



Walter Hallstein-Institut  
für Europäisches Verfassungsrecht  
Humboldt-Universität zu Berlin

## **WHI - PAPER 06/2011**

### **Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union**

Ingolf Pernice, Berlin\*

\* Professor Dr. jur., Dr. h.c. Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Direktor des Walter Hallstein Instituts für Europäisches Verfassungsrecht (WHI) der Humboldt-Universität zu Berlin ([www.whi-berlin.de](http://www.whi-berlin.de)).

# Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union

von  
Ingolf Pernice, Berlin\*

A. Einleitung .....	2
B. Schutzgehalt und Grenzen nationaler Identität im Primärrecht .....	4
I. Identitätsgarantie und konkretisierende Schutzbestimmungen .....	4
1. Strukturentscheidungen der nationalen Verfassungen .....	6
2. Ergänzende Kompetenzsicherungsklauseln und staatliches Gewaltmonopol ...	7
3. Die Identitätsgarantie als „föderales Grundrecht“ .....	11
II. Grenzen der Identitätsgarantie .....	11
1. Souveränitätsreserve? Identität als Begriff des Unionsrechts.....	12
2. Die Würde des Staates –Analogie zur Menschenwürde? .....	14
III. Nationale Identität und die Eigenart der Europäischen Union.....	16
C. Nationale Verfassungsidentität nach dem Grundgesetz .....	18
I. Die Europäische Dimension der deutschen Verfassungsidentität.....	19
II. Delegierte Verantwortung oder originäre Hoheitsgewalt der Union? .....	24
III. Souveränität und Identität im europäischen Kontext .....	26
D. Die Konkretisierungs- und Entscheidungskompetenz.....	31
I. Identitätskonkretisierung als Gegenstand kooperativer Verfahren .....	32
II. Identitätsschutz durch die politischen Organe der Union .....	32
III. Identitätsschutz im Dialog der Gerichte.....	34
E. Ausblick .....	40
Summary .....	42

---

\* Professor Dr. jur. Dr. h.c. Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, gf. Direktor des Walter Hallstein Instituts für Europäisches Verfassungsrecht (WHI) der Humboldt-Universität zu Berlin ([www.whi-berlin.de](http://www.whi-berlin.de)). Erweiterte Fassung eines am 3. 12. 2009 auf der Fachtagung „Hessen und der EuGH im Dialog“ in der Hessischen Landesvertretung, Berlin, gehaltenen Vortrags. Für Literaturrecherchen und hilfreiche Anregungen danke ich den Herren Dr. *Steffen Hindelang* und *Martin Mlynarski* sehr herzlich. Der Beitrag ist veröffentlicht in: 136 AöR 2011, S. 185-221.

## A. Einleitung

Im Urteil vom 30. Juni 2010 zum Vertrag von Lissabon erklärt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsidentität Deutschlands zum Schutzgut nach Art. 79 III GG und findet dazu im Gebot der Achtung der nationalen Identität in den europäischen Verträgen nach Art. 4 II EUV die europarechtliche Entsprechung. Dem Gericht zufolge gehen verfassungs- und unionsrechtliche Gewährleistungen der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum „Hand in Hand“.<sup>1</sup> Offenbar soll das in Bezug auf das Vorrangprinzip begründete Konfliktpotential der Identitätskontrolle, die sich das Gericht jetzt neben der *ultra vires* Kontrolle europäischer Rechtsakte<sup>2</sup> vorbehält,<sup>3</sup> auf diese Weise kooperativ entschärft werden.<sup>4</sup> Statt als Bedrohung für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung, damit für die Gleichheit aller Unionsbürger vor dem europäischen Gesetz, und für die Funktionsfähigkeit der Union, könnte sich die Garantie der nationalen Identität im Zusammenspiel, ja durch die Synergie der Gewährleistungen auf nationaler und europäischer Ebene sogar als Schlüssel zum Verständnis der Eigenart der Europäischen Union selbst, ihrer eigenen Identität erweisen und damit als Stärkung ihrer Funktionsfähigkeit und Einheit. Entscheidend ist die Frage, was konkret mit nationaler (Verfassungs-)Identität gemeint ist, aus der Sicht des Europarechts, aber damit notwendig auch aus mitgliedstaatlicher Perspektive.

---

<sup>1</sup> BVerfGE 123, 267, 354 – Lissabon.

<sup>2</sup> Der Vorbehalt der Unanwendbarkeit „ausbrechender Rechtsakte“ wurde bereits mit BVerfGE 89, 155 – Maastricht grundsätzlich eingeführt.

<sup>3</sup> BVerfGE 123, 267, 268, 343 f. – Lissabon.

<sup>4</sup> In diesem Sinne weiterführend A. Voßkuhle, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Axter/B. Grzeszick/W. Kahl/ U. Mager/E. Reimer (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase. Systembildung – Disziplinierung – Internationalisierung, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 229 (237 ff., 239).

Schutzgehalt und Grenzen der Garantie nationaler Identität sind aus unionsrechtlicher Sicht aufgrund des einschlägigen Vertragsrechts zu bestimmen. Das Primärrecht bringt zum Ausdruck, wie die „Herren der Verträge“<sup>5</sup> bei der Konstituierung und Fortentwicklung der Europäischen Union ihr Verhältnis zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten artikuliert haben (dazu B.). Die Bedeutung der einschlägigen Bestimmungen des Vertragsrechts erschließt sich allerdings vollends nur durch den Blick auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht, denn auf dieses sind sie bezogen.<sup>6</sup> Für Deutschland speziell sind hier die in Art. 79 III GG genannten Grundsätze, deren Achtung auch die Integrationsklausel des Art. 23 I 3 GG fordert, von erheblicher Bedeutung,<sup>7</sup> zusammen mit der Präambel des Grundgesetzes. Dabei stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Selbstverständnis der Deutschen, wie es das Grundgesetz widerspiegelt, die europäische Dimension mit umfasst oder ob, wie es dem Lissabon-Urteil zu entnehmen ist, die Eingliederung in das vereinte Europa als Schranke der souveränen Staatlichkeit und damit als Schranke, ja Gegenpol zur Identität Deutschlands als souveräner Staat zu betrachten ist (dazu C.). Jedenfalls trägt der Begriff eine Offenheit und Dynamik in sich, die auch in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten erkennbar wird. So ist die konkrete, sich doch ständig wandelnde Bedeutung nationaler Identität und damit auch der Schutzgehalt der Identitätsklausel primär politisch im Entscheidungsverfahren der Organe, letztlich im Dialog der Gerichte von Fall zu Fall herauszuarbeiten (D.).

---

<sup>5</sup> Der Begriff, den das BVerfG auf die Mitgliedstaaten bezieht (zuletzt insistierend BVerfGE 123, 267 – Lissabon), ist hier bewusst in Anführungszeichen gesetzt, im Lichte der Theorie des Verfassungsverbundes sind die Mitgliedstaaten und ihre Organe aber Instrument der Bürgerinnen und Bürger, die nach den in den nationalen Verfassungen bestimmten Verfahren die supranationale Union konstituieren und legitimieren (vgl. schon *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2010), S. 148, 163, 165 ff., 171 f.): Welche Vorstellung von Demokratie liegt dem Begriff sonst zugrunde, wenn Staaten die „Herren“ sind? Krit. auch *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009, S. 616. Zuletzt *G. Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR Beiheft 1 (2010), 9, 23: „Eine solche Herrschaft gibt es nicht. Stattdessen begründen die Verträge für die Union eine Herrschaft des Rechts.“

<sup>6</sup> In diesem Sinne auch *A. v. Bogdandy/S. Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, ZaöRV 70 (2010), 701 (719).

<sup>7</sup> Vgl. auch *A. Voßkuhle*, Integrationsverantwortung (Fn. 4), S. 239, mit Hinweis auf den „von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten materiellen Identitätskern der Verfassung“, der „auch weiterhin integrationsfest sein“ müsse.

## *B. Schutzgehalt und Grenzen nationaler Identität im Primärrecht*

*Sedes materiae* des Schutzes der nationalen Identität im neuen EU-Vertrag ist Art. 4 EUV. Im einleitenden Abschnitt des Unionsvertrags angesiedelt, gleich im Anschluss an die Selbstdefinition (Art. 1 EUV), die Festlegung der gemeinsamen Werte (Art. 2 EUV) und der Ziele der Union (Art. 3 EUV), bestimmt er das Grundverhältnis von Union und Mitgliedstaaten. Die Identitätsgarantie ist als “föderales Grundrecht” zusammen zu lesen mit zahlreichen anderen Regelungen der Verträge, die auf die Achtung der nationalen Zuständigkeit zielen. Sie alle dienen als Rahmen und Grenze für die Vorschriften über die Zuständigkeiten der Union, auf deren effektive Anwendung die Verträge gerichtet sind, sind vielleicht sogar Gegenstück zu ihnen (dazu I.). Die Auslegung und Ausübung jener Zuständigkeitsregeln wird durch die Identitätsklausel zusammen mit den in Art. 5 EUV verankerten Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit begrenzt, aber die Kompetenzzuweisungen sind ihrerseits bei der Auslegung der Identitätsgarantie und des Art. 4 II EUV mitsamt seiner Konkretisierungen zu berücksichtigen (dazu II.). Trotz der föderalen Struktur der Union wird aus dem Zusammenspiel dieser Bestimmungen – Kompetenzzuweisungen sowie begrenzende Gegennormen – deutlich, dass die Europäische Union in einer vom Bundesstaat klar zu unterscheidenden Weise verfasst ist, was für das Verständnis der Identität der Mitgliedstaaten wie auch derjenigen der Union von Bedeutung ist (dazu III.)

### *I. Identitätsgarantie und konkretisierende Schutzbestimmungen*

Art. 4 EUV verbindet in seinen drei Absätzen die Grundsätze der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, ihrer Gleichheit vor den Verträgen und der loyalen Zusammenarbeit und Unionstreue mit dem grundlegenden Gebot der Achtung der nationalen Identität. Der hierfür zentrale Art. 4 II EUV lautet wörtlich:

„Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.“

Das frühere Recht sprach nur von der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten (Art. 6 III EUV a.F.<sup>8</sup>). Die geänderte Vorschrift ist ausführlicher und definiert näher, was die „nationale Identität“ ausmacht:<sup>9</sup> Sie komme in den „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“<sup>10</sup> der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, „einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung“.<sup>11</sup>

Die Begriffe bleiben gleichwohl unbestimmt und vage. Im Blick auf eine Annäherung kann zwischen den mit Art. 4 II EUV unmittelbar geschützten Strukturentscheidungen der nationalen Verfassungen (dazu 1.)

---

<sup>8</sup> Auf den Begriff des Art. 6 III EUV a.F. wurde von den Generalanwälten des EuGH vereinzelt Bezug genommen, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *M. P. Maduro* vom 30. September 2009, EuGH, Rs. C-135/08 – Rottman, Rn. 25 zur Unionsbürgerschaft; Schlussanträge der Generalanwältin *J. Kokott* vom 4. September 2008, EuGH, Rs. C-222/07 – Unión de Televisión Comerciales Asociadas, Rn. 93 zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen im Bereich der audiovisuellen Dienstleistungen; Schlussanträge des Generalanwalts *M. P. Maduro* vom 16. Dezember 2004, EuGH, Rs. C-160/03, Rn. 24, zur Vielfalt der Sprachen; allgemein zur weiten Auslegung des Art. 6 III EUV a.F. vgl. *M. Hilff/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 23. Erg.-lief. Januar 2004, Art. 6 EUV, Rn. 86 ff.; zur Erstreckung des Art. 6 III EU a.F. auf die kulturelle Identität vgl. *A. Uhle*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, Tübingen 2009, S. 473, 476 ff., 488 ff.

<sup>9</sup> Diese Zuspitzung auf politisch und rechtlich fassbare Aspekte der nationalen Identität dürfte damit zu erklären sein, dass Art. 4 II EUV im Europäischen Verfassungskonvent im Zusammenhang mit der Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten diskutiert wurde und eine äußerste Grenze für ein Tätigwerden der Union bestimmen soll, vgl. *A. Puttler*, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen, Art. 1-5, Rn. 16; dass es auch nichtverrechtliche Bereiche der nationalen Identität gibt, zeigt *Uhle*, Verfassungsstaat (Fn. 8), S. 473, 487 ff.

<sup>10</sup> Zur Bedeutung dieses Merkmals als Kriterium der nationalen Identität in Art. 6 III EUV a.F. im Blick auf die regionale Autonomie des Baskenlandes bei der Prüfung der Selektivität von Beihilfen vgl. Schlussanträge der Generalanwältin *J. Kokott* vom 8. Mai 2008, EuGH, Verbundene Rs. C-428/06 bis C-434/06 – Unión General de Trabajadores de La Rioja, Rn. 54 ff., mit dem Hinweis „dass die Europäische Union gemäß Art. 6 Abs. 3 EU die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet. Dies schließt ein, dass die Union die verfassungsrechtliche Ordnung eines Mitgliedstaats, sei sie zentralistisch oder föderal, nicht berührt und grundsätzlich auch keinen Einfluss auf die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats hat. Die Neufassung dieser Bestimmung durch den Vertrag von Lissabon betont die Achtung der verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten durch die Union ausdrücklich.“

<sup>11</sup> Der Grundsatz wurde für den Schutz der interkommunalen Zusammenarbeit gegenüber Anforderungen des Vergaberechts weiter begründet und eingesetzt in den Schlussanträgen der Generalanwältin *V. Trstenjak* vom 4. Juni 2008, EuGH, Rs. C-324/07 – Coditel Brabant SA, Rn. 85: „Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung hat nicht nur in den Rechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten seinen Niederschlag gefunden, sondern, wie die deutsche Regierung zu Recht hervorgehoben hat, auch in der von allen EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Europarats unterzeichneten und von den meisten auch ratifizierten Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung. Im EG-Vertrag ist durch Art. 263 der Ausschuss der Regionen verankert, der sich aus Vertretern der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften zusammensetzt. In dieser Bestimmung liegt mit der Möglichkeit der institutionalisierten Einbringung regionaler und kommunaler Sichtweisen auch eine gewisse Anerkennung der Selbstbestimmung. Schließlich betont der Vertrag von Lissabon die Rolle der regionalen und lokalen Selbstverwaltung für die jeweilige nationale Identität, die es zu achten gilt.“

und den ergänzenden Kompetenzsicherungsklauseln (dazu 2.) unterschieden werden. Sie erlauben es gemeinsam, die Identitätsgarantie als “föderales Grundrecht” im Verfassungsverbund zu qualifizieren (dazu 3.).

### 1. Strukturentscheidungen der nationalen Verfassungen

Zur nationalen Identität, verstanden als Verfassungsidentität,<sup>12</sup> gehören die Grundentscheidungen jeder Verfassung für die Staatsform Republik oder Monarchie, den demokratischen Aufbau als parlamentarische oder als Präsidialdemokratie, für die rechtsstaatlichen Garantien, die Trennung der Gewalten und ggf. die föderale Struktur oder die Autonomie der Regionen ebenso wie für die Achtung der Menschenwürde,<sup>13</sup> nicht dagegen vorrechtliche Annahmen oder auch Verfassungsvoraussetzungen.<sup>14</sup> Mit der Identitätsgarantie gewährleistet der Vertrag zugleich die nationale Verfassungsautonomie,<sup>15</sup> wenn auch in den Grenzen der Homogenitätsanforderungen der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV, deren Wahrung das Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV dient.<sup>16</sup> Innerhalb der damit gesetzten Grenzen kann die geschützte nationale Identität Änderungen unterliegen, die gleichfalls zu respektieren sind. Art. 4 II EUV ist also nicht statisch, sondern in den genannten Grenzen dynamisch auf die jeweilige Identität gerichtet und damit in den Grenzen des Art. 2 EUV auf den Schutz der Selbstbestimmung jedes einzelnen der in der

---

<sup>12</sup> In diesem Sinne BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon. Zu weitgehend *M. Blanquet*, in: Burgorgue-Larsen/Levade/Picod, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, Commentaire article par article, Parties I et IV « Architecture constitutionnelle », Art. 1-5, Rn. 16i, der trotz der Konkretisierung die Definition als nicht abschließend betrachtet und Raum für Interpretation und Entwicklung neuer Kategorien sieht, vergleichbar mit den vom EuGH entwickelten zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls sieht.

