

Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag

Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs

Armin von Bogdandy/Stephan Schill***

I.	Art. 4 EUV als Normierung des Verbundgedankens	702
II.	Art. 4 Abs. 2 EUV als Öffnungsklausel für mitgliedstaatliches Verfassungsrecht	707
	1. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH	707
	2. Der systematische Kontext: Art. 4 EUV und die föderative Grundstruktur des Verbunds	709
	3. Der Begriff der nationalen Identität	711
	a. Begriffliche Klärung	711
	b. Der Schutzbereich	713
III.	Einschlägige Gehalte des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts	715
	1. Relevante Bestimmungen	715
	2. Die Entwicklung des Maßstabs durch die mitgliedstaatlichen Gerichte	716
	3. Einzelne verfassungsgerichtliche Vorbehalte	720
IV.	Rechtsfolgen und prozessuale Implementierung	725
	1. Das Achtungsgebot	725
	2. Prozessuale Implementierung des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds	728
V.	Verbundstruktur und Gewaltenteilung	733

Abstract

Der Beitrag beleuchtet den Gehalt der durch den Vertrag von Lissabon in Art. 4 Abs. 2 EUV konkretisierten Verpflichtung der Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten. Er versteht diese Verpflichtung als

* Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

** Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Wir danken *Jürgen Bast*, *Matthias Kottmann*, *Maja Smrkolj* und *Nicole Betz* für wertvolle Hinweise und Kritik. Dieser Beitrag entstand im Rahmen des Mitarbeiterprojekts "Innovative Potenziale des Lissabon-Vertrages: Eine Untersuchung der Änderungen in der zweiten Reihe".

Ausdruck des Verbundes aus Union und Mitgliedstaaten und als Schlüsselnorm für das Verhältnis zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht. Über den unionsrechtlichen Begriff der nationalen Identität erhält nationales Verfassungsrecht direkte primärrechtliche Relevanz, insbesondere diejenigen Bereiche, die von den mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten als Kernbestandteile der jeweiligen Verfassungsordnungen und als Vorbehalte gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts verstanden werden. Die Implementierung der Vorschrift erfordert dabei eine von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägte Kooperation zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten, die mögliche Kollisionen reduziert. Art. 4 Abs. 2 EUV überwindet damit unter engen Voraussetzungen die Vorstellung eines absoluten Vorrangs des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht.

I. Art. 4 EUV als Normierung des Verbundgedankens

Das Verhältnis von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht sowie die Beziehungen zwischen den "Hütern" der jeweiligen Verfassungsordnungen gehören zu den theoretisch und dogmatisch schwierigsten Rechtsfragen im europäischen Rechtsraum. Zwei Rechtsauffassungen treffen hart aufeinander: einerseits die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (jetzt: Gerichtshof der Europäischen Union) (EuGH) bislang ohne ausdrückliche primärrechtliche Grundlage vertretene Doktrin des absoluten Vorrangs des Unionsrechts sogar gegenüber mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht,¹ andererseits eine von vielen mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten verfochtene relative Doktrin, gekennzeichnet durch verfassungsrechtliche Vorbehalte gegenüber dem absoluten Vorrang.²

¹ Grundlegend zum Vorrang EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269 f.; zuletzt EuGH, 8.9.2010, Rs. C-409/06, *Winner Wetten*, Slg. 2010, I-0000 Rn. 53 ff. Zum Vorrang des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125 Rn. 3; Rs. C-106/77, *Simmmenthal*, Slg. 1978, 629 Rn. 21 f.; Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 3881 Rn. 19; verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Factortame II*, Slg. 1996, I-1029 Rn. 33; Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207 Rn. 37 f.; verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, *IN.CO.GE.'90 u.a.*, Slg. 1998, I-6307 Rn. 11, 20 f.; Rs. C-285/98, *Tanja Kreil*, Slg. 2000, I-95 Rn. 25 ff.; Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 62 ff.; näher *I. Pernice, Costa/ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in: M. P. Maduro/L. Azoulai (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, 2010, 47; *H. D. Jarrass/S. Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 24 (2004), 1.

² In Deutschland zuletzt BVerfGE 123, 267, 353 f.; BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 54 ff., <http://www.bverfg.de>. Zur Diskussion um den Vorrang des Unionsrechts ge-

Das Verhältnis beider Interpretationsansätze und das genaue Verhältnis der unionsrechtlichen und der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen sind auch nach dem In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon gegenüber diesen beiden konkurrierenden Interpretationsansätzen offen. Zwar akzeptierten die Mitgliedstaaten in einer Erklärung zum Lissabonner Vertrag den Vorrang des Unionsrechts, wie er in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Ausdruck kommt, als verbindlich;³ gleichwohl bestanden zahlreiche mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte auch im Hinblick auf die reformierten europäischen Verträge auf ihren verfassungsrechtlichen Vorbehalten. Dies unterstreicht die Aktualität der Frage nach dem Verhältnis von europäischem und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht und dem Verhältnis von EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten.

Traditionell wird das Verhältnis von Rechtsordnungen in hierarchischen Kategorien modelliert. Neuere Forschungen legen jedoch nahe, dass dies weder die Rechtslage noch die Rechtspraxis überzeugend erfasst und plura-

genüber dem nationalen Recht und das Verhältnis zwischen Gerichtshof und mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten auch in anderen Mitgliedstaaten C. Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 121; P. M. Huber, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, 2008 (im Folgenden IPE II), § 26 Rn. 34 ff.; A. Albi, Supremacy of EC Law in the Member States, EuConst 3 (2007), 25; F. C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztbegründung, 2000, 76 ff.; F. C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Anm. 2), 559; A.-M. Slaughter/A. Sweet Stone/J. H. H. Weiler (Hrsg.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, 1998; C. Grewe/H. Ruiz Fabri, Droits constitutionnels européens, 1995, 118 ff.; M. Cartabia/B. de Witte/P. Pérez Tremps (Hrsg.), Constitución europea y constituciones nacionales, 2005; G. Bosco, La primauté du droit communautaire dans les ordres juridiques des Etats membres de l'Union européenne, FS Everling, 1995, 149; K. Alter, Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe, 2001; A. Celotto/T. Groppi, Diritto UE e diritto nazionale: Primauté vs controlimiti, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun. 14 (2004), 1309; M. Claes, The National Courts' Mandate in the European Constitution, 2006, 387 ff.; J. Rosetto, Ordre constitutionnel interne et droit communautaire, in: Le droit administratif: permanences et convergences – Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, 2007, 889.

³ Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, ABl. C 115/344 vom 9.5.2008, unter Hinweis auf EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251. Dies folgt Art. I-6 VerfEU, der den Vorrang des Unionsrechts ausdrücklich niederlegte. Zum Vorrang des Unionsrechts unter dem Verfassungsvertrag R. Kwiecień, The Primacy of European Union Law over National Law under the Constitutional Treaty, GLJ 6 (2005), 1479; M. Kumm/V. Ferreres Comella, The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union, International Journal of Constitutional Law 3 (2005), 473; M. Kumm, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 11 (2005), 262; D. Ritleng, Le principe de primauté du droit de l'Union, RTD Eur. 41 (2005), 285; S. Kadelbach, Vorrang und Verfassung: Das Recht der Europäischen Union im innerstaatlichen Bereich, FS Zuleeg, 2005, 219.

ZaöRV 70 (2010)

listischer angesetzt werden sollte.⁴ Dies erklärt den Erfolg des Mehrebenenbegriffs, des Netzwerkbegriffs⁵ und – vor allem in Deutschland⁶ – des Verbundbegriffs. *Verbund*, verstanden in Kontraposition zum Begriff *Verband*, bietet sich für pluralistische Konzeptionen von unionalem und mitgliedstaatlichem Recht besonders an.⁷ In den neunziger Jahren war *Verbund* zwar zunächst vor allem Bestandteil der beiden konkurrierenden Großdeutungen des (tendenziell intergubernativen) *Staatenverbunds Paul Kirchhofs*⁸ und *Ingolf Pernices* (oft bundesstaatlich verstandenen) *Verfassungsverbunds*.⁹ Als bald wurde der Begriff jedoch aus diesem Gegensatz gelöst und im Lichte pluralistischer Verständnisse fortentwickelt.¹⁰ So setzt sich in der Verfassungsrechtswissenschaft zunehmend die Vorstellung von einem Verbund zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht durch,

⁴ Siehe *M. P. Maduro*, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: N. Walker (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, 501; *N. Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, M.L.R. 65 (2002), 317; *M. Kumm*, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, CML Rev. 36 (1999), 351. Aus rechtsvergleichender Perspektive mit der Verfassungsordnung der USA *D. Halberstam*, *Constitutional Hierarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in: J. L. Dunoff/J. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009, 326.

⁵ Zu den Begrifflichkeiten *C. Franchini*, *Les notions d'administration indirecte et de coadministration*, in: J.-B. Auby/J. Dutheil de la Rochère (Hrsg.), *Droit Administratif Européen*, 2007, 245, 252 ff.; *M. Goldmann*, *Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht*, in: S. Boysen u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, 225.

⁶ Für eine kritische Betrachtung von außen *D.-U. Galetta*, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di "cooperazione amministrativa" dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Commun. 19 (2009), 1689; *G. della Cananea*, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, ZaöRV 70 (2010), 283.

⁷ Dies zeigt sich besonders anschaulich, wenn man diese Figur auf internationale Phänomene überträgt. Dazu *A. von Bogdandy/P. Dann*, *International Composite Administration*, GLJ 9 (2008), 2013.

⁸ Näher *P. Kirchhof*, *Der europäische Staatenverbund*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Anm. 2), 1009.

⁹ *I. Pernice*, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: C. Calliess (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2007, 61; *I. Pernice*, *La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, ZaöRV 70 (2010), 51; vgl. auch die Klarstellung *Ingolf Pernices* gegenüber bundesstaatlichen Lesarten *I. Pernice*, *La Rete Europea di Costituzionalità, Europawissenschaft oder Staatsrechtslehre?*, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7*, 2007, 225 ff. Siehe ferner *I. Pernice*, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, E. L. Rev. 5 (2002), 511; *I. Pernice/F. C. Mayer*, *De la constitution composée de l'Europe*, RTD Eur. 36 (2000), 623.

¹⁰ *C. Schönberger*, *Die Europäische Union als Bund*, AöR 129 (2004), 81; siehe des Weiteren die Beiträge in *C. Calliess* (Anm. 9).

in dessen Rahmen EuGH und nationale Verfassungsgerichte Teile eines Verfassungsgerichtsverbunds bilden.¹¹ Kennzeichnend für den Verbund als Ordnungsidee ist dabei die Verschränkung von Kooperation und Hierarchie für das Handeln von Akteuren in Mehrebenensystemen. So erlaubt der Verbund die Überwindung von einfachen Vorstellungen der Gleichordnung oder aber Über- und Unterordnung. Stattdessen verdeutlicht er die Eigenständigkeit der Akteure und gleichzeitig ihr gegenseitiges Aufeinander-Angewiesen-Sein, das Rücksichtnahme und die Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln erfordert.¹²

Diese Konzeption eines Verfassungsverbunds findet in einer Reihe von Bestimmungen eine positivrechtliche Grundlage. Zu nennen sind etwa reziproke Struktursicherungsklauseln, etwa Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG (Grundgesetz) auf mitgliedstaatlicher Ebene und Art. 7 EUV (Vertrag über die Europäische Union) auf unionaler Ebene. Unionsrechtlich lässt sich ein Verbundgedanke weiter in Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV, Art. 48 EUV, Art. 267 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) festmachen oder dem in Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2, Art. 12 EUV zum Ausdruck kommenden Prinzip der dualen Legitimation, wonach die Legitimität der Union auf die nationalen Verfassungen angewiesen ist.¹³

Nach der hier vertretenen These kann Art. 4 Abs. 2 EUV als ein weiterer Baustein des pluralistischen Verbunds gelten. Er bestimmt:

“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.”

Diese Bestimmung geht zurück auf die in Art. 6 Abs. 3 EUV-Amsterdam und zuvor Art. F Abs. 1 Hs. 1 EUV-Maastricht festgeschriebene Formel, dass “[d]ie Union ... die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten [achtet]”. Diese Bestimmung unterlag aber nicht der Zuständigkeit des Gerichtshofes

¹¹ A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1.

¹² E. Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 1, 6 ff.; A. Voßkuhle (Anm. 11), 3.

¹³ Freilich sind diese Vorschriften auch einer bundesstaatlichen Lesart zugänglich. Vgl. dazu allgemein S. Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Anm. 2), 73.

und konnte daher in dessen Rechtsprechung nicht direkt zur Anwendung kommen.¹⁴

Der Vertrag von Lissabon wertet diese Identitätsklausel nun institutionell auf und entfaltet sie. Art. 4 Abs. 2 EUV fällt nun unter die Zuständigkeit des Gerichtshofes und verknüpft, in Anschluss an Art. I-5 Abs. 1 VerfEU (Vertrag über eine Verfassung für Europa), den Begriff der nationalen Identität mit den "grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen" der Mitgliedstaaten. Dies nimmt, so die hier vertretene These, die Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht auf und stellt eine weitere primärrechtliche Ausformung des europäischen Verfassungsverbunds dar. Dadurch wird, so die vorgeschlagene Lesart, die Möglichkeit verfassungsrechtlicher Einwände gegen den absoluten Vorrang unionsrechtlicher Bestimmung primärrechtlich anerkannt, gleichzeitig aber unionsrechtlich eingeeht.¹⁵

