

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

Zum Verhältnis von Vertrauen und Kontrolle im RFSR*

I. Das Auseinandertreffen konkurrierender Integrationskonzepte

Der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» ist in Entscheidungen des EuGH und in Schlussanträgen einzelner Generalanwälte in den letzten Jahren zu einem grundlegenden und fundamentalen Verfassungsprinzip der EU erklärt worden. Es scheint, als ob die EU-Gerichtsbarkeit nunmehr – nach Jahrzehnten einer «vertikalen Konstitutionalisierung» des Verhältnisses von EU und Mitgliedstaaten – nunmehr eine «horizontale Konstitutionalisierung» des Verhältnisses zwischen den Mitgliedstaaten betreiben wolle. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» kontrovers aufgenommen.¹ Inzwischen ist die Konzeption des EuGH vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte grundsätzlich infrage gestellt worden. Der Strassburger Gerichtshof hat der Vision des EuGH, die den Mitgliedstaaten einen weitgehenden transnationalen Zugriff in das Hoheitsgebiet eines anderen

Prof. Dr. Martin Nettesheim
Universität Tübingen

Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kollidieren der integrations-politisch getragene Vertrauensgrundsatz des EuGH und die menschenrechtlich begründete Schutzverantwortung aus der EMRK. Wie ist dieses Spannungsverhältnis aufzulösen?

* ____ Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 16. November 2017 am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich gehalten hat. Der Verfasser dankt für die freundliche Einladung und den überaus herzlichen Empfang.

¹ ____ Hervorragender Überblick bei: Meyer Frank, Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens – Konzeptionalisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips, EuR 2017, 163; weitere Darstellungen bei: Ostropolski Tomasz, The CJEU as a Defender of Mutual Trust, NJECL 6 (2015), S. 166; Willems Auke, Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character, European Journal of Legal Studies, 9 (2016), S. 211; Mitsilegas Valsamis, Mutual Recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon, in: Mitsilegas/Bergström/Konstadinides (Hrsg.), Research Handbook on EU Criminal Law, 2016, S. 148; Kokott Juliane/Dervisopoulos Ioanna, Grundrechte und gegenseitige Anerkennung, in: Leutheusser-Schnarrenberger (Hrsg.), Vom Recht auf Menschenwürde, 2013; Classen Claus Dieter, Gegenseitige Anerkennung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, in: Becker u.a. (Hrsg.), Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag, 2014, 556; Bieber Roland, «Gegenseitiges Vertrauen» zwischen den Mitgliedstaaten – ein normatives Prinzip der Europäischen Union? in: Lorenzmeier/Folz (Hrsg.), Recht und Realität. Festschrift für Christoph Vedder, 2017, 27; Britz Gabriele, Grundrechtsschutz in der justiziellen Zusammenarbeit, JZ 2013, 105.

Mitgliedstaats eröffnen würde, eine deutlich abweichende Vision entgegengestellt. Auch einzelne Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten teilen die Grundposition des EuGH nicht. Der Präsident des EuGH hat hierauf in einer jüngeren Veröffentlichung zum «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» reagiert.² Er hat eine Position entwickelt, die deutlich der Sichtweise des Strassburger Gerichtshofs angenähert ist. Bislang ist allerdings nicht erkennbar, inwieweit diese Position in die Rechtsprechung des EuGH einfließen wird.

Die Diskussion darüber, welche normative Funktion der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts³ (im folgenden: RFSR) haben soll, ist damit nur scheinbar eine rein dogmatische Diskussion. In den gegensätzlichen Positionen, die in der Diskussion aufeinandertreffen, spiegeln sich unterschiedliche integrationstheoretische Grundansichten. In der nachfolgenden Gegenüberstellung der jeweiligen Positionen wird deutlich, wie gross der konzeptionelle Unterschied ist.

1. EuGH: Horizontale Konstitutionalisierung in einem föderalen Verbund

Der EuGH ist in den letzten Jahren dazu übergegangen, den «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» auf der Ebene eines fundamentalen Verfassungsprinzips anzusiedeln, das für die konstitutionelle Architektur der Europäischen Union von zentraler Bedeutung sein soll.⁴ Der EuGH macht deutlich, dass er den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht lediglich zur Beschreibung eines in der Sekundärrechtsgesetzgebung kristallisierten politisch-empirischen Vertrauens heranzieht.⁵ In der Tat lässt sich der politische Wille der Mitgliedstaaten, ihre territoriale Verantwortlichkeit zurückzunehmen und die Entscheidungen der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats anzuerkennen,⁶ nur dadurch erklären, dass sie die Bereitschaft besitzen, einander in (allerdings begrenztem) Umfang Vertrauen zu erbringen. Dem EuGH geht es freilich (weitergehend) um die Entwicklung

eines normativen Konzepts, mit dem Verhaltensweisen der Mitgliedstaaten gerade dort gesteuert werden sollen, wo kein Vertrauen gegeben ist. Ironiker haben von einer «Pflicht zum Vertrauen» gesprochen und darauf hingewiesen, dass ein Akteur dort, wo er zu etwas gezwungen wird, schon im Ansatz nicht vertrauensorientiert handeln kann. Letzteres setzt Entscheidungsfreiheit voraus. Zu beobachten ist ein Prozess der «horizontalen Konstitutionalisierung»⁷, der durch vier Merkmale gekennzeichnet wird.

a) Idealisierende Überhöhung eines Interpretationsproblems

In den Entscheidungen, in denen der EuGH den «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» thematisiert hat, ging es jeweils um die Reichweite der im einschlägigen Sekundärrecht angelegten Kooperationsverpflichtung. Der EuGH war mit der Frage befasst, inwieweit es den Institutionen eines um Kooperation ersuchten Mitgliedstaats rechtlich möglich ist, dem Kooperationsbegehren andere als die konkret sekundärrechtlich formulierten Ablehnungsgründe entgegenzusetzen. In der Sache war damit ein Problem der Interpretation des Sekundärrechts zu bewältigen.⁸ Politische und wissenschaftliche Aufmerksamkeit verdient die Rechtsprechung des EuGH, weil sie die Problematik in idealisierend-normativer Weise überhöht hat. Statt den Sekundärrechtsakt daraufhin zu untersuchen, inwieweit die dort angelegte Pflicht zur Kooperation geschriebene oder auch ungeschriebene Ausnahmen kennt, operiert der EuGH mit einem normativen Fundamentalprinzip. Dem EuGH geht es damit um Entwicklung eines normativen Bildes davon, wie sich die Institutionen eines «guten» Mitgliedstaats in der horizontalen Kooperation mit den Institutionen eines anderen Mitgliedstaats zu verhalten haben. Dieses Bild wird bewusst kontrafaktisch eingesetzt.

In seinen Entscheidungen hat der EuGH den Grundsatz inzwischen in verschiedener Richtung eingesetzt. In der Entscheidung «Aguirre Zarraga» war das Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats mit einer Situation konfrontiert, in der das kooperationsuchende Gericht des Ursprungsmitgliedstaats eine erwiesenermassen falsche Behauptung aufgestellt hatte. Gleichwohl erklärte

² Lenaerts Koen, La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust, CMRL 54 (2017), 805.

³ Programmatisch: Haager Programm: zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABL. EU 2005 C 053/1; Stockholmer Programm: Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABL. EU 2010 C 115/1, S. 1, 5, 12, 13 ff. Überblick bei: Oppermann Thomas/Classen Claus Dieter/Nettesheim Martin, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 521 m.w.N.

⁴ Paradigmatisch: EuGH (Plenum), Gutachten vom 18.12.2014, Gutachten 2/13, EMRK-Beitritt, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 191.

⁵ Zur früheren Rechtsprechung etwa EuGH, Urt. vom 29.1.2013, Rs. C-396/11, Radu, ECLI:EU:C:2013:39, Rdnr. 34; EuGH, Urt. vom 26.2.2013, Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rdnr. 37 (eine andere Bedeutung schimmert in Rdnr. 63 durch).

⁶ Zum Grundsatz gegenseitiger Anerkennung: Möstl Markus, Preconditions and Limits of Mutual Recognition, CMRL 47 (2010), 405; Janssens Christine, The Principle of Mutual Recognition in EU law, 2013.

⁷ Im Kontext des Konzepts des «Verfassungsverbunds»: Pernice Ingolf, Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbunds. Europäische Justizpolitik im Lichte von Pupino und Darkanzali, in: Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht, Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, 2006, S. 359, 367.

⁸ Der EuGH hat etwa schon früh festgestellt, dass die Ablehnungsgründe, die der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl vorsieht, abschliessend sind (EuGH, Urt. vom 1.12.2008, Rs. C388/08 PPU, Leymann und Pustovarov, Slg. 2008, I8983, Rdnr. 51; EuGH, Urt. vom 16.11.2010, Rs. C261/09, Mantello, Slg. 2010, I11477, Rdnr. 37).

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

der EuGH, dass das ersuchte Gericht zu einer «vertrauensvollen» Durchführung verpflichtet sein sollte. Er stellte fest: «Nach alledem sind unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens für die Prüfung der Frage, ob das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats, das die mit einer Bescheinigung versehene Entscheidung erlassen hat, gegen Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 2201/2003 verstossen hat, allein die Gerichte dieses Mitgliedstaats zuständig, und das zuständige Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats kann sich in Anbetracht der vom genannten Gericht des Ursprungsmitgliedstaats ausgestellten Bescheinigung der Anerkennung und Vollstreckung der betreffenden Entscheidung nicht entgegenstellen.»⁹ Offensichtlich kann unter diesen Gegebenheiten empirisch kein Vertrauen entstehen. Mit dem idealisierend-normativen Einsatz des Prinzips wird letztlich eine Zumutung begründet.

