproduktiv wirkten, wenn sie fortbeständen, und dass sie daher beendet werden sollten⁸¹, veröffentlichte die französische Ratspräsidentschaft nach Übergabe des Berichtes im September 2000 eine gemeinsame Erklärung der XIV. Die Maßnahmen gegen Österreich seien nützlich gewesen und würden daher aufgehoben, das Wesen der FPÖ und die weitere Entwicklung blieben jedoch ungewiss und böten weiterhin Anlass zur Besorgnis. In Zukunft seien jedoch die Überlegungen auf europäischer Ebene fortzusetzen, ein Frühwarnsystem in vergleichbaren Situationen zu entwickeln.⁸²

Im Anschluss an die Erklärung normalisierten sich die politischen Beziehungen zwischen Österreich und den übrigen Mitgliedstaaten wieder. Dennoch hinterließ der Konflikt seine Spuren. Einerseits offenbarte er, dass die Europäische Union im Stadium nach dem Vertrag von Maastricht über keine hinreichenden Kontrollmechanismen verfügte, die Entwicklung in den Mitgliedstaaten auch nach ihrem Beitritt zu überwachen. Andererseits beeinflusste die Causa Österreich das politische Feld nachhaltig. Auch aus dem Empfinden der Bevölkerung, die Europäische Union mische sich unberechtigterweise in staatsinterne Angelegenheiten ein, etablierte sich die FPÖ dauerhaft als eine Partei, die es an politischer Stärke mit den beiden traditionellen Volksparteien SPÖ und ÖVP aufnehmen kann.

Insgesamt erwiesen sich die bilateralen Maßnahmen der XIV als kontraproduktiv. Zwar kann man das damalige Programm der FPÖ als den Werten des Art. 2 EUV widersprechend bewerten. Zugleich ist aber nicht zu bestreiten, dass die Republik Österreich trotz der Regierungsbeteiligung der FPÖ nicht in eine autoritäre Ordnung abgeglitten ist und sich ein solches auch zu keinem Zeitpunkt ankündigte. Die Maßnahmen der übrigen Unionsstaaten erfolgten hingegen einerseits auf unsicherer rechtlicher Grundlage und andererseits zu früh: Österreich wurde an bestehenden Reaktionsmechanismen vorbei isoliert, letztlich als Sanktion, dass eine den übrigen Mitgliedstaaten unliebsame neue demokratische Regierung gewählt worden war und noch bevor diese überhaupt innerstaatliche Maßnahmen getroffen hatte.

3 Das Verfahren des Art. 7 EUV

Ein formeller Sanktionsmechanismus war, wie gesehen, erstmals mit dem Vertrag von Amsterdam 1997 geschaffen worden. Das Verfahren des Art. 7 EUV war zweistufig aufgebaut und sah als erste Stufe die Feststellung der Verletzung der europäischen Grundwerte und als zweite Stufe ein Sanktionsverfahren vor. Die Causa

⁸⁰ *Martii Ahtisaari/Jochen Abr. Frowein/Marcelino Oreja*, Österreich-Bericht für die 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, S. 404 (414).

⁸¹ *Martii Ahtisaari/Jochen Abr. Frowein/Marcelino Oreja*, Österreich-Bericht für die 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, S. 404 (415).

⁸² *Französische Präsidentschaft der Europäischen Union*, Paris, EuGRZ 2000, S. 416 (416).

Österreich hatte jedoch deutlich gemacht, dass es auf Ebene der Europäischen Union Mechanismen bedurfte, Entwicklungen in den Mitgliedstaaten auch nach deren Beitritt überwachen zu können. Sowohl der Rat der Weisen als auch die Österreichische Regierung forderten daher die Einführung von Vorfeldmaßnahmen vor Anwendung (bilateraler) Sanktionen wie im Falle Österreichs. Mit dem Vertrag von Nizza (2001)⁸³ wurden diese Vorfeldmaßnahmen als eine weitere Verfahrensstufe mit einem neuen Art. 7 Abs. 1 EUV eingeführt,⁸⁴ der seither auch ein Vorgehen der Europäischen Union bereits bei der Gefahr der Verletzung grundlegender europäischer Werte vorsieht.

a) Verfahrensfunktion

Art. 7 EUV dient der Wahrung der Homogenität innerhalb der Europäischen Union und soll die Abkehr einzelner oder mehrerer Mitgliedstaaten von ihren grundlegenden Werten verhindern.⁸⁵ Das Verfahren besteht nunmehr aus drei Stufen, die die Bedrohung oder Beeinträchtigung der grundlegenden Werte des Art. 2 EUV (ex. Art. F, ex. Art. 6) voraussetzen. Zu diesen zählt neben der Achtung der Menschenwürde, der Freiheit, der Gleichheit, der Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschen- und Minderheitenrechte auch die Demokratie. Diese grundlegenden Prinzipien sind – wenn man der Diskussion in der wissenschaftlichen Literatur folgt – dann verletzt, wenn sie in systematischer Weise über längere Zeit nicht beachtet werden,⁸⁶ etwa, wenn ein Mitgliedstaat mehrfach vor internationalen Gerichten wegen seines Verhaltens verurteilt worden ist oder internationale Gremien die innerstaatliche Entwicklung mehrfach beanstandet haben. Da Art. 7 EUV darauf zielt, zu verhindern, dass sich das Rechtssystem eines Mitgliedstaates als Ganzes von den Prinzipien des Art. 2 EUV verabschiedet, werden Einzelfälle grundsätzlich nicht umfasst. Diese können nach wie vor den Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 ff. AEUV⁸⁷ oder des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV bilden, allerdings nur unter dem bereits erwähnten Vorbehalt, dass das Verhalten der Mitgliedstaaten überhaupt einen

⁸³ Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, 10. März 2001.

⁸⁴ Ulrich Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 1.

⁸⁵ Frank Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 11.; umfassende Analyse im Übrigen bei Dimitry Kochenov, Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU, EUI Working Paper LAW 2017/10.

⁸⁶ Stefanie Schmahl, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, S. 819 (822); Frank Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 31 ff.; Matthias Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 7 EUV, Rn. 5; Leonard F. M. Besselink, The Bite, the Bark and the Howl Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives, in: Jakab/Kochenov (Hrsg.), The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance, Oxford 2016, S. 128 ff.

⁸⁷ Zum Vorschlag eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens siehe unten IV. 1. a).

Unionsrechtsbezug aufweist. Bei einer Verletzung von Unionsgrundrechten erfordert dies etwa die Durchführung von Unionsrecht durch einen Mitgliedstaat (Art. 51 GRCh). Aufgrund seiner systemischen Perspektive ist Art. 7 EUV hingegen die einzige Vorschrift im Rahmen der Unionsverträge, die alle Felder des mitgliedstaatlichen Handelns erfasst, also auch jene, die unter deren alleiniger Kompetenz fallen.⁸⁸

Die Unionsverträge weisen damit über ihre Anwendungsgrenzen hinaus. Gleichzeitig ist das Verfahren des Art. 7 EUV nach Art. 19 EUV i.V.m. Art. 269 AEUV nur in seinem Verfahrensteil justiziabel. Der EuGH kann daher nur überprüfen, ob die formalen Voraussetzungen der Verfahrenseinleitung erfüllt sind, etwa die erforderlichen Mehrheiten bei der Entscheidung erreicht oder der Mitgliedstaat vor dem Erlass von Empfehlungen angehört worden ist. Der Gerichtshof kann dagegen nicht überprüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 7 EUV der Sache nach vorliegen, ob also tatsächlich eine Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat vorgelegen hat oder noch vorliegt. Diese politische, materielle Kontrolle der europäischen «Wertegemeinschaft» ist nicht justiziabel.⁸⁹

b) Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung

Im ersten Verfahrensschritt nach Art. 7 Abs. 1 EUV stellt der Ministerrat mit der Mehrheit von vier Fünfteln seiner Mitglieder⁹⁰ nach Zustimmung des Europäischen Parlaments⁹¹ fest, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht, und kann dann Empfehlungen an diesen richten. Initiativberechtigt sind ein Drittel der Mitgliedstaaten⁹², das Europäische Parlament und die Europäische Kommission. Der Vorschlag ist zu begründen und muss auf die tatsächlichen Umstände Bezug nehmen, aus denen sich die Gefahr der Werteverletzung ergibt. Der Vorschlag führt jedoch nicht zwingend zur Feststellung einer eindeutigen Gefahr durch den Ministerrat. Dieser muss sich vielmehr mit der Initiative befassen, die Entscheidung hierüber unterliegt

⁸⁸ *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 7 EUV, Rn. 4; *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, S. 819 (822); *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, Das systemische Defizit – Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 2014, S. 283 (292).

⁸⁹ *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 50; *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, S. 819 (828).

⁹⁰ Der Vertreter des betroffenen Mitgliedstaates ist jedoch nicht stimmberechtigt, und der betreffende Mitgliedstaat wird bei der Berechnung der vier Fünftel der Mitgliedstaaten nicht berücksichtigt (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 1 AEUV).

⁹¹ Die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfolgt mit qualifizierter Mehrheit. Sie erfordert die Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen bei einer Mehrheit der Mitglieder des Parlamentes (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 4 AEUV).

⁹² Der betreffende Mitgliedstaat wird bei der Ermittlung des Drittels nicht mitgezählt (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 1 AEUV).

seiner Gefahrenprognose und seinem politischen Ermessen. Hierbei dürfen jedoch keine Zweifel bestehen, dass in naher Zukunft bei unverändertem Fortgang in den betroffenen Mitgliedstaaten eine Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte eintritt.⁹³ Der betroffene Mitgliedstaat ist vor der Feststellung anzuhören (Art. 7 Abs. 1 S. 2 EUV). Der Feststellungsbeschluss des Ministerrates und dessen Empfehlungen entfalten keine operativen Folgen. Sie sind nicht bindend, sondern stellen als Warnmechanismus einen diplomatischen Weg der Europäischen Union dar, den Mitgliedstaat zur Beseitigung des Rechtsverstößes zu bewegen.⁹⁴

c) Feststellung des Vorliegens einer schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung

Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 EUV leiten die zweite, respektive dritte Stufe des Sanktionsverfahrens gegen den Mitgliedstaat ein. Ihnen muss die Feststellung der Gefahr einer Rechtsverletzung nach Abs. 1 nicht notwendigerweise vorangegangen sein. Initiativberechtigt nach Art. 7 Abs. 2 EUV sind ein Drittel der Mitgliedstaaten⁹⁵ und die Europäische Kommission. Der Europäische Rat, bestehend aus den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie dem Präsidenten des Europäischen Rates und dem Präsidenten der Kommission (Art. 15 Abs. 2 S. 1 EUV), trifft daraufhin einen einstimmigen Feststellungsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments.⁹⁶ Obwohl die Stimme des Regierungsvertreters des betroffenen Mitgliedstaates in der Abstimmung nicht mitgerechnet wird, stellt das Einstimmigkeitserfordernis bislang das größte Hindernis einer Sanktionierung der Mitgliedstaaten dar, ist jedoch – soweit ersichtlich – bislang politisch noch nie wirklich in Frage gestellt worden.⁹⁷

Der Feststellungsbeschluss nach Art. 7 Abs. 2 EUV entfaltet bereits faktische Sanktionswirkung.⁹⁸ Im Vergleich zu Abs. 1 setzt er das Vorliegen einer schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat voraus. Das Vorliegen einer schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung erfordert einerseits einen Verstoß von solchem Gewicht, dass er die in Art.

⁹³ *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 4 f.; *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 7; *Matthias Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 7 EUV, Rn. 8 ff.

⁹⁴ *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 6; *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 9.

⁹⁵ Wiederum wird die Stimme des betreffenden Mitgliedstaates nicht mitgezählt (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 1 AEUV).

⁹⁶ Die Entscheidung des Europäischen Parlamentes erfordert eine qualifizierte Mehrheit (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 4 AEUV).

⁹⁷ *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 1 ff.

⁹⁸ *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 17.

2 EUV genannten Werte⁹⁹ in Frage stellt,¹⁰⁰ andererseits muss die Verletzung bzw. ihr Vorlauf von einer gewissen Dauer sein und noch fortbestehen.¹⁰¹ Mit Blick auf demokratische Wahlen läge etwa eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung vor, wenn Parteien während des Wahlkampfes erheblich behindert oder bestimmte Personengruppen von der Wahl ausgeschlossen sind, die Freiheit der Wahl wesentlich beeinträchtigt wird oder Wahlen gänzlich unterbleiben.¹⁰² Einmalige und kurzfristige Verletzungen reichen hingegen nicht aus, könnten jedoch im Vertragsverletzungsverfahren beanstandet werden. Der betroffene Mitgliedstaat ist über die Vorwürfe zu unterrichten und wird zu einer Stellungnahme aufgefordert, die mit einer Frist verbunden werden kann.¹⁰³

d) Sanktionsverfahren

Erst im Anschluss an den Feststellungsbeschluss nach Art. 7 Abs. 2 EUV kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit¹⁰⁴ einen gesonderten Sanktionsbeschluss erlassen und bestimmte Rechte des betroffenen Mitgliedstaates aussetzen (Art. 7 Abs. 3 EUV). Der Sanktionsbeschluss liegt wiederum im Ermessen des Rates¹⁰⁵ und entfaltet unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat.¹⁰⁶ Hinsichtlich der möglichen Sanktionen verweist Art. 7 Abs. 3 EUV auf die Aussetzung von Rechten, die sich aus der Anwendung der Verträge herleiten, einschließlich des Entzugs der Stimmrechte des Vertreters der Regierung im Rat, während die sich aus den Verträgen ergebenden Verpflichtungen bestehen bleiben (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 2 EUV). Neben Anwesenheits- und Rederechten in Gremien¹⁰⁷ kommt die Verweigerung der Besetzung wichtiger öffentlicher Positionen mit einem Vertreter des betroffenen Mitgliedstaates in Betracht.¹⁰⁸ Ein Ausschlussrecht aus der Union ist hingegen

99 Art. 7 Abs. 2 EUV setzt nur die Verletzung eines der in Art. 2 EUV genannten Werte voraus, zwischen denen nicht unterschieden wird und die in der Praxis regelmäßig kumulativ verletzt sein dürften, hierzu *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 8; *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 11.

100 *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 8.

101 *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 8.

102 *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinet, EuR 2000, S. 819 (823).

103 *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 5.

104 Die Stimme des betroffenen Mitgliedstaates wird nicht mitgezählt (Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 3 und 4 AEUV).

105 *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 17.

106 *Bernd Biervert*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 34.

107 *Matthias Pechstein*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012, Art. 7 EUV, Rn. 19.

108 *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinet, EuR 2000, S. 819 (824).

nicht erfasst.¹⁰⁹ Die Sanktionen müssen den unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Sie sind daher auf «bestimmte» Rechte zu beschränken und können nicht alle mitgliedstaatlichen Befugnisse erfassen.¹¹⁰ Zu beachten sind überdies die Bedeutung der ausgesetzten mitgliedstaatlichen Rechte, die Bemühungen des Mitgliedstaates, aber auch die möglichen Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten natürlicher und juristischer Personen (Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV). Der Grundsatz verlangt auch, getroffene Maßnahmen abzuändern oder aufzuheben, wenn sich die Lage in den Mitgliedstaaten verändert hat (Art. 7 Abs. 4 EUV). Vertieft sich die Rechtsverletzung, kommt hingegen eine Verschärfung der Sanktionen in Betracht.¹¹¹

4 Ungarn

Der Normierung gemeinsamer Werte in Art. 2 EUV und der Einführung des Absicherungsmechanismus des Art. 7 EUV lag die Vorstellung zugrunde, dass ein Monitoringverfahren vor dem Beitritt zur Europäischen Union ausreiche, um antidemokratische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten abzuwenden und diese eher symbolisch zu verhindern. Der Optimismus erwies sich allerdings aus mehreren Gründen als unbegründet. Dies liegt einerseits an der Unschärfe des Art. 2 EUV und des damit verbundenen Mechanismus des Art. 7 EUV selbst. Die Vorschrift des Art. 2 EUV setzt keine klaren Kriterien, welche Entwicklungen in den Mitgliedstaaten noch zulässig sind und welche nicht. Dies liegt andererseits an der Perspektive der in Frage stehenden Mitgliedstaaten. Es ist durchaus gängig, dass sich diese selbst als Freunde der Europäischen Union darstellen und behaupten, sich ihren Werten verschrieben zu haben. Es sei vielmehr die Union, die sich in innerstaatliche Bereiche einmische, die der nationalen Beurteilung vorbehalten und die daher als Eingriff in die Souveränität zu betrachten seien. Gerade dieses Zusammenspiel aus Unbestimmtheit des Art. 2 EUV und Selbstdarstellung der Mitgliedstaaten, in der ein Einschreiten der Europäischen Union nicht erforderlich scheint, schafft das spezifische Anwendungsproblem des Art. 7 EUV. Es zeigt sich am ungarischen Fall. Zwar hat es bereits vor der Ungarn-Krise Verletzungen der Werte des Art. 2 EUV gegeben, auf die die Europäische Union nicht reagierte. Hier spielten wohl auch die negativen Erfahrungen mit der Causa Österreich eine Rolle. Von vorangegangenen Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten unterscheiden sich die Entwicklungen in Ungarn aber in ihrer Dimension und Dauerhaftigkeit erheblich.

109 *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 47; *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 5. Auflage, München 2016, Art. 7 EUV, Rn. 24 ff.; *Hannes Hofmeister*, Polen als erster Anwendungsfall des neuen «EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips», DVBl. 2016, S. 869 (872) m.w.N.; *Stefanie Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, S. 819 (829 f.), unter Hinweis auf die allgemeinen völkerrechtlichen Ausschlussregeln.

110 *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 10.

111 *Ulrich Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 7 EUV, Rn. 13 f.

Bei den Parlamentswahlen im April 2010 erlangte das Wahlbündnis aus konservativer Fidesz-Partei unter ihrem Parteivorsitzenden *Viktor Orbán* und der Christlich-Demokratischen Volkspartei (KDNP) mit einem Stimmenanteil von 52,8% die verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit im Parlament. Schnell nach Regierungsantritt begann sie mit umfassenden Reformen innerhalb eines äußerst kurzen Zeitraumes.

a) Änderungen des Medien- und Pressegesetzes

Bereits kurz nach dem Regierungswechsel wurde ein neues Medienpaket erlassen, das Änderungen des Medien- und des Pressegesetzes enthielt. Diese schwächten die Unabhängigkeit der Medien erheblich und stießen auf umfassende internationale Kritik.¹¹² Sie beinhalteten etwa das Verbot bestimmter Äußerungen sowie die Auferlegung vorangehender Registrierungspflichten und betrafen auch Medienunternehmen, die außerhalb Ungarns in anderen EU-Mitgliedstaaten aktiv sind.¹¹³ Zugleich wurde die Aufsicht sämtlicher Medien einem von der Regierungspartei besetzten Medienkontrollgremium übertragen. Dieses kann auch Geldstrafen wegen «politisch unausgewogener Berichterstattung» auferlegen und die Offenlegung von Informanten erzwingen, sofern dies die nationale Sicherheit und Ordnung verlangt.¹¹⁴ Zahlreiche Journalisten des staatlichen Rundfunks wurden entlassen. Auch die Arbeit privater, regierungskritischer Medien wurde zunehmend behindert, etwa bei der Vergabe von Radio-Lizenzen.¹¹⁵ Erst auf die Androhung der Europäischen Kommission, gegebenenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, änderte die ungarische Regierung Anfang 2011 die Regelungen des Mediengesetzes marginal, allerdings ausschließlich mit Blick auf die EU-Ausländer betreffenden Aspekte.¹¹⁶

112 Venice Commission, Opinion no. 798/2015 on Media Legislation (ACT CLXXXV on Media Services and on the Mass Media, Act CIV on the Freedom of the Press, and the Legislation on Taxation of Advertisement Revenues of Mass Media) of Hungary, 22. Juni 2015, Rn. 1 ff.

113 Venice Commission, Opinion no. 798/2015 on Media Legislation (ACT CLXXXV on Media Services and on the Mass Media, Act CIV on the Freedom of the Press, and the Legislation on Taxation of Advertisement Revenues of Mass Media) of Hungary, 22. Juni 2015, Rn. 19; *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294).

114 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294).

115 *Michael Blauberger*, Europäischer Schutz gegen nationale Demokratiedefizite?, *Leviathan* 44 (2016), S. 280 (285).

116 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294 f.).

Das ungarische Verfassungsgericht erklärte das neue Mediengesetz im Dezember 2011 für verfassungswidrig.¹¹⁷

b) Umfassende Verfassungsänderungen

Allein mit der Mehrheit des Wahlbündnisses aus Fidesz und KDNP wurde im April 2011 zudem eine neue Verfassung verabschiedet, die am 1. Januar 2012 in Kraft trat. Vier weitere Verfassungsänderungen schlossen sich im Juni, Oktober und Dezember 2012 sowie im März 2013 an. Sie sind angesichts der Eile, Intransparenz und der fehlenden Beteiligungsrechte der Opposition sowohl von der «Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht», der sog. Venedig-Kommission,¹¹⁸ als auch vom Europäischen Parlament beanstandet worden.¹¹⁹ Obwohl die Änderungen unbestritenermaßen die *formalen* Voraussetzungen erfüllten, da das Wahlbündnis über eine verfassungsändernde Mehrheit verfügte, führten sie letztlich zu einem Zustand des Verfassungsrechts, der in Widerspruch zu dessen systematischer Anlage steht.¹²⁰

Die Verfassungsänderung beinhaltete umfassende Reformen, im Einzelnen etwa die Absenkung des Renteneintrittsalters von 70 auf 62 Jahre für Richter, Staatsanwälte und Notare, die vielen Kritikern zufolge der Absetzung von unliebsamen Richterinnen und Richtern diene. Der EuGH wertete diese Absenkung im November 2012 in einem von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren als ungerechtfertigte Altersdiskriminierung.¹²¹ Die praktischen Auswirkungen des Urteils blieben jedoch marginal, da der Großteil der entlassenen Richter nicht in ihre Ämter zurückkehrte. Ähnlich verhielt es sich mit der Kontrollstelle für den Schutz personenbezogener Daten. Mit dem Inkrafttreten der neuen ungarischen Verfassung wurde ihre Funktion auf eine neu gegründete ungarische Datenschutzbehörde übertragen und die Amtszeit des Datenschutzbeauftragten vorzeitig beendet. In dem von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren stellte der EuGH im April 2014 fest, dass die vorzeitige Beendigung des Mandats der Kontrollstelle für den Schutz personenbezogener Daten gegen die EU-Datenschutzrichtlinie verstieß.¹²²

Zusätzlich verabschiedete die Regierung seit ihrem Amtsantritt hunderte neue Gesetze in Gestalt von «Kardinalgesetzen», die nur noch mit einer Zwei-Drittel-

117 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294).

118 Zur Rolle der Venedig-Kommission siehe III. 7. b). Venice Commission, Opinion no. 614/2011 on three legal questions arising in the process of drafting the new constitution of Hungary, 28. März 2011; Opinion no. 621/2011 on the new constitution of Hungary, 20. Juni 2011; Opinion no. 720/2013 on the fourth amendment to the fundamental law of Hungary, 17. Juni 2013.

119 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. *Tavares-Bericht*), Rn. AB ff.

120 Schäfer: *Kim Lane Scheppele*, The Unconstitutional Constitution, *The New York Times*, 2. Januar 2012.

121 EuGH, Urt. v. 6. 11.2012, Rs. C-286/12, *Kommission/Ungarn*.

122 EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-288/12, *Kommission/Ungarn*.

Mehrheit des Parlamentes, faktisch also durch das Wahlbündnis aus Fidesz und KDNP, geändert werden können.¹²³ Insbesondere die Justizreform, Kirchengesetze, das neue Wahlgesetz sowie Mediengesetze wurden in dieser Form beschlossen.¹²⁴ Zwar waren solche Kardinalgesetze auch unter den Vorgängerregierungen üblich. Der Unterschied zu diesen liegt jedoch in der Reichweite, die ganze Lebensbereiche umfasst. Nunmehr wurden nicht nur einzelne Vorschriften derartig ausgeformt, sondern ganze Regelungsbereiche *en bloc*.¹²⁵ Infolge der hohen Änderungshürden führen sie zu einer Versteinerung der wirtschaftlichen, sozialen, fiskalischen, familien- und bildungsrelevanten Politiken der Fidesz/KDNP.¹²⁶

c) Reform des Verfassungsgerichts

Zu diesen Reformen trat die institutionelle Schwächung des Verfassungsgerichts. Die Verfassungsrichter werden durch das ungarische Parlament gewählt. Mit der Mehrheit im Parlament veranlasste das Wahlbündnis der Fidesz/KDNP auch eine Umbesetzung des Gerichts. Mit dem Ablauf der Amtszeit der Richter, die noch in den alten Legislaturperioden gewählt worden sind, ist das Verfassungsgericht damit nur noch mit regierungstreuen Richtern besetzt. Im Zuge der innerstaatlichen Reformen wurde daneben die Zahl der Richter von zuvor 11 auf 15 erhöht und ihre Amtszeit von ursprünglich drei Jahren auf 12 Jahre verlängert.¹²⁷

Mit der IV. Verfassungsänderung erfolgten zudem verfassungsprozessuale Änderungen. Die Ex-post-Überprüfung von Gesetzen im Wege einer Popularklage wurde abgeschafft, und stattdessen wurden zwei neue Arten von Verfassungsbeschwerden eingeführt. Die Prüfungskompetenzen des Gerichtes wurden eingeschränkt und die Ex-post-Überprüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit haushaltsrelevanter Gesetze auf abschließend aufgezählte Rechte beschränkt. Dem ungarischen Verfassungsgericht ist auch die Befugnis abgesprochen worden, Änderungen des ungarischen Grundgesetzes inhaltlich zu überprüfen. Entscheidungen

123 Die Venedig-Kommission hat hierzu zahlreiche Stellungnahmen abgegeben, etwa Venice Commission, Opinion no. 663/2012 on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, 19. März 2012; Opinion no. 665/2012 on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court; 19. Juni 2012; Opinion no. 683/2012 on the Cardinal Acts on the Judiciary that were amended following the adoption of Opinion CDL-AD(2012)001 on Hungary, 15. Oktober 2012; siehe auch Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht), Rn. AG ff.