<sup>13</sup> Vgl. GA *Kokott* (Fn. 10), Rn. 54, nach der dazu „verfassungsrechtliche Ordnung eines Mitgliedstaats, sei sie zentralistisch oder föderal“ und „Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats“ zählen.

<sup>14</sup> So zu recht v. *Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 6), S. 713 f.

<sup>15</sup> Die Verpflichtung, „die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten“ gehört nach BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon, zur „unübertragbaren und insoweit integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG)“

<sup>16</sup> S. auch v. *Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 6), S. 715, mit dem richtigen Hinweis, „dass das, was als nationale Identität unionsrechtlich Achtung verlangen kann, den in Art. 2 EUV normierten Grundprinzipien entsprechen muss“.

Union vereinigten Völker Europas im Sinne einer konstitutionellen Freiheit.

## 2. Ergänzende Kompetenzsicherungsklauseln und staatliches Gewaltmonopol

Ergänzt wird der Ansatz einer Definition der nationalen Identität durch die Klausel, wonach die „grundlegenden Funktionen des Staates“ zu achten sind und damit zugleich die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten, deren Gleichheit vor den Verträgen nach Art. 4 II 1 EUV ebenso zu achten ist wie deren Identität als Recht auf Verschiedenheit. Der Vertrag präzisiert, welches diese zu respektierenden grundlegenden Funktionen des Staates sind: Wahrung der territorialen Unversehrtheit, Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Schutz der nationalen Sicherheit, wobei letztere „weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten“ fällt. Damit konzentriert sich die vertraglich geschützte Kernstaatlichkeit auf enge Bereiche, die mit dem Gewaltmonopol des Staates verbunden sind. Dass dieses beim Staat liegt, kennzeichnet zugleich die Eigenart, Besonderheit und damit Identität der Europäischen Union als freiwillige, auf das Recht und nicht auf Gewalt gegründete Gemeinschaft, die eben nicht selbst als Staat konzipiert ist, sondern auf funktionsfähigen demokratischen Verfassungsstaaten beruht.<sup>17</sup>

Man mag freilich fragen, was speziell mit der Wahrung der territorialen Unversehrtheit und mit dem Schutz der nationalen Sicherheit als Vorbehaltsbereich der Mitgliedstaaten gemeint sein kann, wenn Art. 24 I EUV und Art. 2 IV AEUV ihrerseits die „Zuständigkeit“ der Union für die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik „auf alle Bereiche der Außenpolitik sowie auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union“ erstrecken, bis hin zur Entwicklung einer gemeinsamen Verteidigung.<sup>18</sup> Eine europäische Armee, wie sie als „Fernziel“

---

<sup>17</sup> Vgl. auch *I. Pernice*, Does Europe need a Constitution? Achievements and Challenges After Lisbon, in: A. Arnall/C. Barnard/M. Dougan/E. Spaventa (Hrsg.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (Hart Publ. 2011), i.E., auch als WHI-Paper 02/2010, S. 12.

<sup>18</sup> In Abwesenheit von Vorrang und Durchgriff von Beschlüssen der GASP gelten für das auswärtige Handeln zahlreiche Solidaritätsverpflichtungen nach Art. 3 III UAbs. 3, 21 I, 24 II und III, 31 I UAbs. 2, 32 EUV sowie 222 AEUV, die neben der generellen Verpflichtung zu loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 III EUV



offenbar den Vorstellungen der großen politischen Parteien in Deutschland entspricht,<sup>19</sup> könnte den Vorbehalt sprengen.<sup>20</sup> Aber: Lässt sich die Sicherheit der Union überhaupt von der nationalen Sicherheit der Mitgliedstaaten und der Sorge um ihre territoriale Unversehrtheit trennen? Hier liegt Sprengstoff.

Jedenfalls mittelbar auf die Wahrung von nationaler Selbstbestimmung in sensiblen Bereichen und damit auf die Achtung der Identität gerichtet sind eine Reihe weiterer Bestimmungen der Verträge.<sup>21</sup> Dazu gehören insbesondere "negative Kompetenznormen", die etwa jegliche Harmonisierung in Bildungs- und Kulturpolitik, Gesundheits-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik ausschließen.<sup>22</sup> Betroffen sind Errungenschaften in Sozialordnung und Kultur wie das Streikrecht, die Lehrinhalte oder die medizinische Versorgung.<sup>23</sup>

Dasselbe gilt für die territoriale Unversehrtheit, worauf Art. 4 II EUV verweist. Der Vorbehalt findet eine Entsprechung in Art. 77 IV AEUV: Danach berührt die Kompetenz im Bereich Grenzkontrollen, Asyl- und Einwanderungspolitik „nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die geografische Festlegung ihrer Grenzen nach dem Völkerrecht“. Was

---

stehen. Zur Sonderstellung des Art. 24 I EUV im Kompetenzkatalog der EU vgl. C. Vedder, in: ders./von Heinegg, *Europäischer Verfassungsvertrag, Handkommentar*, Artikel I-16, Rn. 1 ff.; C. Calliess, in: ders./Ruffert, *Verfassung der Europäischen Union, Kommentar der Grundlagenbestimmungen*, 2006, Art. I-16, Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu aus der Perspektive des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts: D. Thym, *Integrationsziel europäische Armee? Verfassungsrechtliche Grundlagen der deutschen Beteiligung an der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP)*, EuR Beiheft 1 (2010), S. 171 ff.

<sup>20</sup> Vieles hängt hier vom Detail ab. So ist fraglich, ob die in BVerfGE 123, 267 (360 f., 422 ff.) – Lissabon entwickelten Vorbehalte und Grenzen auf den Fall anwendbar sind, dass europäische Soldaten mit einem den EU-Beamten nach dem Beamtenstatut der EU vergleichbaren Status als europäische Armee eingesetzt würden.

<sup>21</sup> T. v. Danwitz, *Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, EuR 2008, 769, 783 f., unterscheidet insgesamt fünf Kategorien von Schutz- bzw. Vorbehaltsklauseln.

<sup>22</sup> Dies ist die dritte von v. Danwitz (Fn. 21), S. 783, genannte Kategorie.

<sup>23</sup> Vgl. schon I. Pernice, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, JZ 2000, 866, 874; gemeint sind etwa Art. 153 Abs. 5 AEUV: Kompetenz gilt nicht für „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht“, Art. 165 I AEUV: Achtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die „Lehrinhalte“ sowie die „Vielfalt ihrer Kulturen und Sprachen“, Art. 167 I AEUV: Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten, Wahrung der Vielfalt; Art. 168 VII AEUV: Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung, ähnl. ebd., Abs. 5: Blutspende und Verwendung von Organen.

die ebenfalls in Art. 4 II EUV genannte Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit der Mitgliedstaaten betrifft, finden sich im Vertrag diverse Konkretisierungen: Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung können Beschränkungen des freien Waren-, des Personen- und des Kapitalverkehrs rechtfertigen (Art. 36, 45 III, 52 II und 65 I lit. b AEUV).<sup>24</sup> Generell verfügt Art. 72 AEUV für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts:

„Dieser Titel berührt nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“

Was Art. 4 II EUV als identitätsbestimmend den Staaten vorbehalten will, ist insofern eng mit dem Gewaltmonopol verbunden, das den Staat seit *Bodin*,<sup>25</sup> spätestens seit *Max Weber*<sup>26</sup> prägt und bei ihm bleiben soll. Art. 88 III AEUV macht dies besonders deutlich:

„Europol darf operative Maßnahmen nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden des Mitgliedstaats oder der Mitgliedstaaten ergreifen, deren Hoheitsgebiet betroffen ist. Die Anwendung von Zwangsmaßnahmen bleibt ausschließlich den zuständigen einzelstaatlichen Behörden vorbehalten.“

Art. 276 AEUV soll diese Vorbehalte auch hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs absichern:

„Bei der Ausübung seiner Befugnisse im Rahmen der Bestimmungen des Dritten Teils Titel V Kapitel 4 und 5 über den Raum der Freiheit, der Si-

---

<sup>24</sup> Für die Freizügigkeit ergänzt durch Art. 202 AEUV betreffend die Assoziierung: „Vorbehaltlich der Bestimmungen über die Volksgesundheit und die öffentliche Sicherheit und Ordnung werden für die Freizügigkeit der Arbeitskräfte aus den Ländern und Hoheitsgebieten in den Mitgliedstaaten und der Arbeitskräfte aus den Mitgliedstaaten in den Ländern und Hoheitsgebieten Rechtsakte nach Artikel 203 erlassen.“

<sup>25</sup> Vgl. die Nachw. bei *Thym* (Fn. 19), S. 176. BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon, zählt zu den Bereichen, die es als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“ erklärt, u.a. „die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen“.

<sup>26</sup> *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Besorgt von *J. Winckelmann*. Studienausgabe, 5. Aufl. 1980, S. 515 f.: „Für die Ausübung und Androhung dieses Zwanges existiert demgemäß in der voll entwickelten politischen Gemeinschaft ein System von kasuistischen Ordnungen, welchen jene spezifische „Legitimität“ zugeschrieben zu werden pflegt: die „Rechtsordnung“, als deren allein normale Schöpferin heute die politische Gemeinschaft gilt, weil sie tatsächlich heute normalerweise das Monopol usurpiert hat, der Beachtung jener Ordnung durch physischen Zwang Nachdruck zu verleihen.“

cherheit und des Rechts ist der Gerichtshof der Europäischen Union nicht zuständig für die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats oder der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit.“

Die Bestimmung überrascht allerdings, weil von einer Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Überprüfung *nationalen* Rechts überhaupt keine Rede sein kann.<sup>27</sup> Die Union, verstanden als europäischer Verfassungsverbund, ist pluralistisch geprägt und vom sog. „Trennungsprinzip“ beherrscht.<sup>28</sup> Über die Gültigkeit von EU-Recht urteilen europäische Gerichte, über diejenige von nationalem Recht urteilen die jeweiligen nationalen Gerichte, *suum cuique*. Die Sorge um die Wahrung nationaler Kompetenz im Kernbereich der Staatlichkeit, wie sie in dieser Norm zum Ausdruck kommt, führte damit zu einer Klarstellung, die nicht veranlasst war, nunmehr aber positiv als Bestätigung eines Strukturprinzips der Union verstanden werden kann.

Es wird klar, dass nach dem Primärrecht ganz allgemein die innere, so wie die äußere Sicherheit und damit die Anwendung von Gewalt Sache der Mitgliedstaaten bleiben soll,<sup>29</sup> trotz notwendiger, z.T. enger Kooperation. Diese grundsätzliche Prerogative gehört zur staatlichen Identität. Sie ist umgekehrt für die Eigenart der Europäischen Union von zentraler Bedeutung: Denn diese beruht auf der freiwilligen Bindung, ist Rechtsgemeinschaft im Sinne *Hallsteins*, baut auf das Recht, nicht auf Zwang und Gewalt.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. auch *M. Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2010, Art. 276 Rn. 4: „rein deklaratorischer Natur“.

<sup>28</sup> Vgl. *I. Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006, S. 54.

<sup>29</sup> Insoweit auch BVerfGE 123, 267, 359-361 – Lissabon; zur Unterscheidung der Union vom Staat nach dem Kriterium des Gewaltmonopols vgl. *F. Mayer*, Macht und Gegenmacht der Europäischen Verfassung, ZaöRV 63 (2003), 59 (61 f.); s. auch *C. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 272 ff.

<sup>30</sup> *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; Die Bedeutung des Rechts hebt auch der Gerichtshof hervor, wenn er von den Verträgen als der "Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft" spricht, EuGH, Gutachten Rs. C-1/91 - EWRI, Rn. 21.

### 3. Die Identitätsgarantie als „föderales Grundrecht“

Art. 4 II EUV lässt sich in einem System wie der Europäischen Union, das nicht nur die Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die Staaten als Rechtsunterworfenen konstituiert, dogmatisch als „föderales Grundrecht“<sup>31</sup> der Mitgliedsstaaten begreifen, die im Mehrebenensystem neben den Unionsbürgerinnen und -bürgern einen eigenen Subjektstatus haben. Sie können es als privilegierte Kläger nach Art. 263 AEUV unmittelbar vor dem Gerichtshof einfordern. Das „föderale Grundrecht“ der nationalen Identität gilt aber nicht allein als Abwehrrecht der Mitgliedstaaten gegenüber dem Handeln der EU, sondern aus Art. 4 II EUV folgen auf der politisch-organisatorischen Ebene auch aktive Schutzpflichten der Union gegenüber den Mitgliedsstaaten. Für die Unionsorgane ist Art. 4 II EUV auch Ausprägung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV) und enthält ein grundsätzliches Gebot der Rücksichtnahme auf die Mitgliedsstaaten.<sup>32</sup> Damit konkretisiert die Garantie nationaler Identität zugleich den Grundsatz wechselseitiger Gemeinschaftstreue.<sup>33</sup>

#### II. Grenzen der Identitätsgarantie

Als „föderales Grundrecht“ und objektiver Maßstab des Handelns der Union ist der Schutz der nationalen Identität nach Art. 4 II EUV mit seinen Konkretisierungen in Negativklauseln und Verweisen auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Lichte der Ziele der Verträge und insbesondere der Kompetenzzuweisungen auszulegen und findet in diesen seine Grenzen. Der Vertrag erklärt die nationale Identität nicht für unan-

---

<sup>31</sup> Zum Begriff erstmals *I. Pernice*, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847, 857 f., ebenso *ders.*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866, 875; weiterführend: *M. Nettesheim*, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2004, 511, 536: „Damit nimmt der Vertrag über eine Verfassung für Europa einen Vorschlag Ingolf Pernices, Art. 6 Abs. 3 EUV [a.F.] zur Garantie ‚föderaler Grundrechte‘ fortzuentwickeln, auf.“

<sup>32</sup> Vgl. auch *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 9), Rn. 6; *M. Hilf*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedsstaaten, in: Randelzhofer (Hrsg.), Gedächtnisschrift Grabitz, München 1995, S. 157, 167 f. Zuletzt: v. *Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 6), S. 702, 705, die darin zugleich den Verbundgedanken enthalten sehen: Der „Verbund als Ordnungsidee“ verdeutliche „die Eigenständigkeit der Akteure und gleichzeitig ihr gegenseitiges Aufeinander-Angewiesen-Sein, das Rücksichtnahme und die Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln erfordert“.

<sup>33</sup> S. auch *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 9), Rn. 6.

tastbar, fordert vielmehr nur ihre Achtung.<sup>34</sup> Nach dem System des Vertrages kann es also weder um eine „Souveränitätsreserve“ gehen (dazu 1.), noch lässt sich eine Unantastbarkeit der nationalen Identität etwa durch eine Analogie zum Schutz der Menschenwürde konstruieren (dazu 2.).