Auf einer anderen Ebene bewegt sich die Feststellung, dass das um Kooperation ersuchte Gericht jedenfalls grundsätzlich auch nicht die (Grund-)Rechtskonformität der ersuchenden Entscheidung prüfen darf. In der Entscheidung «Aranyosi» ist davon die Rede, dass der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» die Gerichte eines Mitgliedstaats jedenfalls grundsätzlich dazu verpflichte, die Rechtskonformität des Verhaltens der Gerichte eines anderen Mitgliedstaates zu unterstellen: «Sowohl der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten als auch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung haben im Unionsrecht fundamentale Bedeutung, da sie die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermöglichen. Konkret verlangt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, dass er, abgesehen von aussergewöhnlichen Umständen, davon ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten ...»¹⁰ In dem kurz vorher erstellten Gutachten 2/13 wird dies mit der Feststellung umschrieben: «Bei der Durchführung des Unionsrechts können die Mitgliedstaaten somit unionsrechtlich verpflichtet sein, die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen, sodass sie weder die Möglichkeit haben, von einem anderen Mitgliedstaat ein höheres nationales Schutzniveau der Grundrechte zu verlangen als das durch das Unionsrecht gewährleistete, noch – von Ausnahmefällen abgesehen – prüfen können, ob dieser andere Mitglied-

⁹ EuGH, Urt. vom 22. Dezember 2010, Rs. C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga, ECLI:EU:C:2010:828, Rdnr. 74.

¹⁰ EuGH, Urt. vom 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15, C-659/15 PPU, Aranyosi ua., ECLI:EU:C:2016:198, Rdnr. 78 mit Verweis auf EuGH, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454, Rn. 191.

staat in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat.»¹¹ Der EuGH betreibt damit eine Dogmatisierung des Grundsatzes, die erkennen lässt, dass er einen föderalen Raum anstrebt, in dem die Entscheidungen eines Gerichts ohne weiteres Hinsehen, ohne kontrollierende Prüfung und ohne Beurteilung am Massstab eigener Gemeinwohlvorstellungen anerkannt und vollzogen werden. Kenner der Entwicklung wissen, dass sich dieser Anspruch bislang (noch) nicht hat durchhalten lassen. Schon in «Aranyosi» war der EuGH mit einer Lage konfrontiert, die es integrationspolitisch unmöglich machte, den Grundsatz auch tatsächlich zu vollziehen. Der EuGH sah sich dort genötigt, die Möglichkeit von Ausnahmen zu konzedieren. An dem grundsätzlichen Anspruch ändert dies aber nichts.

Der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» greift als primärrechtlich verankerter Grundsatz nach dem Gesagten dort, wo das Sekundärrecht keine ausdrücklichen Regelungen trifft, ggf. aber auch zur Absicherung sekundärrechtlicher Pflichten gegenüber mitgliedstaatlichen Gestaltungsvorstellungen. Dies gilt sowohl im Bereich der strafrechtlichen¹² als auch im Bereich der zivilrechtlichen¹³ Kooperation. Gerade weil man den Grundsatz interpretativ nicht wirklich benötigt, tritt sein ideell-normativer Zusatzwert, seine integrationspolitische Funktion der Überhöhung sekundärrechtlicher Aussagen durch konstitutionelle Grundsätzlichkeit umso deutlicher hervor. Der EuGH überwölbt politische Entscheidungen, die immer auch anders hätten ausfallen können, mit einer integrationspolitischen (Schein-)Notwendigkeit. Obgleich der Gesetzgeber des Sekundärrechts ohne Weiteres vorsehen kann, dass den Gerichten des ersuchten Staats mehr oder weniger weitreichende Gemeinwohlvorbehalte oder Prüfungszuständigkeiten eingeräumt werden, konstruiert der EuGH eine konstitutionelle Alternativlosigkeit. Ohne dass dies in Art. 81 oder Art. 82 AEUV angelegt wäre, wird die politisch-vertragliche Zielvorgabe, eine am Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ausgerichtete Politik zu verfolgen, mit dem rechtsethischen Konzept gegenseitigen Vertrauens überhöht. Über die konkreten rechtspositiven, teils im Sekundärrecht und teils in der Rechtsprechung des

EuGH formulierten Pflichten legt sich eine moralisierende normative Schicht. Nicht der Hinweis auf Interessen, Effizienz und politische Klugheit prägt die Argumentation, sondern eine Moralisierung, die sich unmittelbar auf die gemeinsame Wertorientierung nach Art. 2 EUV stützt.¹⁴ Wer das Vertrauen verweigert, handelt integrationspolitisch *schlecht*.

In der Rechtsprechung des EuGH ist angelegt, dass der Grundsatz in Zukunft auch gegen den Gesetzgeber des Sekundärrechts gewendet wird. Wenn gegenseitiges Vertrauen wirklich konstitutionelle Qualität hat und den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fundamental prägt, ist es nur ein kleiner Schritt, die politische Entscheidung des Sekundärrechtsgesetzgebers daraufhin zu überprüfen, ob sie hinreichend auf die Idee gegenseitigen Vertrauens setzt.

b) Legalitätsvertrauen und Gemeinwohlverträglichkeitsvertrauen

Der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» nimmt in der Rechtsprechung des EuGH eine zweischichtige Bedeutung an: Einerseits werden die mitgliedstaatlichen Institutionen zu einem «Legalitätsvertrauen» verpflichtet, das sie daran hindern soll, die Rechtskonformität des Handelns der Institution eines anderen Mitgliedstaats nicht infrage zu stellen. Jedenfalls grundsätzlich soll auch die Grundrechtskonformität des Verhaltens nicht thematisiert werden können. Andererseits dürfen die mitgliedstaatlichen Institutionen der anzuerkennenden und durchzuführenden ausländischen Entscheidung keine Gemeinwohlvorbehalte entgegenhalten, die nicht im Sekundärrecht vorgesehen sind. Den mitgliedstaatlichen Institutionen wird insofern auch ein «Gemeinwohlverträglichkeitsvertrauen» abverlangt.¹⁵ Nur bei Vorliegen «aussergewöhnlicher Umstände» soll eine mitgliedstaatliche Institution berechtigt sein, genauer hinzuschauen.¹⁶

c) Grundsätzlich schrankenlose Transnationalisierung von Hoheitsgewalt

In der Sache zielt das normative Konzept des EuGH nicht nur auf eine Effektivierung des in Art. 81 und Art. 82 AEUV avisierten Systems der horizontalen Zusammenarbeit und der hierfür zentralen Pflicht zur gegenseitigen

¹¹ EuGH (Plenum), Gutachten vom 18.12.2014, Gutachten 2/13, EMRK-Beitritt, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 192.

¹² Mitsilegas Valsamis, EU Criminal Law after Lisbon, 2016, S. 131 ff.; Gaede Karsten, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren, NJW 2013, S. 1279, 1281 f.; Thunberg Schunke Malin, The manifesto on European Criminal Procedure Law; a commentary on the perspective of mutual recognition and violation of defence rights, EuCLR 2015, S. 46, 49 f.; Klip Andre, European Criminal Law, 3. Aufl. 2016, Meyer Frank, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 82 AEUV, Rn. 7.

¹³ Adolphsen Jens, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2014; Hess Burkhard, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010.

¹⁴ Der argumentative Ansatz ist offensichtlich inkohärent: Gerade wer den Wert effektiver Grundrechtsgewährleistung und jenen der Rechtsstaatlichkeit hochhält, wird für eine Kontrolle seitens des um Kooperation ersuchten Staats plädieren.

¹⁵ Das gilt sowohl für den Fall, dass der ersuchte Mitgliedstaat zur Anerkennung und Durchführung einer Entscheidung des ersuchenden Staats verpflichtet wird, als auch für den Fall, dass er daran gehindert wird, eine Neubewertung eines durch einen EU-Staat bereits abschliessend bewerteten Falls vorzunehmen (Grundsatz des *ne bis in idem*).

¹⁶ Vgl. EuGH, Urt. vom 5.4.2016, verb. Rs. C-404/15, C-659/15 PPU, Aranyosi ua., ECLI:EU:C:2016:198: «Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens» (Rdnr. 82).

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

gen Anerkennung ab. Es geht dem Gerichtshof um eine Transnationalisierung von Hoheitsgewalt, die nur möglich ist, wenn die EU-Mitgliedstaaten ihren je eigenen Zuständigkeitsanspruch über ihr Territorium aufgeben. Diese horizontale Föderalisierung wird von einer vertikalen Europäisierung dadurch begleitet, dass sich die materiellen (grundrechtlichen) Bindungen, die bei der horizontalen Kooperation zu beachten sind, künftig nur noch nach den EU-Grundrechtsstandards richten sollen. Ein Mitgliedstaat kann die transnationale Erstreckung seiner Hoheitsgewalt immer dann verlangen, wenn er sich an den europäischen Grundrechtsstandards ausrichtet.