124 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht), Rn. AG ff.; Venice Commission, Opinion no. 621/2011 on the new constitution of Hungary, 20. Juni 2011, Rn. 22.

125 Venice Commission, Opinion no. 720/2013 on the fourth amendment to the fundamental law of Hungary, 17. Juni 2013, Rn. 132.

126 Venice Commission, Opinion no. 720/2013 on the fourth amendment to the fundamental law of Hungary, 17. Juni 2013, Rn. 119 ff.

127 Joakim Nergelius, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294 f.).

des Verfassungsgerichts, die vor Inkrafttreten des neuen Grundgesetzes ergangen sind, sollen aufgehoben werden.¹²⁸

Aus den Parlamentswahlen 2014 ging das Wahlbündnis aus Fidesz und KDNP ebenfalls als stärkste Kraft mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit hervor,¹²⁹ gefördert durch ein neues Wahlsystem, das die Regierungsparteien bevorzugte.¹³⁰ Wahlbeobachter der OSZE kritisierten daneben die parteiische Besetzung der Wahlkommission, das Verbot der Wahlwerbung von Privatpersonen und die Benachteiligung im Ausland lebender Wahlberechtigter.¹³¹ Zu diesem Zeitpunkt war die Macht der ungarischen Regierung bereits konsolidiert. Die insgesamt zurückhaltenden und punktuellen Interventionen der Europäischen Union, die sich auf einzelne Beanstandungen mit Blick auf die neuen Mediengesetze oder die neue ungarische Verfassung beschränkten, hatten daran nichts ändern können.¹³²

d) «Lex CEU»

Mit der neuen Legislaturperiode nahmen auch die inhaltlichen Gesetzesänderungen mit Blick auf die Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit zu. Das zeigt zunächst das Beispiel des ungarischen Hochschulgesetzes. Im April 2017 verschärfte das ungarische Parlament im beschleunigten Verfahren das bestehende Hochschulgesetz und führte strengere Anforderungen für die Genehmigung und den Betrieb ausländischer Universitäten in Ungarn mit der Begründung ein, die Qualität des ungarischen Bildungssystems sichern zu wollen.¹³³ Tatsächlich richtet sich das Gesetz (allem Anschein nach) gegen die Central European University (CEU)¹³⁴, die 1991 von dem in den USA lebenden Finanzier George Soros gegründet worden ist und der

128 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht), Rn. AM ff.

129 Infolge der Benennung des Abgeordneten Navracsics als EU-Kommissar für Bildung, Kultur, Jugend und Sport waren Nachwahlen erforderlich, die der parteilose Kandidat Kész für sich entschied. 2015 verlor die Fidesz daher im Rahmen der erforderlichen Nachwahlen des ungarischen Parlamentes die Zweidrittelmehrheit.

130 Das mit der IV. Verfassungsänderung eingeführte Verfahren der Wählerregistrierung, das die bisherige Registrierung aller Staatsbürger mit Wohnsitz in Ungarn durch ein freiwilliges Registrierungssystem als Bedingung für die Ausübung des individuellen Wahlrechts ersetzte, wurde vom ungarischen Verfassungsgericht am 6. Dezember 2012 für verfassungswidrig erklärt und trat nicht in Kraft, siehe Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht), Rn. BD ff.

131 *Michael Blauberger*, Europäischer Schutz gegen nationale Demokratiedefizite?, *Leviathan* 44 (2016), S. 280 (284).

132 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294 f.).

133 Venice Commission, Preliminary Opinion no. 891/2017 on Act XXV of 4 April 2017 on the amendment of Act CCIV of 2011 on Tertiary Education, 11. August 2017, Rn. 11 ff.

134 Ausführlich hierzu das Feature der Heinrich-Böll-Stiftung: Lex CEU – Orbán's attack on academic freedom in Europe, verfügbar unter: www.boell.de/en/feature-lex-ceu-orbans-attack-academic-freedom, zuletzt abgerufen am 4.9.2017.

die Regierung Gesetzesverletzungen vorwirft. Das neue Hochschulgesetz enthält Bedingungen, die die CEU nur mit erheblichem Aufwand erfüllen kann, etwa den Betrieb einer eigenen Universität im Mutterland, also den USA, während die CEU soweit nur einen Sitz in Ungarn hat.¹³⁵ Andernfalls würde die CEU ab Januar 2018 daran gehindert, neue Jahrgänge zu eröffnen (jedenfalls mit der Möglichkeit, das Studium mit einem amerikanischen Diplom abzuschließen). Die Reaktionen der Europäischen Union fielen in diesem Fall deutlicher aus. Im April 2017 leitete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, sowie gegen die Wissenschaftsfreiheit, das Recht auf Bildung und die Unternehmensfreiheit ein.¹³⁶ Das Europäische Parlament erließ im Mai 2017 eine Entschließung zur Lage in Ungarn, in der es die Entwicklungen kritisierte.¹³⁷

e) Vorgehen gegen Nichtregierungsorganisationen

Nur drei Tage nach Erlass des neuen Hochschulgesetzes, am 7. April 2017, legte die Fidesz einen weiteren Gesetzesentwurf vor. Danach haben sich alle Nichtregierungsorganisationen und Stiftungen, die von ausländischen Förderern mehr als rund 24.000 Euro erhalten, als «aus dem Ausland finanzierte Organisationen» im Vereinsregister registrieren zu lassen. Ein Hinweis hat auf allen Webseiten, Presseerzeugnissen und anderen Veröffentlichungen der Organisation zu erscheinen. Andernfalls droht eine Sanktion, im Extremfall die Auflösung der Organisation und ihre Löschung aus dem Vereinsregister.¹³⁸ Die Regierung beruft sich hierbei auf das Erfordernis, politische und wirtschaftliche Staatsinteressen zu verteidigen, Geldwäschepraktiken entgegenzuwirken und Terrorismusfinanzierung zu verhindern.¹³⁹ Am 13. Juni 2017 hat das ungarische Parlament das Gesetz mit geringfügigen Änderungen verabschiedet. Als Reaktion hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verletzung der Vereinigungsfreiheit, des Rechts auf Achtung und Schutz der Privatsphäre und persönlicher Daten sowie der Kapitalverkehrsfreiheit eingeleitet.¹⁴⁰

135 Venice Commission, Preliminary Opinion no. 891/2017 on Act XXV of 4 April 2017 on the amendment of Act CCIV of 2011 on Tertiary Education, 11. August 2017, Rn. 11.

136 European Commission – Press release, Hungary: Commission takes second step in infringement procedure on Higher Education Law, 13. Juli 2017

137 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656(RSP)).

138 Venice Commission, Opinion no. 889/2017 on the Draft Law on the Transparency of Organisations receiving support from abroad, 20. Juni 2017, Rn. 6 ff., 57 ff.

139 Venice Commission, Opinion no. 889/2017 on the Draft Law on the Transparency of Organisations receiving support from abroad, 20. Juni 2017, Rn. 29.

140 European Commission – Press release, Hungary: Commission launches infringement procedure for law on foreign-funded NGOs, 13. Juli 2017.

f) Bewertung und Einordnung der Maßnahmen der Europäischen Union

Die Interventionen der Europäischen Union hatten auf die Entwicklung in Ungarn keinen nennenswerten Effekt. Im Anschluss an das Debakel um die Causa Österreich hatte sich die Union mit Sanktionen zurückgehalten und auf eine Selbstregulierung in den Mitgliedstaaten gesetzt. Auch waren die Interventionen ursprünglich deshalb begrenzt, weil sich die Maßnahmen der ungarischen Regierung nicht gegen Europa an sich richteten, sondern die Maßnahmen nach innen nur begleitweise zu Beeinträchtigungen europäischer Werte führten. Sie zielten vielmehr darauf, die Rechte der Regierung zu stärken und die Mehrheitsverhältnisse zu verfestigen, mit der Folge, dass es anderen politischen Gruppen erschwert wurde, politische Mehrheiten zu erobern.¹⁴¹

Die umfassendste Analyse der Entwicklungen in Ungarn erfolgte durch eine außerhalb der Europäischen Union angesiedelte Institution, die Venedig-Kommission des Europarates. Sie hat zahlreiche Stellungnahmen zu Ungarn erlassen und Änderungen angemahnt. Diese dienten auch als Bewertungsgrundlage des Europäischen Parlaments,¹⁴² sie entfalten selbst jedoch nur Hinweisfunktion.

Als aktivstes Organ der Europäischen Union hat sich in der Ungarnfrage bislang das Europäische Parlament erwiesen, das sich deutlich zu den Entwicklungen positioniert hat, etwa durch Resolutionen zum Mediengesetz,¹⁴³ zur Verfassungsänderung¹⁴⁴ und durch den umfassenden *Tavares*-Bericht zur Lage der Grundrechte in Ungarn,¹⁴⁵ der mit überragender Mehrheit im EP angenommen worden ist.¹⁴⁶ Die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens scheiterte bislang jedoch daran, dass sich die EVP, die die größte Fraktion im EP stellt und zu der auch die *Fidesz* gehört, gegen Maßnahmen gegen Ungarn gestäubt hatte. Im Mai 2017 hat das Parlament jedoch erstmals die Einleitung des Verfahrens nach Art. 7 EUV vorgeschlagen,¹⁴⁷ nachdem rund 60 Abgeordnete der EVP den Schutz der Mitgliedspartei *Fidesz* nicht mehr mittragen wollten und für Sanktionen gestimmt hatten.

141 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (301).

142 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. *Tavares*-Bericht).

143 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2011 zum Mediengesetz in Ungarn.

144 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2011 zu der geänderten ungarischen Verfassung; siehe auch Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012 zu den aktuellen politischen Entwicklungen in Ungarn (2012/2511(RSP)).

145 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. *Tavares*-Bericht).

146 *Kim Lane Scheppele*, Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary), 23 *Transnat. Law and Contemp. Prob.* 51 (2014), S. 51 (109 ff.).

147 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656(RSP))

Die Europäische Kommission hat die ungarische Regierung zwar mehrfach gewarnt.¹⁴⁸ Im Übrigen hat sie aber zurückhaltend mit Vertragsverletzungsverfahren reagiert, etwa im Falle der Absenkung des Rentenalters von Richtern, Staatsanwälten und Notaren¹⁴⁹ sowie der vorzeitigen Beendigung des Mandats der Kontrollstelle für den Schutz personenbezogener Daten¹⁵⁰. Dennoch erschöpften sich die Reaktionen Ungarns in marginalen Anpassungen der nationalen Rechtslage. Dies liegt auch an der Konzeption des Vertragsverletzungsverfahrens selbst, das nur eingreift, wenn und soweit unionsrechtliche Vorschriften verletzt sind. Das Verfahren ist wenig wirksam, weil es – aus guten Gründen – nur punktuelle Verstöße erfassen kann. Dennoch hat die Verschärfung der Entwicklungen in Ungarn und auch die offenbare Vorbildwirkung gegenüber Polen deutlich gemacht, dass die Europäische Union den Stand seiner Interventionsmöglichkeiten überdenken muss. Die Kommission scheint daher zunehmend Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, etwa mit Blick auf die ungarischen Asylrechtsvorschriften, die im Zuge der Migrationskrise verabschiedet wurden,¹⁵¹ bezüglich des Hochschulgesetzes¹⁵² und der Neuregelung zu Nichtregierungsorganisationen¹⁵³. Diese Schritte werden das Problem als Ganzes nicht lösen können. Sie bleiben auf Einzelfälle beschränkt.

5 Das sogenannte Kommissionsverfahren: Der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips

Die zweite Stufe des Verfahrens nach Art. 7 EUV, die Feststellung, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte vorliegt, die wiederum Voraussetzung eines möglichen Sanktionsbeschlusses nach Art. 7 Abs. 3 EUV ist, wird in aller Regel am Einstimmigkeitserfordernis im Rat scheitern. Mit Blick auf die Einleitung eines Verfahrens gegen Polen hat Ungarns Ministerpräsident *Orbán* bereits angekündigt, den Mechanismus zu blockieren. Angesichts dieser mangelnden Handhabe mehren sich seit geraumer Zeit die Forderungen nach der Einführung effektiverer Mechanismen auf Ebene der Europäischen Union.¹⁵⁴ Auf Initiative des damaligen Kommissionspräsidenten *Barroso* wurde daher im März 2014 der

148 Ausführlich *Kim Lane Scheppelle*, Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary), 23 *Transnat. Law and Contemp. Prob.* 51 (2014), S. 51 (107 ff.).

149 EuGH, Urt. v. 6.11.2012, Rs. C-286/12, *Kommission/Ungarn*.

150 EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-288/12, *Kommission/Ungarn*, Rn. 6 ff.

151 European Commission – Press release, Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland, 14. Juni 2017.

152 European Commission – Press release, Hungary: Commission takes second step in infringement procedure on Higher Education Law, 13. Juli 2017.

153 European Commission – Press release, Hungary: Commission launches infringement procedure for law on foreign-funded NGOs, 13. Juli 2017.

154 Siehe insbesondere im Rahmen der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130 (INI) (sog. Tavares-Bericht).

EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips eingeführt.¹⁵⁵ Zweck des Rahmens sei es, die Kommission in die Lage zu versetzen, mit dem betroffenen Mitgliedstaat in einen kontinuierlichen Dialog zu treten. Der Schutz des Rechtsstaatsprinzips sei als Rückgrat jeder modernen demokratischen Grundordnung erforderlich und untrennbar mit der Achtung der Demokratie und der Grundrechte verbunden.¹⁵⁶ Letztlich könnten demokratische Rechte und die Einhaltung von Regeln, die die politischen Abläufe und das Wahlrecht bestimmen, nur funktionieren, wenn sie rechtsstaatlich abgesichert seien.¹⁵⁷

Der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips dient dazu, Lücken des Art. 7 EUV-Verfahrens zu schließen.¹⁵⁸ Seine Anforderungen sind geringer. Ausreichend ist eine *Gefährdung* der Rechtsstaatlichkeit, also eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass eine systematische Beeinträchtigung der Güter des Art. 2 EUV durch einen Mitgliedstaat ansteht. Auch hier geht es um Fragen der politischen, institutionellen und/oder rechtlichen Ordnung als solche: Es geht um die verfassungsmäßige Struktur, die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz oder das System der richterlichen Kontrolle einschließlich der Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁵⁹ Die Kommission tritt im Rahmen des Verfahrens in einen Dialog mit den Mitgliedstaaten, ohne dafür die Zustimmung vom Europäischen Rat oder Europäischen Parlament zu benötigen und ohne der Gefahr ausgesetzt zu sein, durch nationale Partikularinteressen im Rat oder Europäischen Rat blockiert zu werden.¹⁶⁰ Es handelt sich allerdings rechtlich gesehen um ein Kommissions-Internum, das mangels entsprechender Rechtsetzungsgewalt der Kommission weder die anderen Unionsorgane noch die Mitgliedstaaten bindet¹⁶¹ und über keine Sanktionsfunktionen verfügt. Als Verfahren, das auf Dialog setzt, kann es durchaus ein wirksames und empfindliches Druckmittel darstellen, bleibt jedoch vom Handlungswillen der Mitgliedstaaten abhängig. Fehlt es an einem solchen, erweist es sich ebenfalls als ineffektiv.¹⁶²

Auch der EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips ist dreistufig aufgebaut. In der ersten Phase des Verfahrens, der Sachstandsanalyse, holt die Kommission alle relevanten Informationen ein und prüft, ob eine systembedingte Gefährdung

155 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, 11. März 2014.

156 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, 11. März 2014, S. 2.

157 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, 11. März 2014, S. 4 f.

158 *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 7 EUV, Rn. 32 ff.

159 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, 11. März 2014, S. 7 f.

160 *Kritisch Dimitry Kochenov/Laurent Pech*, Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, JCMS 54 (2016), S. 1062 ff.

161 *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Rn. 32 f.

162 Siehe auch *Juliane Stephan/Richard Yamato*, Eine Politik der Nichteinmischung – Die Folgen des zahnlosen Art. 7 EUV für das Wertefundament der EU am Beispiel Ungarn, DÖV 2014, S. 58 ff.

der Rechtsstaatlichkeit gegeben ist. Dabei greift sie auf die Untersuchungen anderer Gremien, etwa der Venedig-Kommission oder der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, zurück. Stellt die Kommission eine Gefährdung fest, tritt sie in einen vertraulichen Dialog mit dem betreffenden Mitgliedstaat. Sie richtet eine interne, also nichtöffentliche, «Stellungnahme zur Rechtsstaatlichkeit» an diesen, in der sie ihre Bedenken begründet und ihm Gelegenheit gibt, sich zu äußern.

Reagiert der Mitgliedstaat auf die Stellungnahme der Kommission nicht oder nicht ausreichend, richtet sie in der sich anschließenden zweiten Phase, der Empfehlungphase, eine öffentliche «Empfehlung zur Rechtsstaatlichkeit» an den Mitgliedstaat. Diese kann auch konkrete Lösungsvorschläge umfassen und setzt eine Frist zur Behebung der Beeinträchtigung europäischer Grundwerte. Die betreffenden Mitgliedstaaten haben die Kommission über vorgenommene Schritte zu informieren.

In einer dritten Phase, der Follow-Up-Phase, untersucht die Kommission die von dem Mitgliedstaat ergriffenen Maßnahmen daraufhin, ob bestimmte Probleme fort-dauern oder inzwischen gelöst wurden. Korrigiert der Mitgliedstaat innerhalb der ihm gesetzten Frist die innerstaatliche Rechtslage nicht oder nicht zufriedenstellend bzw. bestehen strukturelle Mängel fort, verbleibt der Kommission die Möglichkeit, das Verfahren des Art. 7 EUV einzuleiten. Ein diesbezüglicher Automatismus besteht allerdings nicht.¹⁶³

6 Polen

Die Kommission hat den EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips im Falle Polens zum ersten Mal aktiviert. Die nationalkonservative Partei «Recht und Gerechtigkeit» (Prawo i Sprawiedliwość – PiS) stellt seit August 2015 mit *Andrzej Duda* den Präsidenten der Republik Polen und erlangte bei den Parlamentswahlen im Oktober 2015 mit 37,6 Prozent der Wählerstimmen die Mehrheit im Sejm. Seither ist die Politik der polnischen Regierung – eingebettet in bereits zuvor vorhandene gesellschaftliche Spannungen zwischen traditionellen und liberalen Gruppierungen – im Schwerpunkt auf eine sozial konservative Politik der inneren und äußeren Souveränität ausgelegt sowie auf die Kontrolle der Medien und der Justiz. Die Entwicklungen wurden von heftigen Protesten und zahlreichen Demonstrationen der Bevölkerung begleitet, während die polnische Regierung darauf verwies, dass die Veränderungen von ihrem politischen Mandat getragen und durch die vorangegangenen Wahlen legitimiert seien.

a) Konflikt um das polnische Verfassungsgericht

Bereits Ende November 2015 verabschiedeten Sejm und Senat eine Gesetzesnovelle zum polnischen Verfassungsgericht. Das Gesetz sah unter anderem die Neuwahl von insgesamt fünf der fünfzehn Verfassungsrichter vor; allerdings waren in der

¹⁶³ Kritisch hierzu *Dimitry Kochenov/Laurent Pech*, Better late than never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, JCMS 54 (2016), S. 1062 ff.

vorangegangenen Legislaturperiode bereits fünf Richter für die im Jahr 2015 ausscheidenden Richter gewählt worden. Die Amtszeit dreier Verfassungsrichter endete Anfang November, also noch in der alten Legislaturperiode, die zweier weiterer Anfang Dezember in der neuen Legislaturperiode. Alle fünf Richter wurden von *Duda* nicht vereidigt. Am 2. Dezember 2015 wählte der Sejm mit der Mehrheit der PiS fünf neue Verfassungsrichter, die allesamt von *Duda* vereidigt wurden.¹⁶⁴

Mit Urteilen vom 3. und 9. Dezember 2015 erklärte das polnische Verfassungsgericht in seiner alten Besetzung die Gesetzesnovelle betreffend die Zusammensetzung des Gerichtes und die Verkürzung des Mandates des Präsidenten und des Vizepräsidenten für verfassungswidrig. Die Wahl der drei Richter in der vergangenen Legislaturperiode sei verfassungskonform und nur die Wahl jener zwei Richter, deren Amtszeit erst im Dezember endete, verfassungswidrig.¹⁶⁵ Zwei der vom neuen Sejm rechtmäßig gewählten und von *Duda* vereidigten Richter nahmen daraufhin ihre Tätigkeit auf. *Duda* verweigerte jedoch die Vereidigung der in der vergangenen Legislaturperiode rechtmäßig gewählten drei Richter. Diese konnten daraufhin ihre Tätigkeit nicht aufnehmen, sodass das Verfassungsgericht unterbesetzt blieb.

Bereits am 22. Dezember 2015 verabschiedete der Sejm eine weitere Gesetzesnovelle zum polnischen Verfassungsgericht. Diese sah vor, dass die Amtszeit der Verfassungsrichter mit ihrer Vereidigung beginnt, dass Entscheidungen mit Zweidrittelmehrheit – statt der zuvor erforderlichen einfachen Mehrheit – zu treffen sind, dass Entscheidungen die Anwesenheit von dreizehn der fünfzehn Richter verlangen, dass Verfahren chronologisch nach Eingang und nicht nach Wichtigkeit zu bearbeiten und dass Disziplinarverfahren des polnischen Präsidenten und des Justizministers gegen einzelne Richter möglich sind.¹⁶⁶ Am 9. März 2016 erklärte das polnische Verfassungsgericht diese Gesetzesnovelle für nichtig. Das Urteil wurde bislang mit dem Hinweis, es sei nicht entsprechend den Maßstäben des Verfassungsgerichtsgesetzes zustande gekommen, weder im Amtsblatt veröffentlicht noch vollzogen.¹⁶⁷ Kurz nach diesem Urteil erging eine Stellungnahme der Venedig-Kommission zu den Entwicklungen. Sie kam zu dem Ergebnis, dass den Urteilen des Verfassungsgerichts nicht ausreichend Rechnung getragen wurde, die neue Gesetzeslage dessen Funktion aushebele und die Urteile vom 9. März 2016 zu veröffentlichen seien,

164 Venice Commission, Opinion no. 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, 11. März 2016, Rn. 16 ff.

165 Venice Commission, Opinion no. 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, 11. März 2016, Rn. 26 ff.; ausführlich *Hannes Hofmeister*, Polen als erster Anwendungsfall des neuen «EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips», DVBl. 2016, S. 869 (870).

166 Venice Commission, Opinion no. 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, 11. März 2016, Rn. 30; *Hannes Hofmeister*, Polen als erster Anwendungsfall des neuen «EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips», DVBl. 2016, S. 869 (870 f.).

167 Venice Commission, Opinion no. 860/2016 on the act on the constitutional tribunal, 14. Oktober 2016, Rn. 86 ff.

da andernfalls eine Gefahr für den Rechtsstaat, die Demokratie und die Menschenrechte in Polen bestünde.¹⁶⁸

b) Mediengesetze und Änderungen des Polizeigesetzes

Daneben folgte eine Reihe weiterer besonders sensibler Gesetzesänderungen – oftmals im beschleunigten Verfahren. Hierzu zählen Änderungen der Mediengesetze und des Polizeigesetzes. Bereits im Dezember 2015 folgten Modifikationen des Rundfunkgesetzes («Kleines Mediengesetz»). Das Gesetz sieht Änderungen der Besetzung der Verwaltungs- und Aufsichtsräte der bisher unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor. Demnach sind die Verwaltungs- und Aufsichtsräte nicht mehr durch den Landesrundfunk- und Fernsehrat, sondern durch die Regierung (den Finanzminister) zu benennen. Zudem wird die Möglichkeit der sofortigen Absetzung der bestehenden Verwaltungs- und Aufsichtsräte eingeführt.¹⁶⁹ Das Gesetz soll die Objektivität der Berichterstattung sowie den «nationalen Charakter» des Rundfunks fördern.¹⁷⁰ Die Europäische Kommission äußerte Zweifel, dass die neuen Mediengesetze die Freiheit und Vielfalt der Medien wahrten und ersuchte die polnische Regierung mit Schreiben vom Februar und März 2016 um eine Stellungnahme. Diese Ersuchen blieben ohne Antwort. Im Juli 2016 trat zudem das Gesetz über den Rat der Nationalen Medien in Kraft. Dies ist ein fünfköpfiger Rat, der von Sejm, Senat und Präsident gewählt wird. Er bestimmt die Vorstände der öffentlich-rechtlichen Medienanstalten und kontrolliert seither die öffentlichen-rechtlichen Medien.