Der vorliegende Beitrag beleuchtet den Gehalt von Art. 4 Abs. 2 EUV als Ausdruck eines so verstandenen Verfassungsverbunds und stellt dessen mögliche Operationalisierung im Zuständigkeitsgeflecht des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds dar. Der Begriff der nationalen Identität sollte als Öffnungsklausel für mitgliedstaatliches Verfassungsrecht verstanden werden (II.), so dass dieses bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 EUV zu rezipieren ist (III.). Das Zusammenspiel zwischen unionaler und verfassungsrechtlicher Ebene zeigt sich ferner bei den Rechtsfolgen des Anspruchs auf Achtung nationaler Identität und seiner prozessualen Implementierung (IV.). So ergeben sich aus der Pflicht zur Achtung der nationalen Identität in Verbindung mit dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz loyaler Zusammenarbeit Maßgaben zur Ausgestaltung des euro-

¹⁴ Der EuGH verstand jedoch die Rücksichtnahmepflicht aus Art. 10 EGV als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, den er entsprechend auch auf die Unionsorgane anwandte, siehe EuGH, Rs. 230/81, *Luxemburg/Parlament*, Slg. 1983, 255 Rn. 37 f.; Rs. 2/88 *Imm.*, *Zwartveld*, Slg. 1990, I-3365 Rn. 17; Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011 Rn. 31; Rs. C-275/00, *First und Franex*, Slg. 2002, I-10943 Rn. 49; Rs. C-339/00, *Irland/Kommission*, Slg. 2003, I-11757 Rn. 71; Rs. 45/07, *Kommission/Griechenland*, Slg. 2009, I-701 Rn. 25. Die so begründete Rücksichtnahmepflicht der Union umfasste auch die Beachtung elementarer verfassungsrechtlicher Wertungen. Dazu *T. Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, 792 ff.; *A. Wille*, Die Pflicht der Organe der Europäischen Gemeinschaft zur loyalen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten, 2003, 150 ff.; *M. Hilf*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, GS Grabitz, 1995, 157, 167 f.; *W. Kahl*, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 10 EGV, Rn. 70 ff. m.w.N.

¹⁵ Ähnlich bereits im Hinblick auf die Situation unter dem Verfassungsvertrag *M. Kumm/V. Ferreres Comella* (Anm. 3) 491 f.; *M. Kumm* (Anm. 3) 302 f.

päischen Verfassungsgerichtsverbands im Verhältnis zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten als Teil echter Gewaltenteilung (V.).

II. Art. 4 Abs. 2 EUV als Öffnungsklausel für mitgliedstaatliches Verfassungsrecht

1. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH

Die Praxis des Unionsrechts operiert zumeist ausgehend von Bedeutungsgehalten, die der EuGH festgesetzt hat. Dies lässt es angebracht erscheinen, sich zunächst der einschlägigen Rechtsprechung zuzuwenden. Obgleich die Identitätsklausel bis zum Vertrag von Lissabon nicht der Zuständigkeit des EuGH unterlag, wurde der Begriff der nationalen Identität von ihm bereits genutzt. Er hat jedoch nur eine untergeordnete Rolle gespielt, zumeist im Rahmen der Beurteilung von Einschränkungen von Grundfreiheiten.

Im Rahmen eines Rechtsstreits über die Zulässigkeit eines verfassungsrechtlich verankerten Staatsangehörigkeitsvorbehaltes für das öffentliche Unterrichtswesen in Luxemburg etwa stellte der Gerichtshof lakonisch fest, dass zur Beschränkung von Grundfreiheiten "der Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ein rechtmäßiges Ziel dar[stellt]".¹⁶ Im konkreten Fall beurteilte er die Beschränkung aber als unverhältnismäßig.¹⁷

In diesem Zusammenhang ist auch bemerkenswert, dass der EuGH verschiedentlich nationale Verfassungsgrundsätze als Rechtfertigung für die Beschränkung von Grundfreiheiten akzeptiert hat, so etwa die Versammlungs- und Meinungsfreiheit,¹⁸ die Menschenwürde,¹⁹ die Koalitionsfrei-

¹⁶ EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207 Rn. 35. Ähnlich bereits EuGH, Rs. 379/87, *Groener*, Slg. 1989, 3967 Rn. 18 ff. (zu Schutz und Förderung des Irischen als erster Amtssprache).

¹⁷ EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207 Rn. 35 ff.

¹⁸ EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659 Rn. 71 ff. Dazu *C. Brown*, CML Rev. 40 (2003), 1499; *A. Alemanno*, À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur, *Revue du droit de l'Union européenne* 2004, 709; *S. Kadelbach/N. Petersen*, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten, *EuGRZ* 30 (2003), 693; *L. González Vaqué*, El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia "Schmidberger", *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia* 227 (2003), 61; *M. Orlandi*, Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali, *Il diritto dell'Unione Europea* 8 (2003), 903; *F. Ronkes Agerbeek*, Freedom of Expression and Free Movement in the Brenner Corridor: the *Schmidberger*

heit,²⁰ die Medienvielfalt²¹ oder den Schutz Minderjähriger.²² Auch wenn er in den genannten Entscheidungen keinen konkreten Bezug zur nationalen Identität herstellte, kann man daraus gleichwohl das Bestreben des Gerichtshofes ablesen, Verfassungswerte der Mitgliedstaaten zu achten.

Darüber hinaus nutzten einige Stellungnahmen von Generalanwälten den Begriff der nationalen Identität in weiteren Konstellationen, so im Zusammenhang mit dem Schutz der kommunalen Selbstverwaltung,²³ der Regelungshoheit der Mitgliedstaaten im Bereich des Staatsangehörigkeitsrechts²⁴ und dem in der griechischen Verfassung niedergelegten Verbot der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren von Bauunternehmen, die mit Medienunternehmen verknüpft sind.²⁵ Nähere begriffliche Bestimmungen sind diesen Schlussanträgen aber nicht zu entnehmen. Umso mehr ist die Wissenschaft aufgerufen, Vorschläge für die Bestimmung der Gehalte nationaler Identität zu entwickeln.

Case, E. L. Rev. 29 (2004), 255; A. Biondi, Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights, European Human Rights Law Review 9 (2004), 51; C. Vial, Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2004, 439; G. Gonzales, EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 *Eugen Schmidberger v. Austria* (2003) ECR I-5659, Legal Issues of Economic Integration 31 (2004), 219.

¹⁹ EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 33 ff. Dazu T. Ackermann, CML Rev. 42 (2005), 1107; A. Alemanno (Anm. 18); M. K. Bulterman/H. Kranenborg, What if Rules on Free Movement and Human Rights Collide? About Laser Games and Human Dignity: The Omega Case, E. L. Rev. 31 (2006), 93.