Rechtsdogmatisch hat man dies zum Anlass genommen, den Aussagegehalt des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens mit einem Optimierungsgebot gleichzustellen — mit dem Inhalt, dass möglichst weitgehendes Vertrauen geboten und eine möglichst weitgehende gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Rechtsakte untereinander geboten sei. Der angestrebte normative Idealzustand ist danach ein Zustand föderaler Verbundenheit, in dem es für einen Mitgliedstaat keine Möglichkeit und keinen guten Grund mehr gibt, dem Rechtsakt eines anderen Mitgliedstaats die Anerkennung zu verweigern und ihn nicht zu vollziehen. Was in Art. 81 und Art. 82 AEUV noch als regulative Orientierung für die Rechtspolitik formuliert ist, gewinnt hiernach die Qualität eines normativen Zielzustands. Das entspricht einer schon vor geraumer Zeit formulierten Zielvorstellung des Rats: «The process should ultimately lead to the establishment of a European judicial area without internal borders, in which abolition, pure and simple, of any checks on the foreign judgment by courts in the requested country allows national judgments to move freely throughout the Union. Each requested State treats these national judgments as if they had been delivered by one of its own courts.»¹⁷ Während es bei der Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 2 AEUV) um die freie Zirkulation von Produkten und Faktoren geht, soll im Bereich des RFSR Hoheitsgewalt frei zirkulieren können.

d) Menschenrechtliche Verantwortungskonzentration

Der «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» steht damit für eine konkrete Vision zur Deutung der Architektur des Integrationsverbunds von EU und Mitgliedstaaten. Der Vision zufolge trifft die Institutionen des ersuchenden Staats die Pflicht, ein grund- und menschenrechtskonformes Umfeld zu schaffen. Die Institutionen des ersuchten und zur Kooperation verpflichteten Mitgliedstaats sollen — jedenfalls grundsätzlich — von

¹⁷ Council Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters (2001/C 12/01), Section II.A, Para. 2, let. b).

der Last und Verantwortung befreit sein, sich um die Verhältnisse in dem ersuchenden Staat zu kümmern. Mehr noch: Es soll ihnen – zum Schutz der «Gleichheit der Staaten» – sogar die Befugnis fehlen, Verantwortung zu übernehmen. Zyniker könnten von einer «organisierten Unverantwortlichkeit» sprechen.

Im Bestreben, die grund- bzw. menschenrechtliche Kontrolle bei dem ersuchenden Staat zu konzentrieren, nimmt der EuGH sogar Inkohärenzen hin. Es ist bereits angedeutet worden, dass der EuGH davon ausgeht, dass die Institutionen des ersuchten Staats zwar grundsätzlich keine Kontrolle der Grundrechtskonformität der Entscheidung des ersuchenden Staats vornehmen dürfen, dass dies aber nicht für Ausnahmefälle gelten soll. Natürlich könnte man darüber nachdenken, ob das Kriterium des «Ausnahmefalls» quantitativ zu verstehen ist – etwa dergestalt, dass eine ersuchte Stellung nur in einer bestimmten kleinen Zahl von Fällen in die Prüfung eintreten darf (z.B. nicht mehr als 10%). Eine derartige quantitative Handhabung wäre aber willkürlich und nicht sachgerecht. Richtig ist es vielmehr, den «Ausnahmefall» qualitativ zu definieren. Der EuGH gesteht damit der ersuchten Stelle das Recht zu, in jedem Fall zu prüfen, ob nicht ein Ausnahmefall vorliegt. Eine Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, lässt sich aber wiederum nur vornehmen, wenn die Entscheidung der ersuchenden Institution in jedem Fall auf Mängel untersucht wird und grundrechtlich bewertet wird. Die Feststellung eines Ausnahmefalls ohne regelmässigen Eintritt in eine Prüfung ist schlicht gedanklich unmöglich. Wenn der EuGH zugleich postuliert, dass eine Prüfung grundsätzlich zu unterbleiben habe, ist dies schlicht widersprüchlich.

2. Das Modell menschenrechtlicher Verantwortlichkeit jeden Staats

Der EuGH hat in den letzten Jahren grossen Begründungsaufwand betrieben, um diese Konzeption des horizontalen Zusammenwirkens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts primärrechtlich zu verankern. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist man dazu übergegangen, den Grundsatz zu historisieren und zu dogmatisieren. Eine Gegenbewegung, vorangetrieben vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und von nationalen Verfassungsgerichten, weckt allerdings Zweifel, ob sich die theoretische und dogmatische Konstruktion des EuGH halten lässt.

a) Die Rechtsprechung des EGMR

Kennerinnen und Kenner der Rechtsprechung des EGMR wissen, dass der Gerichtshof in frühen Entscheidungen zum internationalen Rechtshilfeverkehr die menschenrechtliche Verantwortung des ersuchten Staats betonte. In Entscheidungen wie «Drozd und Janousek v. Frank-

reich und Spanien»¹⁸ oder «Pellegrini»¹⁹ forderte der Gerichtshof, dass ein staatliches Gericht, das mit einem Kooperationsersuchen konfrontiert war, zu einer Prüfung der Frage verpflichtet war, ob dem Ersuchen ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 EMRK zugrunde lag. Die Intensität der geforderten Prüfung sollte nach Auffassung des Gerichtshofs vom jeweiligen Einzelfall abhängen.

In jüngeren Jahren schien es dann, als ob der Strassburger Gerichtshof bereit wäre, die unionsrechtliche Konzeption von Anerkennungspflichten konventionsrechtlich mitzutragen. Eine Entscheidung, in der diese Grundhaltung besonders eindrücklich zum Ausdruck kommt, stellt die Entscheidung «Povse» vom 18. Juni 2013 dar: «The Court therefore accepts that the Austrian courts could not and did not exercise any discretion in ordering the enforcement of the return orders. Austria has therefore done no more than fulfill the strict obligations flowing from its membership of the European Union. ... The Court is therefore not convinced by the applicants' argument that to accept that the Austrian courts must enforce the return order of 23 November 2011 without any scrutiny as to its merits would deprive them of any protection of their Convention rights. On the contrary, it follows from the considerations set out above that it is open to the applicants to rely on their Convention rights before the Italian Courts. ... In sum, the Court cannot find any dysfunction in the control mechanisms for the observance of Convention rights. Consequently, the presumption that Austria, which did no more in the present case than fulfil its obligations as an EU member State under the Brussels IIa Regulation, has complied with the Convention has not been rebutted.»²⁰ Die Freistellung der Mitgliedstaaten von jeder Verantwortlichkeit musste schon damals verwundern.

Inzwischen ist der EGMR von dieser Position abgerückt. In der – von der Grossen Kammer getroffenen – Entscheidung «Avotins v. Latvia» geht der Gerichtshof zwar weiter von der grundsätzlichen Gültigkeit der «Bosphorus»-Regel aus. Deren Status war in der Folge des EuGH-Gutachtens 2/13 diskutiert worden. Manche Beobachter hatten sich vorstellen können, dass die Entscheidung des EuGH den EGMR zu einer Revision der Rechtsprechung veranlassen könnte. In «Avotins» ist kein offenes Abrücken zu beobachten. Gleichwohl werden die Dogmatik, die der EuGH dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens zugeschrieben hat, und die daraus resultierenden Vorgaben für die gegenseitige Anerkennung von Hoheitsakten grundlegend in Zweifel gezogen.

¹⁸ EGMR, Urt. vom 26.6.1992, No. 12747/87, Drozd and Janousek v. France and Spain, Rdnr. 110.

¹⁹ EGMR, Urt. vom 20.7.2001, No. 30882/96, Pellegrini, Rdnr. 40.

²⁰ EGMR, Urt. vom 18.6.2013, No. 3890/11, Povse, Rdnr. 82, 86 und 87.

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

Der EGMR stellt im Hinblick auf die Techniken gegenseitiger Anerkennung und mit Blick auf die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH fest: «However, it is apparent that the aim of effectiveness pursued by some of the methods used results in the review of the observance of fundamental rights being tightly regulated or even limited. ... Limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the State of origin of the judgment could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention according to which the court in the State addressed must at least be empowered to conduct a review commensurate with the gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights in the State of origin, in order to ensure that the protection of those rights is not manifestly deficient. ... Accordingly, the Court must satisfy itself [...] that the mutual recognition mechanisms do not leave any gap or particular situation which would render the protection of the human rights guaranteed by the Convention manifestly deficient. ... it must verify that the principle of mutual recognition is not applied automatically and mechanically [...] to the detriment of fundamental rights.»²¹

Auch wenn der Strassburger Gerichtshof eine Verletzung der Konventionsrechte im Ergebnis ablehnt, tritt doch überdeutlich zutage, dass er den Organen eines Konventionsstaats, deren Kooperation verlangt wird, eine konkrete Prüfung abverlangen will, ob der Vorwurf einer Konventionsverletzung im ersuchenden Staat berechtigt ist. Wenngleich sich der EGMR in «Avotiņš v. Lettland» mit einem Fall befassen musste, in dem es um die Möglichkeit einer Konventionsverletzung in dem Verfahren ging, das zu dem Kooperationsbegehren führte, wird man die Aussage auch auf Parallelkonstellationen übertragen können: Die Organe eines Konventionsstaats werden danach auch konkret zu prüfen haben, ob die Erfüllung des Kooperationsbegehrens (etwa durch Auslieferung oder Überstellung eines Kindes) zu einem Zustand führen wird, der mit den Anforderungen der Konvention nicht vereinbar ist. Der Einwand, dazu durch EU-Recht gezwungen zu sein, befreit den Mitgliedstaat nicht von der Notwendigkeit der Durchführung einer derartigen Kontrolle.²² Würden die Institutionen eines

²¹ EGMR, Urt. vom 25.2.2014, No. 17502/07, Avotiņš v. Latvia [GC], Rdnr. 114 ff.