Daneben folgten Gesetze zur Änderung des Polizeigesetzes und anderer einschlägiger Gesetze sowie ein neues Gesetz zur Terrorismusbekämpfung. Die Europäische Kommission kritisierte die Vereinbarkeit dieser Gesetze mit den Grundrechten, insbesondere mit dem Schutz der Privatsphäre und dem Datenschutz.¹⁷¹ In ihrer Stellungnahme vom Juni 2016 hat auch die Venedig-Kommission die Reformen wegen fehlender Verfahrensrechte und unzureichender materieller Einschränkungen heimlicher Überwachung beanstandet. Die Gesetze böten keine ausreichenden Absicherungsmechanismen gegen deren exzessiven Gebrauch und unverhältnis-

168 Venice Commission, Opinion no. 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, 11. März 2016, Rn. 134 ff. Im Oktober 2016 folgte eine weitere Stellungnahme der Venedig-Kommission zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Venice Commission, Opinion no. 860/2016 on the Act on the Constitutional Tribunal, 14. Oktober 2016.

169 Empfehlung der Kommission vom 27.7.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C (2016) 5703 final, Rn. 67; Europäische Kommission – Factsheet, Orientierungsaussprache des Kollegiums über die jüngsten Entwicklungen in Polen und den Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips: Fragen und Antworten, 13. Januar 2016.

170 Hannes Hofmeister, Polen als erster Anwendungsfall des neuen «EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips», DVBl. 2016, S. 869 (871) m.w.N.

171 Empfehlung der Kommission vom 27.7.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C (2016) 5703 final, Rn. 69.

mäßige Eingriffe in die Privatsphäre von Einzelpersonen.¹⁷² Bei den neuen Regelungen zur Terrorismusbekämpfung ergäben sich ebenfalls Fragen mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit europäischen Grundrechten.¹⁷³

c) Aktivierung des EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips

Während dieser Entwicklungen stand die Europäischen Kommission im Dialog mit der polnischen Regierung. Da ihre Bedenken, insbesondere mit Blick auf das Verfassungsgericht, trotz des Austausches fortbestanden und die polnische Regierung ihrerseits darauf verwies, dass ihr Handeln durch die vorangegangenen Wahlen legitimiert sei, leitete die Kommission Anfang Juni 2016 die erste Phase des EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips ein und richtete eine Stellungnahme zur Rechtsstaatlichkeit an Polen, in der sie ihre Bedenken darlegte. Die polnische Regierung wurde aufgefordert, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Polen wies insbesondere auf die Ausarbeitung eines neuen Gesetzes zur Verfassungsgerichtsbarkeit hin, das Mitte Juni 2016 vom Sejm verabschiedet wurde. Es führte zu geringfügigen Änderungen bei der Wahl des Präsidenten des polnischen Verfassungsgerichts und beim Entscheidungsmodus.¹⁷⁴ Zugleich legte es fest, dass der Gerichtspräsident beim Premierminister die Veröffentlichung der Urteile im Amtsblatt beantragt, sodass die Gefahr besteht, dass dieser die Veröffentlichung einiger Urteile behindert.¹⁷⁵

Angesichts dessen leitete die Kommission am 27. Juli 2016 die zweite Phase des Rechtsstaatlichkeitsverfahrens ein und richtete aufgrund der weiterhin bestehenden Bedenken eine öffentliche Stellungnahme an die polnische Regierung. Sie verlangte darin die vollständige Umsetzung der Urteile des Verfassungsgerichts vom 3. und 9. Dezember 2015, die Vereidigung der drei rechtmäßig gewählten Verfassungsrichter und den Verzicht auf die Einsetzung weiterer Richter ohne vorherige Anpassung der Rechtsgrundlage, die voraussetzungslose Veröffentlichung der Urteile des Verfassungsgerichts, die Berücksichtigung der Stellungnahme der Venedig-Kommission und die Befugnis des Verfassungsgerichts, auch das neue Reformgesetz vom Juli 2016 kontrollieren zu können. Die Kommission forderte die polnische Regierung auf, binnen drei Monaten, d.h. bis zum 27. Oktober 2016, weitere Schritte zur Behebung der Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit zu unternehmen und der Kommission mitzuteilen. Andernfalls drohe die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens.¹⁷⁶ Kurze Zeit später, am 11. August 2016, urteilte das polnische Verfassungsgericht, dass das Verfassungsgerichts-Reformgesetz vom Juli 2016 teilweise verfassungswidrig sei.

172 Umfassend Venice Commission, Opinion no. 839/2016 on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, 13. Juni 2016.

173 Empfehlung der Kommission vom 27.7.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C (2016) 5703 final, Rn. 70.

174 Venice Commission, Opinion no. 860/2016 on the act on the constitutional tribunal, 14. Oktober 2016, Rn. 20 ff.

175 Venice Commission, Opinion no. 860/2016 on the act on the constitutional tribunal, 14. Oktober 2016, Rn. 74 ff.

176 Empfehlung der Kommission vom 27.7.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, C (2016) 5703 final.

Die Regierung akzeptierte den Urteilsspruch nicht und veröffentlichte auch diesen nicht im Amtsblatt.

Die polnische Regierung übermittelte der Kommission eine Stellungnahme zur Rechtslage. Sie ließ die dreimonatige Frist jedoch unter Hinweis auf ihre nationale Souveränität verstreichen, ohne innerstaatliche Anpassungsmaßnahmen zu treffen. Nach Fristablauf verzichtete auch die Kommission zunächst auf die Einleitung der dritten Verfahrensstufe des EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips. Da Polen die Rechtslage offensichtlich nicht angepasst und die bestehenden strukturellen Mängel nicht behoben hatte, hätte der Kommission grundsätzlich die Möglichkeit offen gestanden, das Verfahren des Art. 7 EUV zu eröffnen. Die Kommission sah jedoch offenbar ihre Hände gebunden.¹⁷⁷ Am 21. Dezember 2016 richtete sie daher eine neue Empfehlung an Polen, in der sie unter erneuter Androhung des Art. 7 EUV-Verfahrens die Handlungsfrist um weitere zwei Monate verlängerte, gleichzeitig aber auch erweiterte Maßnahmen von der polnischen Regierung forderte.¹⁷⁸ Am 21. Februar 2017 lief diese Frist fruchtlos ab.

Die polnische Regierung geht weiterhin davon aus, die Verfassungskrise sei gelöst, da kein Problem mehr mit dem Verfassungsgericht bestehe. Mit der Nachbesserung der Gesetze zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Juni 2016, die die Kritik der Unionsorgane und der Venedig-Kommission teilweise aufnahm, seien die Mängel abgestellt worden. Tatsächlich dürfte seitens des Verfassungsgerichts kaum noch Konfliktpotential bestehen. Die Mehrheit der Verfassungsrichter steht nun der Regierung nahe. Per Gesetz regelte die PiS, dass auf den im Dezember 2016 ausgeschiedenen, PiS-kritischen Gerichtspräsidenten nicht dessen Stellvertreter folgte. Stattdessen wurde der Posten mit einer regierungstreuen Richterin besetzt.

d) Konflikt um den polnischen Obersten Gerichtshof und die Besetzung lokaler Gerichte

Von den Sanktionsdrohungen der Europäischen Union unbeeindruckt verabschiedete das polnische Parlament im Juli 2017 weitere Justizreformen. Es handelt sich insbesondere um drei Regelungskomplexe, durch die sich die systemimmanente Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit in Polen laut der von der Europäischen Kommission im EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips durchgeführten Bewertung weiter verschlimmern wird.¹⁷⁹ Das Paket beinhaltet *erstens* das Gesetz über den Obersten Gerichtshof und das Gesetz über den nationalen Justizrat. Der Oberste

177 Siehe die Äußerungen des Kommissionspräsidenten *Jean-Claude Juncker* in der belgischen Zeitung *Le Soir*, man könne nun nichts mehr tun, da Art. 7 EUV wegen des Veto-Rechts einiger Mitgliedstaaten faktisch leer laufe, verfügbar unter: <https://eblnews.com/news/europe/juncker-eu-powerless-against-authoritarian-slide-poland-hungary-43122>, zuletzt abgerufen am 4.9.2017.

178 Commission Recommendation of 21.12.2016 regarding the rule of law in Poland, C (2016) 8950 final.

179 Europäische Kommission – Pressemitteilung, Europäische Kommission wird tätig, um die Rechtsstaatlichkeit in Polen zu wahren, 26. Juli 2017

Gerichtshof ist neben dem Verfassungsgericht das höchste Gericht des Landes. Es ist auch für die Wahlprüfung und die Überprüfung von Urteilen niedrigerer Gerichtsinstanzen zuständig. Das neue Gesetzspaket sieht vor, die Zahl der Richter des Obersten Gerichtshofs zu halbieren und zahlreiche der aktuellen Richter in den vorzeitigen Ruhestand zu versetzen. Der nationale Justizrat, ein Verfassungsorgan, das Kandidaten für die Besetzung von Richterstellen in ganz Polen und auch des Obersten Gerichtshofs vorschlägt, soll künftig bis auf wenige Positionen vom Sejm besetzt werden (also von der PiS). Die bisherigen Mitglieder im Landesrichterrat verlieren binnen 90 Tagen ihre Posten. Darüber hinaus soll eine Disziplinarkammer eingerichtet werden, die Richter bei Vergehen bestrafen kann.

Der polnische Staatspräsident *Duda* hat am 24. Juli 2017 wegen teilweiser Verfassungsbedenken die Unterzeichnung dieses Gesetz abgelehnt.¹⁸⁰ Vorausgegangen waren wochenlange Proteste vor allem jüngerer Bürger, aber auch gemäßigter konservativer Gruppierungen, die sonst die PiS unterstützen. Auch in anderen EU-Staaten wurden die Reformen scharf kritisiert, etwa in Frankreich und Luxemburg. Die Proteste drängten den Präsidenten geradezu zum Einschreiten. Allerdings entfaltet *Dudas* Veto geringe Wirkung, da es nur diesen kleinen Teil des Gesetzepaketes betrifft, nämlich die Reformen um den Obersten Gerichtshof und den Landesrichterrat. Die Änderungsbedenken betrafen zudem allein formale Aspekte, nicht den Inhalt des Gesetzes.¹⁸¹ Nach *Dudas* Vorschlag sollte der Landesrichterrat anstelle einer einfachen Mehrheit künftig mit Dreifünftelmehrheit bestimmt werden und die Besetzung der ordentlichen Gerichte nicht durch den Justizminister und Generalstaatsanwalt erfolgen.¹⁸²

Inhalt des neuen Reformpaketes ist *zweitens* das Gesetz über den Aufbau der ordentlichen Gerichte, das *Duda* am 25. Juli 2017 unterzeichnet hat und das anschließend in Kraft getreten ist.¹⁸³ Das Gesetz sieht eine Reform der Richterernennung lokaler Gerichte vor und weist Ähnlichkeiten zu der in Ungarn durchgeführten Justizreform auf. Der Justizminister, der gleichzeitig Generalstaatsanwalt ist, soll danach die Amtszeit von Richtern, die das Ruhestandsalter erreicht haben, nach eigenem Ermessen verlängern sowie Gerichtspräsidenten entlassen und

180 Polen: Vertragsverletzungsverfahren und Empfehlungen zur Rechtstaatlichkeit, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/polen-vertragsverletzungsverfahren-und-empfehlungen-zur-rechtstaatlichkeit_de, zuletzt abgerufen am 6.10.2017.

181 Ausführlich hierzu die Analyse von *Marcin Matczak*, Who's next? On the Future of the Rule of Law in Poland, and why President Duda will not save it, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/whos-next-on-the-future-of-the-rule-of-law-in-poland-and-why-president-duda-will-not-save-it>, zuletzt abgerufen am 9.8.2017; *ders.*, President Duda is Destroying the Rule of Law instead of Fixing it, VerBlog, 2017/9/29, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/president-duda-is-destroying-the-rule-of-law-instead-of-fixing-it>, zuletzt abgerufen am 2.10.2017.

182 Die Zeit vom 19.7.2017, Polen: Ein fauler Kompromiss, verfügbar unter: www.zeit.de/politik/ausland/2017-07/polen-gericht-justizreform-eu-andrzej-duda-kompromiss, zuletzt abgerufen am 16.8.2017.

183 Polen: Vertragsverletzungsverfahren und Empfehlungen zur Rechtstaatlichkeit, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/polen-vertragsverletzungsverfahren-und-empfehlungen-zur-rechtstaatlichkeit_de, zuletzt abgerufen am 6.10.2017.

ernennen können. Hinzu tritt *drittens* das Gesetz über die nationale Hochschule für Gerichtsbarkeit, das am 13. Juli 2017 veröffentlicht wurde und in Kraft getreten ist.¹⁸⁴ Während die PiS den Gesetzentwurf damit begründete, die Justizreform gebe den Bürgern die Kontrolle über die Gerichte zurück und Sorge für eine bessere Rechtsprechung, führt das Gesetzespaket insgesamt zu einer strukturellen Aushöhlung der Unabhängigkeit der polnischen Justiz.

Die Europäische Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren wegen der Maßnahmen zum Justizumbau gegen Polen eingeleitet.¹⁸⁵ Durch die Festlegung unterschiedlicher Renteneintrittsalter für weibliche (60 Jahre) und männliche Richter (65 Jahre) läge eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Insbesondere sei durch die Gesetzesnovelle aber die Unabhängigkeit der Richter gefährdet (Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 GRCh). Die vagen Kriterien für die Amtszeitverlängerung durch den Justizminister, für die es keinerlei zeitliche Vorgaben gibt, begründeten das Risiko der Einflussnahme auf einzelne Richter und der Untergrabung ihrer Unabsetzbarkeit und Unabhängigkeit. Zugleich hat die Europäische Kommission angesichts dieser Entwicklungen den EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips wieder aktiviert und nach den erfolglosen Empfehlungen vom Juli und Dezember 2016 im Juli 2017 eine weitere Empfehlung an Polen gerichtet.¹⁸⁶ Gleichzeitig hat sie die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens, insbesondere wenn es zu einer Zwangspensionierung der Richter des Obersten Gerichtshofs kommen sollte,¹⁸⁷ erneut angedroht. Die Kommission hat die polnischen Behörden aufgefordert, die genannten Missstände binnen eines Monats zu beseitigen. Die Frist ist am 26. August 2017 fruchtlos abgelaufen.

e) Bewertung und Einordnung der Maßnahmen der Europäischen Union

Auch in Polen zeigten die Reaktionen der Europäischen Union wenig Wirkung. Anders als im Falle der Entwicklungen in Ungarn verfügte die polnische Regierung nicht zugleich über eine verfassungsändernde Mehrheit im Parlament. Stattdessen verlief die Reform des polnischen Verfassungsgerichts *contra legem*. Die polnische Regierung argumentierte stets mit der innerstaatlichen Souveränität und spielte auf Zeit. Ohne deren Willen, in den Dialog zu treten, haben sich politische Druckmittel als unwirksam erwiesen. Im Konflikt um die Besetzung des polnischen

¹⁸⁴ Polen: Vertragsverletzungsverfahren und Empfehlungen zur Rechtsstaatlichkeit, verfügbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/polen-vertragsverletzungsverfahren-und-empfehlungen-zur-rechtsstaatlichkeit_de, zuletzt abgerufen am 6.10.2017.

¹⁸⁵ Europäische Kommission – Pressemitteilung: Europäische Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Maßnahmen zum Justizumbau, 29. Juli 2017.

¹⁸⁶ Europäische Kommission – Pressemitteilung, Europäische Kommission wird tätig, um die Rechtsstaatlichkeit in Polen zu wahren, 26. Juli 2017

¹⁸⁷ European Commission, Remarks of Frans Timmermans on European Commission action to preserve the rule of law in Poland, Brüssel, 26. Juli 2017.

Verfassungsgerichts kam es trotz der Stellungnahmen der Venedig-Kommission¹⁸⁸, der Stellungnahmen des Europäischen Parlamentes¹⁸⁹ und der Einleitung des Kommissionsverfahrens zu keinen wesentlichen Anpassungen der innerstaatlichen Rechtslage.

Dennoch sollten die Bemühungen der Europäischen Union nicht abreißen. Die Europäische Kommission oder auch das Europäische Parlament sollten, entsprechend den zahlreichen Androhungen, das Verfahren nach Art. 7 EUV aktivieren. Denn bereits die Verfahrenseinleitung ist für sich selbst eine Sanktion.¹⁹⁰ Zwar hat *Viktor Orbán* angekündigt, Ungarn werde Polen gegen die «Inquisition» verteidigen, die dem Land seitens der Europäischen Union drohe, und sich mit Polen solidarisch zeigen.¹⁹¹ Für die Einleitung des Art. 7 Abs. 1 EUV-Verfahrens, in dem festgestellt werden kann, dass die Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte des Art. 2 EUV in einem Mitgliedstaat besteht, bedarf es jedoch nur einer $\frac{4}{5}$ -Mehrheit, also 22 Mitgliedstaaten. Ungarn könnte die Abstimmung durch eine Sperrminorität folglich nicht blockieren. Ob Polen darüber hinaus mindestens vier weitere Verbündete fände, ist mehr als fraglich.

Insgesamt scheint sich auch die Europäische Kommission angesichts der fortschreitenden Entwicklungen mit der jüngsten Justizreform und den fehlenden Sanktionsmöglichkeiten der Dialogverfahren stärker positionieren zu wollen. Sie hat unter anderem gegen Polen Vertragsverletzungsverfahren mit Blick auf die Flüchtlingskrise¹⁹² und die Reform der Besetzung lokaler Gerichte¹⁹³ eingeleitet. Bemerkenswert ist dabei, dass sich die Europäische Kommission erstmalig – anders als noch im Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn bezüglich der Absenkung des Rentenalters – ausdrücklich auf die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta (Art. 19 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 47 GRCh) beruft.

188 Venice Commission, Opinion no. 860/2016 on the Act on the Constitutional Tribunal, 14. Oktober 2016; Opinion no. 833/2015 on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, 11. März 2016.

189 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. April 2016 zur Lage in Polen (2015/3031(RSP)); Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. September 2016 zu den jüngsten Entwicklungen in Polen und ihren Auswirkungen auf die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechte (2016/2774(RSP))

190 *Armin von Bogdandy*, How to protect European Values in the Polish Constitutional Crisis, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/how-to-protect-european-values-in-the-polish-constitutional-crisis>, zuletzt abgerufen am 11.8.2017.

191 FAZ v. 22.07.2017, Orbán will Polen gegen EU-«Inquisition» helfen, verfügbar unter: www.faz.net/aktuell/politik/ausland/orban-will-polen-gegen-eu-inquisition-helfen-15117569.html, zuletzt abgerufen am 7.8.2017.

192 European Commission – Press release, Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland, 14. Juni 2017.

193 Europäische Kommission – Pressemitteilung: Europäische Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Maßnahmen zum Justizumbau, 29. Juli 2017.

7 Bilanz: Erfahrungen auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene

Die Maßnahmen der Europäischen Union gegenüber autoritären Entwicklungen in den Mitgliedstaaten nötigen zu einer ernüchternden Bilanz. Meistens blieben sie selektiv und führten, wenn sie überhaupt einen Effekt hatten, eher zur Konsolidierung und Verfestigung der politischen Situation in den betroffenen Staaten. Die Bestandsaufnahme zeigt ein Bild der Hilflosigkeit.¹⁹⁴ Auch der 2014 von der Kommission eingeführte EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, der erstmals auf Polen angewandt worden ist, erwies sich mangels Durchsetzungsmechanismen als wenig effektiv. Das Verfahren vertraut auf den funktionierenden Dialog mit den Mitgliedstaaten und deren Reaktionswillen. Tatsächlich zeigen die Entwicklungen in Ungarn und Polen, dass dieses Vertrauenskonzept auf Staaten mit rechtsautoritären Regierungen nicht mehr anwendbar ist. Die immer schon problematische Metapher vom «Dialog» im Fall mitgliedstaatlichen Rechtsbruchs ist auf Grund gelaufen.

a) Erfahrungen mit den Institutionen der Europäischen Union

Europäische Kommission

Die Europäische Kommission als «Hüterin der Verträge», die die Anwendung der Unionsverträge sowie der von den Organen kraft der Verträge erlassenen Maßnahmen überwacht (Art. 17 Abs. 1 EUV), scheint einerseits als neutrale Sachwalterin am ehesten geeignet, problematische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten anzugehen. Andererseits entwickelt sie sich durch die zunehmende institutionelle Verknüpfung mit dem Europäischen Parlament und die Verbindung von Wahlerfolg und Besetzung des Kommissionspräsidenten langsam in Richtung eines politischen Führungsorgans. In diesem Zusammenhang repräsentiert der Präsident der Kommission politisch bis auf Weiteres die große Koalition integrationsfreundlicher und vertiefungswilliger gegenüber einer Minderheit euroskeptischer Fraktionen im EP. Unter diesen Bedingungen kann die Kommission schwerlich als ein neutrales normanwendendes Organ funktionieren, sondern wird zu einer politischen Instanz, die aber zugleich nicht über die Kompetenzen verfügt, mit denen bundesstaatliche Regierungen gegenüber abtrünnigen Gliedern vorgehen können. Nach unserem Eindruck versteht sich die Europäische Kommission im Moment weniger als ein politisches Gegengewicht zu den Mitgliedstaaten, das mit einem eigenen institutionellen

¹⁹⁴ Siehe etwa zu den noch immer bestehenden rechtsstaatlichen Defiziten in Rumänien und Bulgarien die Berichte der Kommission COM (2016) 40; COM (2016) 41; ebenso zu Rumänien *Joakim Nergelius*, *The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania*, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a., S. 291 (303 ff.).

Anspruch das Integrationsprojekt weiterführen will.¹⁹⁵ Vielmehr tritt sie wie eine Moderatorin zwischen antagonistischen Mitgliedstaaten auf, die eine situative Aufweichung von Regeln gestattet – von der Schuldengrenze bis zur Maut –, um so alle bei der Stange zu halten. Dieses Selbstverständnis dürfte die Rolle der Kommission bei der Durchsetzung demokratischer Standards in der Europäischen Union aber eher schwächen. Denn soweit sie in diesem Zusammenhang Ermessensspielräume hat, werden diese nun auch immer mit dem Entgegenkommen der Kommission gegenüber anderen Mitgliedstaaten verrechnet werden können. Die Kommission könnte hier einen Distanzverlust gegenüber den Mitgliedstaaten erleiden, der sich nicht als richtige Form ihrer Politisierung erweisen dürfte.

Im Lichte dieser Gegebenheiten erwiesen sich die Maßnahmen der Europäischen Kommission als wenig konsistent.¹⁹⁶ Mangels Unterstützung durch die übrigen Mitgliedstaaten¹⁹⁷ sah sie im Falle Ungarns beispielsweise von umfassenden Maßnahmen ab, feierte ihr Vorgehen und die geringfügigen innerstaatlichen Modifikationen jedoch vorschnell als Erfolg,¹⁹⁸ ohne auf die tatsächlichen Effekte der mitgliedstaatlichen Maßnahmen zu blicken. Das Vertragsverletzungsverfahren bezüglich der Absenkung des Rentenalters für Richter, Staatsanwälte und Notare führte nicht zur Rückkehr des Großteils der ungarischen Richter auf ihre vorherigen Posten. Entweder wurde ihnen seitens der Regierung eine Kompensation angeboten, oder die Posten standen aufgrund einer zwischenzeitlichen Neubesetzung nicht mehr zur Verfügung. Die Abschreckungswirkung der Gesetzgebung blieb dagegen unberührt, denn in keinem Fall wurde der verfassungsmäßige Zustand, der vor den Maßnahmen bestand, wiederhergestellt. Die Einleitung des EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips gegen Ungarn lehnte die Kommission bislang unter Verweis auf die bereits angestrebten Vertragsverletzungsverfahren und die Rolle der nationalen Gerichte bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit ab.¹⁹⁹ Auch mit Blick auf Polen erwies sich das Verfahren als unbefriedigend. Es beruht auf einem Dialog mit den Mitgliedstaaten, stößt also an seine Grenzen, wenn diese ihn verweigern. Folgerichtig sind die Empfehlungen vom Juli und Dezember 2016 schlicht im Sande verlaufen. Zunehmend scheint aber auch die Europäische Kommission den Handlungsbedarf zu erkennen und den Erlass von Sanktionen mithilfe des

195 Deutlich zeigt sich das in dem alle Entscheidungen meidenden *White Paper on the Future of Europe*, 2017, IP/17/385. Viel konkreter hat sich dagegen das Parlament geäußert: European Parliament resolution of 16 February 2017 on possible evolutions of and adjustments to the current institutional set-up of the European Union (2014/2248(INI)).

196 *Dimitry Kochenov/Laurent Pech*, Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation, *JCMS* 54 (2016), S. 1062 ff.

197 Mit Ausnahme des Schreibens vom 6. März 2013, in dem die Außenminister Deutschlands, der Niederlande, Dänemarks und Finnlands an den Kommissionspräsidenten *Barroso* einen Mechanismus der Einhaltung der Grundrechte forderten.

198 Europäische Kommission – Pressemitteilung, Medien: Vizepräsidentin der Kommission Kroes begrüßt Änderungen am ungarischen Mediengesetz, 16. Februar 2011.

199 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. Juni 2015 zur Lage in Ungarn (2015/2700(RSP)), Rn. 11 f. und Situation in Hungary: follow-up to the European Parliament Resolution vom 10 Juni 2015 (debate).