### 1. Souveränitätsreserve? Identität als Begriff des Unionsrechts

Bei dem Begriff der nationalen Identität in Art. 4 II EUV handelt es sich um einen unionsrechtlichen Begriff, für dessen Auslegung der Gerichtshof zuständig ist (Art. 267 AEUV).<sup>35</sup> Schon deswegen kann er nicht als „Souveränitätsreserve“ verstanden werden, auf die sich Mitgliedstaaten ohne weitere Rücksicht auf ihre Verpflichtungen aus dem Unionsrecht berufen könnten.<sup>36</sup> Vielmehr konkretisiert er eine Rücksichtnahmepflicht der Unionsorgane, die für die Union und ihren Zusammenhalt konstituierend ist. So hat einerseits, wie von *Danwitz* treffend beschreibt, schon bisher „der Gerichtshof die sich ihm bietenden Gelegenheiten nicht verstreichen lassen, um die Identität der Mitgliedstaaten, ihre besonderen Traditionen sowie wichtige Strukturprinzipien ihrer Rechtsordnungen zu schützen“.<sup>37</sup> Nach ständiger Rechtsprechung sind andererseits aber auch die Mitgliedstaaten bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, soweit sie eine der Grundfreiheiten der Verträge be-

---

<sup>34</sup> Aus dem Begriff „achten“ des Art. 4 II EUV ist abzuleiten, dass die nationale Identität in Abwägung mit entgegenstehenden Interessen eingeschränkt werden kann, vgl. auch *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 9), Rn. 49; *C. Stumpf*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2008, Art. 6 EUV, Rn. 40; vgl. zur „praktischen Konkordanz“ von gesamteuropäischer und nationaler Identität bereits *A. v. Bogdandy*, Europäische Identität und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), S. 156, 185 f.; siehe auch *v. Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), 725: „keinen absoluten Schutz nationaler Identitätsgehalte“.

<sup>35</sup> Zur Handhabung durch die Rechtsprechung s. unten, D.III.

<sup>36</sup> Die Identitätsklausel als Souveränitätsvorbehalt betrachtend aber *A. Bleckmann*, Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unionsvertrag, *JZ* 1997, 265, 266; *K. Doehring*, Die nationale „Identität“ der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in: Due (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 1, 1995, S. 263, 269; *Vedder*, in: ders./von Heinegg (Fn. 18), Rn. 4 ff.; *Uhle*, Verfassungsstaat (Fn. 8), 473, 479 ff.; die Frage letztlich offen lassend *P. Lerche*, Achtung der nationalen Identität (Art. F Abs. 1 EUV), in: Festschrift Schippel, 1996, S. 919; für eine rechtspluralistische Koexistenz von nationaler und europäischer Identität plädierend *M. P. Maduro*, *ELJ* 5 (1999), S. 160, 163 ff.; eingehend zur rechtspluralistischen Konzeption *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht (2010, i.E.), Kapitel I, II.

<sup>37</sup> *Von Danwitz* (Fn. 21), S. 784, mit Verweis auf Rechtsprechung zum Schutz der Meinungsvielfalt, der nationalen Kultur, die Rechtfertigung des Abtreibungsverbots in Irland, die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten im Blick auf die Versammlungs- und Meinungsfreiheit sowie die Menschenwürde.

schränken, keineswegs frei, nach Belieben zu verfahren.<sup>38</sup> Soweit es sich um Begriffe des Unionsrechts handelt, bestimmt der Gerichtshof die Auslegung und prüft insbesondere, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.<sup>39</sup> Dabei ist den Grundrechten der nationalen Verfassungen auch im Blick auf die Wahrung nationaler Identität insoweit Rechnung getragen, als ihr effektiver Schutz zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten akzeptiert wird.<sup>40</sup> Umgekehrt wird eine auf Gründe des Allgemeinwohls gestützte Maßnahme, die eine Grundfreiheit beschränkt und damit in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, dann nicht als gerechtfertigt angesehen, wenn sie ein auf Unionsebene garantiertes Grundrecht verletzt.<sup>41</sup> Dabei folgt aus der Verpflichtung, die nationale Identität zu achten, die Pflicht des Gerichtshofs, die wichtigsten Rechtsprinzipien aller Mitgliedstaaten in die Rechtsordnung der Union aufzunehmen.<sup>42</sup> Auch die Klauseln zur öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sind damit keine „Souveränitätsreserve“.<sup>43</sup> Sonst könnte der Grundsatz der Vertragstreue, wie er in Art. 4 III EUV verankert ist und nach Art. 258 ff. AEUV eingefordert werden

---

<sup>38</sup> Vgl. zuletzt *J. Kokott/C. Sobotta*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, EuGRZ 2010, 265, 269, mwN.

<sup>39</sup> So auch *v. Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), S. 711.

<sup>40</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-112/00 – Schmidberger, Rn. 69 ff. (Versammlungsfreiheit); Rs. C-36/02 – Omega, Rn. 32 ff. (Menschenwürde); Rs. C-438/05 – Viking, Rn. 44 ff. (Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, insbes. Streikrecht); s. auch *v. Danwitz* (Fn. 21), S. 784.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-260/89 – ERT, Rn. 41 ff. (Medienfreiheit); Rs. C-368/95 – Familiapress, Rn. 24 ff. (Meinungsfreiheit); Rs. C-60/00 – Carpenter, Rn. 40 ff. (Achtung des Familienlebens); s. auch *Kokott/Sobotta* (Fn. 38), S. 269 f., mwN.

<sup>42</sup> *S. Kokott/Sobotta* (Fn. 38), S. 270; *C. Sobotta*, Transparenz im Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union, 2001, S. 305 ff.

<sup>43</sup> Vgl. auch *U. Becker*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 30 Rn. 2, mwN., der darauf hinweist, dass Art. 30 EGV (jetzt Art. AEUV) „nicht bestimmte Materien der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zuordnen wollte“; zum Begriff der öffentlichen Ordnung als Schranke des Freizügigkeitsrechts s. *H. Schneider/N. Wunderlich*, ebd., Art. 39 Rn. 121: „gemeinschaftsrechtlicher Rahmenbegriff“, mwN.; *W. Brechmann*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 39, Rn. 93: „gemeinschaftsrechtlich auszulegende Begriffe“, wobei „den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen“ sei.

kann, unter Berufung auf diese Klauseln oder auf die Identitätsklausel „autonom“ ausgehebelt werden.<sup>44</sup>

## 2. Die Würde des Staates –Analogie zur Menschenwürde?

Ausgeschlossen ist es auch, das föderale Grundrecht der staatlichen Identität mit dem Schutz der unantastbaren Menschenwürde zu vergleichen. Wenn das Bundesverfassungsgericht nach dem Lissabon-Urteil prüfen will, ob der „unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität“<sup>45</sup> gewahrt ist, könnte man geneigt sein, diese Parallele zu ziehen. Anders als die Menschenwürde ist das staatliche Gemeinwesen der Rechtsordnung jedoch nicht vorgegeben, sondern aufgegeben.<sup>46</sup> Es gibt keine Würde des Staates, es gibt nur eine Würde des Menschen.<sup>47</sup> Der Staat mag zwar gegenüber der EU Subjektqualität besitzen, gegenüber seinen Bürgern kann er aber niemals ein unantastbares Subjekt sein, er kann nur Gegenstand, Inhalt, Produkt eines fortlaufenden demokratischen Prozesses sein.<sup>48</sup>

Wenn die mitgliedstaatlichen Verfassungen wie das Grundgesetz für den Prozess der europäischen Einigung grundsätzlich offen sind, besteht für die Bürger Raum, diesen Prozess nach ihrem frei gebildeten Willen zu gestalten, auch über den Staat hinaus.<sup>49</sup> Ist die demokratische Selbstbestimmung der Bürger letztlich Ausdruck ihrer Menschenwürde,<sup>50</sup> so ist

---

<sup>44</sup> So EuGH, Rs. C-212/06 – Regierung der Französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung, Rn. 58: „Jedoch kann sich ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung einschließlich solcher, die sich aus seinem verfassungsmäßigen Aufbau ergeben, berufen, um damit die Nichteinhaltung seiner Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu rechtfertigen“, mwN., dem folgend: GA Kokott (Fn. 10), Rn. 55, die dann erläutert, wie der Gerichtshof im „Azoren-Urteil“, EuGH, Rs. C-88/03 – Portugal/Kommission, „einen angemessenen Ausgleich zwischen diesen beiden Grundsätzen hergestellt“ hat (GA Kokott, ebd., Rn. 56 ff.). Zu den Grenzen s. auch unten, B.II.

<sup>45</sup> BVerfGE 123, 267, 268 und 354 f. – Lissabon.

<sup>46</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928) in: ders. *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Auflage 1994, S. 137 ff.

<sup>47</sup> P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 2. Auflage 1995, S. 815, 845 ff., 847.

<sup>48</sup> Pernice, *Verfassungsrecht* (Fn. 5), S. 160 ff.

<sup>49</sup> Pernice, *Verfassungsrecht* (Fn. 5), S. 165 ff.

<sup>50</sup> Insoweit zutreffend BVerfGE 123, 267, 341 – Lissabon: „Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der ele-

auch ein vorgegebener Begriff des Staates damit nicht vereinbar. Die Annahme eines „unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität“ greift der grundsätzlichen Offenheit dieser Selbstbestimmung vor, extensiv angewendet kann sie zur Freiheitsgefährdung werden.<sup>51</sup> Insofern ist auch fraglich, ob der Weg über Art. 146 GG mit dem Ziel, sich als Teil eines vereinten Europas neu konstituieren, der richtige Weg wäre, um mögliche durch eine statische Konzeption der Verfassungsidentität errichtete Integrationsschranken zu überwinden. Demokratische Selbstbestimmung und Menschenwürde ließen sich dann nur durch die Abschaffung des Grundgesetzes voll verwirklichen.<sup>52</sup> Art. 1 I GG stellt klar, dass die Menschenwürde unantastbar ist. Dasselbe steht in Art. 1 I der Grundrechtecharta auf Unionsebene. Sie ist nicht abwägbar.<sup>53</sup> Sie zu achten und zu schützen ist Aufgabe aller Staats- und Unionsgewalt.

---

mentare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert. Er gehört zu den durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG als unveränderbar festgelegten Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts.“; siehe bereits *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft, in: *Jlsensee/P. Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band I, 2. Auflage 1995, S. 815, 845 ff.; *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S. 162, mwN.

<sup>51</sup> Vgl. zur „Verfassungsidentität als Freiheitsgefährdung“ bereits *A. v. Bogdandy*, VVDStRL 62 (2003), Europäische Identität und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, 156, 178 ff.; in dem Maße, in dem das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf den vom Gericht festgestellten Willen der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes den „unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität“ extensiv auslegt, setzt es an Stelle des im parlamentarischen Prozess demokratisch gebildeten Willens des Volkes seine eigene Entscheidung, vgl. BVerfGE 123, 267, 343 f. – Lissabon: „Mit der sogenannten Ewigkeitsgarantie wird die Verfügung über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung selbst dem verfassungsändernden Gesetzgeber aus der Hand genommen. Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch. [...] Die Verletzung der in Art. 79 Abs. 3 GG festgelegten Verfassungsidentität ist aus der Sicht des Demokratieprinzips zugleich ein Übergriff in die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Die verfassungsgebende Gewalt hat insofern den Vertretern und Organen des Volkes kein Mandat erteilt, über die Verfassungsidentität zu verfügen. Keinem Verfassungsorgan ist die Kompetenz eingeräumt, die nach Art. 79 Abs. 3 GG grundlegenden Verfassungsprinzipien zu verändern. Darüber wacht das Bundesverfassungsgericht.“

<sup>52</sup> Siehe BVerfGE 123, 267, 331 f. – Lissabon: „Art. 146 GG schafft – wie Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG – ein Teilhaberecht des wahlberechtigten Bürgers: Art. 146 GG bestätigt das vorverfassungsrechtliche Recht, sich eine Verfassung zu geben, aus der die verfasste Gewalt hervorgeht und an die sie gebunden ist. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Recht, an der Legitimation der verfassten Gewalt mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluss zu nehmen. Art. 146 GG formuliert neben den materiellen Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG die äußerste Grenze der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der europäischen Integration. Es ist allein die verfassungsgebende Gewalt, die berechtigt ist, den durch das Grundgesetz verfassten Staat freizugeben, nicht aber die verfasste Gewalt.“ Damit verschafft sich das Bundesverfassungsgericht de facto ein Mandat, detailliert über die zentralen Fragen der europäischen Einigung selbst zu entscheiden.

<sup>53</sup> *W. Höfling*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 1, Rn. 31 f.; *M. Borowsky*, in: *Meyer*, Charta der Grundrechte in der Europäischen Union, 2. Auflage 2006, Art. 1, Rn. 40; *H.-W.*



Das föderale Grundrecht des Art. 4 II EUV hingegen ist abwägbar<sup>54</sup> und kann im Rahmen der zur Verfassungsänderung vorgesehenen Verfahren auch fortentwickelt werden. Denn nationale und europäische Identität in ihrem jeweiligen Verhältnis zu einander sind Ausdruck der demokratischen Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger im Europäischen Verfassungsverbund.

### *III. Nationale Identität und die Eigenart der Europäischen Union*

Das Projekt Europa und die Eingliederung in die supranationale Union ist Teil der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, jedenfalls gilt das wegen der Präambel und wegen Art. 23 GG für Deutschland. Es ist bei der Bestimmung des Begriffs der Identität jeweils mitzudenken. Damit haben die Mitgliedstaaten ihre jeweilige nationale Identität nicht aufgeben, vielmehr ist ihre je durch die Verfassung bestimmte Eigenart und Vielheit als besonderer Wert der Union zu betrachten.

Der Schutz der nationalen Identität in der Europäischen Union nach Art. 4 II EUV geht allerdings über das hinaus, was im deutschen Bundesstaat die Kulturhoheit oder die durch Art. 28 I GG begrenzte Verfassungsautonomie der Länder bedeutet. In der Union verbleiben der Vollzug und damit das Gewaltmonopol grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Der Verzicht auf Zwangsgewalt, d.h. die auf die alleinige Bindung an das Recht gegründete Freiwilligkeit als Grundtopos wird hinsichtlich der Mitgliedschaft durch das Austrittsrecht nach Art. 50 EUV unterstrichen.<sup>55</sup> Aus der formalen Autonomie der Verfassungs- und Rechtsord-

---

*Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, München 2004, Rn. 584; *H. Jarass*, EU-Grundrechte, München 2005, S. 119; *S. Rixen*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, S. 353 f.; der EuGH hat bisher keine Abwägung der Menschenwürde vorgenommen, siehe EuGH, Rs. C-36/02 – Omega.

<sup>54</sup> Siehe Fn. 34.