²² Die Rechtsprechung, wonach die Konventionskonformität des Verhaltens von Mitgliedstaaten geprüft werden kann, wenn und soweit sie unionsrechtlich eröffnete Entscheidungsspielräume haben, bleibt davon natürlich unberührt.

EU-Mitgliedstaats sich dieser Pflicht entziehen, läge per se ein konkretes und manifestes Kontrolldefizit vor.²³

Beobachter der EGMR-Rechtsprechung sind sich deshalb auch einig, dass die «Avotiņš»-Entscheidung den EuGH zu einer Revision und Überprüfung seiner Rechtsprechung zum Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens – und den daraus folgenden Vorgaben für die Anerkennungs- und Durchführungspflicht – veranlassen müsste. Die Aussage, dass die Institutionen eines ersuchten Mitgliedstaats nur in «Ausnahmefällen» überhaupt in eine Prüfung der Menschenrechtskonformität eintreten dürften, lässt sich danach nur aufrechterhalten, wenn ein Konventionsverstoss in Kauf genommen wird.

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Rechtsprechung des EuGH wird aber nicht nur von Seiten des Strassburger Menschenrechtsgerichtshofs infrage gestellt. Jedenfalls für Deutschland hat sich auch das Bundesverfassungsgericht einem Kooperationsautomatismus entgegengestellt. In dem Beschluss vom 15. Dezember 2015 hat es festgestellt, dass jedes deutsche Gericht, das mit einem Auslieferungsverlangen nach den Regeln des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl konfrontiert ist, zwingend prüfen muss, ob die Auslieferung Menschenrechtsverletzungen mit sich bringt, die mit der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar sind.²⁴ Dieser in der Verfassungsidentität verankerten Pflicht (Art. 79 Abs. 3 GG) kann der Vorrang des EU-Rechts nicht entgegengehalten werden. Ein deutsches Gericht, das einem Auslieferungsbegehren, das auf den Rahmenbeschluss gestützt ist, blind nachkommt, würde einen offensichtlichen Verfassungsverstoss begehen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist kontrovers aufgenommen worden.²⁵ Soweit Kritik geäußert wurde, betraf sie allerdings vor allem die Beurteilung der Entscheidungsnotwendigkeit einer Behandlung der Integrationsgrenzen nach Art. 1 GG. Der Grundansatz des Bundesverfassungsgerichts ist akzeptiert worden.

²³ Um eine Weiterentwicklung der Bosphorus-Rechtsprechung handelt es sich im Übrigen auch mit Blick auf EGMR, Urt. vom 21.1.2011, No. 30696/09, M.S.S. v. Belgien und Griechenland. In der Dublin-Verordnung gibt es keine Pflicht zur Rücküberstellung; vielmehr besteht mitgliedstaatliche Freiheit, in die hier konventionsrechtlich eingegriffen wurde. Gleichwohl kam das in Luxemburg nicht gut an – auch wenn man dann im gleichen Jahr nachzog.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149.

²⁵ Kritisch etwa Schönberger Christoph, Anmerkung, JZ 2016, 422. Befürwortend: Nettesheim Martin, Anmerkung, JZ 2016, 424; Sauer Heiko, «Solange» geht in Altersteilzeit, NJW 2016, 1134.

c) Fortdauernde menschenrechtliche Verantwortlichkeit zwingt zu einer konkreten Kontrolle

Sowohl der EGMR als auch das Bundesverfassungsgericht deuten damit die Rolle der Staaten in den Verbund- und Kooperationsstrukturen des RFSR grundsätzlich anders als der EuGH. Sie betonen die weiterhin fortbestehende und konkret einzulösende menschenrechtliche Schutzverantwortung, die der Staat (auch unter der Geltung des EU-Rechts) im Prozess transnationaler Kooperation für die Einhaltung der Menschen- bzw. Grundrechte hat. Anders als der EuGH, der den ersuchten Staat jedenfalls grundsätzlich aus der Verantwortlichkeit herauslösen und ihm eine Kontrolle jedenfalls grundsätzlich untersagen will, verlangen EGMR und Bundesverfassungsgericht immer eine Kontrolle – eine Kontrolle allerdings, deren Intensität stark von den Einzelheiten des Falls und dem jeweils vorliegenden Tatsachenmaterial abhängt. Für echtes («blindes») Vertrauen darin, dass die menschenrechtlichen Anforderungen vom jeweiligen ersuchenden Kooperationspartner eingelöst werden, ist danach kein Raum. Die vom EGMR postulierte Pflicht jeder mitgliedstaatlichen Institution, auch in einem Kooperationsverhältnis mit einem ersuchenden ausländischen Gericht die menschenrechtliche Verantwortlichkeit einzulösen, lässt es weder zu, sich einer Kontrolle ganz zu enthalten, noch kann eine ausländische Entscheidung wie eine innerstaatliche Entscheidung behandelt werden.²⁶

II.

Notwendigkeit der Neukonzeption der Dogmatik des unionsrechtlichen Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens

Eine grundsätzliche Neukonzeption des Verhältnisses von Vertrauen und Kontrolle im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist danach unabdingbar – und zwar nicht nur deshalb, weil sich das EU-Recht den Erwartungen des EGMR nicht entziehen kann, sondern vor allem deshalb, weil es schlicht inkohärent ist anzunehmen, dass im Grundsatz jede Kontrolle der Rechtskonformität der um Kooperation ersuchenden Entscheidung unzulässig ist, diese Kontrolle zugleich im Ausnahmefall aber zulässig und vielleicht sogar geboten

²⁶ In einigen Bereichen ist allerdings eine «Integration» ausländischer Entscheidungen in die Rechtsordnung des ersuchten Staats vorgesehen (vgl. EuGH, Urt. vom 13.10.2011, Rs. C-139/10, Prism Investment, ECLI:EU:C:2011:653, Rdnr. 40, mit Blick auf die Vollstreckung: «Denn sobald die Entscheidung in die Rechtsordnung des Vollstreckungsmitgliedstaats integriert wurde, gelten nach ständiger Rechtsprechung die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats über die Zwangsvollstreckung ebenso wie für Entscheidungen, die von nationalen Gerichten erlassen wurden ... »)

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

ist.²⁷ Diese Neukonzeption lässt sich ohne Weiteres in den «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» einbauen. Die damit vorgenommene Richtungsänderung würde jedenfalls nicht unmittelbar ersichtlich. Der Präsident des Europäischen Gerichtshofs hat in einem kürzlich erschienenen langen Beitrag *jedenfalls implizit* zu erkennen gegeben, dass auch er Anlass für eine Neukonzeption der Dogmatik des unionsrechtlichen Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens sieht.²⁸ Er betont dort, dass den Mitgliedstaaten kein «blindes Vertrauen» abverlangt würde. Er spricht auch davon, dass sich die Mitgliedstaaten der EU Vertrauen «verdienen» müssten. Diese Wendung ins Empirische ist in den Entscheidungen des EuGH bislang nicht reflektiert. Vor allem ist bislang unklar, wie dieses empirische Moment in die Dogmatik des unionsrechtlichen Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens eingebaut werden muss. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie sich diese Rekonstruktion vornehmen lässt.

1. Akzessorietät: Notwendigkeit einer spezifisch verankerten Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung

Den Mitgliedstaaten kann eine Pflicht zur Anerkennung und Durchführung des Hoheitsakts eines anderen Mitgliedstaats nur abverlangt werden, wenn und soweit dies im Sekundärrecht verankert ist.²⁹ Auch wenn man davon ausgeht, dass es im Primärrecht einen ungeschriebenen Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gibt, kann dieser nur dort greifen, wo es eine spezifische sekundärrechtliche Pflicht gibt, einen ausländischen Akt anzuerkennen.³⁰ Der Grundsatz effektiviert die spezifischen und konkreten sekundärrechtlich begründeten und politisch verantworteten Anerkennungspflichten. Er ist akzessorischer Natur und kann nicht allein eine Anerkennungspflicht begründen. Würde der EuGH dies anders sehen und aus dem Grundsatz Anerkennungspflichten «ableiten», die über das sekundärrechtlich Vereinbarte hinausgehen, würde er damit nicht nur das

²⁷ Hierzu schon oben unter I. 1. d).

²⁸ *Lenaerts Koen* (oben Fn. 2), 805, 812 ff.

²⁹ Im Sekundärrecht finden sich regelmässig auch Vorschriften darüber, wann eine Kooperation verweigert werden darf oder muss (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person]), sowie Vorschriften, die die Nicht-Kooperation zulassen (z.B. Art. 3 des Rahmenbeschlusses: Pflicht zur Verweigerung, Art. 4 des Rahmenbeschlusses: Möglichkeit der Verweigerung).

³⁰ Der EU-Sekundärrechtsgeber geht deshalb davon aus, dass Vertrauen die Grundlage für die Begründung gegenseitiger Anerkennungspflichten ist: Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Erwägungsgrund 10; Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisordnung, Erwägungsgrund 8; RL 2010/64/EU des EP und des Rates vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, Erwägungsgrund 4.

legitimationstheoretisch notwendige Verhältnis von politisch handelnden und demokratisch verantwortlichen EU-Normgebern und einer EU-Gerichtsbarkeit, die keiner unmittelbaren demokratischen Kontrolle unterliegt, umstürzen. Jedenfalls in Deutschland müsste eine solche Entscheidung auch als ultra-vires-Akt behandelt werden.