Vertragsverletzungsverfahren jedenfalls mittelbar an den EuGH auszulagern. Allein im Jahr 2017 hat die Kommission zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn und Polen eingeleitet, etwa wegen der Asylrechtsvorschriften, die im Zuge der Migrationskrise verabschiedet worden sind²⁰⁰, der «Lex CEU» in Ungarn²⁰¹ oder der Reform der Richterernennung lokaler Gerichte in Polen²⁰². Diese Vertragsverletzungsverfahren betreffen allerdings jeweils nur isolierte Punkte und erfassen nicht die innerstaatlichen Entwicklungen im Ganzen.

Als Garantin der Anwendung des Unionsrechts, Art. 17 Abs. 1 EUV, wird die Kommission aber auch künftig nach allen noch vorzustellenden Lösungswegen eine zentrale Rolle einnehmen müssen, sei es als Initiativorgan des Art. 7 EUV-Verfahrens oder, sollte ein solches eingeführt werden, eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens.²⁰³ In Betracht kommt auch eine verstärkte Rolle als Kontrollorgan im Rahmen des EU-Rechtsstaatlichkeitsverfahrens bzw. als mit weiteren Kontrollkompetenzen ausgestattetes Monitoring-Organ. Die politische Relevanz der Kommission dürfte aber letztlich von ihrem eigenen Selbstverständnis abhängen: Inwieweit versteht sie sich nur als Moderatorin von Konflikten zwischen den Mitgliedstaaten bzw. nimmt sie ihre Rolle als Hüterin des Unionswohls ernst?

Europäischer Rat und Ministerrat

Reaktionen der Vertreter mitgliedstaatlicher Interessen auf die Entwicklungen insbesondere in Polen und Ungarn blieben demgegenüber bisher gänzlich aus. Weder die Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat noch ihre Fachminister im Rat haben Stellung bezogen. Ihre Politik ist weiterhin erstaunlich weitgehend vom Paradigma der Staatensouveränität geprägt, das die Rückwirkungen antidemokratischer Entwicklungen in den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union selbst ausblendet. Möglicherweise geprägt vom negativen Verlauf der Österreich-Krise hielten sich die Mitgliedstaaten in Rat und Ministerrat seitdem zurück und wirkten nur vereinzelt als politische Akteure auf andere Mitgliedstaaten ein, wenn es um deren konstitutionelle Strukturen ging.²⁰⁴ Diese Zurückhaltung ist vielfach auch mit der Befürchtung zu erklären, dass die eigene Staatspraxis auch einmal zum Gegenstand eines anderen Verfahrens werden kann und andere Mitgliedstaaten als Partner verloren gehen könnten. Sie ist vermutlich aber auch die Folge der vertraglichen Restriktionen, denn die Feststellung der tatsächlichen Verletzung der Unionsgrundwerte nach Art. 7 Abs. 2 EUV setzt die Einstimmigkeit im Europäischen Rat voraus. Diese hohe Hürde dürfte in der Praxis wegen des Vetos einzelner Mitgliedstaaten

200 European Commission – Press release, Relocation: Commission launches infringement procedures against the Czech Republic, Hungary and Poland, 14. Juni 2017.

201 European Commission – Press release, Hungary: Commission takes second step in infringement procedure on Higher Education Law, 13. Juli 2017.

202 Europäische Kommission – Pressemitteilung: Europäische Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Maßnahmen zum Justizumbau, 29. Juli 2017.

203 Zu diesem Vorschlag *Kim Lane Scheppeles* siehe unten IV.1 a).

204 Eine Ausnahme was das bereits angesprochene Schreiben vom 6. März 2013, in dem die Außenminister Deutschlands, der Niederlande, Dänemarks und Finnlands vom Kommissionspräsidenten *Barroso* einen Mechanismus der Einhaltung der Grundrechte in Ungarn forderten.

kaum zu überwinden sein. Dieses Hindernis könnte jedoch unter engen Voraussetzungen durch die Verbindung des Art. 7 EUV-Verfahren gegen Ungarn und Polen umgangen werden.²⁰⁵

Trotz dieser bisherigen Stillhaltepolitik bleiben die Vertreter mitgliedstaatlicher Interessen zentrale Akteure, wenn man antidemokratischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten begegnen will. Die Feststellung, dass eine eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht (Art. 7 Abs. 1 EUV), kann etwa durch den Ministerrat mit einer Mehrheit von vier Fünfteln getroffen werden. Weder Ungarn noch Polen dürfte es gelingen, ein Fünftel der Mitgliedstaaten für ein Veto zu gewinnen. Im Übrigen zeigt sich auch in Rat und Europäischem Rat eine verstärkte Tendenz, Probleme in den Mitgliedstaaten anzusprechen. Seit Dezember 2014 besteht im Ministerrat für Allgemeine Angelegenheiten ein Dialogforum, in dem jährlich die Lage in den Mitgliedstaaten und die Förderung und Wahrung der Rechtsstaatlichkeit diskutiert wird.²⁰⁶ Das neue Verfahren vervollständigt damit das Vertragsverletzungs- und das Art. 7 EUV-Verfahren.²⁰⁷ Der erste Dialog fand während des luxemburgischen Vorsitzes am 17. November 2015 statt. Er scheint auf die Diskussion von Programmsätzen beschränkt zu sein. Bislang waren auch nicht die Entwicklungen in einzelnen Mitgliedstaaten, sondern übergreifende Fragen der Migrations- und Flüchtlingskrise Thema. Es scheint, als fürchteten es die Mitgliedstaaten, die zentralen Probleme anzusprechen.

Europäisches Parlament

Bislang zeigte sich das Europäische Parlament in der Debatte am aktivsten. Bereits seit den 1990er Jahren hat es eine strengere Aufsicht der Entwicklungen in den Mitgliedstaaten gefordert und hierauf insbesondere in seinem jährlichen Bericht zur Lage der Grundrechte hingewiesen.²⁰⁸ Seine Einflussmöglichkeiten sind jedoch auf den Erlass von Stellungnahmen und das Initiativrecht im Rahmen des Art. 7 Abs. 1 EUV-Verfahrens beschränkt. Als Repräsentationsorgan ist es zudem besonders mit dem Umstand konfrontiert, dass auf europäischer Ebene nationale autoritäre Parteien Teil einzelner größerer Koalitionen sind.²⁰⁹ Gleichwohl bietet das EP vielleicht gerade deswegen den zentralen Rahmen einer politischen Auseinandersetzung mit

205 Zu diesem Vorschlag siehe unten IV.3.

206 Rat der Europäischen Union, Vermerk über den Dialog zur Rechtsstaatlichkeit, 8774/16, 13. Mai 2016.

207 Council of Europe, Press Release 16936/14, 16. Dezember 2014, S. 2.

208 European Parliament resolution of 12 December 2012 on the situation of fundamental rights in the European Union (2010–2011) (2011/2069(INI)); European Parliament resolution of 27 February 2014 on the situation of fundamental rights in the European Union (2012) (2013/2078(INI)); European Parliament resolution of 10 June 2015 on the situation in Hungary (2015/2700(RSP)).

209 R. Daniel Kelemen, Europe's other Democratic Deficit, Paper presented at the Council for European Studies, 2015.

autoritären Tendenzen.²¹⁰ Verdeutlicht wird dies am Beispiel Ungarns. Die *Fidesz* ist Teil der konservativen EVP-Koalition, die die Mehrheit im Europäischen Parlament innehat. Die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens scheiterte bislang am Widerstand der EVP. Im Mai 2017 machte das EP dennoch erstmals von seinem Initiativrecht Gebrauch, nachdem rund 60 Abgeordnete der EVP den Schutz der Mitgliedspartei *Fidesz* nicht mehr mittragen wollten.²¹¹

Gerichtshof der Europäischen Union

Auch die Bedeutung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist aus mehreren Gründen für unser Problem beschränkt. Er ist zunächst auf die Kooperation mit der Kommission bzw. den Mitgliedstaaten angewiesen, um in einem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 ff. AEUV mit einer Verletzung der Unionsverträge befasst zu werden. Er kann nur tätig werden, wenn er angerufen wird. Er beurteilt außerdem Fälle, also Einzelfragen, keine politischen Entwicklungen. Die in Frage kommenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten fallen zudem oftmals aus dem Prüfungsmaßstab des EuGH hinaus, weil sie keinen Unionsrechtsbezug aufweisen, beispielsweise wenn die innerstaatliche Organisation der Gerichte oder das Wahlverfahren geändert werden. Damit fehlt dem Gericht die Handhabe, antidemokratische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten zu prüfen, geschweige denn aufzuhalten. Nach Art. 19 EUV i.V.m. Art. 269 Abs. 1 AEUV ist der EuGH für Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit eines nach Art. 7 EUV erlassenen Rechtsakts nur auf Antrag des betroffenen Mitgliedstaats zuständig. Zudem ist er nur zur Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensbestimmungen befugt, also etwa der Frage, ob die Maßnahmen begründet wurden. Die Feststellung der Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung unionsrechtlicher Werte und die Entscheidung über deren Verletzung sind nicht Gegenstand gerichtlicher Kontrolle.²¹²

Nur ausnahmsweise findet das Gericht daher einen Weg, die Verletzung unionsrechtlicher Wertekriterien technisch auf das EU-Recht zu übertragen, wie dies etwa im Fall der ungarischen Zwangspensionierung geschehen ist, in dem der EuGH zwar eine Verletzung der Gleichbehandlungsrichtlinie in Beschäftigung und Beruf feststellte, die eigentlichen Bedenken jedoch die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt betrafen.²¹³ Dennoch dürfte der EuGH auch künftig für die institutionelle Frage von Bedeutung sein. Längerfristig könnten die hier noch zu diskutierenden Vorschläge zur Erweiterung des Prüfungsmaßstabes des Gerichtes diesem einen Entwicklungspfad aufzeigen, den dieses auch selbst einschlagen könnte. Eine solche

210 Hierzu *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 22.

211 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656(RSP))

212 *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/ Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 7 EUV, Rn. 51 f.

213 *Catherine Dupré*, The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept, in: von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), Constitutional Crisis in the European Constitutional Area, Oxford u.a. 2015, S. 351 (365).

Erweiterung der Prüfungskompetenz des EuGH wäre freilich eine revolutionäre Erweiterung, die den Entscheidungen der 1960er Jahre²¹⁴ vergleichbar die Legitimation des EuGH auf die Probe stellen und auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte auch in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen könnte.

b) Erfahrungen mit den Institutionen des Europarates

Dass die genauesten Analysen zur Entwicklung in Europa von Organen außerhalb der Europäischen Union geliefert worden sind, wirft kein gutes Licht auf die institutionellen Kapazitäten der Union selbst. Sie zeugt aber auch davon, wie wichtig die Zusammenarbeit mit anderen Institutionen ist. Dies macht insbesondere einen Blick auf den Europarat erforderlich, dem alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union angehören.

Bereits im Rahmen der Österreich-Krise wurden die Institutionen des Europarates zur Konfliktlösung einbezogen, als sich die XIV-Mitgliedstaaten der Europäischen Union an den damaligen Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wandten, um unter Einbeziehung eines «Rates der Weisen» die Spannungen mit Österreich aufzulösen. Die bedeutendste Rolle hat aber die «Europäische Kommission für Demokratie durch Recht», die sog. Venedig-Kommission, der neben allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zwölf weitere Staaten angehören. Sie hat sich als allgemeines Beratungsorgan in verfassungsrechtlichen Fragestellungen etabliert²¹⁵ und konkrete Analysen und Lösungsansätze zur Rechtslage in Ungarn²¹⁶, Polen²¹⁷ und in anderen Mitgliedstaaten²¹⁸ unterbreitet. Ihre Berichte sind zwar konsultativ. Wegen ihrer Qualität und Expertise entfalten

214 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, 3; Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1251, zustimmend *András Jakab*, *Supremacy of the EU Charter in National Courts in Purely Domestic Cases*, VerfBlog, 2013/3/27, <http://verfassungsblog.de/the-eu-as-a-community-of-human-rights>, zuletzt abgerufen am 11.8.2017.

215 *Joakim Nergelius*, *The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania*, in: von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (292 f.).

216 Etwa Venice Commission, *Opinion no. 614/2011 on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary*, 28. März 2011; *Opinion no. 621 / 2011 on the new Constitution of Hungary*, 20. Juni 2011; *Opinion no. 720/2013 on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, 17. Juni 2013; ausführliche Analyse hierzu bei *Kim Lane Scheppele*, *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)*, 23 *Transnat. Law and Contemp. Prob.* 51 (2014), 51 (89 ff.).

217 Etwa Venice Commission, *Opinion no. 839/2016 on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts*, 13. Juni 2016; *Opinion no. 860/2016 on the Act on the Constitutional Tribunal*, 14. Oktober 2016.

218 Zu Bulgarien etwa Venice Commission, *Opinion no. 816/2015 on the draft Act to amend and supplement the Constitution (in the field of the Judiciary) of the Republic of Bulgaria*, 23. Oktober 2015.

sie jedoch ein erhebliches Gewicht auch innerhalb der Europäischen Union.²¹⁹ So dienen sie etwa als Bewertungsgrundlage im Kommissionsverfahren²²⁰, werden aber auch in den Stellungnahmen des Europäischen Parlamentes²²¹ herangezogen. Auch die Konfliktparteien selbst ersuchen mitunter die Venedig-Kommission um Konfliktlösung.²²²

Vermehrt hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einschlägige Entscheidungen getroffen und dabei insbesondere die nationalen Verfassungsgerichte unterstützt.²²³ Ein Beispiel ist die Individualbeschwerde des ehemaligen Präsidenten des Obersten Ungarischen Gerichtshofs, dessen Amtsenthebung nach nur zwei Jahren als Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren und auf freie Meinungsäußerung beurteilt wurde.²²⁴ Zum einen entfalten die Entscheidungen des EGMR eine erhebliche Ausstrahlungswirkung, die auch Einzelfallentscheidungen über den konkreten Fall hinaus zukommt, und es kann das Gericht insbesondere in repräsentativen Einzelfällen der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen (Art. 41 EMRK). Zum anderen liegen Potentiale im sog. Piloturteilsverfahren. Der EGMR nimmt in diesem Verfahren einen Einzelfall zum Anlass, um strukturelle oder systembedingte Probleme oder sonstige vergleichbare Missstände in den Konventionsstaaten zu benennen und Vorschläge zu deren Behebung zu unterbreiten (vgl. Art. 61 VerFO EMRK).²²⁵ Anders als die punktuellen Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) ermöglicht dieses Verfahren, allgemeine und strukturelle Probleme in den Konventionsstaaten aufzuzeigen und anzugehen.

219 *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 ff.; *Kim Lane Scheppelle*, *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis* (With Special Reference to Hungary), 23 *Transnat. Law and Contemp. Prob.* 51 (2014), 51 (89 f.).

220 Hierzu Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, 11. März 2014, S. 4; ebenso die Bezugnahme auf die Berichte der Venedig-Kommission in der Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht).

221 Bericht des Europäischen Parlamentes über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 16. Februar 2012; 2012/2130(INI)).

222 Venice Commission, Opinion no 614/2011 on three legal questions arising in the process of drafting the new constitution of Hungary, 28. März 2011

223 Für Ungarn *Kim Lane Scheppelle*, *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis* (With Special Reference to Hungary), 23 *Transnat. Law and Contemp. Prob.* 51 (2014), 51 (88 f.), am Beispiel der Urteile EGMR, Urt. v. 14.5.2013, *N.K.M. /Ungarn*, Nr. 66529/11; Urt. v. 25.6.2013, *Gáll/Ungarn*, Nr. 49570/11 und Urt. v. 4.11.2013, *R.Sz./Ungarn*, Nr. 41838/11.

224 EGMR, Urt. v. 23.6.2015, *Baka/Ungarn*, Nr. 20261/12.

225 Erstmals EGMR, Urt. v. 22.6.2004, *Broniowski/Polen*, Nr. 31443/96.

c) Lernende Autoritarismen

Während sich die Unionsorgane mangels eigener Handlungsfähigkeit oder eigenen Handlungswillens mehr und mehr auf eine vorgelagerte Dialogebene konzentrieren, scheinen die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit, demokratische Standards zu unterlaufen, eher auszubauen, indem sie Reaktionen auf solche Entwicklungen beobachten und antizipieren.²²⁶ In der Debatte finden sich dabei stets ähnliche Begründungsmuster. Die Europäische Union selbst sei kein neutraler Akteur, politisiere und instrumentalisieren den Rechtsstaatlichkeitsbegriff, sie stelle sich auf die Seite änderungsfreundlicher «liberaler» Akteure. Deshalb seien «die jüngsten «konstitutionellen Krisen» in Ungarn und Polen, aber auch in Rumänien, nicht als Rückschritte und Angriffe auf Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu sehen, sondern als demokratisch-legitimierte, populistische «Gegenbewegungen» gegen die zuvor erlebte Justizialisierung, Politisierung und Instrumentalisierung horizontaler Rechenschaftsstrukturen».²²⁷

Auch strukturell ähneln sich die Entwicklungen. Nachdem eine autoritäre Partei die Macht erlangt, macht sie sich daran, die Handlungsmöglichkeiten der Opposition zu beschränken. Das betrifft Gegenstimmen in den Medien und der Presse, den Oppositionsparteien und der Zivilgesellschaft sowie die (Verfassungs-)Gerichtbarkeit. Gleichwohl wird eine starke Stellung dieser Institutionen nicht gänzlich abgelehnt, sofern sie die Position des Regimes unterstützen. Dieser Punkt läuft auf die «Eroberung» durch Besetzung mit Getreuen in den Medien, der Gerichtbarkeit und die selektive Förderung gesellschaftlicher Gruppierungen hinaus.²²⁸ Ziel der Gleichschaltung ist auch die Zersplitterung der Zivilgesellschaft. Kritische Stimmen werden abgestempelt, nicht dem Wohle der Nation zu dienen. Gesellschaftliche Teilhabe wird dann nahezu unmöglich. Autoritäre Herrscher haben gelernt, ihre Interventionen auf viele Einzelaspekte zu verteilen, die erst in ihrer Gesamtheit antidemokratisch wirken und daher schwer durch normative Prinzipien fassbar sind.²²⁹ Im Fall eines Konflikts mit internationalen Institutionen wenden sie eine Strategie marginaler Korrekturen an, die nach außen hin Veränderungen suggerieren, faktisch jedoch nicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes führen. Beispielsweise, wenn in Ungarn Richter nicht auf ihre ursprünglichen Posten zurückgekehrt sind oder sich nach Ansicht der polnischen Regierung der Verfassungskonflikt mit dem regulären Ausscheiden kritischer Verfassungsrichter gelöst wurde. Solche schleichenden Autorisierungstendenzen profitieren zudem von der Legitimationsfunktion der Europäischen Union selbst: Denn solange diese über keine wirksamen Mechanismen verfügt und der Mitgliedstaat ohne Sanktion in der Europäischen Union verbleibt, scheint dieser Umstand dessen Handeln noch zu rechtfertigen.

²²⁶ Grundsätzlich dazu *William J. Dobson*, *The dictator's learning curve: inside the global battle for democracy*, London 2013.

²²⁷ So *Martin Mendelski*, *Das europäische Evaluierungsdefizit der Rechtsstaatlichkeit*, *Leviathan* 44 (2016), S. 366 (367 ff.).

²²⁸ Zu diesen Aspekten die Diskussion von *Christian Boulanger/Maciej Taborowski/Dániel Hegedüs*, *Der «Wille des Volkes» versus Rechtsstaat? Die Entmachtung der Verfassungsgerichte in Ungarn und Polen*, Vortrag vom 24.01.2017 an der Humboldt-Universität zu Berlin.

²²⁹ *Armin von Bogdandy/Michael Ioannidis*, *ZaöRV* 2014, S. 283 (284).

Demokratisierung in der Europäischen Union in Zeiten rechtsautoritärer Bewegungen

Der beschleunigte politische Erfolg rechtsautoritärer Bewegungen innerhalb vieler Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch innerhalb des Europäischen Parlaments, stellt die institutionelle Demokratisierung vor eine doppelte Herausforderung. Auf der einen Seite erscheint der Bedarf nach institutionellen Vorkehrungen zum Schutz demokratischer Strukturen durch den Aufstieg dieser Parteien immer mehr erforderlich. Auf der anderen Seite ist dieser Aufstieg seinerseits Ergebnis eines demokratischen Prozesses. In keinem der genannten Fälle gibt es durchgreifende Zweifel am demokratischen Zustandekommen der Wahlergebnisse, auch wenn nicht vergessen werden darf, dass die Wahlsysteme in Polen und Ungarn relative Mehrheiten zu absoluten und sogar qualifizierten verstärkt haben. Trotzdem bleibt es dabei: Die Bedrohung demokratischer Ordnungen kommt aus der demokratischen Selbstbestimmung selbst.

Dieser Ausgangspunkt ist sowohl für die politische Dynamik als auch für die institutionelle Legitimation von demokratisierenden Maßnahmen von großer und durchaus problematischer Bedeutung. Mit Rücksicht auf die politische Dynamik können wir die Entwicklungen in einzelnen Mitgliedstaaten heute nicht mehr einfach als schlichte individuelle Abweichung von einer Norm verstehen, deren Einhaltung zu sichern ist. Vielmehr zeigt sich, dass Entwicklungen wie in Polen und in Ungarn auch als Ausdruck eines europaweiten politischen Projekts verstanden werden müssen, dessen Reichweite sich auch in der bewussten europaweiten Kooperation verschiedener vermeintlich «nationalistischer» politischer Parteien manifestiert. Denn die nationalistische Selbststilisierung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass rechtspopulistische Parteien etwa in der Flüchtlings-, Minderheiten-, Geschlechter-, Umwelt- oder Außenpolitik oft dieselben oder zumindest ähnliche politische Ziele verfolgen – und gar kein Problem darin sehen, zur Erreichung dieser Ziele auf europäischer Ebene miteinander zu kooperieren. Natürlich kann es hier auch zu Friktionen kommen, etwa wenn polnische und ungarische Rechtsnationalisten sich nicht über die angemessene Politik gegenüber Russland einig werden. Aber eine solche Überlagerung ideologischer und nationaler Präferenzen gibt es bei anderen Parteienfamilien ebenso. Das impliziert im Ergebnis, dass wir in der jüngeren Entwicklung auch das *Entstehen einer Art politischer Staatenkoalition* entdecken können,

die sicherlich noch nicht an ihr Ende gekommen ist. Dies ist für den Prozess der europäischen Integration auch deswegen ungewöhnlich, weil die mitgliedstaatliche Koalitionsbildung innerhalb der Europäischen Union in aller Regel nicht entlang der politischen Präferenzen der amtierenden Regierungen verlief. Dass sich eine solche Entwicklung abzeichnet, kann man abstrakt auch als positive Entwicklung, nämlich als genuine Politisierung auf europäischer Ebene – namentlich im Rat – deuten, die dann aber auch entsprechend institutionell durch Interventionen des Europäischen Rates und des Ministerrates umgesetzt werden müsste.

Das Problem dieser Art von Politisierung besteht in jedem Fall darin, dass sie sich nicht einfach nur im Rahmen der Unterscheidung von rechts und links bewegt, sondern immer auch in Richtung der Unterscheidung zwischen Bestand oder Auflösung der Europäischen Union tendiert – und damit eine politische Unterscheidung einführt, die für Parteiensysteme in Föderationen nicht untypisch ist. Freilich sind sich die Politiken der verschiedenen mitgliedstaatlichen Bewegungen in dieser Hinsicht nicht einig. Selbst die rechtsautoritären Regierungen Ungarns und Polens wünschen sich einen Verbleib ihrer Länder in der Union. Sie sprachen sich etwa gegen den Brexit aus, um ihre europapolitischen Vorstellungen mit Hilfe der Briten besser durchsetzen zu können.

Gerade in diesem politischen Kontext stellt sich die Frage nach den Folgen für die institutionelle Legitimation demokratisierender Maßnahmen. Denn wenn die genannte Entwicklung als Teil einer genuinen Politisierung auf europäischer Ebene verstanden wird, dann besteht die Möglichkeit, dass sich die eine Seite der politischen Unterscheidung dazu aufschwingt, von der anderen die Einhaltung von Regeln zu verlangen, die die andere nicht verletzt sieht. Und wenn die problematischen Mitgliedstaaten über ein demokratisches Mandat verfügen, dann ist nicht klar, nach welchen Kriterien ihnen ein Verstoß gegen demokratische Grundsätze vorgeworfen werden kann. Gerade das demokratische Prinzip, mehr als seine rechtsstaatlichen Sicherungen, steht im ideologischen Zentrum vieler rechtsnationalistischer Parteien. Man mag an dieser Stelle Populismus und Demokratie voneinander zu unterscheiden suchen,²³⁰ aber diese Unterscheidung ist nicht immer klar. Sie mag auch unterschlagen, dass Populisten mit demokratischen Mitteln an die Macht kommen können, und sie ist als Maßstab eines formalisierten Verfahrens zum Schutz einer demokratischen Ordnung keineswegs etabliert. Dies sind nicht nur theoretische Probleme. Am Mangel feststellbarer Verstöße aufgrund einer recht ungewissen normativen Grundlage sind die Maßnahmen gegenüber Österreich – man wird getrost sagen dürfen: zu Recht – gescheitert. Hieraus wird deutlich, dass institutionelle Sicherungen immer auch vor der Gefahr geschützt werden müssen, gegenüber einer politischen Seite als Instrument der politischen Auseinandersetzung missbraucht zu werden. Daraus folgen Konsequenzen sowohl für die Kriterien des Eingreifens von Sicherungen als auch für die Ausgestaltung der Sicherungen selbst,

230 Dies ist natürlich keine unumstrittene Unterscheidung, vgl. einmal *Jan-Werner Müller*, *Was ist Populismus?*, Berlin 2016; anders *Ernesto Laclau*, *On Populist Reason*, London/New York 2005. Abgewogen *Ducan Kelly*, *Populism and the History of Popular Sovereignty*, in: *Kaltwasser/Taggart u.a. (Hrsg.), Oxford Handbook of Populism*, Oxford 2017.

die wir im Folgenden genauer analysieren werden, die an dieser Stelle aber schon einmal zu skizzieren sind. Hinsichtlich der Kriterienbildung stellt sich die Frage, wie genau das demokratische Mandat einer antidemokratischen Partei zu bewerten ist. Als entscheidendes Kriterium wird sich hier die für eine Demokratie konstitutive institutionelle Chance der Minderheit ergeben, wieder zur Mehrheit werden zu können.²³¹ Dies entspricht einem Strang der empirischen Demokratieforschung, die die Etablierung demokratischer Strukturen anhand der stattgefundenen Regierungswechsel beurteilt.²³² Eine solche Betrachtung erlaubt einerseits, wie wir sehen werden, unterschiedliche Formen demokratischer Institutionen zuzulassen, was in der Vielfalt der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen eine Notwendigkeit ist. Sie ist andererseits aber, obwohl allgemein formuliert, gerade nicht formalistisch, sondern kann die praktischen politischen und sozialen Wirkungen institutioneller Entscheidungen einbeziehen.