<sup>55</sup> BVerfGE 123, 267, 395 f. – Lissabon: „Das mit dem Zustimmungsgesetz erfasste Vertragswerk macht das bestehende Verbundprinzip im System verantwortlicher Hoheitsrechtsübertragung unter Fortbestand der Souveränität der Mitgliedstaaten deutlich und genügt damit verfassungsrechtlichen Anforderungen. Der Vertrag von Lissabon macht erstmals das bestehende Recht jedes Mitgliedstaates zum Austritt aus der Europäischen Union im Primärrecht sichtbar (Art. 50 EUV-Lissabon). Dieses Austrittsrecht unterstreicht die Souveränität der Mitgliedstaaten und zeigt ebenfalls, dass mit dem derzeitigen Entwicklungsstand der Europäischen Union die Grenze zum Staat im Sinne des Völkerrechts nicht überschritten ist.“

nungen folgt zudem die bereits erwähnte Besonderheit, dass nationales Recht durch europäische Instanzen nicht außer Geltung gesetzt werden kann.<sup>56</sup>

Damit wird weniger der Respekt der nationalen Souveränität als vielmehr der Unterschied der Europäischen Union zum Bundesstaat besonders deutlich. Trennungsprinzip und Freiwilligkeit gibt es im Bundesstaat des Grundgesetzes nicht. Drei Beispiele mögen zur Demonstration genügen:

- Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht. Der Vorrang des Unionsrechts dagegen ist nur Anwendungsvorrang im einzelnen Konfliktfall.<sup>57</sup>
- Art. 93 I Nr. 2 GG: Das Bundesverfassungsgericht als Bundesorgan entscheidet über die Gültigkeit von Landesrecht und kann es aufheben. Eine solche Kompetenz hat der EuGH nicht gegenüber den Mitgliedstaaten.
- Art. 37 GG: Bundeszwang bei Verletzung der Bundespflichten durch ein Land. Auch das gibt es nicht im Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten.

Auch eine Garantie für die staatliche Identität der Länder gibt es im Grundgesetz nicht ausdrücklich. Das in Art. 79 III GG garantierte föderale Prinzip zielt auf etwas anderes, den Erhalt der Aufgliederung in Länder überhaupt, nicht aber auf die Identität der bestehenden Länder. Durch Bundesgesetz – freilich nach Volksentscheid in den betroffenen Ländern – kann vielmehr nach Art. 29 I, II GG eine „Neugliederung“ des Bundesgebietes erfolgen. Eine solche Regelung wäre auf der Ebene der EU undenkbar.

Sind die Länder dem Bund also nach dem Grundgesetz untergeordnet, so fehlt es in der EU an einer entsprechenden hierarchischen Struktur.<sup>58</sup> Im Gegenteil: Die Garantie der Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen zusammen mit der Achtung ihrer nationalen Identität, wie Art.

---

<sup>56</sup> Zum „Trennungsprinzip“ s. oben, bei Fn. 28.

<sup>57</sup> Zur Bedeutung dieser Unterscheidung jetzt BVerfGE 123, 267, 395 f. – Lissabon.

<sup>58</sup> Vgl. *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S.185.

4 II EUV sie garantiert, stellt eine wichtige Rückversicherung für jeden Mitgliedstaat dafür dar, dass er als solcher trotz rechtlicher Einbindung doch der EU nicht hierarchisch unterworfen ist. Wenn Art. 50 EUV jetzt die – freilich eher theoretische – Möglichkeit vorsieht, sich aus der Union wieder zu lösen, so wird erkennbar, dass der Union ein konzeptioneller Ansatz zugrunde liegt, der sich von dem der Bundesstaatlichkeit grundsätzlich unterscheidet.<sup>59</sup>

Der Identitätsschutz nach Art. 4 II EUV impliziert damit neben anderen Normen der Verträge, dass die Europäische Union eine neue föderale Form darstellt, für die der Schutz der Identität der Glieder als Staaten typusprägend ist. Was unter diesen Umständen die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 4 II EUV konkret bedeutet, ist damit allerdings nicht gesagt.

### *C. Nationale Verfassungsidentität nach dem Grundgesetz*

Mit der Präambel, aber auch mit dem Verfassungsauftrag des Art. 23 GG weist das Grundgesetz über sich selbst hinaus.<sup>60</sup> Wenn sich das Deutsche Volk als „Glieder in einem vereinten Europa“ versteht, dessen Form – also die Europäische Union – „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet“ sein soll, dann hat das Folgen für die Identität des Staates, den dieses Grundgesetz konstituiert (dazu I.). Die Konzeption des Bundesverfassungsgerichts verkennt diese prägende Kraft der Präambel und gründet sich auf einen umfassenden Geltungsanspruch der nationalen Verfassung, der nur für eine vom Staat delegierte Kompetenz der Europäischen Union Raum lässt (dazu II.). Gleichwohl kann mit einem gewandelten Verständnis der Souveränität als Ausdruck der Selbstbestimmung der im politischen Mehrebenensystem sich verfassenden Bürgerinnen und Bürger auch der Vielschichtigkeit oder Mehrdimensionalität der Verfassungsidentität Rechnung getragen werden (dazu III.).

---

<sup>59</sup> Vgl. auch *Vedder*, in: ders./von Heinegg (Fn. 18), Rn. 3.

<sup>60</sup> Vgl. schon *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rn. 111. S. auch *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 23, Rn. 16.

### *I. Die Europäische Dimension der deutschen Verfassungsidentität*

Das Grundgesetz ist Antwort auf die verheerenden Erfahrungen Deutschlands in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts, es ist der Entwurf eines neuen Modells deutscher Staatlichkeit. Es ist auf eine Verbundstruktur eingestellt, Teilverfassung einer schrittweise sich verfassenden Europäischen Union.<sup>61</sup> Wer in Zeiten von Internet und globaler Verflechtung den Grundsatz der souveränen Staatlichkeit ins Zentrum deutscher Identität stellt, kehrt ins Postkutschen-Zeitalter zurück. Angesichts der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und der anfänglichen Verantwortung der Vier Mächte für Deutschland<sup>62</sup> ist es nicht mehr nachvollziehbar,<sup>63</sup> wenn *Klaus Ferdinand Gärditz* und *Christian Hillgruber* die Ausführungen des Lissabon-Urteils zur Garantie der souveränen Staatlichkeit im Grundgesetz lobend ergänzen:

„Die Bundesrepublik Deutschland ist schon ausweislich der Präambel als der souveräne Staat des deutschen Volkes konzipiert und inauguriert worden“.<sup>64</sup>

Dass das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland keine Verfassung eines souveränen Staates sein konnte, prägte insbesondere die Arbeiten des Parlamentarischen Rates unter der Aufsicht der Militärgouverneure,<sup>65</sup> führte aber auch zur Vorläufigkeit des Grundgesetzes (s. Art. 146 GG a.F.) und überhaupt zum Verzicht auf den Begriff Verfassung.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S.176.

<sup>62</sup> S. hierzu sehr eindrücklich *H. Steiger*, Staatlichkeit und Mitgliedstaatlichkeit – Deutsche staatliche Identität und Europäische Integration, *EuR Beiheft 1* (2010), S. 57, 64 ff., 66 ff.

<sup>63</sup> Vgl. auch *C. Tomuschat*, Die Europäische Union unter Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, *EuGRZ* 1993, 489, 496; zur Verkennung der historischen Dimension der Souveränität auch *C. D. Classen*, Legitime Stärkung des Bundesverfassungsgerichtes oder verfassungsrechtliches Prokustesbrett, *JZ* 2009, 881, 889.

<sup>64</sup> *K. F. Gärditz/C. Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, *JZ* 2009, 872, 875, mit Bezug auf BVerfG, *JZ* 2009, 890 ff., Rn. 216 = BVerfGE 123, 267, 343 – Lissabon.

<sup>65</sup> Vgl. zusammenfassend *P. Häberle*, Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (*JÖR*), Bd. 1 (2010), S. VI, XV, mwN. aus der Dokumentation.

<sup>66</sup> S. insbes. *JÖR*, Bd. 1 (Fn. 65), S. 14 ff., schon zur Überschrift die Erklärung der Ministerpräsidentenkonferenz gegenüber den Militärgouverneuren, die die Abkehr vom Begriff Verfassung bemerkten: „Das Wort ‚Verfassung‘ ist absichtlich nicht gebraucht worden, weil weder ganz Deutschland noch eine endgültige Lösung in Frage kommt“.

Erst der Zwei-plus-Vier-Vertrag hat 1990 die Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte beendet.<sup>67</sup> Dies und die deutsche Einheit waren dank der Einbindung Deutschlands in die Europäische Gemeinschaft möglich geworden,<sup>68</sup> wobei die Präambel des Vertrags selbst auf den Willen des deutschen Volkes verweist,

„als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen.“<sup>69</sup>

Diese „nach den Erfahrungen verheerender Kriege, gerade auch unter den europäischen Völkern“<sup>70</sup> gewählten Worte in der Eingangsformel der Präambel prägen den neuen Ansatz von Staatlichkeit, den das Grundgesetz zukunftsweisend entwirft, bestimmen die Identität des demokratischen integrationsoffenen neu konstituierten Deutschland.<sup>71</sup> Sie können in ihrer Bedeutung nicht hoch genug angesiedelt werden. Art. 24 I GG sah ursprünglich die Instrumente zur Verwirklichung dieses Ziels vor. Seit der deutschen Wiedervereinigung und im Blick auf die mit dem Vertrag von Maastricht gegründete Europäische Union konkretisiert Art. 23 GG das, was im Lissabon-Urteil jetzt zutreffend als „Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas“ bezeichnet wird.<sup>72</sup> Die Prä-

---

<sup>67</sup> Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland (Zwei-plus-Vier-Vertrag) vom 12. September 1990, BGBl. 1990 II S. 1317.

<sup>68</sup> S. auch *Steiger* (Fn. 62), S. 73 ff.; ähnl. *E.-J. Mestmäcker*, Im Schatten des Leviathan. Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009, EuR Beiheft 1 (2010), S. 35, 39, nach dem „es die europäischen Verträge von 1952 und 1958 waren, die den Anfang des langen Wegs der Bundesrepublik zurück zu staatlicher Einheit und Souveränität kennzeichnen.“

<sup>69</sup> Keine Verfassung der anderen Mitgliedstaaten verbindet in ähnlich substanzieller Weise die eigene Identität mit Europa. Die Präambeln der anderen Mitgliedsstaaten enthalten keinerlei Bezug zu Europa, vgl. *I. Pernice*, Zur Finalität Europas, in: G.F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 743, 748 ff., mwN.

<sup>70</sup> So der Hinweis in BVerfGE 123, 267, 345 – Lissabon.

<sup>71</sup> Vgl. auch *G. Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR Beiheft 1 (2010), S. 9, 18, nach dem „zur Verfassungsidentität auch das Bekenntnis zum vereinten Europa in der Präambel gehört“. Ähnl. *Mestmäcker* (Fn. 68), S. 37.

<sup>72</sup> BVerfGE 123, 267, 346 f. – Lissabon, mit Verweis auf *F. Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, S. 247. Der Begriff wird auch von *U. Fastenrath*, Verfassungsrechtliche Perspektiven und Grundgesetz: Offenheit, Bedingungen und Grenzen der Beteiligung Deutschlands an Neuerungen der Europäischen Union, in: Müller-Graff (Hrsg.), Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, S. 207, 212, verwendet. Von „Verfassungspflicht“ spricht *F. Mayer*, Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren. Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft, 2010, S. 266.

ambel leitet damit das Verständnis des Grundgesetzes insgesamt an, gerade hinsichtlich dessen, was man als Verfassungsidentität verstehen kann. Im Parlamentarischen Rat forderte *Carlo Schmid*, dass die Präambel „nicht nur rhetorischer Vorspruch sein“ sollte, sondern sie solle „alle Elemente enthalten, die für den Charakter des GG bestimmend seien“.<sup>73</sup> In seiner „Präambeltheorie“ von 1981 fasst *Peter Häberle* zusammen:

„Dieses *Grundlegende* im Selbstverständnis (in der Identität) eines politischen Gemeinwesens, das Konzentrat, ist das *alle* Bürger Verpflichtende – fast wie ein ‚Glaubensbekenntnis‘, das in den Präambeln sozusagen ‚vor die Klammer gezogen‘ und oft vertragsähnlich (im Sinne der Verfassung als Vertrag) formuliert ist“.<sup>74</sup>

Sind die Präambeln „Quintessenz einer Verfassung“, oder „Verfassung (in) der Verfassung“,<sup>75</sup> so können die Kerngehalte der Präambel, wie hier die europäische Option,<sup>76</sup> nicht als bloße Schranken einer durch Art. 79 III GG garantierten souveränen Staatlichkeit abgetan werden. Der in der Präambel liegende und durch Art. 23 GG konkretisierte Verfassungsauftrag zur europäischen Integration ist vielmehr identitätsprägend für das mit dem Grundgesetz konstituierte Deutschland.<sup>77</sup>

Entsprechend kann eine wie immer abstrakt bestimmte nationale Identität auch nicht der fortschreitenden Integration entgegengestellt werden. Die Mitgliedschaft in der durch die Verträge von Rom bis Lissabon verfassten Europäischen Union bleibt nicht ohne Folgen für die Mitgliedstaaten, auch nicht für den Begriff der nationalen Identität, wie sie in Art. 4 II EUV gewährleistet ist. Nationale Identität ist nur im Kontext dieser

---

<sup>73</sup> *C. Schmid* in: JÖR, Bd. 1 (Fn. 65), S. 25; weitere Nachw. in *P. Häberle*, Einleitung, JÖR, Bd. 1 (Fn. 65), S. XVIII.

<sup>74</sup> *P. Häberle*, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: FS Johannes Broermann, 1982, S. 211, 233.

<sup>75</sup> *Häberle*, Präambeln (Fn. 74), S. 248.

<sup>76</sup> So *Pernice*, in: Dreier (Fn. 60), Rn. 17.

<sup>77</sup> Vgl. schon *Pernice*, in: Dreier (Fn. 60), Rn. 16 ff.; s. auch *Steiger* (Fn. 62), S. 65, „Die Integration in Europa gehört für die Verfassungsgeber von 1949 gewollt konstitutiv zur staatlichen Existenz der Bundesrepublik“, es sei ein „konstitutionelles Gen“ neben den herkömmlichen konstitutionellen Genen: „Die Evolution der Bundesrepublik Deutschland zwischen 1949 und 1990 und ihre heutige Gestalt werden durch diese Hauptgene ihrer konstitutionellen DNA, also ihrer ‚verfassungsrechtlichen Identität‘ bestimmt.“

Verträge zu verstehen. Dies folgt schon aus Art. 2 EUV mit der Garantie der gemeinsam vereinbarten Werte und Grundsätze, deren Respekt im Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV gesichert wird.<sup>78</sup> Die Europäische Union insgesamt ist ein auf den Willen der Bürgerinnen und Bürger gestütztes föderales System, in dem Herrschaftsgewalt von zwei Ebenen auf sie durchgreift und wo die nationale Identität ebenso wie die gemeinsamen Werte der Union als Merkmale der „europäischen Identität“<sup>79</sup> verfassungskräftig abgesichert sind.<sup>80</sup> Die Struktursicherungsklauseln<sup>81</sup> der nationalen Verfassungen wie etwa Art. 23 I 1 GG einerseits und die gemeinsamen Werte der Union des Art. 2 EUV andererseits bilden ein System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung, das die Rückkehr zu totalitären Strukturen in Europa verhindern soll und als Existenz- und Funktionsbedingung des europäischen Verfassungsverbundes auch der nationalen Verfassungsautonomie Grenzen setzt.<sup>82</sup>

Den Verfassungsgerichten der Mitgliedsstaaten kommt dabei durchaus eine Mitverantwortung für die Wahrung der gemeinsamen Werte wie auch der föderalen Balance zu, im Sinne einer „Not-Kompetenz“.<sup>83</sup> Art. 4 II EUV kann so verstanden werden, dass er für eine Aussetzung der Anwendung eines Rechtsakts der EU auch kompetenziell gegenüber dem

---

<sup>78</sup> Vgl. *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 8), Rn. 81; *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 9), Rn. 16.