²⁰ EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-10779 Rn. 45 ff., 75 ff.; Rs. C-341/05, *Laval un Partneri*, Slg. 2007, I-11767 Rn. 87 ff. Dazu B. Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day, ELJ 13 (2007), 279; C. Schubert, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht im Konflikt, Recht der Arbeit 61 (2008), 289; M. Corti, Le decisioni *ITF e Laval* della Corte di Giustizia: Un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale, Rivista Italiana Diritto Lavoro 27 (2008), 249; A. Baylos Grau, El espacio supranacional de ejercicio des derecho de huelga y la restricción de sus capacidades de acción, Revista de Derecho y Sociedad 41 (2008), 123; H. Konzen, Arbeitskampf, Lohndumping und europäische Grundfreiheiten, FS Buchner, 2009, 461.

²¹ EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 Rn. 18; Rs. C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium u.a.*, Slg. 2007, I-11135 Rn. 41 f. Dazu M. P. Maduro, The Saga of Article 30 EC Treaty: To Be Continued, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 5 (1998), 298.

²² EuGH, Rs. C-244/06, *Dynamic Medien*, Slg. 2008, I-505 Rn. 36 ff.

²³ GA Trstenjak, SchlA Rs. C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg. 2008, I-8457 Rn. 85 f.

²⁴ GA Maduro, 30.9.2009, SchlA Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-0000 Rn. 23 ff.

²⁵ GA Maduro, SchlA Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 30 ff.

2. Der systematische Kontext: Art. 4 EUV und die föderative Grundstruktur des Verbunds

Eine Annäherung an die Identitätsklausel kann über ihren systematischen Kontext erfolgen. Sie ist eingebettet in Art. 4 EUV, der in seinen drei Absätzen insgesamt fünf Grundsätze des Verhältnisses zwischen Union und Mitgliedstaaten niederlegt und damit die Eckpunkte einer föderativen, aber nicht hierarchischen Grundstruktur, eben einer Verbundstruktur, beschreibt. Grundlage ist die Einsicht, dass zum einen die Mitgliedstaaten auf die Union angewiesen sind, um wichtige Gemeinwohlinteressen effektiv zu verfolgen, zugleich aber die Union legitimer und effektiver Mitgliedstaaten bedarf, die das Unionsrecht mitgestalten und umsetzen. Art. 4 Abs. 1 EUV bestätigt vor diesem Hintergrund den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung als Grundlage einer Kompetenzordnung, die die Mitgliedstaaten als autonome und originäre Kompetenzträger begreift. Art. 4 Abs. 3 EUV positiviert den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten, welcher das konkrete alltägliche Zusammenwirken von Union und Mitgliedstaaten auf Kooperation verpflichtet. Art. 4 Abs. 2 EUV legt drei weitere Grundsätze nieder: die Achtung nationaler Identität, den Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten und eine Staatsfunktionengarantie.

Der Identitätsklausel kommt im Regelungsgefüge von Art. 4 EUV eine Schlüsselrolle zu, weil sie den Grund bezeichnet, aus dem sich der mitgliedstaatliche Selbstbehauptungswille wesentlich speist. Dass es terminologisch nur um die Achtung der nationalen Identität und nicht um staatliche Souveränität geht, zeigt die erreichte Tiefe der europäischen Integration und die fundamentale Transformation, die ein Staat als *Mitgliedstaat* der Union vollzieht.²⁶ Bei aller Unklarheit des Begriffs der nationalen Identität steht außer Frage, dass er weit weniger umfasst als der traditionelle völker- und staatsrechtliche Begriff der Souveränität, verstanden als umfassende Herrschaftsgewalt im Außen- und Innenverhältnis.²⁷

Die Achtung der Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und die Achtung der grundlegenden Funktionen des Staates sind neu im Vertrag.

²⁶ R. Wahl, Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen, in: H. H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 869; vgl. grundsätzlich auch G. Frankenberg, Staatstechnik, 2010, 61 ff.

²⁷ Dazu A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, 25 ff.; M. N. Shaw, International Law, 6. Aufl. 2008, 21 f.; J. Combacau/S. Sur, Droit international public, 8. Aufl. 2008, 236 f.

Sie fanden sich zunächst in Art. I-5 Abs. 1 VerfEU und gingen auf einen als “*Christophersen-Klausel*” bezeichneten Vorschlag im Rahmen der Beratungen des Verfassungskonvents zurück, der darauf abzielte, durch eine Präzisierung des Begriffs der nationalen Identität deutlich zu machen, dass die Union bestimmte Befugnisse der Mitgliedstaaten zu achten habe.²⁸ Die zunächst vorgeschlagene Auflistung wesentlicher Aufgabenbereiche der Mitgliedstaaten als Teil nationaler Identität konnte sich jedoch nicht durchsetzen, da die Befürchtung bestand, dies könne künftig als Beschränkung der Autonomie der Mitgliedstaaten wirken.²⁹ Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV schließlich, der die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die nationale Sicherheit betont, ist Produkt der Ausarbeitung des Vertrages von Lissabon durch die Regierungskonferenz 2007.

Die Gleichheitsklausel in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ist ein weiterer positivrechtlicher Baustein des europäischen Verfassungspluralismus, bedenkt man die Vielfalt der mitgliedstaatlichen Verfassungen: Republiken und Monarchien, parlamentarische und semipräsidentielle Systeme, starke und schwache Parlamente, Konkurrenz- und Konkordanzdemokratien, unitarische und föderale Ordnungen, starke, schwache und fehlende Verfassungsgerichte sowie beachtliche Divergenzen hinsichtlich des Gehalts und der Schutzintensivität von Grundrechten, also große Unterschiede im Vertrauen auf das jeweilige demokratische System.³⁰ Die Wertschätzung dieser Lage kommt emblematisch im europäischen Motto “In Vielfalt geeint” zum Ausdruck.³¹ Vor dem Hintergrund dieser konstitutionell geschützten Vielfalt ist die Identitätsklausel zu verstehen.

²⁸ CONV 375/02, 10 ff. Zur Bezeichnung der Klausel als “Christophersen-Klausel” CONV 251/02, 3.

²⁹ CONV 400/02, 13.

³⁰ Ausführlich *P. Cruz Villalón*, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, 2007, § 13.

³¹ Siehe http://europa.eu/abc/symbols/motto/index_en.htm (10.5.2010); dazu *G. N. Toggenburg*, “United in Diversity”: Searching for the Regional Dimension in the Context of a Somewhat Foggy Constitutional Credo, in: R. Toniatti/M. Dani/F. Palermo (Hrsg.), *An Ever More Complex Union*, 2004, 27. Das Motto war in Art. I-8 UAbs. 3 VerfEU als eines der “Symbole der Union” genannt. 16 Mitgliedstaaten haben die Fortgeltung dieses Mottos für sich als Symbol der Zusammengehörigkeit der Menschen in der Europäischen Union und ihrer Verbundenheit unter dem Vertrag von Lissabon erklärt. Siehe Erklärung Nr. 52 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, ABl. C 115/355 vom 9.5.2008.