Dieses Kriterium ist auch für die Ausgestaltung der Demokratisierung von Bedeutung. Denn das demokratische Mandat einer antidemokratischen Regierung schafft in Verbindung mit der prekären Legitimation demokratisierender Maßnahmen, die direkt aus der Europäischen Union kommen, eine problematische Mischung, in der Interventionen eine Öffnung des betroffenen politischen Prozesses noch weiter erschweren könnten. Aus diesem Grund ist bei der Ausgestaltung von Maßnahmen die Perspektive der mitgliedstaatlichen Oppositionen mitzudenken. Zugleich kann man nicht darauf vertrauen, einen solchen tiefgreifenden und genuin politischen Konflikt nur mit verfahrenstechnisch ausdefinierten Instrumenten lösen zu können, die noch dazu *top down* von den Organen der Europäischen Union auf die betreffenden Mitgliedstaaten einwirken.

231 Zu diesem Kriterium bei Kelsen nochmals *Markus Vašek*, Relativität und Revisibilität. Zur Begrenzung der Mehrheitsregel in der Demokratietheorie Hans Kelsens, *Rechtstheorie* 41 (2010), S. 499 (512 ff.).

232 *Wolfgang Merkel*, Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung, 2. Auflage, Wiesbaden 2010.

Institutionelle Lösungswege in der aktuellen Diskussion

Angesichts der greifbaren Unergiebigkeit des vorhandenen institutionellen Instrumentariums wird nach alternativen Möglichkeiten gesucht, die Einhaltung europäischer Grundwerte zu gewährleisten.²³³ Alle Lösungsvorschläge setzen an den fehlenden Sanktionsmöglichkeiten bei antidemokratischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten an.

1 Juridische Lösungswege

Juridische Lösungswege übertragen die Beurteilung des Konflikts den Gerichten, insbesondere dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH).²³⁴ Die aktuell diskutierten Vorschläge lassen sich in der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Vertragsverletzungsverfahrens und der Ausweitung des Anwendungsbereiches der Grundrechte zusammenfassen.

a) Ausweitung des Anwendungsbereiches des Vertragsverletzungsverfahrens

Die amerikanische Soziologin und vergleichende Verfassungsrechtlerin *Kim Lane Scheppelle* nimmt das bereits bestehende Vertragsverletzungsverfahren des Art. 258 ff. AEUV zum Ausgangspunkt ihrer Überlegung und schlägt dessen Ausweitung vor.²³⁵ Herkömmlicherweise ist das Verfahren, das individuelle Verstöße gegen Verpflichtungen aus den Unionsverträgen sanktioniert, nicht geeignet, dauerhafte und strukturelle Probleme in den Mitgliedstaaten zu ahnden. Am Beispiel Ungarns zeigt sich jedoch, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in mehreren kleineren

²³³ Siehe hierzu etwa die umfassende Studie von *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25; ebenso *European Parliamentary Research Service*, An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights (April 2016).

²³⁴ Neben dem Gerichtshof (EuGH) umfasst der Gerichtshof der Europäischen Union auch das Gericht (Art. 19 Abs. 1 EUV). Das Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union wurde am 1. September 2016 aufgelöst.

²³⁵ *Kim Lane Scheppelle*, Enforcing the basic principles of EU law through systematic infringement procedures, April 2015; *dies.*, Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions, in: *Closa/Kochenov*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge 2016, S. 105 ff.

Einzelritten unterwandert werden können, ohne dass sich der größere politische Zusammenhang in einem gerichtlichen Verfahren abbilden ließe. Solche einzelnen Vertragsverletzungsverfahren, die aber miteinander in Zusammenhang stehen, sollten *Scheppele* zufolge künftig in einem «System-Vertragsverletzungsverfahren» der Kommission gegen die Mitgliedstaaten gebündelt werden können. Der Vertragsverstoß könne dann entweder in einer Beeinträchtigung der Grundwerte des Art. 2 EUV durch eine systemische Verletzung durch den betreffenden Mitgliedstaat oder in einer Verletzung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) liegen. Ein solches bündelndes Vertragsverletzungsverfahren ermöglichte es der Kommission zu verhindern, dass sich die Mitgliedstaaten auf kleinere Korrekturen im Anschluss an das Vertragsverletzungsverfahren beschränken, ohne dass sich das dahinterliegende grundlegende politisch-institutionelle Problem tatsächlich geändert hätte.

b) Erweiterung des Anwendungsbereiches der EU-Grundrechte

Einen weiteren Ansatzpunkt für eine Reform juridischer Reaktionen bietet der gerichtliche europäische Grundrechtsschutz. So wird eine Ausweitung der Zuständigkeit der nationalen Gerichte und des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) beim Schutz europäischer Grundrechte von *Daniel Halberstam*²³⁶ und davon inspiriert von *Armin von Bogdandy*²³⁷ vorgeschlagen. Der Mechanismus lehnt sich an die Solange-II-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²³⁸ an, in der das Gericht entschieden hat, Maßnahmen der Europäischen Union nicht weiter am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen, *solange* auf europäischem Level ein strukturell vergleichbarer gerichtlicher Grundrechtsschutz gewährleistet ist.²³⁹ Übertragen auf die Verletzung europäischer Grundrechte bedeutet dies nach der «Reverse-Solange-Doktrin», dass die Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereiches der EU-Grundrechtecharta grundsätzlich autonom bleiben, solange sie den Kernbestand der Grundrechte gewährleisten. Durch die Zusammenführung europäischer Grundrechte und der Unionsbürgerschaft sind die Unionsgrundrechte als grundlegender Wert über Art. 2 EUV geschützt und zählen zu dem von der Rechtsprechung entwickelten «Kernbestand» der Unionsbürgerrechte.²⁴⁰ Ist die Vermutung innerstaatlicher Grundrechtsgewährleistung widerlegt, etwa, wenn sich ein

²³⁶ *Daniel Halberstam*, Constitutional Heterarchy. The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, University of Michigan Public Law Working Paper No. 111, 2008.

²³⁷ *Armin von Bogdandy/Matthias Kottmann/et al.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, *ZaöRV* 72 (2012), S. 45 ff.; dies., A Rescue Package for EU Fundamental Rights, verfügbar unter: www.verfassungsblog.de/category/schwerpunkte/rescue-english, zuletzt abgerufen am 27.04.2017.

²³⁸ BVerfGE 73, 339 ff. (*Solange II*), dazu erläuternd *Christian Calliess*, Staatsrecht III, München 2014, S. 326 ff.

²³⁹ Vergleichbare Figuren finden sich beim EuGH und beim EGMR, siehe hierzu EGMR, Urt. v. 30.6.2005, *Bosporus/Irland*, Nr. 45036/98 und EuGH, Urt. v. 3.9.2008, *Kadi und Al Barakaat*, verb. Rs C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351.

²⁴⁰ EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-0000.

Mitgliedstaat weigert, ein rechtskräftiges Urteil des EGMR umzusetzen oder mit dem konkreten Fall befasste Gerichte eingeschüchtert oder deren Entscheidungsaussprüche missachtet werden, können die Unionsbürger vor den nationalen Gerichten unter Rückendeckung des EuGH auch die Verletzung des Wesensgehaltes europäische Grundrechte gegen mitgliedstaatliche Maßnahmen geltend machen.²⁴¹

c) Bewertung

Sowohl die Ausweitung des bestehenden Vertragsverletzungsverfahrens als auch die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Grundrechte übertragen die Problematik fehlender Absicherung demokratischer Strukturen dem EuGH. Der Lösungsweg bietet den Vorteil, sich weniger dem Risiko der Parteilichkeit ausgesetzt zu sehen. Gleichzeitig birgt er jedoch auch die Gefahr einer Politisierung der Justiz.²⁴² Denn es ist weder im Falle eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens noch im Falle der Erweiterung des Geltungsbereiches der Unionsgrundrechte völlig klar, *wie* der EuGH die eigentlichen Probleme in solchen Verfahren adressieren könnte. Mit Blick auf die denkbare Ausdehnung des Vertragsverletzungsverfahrens liegt dies daran, dass der Zusammenhang zwischen verschiedenen Vertragsverletzungen sich gerade nicht aus dem auf einen Fall bezogenen gerichtlichen Verfahren selbst ergibt – und sich damit auch nicht die von diesem zu generierende Legitimation zu eigen machen kann.²⁴³ Zudem haben wir bereits gesehen, dass das Normprogramm des Art. 2 EUV grundsätzlich über den eigentlichen Regelungskreis des Unionsrechts hinausgeht und zudem mangels Konturierung bisher nicht unmittelbar justizierbar ist. Dennoch erscheint *Scheppeles* Vorschlag als gangbarer Weg, Entwicklungen in den Mitgliedstaaten zu adressieren. Die gerichtliche Kontrolle wird sich aber als anspruchsvoller erweisen, als in ihren Ausführungen unterstellt wird, denn sie setzt prüfbare Standards voraus, die sich so im Unionsrecht nicht finden lassen. Die Einbindung des EuGH wird die Probleme nicht auflösen, aber den Konflikt klären.

Die «Reverse-Solange-Doktrin» erscheint eher noch weniger geeignet, umfassende strukturelle Entwicklungen in den Mitgliedstaaten zu erfassen. Sie ist zwar in der Lage, *individuelle* Grundrechtsverletzungen aufzufangen, nicht jedoch allgemeine Verletzungen des Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzips. Sie ist außerdem auf die Kooperation der nationalen Gerichte angewiesen und kann dann nicht tragen, wenn diese politisch ausgehebelt worden sind. Institutionell besteht hier zudem die Gefahr, dass andere nationale Verfassungsgerichte eine solche Erweiterung des Kontrollmaßstabs europäischer Gerichte als Anmaßung und auch als potentielle Nivellierung ihrer eigenen Standards verstehen könnten.

²⁴¹ *Armin von Bodandy/Matthias Kottmann/et al.*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, *ZaöRV* 72 (2012), S. 45 ff

²⁴² *Michael Blauberger*, Europäischer Schutz gegen nationale Demokratiedefizite?, *Leviathan* 44 (2016), 280 (298).

²⁴³ *Christoph Möllers*, Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?, in: Geis/Nullmeier/Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik*, *Leviathan* Sonderband 27 (2012), S. 398 ff.

2 Funktionalistisch-administrative Lösungswege

Funktionalistisch-administrative Modelle übertragen die Konfliktlösung einer exekutiven Institution, insbesondere einer Monitoring-Institution, um die langen und reaktionshemmenden Entscheidungsmechanismen in den Mitgliedstaaten zu umgehen. Neben dem Mechanismus der Venedig-Kommission auf Ebene des Europarates findet auf Unionsebene ein solches Monitoring vor dem Beitritt der Mitgliedstaaten nach den bereits beschriebenen Kopenhagener Kriterien statt. Nach dem Beitritt wird jedenfalls die Achtung der Grundrechte durch die Mitgliedstaaten durch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte kontrolliert.²⁴⁴

a) Monitoring-Institutionen

Ein Vorschlag bezieht sich auf die Einbeziehung unabhängiger Monitoring-Institutionen, um die Entwicklungen in den Mitgliedstaaten zu bewerten. Als unabhängige Stellen kämen etwa die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte oder ein zu installierendes Monitoring-Komitee, in dem die Venedig-Kommission eine beratende Rolle innehat, in Betracht.²⁴⁵ *Jan-Werner Müller* schlägt die Etablierung einer «Kopenhagen-Kommission» vor, die die Einhaltung der Kopenhagen-Kriterien auch nach Beitritt der Mitgliedstaaten überwachen und notfalls auch sanktionieren können soll.²⁴⁶ Diese Kommission solle mit Untersuchungsrechten zur Bewertung der Rechtslage ausgestattet sein und klare Signale an die Mitgliedstaaten senden dürfen. Im Anschluss an die Hinweise der «Kopenhagen-Kommission» solle die Europäische Kommission etwa verpflichtet sein, Fördermittel zu kürzen oder Geldstrafen zu erlassen.

244 *Catherine Dupré*, The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept, in: von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 351 (363).

245 Hierzu *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 17 f.

246 *Jan-Werner Müller*, Safeguarding Democracy inside the EU. Brussels and the Future of the Liberal Order, *Transatlantic Academy Paper Series*, 2/2013, S. 24 ff.; *ders.*, Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU: The Idea of a Copenhagen Commission, in: Closa/Kochenov, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, S. 206 ff.; kritisch *Claudio Franzius*, Sinn und Unsinn einer Kopenhagen-Kommission, *VerfBlog*, 2013/4/08, <http://verfassungsblog.de/sinn-und-unsinn-einer-kopenhagen-kommission>, zuletzt abgerufen am 11.8.2017.

b) Der Vorschlag des Europäischen Parlaments für einen EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte

Das Europäische Parlament hat im Oktober 2016 die Schaffung eines neuen EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte gefordert.²⁴⁷ Dieser solle auf der Grundlage von Art. 295 AEUV in Form einer interinstitutionellen Vereinbarung mit der Kommission geschlossen werden. Der Mechanismus zielt darauf, die Einhaltung der Grundwerte und Gründungsprinzipien der Europäischen Union – Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte – sowohl durch die Mitgliedstaaten als auch die Organe der Union zu überwachen (Art. 1 der Entschließung). Er schlägt einen jährlichen Bericht über Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte mit länderspezifischen Empfehlungen, eine jährliche interparlamentarische Aussprache²⁴⁸ auf der Grundlage dieses Berichts sowie einen Politikzyklus zu Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und den Grundrechten in den Organen der Union vor (Art. 2 der Entschließung).

Nach dem Vorschlag wird der Europäische Bericht über die Lage der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte in den Mitgliedstaaten von der Kommission ausgearbeitet, die sich mit einem Sachverständigengremium abstimmt (Art. 4 der Entschließung). Dieses soll mit einem vom nationalen Parlament jedes Mitgliedstaates benannten sowie zehn weiteren vom EP mit ernannten Sachverständigen besetzt werden (Art. 8 der Entschließung). Das Gremium bewertet dann die Lage in den Mitgliedstaaten unter Beachtung besonderer Aspekte, etwa der Gewaltenteilung, des Medienpluralismus und der Möglichkeit institutioneller Kontrollen und Gegenkontrollen (Art. 7 der Entschließung), und erarbeitet Entwürfe für länderspezifische Empfehlungen aus (Art. 8 der Entschließung). Grundlage der Bewertung wären unter anderem die Beiträge der staatlichen Stellen der Mitgliedstaaten, der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, die Rechtsprechung EuGH und des EGMR sowie die Stellungnahmen der Venedig-Kommission (Art. 6 der Entschließung). Die Kommission stellte dem Sachverständigengremium ein Sekretariat zur Verfügung, um eine effiziente Arbeitsweise zu ermöglichen.

Der Europäische Bericht über Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte würde dann von der Kommission angenommen und bildete die Grundlage interparlamentarischer Aussprachen im EP und einer Aussprache im Rat (Art. 10 des Entwurfs). Auf der Grundlage des Berichtes nähme das EP eine Entschließung an. Im Rahmen des bereits erwähnten Rechtsstaatlichkeitsdialoges führte der Rat eine jährliche Aussprache über den Europäischen Bericht. Er nähme Schlussfolgerungen an, in denen die nationalen Parlamente aufgefordert werden, eine Stellungnahme, Vorschläge oder Reformvorschläge zu dem Bericht vorzulegen. Auf der Grundlage der Ergebnisse des Berichts könnte die Europäische Kommission auch ein systemisches Vertragsverletzungsverfahren einleiten oder

²⁴⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2016 mit Empfehlungen an die Kommission zur Einrichtung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte (2015/2254(INL)).

²⁴⁸ Die jährliche interparlamentarische Aussprache im Europäischen Parlament ist Teil eines mehrjährigen strukturierten Dialogs zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat, der Kommission und den nationalen Parlamenten, in die auch die Zivilgesellschaft, die FRA und der Europarat einbezogen werden, Art. 10 Abs. 3 der Entschließung.

vorschlagen, dass eine Bewertung des Rates erfolgt, wie die Behörden der Mitgliedstaaten die EU-Politik im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durchführen (Art. 70 AEUV)²⁴⁹. Die Bewertungen des Berichtes bildeten zugleich die Maßgabe für die Einleitung eines Dialoges mit den Mitgliedstaaten oder die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens.

Der EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte sieht zudem vor, dass das Sachverständigenngremium auch die Achtung der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte durch das EP, den Rat und die Kommission überwacht (Art. 11 des Entwurfs). Daneben wird die Schaffung einer interinstitutionellen Arbeitsgruppe zu Folgenabschätzungen vorgeschlagen, um eine Kultur der Achtung der Grundrechte und der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten zu schaffen und Umsetzungsproblemen entgegenzuwirken (Art. 12 des Entwurfs). Die Europäische Kommission hat den Vorschlag des Europäischen Parlaments hingegen aus mehreren Gründen abgelehnt (dazu sogleich, Kap. IV.2 d).²⁵⁰

c) Finanzielle Sanktionierungsoptionen

Sind die institutionellen bzw. politischen Lösungswege ausgeschöpft, kämen auch finanzielle Sanktionen in Betracht. Die Zurückhaltung oder Kürzung finanzieller Mittel kann eine Motivation für die Mitgliedstaaten bilden, ihr Verhalten zu ändern, wie dies auch bereits von den Außenministern Deutschlands, der Niederlande, Finnlands und Dänemarks gefordert worden ist.²⁵¹

Zwangsgelder im Rahmen eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens

Kim Lane Scheppele hat im Rahmen des von ihr vorgestellten systemischen Vertragsverletzungsverfahrens vorgeschlagen, für den Fall, dass die Mitgliedstaaten keine wesentlichen innerstaatlichen Änderungen vornehmen, gegen sie nach bestehendem Prozessrecht (Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV) ein Zwangsgeld zu verhängen. Da das herkömmliche Sanktionsverfahren regelmäßig durch Verzögerungen der Mitgliedstaaten behindert wird, sollten im Falle systemischer Verletzungen der in Art. 2 EUV genannten Werte EU-Fördermittel suspendiert werden, solange die Verletzung andauert. Die oftmals sehr verzögerte Begleichung des Zwangsgelds aus dem nationalen Budget müsste in diesem Fall nicht abgewartet werden. Art. 260 AEUV sei weit auszulegen und schreibe nicht vor, *wie* die finanzielle Sanktion zu erfolgen habe. Er schliesse daher auch die Zurückhaltung von Geldern durch die Kommission nicht aus.²⁵²

249 Hierzu *Oliver Suhr*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, München 2016, Art. 70 AEUV, Rn. 1.

250 Follow up to the European Parliament resolution on with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights, SP (2017)16, adopted by the Commission on 17 January 2017, 2.

251 Siehe das bereits erwähnte Schreiben der Außenminister Deutschlands, der Niederlande, Finnlands und Dänemarks vom 6. März 2013, s. *Kim Lane Scheppele*, Enforcing the basic principles of EU law through systematic infringement procedures, April 2015, S. 19 f.

252 *Kim Lane Scheppele*, Enforcing the basic principles of EU law through systematic infringement procedures, April 2015, S. 18 ff., S. 22.

Scheppele weist allerdings zurecht darauf hin, dass Sanktionsmechanismen aus Klarstellungsgründen üblicherweise in den Unionsverträgen selbst normiert sind und eine Vertragsänderung angesichts der aktuellen Vetohaltung einiger Mitgliedstaaten nicht in Betracht komme. Im Wege der Sekundärrechtssetzung, also insbesondere über Verordnungen und Richtlinien, könne aber der Kommission die Befugnis eingeräumt werden, EU-Mittel zu suspendieren. Mechanismen, in denen die Auszahlung finanzieller Mittel an die Erfüllung bestimmter Kriterien gekoppelt ist, existierten etwa bereits im Rahmen des Defizitverfahrens der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, wenn die Mitgliedstaaten die gemeinsamen Ziele, insbesondere Stabilität und Wachstum, nicht erfüllten. Ein ähnliches Verfahren könne für systemische Verletzungen des Art. 2 EUV eingeführt werden, um EU-Fördermittel zu kürzen, die andernfalls an die Mitgliedstaaten zu zahlen wären.²⁵³

Neugestaltung der EU-Struktur- und Investitionsfonds

Die Schaffung sekundärrechtlicher Normen ist freilich zu langwierig, um aktuelle Probleme anzugehen. Ein Ansatzpunkt könnte daher die Neugestaltung oder Suspendierung bestehender Förderungsmechanismen im Rahmen der Europäischen Struktur- und Investitionsfonds sein. Die Strukturfonds dienen der Abschwächung des wirtschaftlichen und sozialen Gefälles innerhalb der Europäischen Union. Zu ihnen zählen u.a. der Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zur Förderung einer ausgewogenen Entwicklung in den verschiedenen Regionen und der Europäische Sozialfonds (ESF). Der Kohäsionsfonds zielt auf die Verwirklichung der strukturpolitischen Ziele der Union, insbesondere in den Bereichen Umwelt und Verkehr. Förderungsfähig sind jene Mitgliedstaaten, deren Bruttonationaleinkommen (BNE) pro Einwohner unter 90% des EU-Durchschnitts liegt, für den Zeitraum von 2014 bis 2020 etwa Bulgarien, Ungarn, Polen, Portugal, Rumänien, Slowenien und die Slowakei.²⁵⁴

Zuletzt hat auch EU-Haushaltskommissar *Günther Oettinger* (CDU/EVP) den Vorschlag ins Spiel gebracht, ab 2021 die EU-Strukturfonds neu auszugestalten und die Mittelvergabe u.a. an die Einhaltung bestimmter politischer Bedingungen in den

253 *Kim Lane Scheppele*, Enforcing the basic principles of EU law through systematic infringement procedures, April 2015, insb. S. 22 ff.

254 Durchführungsbeschluss der KOM 2014/99/EU vom 18.02.2014, ABl. 2014 L 50; ausführlich zu Struktur- und Investitionsfonds *Wolfgang Petzold*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 174 AEUV, Rn. 1 ff.

Mitgliedstaaten zu koppeln.²⁵⁵ Der Ansatz wird von der Bundesregierung unterstützt.²⁵⁶ Zwar entscheidet der Ministerrat einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments über die Festlegung des mehrjährigen Finanzrahmens, der auch die Förderbedingungen regelt (Art. 312 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 AEUV). Insbesondere die Staaten, die auf die Förderung angewiesen sind und zu denen auch Polen und Ungarn zählen, haben jedoch ein wesentliches Interesse an der Fortführung der Zahlungen und werden sich daher eher auf Verhandlungen einlassen.

Suspendierung bzw. Mittelkürzung im Rahmen bestehender Vergabemechanismen
Neben der Neuausgestaltung der Förderbedingungen käme auch eine Suspendierung und/oder Kürzung von Mitteln bestehender Vergabemechanismen in Betracht. Die Struktur- und Kohäsionsfonds der Union dienen dem Ziel der Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts, um eine harmonische Entwicklung der Europäischen Union als Ganzes zu fördern (Art. 174 Abs. 1 AEUV). Dies setzt die Einhaltung der in Art. 2 EUV normierten gemeinsamen Werte voraus, die allen Beziehungen der Union mit den Mitgliedstaaten sowie den Mitgliedstaaten untereinander zugrunde liegen.²⁵⁷ Wendet sich ein Mitgliedstaat von diesen Anforderungen ab, entfällt mangels Möglichkeit, die Förderungsziele zu erreichen, auch die Förderungsfähigkeit.