<sup>79</sup> Das Ziel der Union, die „Behauptung ihrer Identität auf internationaler Ebene“ nach Art. 2 I 2. Anstrich EUV a.F. wurde allerdings nicht durch den Vertrag von Lissabon übernommen. Gleichwohl fasst Art. 2 EUV mit den hier genannten gemeinsamen Werten und Grundsätzen den Kern der europäischen Identität zusammen, vgl. *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S. 185.

<sup>80</sup> Vgl. *Pernice*, in: Dreier (Fn. 60), Rn. 24.

<sup>81</sup> Zum Begriff der Struktursicherungsklausel des Art. 23 I GG vgl. Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, S. 12 f.

<sup>82</sup> S. schon *Pernice*, in: R. Bieber/P. Widmer (Fn. 16), S. 225, 255 ff., 264: „Im normativen Verbund stabilisieren sich nationale und Unionsverfassung gegenseitig“. S. auch *A. v. Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1999, S. 14 f.; zum Teil werden die Werte des Art. 2 EUV in der Literatur als „*ius cogens*“ des Europarechts bezeichnet, so *C. Harding*, The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space, *ELJ* 6 (2000), 128, 141; umgekehrt wird auch in der jetzt durch Art. 4 II EUV konkretisierten Garantie der nationalen Identität ein europäisches „*ius cogens*“ erblickt, *A. Bleckmann*, Die Wahrung der „nationalen Identität“ im Unionsvertrag, *JZ* 1997, 265, 266; *Doehring*, (Fn. 36), S. 266.

<sup>83</sup> *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S. 184 f.; *ders.*, in: *Dreier* (Fn. 60), Rn. 30. Von „Notbremse-Verfahren“ spricht jetzt *A. Voßkuhle*, Integrationsverantwortung (Fn. 4), S. 239.

Vorrangprinzip einen gewissen begrenzten Raum gibt.<sup>84</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um einen extremen Fall evidenter und genereller Missachtung der in Art 2 EUV als unverzichtbar anerkannten gemeinsamen Werte der Union, einen substantiellen Eingriff in die Verfassungsstruktur oder Staatsform eines Mitgliedstaates (etwa Republik oder Monarchie) oder der Grenzen ihrer Zuständigkeit handelt und, dass der notwendige Dialog nach Art. 267 AEUV erfolglos war.<sup>85</sup> Nicht jedes mitgliedstaatliche Selbstverständnis erfüllt diese engen Voraussetzungen und ist daher vom föderalen Grundrecht des Art. 4 II EUV geschützt. Die Werte, auf die sich die Union nach Art. 2 EUV gründet und die dort enumerativ aufgezählt sind, sind Werte, die allen Mitgliedsstaaten gemeinsam sind. Diese Werte können als Teil der nationalen Identität der Mitgliedsstaaten verstanden werden und bilden die gemeinsame Grundlage und Voraussetzung für die Öffnung der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen gegenüber der Europäischen Union.

Hingegen haben die Mitgliedsstaaten keine Kompetenz, darüber hinaus den Vorrang des Unionsrechts in Frage zu stellen. Wie bereits erwähnt, stellt Art. 4 II EUV keine Souveränitätsreserve der Mitgliedssta-

---

<sup>84</sup> Vgl. auch *Mayer*, Europarechtsfreundlichkeit (Fn. 72), S. 237, 263 mwN. zur Rechtsprechung des franz. Conseil Constitutionnel (vgl. dazu auch Fn. 125) und des spanischen Tribunal constitucional (vgl. dazu auch Fn. 126); siehe auch *v. Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), 726 f., die Art. 4 II EUV u.a. als Rechtfertigungsgrund für die Nichtanwendung von Europarecht in einem Mitgliedstaat begreifen, dann aber feststellen, dass „dies aus Sicht des Unionsrechts dann rechtswidrig wäre“ (ebd., S. 731).

<sup>85</sup> *Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 5), S.184 f.; es muss das Fundament des Verfassungsverbundes selbst in Frage gestellt werden, *ders.*, in: Dreier (Fn. 60), Rn. 30; was die Grenzen der Zuständigkeit der Union betrifft, hat das BVerfG diesen einschränkenden Maßstab im Ergebnis anerkannt: „Eine Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht kommt nur in Betracht, wenn ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt. Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts ist dem Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen zu geben, soweit er die aufgeworfenen Fragen noch nicht geklärt hat.“, BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010 – Honeywell, 1. Leitsatz, siehe dort auch Rn. 61. Entsprechend die restriktive Deutung bei *U. di Fabio*, Friedliche Koexistenz, FAZ v.21.10.2010: „Es hat mit der Honeywell-Entscheidung lediglich verdeutlicht, dass Kontrollvorbehalte zur Sicherung der Vertragsherrschaft nur sehr zurückhaltend und europarechtsfreundlich praktiziert werden dürfen, wenn die von der Verfassung gewollte Integration nicht gefährdet werden soll. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass die Ultra-Vires-Kontrolle greift, wenn etwa bei der unmittelbaren Anwendung von allgemeinen Grundsätzen oder Grundrechten durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs und ohne sekundärrechtliche Konkretisierung des europäischen Gesetzgebers das vertragliche Kompetenzgefüge verschoben werden sollte“. Vgl. auch *v. Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), 720 ff.



ten dar.<sup>86</sup> Denn das vom EuGH schon 1971 bekräftigte Prinzip gilt weiter, wonach “die einheitliche Geltung des Unionsrechts... beeinträchtigt (sc. würde), wenn bei der Entscheidung über die Gültigkeit von Handlungen der Unionsorgane Normen oder Grundsätze des nationalen Rechts herangezogen würden”.<sup>87</sup>

Der Hinweis im Lissabon-Urteil, dass die „verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand“ gehe, kann im Lichte dieser Bedingungen nur so verstanden werden, dass hiermit dem Gedanken wechselseitiger Verfassungsstabilisierung auch als Aufgabe der Gerichte Rechnung getragen und damit ein Kernelement der Konzeption des Verfassungsverbundes aufgegriffen wird.<sup>88</sup>

## *II. Delegierte Verantwortung oder originäre Hoheitsgewalt der Union?*

Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht die staatliche Souveränität im Zentrum der Verfassungsidentität.<sup>89</sup> Die Mitgliedstaaten werden als verfasster politischer Primärraum betrachtet, die Europäische Union trage nur sekundäre, das heißt delegierte Verantwortung für die ihr übertragenen Aufgaben.<sup>90</sup> Im Einklang mit dieser Konzeption des Bundesverfassungsgerichts enthält nach Auffassung von *Badura*

„...das staatliche Verfassungsrecht [...] grundsätzlich Bestimmungen mit Totalitätsanspruch für das gesamte Gemeinwesen, das vertragsgeschaffene Unionsrecht hingegen besteht aus mehr oder weniger ausführlichen, aber begrenzten Einzelermächtigungen.“<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Siehe dazu oben B.II.1. (bei Fn. 36) sowie unten D. III.

<sup>87</sup> EuGH, Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 3.

<sup>88</sup> Vgl. oben bei Fn. 73; s. auch *D. Thym*, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Anmerkung zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 2009, 559, 574 f.

<sup>89</sup> BVerfGE 123, 267, 347 und 400 – Lissabon: Das Grundgesetz ermächtigt den Gesetzgeber zwar zu einer weitreichenden Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union, „es verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden“.

<sup>90</sup> BVerfGE 123, 267, 382 – Lissabon.

<sup>91</sup> *P. Badura*, Verfassung und Verfassungsrecht in Europa, *AöR* 131 (2006), 423, 430.

Ob diese grundsätzliche Unterscheidung zutrifft, ist indessen fraglich. Der umfassende Geltungsanspruch der nationalen Verfassung ist letztlich ein Dogma, das angesichts der Realitäten und insbesondere der Bestimmungen der Verfassungen selbst zu überprüfen ist. Das Lissabon-Urteil vergleicht die – begrenzte – Autonomie der Union mit dem vom Staat eingeräumten Selbstverwaltungsrecht;<sup>92</sup> es könne

„für die europäische Unionsgewalt kein eigenständiges Legitimationssubjekt geben, das sich unabgeleitet von fremdem Willen und damit aus eigenem Recht gleichsam auf höherer Ebene verfassen könnte“.<sup>93</sup>

Woraus sich das im Grundgesetz ergeben könnte, bleibt offen. Art. 23 I 1, 2. Halbs. GG normiert vielmehr im Gegenteil, dass die Europäische Union „föderativen Grundsätzen“ verpflichtet ist.<sup>94</sup> Föderative Grundsätze unterscheiden sich von der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung durch die Anerkennung originärer Legitimation der Gliedstaaten wie des Bundes selbst.<sup>95</sup> Wenn die Struktursicherungsklausel auf den Schutz der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten in einer föderal aufgebauten Union zielt,<sup>96</sup> so impliziert das ihre originäre Legitimation. Art. 23 I GG

---

<sup>92</sup> BVerfGE 123, 267, 349 – Lissabon: „Autonomie kann hier nur - wie im Recht der Selbstverwaltung gebräuchlich – als eine zwar selbständige, aber abgeleitete, das heißt von anderen Rechtssubjekten eingeräumte Herrschaftsgewalt verstanden werden. Dagegen beansprucht die völker- und staatsrechtliche Souveränität gerade für ihre konstitutionellen Grundlagen die Unabhängigkeit von fremdem Willen.“

<sup>93</sup> BVerfGE 123, 267, 349 – Lissabon.

<sup>94</sup> Dazu *Pernice*, in: *Dreier* (Fn. 60), Rn. 24.

<sup>95</sup> Selbst hinsichtlich der Selbstverwaltung erstaunt die Sicht des Gerichts: Ist es wirklich der Staat (hier das Land), welcher den Gemeindeorganen Herrschaftsgewalt einräumt? Entspricht es der Idee der Selbstverwaltung nicht umgekehrt, dass die Bürger ihre lokalen Angelegenheiten selbst regeln und dafür den von ihnen gewählten Organen die entsprechenden Befugnisse anvertrauen? Dieser Vorbehalt ist konstitutiv für den demokratischen Aufbau der Länder und des Bundes, so wie Art. 28 GG das bestimmt. Artikel 11 II 1 der Bayerischen Verfassung sagt deutlich: „Die Gemeinden sind ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts“. Das ist eine klare Absage an jeden abgeleiteten Charakter ihrer Befugnisse und entspricht Otto von Gierkes Postulat der „Anerkennung der originären Gemeindepersönlichkeit“, die dem Staat ebenso vorgegeben ist, wie der einzelne Mensch, dazu *H. Dreier*, in: *ders.*, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 11, mwN.; auch die Position der Gemeinde als „unterste, demokratisch legitimierte Ebene in einem dreistufigen Staatsaufbau“ bei *H. Preuß* (s. *Dreier*, *ebd.*, Rn. 14 mwN.) geht in diese Richtung. Art. 28 I 2 und II GG gewährleisten diesen Status, auch gegenüber den Ländern, deren Herrschaftsgewalt sich ebenfalls keineswegs als vom Staat (Bund) abgeleitet versteht, sondern ist originär vom jeweiligen Landesvolk konstituiert und legitimiert (s. etwa BVerfGE 1, 14, 34 – Neugliederung, oder BVerfGE 60, 75, 207 – Startbahn West; s. auch *Dreier*, aaO., Rn. 51).

<sup>96</sup> *Pernice*, in: *Dreier* (Fn. 60), Rn. 65.

und die Integrationsklauseln anderer Mitgliedsstaaten<sup>97</sup> verzichten mit der Öffnung für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union und die Festlegung besonderer Verfahren und Bedingungen für die Konstituierung supranationaler öffentlicher Gewalt auf den umfassenden Geltungsanspruch, wie er für die klassische nationale Verfassung üblich ist.

Das ist das Neue. Nicht von den als souverän gedachten Mitgliedstaaten leitet sich die Legitimation der Union ab, sondern vom Willen der Bürgerinnen und Bürger, wie er in den Zustimmungsgesetzen bzw. Referenden über die Gründungs-, Beitritts- oder Änderungsverträge zur Europäischen Union zum Ausdruck kommt. Sie konstituieren gemeinsam, durch Vertrag, diejenigen europäischen Institutionen, denen sie bestimmte Hoheitsrechte übertragen, die in ihrem gemeinsamen Interesse, dem Interesse also aller in- und ausländischen Unionsbürger unmittelbar Rechte und Pflichten begründen, die auch gegen die nationalen Staatsorgane in Ansatz gebracht werden können.

### *III. Souveränität und Identität im europäischen Kontext*

In der beschriebenen Weise kann Volkssouveränität in der Europäischen Union durch nationale wie auch – gemeinsam auf der Basis der Unionsverträge – durch europäische Institutionen umgesetzt werden. Die der staatlichen bzw. der europäischen Ebene zugewiesenen Befugnisse ergänzen einander. Dabei sorgt das Subsidiaritätsprinzip dafür, dass durch die Zuständigkeit der Union ein Mehrwert an Handlungsfähigkeit erreicht wird, denn sie handelt, wo dem Staat die Macht für wirksames Handeln fehlt. Mit den Hoheitsrechten der Union einen Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten zu verbinden und ihrer Ausübung den Schutz der souveränen Staatlichkeit entgegen zu setzen, führt daher in die Irre. Die Einbindung in die Europäische Union bedeutet vielmehr für die Menschen in jedem Mitgliedstaat einen Zuwachs an politischen Handlungs-

---

<sup>97</sup> Zu den Integrationsklauseln anderer Mitgliedsstaaten und ihrer Anwendung vgl. jetzt *Wendel*, Permeabilität (Fn. 36), Teil 2, Kapitel 5-9.

und Einflussmöglichkeiten<sup>98</sup> und damit an effektiver Selbstbestimmung, d.h. an demokratischer Souveränität.<sup>99</sup>

Das Bundesverfassungsgericht bietet einen durchaus aufgeklärten Begriff der Souveränität an. Im „Grundsätze-Teil“ des Lissabon-Urteils heißt es:

„Das Grundgesetz löst sich von einer selbstgenügsamen und selbstherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit und kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als, völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit‘ auffasst. [...] Es bricht mit allen Formen des politischen Machiavellismus und einer rigiden Souveränitätsvorstellung, die noch bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts das Recht zur Kriegsführung – auch als Angriffskrieg – für ein selbstverständliches Recht des souveränen Staates hielt. [...] Souveräne Staatlichkeit steht danach für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf der Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft.“<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Dies sieht auch BVerfGE 123, 267, 345 – Lissabon: Die „gleichberechtigte Integration in die Europäische Union“ verstanden als „freiwillige, gegenseitige und gleichberechtigte Bindung, die den Frieden sichert und die politischen Gestaltungsmöglichkeiten durch gemeinsames koordiniertes Handeln stärkt.“

<sup>99</sup> Zur Verbindung von individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung BVerfGE 123, 267, 345 – Lissabon: „Das Grundgesetz schützt individuelle Freiheit – als Selbstbestimmung des Einzelnen – nicht mit dem Ziel, bindungslose Selbstherrlichkeit und rücksichtslose Interessendurchsetzung zu fördern. Gleiches gilt für das souveräne Selbstbestimmungsrecht der politischen Gemeinschaft.“ Ein offeneres Souveränitätsverständnis vertritt auch *D. Grimm*, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009, S. 99 ff., 106 f. (zum Verzicht auf die Schrankenlosigkeit des Herrschaftsanspruchs als Merkmal der Souveränität: „Soll der Souveränitätsbegriff weiter Verwendung finden, muss er sich von dem Vollbesitz der öffentlichen Gewalt lösen“), 119 ff. (zum Wandel des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Staaten als auf die äußere Souveränität bezogen, die die innere Souveränität schützt, und damit die Demokratie). Wenig überzeugend dann aber ebd., S. 122: „Selbstbestimmung ist bis auf weiteres auf den Staat angewiesen“ (gerade dies ist die Frage), und: „Auch die Akte der Europäischen Union sind für die Mitgliedstaaten Fremdbestimmung, jedenfalls wenn diese ihnen nicht zugestimmt haben oder gar keine Gelegenheit hatten, mitzuwirken, etwa weil ihre Vertretung, der Rat, keine Zuständigkeit besaß“ (dies kann nur sagen, wer nur die Staaten im Blick hat, nicht aber die Bürger, um die es bei der Frage der Selbstbestimmung geht). Ob demokratische Herrschaft wirklich „im Nationalstaat günstigere Voraussetzungen findet als in der Europäischen Union“ (ebd., S. 122), ja ob sie unter den Bedingungen der Globalisierung ohne die EU und die Entwicklung entsprechender Strukturen auf der globalen Ebene überhaupt effektiv möglich ist, bedarf näherer Prüfung.