3. Der Begriff der nationalen Identität

Bei der Achtung der nationalen Identität sticht im Verhältnis zur Vorgängerregelung in Art. 6 Abs. 3 EUV-Amsterdam vor allem deren neue Verknüpfung mit den “grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen” hervor. Dies löst den Begriff von einem kultur- und sprachpolitischen Verständnis³² und fokussiert auf verfassungsrechtliche Kriterien; dies folgt der Verwendung durch die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte, die, wie unter III. 3. im Einzelnen dargelegt, unter dem Begriff nationale Identität in aller Regel Grundrechte und Staatsstrukturprinzipien, nicht aber kulturelle Fragen ansprechen. Dabei gibt es relevante terminologische Nuancen in den verschiedenen Sprachfassungen. Während im Deutschen die nationale Identität in den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen “zum Ausdruck kommen” muss und damit der nationalen Verfassung gleichsam vorgelagert erscheint, sprechen die englische und die französische Fassung von der nationalen Identität, die den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen “inhärent” sei.³³ Hier erscheint die nationale Identität erst als durch die nationale Verfassung konstituiert, ihr innewohnend. Was aber meint der Begriff der nationalen Identität als solcher?

a. Begriffliche Klärung

Als ein unionsrechtlicher Begriff ist die nationale Identität zunächst einmal autonom von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu interpretieren.³⁴ Dabei ist der Begriff der Identität schillernd,³⁵ nicht zuletzt deshalb,

³² Diese Aspekte wurden unter Art. 6 Abs. 3 EUV-Amsterdam zum Teil als mitumfasst betrachtet. Aus dem deutschen Schrifttum vgl. etwa *A. Uble*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, 474 ff.; *A. Bleckmann*, Die Wahrung der “nationalen Identität” im Unions-Vertrag, JZ 52 (1997), 265, (269); *A. Puttler*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 14), Art. 6 EUV, Rn. 44; *M. Pechstein*, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 6 EUV, Rn. 27. Zu einem ähnlichen Verständnis von Verfassungsidentität aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts *P. Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 64 ff. Jetzt ist die Verpflichtung der Union zur Achtung kultureller und sprachlicher Vielfalt in Art. 3 Abs. 3 S. 4 EUV enthalten.

³³ Die englische Fassung von Art. 4 Abs. 2 EUV spricht von “national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional”, die französische von “identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles”.

³⁴ Zu diesem Aspekt der Autonomie ausführlich *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 248 ff., 256 ff.

weil aus dem lateinischen Stamm "idem" zwei unterschiedliche Bedeutungszweige wachsen.³⁶ Der ältere, objektivistische Zweig betrifft Beziehungen der Einheit oder des Vergleichs, so im Begriff der polizeirechtlichen Identitätsfeststellung,³⁷ in der Identitätstheorie zur Kontinuität Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg³⁸ und im 11. Erwägungsgrund der Präambel des EUV. Hierzu zählt die Verwendung zur Bezeichnung des Eigentümlichen oder Wesentlichen eines Menschen, eines Volkes, eines Rechtssystems, also derjenigen Merkmale, die als konstitutiv für eine Einheit oder einen Vergleich gelten.³⁹ Solche Identitätsgehalte werden oft kurzum mit dem Wort "Identität" bezeichnet.

Der subjektivistische Zweig hat seinen Ursprung in den Schriften Sigmund Freuds.⁴⁰ Er dient der Thematisierung innerer Einstellungen⁴¹ und kennzeichnet einen geistig-seelischen Vorgang, der eine Zugehörigkeit, ein Dazu-Bekennen ausdrückt.⁴² In diesem Bedeutungszweig steht die Verwendung etwa im "Flaggenbeschimpfungs-Beschluss" des BVerfG.⁴³ "Nationale Identität" meint dann gleichgerichtete (also: kollektive) psychische Vorgänge der Staatsbürger.

Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV versteht sich in erster Linie in der objektivistischen Tradition: Nationale Identität meint, wie sich aus dem Relativsatz ergibt, Identitätsgehalte der mitgliedstaatlichen Verfassungen. Da nach verbreitetem Verständnis der zeitgenössische Staat jedoch auf Zustimmung und Identifikation seiner Bürger angewiesen ist und Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV der staatlichen Selbstbehauptung dient,⁴⁴ ist die subjektive Dimension aber wohl mitumfasst, so dass die Bestimmung der Identitätsgehalte mit Blick auf die Identifikationsprozesse in den Mitgliedstaaten zu erfolgen hat.

Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV gebietet die Achtung einer bestimmten Form der Identität, nämlich der *nationalen* Identität. Der Begriff der Nation, seit dem

³⁵ Zum Folgenden A. von Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156; ähnlich A. Weber, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, 429 ff.

³⁶ G. Schmidt, Muttersprache, 1976, 333 ff.; Collins, English Dictionary, 4. Aufl. 1999, 767.

³⁷ § 23 BGG; § 163 b StPO.

³⁸ BVerfGE 6, 309, 338, 363 f. (1957); 36, 1, 15 ff. (1973). Siehe auch J. L. Kunz, Identity of States under International Law, AJIL 49 (1955), 68.

³⁹ In diesem Sinne P. Häberle, Europäische Rechtskultur, 1994, 9; P. Kirchhof (Anm. 32).

⁴⁰ E. Erikson, Identity, Psychosocial, in: D. L. Sills (Hrsg.), International Encyclopedia of the Social Sciences, Bd. 7, 1968, 61.

⁴¹ E. Tugendhat, Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung, 6. Aufl. 1997, 283.

⁴² G. Schmidt (Anm. 36), 338.

⁴³ BVerfGE 81, 278, 293 (1990).