Die Kürzung oder Streichung der Mittel unterläge mehreren Voraussetzungen, die nachfolgend nur kurz skizziert werden sollen. Die Verordnung, die die gemeinsamen Bestimmungen für die Mittelvergabe aus Struktur- und Kohäsionsfonds enthält,²⁵⁸ ermöglicht die Streichung von Fondsmitteln im Falle gravierender Mängel bei der wirksamen Funktionsweise des Verwaltungs- und Kontrollsystems der Mittelvergabe, bei Unregelmäßigkeiten in der Mittelverwendung und im Falle der Nichterfüllung von Berichtspflichten (Art. 144 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1303/2013). Im Vergleich mit diesen Varianten käme eine Suspendierung erst recht in Betracht, wenn trotz mehrmaliger Aufforderung der Union ein Mitgliedstaat die Einhaltung der in Art. 2 EUV genannten Werte verweigert. Hierfür müssten bestehende Reaktionsmechanismen der Europäischen Union zunächst ausgeschöpft und erfolglos durchlaufen worden sein. Erst anschließend könnte die finanzielle Unterstützung aus den Fonds durch einen Durchführungsrechtsakt der Kommission zurückgehalten oder suspendiert werden. Die Entscheidung wäre aufgrund der Bedeutung

255 EU Observer v. 30.5.2017, Commission hints at political conditions for EU funds, verfügbar unter: <https://euobserver.com/institutional/138063>, zuletzt abgerufen am 9.8.2017. Zustimmung hierzu auch die Justizkommissarin Věra Jourová (ANO/ALDE), Die Zeit v. 19.7.2017, EU-Kommissarin droht Polen mit Entzug von Fördergeldern, verfügbar unter: www.zeit.de/politik/ausland/2017-07/umstrittene-justizreform-polen-eu-foerdergelder-vera-jourova, zuletzt abgerufen am 9.8.2017.

256 Reuters v. 30.5.2017, Cut funds to EU members that violate rule of law: German proposal, verfügbar unter: www.reuters.com/article/us-germany-eu-cohesion-funds/cut-funds-to-eu-members-that-violate-rule-of-law-german-proposal-idUSKBN18Q28R?il=0, zuletzt abgerufen am 9.8.2017.

257 *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München, 2017, Art. 2 EUV; Rn. 8 ff.

258 Verordnung (EU) Nr. 1303/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013.

und Folgen mit qualifizierter Mehrheit zu treffen und hätte den unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren (vgl. Art. 144 Abs. 1 und Abs. 2 VO (EU) Nr. 1303/2013). Eine vorübergehende Zurückhaltung von Mitteln genösse daher der Vorrang gegenüber einer teilweisen oder vollständigen Suspendierung. Neben Art und Schweregrad des mitgliedstaatlichen Verstosses müssten zudem die finanziellen Auswirkungen für den Mitgliedstaat berücksichtigt werden (vgl. Art. 144 Abs. 2 VO (EU) Nr. 1303/2013), ebenso wie die Folgen für die Rechte und Pflichten natürlicher und juristischer Personen (vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 EUV). Kürzungen aus dem Europäischen Sozialfonds kämen daher grundsätzlich nicht in Betracht. Die betroffenen Mitgliedstaaten müssten vor einer Suspendierung bzw. Kürzung der Mittel angehört werden (vgl. Art. 145 VO (EU) Nr. 1303/2013).

d) Bewertung

Monitoring-Modelle haben eine appellative Funktion. Sie versorgen den politischen Prozess und die öffentliche Debatte im besten Fall mit zuverlässigen Informationen und gut begründeten Bewertungen anhand nachvollziehbarer Maßstäbe. Sie können keine Entscheidungen treffen und Probleme nicht lösen. Sie unterstützen die Kritik innerhalb und außerhalb der betroffenen Mitgliedstaaten. Die Schaffung zusätzlicher, beratender Instrumente auf der Ebene der Europäischen Union bedürfte einer im Moment schwer vorstellbaren Änderung der Unionsverträge oder einer langwierigen und zähen Sekundärrechtssetzung. Zudem besteht mit der Venedig-Kommission schon eine historisch gewachsen starke Institution, deren Stellungnahmen von den Organen der Europäischen Union berücksichtigt werden und in den Auseinandersetzungen mit Vertretern der kritisierten Regierungen oftmals auch als Referenz akzeptiert oder sogar selbst bemüht werden.

Als interinstitutionelle Vereinbarung (Art. 295 AEUV) könnte der vom EP vorgeschlagene EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte einerseits ohne strenge Verfahrens- und Formvorgaben abgeschlossen werden und andererseits je nach Vereinbarung zwischen den Unionsorganen auch bindenden Charakter aufweisen.²⁵⁹ Die Europäische Kommission hat den Vorschlag des Europäischen Parlaments aber aus mehreren Gründen abgelehnt. Fraglich sind in der Tat bereits der Bedarf und die Machbarkeit eines solchen Instrumentes. Insbesondere die zentrale Rolle des Sachverständigengremiums wirft Fragen der Legalität, der institutionellen Legitimität und Verantwortlichkeit auf. Aus praktischen und politischen Gründen erscheint es überdies schwierig, dass alle involvierten Parteien zu einer gemeinsamen Bewertung der Lage in den Mitgliedstaaten gelangen. Um Doppelmaßnahmen zu verhindern, liegt eine freilich konsequent gehandhabte Beschränkung auf die bestehenden Mechanismen, insbesondere den EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, näher.²⁶⁰

²⁵⁹ Markus Krajewski/Ulrich Rösslein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 295 AEUV, Rn. 18 ff.

²⁶⁰ Follow up to the European Parliament resolution on with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights, SP (2017)16, adopted by the Commission on 17 January 2017, 2 f.

Die weite Interpretation des Art. 260 AEUV, wonach nicht nur die Zahlung von Pauschalbeträgen oder Zwangsgeldern aus dem nationalen Budget, sondern auch die Kürzung bzw. Zurückhaltung von EU-Fördermitteln erfasst sei, überdehnt den Wortlaut der Vorschrift. Aus Klarstellungsgründen bedarf es einer ausdrücklichen Normierung von Sanktionsverfahren in den Unionsverträgen, die angesichts der Vetohaltung einiger Mitgliedstaaten nicht in Betracht kommt. Dies gilt ebenso für die Einführung von Sekundärrechtssetzung nach dem Vorbild des EU-Defizitverfahrens, die sich als langwierig erweisen und an politischen Gegenstimmen scheitern dürfte. Aussichtsreicher erscheint uns die Neugestaltung der EU-Struktur- und Investitionsfonds ab 2021. Einer solchen Neugestaltung müsste jedoch der Drahtseilakt gelingen, klare Kriterien zu definieren und den förderungsbedürftigen Mitgliedstaaten einen hinreichenden Handlungsspielraum zu belassen. Andernfalls besteht das Risiko, dass die inhaltlichen Anforderungen an die Mitgliedstaaten, an die die Finanzierung aus den Fonds gekoppelt wäre, selbst zu einem «budgetary rider» werden, also zu Zusatzverpflichtungen, die mit den eigentlichen Gründen der finanziellen Förderung nur noch wenig in Verbindung stehen. Diese Praxis, einzelne Verpflichtungen mit einem Gesetzespaket zu verbinden, ist aus sonstigen Rechtsordnungen bekannt, wird aber überwiegend als verfassungsrechtlich problematisch bewertet. Im Falle der Kopplung der EU-Förderung an die Erfüllung bestimmter Kriterien könnte die Europäische Union etwa überall dort, wo sie über Fördermittel verfügt, die Kompetenzordnung aushebeln, indem sie beliebige Förderbedingungen zu Lasten der Mitgliedstaaten aufstellt. Die Neugestaltung der EU-Struktur- und Investitionsfonds birgt daher das Risiko, selbst zum Ausgangspunkt neuer Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten und der Union zu werden.

Die Suspendierung bzw. Kürzung von Mitteln im Rahmen der bestehenden Vergabemechanismen hätte zwar den Vorteil, ohne die langwierige Schaffung neuer auf bestehende Verfahren zurückgreifen zu können. Die Kommission würde als «Hüterin der Verträge» allein entscheiden, und anders als im Verfahren des Art. 7 EUV wäre die nachträgliche Kontrolle durch unionale Gerichte möglich, was die Legitimität der Mittelkürzung erhöhte. Dennoch bleibt die Wirksamkeit solcher Maßnahmen beschränkt. Ob finanzieller Druck allein ausreicht, um einen Mitgliedstaat zum Umlenken zu bewegen, ist ungewiss.²⁶¹ Letztlich spielten Kürzungen dem beliebten Narrativ autoritärer Regime in die Hände, wonach demokratische Mitgliedstaaten von der Europäischen Union gegängelt würden. Sie widersprechen im Übrigen der Idee der Union selbst.²⁶² Finanzielle Förderungen sollen nicht jenen Mitgliedstaaten vorenthalten werden, die hierauf angewiesen sind, und nicht Bürger treffen, denen die politische Entwicklung in ihrem Land nicht zuzurechnen ist.²⁶³

261 *Bojan Bugarič*, Protecting democracy inside the EU: on article 7 TEU and the Hungarian turn to authoritarianism, in: Closa/Kochenov, Reinforcing rule of law oversight in the European Union, Cambridge 2016, S. 84 f.; *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 11 f.

262 *Robert Grzeszczak/Ireneusz Pawel Karolewski*, Mind the Gap! Schwierigkeiten der Rechtsstaatlichkeit in der EU, VerfBlog, 2017/9/26, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/mind-the-gap-schwierigkeiten-der-rechtsstaatlichkeit-in-der-eu>, zuletzt abgerufen am 2.10.2017.

263 *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 19.

3 Verbindung des Art. 7-EUV-Verfahrens gegen mehrere Mitgliedstaaten

Die Feststellung, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat vorliegt, die wiederum Voraussetzung für einen Sanktionsbeschluss nach Art. 7 Abs. 3 EUV ist, scheitert bislang am Einstimmigkeitserfordernis und an der Blockadehaltung einzelner Mitgliedstaaten. *Viktor Orbán* hat bereits angekündigt, im Falle der Einleitung eines Verfahrens gegen Polen sein Veto einzulegen.

Anknüpfend hieran hat *Kim Lane Scheppele* vorgeschlagen, das Veto durch eine Verbindung der Art. 7 EUV-Verfahren gegen Ungarn und Polen zu umgehen.²⁶⁴ Staaten, gegen die selbst ein Verfahren nach Art. 7 EUV eingeleitet worden ist, wären gem. Art. 7 Abs. 5 EUV i.V.m. Art. 354 Abs. 1 AEUV nicht stimmberechtigt und könnten das Verfahren nicht blockieren, wenn sie ihrerseits nicht die Werte des Art. 2 EUV erfüllen.²⁶⁵

Die Verfahrensverbindung wäre jedoch an strenge Bedingungen geknüpft: erstens an das Bestehen eines engen Zusammenhangs zwischen den Werteverstößen in beiden Ländern und zweitens an ein erkennbar kollusives Zusammenwirken zwischen beiden Staaten gerade zu dem Zweck, das Verfahren des Art. 7 EUV zu blockieren.²⁶⁶ Der Nachweis, dass tatsächlich ein kollusives Zusammenwirken zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt, dürfte jedoch nur schwer zu erbringen sein. Außerdem ist nicht absehbar, ob es bei der Vetohaltung eines Staates bleibt oder ob weitere Staaten die Einleitung des Art. 7 EUV-Verfahrens blockieren. Letztlich bleibt die Einleitung trotz der Möglichkeit der Koppelung vom Verlauf der politischen Stimmlage im Rat abhängig.

²⁶⁴ *Kim Lane Scheppele*, Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too>, hieran anschließend *Alexander Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaats-Verfahren gegen mehrere Mitgliedsstaaten, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-Rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten>, beides zuletzt abgerufen am 9.8.2017.

²⁶⁵ Zu diesem Vorschlag *Kim Lane Scheppele*, EU can still block Hungary's veto on Polish sanctions, verfügbar unter: www.politico.eu/article/eu-can-still-block-hungarys-orban-veto-on-polish-pis-sanctions, zuletzt abgerufen am 10.8.2016.

²⁶⁶ So vorgeschlagen von *Alexander Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaats-Verfahren gegen mehrere Mitgliedsstaaten, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-Rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten>, beides zuletzt abgerufen am 9.8.2017.

Stellungnahme und Reformansätze

Aus unseren Überlegungen ergeben sich Gründe dafür, mit institutionellen, von der EU-Ebene auf die Mitgliedstaaten einwirkenden Lösungsansätzen vorsichtig umzugehen. Diese Vorsicht ergibt sich allgemein als historische Lehre aus den dramatischen politischen Schwierigkeiten, die sich in allen großen föderalen Integrationsprozessen zeigten. Sie ist auch gerade in der Europäischen Union geboten: Denn wenn sich systemische Probleme in Mitgliedstaaten mit einer politischen Kritik an der europäischen Integration verbinden, erscheinen Interventionen aus der europäischen Ebene oft als zwiespältig und könnten auch zu anderen als den beabsichtigten Effekten führen, insbesondere die Arbeit der innerstaatlichen Opposition eher behindern als fördern. Grundsätzlich sollten sich alle Arten von Maßnahmen zum Schutz demokratischer Strukturen mit der Rolle der jeweiligen Opposition vor Ort befassen und sich mit dieser ausgetauscht haben, um solche Rückschläge zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund werden unsere Empfehlungen sich zunächst der wichtigen – und bisher unterschätzten – Frage zuwenden, auf Grundlage welcher Kriterien und unter welchen materiellen Bedingungen es überhaupt gestattet werden kann, Probleme in den Mitgliedstaaten auch formell und vertikal anzugehen (1). Anschließend werden wir uns mit informellen Einflussmöglichkeiten beschäftigen (2). Schließlich ist zu fragen, welche Konsequenzen sich daraus für das Handeln der europäischen Organe herleiten lassen (3).

1 Systematische Kriterienbildung: Schutz der demokratischen Opposition

Eine Gefahr eines institutionalisierten Demokratieschutzes in der Europäischen Union besteht darin, politisches Unbehagen an der Entwicklung eines Mitgliedstaates mit strukturellen Defiziten demokratischer Institutionen zu verwechseln – oder das eine wahllos in das andere übergehen zu lassen. Aus diesem Grund ist es von entscheidender Bedeutung, sich über die Kriterien für eine Auflösung demokratischer Strukturen klar zu werden. Diese Klärung erfüllt eine doppelte Funktion: Sie legitimiert einen Eingriff in den politischen Prozess der Mitgliedstaaten, der stark rechtfertigungsbedürftig ist, gegenüber diesen. Sie dient aber auch der Vergewisserung der anderen Beteiligten, die sich darüber Rechenschaft ablegen müssen, mit einer Maßnahme kein eigenes politisches Ziel zu verfolgen, sondern dem Schutz der Institution zu dienen. Eine solche Klärung setzt eine enggeführte Rechtfertigung voraus. Gerade wenn es um das Ganze geht, bedarf es strenger Kriterien. Der Katalog

des Art. 2 EUV ist als solcher für diese Aufgabe ungeeignet, weil er zu allgemein und zu weich formuliert ist. Aus diesem Grund ist eine Einschränkung angezeigt. Zu diesem Zweck werden wir im Folgenden den Vorschlag machen, Maßnahmen auf die Sicherung der Demokratie zu beschränken und Demokratie über den Zustand der politischen Opposition zu bestimmen, also über den Schutz künftiger Mehrheiten. Dabei ist es wichtig zu sehen, dass eine solche Kriterienbildung ihrerseits Gegenstand eines politischen Prozesses sein muss, der zwar günstigstenfalls demokratietheoretisch informiert sein sollte, der aber die Frage, was die eigene Demokratie zur Demokratie macht, in einem offenen Prozess zu entscheiden hat. Nur mit dieser Einschränkung verstehen sich die folgenden Überlegungen.

a) Systematische Probleme des Art. 2 EUV

Die Bildung systematischer Kriterien, die den politischen Prozess zuverlässig darüber aufklären, wann tatsächlich eine Gefährdung demokratischer Strukturen in einem Mitgliedstaat vorliegt, erweist sich in mehreren Hinsichten als Problem. Die Einhaltung dieser Strukturen in den Mitgliedstaaten ist seit den Anfängen der Gemeinschaft, zunächst implizit und dann mehr und mehr explizit, vorausgesetzt worden. Die Aufnahme neuer Mitgliedstaaten sollte von Anfang an dem Demokratieprinzip verpflichtet sein.²⁶⁷

Doch ist es nicht einfach, eine solche Voraussetzung ausdrücklich zu formulieren. Die Aufzählung gemeinsamer «Werte» ist seit ihrer Einführung mit dem Vertrag von Maastricht²⁶⁸ unscharf geblieben. Heute bildet Art. 2 EUV einen systematisch nur schwachen Ansatzpunkt zur Lösung des Problems. Die in der politischen Diskussion gerne benutzte Anrufung von «Werten» ist schon deswegen unbefriedigend, weil Werte zwar einen normativen Gehalt besitzen, aber als solche keine durchsetzbaren Pflichten begründen.²⁶⁹ In einer liberalen Rechtsordnung kann jemand sein Verhalten ausdrücklich nicht an bestimmten Werten orientieren, ohne deswegen eine Rechtsverletzung zu begehen. Die Bindung an Werte ist in ihrer Reichweite ungewiss. Dies gilt in der Formulierung des Art. 2 Satz 2 EUV umso mehr, weil der Bezug auf die gemeinsamen Werte einer bestimmten «Gesellschaft» zwar auf der einen Seite die Verpflichtungsadressaten der Norm über die Staaten hinaus auszuweiten scheint, aber mit dieser Ausweitung im Ergebnis den normativen Anspruch der gesamten Vorschrift nur weiter unterminiert. Dass sich aus Art. 2 EUV Pflichten Einzelner herleiten ließen, wird man nicht annehmen können. Dann bleibt aber unklar, welche Pflichten sich für «Gesellschaften» und welche dann noch für die Mitgliedstaaten ergeben sollen. Dass sich die Gesellschaften der Mitgliedstaaten durch

²⁶⁷ *Christophe Hillion*, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, in: *ders.*, *EU enlargement*, Oxford/Portland (Oregon) 2004, S. 2 ff.

²⁶⁸ *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 61. EL, München 2017, Art. 2 EUV, Rn. 2.

²⁶⁹ Leider wird dies in der Diskussion zu wenig berücksichtigt, vgl. etwa *Christian Calliess*, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht*, *JZ* 2004, S. 1033 ff.

die gewählten Werte auszeichnen, wie Satz 2 unterstellt, ist erst einmal eine faktische Behauptung, deren Richtigkeit im Jahre 2017 mehr als zweifelhaft erscheint. Die genannten Werte sind zudem überinklusiv.²⁷⁰ Sie zählen alles auf, was billig und gerecht klingt, anstatt sich auf ein nachvollziehbares und anwendbares Normprogramm zu beschränken. Dabei geht auch unter, dass zwischen den genannten Werten auch Widersprüche bestehen können, etwa mit Blick auf Mehrheits- und Minderheitenrechte, Freiheit und Gleichheit oder Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Schließlich ist auch zu beachten, dass diese Norm nicht nur im Zusammenhang mit Art. 7 EUV steht, der trotz der vagen Formulierungen systematisch dazu nötigt, Art. 2 EUV handhabbar zu konkretisieren, sondern auch mit Art. 4 Abs. 2 EUV, der die nationale Identität der Mitgliedstaaten schützt.²⁷¹

Praktisch ergibt sich bei der Anwendung der Norm das Problem, dass Eingriffe von Mitgliedstaaten in ihre eigenen demokratischen Strukturen oft mit institutionellen Mitteln geschehen, die in anderen Kontexten nicht problematisch wären. Beispielhaft: Wenn die polnische Regierung die Verfassungsgerichtsbarkeit in ihrer Arbeitsweise dramatisch beschränkt, ist auch zu bedenken, dass es Mitgliedstaaten gibt, die keine Verfassungsgerichtsbarkeit haben, ohne dass dies als ein Problem ihrer demokratischen Rechtsstaatlichkeit verstanden werden könnte. Wenn in Ungarn viele Gesetze der Regierung Orbán mit einer verfassungsändernden Mehrheit beschlossen werden, so ist dies auf den ersten Blick gleichfalls unproblematisch. Es gibt kein Prinzip des demokratischen Rechtsstaates, das bestimmte Entscheidungen nicht mit Verfassungsrang beschlossen werden dürften.²⁷² Doch könnte dies im Ergebnis dazu führen, dass künftige Mehrheiten Vorgaben dieser Regierung nicht mehr zu ändern in der Lage wären. *Kim Lane Scheppele* hat in diesem Zusammenhang witzig und systematisch genau von einem «Frankenstate»²⁷³ gesprochen, also von einem Gebilde, das eigentlich aus bekannten Versatzstücken besteht, aber dennoch in der konkreten Kombination zu einem institutionellen Monster geworden ist. Auch um dieses Problem zu lösen, bedarf es einer konkretisierenden Lesart des Art. 2 EUV, die die Mitgliedstaaten gerade nicht im Detail auf ein bestimmtes Regierungssystem verpflichtet, die aber dennoch Kriterien für das Erodieren einer demokratischen Ordnung bereitstellt.

270 Grundsätzlich zur Kritik des Wertbegriffes *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertebegründung des Rechts, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, S. 67 ff.

271 Dazu nur *Felix Hanschmann*, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York 2008.

272 Grundlegend zum Problem *Christian Waldhoff*, *Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt*, Baden-Baden 2016.

273 *Kim Lane Scheppele*, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, *Governance* 26 (2013), S. 559 ff.

b) Das Gebot kontextabhängiger Prüfung

Um das Problem zu lösen, muss die Prüfung mitgliedstaatlicher Verhältnisse stets kontextabhängig vorgehen. Beispielhaft geht es nicht darum, ein bestimmtes Modell von Gerichtsbarkeit vorzuschreiben, sondern darum, wie ein Mitgliedstaat mit dem bei ihm vorhandenen institutionellen Stand an Gerichtsbarkeit umgeht,²⁷⁴ ob er dessen Arbeitsfähigkeit und Unabhängigkeit achtet. Ebenso geht es nicht darum, eine Regel darüber zu formulieren, welche Arten von Norm in einer bestimmten Ordnung Verfassungsrang genießen, sondern darum, inwieweit die in einem Mitgliedstaat übliche Praxis durch eine andere abgelöst wird und diese neue Praxis auch als Eingriff in die Gestaltungsrechte künftiger Mehrheiten verstanden werden müssen. Damit setzt die Prüfung eine präzise Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Mechanismen voraus, um deren Bewahrung es gehen soll. Die Prüfung kann also nicht einfach einen allgemeinen Maßstab auf verschiedene Ordnungen anwenden, sondern sie muss zuvor kontextualisiert werden. Die Bedeutung der in Frage stehenden Maßnahmen für die konstitutionelle Ordnung des Mitgliedstaates muss im Einzelnen herausgearbeitet werden. Zudem muss die politische Bewegungsrichtung des institutionellen Wandels herausgearbeitet werden. Das Urteil, dass bestimmte Eingriffe eines Mitgliedstaats in den eigenen institutionellen Bestand die demokratische Ordnung in Frage stellen, setzt ein Verständnis der politischen Finalität dieser Eingriffe voraus.

c) Kurze Vorüberlegung zu Rechtsstaat und Demokratie

An dieser Stelle können keine systematischen Ausführungen zu Rechtsstaat und Demokratie entwickelt werden, doch ist es für das Folgende notwendig, auf einen zentralen Punkt hinzuweisen. Während es in der operativen Praxis einer Verfassung immer wieder zu Konflikten kommen kann, die als solche zwischen Rechtsstaat und Demokratie verstanden werden könnten, namentlich, wenn Gerichte und politische Organe in Widerspruch zueinander geraten, ist dies auf der fundamentalen Ebene, die uns hier interessiert, nicht der Fall. Empirisch gibt es keine funktionierenden Demokratien ohne rechtsstaatliche Sicherungen und umgekehrt auch keine Rechtsstaaten, die nicht auch demokratisch verfasst wären. Singapur wird vereinzelt als Beleg für den zweiten Fall genannt, aber dies ist wohl ein zweifelhaftes Beispiel.

Dieser faktische Zusammenhang zwischen Demokratie und Rechtsstaat hat systematische Gründe.²⁷⁵ Selbst eine enge Definition von Demokratie als einer «Herrschaft der Mehrheit» setzt rechtsförmliche Mechanismen voraus: Mitgliedschaft

²⁷⁴ So verlangt auch die Rule of Law Checklist der Venedig-Kommission keine bestimmte Art von Gerichtsbarkeit, sondern die Erfüllung allgemeiner Anforderungen, Study No. 711 / 2013, CDL-AD (2016)007, März 2016, S. 20 ff.

²⁷⁵ Zum Folgenden neben *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung: die Ordnung des Politischen, Frankfurt am Main 1994, S. 83 ff.; *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008, Kap. 2.

im Staatsvolk, Entscheidungsregeln und öffentlicher Diskurs müssen organisiert und geschützt werden. Es gibt keine Demokratie ohne Rechtsform. Verfahren, in denen jede Stimme gleich zählt, haben eine Chance auf Verwirklichung aber nur im Kontext einer Kultur ergebnisoffener Unparteilichkeit, wie wir sie mit rechtsstaatlichen Strukturen verbinden. Die faire Offenheit des Wahlgangs und die faire Offenheit des Gerichtsverfahrens sind keine antagonistischen Strukturen, sondern bauen auf ähnlichen sozialen, kulturellen und intellektuellen Grundlagen auf.