<sup>100</sup> BVerfGE 123, 267, 346 – Lissabon.

Dieses Souveränitätsverständnis ist nach den Worten des Gerichts „in den Zielen der Präambel“ des Grundgesetzes verankert.<sup>101</sup> Es umfasst die Einsicht in Notwendigkeit und Nutzen „gemeinsamer Gestaltung“:

„Gestaltenden Einfluss auf eine zunehmend mobile und grenzüberschreitend vernetzte Gesellschaft können demokratische Verfassungsstaaten nur gewinnen durch sinnvolles, ihr Eigeninteresse wie ihr Gemeininteresse wahrendes Zusammenwirken. Nur wer sich aus Einsicht in die Notwendigkeit friedlichen Interessenausgleichs und in die Möglichkeiten gemeinsamer Gestaltung bindet, gewinnt das erforderliche Maß an Handlungsmöglichkeiten, um die Bedingungen einer freien Gesellschaft auch künftig verantwortlich gestalten zu können. Dem trägt das Grundgesetz mit seiner Offenheit für die europäische Integration und für völkerrechtliche Bindungen Rechnung.“<sup>102</sup>

Nicht im Prinzip, sondern vielmehr in den Konsequenzen geht der tschechische Verfassungsgerichtshof noch einen Schritt weiter. Wie das Bundesverfassungsgericht behält es sich vor, Kompetenzübertragungen auf ihre Vereinbarkeit mit der in Art. 1 Abs. 1 der Verfassung gewährleisteten souveränen Staatlichkeit der tschechischen Republik zu überprüfen. Es lehnt aber anders als das Bundesverfassungsgericht<sup>103</sup> eine abstrakte Liste unübertragbarer Kernkompetenzen ab, weil es die Frage des Gehalts der Souveränität im Wesentlichen für eine politische Frage hält, die primär der Beurteilung durch die Legislative zu überlassen sei.<sup>104</sup> Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht begreift der tschechische Verfassungsgerichtshof die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Union dabei nicht als eine Schwächung der Souveränität, sondern geht von einem Konzept „geteilter“ bzw. „gepoolter“ Souveränität aus,<sup>105</sup> welche sogar in einer Steigerung der Handlungsfähigkeit beider Ebenen resultie-

---

<sup>101</sup> BVerfGE 123, 267, 346 – Lissabon.

<sup>102</sup> BVerfGE 123, 267, 345 – Lissabon.

<sup>103</sup> BVerfGE 123, 267, 382 und 406 ff. – Lissabon.

<sup>104</sup> Tschechischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. November 2009 – Pl. ÚS 29/09 – Lisabon Treaty II, Rn. 110 ff, auf Englisch auf der Website des tschechischen Verfassungsgerichtshofes zugänglich: <http://www.usoud.cz/view/726/page/1>, Abfrage: 05.06.2010.

<sup>105</sup> Krit. zur Konstruktion der geteilten Souveränität: *Grimm*, Souveränität (Fn. 99), S. 102, 107, 111 ff., 117, 119.

ren kann.<sup>106</sup> Mit diesem Konzept der geteilten Souveränität zieht das Tschechische Verfassungsgericht die Konsequenz daraus, dass die tschechische Verfassung sich für eine europäische Mehrebenenverfassung öffnet.<sup>107</sup>

Aus der Sicht der Volkssouveränität als demokratisches Grundkonzept ist es müßig, über die Frage der Teilbarkeit von Souveränität zu streiten oder gar darüber, ob die Mitgliedstaaten oder die Europäische Union souverän sei. Entscheidend kommt es darauf an, dass über die Öffnung der Staatlichkeit durch Integrationsklauseln der Verfassungen die Konstituierung supranationaler Institutionen möglich ist, in denen die Völker demokratische Selbstbestimmung in Bezug auf ihre gemeinsamen Interessen organisieren, um in Bereichen, die über die Reichweite staatlicher Politik hinausgehen, überhaupt wirksam handeln zu können. Dieser Vorgang ist nicht Bedrohung, sondern Teil der nationalen Identität jedes einzelnen Mitgliedstaats. Ganz in diesem Sinne hebt *Peter Badura* daher zutreffend hervor:

„Integration ist ein verfassungsrechtlich geformtes Voranschreiten von verbundenen Anstrengungen der Völker der in der Union vereinigten Staaten. [...] Staat und Staatlichkeit sind in eine Metamorphose eingetreten. ‚Heute kann der einzelne Mitgliedstaat in der Europäischen Union nicht mehr als ein unabhängiges selbst verfasstes Ganzes fortleben, sondern nur als Teil einer überwölbenden, einer gemeinsamen Verfassung gehorchenden Garantie, die es ihm wie dem Bürger gestattet, in Formen europäischer Integration jedenfalls ein großes Stück weit politischen wie wirtschaftlichen Einfluß zurückzugewinnen, der im nationalen Rahmen verlorengegangen ist. [...] Der traditionelle Verfassungsstaat tritt in eine neue Epoche der *föderativen Verfassungsordnung* jenseits des Staates und seiner Verfassung. Für jeden Staat, der ein Mitglied der Union wird, wird die Existenz dieser Föderation und die sich vertiefende Integration der Völker Europas durch die Entwicklung der Union, genau der Ausdruck der Änderung der nationalen Identität aller Mitgliedstaaten‘. Deren Staatlichkeit kann nicht verstanden werden als eine absolute und vollständige souveräne Gewalt zu handeln, sondern nur als ‚integrierte Staatlichkeit‘.

---

<sup>106</sup> Tschechischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. November 2009 – Pl. ÚS 29/09 – Lisabon Treaty II, Rn. 147.

<sup>107</sup> Vgl. auch *I. Ley*, Brünn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts, JZ 2010, 165, 166.

Die nationale Identität nach [Art. 4 II EUV] sollte deshalb nicht als eine isolierte Bedingung begriffen werden, die sich der Position der Union entgegensetzen ließe. Sie kann nicht losgelöst von den in [Art. 4 III EUV] festgelegten Loyalitäts- und Treuepflichten der Mitgliedstaaten definiert werden.“<sup>108</sup>

Dass Art. 4 II EUV gerade nicht den Schutz der staatlichen Souveränität im traditionellen Sinne zum Gegenstand hat, sondern in einem offeneren Sinne nur die Achtung der nationalen Identität, sehen *Armin von Bogdandy* und *Stephan Schill* richtig als ein Zeichen für „die erreichte Tiefe der europäischen Integration und die fundamentale Transformation, die ein Staat als *Mitgliedstaat* der Union vollzieht.“<sup>109</sup> Das entsprechend gewandelte Verständnis der Souveränität als Ausdruck der Selbstbestimmung der im politischen Mehrebenensystem sich verfassenden Bürgerinnen und Bürger bringt die im Grundgesetz angelegte Mehrdimensionalität der Verfassungsidentität exemplarisch zum Ausdruck.

Auch der Begriff der nationalen Identität nach Art. 4 II EUV zielt nicht auf eine abstrakte isolierte Nationalstaatlichkeit sondern konkret auf die Identität der Mitgliedstaaten als Mitgliedstaaten, ihrer Vielfalt als Wert und Basis der supranationalen Einheit: Verfassungsvielfalt ebenso wie die kulturelle Diversität, wie sie ausdrücklich dem Schutz des Primärrechts unterstellt ist<sup>110</sup> sind der Reichtum der EU, Quelle ihrer Kraft und Grundlage ihres Zusammenhalts. Der Staat wird durch die Union nicht ersetzt, sondern als Instrument der Bürger zur Erfüllung demokratisch konsentierter Gemeinwohlaufgaben ergänzt. Die Union ist nicht Gegenpol, Bedrohung von Staat und Verfassung, sondern in Erkenntnis der Grenzen staatlicher Kompetenz zugleich Bindung und Erweiterung staatlicher Wirkmacht Sie ist nicht auf Verwischung oder gar Bedrohung,

---

<sup>108</sup> *Badura* (Fn. 91), 423, 431 mit Verweis auf *M. Hilf*, in: *Randelzhofer* (Fn. 32), S. 157; vgl. auch *E. Pache*, Europäische und nationale Identität, Integration durch Verfassungsrecht?, *DVBl.* 2002, 1154, 1167; *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 8), Rn. 81; *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 9), Rn. 11; zum Begriff der „integrierten Staatlichkeit“ *M. Kaufmann*, Integrierte Staatlichkeit als Strukturprinzip, *JZ* 1999, 81.

<sup>109</sup> v. *Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), 709.

<sup>110</sup> Vgl. etwa Art. 165 I AEUV: Beachtung der Vielfalt ihrer Kulturen und Sprachen; Art. Art. 167 I, IV AEUV: Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt, Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen. Wichtig ist auch der Ausschluss jeglicher Harmonisierung in den Bereichen Bildung und Kultur.

sondern auf die Stärkung der nationalen Identitäten gerichtet. In diesem Sinne kann das Grundgesetz durch seine Präambel und Art. 23 I GG der deutschen Identität eine europäische Dimension verleihen, denn das Unionsverfassungsrecht stellt seinerseits die Beachtung der diversen nationalen Identitätsgehalte sicher.<sup>111</sup>

#### *D. Die Konkretisierungs- und Entscheidungskompetenz*

Bei der Frage nach den Grenzen, die Art. 4 II EUV konkret dem Handeln der Union setzt, steht gerade wegen der Offenheit der Begriffe die Frage nach der Zuständigkeit im Zentrum. Ist die Bestimmung justizierbar? Wer entscheidet letztlich über mögliche Verletzungen der Pflicht der Achtung der nationalen Identität? Wenn die Garantie auf die „grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Strukturen“ verweist, so wird deutlich, dass es nicht um einzelne Bestimmungen des nationalen Rechts gehen kann. Und auch das Kriterium der „grundlegenden Funktionen des Staates“ deutet auf das wesentlich Bestimmende, nicht auf Details.<sup>112</sup> Der Verbundstruktur der Union entsprechend, aber auch wegen des Wandels, dem nationale Identität im Laufe der Zeit unterworfen ist,<sup>113</sup> kann die Konkretisierung im Einzelfall nur im Wege der Kooperation zwischen den Ebenen erfolgen (dazu I.). Dabei ist das Fehlen weiterer Konkretisierungen in der Verfassung als Kompetenzzuweisung an die zuständigen Organe zu verstehen, also an die Politik an erster, an die Gerichte an letzter Stelle (dazu II.). Gerade bei den Gerichten wird ein intensiver Dialog notwendig sein, wenn es um den effektiven Schutz der Identität einerseits, um die Erhaltung der im Vertrag angelegten Dynamik der europäischen Integration andererseits geht (dazu III.).

---

<sup>111</sup> Vgl. dazu auch *Armin von Bogdandy*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), 156, 185 f.

<sup>112</sup> Vgl. *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 9), Rn. 11.

<sup>113</sup> Vgl. dazu *M. Nettesheim*, Die Karlsruher Verkündigung – Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung, *EuR* Beiheft 1 (2010), S. 101, 113 f.: „Identität ist – anders als es das BVerfG suggeriert – nichts Statisches, sondern ein über die Zeit fortgebildetes Selbstverständnis“. Vgl. auch oben, I.1.a., am Ende.



### *I. Identitätskonkretisierung als Gegenstand kooperativer Verfahren*

Was die politischen Organe angeht, auf staatlicher wie auch auf europäischer Ebene, insbesondere den Dialog der Gerichte, ist Art. 4 III EUV die Richtschnur: Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Danach

„achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben“.

Kooperationsprinzip und Rücksichtnahmegebot sind fundamental für das Funktionieren der Union und eng miteinander verknüpft. Kooperation setzt Verstehen des Anderen voraus, Rücksichtnahme auf ihn, Achtung vor dem Selbst des jeweils Anderen. *Di Fabio* nennt das hinsichtlich der Gerichte im Mehrebenensystem versöhnlich “Friedliche Koexistenz”.<sup>114</sup> Es ist aber mehr.

### *II. Identitätsschutz durch die politischen Organe der Union*

Die Beschlussverfahren der Union, insbesondere die Willensbildung des Rates, in dem die Regierungen der Mitgliedstaaten beim gemeinsamen Handeln das jeweilige nationale Interesse einbringen, aber auch schützen, erlaubt jeder Regierung und indirekt auch den nationalen Parlamenten, auch und gerade mögliche Einwände im Blick auf den Schutz der nationalen Identität in den Willensbildungsprozeß einzubringen. Die frühe Befassung der nationalen Parlamente mit den Vorschlägen der Kommission nach den Protokollen Nr. 1 und 2 zum Vertrag von Lissabon, insbesondere auch die Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union nach Art. 23 II-VI GG i.V.m.

---

<sup>114</sup> Zum Verhältnis zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, aber auch zum Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg s. insbes. den Schlusssatz von *Di Fabio* (Fn. 85): „Rechtsprechung im Mehrebenensystem und Kooperation bedeuten, dass die Gerichte sich wechselseitig in ihren Rechtsbindungen und rechtskulturellen Einbindungen achten und sich nicht auf einen Machtkampf untereinander einlassen, der von manchen Interessenten der besseren Dramaturgie wegen herbeigeredet wird. Kluge Zurückhaltung und Achtung eines insgesamt nicht mehr so belastbaren politischen Institutionensystems, aber auch beharrliche Sensibilität für den Freiheitsanspruch der Bürger stehen im Lastenheft der Gerichte. In Zukunft wird es auch interessant sein zu beobachten, wie sich das Verhältnis zwischen dem Straßburger und dem Luxemburger Gerichtshof entwickeln wird, da die Union mit dem Beitritt in einem entsprechenden Verhältnis zur Konvention steht wie die Mitgliedstaaten. Auch hier dürfte das Prinzip der wechselseitigen Selbstbeschränkung und Rücksichtnahme ein guter Ratgeber für gelingende Kooperation der Gerichte sein.“

§§ 1, 13 IntVG sowie den im September 2009 novellierten Gesetzen über die Zusammenarbeit der Bundesregierung mit diesen Organen (EUZBBG<sup>115</sup> und EUZBLG<sup>116</sup>) geben hinreichend Gelegenheit, die Frage einer möglichen Verletzung der Verfassungsidentität innerstaatlich intensiv zu erörtern und die deutschen Vertreter im Rat mit den entsprechenden Argumenten so auszustatten, dass sie in Ausübung ihrer Integrationsverantwortung der Annahme von Rechtsakten entgegenwirken, welche die nationale Identität verletzen könnten. Hier ist Art. 4 II EUV von erheblicher Bedeutung, denn die Berufung eines Mitgliedstaats auf die Identitätsgarantie zwingt die Vertreter der anderen Mitgliedstaaten und auch der Kommission nicht nur zur ernsthaften Erörterung der vorgetragenen Argumente, sondern zur weitestgehenden Rücksichtnahme auf begründete Einwände. Denn der Rat ist wegen seiner besonderen politischen Verantwortung der erste Adressat der Pflichten aus Art. 4 II EUV.