⁴⁴ Wegweisend in der Rechtsprechung BVerfGE 89, 155, 186 (1993).

frühen 19. Jahrhundert ein theoretisches und ideologisches Schlüsselkonzept, ist ähnlich schillernd und vieldeutig wie derjenige der Identität.⁴⁵ So gibt es zum einen ein objektivistisches Verständnis, unter dem der Begriff vor allem objektive Gemeinsamkeiten wie Sprache, Geschichte, Schicksal, Ethnie oder politische Institutionen bezeichnet.⁴⁶ Dabei kann unterschieden werden, ob der Begriff in erster Linie staatsbezogen ist, so etwa in einer vor allem in Frankreich ausgearbeiteten Tradition, wonach Nation und Staat fast gleichbedeutend sind, oder aber sich vornehmlich auf vorstaatlich verstandene Phänomene bezieht, so ein insbesondere in Deutschland, Italien oder Polen anzutreffendes Verständnis. Zum anderen gibt es ein subjektives Verständnis, das auf den Willen der Einzelnen zur Zusammengehörigkeit abstellt, das sprichwörtliche “plébiscite de tous les jours”.⁴⁷ Der Begriff der Nation hat danach in zahlreichen Verständnissen große Überschneidungen mit dem Begriff der Identität, so dass die Bedeutungsgehalte des Tatbestandsmerkmals “nationale Identität” ineinanderfließen. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass unterschiedlichste Sachverhalte gesellschaftlicher Selbstverständnisse unter das Tatbestandsmerkmal fallen können.

b. Der Schutzbereich

Der so umrissene Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV legt nicht fest, worin die nationale Identität der einzelnen Mitgliedstaaten besteht. Allerdings bestimmt er mit den Worten “grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung” einen Rahmen für das, was unter Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV fallen kann.⁴⁸ Unionsrechtlich ist damit nur relevant, was unmittelbar in der nationalen Verfassung selbst als Identitätsgehalte niedergelegt wurde oder in ihren Verfahren zum Ausdruck kommt. Vorpolitische und vorrechtliche Verständnisse nationaler Identität sind durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV daher nicht geschützt, auch nicht über verfassungstheoretische

⁴⁵ Siehe U. Dierse/H. Rath, Nation, Nationalismus, Nationalität, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, 1984, 406; S. Dellavalle, Una costituzione senza popolo?, 2002, 94 ff.; A. von Bogdandy, Hegel und der Nationalstaat, Der Staat 30 (1991), 513.

⁴⁶ Ausführlich aus europaverfassungsrechtlicher Sicht F. Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008.

⁴⁷ So die bekannte, wenngleich ambivalente Metapher von E. Renan, Qu’est-ce qu’une nation?, (1882), Kap. 3, <http://www.bmlisieux.com/archives/nation04.htm> (10.5.2010).

⁴⁸ M. Hilf (Anm. 14), 163; vgl. auch M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, 34 ff.

Argumentationsfiguren wie die der "Verfassungsvoraussetzung".⁴⁹ Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ist somit nicht die Operationalisierung der 6. Präambelermäßigung des EUV;⁵⁰ ihr dienen andere Bestimmungen wie Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV. Dieses Verständnis bestätigen die englische und die französische Fassung, die statt "zum Ausdruck bringen" das Wort "inherent/inhérente", also innewohnend, verwenden. Die Feststellung einer Tradition allein reicht also nicht aus, so dass etwa eine Argumentation wie die des BVerfG im *Lissabon*-Urteil, eingeleitet mit "seit jeher", unionsrechtlich nicht überzeugt.⁵¹

Weiter kann keineswegs jegliche verfassungsrechtliche nationale Besonderheit als Moment nationaler Identität im Sinne von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV gelten. Denn bereits der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV bringt zum Ausdruck, dass mit nationaler Identität nur die *grundlegenden* Verfassungsentscheidungen und Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten gemeint sind.⁵² Insofern aktiviert nicht jede Berührung verfassungsrechtlicher Positionen automatisch Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV. Andernfalls würde die Vorschrift angesichts des Umstandes, dass etwa in der Bundesrepublik fast jede relevante politische Frage verfassungsrechtlich eingefasst ist, zum alltäglichen Kontrollmaßstab unionalen Handelns; das widerspräche der Ausrichtung der Vorschrift auf außergewöhnliche Konfliktfälle zwischen Unions- und Verfassungsrecht. Der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 2 EUV beschränkt sich auf Konflikte spezifischer Intensität. Ein Indiz dafür kann der Umstand bieten, dass ein entsprechender innerstaatlicher Akt nur nach einer Verfassungsänderung zulässig wäre.

Nicht erforderlich ist, dass das von einem Mitgliedstaat als Teil seiner nationalen Identität angesehene Verfassungsprinzip sich in anderen Mitgliedstaaten wiederfindet,⁵³ da die Norm gerade auch dem Schutz identitätsstif-

⁴⁹ Zu dieser Argumentationsfigur *P. Kirchhof* (Anm. 32). Rn. 65 ff.

⁵⁰ So aber *R. Geiger*, in: *R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur*, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2010, Art. 4 AEUV, Rn. 3.

⁵¹ BVerfGE 123, 267, 359, 408 (2009).

⁵² Ebenso GA *Maduro*, SchlA Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 33; *A. Epiney*, Zur Tragweite des Art. 10 EGV im Bereich der Außenbeziehungen, FS Röss, 441, 446; *E. Di Salvatore*, L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri, 2008, 35 ff.; aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts *P. Kirchhof*, Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: *J. Isensee* (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 63, 97 ff.; *R. Scholz*, in: *T. Maunz/G. Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 58. Erglief. April 2010, Art. 23, Rn. 70 ff.; *C. D. Classen*, in: *H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck*, GG Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 23 Abs. 1, Rn. 20 ff.

⁵³ EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 37 f. m.w.N.; Rs. C-244/06, *Dynamic Medien*, Slg. 2008, I-505 Rn. 44 ff.; vgl. auch GA *Maduro*, SchlA, Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 32, 34.

tender nationaler Besonderheiten dient. In einer systematischen Interpretation ergeben sich aber gleichwohl Schranken dessen, was unter Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV als Element nationaler Identität Achtung verlangen kann. So zeigt die Verbindung zwischen nationaler Identität und den in Art. 2 EUV niedergelegten unionalen Werten, deren Beachtung über den Mechanismus in Art. 7 EUV gegenüber Mitgliedstaaten eingefordert und durchgesetzt werden kann, dass das, was als nationale Identität unionsrechtlich Achtung verlangen kann, den in Art. 2 EUV normierten Grundprinzipien entsprechen muss.

Der so aufgespannte unionsrechtliche Rahmen öffnet das Unionsrecht für nationales Verfassungsrecht, so dass in einer konkreten Konfliktkonstellation Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV unter Rezeption dessen zu interpretieren ist, was unter der einschlägigen mitgliedstaatlichen Verfassung als nationale Identität gilt.⁵⁴ Damit ist das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht primärrechtlich direkt eingebunden. Das nationale Verfassungsrecht ist nicht nur eine Konkretisierungshilfe für die Bestimmung des Tatbestandsmerkmals nationaler Identität in Art. 4 Abs. 2 EUV, sondern gewinnt darüber hinaus unionsrechtliche Relevanz. Art. 4 Abs. 2 EUV bietet so eine unionsrechtliche Grundlage für eine rechtliche Verknüpfung zwischen nationalem Verfassungsrecht und Unionsrecht.⁵⁵

III. Einschlägige Gehalte des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts

1. Relevante Bestimmungen

Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV verweist den Interpreten somit zur Bestimmung des Gehalts nationaler Identität auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht. Von besonderer Bedeutung sind dabei verfassungsrechtliche Normen, die dem verfassungsändernden Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen entziehen, wie Art. 79 Abs. 3 GG,⁵⁶ oder einem besonders aufwendigen Verfahren der Verfassungsänderung unterwerfen.⁵⁷ Insofern kann die Vermutung gel-

⁵⁴ Zu dieser Argumentationsfigur *M. Morlok* (Anm. 48), 34 ff.