Aus diesem Grund erscheint die Hervorhebung der Rechtsstaatlichkeit in der Diskussion und auch in der Benennung der hier interessierenden Verfahren namentlich durch die Kommission als ein eigenes Problem. Denn zum Ersten müssen politische Entwicklungen, in denen die Grundlagen demokratischer Rechtsstaatlichkeit abgelöst werden, von anderen Problemen, namentlich von einem Mangel an Ressourcen zur Sicherung der Legalität mitgliedstaatlichen Handelns abgegrenzt werden.²⁷⁶ Zum Zweiten besteht zwischen Rechtsstaat und Demokratie auf einer fundamentalen Ebene, wie eben gesehen, ein notwendiger Zusammenhang. Zum Dritten aber überlässt die EU-Ebene den Demokratiebegriff damit den gefährdeten Mitgliedstaaten und erlaubt es ihnen, sich im Namen demokratischer Selbstbestimmung gegen die Europäische Union und gegen die eigenen Bürgerinnen und Bürger zu wenden. Aus diesen Gründen ist eine Betrachtung des Problems notwendig, die Rechtsstaat und Demokratie integriert.

d) Materielles Kernkriterium: Der Schutz künftiger Mehrheiten

Um aus der Fülle der unscharfen Vorgaben des Art. 2 EUV ein demokratiespezifisches Kriterium herauszuarbeiten,²⁷⁷ unterbreiten wir daher den folgenden Vorschlag: Der demokratiespezifische Kernbestand der EU-Verfassungsrechtsordnung schützt potentielle künftige Mehrheiten. Es muss darum gehen, der jeweils aktuellen politischen Opposition die institutionellen Möglichkeiten zu bewahren, zu einer künftigen Mehrheit zu werden. Dieser – letztlich auf *Hans Kelsen* zurückgreifende Gedanke²⁷⁸ – hat mehrere Vorzüge:

Zum Ersten ist er gegenüber verschiedenen Ausgestaltungsformen der Demokratie offen. Er berührt nur ihren Kern, die Möglichkeit eines Regierungswechsels durch einen geordneten politischen Prozess. *Zum Zweiten* adressiert dieser Gedanke systematische Verletzungen der Ordnung, nicht nur einzelne Verstöße. Das Verfahren der Demokratiesicherung kann sich nicht um einzelne Verstöße gegen Regeln oder gegen Grundrechte kümmern, so schwerwiegend diese auch sein mögen, sondern es geht ihm um einen Systemschutz. Vorkehrungen setzen damit voraus, dass sich

²⁷⁶ Dazu bereits oben, I.1 c).

²⁷⁷ Zur Eingrenzung unserer Fragestellung oben, I.1.

²⁷⁸ *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius*, Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie, Tübingen 2006. Eine genaue Rekonstruktion des Revisibilitätsgedankens bei Kelsen findet sich in *Markus Vašek*, Relativität und Revisibilität. Zur Begrenzung der Mehrheitsregel in der Demokratietheorie Hans Kelsens, *Rechtstheorie* 41 (2010), 499 (512 ff.). Vgl. grundsätzlich auch *Isabelle Ley*, *Opposition im Völkerrecht*, Heidelberg 2015, Kap. 2.

das Handeln eines Mitgliedstaates in einen übergeordneten Zusammenhang bringen lässt, der darauf hinausläuft, dass eine mitgliedstaatliche Regierung ihre Macht über ihr eigentliches demokratisches Mandat hinaus festigen will. Damit sind nicht alle denkbaren Probleme angesprochen, die ein Mitgliedstaat machen kann. Insbesondere ist damit der wie gesehen zu umfassende Katalog des Art. 2 EUV bei Weitem nicht erschöpft. Dies ist aber auch nicht das Ziel. Es geht darum, ein gewichtiges Problem anzusprechen, die Gefahr des Abrutschens einer demokratischen Ordnung in eine autoritäre. Mit diesem Problem werden mittelbar auch andere Gehalte des Art. 2 EUV gesichert, weil, wie wir gesehen haben, aller Erfahrung nach offene demokratische Ordnungen auch eher bereit sind, mit der Opposition auch andere Minderheiten zu achten und andere Formen institutionalisierten Widerspruchs, etwa die Unabhängigkeit der Justiz, zu bewahren (zu dieser sogleich).

Zum Dritten dürfte sich ein solches Kriterium, obwohl es nur einen beschränkten Zugriff vorsieht, auch als offen und flexibel genug erweisen, um sich der Vielgestaltigkeit autoritärer Transformationen angemessen annehmen zu können. So betrifft der Schutz der Opposition sowohl das institutionelle Wahl- und Parlamentsrecht als auch bestimmte Grundrechte, namentlich die Meinungs- und Versammlungsfreiheit und deren medienrechtliche Implikationen. Das Kriterium erlaubt es, wenn sich Anzeichen dafür bieten, einen systematischen Zusammenhang zwischen verschiedenen Maßnahmen zu stiften, die als einzelne unproblematisch sein könnten. Trotz seines demokratischen Ursprungs umfasst das Kriterium auch institutionelle Vorkehrungen, die in der deutschen Tradition der Rechtsstaatlichkeit zugeschlagen werden. Dies gilt insbesondere für die richterliche Gewalt. Die Integrität eines politischen Prozesses und demokratischer Wahlen kann überhaupt nur dadurch sichergestellt werden, dass beide durch Institutionen geschützt und kontrolliert werden, die ihrerseits politisch unabhängig sind.

In ihrer Analyse des Rechtsstaatlichkeitsprinzips der Europäischen Union haben *Closa, Kochenow* und *Weiler* die Kriterien der verfassungsrechtlichen Machtergreifung, der Untergrabung des liberalen und demokratischen Staates sowie systemische Korruption²⁷⁹ zur Konkretisierung des Prinzips entwickelt. Unsere Kriterienbildung setzt einen anderen Akzent. Eine Verletzung würde nach unserem Verständnis insbesondere dann anzunehmen sein, wenn die Wahrung der demokratischen Freiheiten, der politische Pluralismus und die freie Meinungsäußerung nicht mehr gewährleistet sind, die insbesondere durch demokratische Einrichtungen der Gerichts- und Verfassungsgerichtsbarkeit, der Anerkennung der Rechte der Opposition und durch Wahlen, die einen Machtwechsel zulassen, abgesichert werden.²⁸⁰ Entsprechend hat auch die Europäische Kommission in der Stellungnahme zu den Beitrittsanträgen osteuropäischer Staaten das Demokratieprinzip durch «politische Kriterien»

279 *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 4.

280 Auch die Kommission entwickelte diese Kriterien bereits im Rahmen des Beitrittsprozesses osteuropäischer Staaten, KOM(97) 2000 final, S. 46 f.; zur effektiven Umsetzung demokratischer Grundsätze s. auch Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament (Partnerschaft zwischen EU und AKP-Staaten), KOM(1998) 146 final.

dahingehend konkretisiert, dass Verfassung und Verfassungswirklichkeit die politische Pluralität, freie und geheime Wahlen garantieren und einen Machtwechsel im System ermöglichen müssen.²⁸¹

In der Anwendung dürfte sich dieses demokratieimmanente Kriterium besonders in drei Richtungen zuspitzen lassen. Die erste betrifft die rechtliche Ausgestaltung und die Durchführung demokratischer Wahlen. Die Repräsentativität der mitgliedstaatlichen Wahlsysteme, insbesondere ihre Fähigkeit, wechselnde Mehrheiten auch abzubilden, ist eine entscheidende Verwirklichungsbedingung des hier vertretenen Kriteriums. Dies ist zum einen nicht nur eine einfach zu handhabende Frage, weil jedes Wahlsystem unweigerlich unter spezifischen Defiziten leidet. Es ist zum anderen auch eine Frage, zu der das Unionsrecht wenig zu sagen hat. Wenn man das Problem ernst nimmt, müssen hier konkretisierende Standards entwickelt werden. Zudem wäre darüber nachzudenken, Wahlbeobachtungsmissionen selbst oder durch andere internationale Institutionen zum Regelfall für alle Mitgliedstaaten zu machen – und die Ergebnisse dieser Missionen in einem eigenen Verfahren seitens der Unionsorgane zu rezipieren und zu kommentieren. Die Europäische Union muss die Möglichkeit haben, sich ein formalisiertes Bild vom Zustand der mitgliedstaatlichen Demokratien zu machen.

Der zweite, dem ersten zeitlich und systematisch vorausgehende Bereich betrifft die Medienverfassung. Die Kontrolle öffentlicher Medien ist oft das erste politische Ziel autoritärer Regierungen. Auch auf diesem Feld fehlt es dem Unionsrecht aber an Maßstäben, weil sich das Medienrecht der Europäische Union maßgeblich mit Fragen der diskriminierungsfreien Vermarktung beschäftigt. Auch hier würde eine wesentliche Aufgabe zunächst darin bestehen, auf Art. 2 EUV fußende Maßstäbe für unabhängige Medien zu entwickeln. Dies wird auch deswegen keine einfache Aufgabe, weil politische Einflussnahmen auf Medien zum Normalfall auch funktionierender Demokratien zu gehören scheinen – und hier eine Grenze zwischen Abweichung von demokratischen Standards und Beendigung der demokratischen Ordnung gezogen werden muss.

Die dritte Richtung des demokratieimmanenten Kriteriums betrifft die richterliche Unabhängigkeit. In jüngerer Zeit sahen sich richterliche Entscheidungen in verschiedenen Ländern innerhalb und außerhalb der Europäischen Union scharfer öffentlicher Kritik auch im Namen demokratischer Mehrheiten ausgesetzt, die teilweise wie im Fall der USA sogar von Amtsträgern kam. Hierin kommt aber kein Widerspruch zwischen demokratischem Mehrheitswillen und rechtlicher Umhegung zum Ausdruck als vielmehr ein Missverständnis demokratischer Selbstherrschaft. Die Gerichtsbarkeit ist durch die Gesetzesbindung an Mehrheitsentscheidungen gebunden, aber in der Art ihres Umgangs damit von politischen Sanktionen und Drohungen befreit. Diesen Status von Gerichten zu kritisieren, ist gerade nicht demokratisch, weil es eine dem demokratischen Gesetz gerecht werdende unparteiliche Gesetzesanwendung in Frage stellt.

²⁸¹ *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Grabitz/ Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL, München 2017, Art. 2 EUV, Rn. 29 f.

e) Gefahrenschwelle

Zu den grundsätzlichen Problemen des Demokratieschutzes gehört auch die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt für einen Zugriff. Geschieht er zu früh, so scheint der Anlass die Maßnahme nicht zu rechtfertigen; greift er zu spät, so kann die Maßnahme nichts mehr retten. Diese Frage wurde im deutschen Verfassungsrecht kürzlich für den Fall des Parteiverbotsverfahrens diskutiert. Das Bundesverfassungsgericht ging in seiner Ablehnung des NPD-Verbots davon aus, dass ein Verbot der Partei keine konkrete Gefahr für die demokratische Ordnung voraussetzt, sondern früher ausgesprochen werden kann, dass aber umgekehrt zumindest die theoretische Chance bestehen müsse, dass eine zu verbietende Partei einmal politische Macht ausüben werde.²⁸²

Im europäischen Rahmen stellt sich das gleiche systematische Problem institutionell etwas anders dar. Denn hier geht es um die Beurteilung des Handelns einer mitgliedstaatlichen Regierung, die schon an der Macht ist. Trotzdem kann – das zeigt der Fall Österreich – eine Entscheidung zu früh kommen. Man mag argumentieren, dass die FPÖ *Jörg Haider*s damals kein Programm hatte, das den Werten des Art. 2 EUV entsprach. Zugleich ist nicht zu bestreiten, dass die Republik Österreich durch eine Regierung unter ihrer Beteiligung nicht in eine autoritäre Ordnung abgeglitten ist und sich ein solches Abgleiten auch zu keinem Zeitpunkt ankündigte. Insoweit ist klar, dass Maßnahmen auch nach Art. 7 EUV nur zulässig werden, wenn die betroffene mitgliedstaatliche Regierung überhaupt damit begonnen hat, zu handeln. Die bloße Wahl einer neuen demokratischen Regierung kann die demokratische Ordnung in diesem Sinne nicht gefährden. Es bedarf vielmehr zurechenbarer Aktionen der mitgliedstaatlichen Regierung. Die Bewertung derselben orientiert sich wiederum an der Bedrohung potentieller künftiger Mehrheiten als demokratiespezifischem Kernbestand der konstitutionellen Ordnung des Mitgliedstaates, die dem politischen Prozess obliegt. Eine darüberhinausgehende Verrechtlichung des Gefahrenkriteriums sollte dagegen vermieden werden. Wir schlagen daher vor, Art. 2 EUV einer konkretisierenden Lesart zuzuführen, sodass die Mitgliedstaaten gerade nicht im Detail auf ein bestimmtes Regierungssystem verpflichtet, aber dennoch Kriterien für das Erodieren einer demokratischen Ordnung gefunden werden. Dies setzt jeweils eine Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Mechanismen des betroffenen Mitgliedstaates voraus, um dessen Bewahrung es gehen soll.

2 Informelle Einflussmöglichkeiten

Neben den europäischen Institutionen haben auch die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie die Zivilgesellschaft große politische Bedeutung für die innerstaatlichen Entwicklungen eines Mitgliedstaates. Welche Potentiale hier liegen, wird nachfolgend erörtert.

²⁸² BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13 (*NPD-Verbotsverfahren*), Rn. 585 ff.

a) Verstärkte Positionierung der übrigen Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union üben innerhalb und außerhalb des eigentlichen Rahmens der Europäischen Union erheblichen Einfluss aufeinander aus. Die europäische Integration hat diesen Austausch formalisiert, kanalisiert und in bestimmten Fällen auch verkleinert. Klassische Nachbarschaftspolitik wurde in die festen Strukturen der Organe und Gremien überführt. Dies ist, wie sich zeigt, nicht nur von Vorteil. So fiel es etwa in Ungarn zu Beginn der neuen Amtszeit *Orbán*s auf, wie die Opposition auf kritische Kommentare anderer Regierungen, namentlich der Bundesregierung, wartete, diese aber ausblieben. Allein die Vereinigten Staaten von Amerika positionierten sich deutlich.²⁸³ Für die Zukunft muss darüber nachgedacht werden, diese zwischenstaatliche Zurückhaltung für begründete Einzelfälle zu überprüfen. Wenn eine konkrete Analyse zu dem Ergebnis gelangt, dass politische Äußerungen wichtig sind, dann sollten diese weder aus Gründen diplomatischer Courtoisie noch wegen des Vorrangs der unionalen politischen Kanäle unterdrückt werden, zumal eine ähnliche Zurückhaltung, wie wir sehen werden, auch im Europäischen Rat gepflegt wird (sogleich Kap. V.3 a). Eine Kultur der Einmischung und Positionierung seitens der Nachbarstaaten in der Europäischen Union wäre wünschenswert und angesichts der politischen Entwicklungen angebracht.

Teilweise ist vorgeschlagen worden, dies könnte so weit gehen, die loyale Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) zwischen den Mitgliedstaaten vorübergehend zu suspendieren, wenn deren materielle Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind, sich ein Mitgliedstaat also von den Werten des Art. 2 EUV abgewandt hat. Die übrigen Staaten könnten etwa die Durchführung des Europäischen Haftbefehls und des Europäischen Vollstreckungstitels blockieren,²⁸⁴ mit der Möglichkeit, die Rechtslage anschließend vom EuGH überprüfen zu lassen. Ein bilateraler Sanktionsmechanismus eines Mitgliedstaates gegen einen anderen infolge der Verletzung fundamentaler Werte des Art. 2 EUV²⁸⁵ scheidet nach unserer Auffassung jedoch auch bei gravierenden Verletzungen aus. Im föderalen System der Europäischen Union ist gerade ein zentralisiertes und gesteuertes Verfahren und kein Alleingang erforderlich.²⁸⁶ Setzte sich das Konzept eines systemischen Vertragsverletzungsverfahrens durch, käme allein in Betracht, dass auch die übrigen Mitgliedstaaten ein Verfahren wegen der Verletzung von Unionsgrundwerten einleiten. Denn auch jeder

283 Siehe *Joakim Nergelius*, The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania, in: Von Bogdandy/Sonnevend (Hrsg.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford u.a. 2015, S. 291 (294).

284 So etwa der Vorschlag des Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes, *Jens Gnisa*, Rechtliche Zusammenarbeit mit Polen in Gefahr, FAZ vom 24.7.2017, verfügbar www.faz.net/aktuell/politik/deutscher-richterbund-rechtliche-zusammenarbeit-mit-polen-in-gefahr-15119302.html, zuletzt abgerufen am 11.8.2017.

285 Vorgeschlagen von *Iris Canor*, Solange horizontal – Der Schutz der EU-Grundrechte zwischen Mitgliedstaaten, ZaöRV 73 (2013), S. 249 ff.; dies. «My Brothers Keeper?» Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe, CMLRev 50 (2013), S. 383 ff.

286 *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 19.

Mitgliedstaat kann den EuGH anrufen, wenn er der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat (Art. 259 AEUV).

Mitgliedstaatliches Handeln hat darüber hinaus auch immer informelle Effekte für andere Mitgliedstaaten, die teilweise, aber nicht immer durch unionales Recht vermittelt werden. Die Urteile des EuGH und auch die Stellungnahmen der Venedig-Kommission entfalten regelmäßig eine Ausstrahlungswirkung auf die übrigen Mitgliedstaaten, ihre innerstaatliche Rechtslage entsprechend anzupassen. Auch wenn ein solcher Zwang zwischen den Mitgliedstaaten nicht immer wirkt, sollte er nicht vernachlässigt werden.²⁸⁷ Dieser Effekt spricht, etwa mit Blick auf Entwicklungstendenzen in Rumänien und Bulgarien, dafür, dass die Kommission in laufenden EU-Rechtsstaatlichkeitsverfahren ihre Befugnisse ausschöpft.

b) Gesellschaftliche Selbstorganisation

Noch wichtiger als solche informell politischen oder formalisiert rechtlichen Versuche transnationaler Einflussnahme erscheint uns die Bedeutung gesellschaftlicher Einflussnahme. Die Europäische Union sollte die Selbstorganisationsfähigkeit in den Mitgliedstaaten fördern, solange dies noch möglich ist. Diese lässt sich freilich nicht zentral institutionalisieren. Für konstitutive Elemente einer demokratischen Ordnung wie Meinungs- und politische Betätigungsfreiheit ist die Unterstützung von Gleichgesinnten und gleich professionell informierten Personen zentral. Dies ist auch deswegen der Fall, weil die Beschränkung ausländischer Nichtregierungsorganisationen in sich autoritär entwickelnden Staaten zum Standardprogramm gehört. Deswegen sind europäische Netzwerke nationaler Organisationen von Gewerkschaften, Journalistenverbänden, Lehrer- und Hochschullehrervereinigungen sehr wichtig, um politischen Einfluss zu nehmen. Dies gilt auch und insbesondere für Kontakte zwischen politischen Parteien. Man wird ohne falsche Naivität annehmen können, dass die kompetente politische Anteilnahme an den Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten eine notwendige Bedingung für den Schutz demokratischer Ordnung in allen Mitgliedstaaten ist. Ein europäisches politisches Bewusstsein, das die Vorgänge in anderen Mitgliedstaaten als eigene politische Probleme versteht, ist das vielleicht wichtigste und am schwierigsten zu erreichende Desiderat einer europäischen Demokratisierung.

Bedingungen dieser Stärkung pluraler Zivilgesellschaften wäre zunächst ein vereinfachter Zugang zu EU-Förderungsmöglichkeiten, etwa über die Programme «Europa für Bürgerinnen und Bürger», das EuropeAid-Programm der Kommission oder Projekte der Exekutivagentur Bildung, Audiovisuelles und Kultur (EACEA). Erforderlich sind dezentrale Strukturen, die unabhängig von der Regierung oder anderen staatlichen Behörden sind. Denn solange die Bewilligung der Förderung nationalen Behörden überlassen ist, deren Entscheidungen von der Regierung selbst

²⁸⁷ *Carlos Closa/Dimitry Kochenov/Joseph H. H. Weiler*, Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, EUI Working Paper, RSCAS 2014/25, S. 19.

kontrolliert werden, werden tendenziell regierungsnahe Organisationen bevorzugt. Erforderlich wäre auch, die Förderungshürden zu senken bzw. die Förderungsbedingungen zu vereinfachen. Dies ist insbesondere relevant für kleinere nationale Initiativen, die regelmäßig keine Kenntnis von den Fördermöglichkeiten haben oder an deren bürokratischen Erfordernissen und an den Sprachbarrieren der EU-Verfahren scheitern. Anzusetzen ist zudem auf der Ebene der Information der betroffenen Bevölkerung. Hierzu zählen die Stärkung der «Task Force für strategische Kommunikation» der Europäischen Union, um insbesondere in den osteuropäischen Nachbarländern EU-feindlicher Propaganda zu begegnen.²⁸⁸

Wichtiger ist aber, dass eine solche Unterstützung zum einen auch horizontal zwischen den Mitgliedstaaten und zum anderen gesellschaftlich erfolgt, also ohne Beteiligung von öffentlichen Stellen. Die Kooperation zwischen Vereinen, Berufsvereinigungen, Schulen und Hochschulen ohne direkte politische Teleologie kann dabei helfen, mitgliedstaatliche Gesellschaften in einem gemeineuropäischen Gesprächszusammenhang zu halten und damit nationalistische Politikentwürfe weniger überzeugungskräftig zu machen.

3 Institutionelle Lösungswege: Handlungsmöglichkeiten der Europäischen Organe

Nichts spricht dafür, dass die bestehende Krise schnell beendet sein wird; viel dafür, dass weitere Mitgliedstaaten den Weg der Ent-Demokratisierung gehen könnten. Die Zeiten des *institutional engineering*, in denen ein neu zu erfindendes «Instrument» oder ein «Mechanismus» Probleme löst, sind vorbei. Die historischen Vorbilder zeigen, wie lange es dauern kann, eine solche Krise zu überwinden. Das impliziert keinen Fatalismus, aber Skepsis gegenüber administrativen und juristischen Wegen aus der Krise. Die Re-Demokratisierung aller Mitgliedstaaten ist ein langfristiges und primär politisches Projekt, das freilich administrativer und juristischer Unterstützung bedarf.

a) Die expressive Funktion formaler Instrumente

Auch wenn die formalen Instrumente von Rat und Kommission so ausgestaltet sind, dass sie in vielen Fällen noch nicht einmal zu einer Entscheidung führen, haben sie doch einen expressiven Wert, der nicht unterschätzt werden dürfte. Wenn ein Verfahren nach Art. 7 EUV an einzelnen Staaten im Rat scheitert, obwohl es von der überwältigenden Mehrheit der mitgliedstaatlichen Regierungen geschützt ist, oder wenn die Kommission ihr Rechtsstaats-Instrument – ebenso wie ihre Klagemöglichkeiten – konsequent zur Anwendung bringt, dann verbindet sich damit eine politisch gewichtige Beurteilung des betroffenen Mitgliedstaats, die auch klar zum Ausdruck

²⁸⁸ Europäisches Parlament – Pressemitteilung, Parlament warnt vor Anti-EU-Propaganda aus Russland und von Islamisten, 23. November 2016, verfügbar unter: www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/20161118IPR51718/parlament-warnt-vor-anti-eu-propaganda-aus-russland-und-von-islamisten, zuletzt abgerufen am 15.8.2017.

bringt, für wie gewichtig die Organe das Problem halten. Aus diesem Grund wäre es ganz falsch, die einschlägigen Verfahren nur dann zum Einsatz zu bringen, wenn sie klare Aussicht auf Erfolg haben. Der Fall Österreichs hat gezeigt, dass die europäische Ebene zu früh handeln kann. Aus diesem Grund ist es wichtig, sich über materielle Kriterien einig zu sein. Auf der anderen Seite ist es entscheidend, dass die Verfahren, die bereitliegen, so unvollkommen sie sind, genutzt werden. Andernfalls werden auch die Prinzipien, die sie schützen sollen, relativiert.

b) Ende der Diplomatie im Rat

Weil sich der politische Konflikt, der sich hinter der Abweichung einzelner Mitgliedstaaten von demokratischen Standards zeigt, nach unserer Überzeugung vornehmlich mit politischen Mitteln lösen lässt, erscheint es wichtig, eine politische Debatte auch und gerade zwischen den Mitgliedstaaten zu führen. Sicherlich sind Änderungen in den betroffenen Mitgliedstaaten nur durch Wahlniederlagen in demokratischen Wahlen zu erreichen, die wiederum von Politik- und Personalalternativen determiniert sind, die die Europäische Union nicht auswählt. Die Union, und hier insbesondere der Europäische Rat, kann auf diese Wahlen jedoch Einfluss nehmen, indem er an die gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV appelliert und sich nicht als entferntes Technokratenregime aus Brüssel geriert. Dies ist bislang leider nur vereinzelt der Fall. Denn soweit man aus dem freilich nur anekdotisch vorhandenen Wissen über die Gepflogenheit insbesondere des Europäischen Rates weiß, ist es dort nach wie vor nicht üblich, innere konstitutionelle Angelegenheiten der Mitgliedstaaten anzusprechen. Gerade deshalb sind wesentliche Auseinandersetzungen mit den Entwicklungen in Polen, Ungarn, aber auch Rumänien und anderen Mitgliedstaaten im Europäischen Rat unterblieben und hat dieser den von der Kommission entwickelten EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips kritisiert.²⁸⁹ Dieser diplomatische Comment ist ein Überbleibsel aus dem Souveränitätsvölkerrecht, das durch das Unionsrecht längst überholt wurde. Denn, wie wir gesehen haben, relativiert Art. 2 EUV die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten, so wie Art. 7 EUV gerade dem Ministerrat und dem Europäischen Rat die Aufgabe zuweist, sich um die Einhaltung der fundamentalen Standards zu kümmern. Unabhängig von diesen Gepflogenheiten liegt die Lähmung des Rates auch darin, dass Regierungen, die sich zu den Orbánschen Methoden hingezogen fühlten, fürchteten, dass bei einem Vorgehen gegen einen anderen Mitgliedstaat eventuell auch ein Vorgehen gegen sie selbst drohe. Andere hielten ein Vorgehen schlicht für kontraproduktiv und aussichtslos.²⁹⁰

²⁸⁹ Council of the European Union, Opinion of the legal service, Opinion 10296/14 (May 2014). S. 7 f.; kritisch hierzu *Peter Oliver/Justine Stefanelli*, Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction, *JCMS* 54 (2016), S. 1075 ff.; *Waldemar Hummer*, Ungarn erneut am Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Wird Ungarn dieses Mal zum Anlassfall des neu konzipierten «Vor Artikel 7 EUV»-Verfahrens?, *EuR* 2015, S. 625 ff.