Der politische Dialog im Rat ist damit der primäre Ort der Identitätsdebatte. Dabei gibt Art. 4 II EUV gewiss auch ein wichtiges Signal an die Kommission und ihre Beamten bei der Ausarbeitung ihrer Vorschläge sowie an das Europäische Parlament. Alle Organe der Union setzen sich aus Vertretern aus allen Mitgliedstaaten zusammen, die mittelbar oder unmittelbar demokratischer Kontrolle durch die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 10 II EUV). Auch die interne Struktur der Beamtenschaft ist so gestaltet, dass jede Organisationseinheit nach Proportionalitätsgesichtspunkten multinational besetzt ist. So kann das Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten von Anfang an an jedem Punkt des Entscheidungsprozesses wirken. Es gibt keine Fremdherrschaft über die Mitgliedstaaten, sondern die Willensbildung in der Union ist ein Verfahren der Selbstbestimmung, in dem möglicherweise auftretende Identitätsfragen frühzeitig auf politischem Wege kooperativ geklärt werden können.

---

<sup>115</sup> Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, v. 12.03.1993 (BGBl. I S. 311) FNA 170-2, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 22. 9. 2009 (BGBl. I S. 3026).

<sup>116</sup> Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, v. 12.03.1993 (BGBl. I S. 313) FNA 170-3, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 22. 9. 2009 (BGBl. I S. 3031).

### III. Identitätsschutz im Dialog der Gerichte

Gleichwohl sind kritische Fälle und Streitigkeiten im Nachklang des politischen Verfahrens nicht ausgeschlossen, zumal wenn die Politik ihrer Verantwortung nicht gerecht wird oder ein Mitgliedstaat im Rat letztlich überstimmt wird. An die Identitätsklausel des Art. 4 II EUV gebunden sind auch die Gerichte, insbesondere der EuGH. Die Identitätsklausel ist Teil des Unionsrechts, wie alle anderen Normen der Verträge. Der Gerichtshof entscheidet nach Art. 19 I EUV i.V.m. Art. 267 AEUV über ihre Auslegung und muss ihr ggf. auch im Verfahren der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV Wirkung verleihen. Sie ist also justizierbar, äußerste Grenze für die Kompetenzausübung der Union,<sup>117</sup> Kriterium der Gültigkeit des Sekundärrechts und für die Auslegung des gesamten Unionsrechts von Bedeutung.

Eine zufriedenstellende Lösung ist allerdings nicht zu erreichen, wenn sie nicht im „unmittelbaren Gespräch zwischen nationalen Gerichten und EuGH“ erarbeitet wird.<sup>118</sup> Schon Wortlaut und Logik des Gebots der Achtung der nationalen Identität legen nahe, dass der erste Zugriff bei der jeweiligen inhaltlichen Bestimmung dem jeweiligen Mitgliedstaat und seinen Gerichten zukommt.<sup>119</sup> Denn Achtung der Identität bedeutet zuallererst, dass das im Sinne demokratischer Selbstbestimmung dem Wandel unterworfenen Selbstverständnis<sup>120</sup> des jeweils Anderen berücksichtigt wird. Im Falle einer Klage oder Vorlage Deutschlands an den Gerichtshof wird also der Darlegung, was die nationale Identität ausmacht und weshalb sie im konkreten Fall berührt sein soll, erhebliche Bedeutung zukommen.<sup>121</sup> Die Vorlage an den Gerichtshof nach Art. 267

---

<sup>117</sup> So *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 9), Rn. 16.

<sup>118</sup> In diesem Sinne zutreffend *Mayer*, *Europarechtsfreundlichkeit* (Fn. 72), S. 263.

<sup>119</sup> *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 8), Rn. 79; vgl. *F. Mayer*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *von Bogdandy/Bast*, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 559, 589 f.; vgl. auch *Wendel*, *Permeabilität* (Fn. 97), Kapitel 13, II, 1, b und c.

<sup>120</sup> Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Selbstverständnisses s. *M. Morlok*, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993.

<sup>121</sup> Nach *vv Bogdandy/Schill*, *Identität* (Fn. 5), 731, muss der EuGH sogar „darauf hinwirken, dass das einschlägige nationale Verständnis in das Verfahren eingebracht wird“ (mit Verweis auf Art. 24 der Satzung des Gerichtshofs).

AEUV zur Klärung der Vereinbarkeit des betreffenden Rechtsaktes mit Art. 4 II EUV ist zwingend, bevor ein mitgliedstaatliches Gericht autonom zu bestimmen beginnt, ob ihm die innerstaatliche Anwendung wegen einer Unvereinbarkeit mit der nationalen Identität versagt wird.<sup>122</sup>

Auf der Ebene der Union kann dies aber nicht allein maßgeblich sein. Was in der Praxis bereits zu den Klauseln der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entschieden wurde, gilt auch für die Identitätsklausel: Sie ist kein Souveränitätsvorbehalt, mit dem nach Belieben die Geltung des Unionsrechts ausgehebelt werden kann.<sup>123</sup> Neben dem Bundesverfassungsgericht<sup>124</sup> könnten auch der französische Conseil constitutionnel<sup>125</sup> und der spanische Verfassungsgerichtshof<sup>126</sup> zwar so verstanden werden, dass sie in der Identitätsklausel des Art. 4 II EUV eine Einschränkung des Vorrangs des Unionsrechts erblicken. Jedoch geht aus den Beratungen des Europäischen Verfassungskonvents hervor, dass Art. 4 II EUV keine Ausnahmeklausel gegenüber dem Unionsrecht darstellt.<sup>127</sup> Nach

---

<sup>122</sup> Zu dieser Verpflichtung des Bundesverfassungsgerichts s. *Mestmäcker* (Fn. 68), S. 42; siehe auch v. *Bogdandy/Schill*, Identität (Fn. 5), 730.

<sup>123</sup> Vgl. oben I.2.a., insbes. Fn. 36.

<sup>124</sup> Nach BVerfGE 123, 267, 268 und 354 – Lissabon „gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.“; dazu *Thym*, (Fn. 88), 559, 574 f.

<sup>125</sup> Der französische Conseil constitutionnel verbindet die Identitätsklausel mit dem Vorrangprinzip und leitet daraus ab, dass eine bundesstaatliche Ordnung nicht beabsichtigt sei und der Vorrang des Unionsrechts deshalb nicht als eine Überordnung zu verstehen sei, *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 (Traité établissant une Constitution pour l'Europe), in Übersetzung von *Franz Mayer*, EuR 2004, S. 911 (914); vgl. die Besprechungen *F. Mayer*, Europarecht als französisches Verfassungsrecht, EuR 2004, 925 ff., sowie von *G. Carcassonne*, Case-Note, *European Constitutional Law Review* 2005, S. 293 ff.

<sup>126</sup> Der spanische Verfassungsgerichtshof geht von einer Parallelität aus, wonach jede durch europäische Akte erfolgte Beeinträchtigung der grundlegenden Verfassungsstrukturen eines Mitgliedsstaates, wie sie nach Art. 4 II EUV zu respektieren sind, zugleich eine Verletzung der europäischen Verfassung bedeutet, Urteil des *Tribunal Constitucional*, Erklärung DTC 1/2004 v. 13. Dez. 2004, nach der Übersetzung von *A. Becker*, EuR 2005, S. 339, 345; vgl. dazu *A. Becker*, Vorrang versus Vorherrschaft – Anmerkung zum Urteil des spanischen Tribunal Constitucional DTC 1/2004, EuR 2005, S. 353, 355.

<sup>127</sup> Zu der Identitätsklausel erläutert der Schlussbericht der Arbeitsgruppe V des Europäischen Verfassungskonvents, „dass im Vertrag die Rolle und Bedeutung der Mitgliedsstaaten gewährleistet und gleichzeitig der erforderliche Spielraum für Flexibilität vorgesehen werden muss. Was diese Flexibilität betrifft, so wurde hervorgehoben, dass die Bestimmung keine Ausnahmeklausel darstellen würde. Die Mitgliedsstaaten wären weiterhin verpflichtet, die Vertragsbestimmungen einzuhalten. Der Artikel würde daher keine Definition der Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten darstellen und damit auch nicht fälschlicher Weise den Eindruck vermitteln, dass es die Union sei, die den Mitgliedsstaaten Zuständigkeiten zuweise, oder dass sich das Handeln der Union nie auf diese Bereiche auswirken könne.“, vom 4. November 2002, CONV 375/1/02 REV 1, S. 11; vgl. auch *M. Wendel*, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?

der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann der Vorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht durch nationales Verfassungsrecht in Frage gestellt werden.<sup>128</sup> Der Gerichtshof bestimmt also die Grenzen des Art. 4 II EUV,<sup>129</sup> er hat dabei allerdings auf das Selbstverständnis der Mitgliedstaaten und seiner plausiblen Darlegung Rücksicht zu nehmen.<sup>130</sup>

---

Überlegungen zur Tragweite der historischen Auslegungsmethode infolge des jüngsten EU-Reformprozesses, ZaöRV 68 (2008), S. 803.

<sup>128</sup> EuGH, Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn. 3: „Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts würde beeinträchtigt, wenn bei der Entscheidung über die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane Normen oder Grundsätze des nationalen Rechts herangezogen würden. Die Gültigkeit solcher Handlungen kann nur nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden, denn dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht können wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll. Daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt.“

<sup>129</sup> Dem Schlussbericht der Arbeitsgruppe V des Europäischen Verfassungskonvents zu Folge ist der Gerichtshof „immer dann die letzte Instanz für die Auslegung der [Identitätsklausel nach Art. 4 II EUV], wenn die politischen Einrichtungen einen annehmbaren Ermessensspielraum überschreiten“, vom 4. November 2002, CONV 375/1/02 REV 1, S. 11.

<sup>130</sup> Insofern ist Art. 4 II EUV mit den Ausnahmetatbeständen der Grundfreiheiten vergleichbar: Vgl. etwa zu Art. 36 AEUV im Bereich des freien Warenverkehrs EuGH, Rs. C-367/89 – Richardt, Rn. 19: „Nach ständiger Rechtsprechung behält Artikel 36 EWG-Vertrag nicht bestimmte Sachgebiete der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten vor; vielmehr lässt er nur Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs durch innerstaatliche Normen insoweit zu, als dies zur Erreichung der in ihm bezeichneten Ziele gerechtfertigt ist und weiterhin gerechtfertigt bleibt (siehe insbes. EuGH, Rs. 72/83 – Campus Oil, Rn. 32). Zum Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV vgl. EuGH, Rs. 41/74 – Van Duyn, Rn. 19; EuGH, Rs. 30/77 – Boucherau, Rn. 33-35; EuGH, Rs. C-65/95 – Shingara, Rn. 30: „können die besonderen Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung gegenüber den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein, so daß insoweit den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Ermessen zuzubilligen ist“. Zur Berufung auf die öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, wenn „nach der öffentlichen Meinung vorherrschende Auffassung [ein Verstoß] gegen eine in der nationalen Verfassung verankerte grundlegende Wertvorstellung“ vorliegt, *EuGH*, Rs. C-36/02 – Omega, Rn. 30-33; dazu *Vassilios Skouris*, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 89, 95: „Ausschlaggebend ist also die unionsrechtliche Anerkennung eines Rechts oder Interesses als schützenswert“; kritisch zur Vergleichbarkeit mit den Ausnahmetatbeständen der Grundfreiheiten, da dadurch ein europarechtlich einheitlicher Begriff der nationalen Identität entstünde, *F. Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 559, 588 f.; vgl. dazu *Wendel*, Permeabilität (Fn. 36), Kapitel 13, II, 1, b und c, der die Konzeption entwickelt hat, dass die Mitgliedsstaaten die tatbestandliche Inhaltsbestimmung des Begriffs der „Identität“ vornehmen und der Gerichtshof den konkreten Umfang der unionsrechtlich gewährleisteten Identitätswahrung bestimmt; eine Einzelfallbezogene Auslegung der Verfassungsidentität birgt jedoch zugleich die Gefahr von Diskriminierungen im Verhältnis zwischen den Mitgliedsstaaten, dazu Schlussanträge des Generalanwaltes *M. P. Maduro* vom 28.10.2008, EuGH, Rs. C-213/07 – *Michaniki*, Rn. 33.

Die Berufung auf die Identität kommt nur als *ultima ratio* in Betracht. Nur wenn überhaupt eine Zuständigkeit der Union gegeben ist und die konkretisierenden Negativklauseln des Vertrags beachtet wurden, nur wenn in der zweiten Stufe die Achtung der Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit<sup>131</sup> im konkreten Fall anzunehmen ist und eine Verletzung von Grundrechten nicht vorliegt,<sup>132</sup> erst wenn also sonst kein Zweifel an der Gültigkeit des angegriffenen Rechtsakts besteht, kommt der Rückgriff auf die Identitätsklausel in Betracht.

Dann allerdings kann der nationale Identitätsanspruch geprüft werden und ist ggf. mit den Verpflichtungen ins Verhältnis zu setzen, die sich für die Mitgliedstaaten aus dem Vertrag ergeben.<sup>133</sup> Vieles spricht dafür, dass der Gerichtshof im Dialog zwischen den Gerichten, den Art. 267 AEUV fordert, dem Gewicht der vorgetragenen Argumente Beachtung schenken wird.<sup>134</sup> Denn er ist Gericht der Union ebenso wie Gericht der Bürger und der Mitgliedstaaten, deren Gerichte ihrerseits wesentlicher Teil des europäischen Rechtsschutzsystems sind.<sup>135</sup>

Das gilt insbesondere für das Bundesverfassungsgericht als Teil, wie *Andreas Voßkuhle* es beschreibt, des europäischen Verfassungsgerichtsverbundes<sup>136</sup>. Bisher haben bereits das italienische Verfassungsgericht<sup>137</sup>,

---

<sup>131</sup> Bereits die Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit i.S.d. Art. 5 EUV schützen die nationale Identität, vgl. *C. Vedder*, in: ders./von Heinegg (Fn. 18), Rn. 3.

<sup>132</sup> In EuGH, Rs. C-518/07 – Datenschutzbeauftragter, Rn. 40 ff., prüft der Gerichtshof einen Verstoß gegen die grundlegenden Werte der Union nach Art. 2 EUV, insbesondere eine Verletzung des Demokratieprinzips, die Frage der Identität wird aber nicht gestellt.

<sup>133</sup> Aus dem Begriff „achten“ des Art. 4 II EUV ist abzuleiten, dass die nationale Identität in Abwägung mit entgegenstehenden Interessen eingeschränkt werden kann, vgl. auch *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 9), Rn. 49; *Stumpf*, in: Schwarze (Fn. 34), Rn. 40.