⁵⁵ Zur vertikalen Komponente *I. Pernice* (Anm. 9), *ZaöRV* 70 (2010), 51, 68 ff.

⁵⁶ Ebenso Art. 197 belg. Verfassung, Art. 89 Abs. 5 franz. Verfassung, Art. 110 Abs. 1 griech. Verfassung, Art. 139 ital. Verfassung, Art. 115 luxemb. Verfassung, Art. 9 Abs. 2 tschech. Verfassung, und Art. 182 Abs. 1 zypr. Verfassung.

⁵⁷ Dazu zählen Art. 162 estn. Verfassung, Art. 77 lett. Verfassung, Art. 148 Abs. 1 litauische Verfassung, Art. 235 Abs. 6 poln. Verfassung, Art. 168 span. Verfassung oder Art. 44

ten, dass Identitätsrelevanz und Tiefe des spezifischen verfassungsrechtlichen Schutzes korrespondieren.

Verfassungsvergleichend zeigt sich in dieser Hinsicht eine weitgehende Kongruenz der mit besonderer verfassungsrechtlicher Gravitas ausgestatteten Bereiche. Zwar gibt es überaus spezifische, wenn nicht gar idiosynkratische Regelungen, wie das gegen Verfassungsänderung abgesicherte Verbot in Art. 4 Abs. 7 der griech. Verfassung, griechischen Staatsbürgern Adelstitel oder Rangbezeichnungen zu verleihen oder solche anzuerkennen. Inhaltlich geht es bei den entsprechenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen aber zumeist um den Schutz von Grundprinzipien der Staatsorganisation (z.B. Bundesstaatlichkeit, republikanische Staatsform, monarchische Staatsform), der staatlichen Souveränität und des Demokratieprinzips, der Staatssymbolik (z.B. der Flagge), der Staatsziele, sowie den Schutz von Menschenwürde, Grundrechten und Rechtsstaatlichkeit.⁵⁸ Als Kern nationaler Identität teilen die unterschiedlichen Regelungen damit ein implizites Bekenntnis zur Verfassungsstaatlichkeit.⁵⁹

Dieses Bekenntnis zur Verfassungsstaatlichkeit, sowie die konkret mit besonderem verfassungsrechtlichem Schutz ausgestatteten Bereiche, spiegeln sich auch in Art. 2 EUV wider. Insofern ist bereits eine weitreichende Konvergenz zwischen verfassungsrechtlicher und unionaler Rechtsordnung gegeben, sodass mögliche Konflikte zwischen Vorgaben des Unionsrechts und der nationalen Identität im Sinne von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ein ganz und gar exceptionelles Phänomen bilden sollten. Dies zeigt nicht zuletzt die Rechtsentwicklung und die bisher eher rhetorisch geführte Diskussion zwischen Gerichtshof und nationalen Verfassungsgerichten um die Vorrangfrage.

2. Die Entwicklung des Maßstabs durch die mitgliedstaatlichen Gerichte

Die Bestimmungen der Verfassungen geben allerdings nur einen ersten Anhaltspunkt; die verfassungsrechtlichen Identitätsgehalte sind in aller Re-

Abs. 3 österr. Verfassung. Nach diesen Vorschriften sind zur Vornahme bestimmter Verfassungsänderungen jenseits des normalen Verfahrens zusätzliche Verfahrensschritte erforderlich, wie z.B. die Vornahme einer Volksabstimmung (z.B. Art. 44 Abs. 3 österr. Verfassung) oder die Verabschiedung einer Verfassungsänderung nach Neuwahl des Parlaments (z.B. Art. 168 span. Verfassung).

⁵⁸ P. M. Huber (Anm. 2), Rn. 38; A. Weber (Anm. 35), 430 f.

⁵⁹ P. Cruz Villalón (Anm. 30), § 13 Rn. 141; ausf. A. Weber (Anm. 35), 45 ff., 398 f., 429 ff.

gel nur unter Rekurs auf die Rechtsprechung nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte zu ermitteln. Dabei spielen Entscheidungen zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht eine große Rolle, da in ihnen spezifisch thematisiert wird, was aus mitgliedstaatlicher Perspektive besonders gegenüber Europäisierungstendenzen zu schützen ist bzw. was gar als integrationsfester Bestandteil der nationalen Verfassungsordnungen gilt. Auch brachte oft erst die Herausforderung der europäischen Integration die Identitätsgehalte nationaler Verfassungen juristisch zum Vorschein.⁶⁰

Auch im Hinblick auf die mitgliedstaatliche Rechtsprechung ist eine bemerkenswerte Konvergenz festzustellen.⁶¹ Prägend ist zum einen, von wenigen Ausnahmen abgesehen,⁶² die grundsätzliche Anerkennung des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht, zum anderen die Entwicklung bestimmter verfassungsrechtlicher Vorbehalte und Letztentscheidungsbefugnisse. Derartige Entwicklungen vollzogen sich seit den 1970er Jahren zunächst in der verfassungs- und höchstgerichtlichen Judikatur in Italien⁶³ und in Deutschland,⁶⁴ später auch in Irland,⁶⁵ Dänemark,⁶⁶

⁶⁰ Vgl. zur parallelen Situation im Verhältnis von Europarecht und nationalem Verwaltungsrecht O. Lepsius, Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: P. Axer/B. Grzeszick/W. Kahl/U. Mager/E. Reimer (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Die Verwaltung, 7 (2010), 179, 184 ff., 190 ff.

⁶¹ A. Weber, Die Europäische Union unter Richtervorbehalt?, JZ 65 (2010), 157; W. Sadowski, "Solange, chapter 3": Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union, ELJ 14 (2008), 1; P. M. Huber (Anm. 2), Rn. 34 ff.

⁶² Ein Vorrang des Unionsrechts wird abgelehnt durch das poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238 ff., und das litauische Verfassungsgericht, verb. Rs. 17/02, 24/02, 06/03, 22/04 vom 14.3.2006, Abschnitt III, Absatz-Nr. 9.4, <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060314.htm> (10.5.2010). Näher zur Position des poln. Verfassungsgerichts K. Kowalik-Bańczyk, Should we Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law, GLJ 6 (2005), 1357. Unklar ist die Situation im Hinblick auf den griechischen Staatsrat. Dazu J. Iliopoulos-Strangas, Offene Staatlichkeit: Griechenland, IPE II (Anm. 2), § 16 Rn. 37 ff.; E. Maganaris, The Principle of Supremacy of Community Law - the Greek Challenge, E. L. Rev. 23 (1998), 179, E. Maganaris, The Principle of Supremacy of Community Law in Greece, E. L. Rev. 24 (1999), 426.