2. Die Sicherung der Legalität

a) Notwendigkeit der menschenrechtlichen Kontrolle

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen lässt sich nicht infrage stellen, dass in dem europäischen «Verfassungsraum» erhebliche Probleme entstünden, wenn die EU-Organe weiterhin darauf beharrten, dass die Institutionen des ersuchten Staats dem Kooperationsverlangen eines ersuchenden Staats im Lichte des «Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens» grundsätzlich nachkommen müssen, ohne prüfen zu dürfen, ob dem Ersuchen selbst ein Menschenrechtsverstoss zugrunde liegt oder ein solcher im Falle der Befolgung zu erwarten wäre. Diese Prüfung ist vielmehr in jedem Fall vorzunehmen. Die gegenteilige Aussage im Gutachten 2/13 kann keinen Bestand haben. Eine Interpretation des Grundsatzes, der dieser Feststellung zuwiderliefe, wäre mit Art. 6 Abs. 3 EUV unvereinbar. Ein ungeschriebener Grundsatz darf nach allgemeinen methodischen Regeln nicht so entworfen werden, dass er den ausdrücklich begründeten vertraglichen Verpflichtungen der EU zuwiderläuft. Auch wenn der EuGH dem Vertrauensgrundsatz fundamentale Bedeutung zuschreibt, verfügt er nicht über die Kompetenz, die in Art. 6 Abs. 3 EUV begründeten Vorgaben und Bindungen zu unterlaufen.

aa) Kontrollmassstab: Konkrete Prüfung auf manifeste Defizite

Die konventionsrechtlich erforderliche Prüfung kann sich nur auf die konkrete Entscheidungslage beziehen, in der die Kooperationsverpflichtung geltend gemacht wird. Die vom EuGH in «N.S.»³¹ entwickelte Konzeption, wonach eine Kooperation im Dublin-System nur dann zu unterbleiben hat, wenn in dem Zielstaat «systemische Mängel» bestehen,³² kann im Bereich gegenseitiger Anerkennungspflichten keine Anwendung finden. In der Tat hat sich der EuGH in der kürzlich ergangenen Entscheidung vom 16. Februar 2017³³ hiervon auch distanziert. Die Erfüllung eines Kooperationsverlangens ist

zu verweigern, wenn sich im konkreten Fall hinreichend gewichtige Mängel ergeben – und zwar unabhängig davon, ob dies Ausdruck systemischer Mängel ist oder nicht. Alles andere wäre menschenrechtlicher Zynismus.

Der EGMR hat in «Avotiņš v. Latvia» davon gesprochen, dass die Institutionen des ersuchten Staats zu einer grundrechtlichen Kontrolle veranlasst wären, wenn sie mit dem *ernsthaften und substantiierten Vorwurf* einer Unterschreitung des unionsrechtlich gebotenen Schutzniveaus konfrontiert sind.³⁴ Dies ist hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung für den Eintritt in eine grundrechtliche Kontrolle. Auch wenn die ersuchten Richterinnen und Richter selbst zu der Einschätzung gelangen, dass ernsthafte Zweifel an der Grundrechts- bzw. Konventionsrechtskonformität bestehen, ist der Eintritt in eine konkrete Kontrolle notwendig. Ob eine Grundrechts- bzw. Konventionsverletzung vorliegt, ist der *Rechtsfrage*, der sich die Richterinnen und Richter immer (und nicht nur auf Antrag) zuwenden müssen. Gut vertretbar ist es andererseits, dem EU-Recht (bzw. dem «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens») eine widerlegbare Vermutung einzuschreiben, wonach die Zustände in dem ersuchenden Staat grundrechtskonform sind; die Argumentationslast für die Darlegung, dass das grundrechtlich gebotene Verfahrens- und Schutzniveau unterschritten wird, liegt in der Tat bei den Institutionen des kooperationsverweigernden Staats.

Dem EGMR ist darin zu folgen, dass eine Kooperation nicht schon dann unterbleiben muss, wenn überhaupt nur die Möglichkeit einer Konventionsverletzung im Raum steht. Eine Pflicht, die im Prinzip der gegenseitigen Anerkennung angelegten Kooperation zu verweigern, besteht nur, wenn dies nicht zu einem «manifestär defizitären» Schutzniveau führt.³⁵ Aus Platzgründen ist es nicht möglich, die zur Konkretisierung dieses Massstabs notwendige dogmatische Arbeit hier zu leisten; an dieser Stelle besteht offensichtlich ein Forschungsdesiderat. Die politisch verantwortlichen Organe haben jedenfalls gelegentlich zu erkennen gegeben, dass sie die grundrechtlichen Vorgaben fehlverstehen, die bei der Etablierung von Kooperationsbeziehungen zu beachten sind. In Erwägungsgrund 10 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl findet sich etwa die Feststellung, dass die «Anwendung des Mechanismus» nur dann ausgesetzt werden dürfe, wenn einem Mitgliedstaat eine schwere und anhaltende Verletzung der

³¹ EuGH, Urt. vom 21. Dezember 2011, Rs. C-411/10 und C-493/10, N.S. ua., ECLI:EU:C:2011:865.

³² EuGH, Urt. vom 21. Dezember 2011, Rs. C-411/10 und C-493/10, N.S. ua., ECLI:EU:C:2011:865, Rdnr. 105 (eine unwiderlegbare Vermutung, wonach der nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 343/2003 als zuständig bestimmte Mitgliedstaat die Unionsgrundrechte beachte, sei unzulässig).

³³ EuGH, Urt. vom 16. Februar 2017, Rs. C-578/16 PPU, C.K. u.a., ECLI:EU:C:2017:127.

³⁴ EGMR, Urt. vom 25.2.2014, No. 17502/07, Avotiņš v. Latvia [GC], Rdnr. 116: «However, if a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention right has been manifestly deficient and that this situation cannot be remedied by European Union law, they can not refrain from examining th at complaint on the sole ground that they are applying EU law.»

³⁵ EGMR, Urt. vom 25.2.2014, No. 17502/07, Avotiņš v. Latvia [GC], Rdnr. 116.

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

in Art. 6 Abs. 1 EUV enthaltenen Grundsätze vorgeworfen werden kann und dies vom Rat im Verfahren nach Art. 7 EUV festgestellt wird. Hier liegt ein grundsätzliches Missverständnis von der Bedeutung der Durchsetzung der Grundrechte im konkreten Einzelfall vor.

bb) Abgestufte Kontrolldichte: Der Ort des Vertrauens

Eine mitgliedstaatliche Stelle muss nach den vorstehenden Feststellungen in jedem Einzelfall konkret überprüfen, ob das Kooperationsersuchen selbst unter manifester Verletzung der Konvention zustande gekommen ist oder seine Erfüllung eine manifeste Verletzung des konventionsrechtlichen Schutzniveaus mit sich brächte. Hier ist dann der Ort des unionsrechtlich thematisierten Vertrauens, und hier kann ein Mitgliedstaat sich das Vertrauen «verdienen», das der Präsident des EuGH angesprochen hat. Vertrauen entsteht durch gelungene Kooperationspraxis.³⁶ Je häufiger die Organe zweier Mitgliedstaaten auf einem bestimmten Feld miteinander erfolgreich kooperiert haben, desto fester wird jene Vertrauensbeziehung, die es rechtfertigt, bei der Kontrolle der Konventionskonformität nur eine geringe Prüfungsdichte anzuwenden. In einer langjährigen und erfolgreichen Kooperationsbeziehung, in der Vertrauen entstanden ist, müssten dann die vom EGMR angesprochenen ernsthaften und substantiierten Vorwürfe erhoben werden, um in eine gesteigerte Kontrolldichte einzutreten. Auf der anderen Seite wäre eine geringe Kontrolldichte in einer Kooperationslage, in der bislang keine, ambivalente oder gar durchweg schlechte Erfahrungen gemacht worden sind, normativ unzureichend. Gerade in einer derartigen Situation bedarf es einer genauen Feststellung, wie das Kooperationsersuchen zustande gekommen und was seine Erfüllung menschenrechtlich bewirken würde.

Natürlich kann das Vertrauen darauf, dass rechtliche Vorgaben des EU-Rechts nicht eingehalten werden, durch Rechtsverstöße destabilisiert werden. Verfügt die Institution eines ersuchten Mitgliedstaats über hinreichend sichere Kenntnisse darüber, dass die grund- bzw. menschenrechtsabsichernden Massnahmen des EU-Rechts von der ersuchenden Institution nicht beachtet werden, muss genauer hingeschaut werden:³⁷ Der unionsrechtliche «Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens» kann eine Institution nicht dazu zwingen, zu unterstellen,

³⁶ Vgl. etwa Fukuyama, Francis, Trust. The Social Virtues and the Creation of Prosperity, 1995 (Vertrauen: Erwartung eines stabilen Verhaltens); Hardin Russell, Trust & Trustworthiness, 2002.