²⁹⁰ *Peter Oliver/Justine Stefanelli*, Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction, *JCMS* 54 (2016), S. 1075 (1081).

Aus diesem Grund ist es wichtig, dass die Staats- und Regierungschefs eine Praxis offener Auseinandersetzung entwickeln, die interne konstitutionelle Strukturen thematisieren kann, um damit ihren in den Verträgen vorgesehenen Aufgaben gerecht zu werden. Die Entwicklung einer Gesprächskultur der Staats- und Regierungschefs kann nicht formell angeordnet werden, aber sie kann doch Gegenstand einer institutionenpolitischen Debatte werden, als deren Ergebnis die höchsten Vertreter der Mitgliedstaaten anerkennen könnten, dass ihr eigenes institutionelles Schicksal auch am institutionellen Bestand der anderen Mitgliedstaaten hängt. Nur durch eine politische Kultur, die bereit ist, sich konstitutionellen Problemen zu stellen, wird eine institutionelle Auseinandersetzung auf der Ebene der Europäischen Union ein Gewicht bekommen, das betroffene Mitgliedstaaten politisch beeindrucken kann. Hierfür böte etwa der im Ministerrat für Allgemeine Angelegenheiten eingerichtete Dialog zur Lage der Rechtsstaatlichkeit ein Forum, über die Migrations- und Flüchtlingskrise hinaus interne Entwicklungen in den Mitgliedstaaten ansprechen zu können. Hinzu tritt die Notwendigkeit der Europäisierung des Parteiensystems.

c) Europäisierung des Parteiensystems

Weil es sich bei Maßnahmen der Demokratiesicherung nicht einfach um die Anwendung einer Regel handelt, ist eine politische Debatte um diese unabweislich. Zu dieser gehört eine Europäisierung des Parteiensystems.²⁹¹ Die Rolle der europäischen Parteien erweist sich als ambivalent, wie die parteipolitische Rückendeckung für Fidesz und PiS durch europäische Parteien und Fraktionen im Europäischen Parlament gezeigt hat. Gleichzeitig hat sich das Europäische Parlament auch als der Ort erwiesen, an dem noch am ehesten antidemokratische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten angesprochen werden. Dies gilt nicht nur für den umfassenden Tavares-Bericht zur Lage der Grundrechte in Ungarn,²⁹² sondern auch für die Debatten zur Lage in Ungarn und in Polen, bis hin zur Entscheidung der Europäischen Parlaments Ende Mai 2017, gegen Ungarn das Art. 7 Abs. 1 EUV-Verfahren einzuleiten.²⁹³

Eine deutlichere europäische Prägung der Parteien, auch außerhalb des Europäischen Parlaments, würde einerseits nicht nur Rückwirkungen auf die gerade diskutierte Diskussionskultur im Europäischen Rat nehmen. Sie würde es außerdem erleichtern, die Bedrohung demokratischer Strukturen in einem Mitgliedstaat als ein gemeinsames europäisches Problem zu thematisieren. Andererseits sind Parteien gesellschaftliche Organisationen. Die Frage, ob sie sich transnational organisieren, gemeinsame Listen bilden und ihre Programme genuin europapolitisch definieren, lässt sich nicht durch Recht beantworten. Rechtsordnungen können allenfalls

²⁹¹ Ebenso *Dieter Grimm*, *Europa ja – aber welches?*, München 2016, S. 44, 140 ff.

²⁹² Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Juli 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn, 2012/2130(INI) (sog. Tavares-Bericht).

²⁹³ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Mai 2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656(RSP)).

Angebote bereitstellen²⁹⁴ und für europäisierte Parteistrukturen zusammen mit Ansätzen für finanzielle Unterstützung auch die Überprüfung ihrer politischen Aktivitäten auf die Einhaltung der Grundsätze des Art. 2 EUV vorsehen. Ein solches Verfahren ist im Europäischen Parteienstatut bereits enthalten.²⁹⁵

Dabei ist nicht zu übersehen, dass eine solche europäisierte Politisierung der Problemwahrnehmung ein Vorgehen der Union gegen einen Mitgliedstaat nicht per se vereinfachen würde. Dies zeigt die erwähnte Loyalität europäischer Parteien gegenüber devianten Mitgliedparteien. Aber auch wenn man diese Loyalität für in der Sache nicht begründet hält, wird es sich doch nicht verhindern lassen, dass eine nachhaltige Lösung des Problems nur über eine offene politische Debatte verlaufen kann, in der sich die europäischen politischen Lager zu entscheiden haben, wie sie sich gegenüber einem bestimmten Mitgliedstaat positionieren. Das Verhalten des ungarischen Ministerpräsidenten bei der Bestätigung des amtierenden Präsidenten des Europäischen Rates im März 2017 zeigt zudem auch die positive Seite dieser Politisierung. In diesem Fall schloss sich die ungarische Regierung der einsamen Gegenstimme Polens ausdrücklich deswegen nicht an, weil *Tusk* als Kandidat der EVP gesehen werden konnte. Dass es sich hierbei um eine Entscheidung über europäische Organe und gerade nicht um den Umgang mit dem Innenleben eines Mitgliedstaats handelt, zeigt die begrenzte Aussagekraft dieses Ereignisses. Trotzdem ist es ein Indiz dafür, dass eine Parteipolitisierung auf europäischer Ebene in der Lage sein kann, mitgliedstaatliches Verhalten einzufangen.

d) Ermächtigung des EuGH?

Juridische Lösungswege haben die Befassung mit der Erosion demokratischer Strukturen in den Mitgliedstaaten dem EuGH übertragen. Seine Einbeziehung scheint uns zumindest nicht unproblematisch zu sein. Sie würde dem Gerichtshof eine immense legitimatorische Belastung auferlegen und ihn in der fragmentierten Wahrnehmung nationaler oder funktionaler Teilöffentlichkeiten ähnlich beschädigen, wie es mit der EZB bereits geschehen ist. Wenn man diesen Weg überhaupt gehen wollte, so müsste dies mit einer substantiellen Reform der materiellen Kriterien des Art. 2 EUV einhergehen, die sich unserer Vorstellung nach in Richtung eines besser spezifizierten Demokratieschutzes entwickeln müsste.

Sollten die antidemokratischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten trotz vertikalen und horizontalen Drucks der Europäischen Union nicht abreißen, käme es, wie in der Literatur vorgestellt (oben, IV.1), für die Gerichte in Betracht, ihre Prüfungsmaßstäbe zu erweitern. Dies hätte den Vorteil, dass kein Vertragsänderungsverfahren

294 Diese könnten durch eine Reform des Wahlrechts erleichtert werden: *Dieter Grimm*, Die Parteien als Akteure einer europäischen Öffentlichkeit, in: Krüper u.a. (Hrsg.), Parteienwissenschaften, Schriften zum Parteienrecht und zur Parteienforschung, Band 50, Baden-Baden 2015, S. 303 ff.

295 Art. 3 f. Verordnung (EU, Euratom) Nr. 1141/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen.

vorangegangen sein müsste und keine Blockade der übrigen Mitgliedstaaten drohte. Dies wäre freilich eine revolutionäre und daher aus demokratietheoretischer wie aus mitgliedstaatlich-verfassungsrechtlicher Sicht durchaus problematische Entwicklung, die den bahnbrechenden Entscheidungen der 1960er vergleichbar die Legitimation des EuGH auf die Probe stellen würde und auch auf den Widerstand mitgliedstaatlicher Gerichte in funktionierenden demokratischen Ordnungen stoßen könnte. Insbesondere hätte die Ausdehnung des Vertragsverletzungsverfahrens auf systemische Mängel in den Mitgliedstaaten aber den Vorteil, Konflikte zwischen der Union und den Mitgliedstaaten unter dem Druck der Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds thematisieren zu können – ohne diesen freilich zu lösen. Immerhin wäre damit ein politischer Stillstand abgewendet.

Schluss

Die vorliegende Studie untersuchte Mechanismen der Demokratisierung in der Europäischen Union angesichts aktueller politischer Krisen in den Mitgliedstaaten. Sie stellte diese Mechanismen in einen politischen und historischen Kontext und analysierte Vorschläge zu ihrer Weiterentwicklung. Wir unterscheiden ausdrücklich zwischen dem Schutz rechtstaatlicher Durchsetzungsmechanismen, die durch Ressourcenmangel oder Korruption bedroht sind, einerseits und der systematischen Abkehr vom Modell des demokratischen Rechtsstaats als politischem Projekt andererseits. Nur dem zweiten Gegenstand gilt unsere Studie. Sie kommt im Einzelnen zu den nachfolgenden Schlüssen.

In der gegenwärtigen politischen Situation richten sich politische Bewegungen in allen Mitgliedstaaten gegen das Modell des liberalen demokratischen Rechtsstaats – und häufig damit zugleich gegen die Institutionen der Europäischen Union. Die Verbindung dieser beiden politischen Ziele, die beträchtliche Wahlerfolge in ganz Europa ermöglicht hat, macht es notwendig, über Art und Legitimation von Interventionen der europäischen Ebene genau nachzudenken. Nicht nur bedürfen solche Interventionen in jedem Fall einer klaren Rechtfertigung. Es erscheint auch möglich und hat sich zumindest in Österreich auch bereits gezeigt, dass sie auf den politischen Prozess in den betroffenen Mitgliedstaaten einen gegenteiligen Effekt haben können: eine Solidarisierung gegen die europäische Ebene.

Die Dramatik der aktuellen Probleme sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass solche Konflikte zur Geschichte der meisten Föderationen gehören, deren Konsolidierung, wie die Beispiele Deutschlands, der Schweiz und der Vereinigten Staaten zeigen, immer durch schwere, oft sogar kriegerische politische Konflikte gezeichnet war, die sich über Jahrzehnte hinzogen. Dieser historische Hintergrund lehrt zum einen Geduld: die europäische Integration ist seit der Einheitlichen Europäischen Akte des Jahres 1986 in schnellen Sprüngen vorangegangen und wurde von einer gewaltigen Erweiterung der Mitgliedstaaten begleitet. Es war zu erwarten, dass institutionelle Krisen auf den Plan treten. Die historische Erfahrung begründet deswegen zum anderen auch Zweifel daran, dass die aktuellen Probleme sich mit schnellen institutionellen Reformen lösen lassen. Wenn das Bild eines «zusammenwachsenden» Europas eine Bedeutung hat, dann liegt sie darin, dass der Integrationsprozess sich einer geplanten institutionellen Organisation auch immer wieder entzieht.

Das Abbröckeln oder Fehlen demokratischer Legitimation in einem Mitgliedstaat ist keine bloße innere Angelegenheit, sondern stellt angesichts der institutionellen Verflechtung in der Europäischen Union ein ernsthaftes konstitutionelles Problem

für die anderen Mitgliedstaaten einerseits und die europäische Ebene andererseits dar. Vertikal tragen die mitgliedstaatlichen Demokratien notwendig zur Legitimation der Union bei. Diese ist nur deswegen politisch legitimiert, weil es die Mitgliedstaaten sind. Horizontal wirken Rechtsakte eines Mitgliedstaates häufig vermittels europäischen Rechts auch direkt in die anderen Mitgliedstaaten hinein. Fehlt es einem Mitgliedstaat an demokratischer Legitimation, so wirkt sich dieser Mangel auch auf das Legitimationsgefüge der anderen Mitgliedstaaten aus.

Die Europäische Union hat auf diese Entwicklungen des Abbröckelns demokratischer Strukturen in den Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise reagiert, wie die Erfahrungen des Umgangs mit Österreich, Ungarn und Polen gezeigt haben. Das Vorgehen der Union hat die vielfältigen Schwierigkeiten illustriert, mit denen sich institutionalisierter Demokratieschutz konfrontiert sieht. Die Auseinandersetzung mit Österreich war weder rechtlich noch politisch gerechtfertigt. Hier haben die Mitgliedstaaten aus zu geringem Anlass Maßnahmen ergriffen, ohne dazu kompetent gewesen zu sein. Die wirklich ernsthaften Entwicklungen in Ungarn und Polen haben die Union dagegen im Wesentlichen hilflos gelassen. Das in den Verträgen vorgesehene Verfahren zur Reaktion auf eine autoritäre politische Entwicklung nach Art. 7 EUV kommt wegen der Veto-Möglichkeit einzelner Staaten nicht zum Einsatz und dem von der Kommission neu entwickelten Rechtsstaatlichkeitsverfahren fehlt es an Sanktionsmöglichkeiten. Auch der EuGH als zentrale Rechtschutzinstanz der Europäischen Union hat die Konflikte mithilfe seiner Rechtsprechung nicht auflösen können, da er nur sehr punktuell intervenieren und flächendeckende politische Entwicklungen nicht beheben kann.

Angesichts der Schwächen dieser vorhandenen Verfahren sind neue Lösungswege vorgeschlagen worden: von der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Vertragsverletzungsverfahrens über die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte, die Schaffung neuer Monitoring-Institutionen, einen EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte und finanzielle Sanktionen, bis hin zu einer Ausdehnung des Art. 7 EUV-Verfahrens.

Es ist zunächst zweifelhaft, ob sich die Schwächen der vorhandenen Verfahren durch institutionelle Reformen beheben ließen. Für Änderungen der europäischen Verträge in diese Richtung dürfte kaum der notwendige Konsens zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. Im Fall von Kommission und EuGH würden erweiterte Kompetenzen zudem die Legitimationsbasis dieser Organe an ihre Grenzen bringen. Uns erscheint es daher wichtig, an bestehende Mechanismen anzuknüpfen. Hervorzuheben ist daher einerseits der große politisch-symbolische Wert dieser Verfahren. Auch wenn sie am Widerstand eines oder einiger Staaten scheitern, dokumentieren sie doch eine sorgfältig begründete und politisch breite Missbilligung einer bestimmten politischen Praxis. Aus diesem Grund sollten die bereits existierenden Mechanismen wie das des Art. 7 EUV oder die Kommissionsinstrumente bei gegebenem Anlass auch dann betrieben werden, wenn sie keine sichere Aussicht auf Erfolg haben. Unter diesen Voraussetzungen mag man auch über die Einführung weiterer Monitoring-Institutionen nachdenken, die die Entwicklung in den Mitgliedstaaten beurteilen und bewerten. Dabei ist jedoch auch zu sehen, dass mit der

Venedig-Kommission des Europarates ein hoch anerkanntes Organ zur Verfügung steht, das diese Aufgabe bisher sehr gut erfüllt hat und das als Institution außerhalb der Europäischen Union eine neutralitätsverbürgende institutionelle Distanz zur Union hat.

Die bestehenden Verfahren könnten darüber hinaus auch auf neuere antidemokratische Tendenzen in den Mitgliedstaaten Anwendung finden. Insofern erscheint es uns jedenfalls als Ansatz, über die Bedingungen einer Verbindung des Art. 7 EUV-Verfahrens gegen mehrere Mitgliedstaaten, die Ausdehnung des Vertragsverletzungsverfahrens hinsichtlich systemischer, innerstaatlicher Mängel und die Neugestaltung der EU-Struktur- und Investitionsfonds nachzudenken. Vor allem die Koppelung der Vergabe europäischer Fördermittel im EU-Strukturfonds an die Einhaltung bestimmter politischer Bedingungen in den Mitgliedstaaten wäre ein Druckmittel, jene Mitgliedstaaten, die auf die Förderung angewiesen sind und zu denen auch Polen und Ungarn zählen, aufzufordern, europäische Grundwerte einzuhalten. Die neue Ausrichtung und Ausgestaltung der genannten Verfahren müsste jedoch im Einzelnen klare Kriterien definieren, hinreichend kontextualisiert sein und den förderungsbedürftigen Mitgliedstaaten einen umfassenden Handlungsspielraum belassen.

Für eine weitere Entwicklungsperspektive war es uns jedoch wichtiger, die Rolle der europäischen Organe in den bisherigen Konflikten zu analysieren und zu bewerten:

In den durch die mitgliedstaatlichen Regierungen besetzten Ratsorganen werden die Probleme nach unserem Eindruck noch nicht einmal angesprochen. Jenseits der Frage nach institutionellen Reformen sollte diese Tradition der diplomatischen Verdrängung aufgegeben und von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden, dass solche Probleme nach den geltenden Verträgen nicht wie innere Angelegenheiten behandelt werden können. Die Kommunikation innerhalb des Rates der EU und des Europäischen Rates muss sich ändern.

Für die Kommission ist es wichtig, die ihr zur Verfügung stehenden Instrumente einschließlich der Klagerechte konsequent zu nutzen und weder freundliche Zurückhaltung zu üben noch den aktuell bestehenden Eindruck zu vermitteln, ein Vorgehen gegen einen Mitgliedstaat könne Element allgemeiner Verhandlungspakete werden. An den Fundamentalprinzipien der Europäischen Union muss die supranationale Verhandlungskultur ihr Ende finden.

Das Europäische Parlament hat seine Funktion als politisches Forum der Union in den hier untersuchten Konflikten genutzt und war der Ort, in dem die Entwicklungen kontrovers gemeineuropäisch debattiert wurden. Seine Rolle ist jedoch in zweierlei Hinsicht beschränkt. Einerseits sind nationale autoritäre Parteien Teil einzelner größerer Koalitionen. Hierin liegt jedoch zugleich die Chance des Parlamentes, den zentralen Rahmen einer politischen Auseinandersetzung mit autoritären Tendenzen zu bilden. Andererseits sind jedoch die institutionellen Einflussmöglichkeiten etwa auf den Erlass von Stellungnahmen und das Initiativrecht im Art. 7 EUV-Verfahren beschränkt. Ob es jenseits der Austragung interparlamentarischer Debatten eine eigene Funktion des Europäischen Parlamentes geben kann, bezweifeln wir.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) ist bisher in Vertragsverletzungsverfahren in die Entwicklungen in Ungarn involviert gewesen. Die Kommission strebt an, das Gericht auch mit Blick auf die Entwicklungen in Polen zu befassen. Seine Entscheidungen haben allerdings weitestgehend keine große Wirkung gezeitigt. Das kann dem Gericht nicht zum Vorwurf gemacht werden, sondern liegt in der punktuellen Natur gerichtlicher Streitentscheidung begründet. Vorschläge, die begrenzte Reichweite des Gerichtshofs zu erweitern, beurteilen wir kritisch. Durch eine freilich unwahrscheinliche Vertragsänderung könnten die Kriterien des Art. 2 EUV justizierbar gemacht werden. Dies würde dem Gerichtshof aber eine massive legitimatorische Last aufbürden. Gleiches gilt für eine Ausweitung der grundrechtlichen Kontrollen auf mitgliedstaatliche Akte, die auch zu Konflikten mit den mitgliedstaatlichen Gerichten führen dürften. Zudem sieht sich der EuGH hinsichtlich der Umsetzung seiner Urteile zunehmend selbst mit umfassenden Problemen konfrontiert, insbesondere der Androhung der Nichtbefolgung seiner Entscheidungen. So erklärte etwa die polnische Regierung,²⁹⁶ die einstweilige Anordnung nicht befolgen zu wollen, in der das Gericht den unverzüglichen Stopp der Baumrodung im Bialowieza-Wald, eines der letzten Urwaldgebiete Europas und Teil eines Naturschutzgebietes, verfügte.²⁹⁷ Auch Ungarn hat im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs, in dem die Aufnahmeverpflichtung der Mitgliedstaaten im Rahmen der Flüchtlingskrise bestätigt worden ist,²⁹⁸ angekündigt, dieses nicht zu akzeptieren.²⁹⁹

Die eingeschränkten Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union auf innerstaatliche, antidemokratische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten haben deutlich gemacht, dass es anderer Bewertungsansätze und Konturierungen bedarf. Demokratie und Rechtsstaat lassen sich auf der verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Ebene nicht gegeneinander ausspielen. Demokratien gibt es auch empirisch nur gemeinsam mit rechtstaatlichen Strukturen, die die Regeln einer offenen egalitären politischen Auseinandersetzung schützen. Auch die Mehrheitsregel bedarf eines Institutionenbestands, in dem jede Stimme gleich zählt. Vor diesem Hintergrund ist es unglücklich, wenn der Schutz der konstitutionellen Kernbestände in den Mitgliedstaaten von den europäischen Organen mit dem Schutz der Rechtsstaatlichkeit gleichgesetzt wird, etwa im EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips oder dem im Ministerrat für Allgemeine Angelegenheiten eingerichteten Dialog zur Lage der Rechtsstaatlichkeit. Damit wird der Anspruch auf ein demokratisches Mandat autoritären Politikentwürfen überlassen und der systematische und faktische Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie zerrissen.

296 Der Spiegel vom 31.7.2017, Polen rodet letzten Urwald Europas, verfügbar unter: www.spiegel.de/wissenschaft/natur/bialowieza-urwald-polen-laesst-trotz-eugh-verbot-baeume-faelen-a-1160753.html, zuletzt abgerufen am 2.10.2017.

297 EuGH, Urt. v. 27.7.2017, Rs. C-441/17 R, *Kommission/Polen*.

298 EuGH, Urt. v. 6.9.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, *Slowakische Republik und Ungarn/Rat*.

299 Der Spiegel vom 6.9.2017, Ungarn rüttelt an Europas Fundament, verfügbar unter: www.spiegel.de/politik/ausland/ungarn-lehnt-eugh-urteil-ab-juristen-sehen-eu-recht-in-gefahr-a-1166403.html, zuletzt abgerufen am 2.10.2017.

Die Schwierigkeit der Bewertung der Entwicklungen in den Mitgliedstaaten liegt auch in der zentralen materiellen Norm des europäischen Primärrechts zum Schutz der Integrität der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen, Art. 2 EUV, begründet. Die Norm zählt ein unsortiertes Potpourri an europäischen Werten auf, das kaum geeignet ist, dem Schutz demokratischer Rechtsstaatlichkeit Kontur zu geben. Demgegenüber erscheint es notwendig, engere und genauere Kriterien zu entwickeln. Wir schlagen in dieser Studie vor, diese am Maßstab des Schutzes der politischen Opposition zu entwickeln. Eine Ordnung bleibt demokratisch, soweit sie es der Minderheit ermöglicht, Mehrheit zu werden. Aus diesem Kriterium folgt, dass drei Felder besonderer Beobachtung bedürfen: die Freiheit der Meinung und der Medien, die Institutionen des Parteien- und Wahlrechts und die Unabhängigkeit der Justiz als institutionelle Garanten eines fairen politischen Wettbewerbs. Eine Reform des Demokratieschutzes auf europäischer Ebene sollte diese Felder in den Blick nehmen.

Der Schutz mitgliedstaatlicher Demokratien ist zuletzt keine Aufgabe, die allein den Institutionen der Europäischen Union überlassen werden kann. Mitgliedstaatliche Regierungen sollten sich im Ernstfall auch direkt zu den politischen Entwicklungen äußern und sich nicht hinter den Institutionen der Union verstecken. Vor allem müsste klarwerden, dass wir es mit einer gesamtgesellschaftlichen gesamt-europäischen Aufgabe zu tun haben, die nicht einfach an Institutionen delegiert werden kann. Berufsverbände, Hochschulen, Vereine und andere Organisationen müssen sich europäisieren und in diesem Prozess gerade auch den Kontakt mit Mitgliedstaaten pflegen, deren demokratische Ordnung in Frage steht.

Demokratisierung in der Europäischen Union Studie zu einer europäischen Aufgabe

Die freiheitlichen Demokratien stehen unter Druck. Populistische Kräfte verschiedener Couleur versprechen Schutz und Sicherheit durch Abschottung und einen starken, autoritären Staat. Die Europäische Union ist von diesen Entwicklungen nicht ausgenommen, wie man an den Ländern Ungarn und Polen sehen kann. Deren Regierungen betreiben einen Staatsumbau, der die Unabhängigkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit, Justiz und Medien beschränken soll.

Demokratieabbau in einem EU-Mitgliedstaat ist kein nationales, sondern ein europäisches Problem. Wird in einem Mitgliedstaat Rechtsstaatlichkeit eingeschränkt, so trifft es die Gemeinschaft in ihrem Kern und bedroht die gemeinsamen Grundlagen.

Wie aber soll die EU auf Demokratieabbau in ihren Reihen reagieren? Wie kann sie ihn verhindern und den demokratischen Rechtsstaat schützen? Diesen Fragen geht die vorliegende Studie nach. Sie macht anschaulich, in welchem Dilemma sich die EU befindet und welche Möglichkeiten sie doch hat.

ISBN 978-3-86928-171-1