<sup>134</sup> Zum Schutz einer in der deutschen Verfassung „grundlegenden Wertvorstellung“ EuGH, Rs. C-36/02 – Omega, Rn. 30-33; kritisch dazu *J. Bröhmer*, Anmerkung zu EuGH – Omega, EuZW 2004, 756 f.: „In der Sache hat damit der Gerichtshof den Mitgliedstaaten eine ‚carte blanche‘ für die Beschränkung der Grundfreiheiten erteilt, wenn auch nur ein irgendwie gearteter Bezug zur Menschenwürde hergestellt werden kann, selbst wenn der Begriff in einem Mitgliedstaat extrem weit ausgelegt wird. Von der gebetsmühlenartigen engen Auslegung der Ausnahmeregelungen bleibt nicht viel übrig.“

<sup>135</sup> Vgl. *Pernice*, Verhältnis (Fn. 28), S. 25 ff.

<sup>136</sup> Vgl. *A. Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1.

<sup>137</sup> EuGH, Rs. C-169/08; vgl. dazu *A. Tizzano*, Der Italienische Verfassungsgerichtshof (Corte Constitutionale) und der Gerichtshof der Europäischen Union, EuGRZ 2010, 1.

der österreichische Verfassungsgerichtshof<sup>138</sup>, der belgische Verfassungsgerichtshof<sup>139</sup> und das litauische Verfassungsgericht<sup>140</sup> dem Gerichtshof unionsrechtliche Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Das Bundesverfassungsgericht erkennt an, dass es zur Vorlage nach Art. 267 AEUV verpflichtet ist, soweit es um Normen des Unionsrechts geht.<sup>141</sup> Das gilt nicht nur für die Ultra-vires-Kontrolle<sup>142</sup> sondern muss auch für die Identitätskontrolle gelten,<sup>143</sup> die das Bundesverfassungsgericht „je-

---

<sup>138</sup> EuGH, Rs. C-143/99 – Adria-Wien Pipeline; Rs. C-171/01 – Wählergruppe Gemeinsam; Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 – Österreichischer Rundfunk.

<sup>139</sup> EuGH, Rs. C-93/97 – Fédération belge des chambres syndicales de médecins; Beschluss vom 1. Oktober 2004, Rs. C-480/03 – Clerens; Rs. C-305/05 – Ordre des barreaux francophones et germanophone; Rs. C-212/06 – Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon; noch anhängig sind die Rechtssachen u.a. C-73/08 – Bressol und C-389/08 – Base.

<sup>140</sup> S. etwa EuGH, Rs. C-239/07 – Sabatauskas.

<sup>141</sup> So bereits BVerfGE 37, 271, 281 f.; bestätigt durch BVerfG, NJW 2010, 833, 839 f. – Vorratsdatenspeicherung: „Zwar könnte eine entsprechende Vorlage durch das BVerfG (vgl. BVerfGE 37, 271, 282) insbesondere in Betracht kommen, wenn die Auslegung oder die Wirksamkeit von Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsrecht in Frage stehen, das Vorrang vor innerstaatlichem Recht beansprucht und dessen Umsetzung vom BVerfG grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes geprüft wird. Jedoch kann eine solche Vorlage nur dann zulässig und geboten sein, wenn es auf die Auslegung beziehungsweise Wirksamkeit des Unionsrechts ankommt.“; siehe auch *U. Karpstein* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Kommentar, 35. Erg.-Lief. 5/2008, Art. 234, Rn. 51 ff. mwN; zum Vorschlag, eine Vorlageverpflichtung des BVerfG ausdrücklich im BVerfGG zu verankern, siehe *J. Bergmann/U. Karpstein*, Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung, ZEuS 12 (2009), S. 529 ff.

<sup>142</sup> BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010 – Honeywell, 1. Leitsatz: „Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts ist dem Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen zu geben, soweit er die aufgeworfenen Fragen noch nicht geklärt hat.“ Bereits schon vor dieser Entscheidung war die Ultra-vires-Kontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nur einschlägig, „wenn Rechtsschutz auf der Unionsebene nicht zu erlangen ist“. BVerfGE 123, 267, 353 f. – Lissabon; 89, 155, 188 – Maastricht; 75, 223, 235 und 242 – Kloppenburg; 58, 1, 30 f. – Eurocontrol.

<sup>143</sup> Aus der Komplementarität der Identitätskontrolle nach Europa- und Verfassungsrecht folgt, dass ein Verfahren vor dem BVerfG einen direkten Bezug zur europäischen Rechtsaufsicht besitzt. Der relative Charakter der nationalen Verfassungsidentität verlangt die Unterbreitung landesspezifischer Konfliktstellungen an den EuGH, vgl. *Thym*, (Fn. 88), 559, 574; während Art. 6 III EUV a.F. gem. Art. 46 EUV a.F. nicht justiziabel war, kann ein Verstoß gegen die nationale Identität i.S.d. Art. 4 II EUV nun vor dem EuGH geltend gemacht werden, vgl. *Vedder*, in: ders./von Heinegg (Fn. 18), Rn. 13; im Falle einer Nichtvorlage läge ein Verstoß gegen das Loyalitäts- und Rücksichtnahmegebot des Art. 4 III EUV vor (siehe oben zu II.). Das Bundesverfassungsgericht kann sich demnach der Vorlageverpflichtung nicht unter Berufung auf die Identitätskontrolle mit dem Argument entziehen, dass die nationale Identität nach Art. 23 I 3 GG i.V.m. Art. 79 III GG niemals auf die Europäische Union übertragen worden sei, so dass eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV ausscheidet.

denfalls mit einer europarechtsfreundlichen Stoßrichtung auszuüben“ hat.<sup>144</sup>

Sollte das Bundesverfassungsgericht mit der im Lissabon-Urteil eingeführten Identitätskontrolle<sup>145</sup> einmal Ernst machen,<sup>146</sup> so dürfte dies nach allem nicht ohne Rücksicht auf die europäische Dimension der nationalen Identität erfolgen: inhaltlich wie auch prozedural.<sup>147</sup> Die Wahrung der Offenheit des politischen Prozesses legt dabei sowohl für das Bundesverfassungsgericht als auch den Europäischen Gerichtshof einen *judicial self-restraint* nahe. Werden mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit aus dem Begriff der „nationalen Identität“ konkrete Schranken für den politischen Prozess gezogen, wird diesem der Raum genommen. Eine übertriebene juristische Rechtssicherheitssuche könnte zur Blockade des Systems führen. Ein verantwortungsvoller Umgang mit dem Begriff der „nationalen Identität“ durch die Gerichte, aber auch bei den Wissenschaftlern und Politikern, schützt die nationale Identität selbst und das durch sie verbürgte Demokratieprinzip als Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Voßkuhle, Integrationsverantwortung (Fn. 4), S. 239.

<sup>145</sup> Vgl. BVerfGE 123, 267, 354 – Lissabon: „Das Bundesverfassungsgericht [prüft], ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist [...]. Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand. [...] Die Identitätskontrolle [kann] dazu führen, dass [...] Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird.“

<sup>146</sup> Vgl. zu möglichen Fallkonstellationen Thym, (Fn. 88), 559, 571 ff.

<sup>147</sup> Die Einbindung in das europäische Verfassungssystem zwingt auch zur Berücksichtigung von Vor-Urteilen aus anderen Mitgliedstaaten. Ebenso muss die mögliche Wirkung auf eine künftige Rechtsprechung anderer höchster Gerichte und die Funktionsfähigkeit des Systems insgesamt bedacht werden, vgl. I. Pernice, La Rete Europea di Costituzionalità, – Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 2010, Band 70, Heft 1 und WHI-Paper 01/2010, <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0110.pdf>, S. 13.

<sup>148</sup> In diese Richtung auch v. Bogdandy/Schill, Identität (Fn. 5), 732.



### *E. Ausblick*

Wenn die von Art. 79 III GG geschützte Verfassungsidentität im Blick auf die Präambel des Grundgesetzes und Art. 23 I GG eine europäische Dimension hat und nicht ein vorgegebenes Bild des souveränen Nationalstaats, sondern Deutschland sich im Grundgesetz als offener, in die Europäische Union integrierter Staat definiert, so verliert die im Lissabon-Urteil postulierte Identitätskontrolle ihre Bedrohlichkeit. Nur wer einem streng völkerrechtlichen Ansatz folgt und die Union als Verbund souverän bleibender Staaten, versteht, die „Herren der Verträge“ sind, wird mit dem Bundesverfassungsgericht auch den Übergang der Union in einen europäischen Bundesstaat als mit dem Grundgesetz unvereinbar ausschließen. Dagegen lässt das Grundgesetz die Frage offen. Denn mit dem Begriff des „vereinten Europa“ in der Präambel und in Art. 23 I 1 GG wird der europäische Bundesstaat als Ziel weder gefordert noch ausgeschlossen.<sup>149</sup> Jedenfalls definiert das Grundgesetz ausweislich der Präambel die nationale Identität der Bundesrepublik Deutschland in einem neuen Sinne als Gliedstaat im föderalen System der supranational verfassten europäischen Union, die die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten voraussetzt, aber nicht aufhebt.<sup>150</sup>

Diese Vorstellung findet in Art. 4 II EUV und seinen Konkretisierungen in den Verträgen eine Entsprechung und Absicherung. Die Eigenart und Vielfalt der verfassungsrechtlichen Gestaltungsformen der Mitgliedstaaten ist Grundlage und zentrale Wertentscheidung der Unionsverfassung. Die Identitätsklausel garantiert sie, freilich im Rahmen der vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere der in Art. 2 EUV verankerten gemeinsamen Werte und der in Art. 4 III EUV verankerten, auf die gemeinsamen Ziele und begrenzten Zuständigkeiten der Union gerichteten Loyalitäts-, Kooperations- und Rücksichtnahmepflichten. Sie umfassen die Mitwirkung am „Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“ und die weiteren Schritte, wie die Präambel des EUV es ausdrückt, „um die europäische Integration voranzutreiben“,

<sup>149</sup> S. schon *Pernice*, in: *Dreier* (Fn. 60), Rn. 36 ff., mwN.; s. auch *Fastenrath* (Fn. 72), S. 212 ff.

<sup>150</sup> Vgl. *Pernice*, in: *Dreier* (Fn. 60), Rn. 26, 36, 38.

ohne dass hiermit die Finalität, eine bestimmte Zielvorstellung oder ein Modell der künftigen Europäischen Union festgelegt wäre.

Wer mit *Walter Hallstein* in der europäischen Integration eine neue Gestalt politischer Organisation sieht, die angesichts des offensichtlichen Versagens der Ordnung souveräner Nationalstaaten und ihrer variierenden Bündnisse nach dem westfälischen Modell als Instrument zur Sicherung des Friedens<sup>151</sup> gerade nicht auf die Neuauflage des souveränen Staates auf höherer Ebene gerichtet ist, sondern auf die Einbindung und damit Relativierung des klassischen Staates, wird angesichts des Erfolgs dieses Neuansatzes den jetzt ohne neue Verfassungsgebung nach Art. 146 GG verbotenen Weg zum Bundesstaat<sup>152</sup> ohnehin nicht als Option unterstützen. Wer auf dieses Ziel starrt, verpasst eine historische Chance. Auch dem Grundgesetz entspricht es vielmehr, die Vielfalt der nationalen (Verfassungs-)Identitäten als Eigenwert mit der in den Verträgen angelegten europäischen Identität zu verbinden. So gilt es, die europäische Dimension der nationalen Identität als wesentliches Element im europäischen Verfassungsverbund zu erkennen und weiter zu entwickeln. Hiermit könnte Europa Modell werden für eine künftige Weltordnung, in der Staaten die Heimat der Menschen bleiben und zugleich eingebunden sind in ein übergreifend, global verfasstes Gesamtsystem.

---

<sup>151</sup> Diese Ordnung „hatte ihre Gültigkeit verloren, weil sie die einzige Prüfung nicht bestanden hatte, die im 20. Jahrhundert wahrhaft verbindlich ist: sie hatte sich als unfähig erwiesen, den Frieden zu wahren“, so *Hallstein*, Bundesstaat (Fn. 30), S. 16.; vgl. auch die Wiederaufnahme des Gedankens bei *H. Steinberger*, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, in: FS Bernhardt, 1995, S. 1313, 1326: „Das System der Nationalstaaten hat den wichtigsten Test des 20. Jahrhunderts nicht bestanden: es hat sich in zwei Weltkriegen als unfähig erwiesen, den Frieden zu bewahren“. S. auch *G. Hirsch*, Nizza: Ende einer Etappe, Beginn einer Epoche?, NJW 2001, 2677, 2678.

<sup>152</sup> Krit. auch *A. Hatje*, Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit im europäischen Verfassungsverbund – zu den Perspektiven der Demokratie in der Europäischen Union nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon – EuR Beiheft 1 (2010), S. 123, 127 f.; *J. P. Terhechte*, Europäischer Bundesstaat, supranationale Gemeinschaft oder Vertragsunion souveräner Staaten? – Zum Verhältnis von Staat und Unin nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG, EuR Beiheft 1 (2010), S. 135, 136 ff.

### *Summary*

With the Lisbon-Judgment of June 2009 the respect granted in Article 4 § 2 TEU, of the national identities of the Member States has become a crucial notion of European constitutional law. The German Federal Constitutional Court connotes the national identity of Germany with the „eternity-clause“ in Article 79 § 3 of the German Constitution, so the basic values and principles laid down in Articles 1 (human dignity) and 20 (rule of law, democracy, social protection and cohesion) shall not be affected by any constitutional amendmend nor by any act related to European integration. The protection of national sovereignty including self-determination of the German people is suggested by the Court to be part of the principles covered by the „eternity-clause“ and, thus, determining the constitutional identity of Germany.

The present contribution argues that this approach misconstrues the notion of national identity in neglecting the fundamental decision taken by the German people in the wake of World War II not to repeat earlier errors and to follow, in giving itself the Grundgesetz, a new approach of open democratic statehood. This is what the Preamble of the Grundgesetz makes plain when conceptualizing the German people as equal partner in a united Europe determined to serve worldwide peace. The commitment to a united Europe must be understood, therefore, as a basic element of Germany's national constitutional identity. Concepts of state and sovereignty have changed, so, and this has implications for the notion of national identity.

Article 4 § 2 TEU and many provisions of the Treaties aiming at the preservation of a number of sensitive areas like security and the monopoly of physical coercion, culture and education, social assistance etc. for national autonomous ruling in turn ensure constitutional diversity and self-determination of the Member States as a fundamental value of the Union. The respect of their national identity can, therefore, be construed as a „federal fundamental right“ of the Member States to be respected by all political institutions of the Union and to be protected by the European Court of Justice with due regard to how each Member State constructs its national identity in concreto. Yet, it remains a term of Union law, to be constructed with regard to the integration of the Member States in the Union and on the basis of the common values and principles laid referred to in Article 2 TEU.

Discussing the concept of national identity of the Union Member States and the modes of its protection implies understanding what the European Union is constitutionally. The vision by its framers of creating a new kind of political organisation beyond statehood has led to a non-hierarchical, pluralistic structure based upon the rule of law, on cooperation and mutual thoughtfulness. Neither can a national Court escape from the legal commitments undertaken through the European Treaties, nor can these treaties be constructed as a means of supranational command and dictatorship over the states, the citizens of the Union and their courts. National identity in the European Union rather expresses mutual respect and co-responsibility of both levels for the common values and principles including the diversity and democratic self-determination of the people(s) of the Union.