³⁷ Zur Erwartung, dass die EU-Mitgliedstaaten das «EU-Recht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten» (EuGH, Gutachten vom 28.12.2014, Gutachten 2/13, EMRK-Beitritt, ECLI:EU:C:2014:2454, unter Verweis auf EuGH, Urt. vom 21.12.2011, Rs. C411/10 und C493/10, N.S. u.a., EU:C:2011:865, Rn. 78 bis 80, sowie EuGH, Urt. vom 26.2.2013, Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 37 und 63).

dass Unionsrecht beachtet wurde, wenn sich die Sachlage nach gesicherter Erkenntnis gegenteilig darstellt. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwingt die mitgliedstaatlichen Institutionen nicht in eine «Welt alternativer Fakten».

cc) Vertrauenssichernde Massnahmen

Wenn es richtig ist, dass sich die Anerkennungspraxis im RFSR nicht auf blindes, sondern auf gewachsenes Vertrauen stützt (und der «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens» entsprechend zu lesen ist), dann muss es ein rechtspolitisches Anliegen sein, vertrauengenerierende Strukturen zu schaffen. Den EU-Institutionen ist es in der Tat möglich, den Prozess der Vertrauensbildung durch rechtliche Massnahmen zu fördern und abzusichern.³⁸ Entlastung kann etwa durch den Erlass von Vorschriften erfolgen, die den Prozess der Entstehung des Kooperationsersuchens so eingrenzen, dass Menschenrechtsverletzungen ausgeschlossen sind.³⁹ Vertrauensstabilisierung kann dadurch bewirkt werden, dass der gegenseitige Informationsstand verbessert und konkretes Wissen darüber, wie ein Kooperationsersuchen zustande gekommen ist und was seine Erfüllung bedeuten wird, generiert wird. Vertrauensstabilisierung wird auch durch die positive Evaluierung des Ergebnisses von Kooperationsprozessen bewirkt; das Wissen um gelungene Zusammenarbeit wird zur Bestärkung des Willens zur Kooperation beitragen.⁴⁰

b) Notwendigkeit der Überprüfung der unionsrechtlichen Kooperationsgrundlagen

aa) EU-Grundrechte

Die Kontrolle, die die Institution des ersuchten Mitgliedstaats vorzunehmen hat, muss sich immer auf die Beachtung der EU-Grundrechte erstrecken. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob sich in dem einschlägigen Sekundärrechtsakt eine Berücksichtigungsklausel findet⁴¹ oder nicht. Die Prüfdichte wird einerseits davon abhängen, in welchem Umfang es gelungen ist, in einer gelungenen Kooperationsbeziehung Vertrauen entstehen zu lassen.

Sie wird andererseits davon abhängen, inwieweit Tatsachen ersichtlich sind, die die Annahme («Vermutung») infrage stellen, dass die Einhaltung der Grundrechte im ersuchenden Staat gewährleistet ist. Der EuGH hat kürzlich zu Recht festgestellt, dass das Kooperationsansinnen zurückzuweisen ist, wenn erkennbar ist, dass seine Erfüllung zu einer Verletzung von Art. 4 GRCh führen würde.⁴² Die Entscheidung, gegen den Entscheidungsvorschlag des menschenrechtlich überaus «robust» argumentierenden Generalanwalts getroffen, wurde zwar wesentlich auf den Umstand gestützt, dass die in Art. 4 GRCh enthaltene Garantie abwägungsfest ist und unbedingt gilt. Ein Kooperationsverlangen ist danach aber auch dann zurückzuweisen, wenn eine manifeste Beeinträchtigung eines einschränkbaren Grundrechts zu erwarten ist, die nach keiner denkbaren Betrachtung über die Schranken gerechtfertigt werden kann. Die Konkretisierung der Vorgaben der EU-Grundrechte muss im Zusammenwirken mit dem EuGH (Art. 267 AEUV) erfolgen.

In der Diskussion um die Funktion, die die Grundrechtskontrolle im Rahmen des «Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens» einnehmen soll, macht sich ein simplifizierendes Verständnis davon bemerkbar, was Grundrechtsbindung ist. Die Grundrechte fixieren keinen apriori feststehenden, statischen und objektiv erkennbaren Rahmen. Sie sind Instrumente, mit denen gerichtsförmige «governance» betrieben wird, und zwar kontextspezifisch, zeitabhängig, im Laufe der Zeit veränderlich. Das Schutzniveau, das die um Kooperation ersuchte mitgliedstaatliche Stelle einfordern kann, ist damit nicht feststehend, sondern hängt vom jeweiligen Stand der Entwicklung im europäischen Grundrechtsraum ab. Grundrechtliche Eigenverantwortung und grundrechtliche Entscheidungsnotwendigkeit sind damit unvermeidlich. Die um Kooperation ersuchte mitgliedstaatliche Stelle darf sich zwar nicht in Widerspruch zur Position des EuGH setzen; sie darf aber gerade in Bereichen, in denen die Entwicklung im Fluss ist, durchaus auch eigenständige Wege gehen und konstruktiv-gestalterisch argumentieren.

³⁸ Wischmeyer Thomas, Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the «Principle of Mutual Trust», German Law Journal 17 (2016), S. 339, 378 f. unter Verweis auf GA Sharpston, Schlussanträge v. 18.10.2012 in der Rs. C-396/11 (Radu), ECLI:EU:C:2012:648, Rn. 76 ff. und GA Bot, Schlussanträge v. 2.10.2012 in der Rs. C-399/11 (Melloni), ECLI:EU:C:2012:600, Rn. 127. Vgl. auch Albers Pim/Beauvais Pascal/Bohnert Jean-Francois/Böse Martin/Langbroek Philip/Renier Alain/Wahl Thomas, Final Report Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters, 2013.

³⁹ Vertrauen muss nur dort entgegengebracht werden, wo der andere Verhaltensspielräume hat. Bei engmaschiger Vollharmonisierung: Entlastung, weil es nur um die Rechtstreue geht.

⁴⁰ Vogel Joachim, Evaluation, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, 2013, Bd. 9, § 26

⁴¹ So Art. 1 Abs. 3 Rahmenbeschluss Europäischer Haftbefehl.

⁴² EuGH, Urt. vom 16. Februar 2017, Rs. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127 (gegen den Schlussantrag des Generalanwalts), Rdnr. 95: «Schliesslich wahrt die fragliche Auslegung voll und ganz den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, denn sie berührt keineswegs die Existenz einer Vermutung für die Einhaltung der Grundrechte in allen Mitgliedstaaten, sondern stellt sicher, dass die Mitgliedstaaten den im vorliegenden Urteil behandelten Ausnahmefällen gebührend Rechnung tragen. Überdies wäre, wenn ein Mitgliedstaat in solchen Fällen einen Asylbewerber überstellen würde, die daraus resultierende unmenschliche und erniedrigende Behandlung weder unmittelbar noch mittelbar den Behörden des zuständigen Mitgliedstaats anzulasten, sondern allein dem erstgenannten Mitgliedstaat.» Die Berufung auf Zurechnungspunkte wird nicht dogmatisch eingeordnet.

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

bb) Sonstige Rechtsvorgaben des EU-Rechts

Eine Legalitätskontrolle seitens der um Kooperation ersuchten mitgliedstaatlichen Stelle ist unionsrechtlich zudem insoweit notwendig, als jede ersuchte mitgliedstaatliche Stelle prüfen muss, ob die ersuchende Stelle überhaupt die unionsrechtliche Kompetenz hat, an sie heranzutreten, zudem, ob das Verlangte überhaupt unionsrechtlich vorgesehen ist und unter den gegebenen Bedingungen verlangt werden kann. Das Recht der Institution eines ersuchten Staats, die Unionsrechtskonformität des Vorgehens zu prüfen, hat der EuGH dadurch implizit anerkannt, dass er Vorlagen dieser Institution für zulässig hält, mit denen diese nach der Auslegung jener Bestimmungen fragt, auf die sich das Kooperationsbegehren stützt. Derartige Vorlagen müssten für unzulässig geklärt werden (es wäre sicherlich keine vertrauensbildende Massnahme), wenn die Institution im ersuchten Mitgliedstaat sich nicht mit der unionsrechtlichen Rechtmässigkeit des Ersuchens befassen dürfte. Dem «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens» lässt sich daher nicht die Aussage entnehmen, dass die Selbsteinschätzung der kooperationswilligen Stelle im ersuchenden Staat, dass alles seine Richtigkeit habe, ohne Prüfung zu akzeptieren wäre. Dies gilt im Übrigen nicht nur ausnahmsweise, sondern immer.⁴³

In Deutschland wird das Gebot, die Unionsrechtskonformität des Kooperationsersuchens zu prüfen, im Übrigen über das verfassungsrechtliche Ultra-vires-Prinzip abgesichert. Ein Träger deutscher Hoheitsgewalt darf eine unionsrechtliche Pflicht zur Anerkennung und Durchführung ausländischer Rechtsakte nur dort anerkennen und befolgen, wo eine Prüfung des EU-Rechts ergeben hat, dass jedenfalls keine evidente Kompetenzüberschreitung vorliegt.⁴⁴ Eine Berührung deutscher Zuständigkeiten wäre jedenfalls immer gegeben.

3. Die Durchsetzung staatlicher Gemeinwohlkonzepte («public policy»-Vorbehalte)

Ein letzter Problembereich hat die Frage zum Gegenstand, ob die Institution des ersuchten Staats sich auch unter Berufung auf innerstaatliche Gemeinwohlkonzepte («public policy»-Vorbehalte) der Kooperation verweigern darf. Einige der sekundärrechtlichen Regelungen, die eine Kooperationspflicht anordnen, enthalten diesbe-

⁴³ Dieser Umstand weckt im Übrigen erneut Zweifel an der Feststellung des EuGH in Randnummer 192 des Gutachtens 2/13. Kann es richtig sein, dass der Institution im ersuchten Mitgliedstaat zwar eine Prüfung der einfachrechtlichen Rechtmässigkeit des Ersuchens eröffnet ist, ein Blick auf die Grundrechte aber versperrt ist?

⁴⁴ Nettesheim Martin, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken, JZ 2014, 585 m.w.N.

züglich ausdrückliche Vorbehalte.⁴⁵ Ihre Wahrnehmung lässt sich nicht mit dem Hinweis darauf einschränken, dass eine «Pflicht zum Vertrauen» besteht. Das EU-Sekundärrecht lässt allerdings keine klare Systematik erkennen, wie sich der EU-Normgeber den Ausgleich zwischen dem Vollzugsinteresse des kooperationsersuchenden Staats und der Gemeinwohlverantwortung des anderen Staats vorstellt. Nicht nur unterscheiden sich die kooperationsbegründenden Rechtsakte in der Frage, ob und welche Gemeinwohlvorbehalte verankert sind. Auch die konkrete Ausgestaltung weicht im Einzelnen teilweise erheblich voneinander ab. Kluge Gesetzgebung würde hier möglicherweise für mehr systematische Kohärenz sorgen.

Sicher ist jedenfalls, dass sich mitgliedstaatliche Institutionen in Kooperationsbereichen, in denen der Sekundärrechtsgesetzgeber keine Gemeinwohlvorbehalte vorgesehen hat, nicht der Kooperationspflicht unter Berufung auf (unionsrechtlich nicht abgesicherte) staatliche Gemeinwohlvorstellungen entziehen können. Dies ist Ausdruck der Bindung an das politisch veränderbare Sekundärrecht, ohne dass es diesbezüglich einer Berufung auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens bedürfte. Die argumentative Überzeugungskraft, die der Hinweis auf eine «Pflicht zum Vertrauen» gegenüber einem mitgliedstaatlichen Organ hat, das der Auffassung ist, ein Gemeinwohlverständnis würde von einem anderen Mitgliedstaat nicht erfüllt, dürfte in jedem Fall gering sein.

Die vorstehenden Feststellungen gelten allerdings nicht absolut. Auch ohne eine sekundärrechtliche Grundlage kann eine mitgliedstaatliche Institution sich dem Kooperationsansinnen entziehen, wenn seine Erfüllung zu einer Lage führte, die mit der staatlichen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) nicht in Einklang zu bringen ist. Diese primärrechtlich verankerte Vorbehaltsklausel greift auch dann, wenn der Sekundärrechtsgesetzgeber keine diesbezüglichen Vorkehrungen getroffen hat.

⁴⁵ Public policy-Ausnahmen finden sich in einer Reihe von Verordnungen, z.B. Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rats vom 27.11.2002 über die Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen (Art. 41, 42); anders aber z.B. Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (Art. 21 Abs. 2).

III.

Fazit: Der föderale und integrationspolitische Wert von Kontrolle

—
Eine Rekonstruktion des «Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens», die auf idealisierende Überhöhungen verzichtet, ergibt danach ein überaus differenziertes Bild. Kontrolle und Vertrauen stehen in einem Wechselspiel, das deutlich feinfühlicher ist, als dies in den Formulierungen der Leitentscheidungen des EuGH zum Ausdruck kommt. Vor allem aber gilt: Kontrolle ist der Regelfall, Verzicht auf Kontrolle jedenfalls nicht umfassend möglich.

1. Gleichheit der Staaten nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV: Recht zur Festlegung der Kooperationsbedingungen

In dieser Rekonstruktion des Verhältnisses von Kontrolle und Vertrauen findet die grundsätzliche Stellung der EU-Mitgliedstaaten in der Architektur der EU ihren zutreffenden Ausdruck. Präsident Lenaerts will aus dem in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV verankerten Grundsatz der Gleichheit der Staaten ein Gebot ableiten, dass sich die EU-Mitgliedstaaten einem Kooperationsverlangen nicht entziehen dürfen. Er begründet dies damit, dass sich die Institution des ersuchten Mitgliedstaats, die eine Grundrechtskontrolle vornimmt, über die Institutionen des ersuchenden Staats «erhebe». Hierin liege die Erklärung, «gleicher als andere» zu sein.⁴⁶ Mit der vertraglich festgeschriebenen Gleichheit der Staaten seien dieser Schritt einer Selbstüberhöhung und der darin liegende Versuch, einem anderen Staat die eigenen Werte aufzudrängen, nicht zu vereinbaren. Überzeugend ist dieser Ansatz nicht. Wer sich einem Kooperationsersuchen unter Hinweis darauf, dass dies nicht den eigenen Werten entspricht, entzieht, versucht nicht, dem anderen Staat die eigenen Werte vorzuschreiben. Er erhöht sich auch nicht über den anderen. Die Verweigerung von Kooperation drückt nicht mehr als die Einschätzung aus, dass die Kooperationsbedingungen nicht den eigenen Werten und Interessen entsprechen. Es ist gerade Ausdruck des Prinzips der Gleichheit der Staaten nach Art. 4 Abs. 2 EUV, dass jeder EU-Mitgliedstaat dort, wo es keine sekundärrechtlichen Vorgaben gibt, in der Entscheidung, ob und wie kooperiert werden soll, frei ist. Gleichheit der Staaten bedeutet Freiheit der Kooperation, nicht aber Pflicht zum Vertrauen. Wenn die Position von Präsident Lenaerts richtig wäre, müsste im allgemeinen Völkerrecht, das durch die Idee der Gleichheit der Staaten in viel stärkerem Umfang geprägt ist als das EU-Recht, erst recht eine allgemeine ungeschriebene

⁴⁶ Lenaerts Koen (oben Fn. 2), CMLRev 2017, 805, 808 unter Hinweis auf die Ausführungen von Orwell in *Animal Farm*, 1945.

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

Kooperationspflicht gelten. Das aber ist offenkundig nicht der Fall; der Blick ins allgemeine Völkerrecht offenbart die Brüchigkeit des Arguments. Solange die Mitgliedstaaten die Kontrolle darüber haben, ob sie sich (über das Recht der EU oder unmittelbar durch horizontale völkerrechtliche Absprache) einer Kooperation unterwerfen, ist es Ausdruck der Gleichheit der Staaten nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, dass sie die Bedingungen und Schranken festlegen können. Dazu gehört auch, sich an einer Kooperation nur dann zu beteiligen, wenn bestimmte Bedingungen eingehalten sind.

2. Übersteigerung der normativen Integrationsidee und Fehlverständnis kooperativer Entscheidungstätigkeit

Hinter dem «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens» steht (jedenfalls nach dem Verständnis des EuGH) die Vision eines Raums, in dem Hoheitsgewalt frei fluktuiert und frei transnational ausgeübt werden kann. Das ist eine ambitionierte Vision, die deutlich von föderalen Vorstellungen einer horizontalen Integration der Glieder eines bündischen Systems getragen wird. Rechtspolitisch kann man ohne Weiteres danach streben, einen derartigen föderalen Verbund zu errichten. Wer bundesstaatliche Systeme kennt, weiss allerdings, dass die horizontale Integration der Glieder eines föderalen Systems regelmässig dadurch ermöglicht wird, dass eine materielle Angleichung der Rahmenbedingungen für den Gebrauch der Hoheitsgewalt erfolgt. Die übergeordnete Ebene formuliert harmonisierende Bindungen, deren Einhaltung die Bereitschaft hervorbringt und erhält, einer Entscheidung horizontal Gefolgschaft zu leisten. Hieran fehlt es im RFSR noch in erheblichem Umfang. Die grundrechtliche Steuerung seitens des EuGH kann die Lücken, die im Bereich der materiellen Angleichung bestehen, nicht einfach ersetzen. Und der EuGH ist kein Gesetzgeber, der hier über seine Urteile Angleichung betreiben könnte.

Visionen kann man haben. Rechtliche Bedenken ergeben sich, wenn Visionen normativ in einer Weise verfestigt werden, dass dies mit den Realitäten nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Die verantwortungsvolle Aufgabe, einen primärrechtlichen Rahmen für das Management von horizontalen Kooperationsstrukturen im RFSR zu entwerfen, lässt sich mit der simplistischen Idee «gegenseitigen Vertrauens» nicht angemessen bewältigen. Die Institutionen der EU-Mitgliedstaaten sind mit Situationen konfrontiert, in denen gerade kein «gewachsenes» Vertrauen besteht; sie sind mit Sachverhalten konfrontiert, in denen die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gegebenheiten weit voneinander abweichen. Es gibt, wie der EuGH inzwischen in einer auffälligen Kehrtwende hat eingestehen müssen, hinreichenden Anlass gerade für grundrechtlich getragenes Misstrauen. Selbst wenn man einen föderalen Raum an-

strebt, in dem die Entscheidungen eines Gerichts ohne weiteres Hinsehen, ohne kontrollierende Prüfung und ohne Beurteilung am Massstab eigener Gemeinwohlvorstellungen anerkannt und vollzogen werden, muss gegenwärtig Raum dafür eröffnet werden, die Faktizität der Kooperation in der EU normativ abzubilden. Die Aufgabe des EuGH ist es nicht, «top-down»-Integration zu betreiben. Es geht vielmehr um die Formulierung eines Rahmens, in dem Kontrolle und Vertrauen so in ein Spannungsverhältnis gestellt werden, dass sich zugleich effektive und gemeinwohlverträgliche Kooperationsstrukturen ergeben.

In jedem horizontalen Politiknetzwerk, in dem autonome Akteure zusammenwirken, bedarf es der Anerkennung, Öffnung und des Vertrauens. Im Bereich der politischen Zusammenarbeit bedarf es aber auch der Vorsicht und Kontrolle. Der integrationspolitische Idealismus, der sich im «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens» niederschlägt, steht in auffälligem Widerspruch zu einem realpolitisch geprägten konstitutionellen Denken, für das die Kontrolle von Hoheitsgewalt ebenso wichtig ist wie die Effektivierung.⁴⁷ Der EuGH mag integrationspolitisch denken – aber denkt er auch konstitutionell?⁴⁸

3. EU-Grundrechtsniveau als europäisches Einheitsniveau?

Wer über die Funktion und die Dogmatik des «Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens» spricht, spricht immer auch über die Struktur des europäischen Grundrechtsraums. Es ist schon angedeutet worden, dass die transnationale «Mobilisierung» von Hoheitsgewalt in Kooperationsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten mit einer vertikalen Europäisierung einhergeht. Eine Verweigerung der Kooperation soll der Institution des ersuchten Mitgliedstaats nur noch möglich sein, wenn das Schutzniveau der EU-Grundrechte unterlaufen wird. Das Schutzniveau der EU-Grundrechte entwickelt sich damit zum allgemeinen Grundrechtsniveau und zum (ggf. kleinsten) gemeinsamen Nenner der Ausübung von Hoheitsgewalt in kooperationsrelevanten Bereichen. Wer der Auffassung ist, dass «die Grundrechte» Ausdruck einer allgemein konsentierten Wertebasis sind, die von allen Menschen in der EU geteilt wird, wird hierin kein Problem sehen. In der Tat findet sich gelegentlich eine

Lesart von Art. 2 EUV, der zufolge in der EU eine derartige Wertehomogenität herrschen soll. Die gesellschaftliche Pluralität in gegenwärtig 28 Mitgliedstaaten legt aber ein anderes Zeugnis ab. Selbst in der konkreten Deutung der in Art. 2 EUV umschriebenen «Werte» bestehen erhebliche Unterschiede. Und in der Frage, welche Interessen, Positionen und Werte grundrechtlich zu schützen sind, fallen die Anschauungen jedenfalls teilweise deutlich auseinander – allen Tendenzen einer Annäherung zum Trotz. Grundrechte sind Ausdruck partikularer Vorstellungen darüber, welche Güter so wichtig sind, dass ihr Schutz einer ausserhalb des politischen Prozesses stehenden Gerichtsbarkeit übertragen werden soll. Gerichtsförmiger Grundrechtsschutz ist damit eine – immer partikular geprägte – Form von «governance». Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass eine vom EuGH verwaltete Grundrechtsordnung den ethischen oder politischen Gegebenheiten einer bestimmten «community» besser entspricht als eine von staatlichen Gerichten verwaltete Ordnung.

Dem EuGH ist darin zuzustimmen, dass es nicht zulässig ist, den Vorranganspruch des politisch gesetzten und demokratisch zu verantwortenden Sekundärrechts unter Berufung auf Art. 53 GRCh infrage zu stellen. In diesem Punkt ist der «Melloni»-Entscheidung zuzustimmen.⁴⁹ Wenn und soweit das eine Kooperationspflicht begründende Sekundärrecht eine konkrete – grundrechtsrelevante – Regelung trifft, kann es allein darum gehen, festzustellen, ob diese Regelung vor den EU-Grundrechten Bestand hat oder ob sie nachgebessert werden muss. Wenn der fragliche Sekundärakt einen bestimmten grundrechtlichen Problembereich erkennbar nicht regelt, wird seine Geltung (und der Vorrang des EU-Rechts) nicht infrage gestellt, wenn die Institutionen des ersuchten Staats die Zusammenarbeit davon abhängig machen, dass die nach dem staatlichen Recht vorgegebenen (Grundrechts-)Anforderungen an eine Kooperation eingehalten werden. Hierin liegt nicht ein Akt arroganter Überheblichkeit und auch keine Verletzung des Prinzips der Gleichheit der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV). Die «Melloni»-Entscheidung lässt sich danach nicht ohne Weiteres auf Konstellationen übertragen, in denen der Sekundärrechtsgesetzgeber eine grundrechtsrelevante Teilfrage nicht geregelt hat. Natürlich sollten die mitgliedstaatlichen Stellen sorgfältig prüfen, inwieweit es Ausdruck ihrer grundrechtlichen Verantwortung ist, sich um die Zustände in dem ersuchenden Staat zu kümmern. Der vom Bundesverfassungsgericht gewählte Ansatz, sich auf den Schutz besonderes zentraler Grundrechtsgehalte des Grundgesetzes zurückzuziehen, erscheint insofern schlüssig.

⁴⁷ Verwunderlich ist der Versuch, den «Grundsatz gegenseitigen Vertrauens» mit den Auslegungsprinzipien der unmittelbaren Wirksamkeit und des Vorrangs gleichzusetzen. Letztere sind rechtstechnische und effektivitätsorientierte Meta-Regeln, die den Umgang mit Regeln steuern. Eine idealisierende Überhöhung nehmen sie gerade nicht vor.

⁴⁸ Bei *Lenaerts Koen* (oben Fn. 2), CMRL 2017, 805, 839, verschiebt sich der ganze Analyse- und Diskursrahmen: Es geht nur noch um die «delicate balance that the EU legislative institutions struck between ensuring the effectiveness of the principle of mutual trust and respect for the fundamental rights of the person who is the subject of the EAW as recognized by the Charter».

⁴⁹ EuGH, Urt. vom 26.2.2013, Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107.

Nettesheim —

Überdehnt der EuGH den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens?

Festzuhalten bleibt aber, dass das EU-Recht eine Überlagerung mitgliedstaatlicher Grundrechtszuständigkeiten nur dort bewirken kann, wo der Sekundärrechtsetzgeber eine lagenspezifische Regelung getroffen hat.⁵⁰ Diese dogmatische Konstruktion zwingt den EU-Gesetzgeber zu grundrechtssensibler Normgebung.

4. Kontrolle und Wettbewerb statt blinde Hingabe

Wenn hier dafür plädiert wird, sich nicht einer idealisierend-normativen Überhöhung der horizontalen Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten hinzugeben, ist dies nicht nur dem Bemühen geschuldet, Konflikte zwischen den konventionsrechtlichen Vorgaben und dem EU-Recht aufzulösen. Hauptsächlich geht es darum, auf die politischen Realitäten hinzuweisen, in denen sich der mühsame und langwierige Prozess der Föderalisierung der EU bewegt. Das Umfeld, in dem sich die Bemühungen um eine Verstärkung der horizontalen Kooperation bewegen, ist nicht nur deutlich heterogener als das Umfeld, das im Binnenmarkt besteht; es ist auch wesentlich souveränitätssensibler. Eine vorschnelle Parallelisierung der Problemlagen ist daher untunlich. Der EuGH ist vor die Aufgabe gestellt, dem sekundärrechtlich verankerten rechtlichen Management von horizontalen Kooperationsstrukturen einen Rahmen zu verleihen. Im AEUV mag zwar von der gegenseitigen Anerkennung als einem regulativen Prinzip die Rede sein. Die Vorstellung, dass sich dieses Prinzip (auch unter Rückgriff auf die normative Forderung nach gegenseitigem Vertrauen) unmittelbar und ohne Anpassungen in den souveränitätssensiblen Bereich des RFSR konstitutionalisieren lasse, scheint jedenfalls problematisch. Der RFSR ist ein ambitioniertes politisches Projekt, in dem über weite Strecken nicht einmal eine Teilharmonisierung der jeweiligen (vor allem institutionellen) Entscheidungsstrukturen in den Mitgliedstaaten gelingt, geschweige denn eine Vollharmonisierung. Man muss sich glücklich schätzen, wenn es in diesen Bereichen gelingt, ohne weitergehende Harmonisierung gegenseitige sekundärrechtliche Anerkennungs- und Kooperationspflichten zu verankern. Hierüber dann aber eine allgemeine «Pflicht zum Vertrauen» legen zu wollen, muss aus einem dem

⁵⁰ Bekanntlich nimmt der EuGH in «Akerberg Fransson» die Position ein, dass jeder irgendwie konstruierbare Konnex zwischen einer EU-Rechtsnorm und einer mitgliedstaatlichen Entscheidungslage die Anwendbarkeit der EU-Grundrechte begründe (EuGH, Urt. vom 26.2.2013, Rs. C-617/10, Akerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105; hierzu: *Kingreen Thorsten*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801). In dieser Entscheidung kommt ein institutionelles Eigeninteresse des EuGH zum Tragen, das schon praktisch nicht eingelöst werden kann. Wer Grundrechte als partikuläre Ordnung begreift, wird auch integrationspolitisch widersprechen müssen. Die Europäische Integration wird nicht gefördert, sondern leidet unter dem Versuch, Grundrechtskontrolle zu monopolisieren und auf ein Einheitsniveau zu stützen.

Realismus verhafteten integrationspolitischen Grundsatz befremdlich erscheinen. Der Brexit führt vor Augen, dass eine idealistisch-moralisierende Überforderung des Integrationsvermögens der Mitgliedstaaten zu «Exit»-Diskussionen führen kann.

Dem EuGH ist im Grundsatz darin zuzustimmen, dass es akzessorischer Regelungen bedarf, die die sekundärrechtlich begründeten horizontalen Kooperationspflichten absichern. Allein: Die Überhöhung durch ein ungeschriebenes Verfassungsprinzip des gegenseitigen Vertrauens weist jedenfalls gegenwärtig nicht den richtigen Weg.