⁶³ Corte costituzionale, Az. 183/1973 vom 18.12.1973, EuGRZ 2 (1975), 311, 315 – Frontini; Az. 170/84 vom 8.6.1984 – Granital, in: A. Oppenheimer, The Relationship between European Community Law and National Law, Bd. I, 1994, 643, 651; Az. 232/1989 vom 13./21.4.1989 – Fraga, in: A. Oppenheimer (Anm. 63), 653, 657. Zum Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Europarecht aus Sicht der italienischen Gerichte A. La Pergola/P. Del Duca, Community Law, International Law and the Italian Constitution, AJIL 79 (1985), 598; S. Valaguzza, La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, Rivista trimestrale di diritto processuale amministrativo 24 (2006), 816; A. Tizzano, Der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) und der Gerichtshof der Europäischen Union, EuGRZ 37 (2010), 1; C. Panara, Offene Staatlichkeit: Italien, IPE II (Anm. 2), § 18 Rn. 34 ff.

Spanien,⁶⁷ Frankreich,⁶⁸ Ungarn⁶⁹ und Tschechien.⁷⁰ Auch in der Rechtsprechung in Großbritannien sind ähnliche Vorbehalte bereits angeklungen.⁷¹ Aber selbst in Mitgliedstaaten, deren Verfassungsgerichte von einem Vorrang des Verfassungsrechts ausgehen, so in Polen, sind Tendenzen sichtbar, eine verfassungsgerichtliche Kontrolle nur sehr beschränkt wahrzunehmen und grundsätzlich dem EuGH Vorrang bei der Kontrolle von Unionshandeln einzuräumen.⁷² Trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte führen beide Ansätze somit zu ähnlichen Ergebnissen.

Terminologisch wurde der Schutz der Verfassungs*identität* als Kern verfassungsrechtlicher Vorbehalte erstmals vom BVerfG in seiner *Solange I*-Entscheidung im Jahre 1974 genannt. Darin führte das BVerfG aus, dass ei-

⁶⁴ BVerfGE 37, 271, 277 ff. (1974); 73, 339, 378 ff. (1986); 89, 155, 188 (1993); 123, 267, 353 f. (2009).

⁶⁵ *Crotty v. An Taoiseach*, (1987) IR 173; *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan*, (1989) IR 753; *Attorney General v. X*, (1992) IR 1.

⁶⁶ Dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 52. Dazu R. Hofmann, Der oberste Gerichtshof Dänemarks und die europäische Integration, EuGRZ 26 (1999), 1. Zum Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht aus Sicht der dänischen Verfassung siehe J. H. Danielsen, One of Many National Constraints on European Integration: Section 20 of the Danish Constitution, *European Public Law* 16 (2010), 181.

⁶⁷ Zur Entwicklung der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts A. C. Becker, Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, 353; A. López Castillo, Offene Staatlichkeit: Spanien, in: IPE II (Anm. 2), § 24 Rn. 67 ff. Siehe auch unten Anm. 75.

⁶⁸ Siehe etwa Conseil constitutionnel, 2006-540 DC vom 27.7.2006, Recueil des décisions 2006, 88, 92. Näher zur Situation in Frankreich S. Pinon, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, RTD Eur. 44 (2008), 263; F. Hervouët, Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, in: Mélanges Lachaume (Anm. 2), 649; C. Richards, The Supremacy of Community Law before the French Constitutional Court, E. L. Rev. 31 (2006), 499; zur Rechtsprechung des Conseil d'Etat siehe J. Bell, French Administrative Law and the Supremacy of European Laws, *European Public Law* 11 (2005), 487; L. Potvin-Solis, L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, 1999.

⁶⁹ Dazu W. Sadurski (Anm. 61), 9 ff.; P. Sonnevend, Offene Staatlichkeit: Ungarn, IPE II (Anm. 2), § 25 Rn. 33 ff.

⁷⁰ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006; Az. Pl. ÚS 66/04 vom 3.5.2006, Absatz-Nr. 53; Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 120, <http://www.concourt.cz>; Az. Pl. ÚS 29/09 vom 3.11.2009, Absatz-Nr. 150, EuGRZ 37 (2010), 209, 229. Zum letztgenannten Urteil näher M. Hofmann, Zum zweiten "Lissabon-Urteil" des Tschechischen Verfassungsgerichts, EuGRZ 37 (2010), 153; I. Ley, Brünn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts, JZ 65 (2010), 165.

⁷¹ P. Birkinshaw/M. Kühnecke, Offene Staatlichkeit: Großbritannien, IPE II (Anm. 2), § 17 Rn. 36 ff.

⁷² Vgl. poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 243 f.; Az. Kp 3/08 vom 18.2.2009, <http://www.trybunal.gov.pl>. Ähnlich ist die Situation in Litauen. So hat das litauische Verfassungsgericht bereits Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet; siehe EuGH, Rs. C-239/07, *Sabatauskas*, Slg. 2008, I-7523 (ergangen auf Vorlage des litauischen Verfassungsgerichts).

ne Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen nicht dazu führen dürfe, "die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung, nämlich durch die Gesetzgebung der zwischenstaatlichen Einrichtung zu ändern".⁷³ Mit dem Vertrag von Maastricht gelangte der Identitätsbegriff dann ins europäische Primärrecht, und der Vertrag über eine Verfassung für Europa entwickelte ihn in Art. I-5 Abs. 1 VerfEU zu der Fassung fort, die sich nunmehr in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV findet. Der Begriff des Bundesverfassungsgerichts hat so eine europäische Karriere gemacht.

Diese Karriere setzte sich auch in den Entscheidungen anderer mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte fort. So schloss sich der französische Conseil constitutionnel dieser Begriffsbildung, wohl beeinflusst durch Art. I-5 Abs. 1 VerfEU, im Jahre 2006 an, als er ausführte, "die Umsetzung einer Richtlinie [dürfe] nicht gegen eine Bestimmung oder einen Grundsatz, in welchen die verfassungsrechtliche Identität Frankreichs zum Ausdruck kommt, verstoßen [...], es sei denn, der Verfassungsgesetzgeber hätte dem zugestimmt".⁷⁴ Auch das spanische Verfassungsgericht sah die Vorläufervorschrift von Art. 4 Abs. 2 EUV, d.h. Art. I-5 Abs. 1 VerfEU, als Reaktion auf die "Vorbehalte gegenüber dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor der Verfassung, die zuvor in den einschlägigen Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeiten einiger Staaten formuliert worden sind".⁷⁵

Insofern scheint klar, dass die primärrechtliche Begriffsbildung in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV eng mit der verfassungsrechtlichen Begriffsbildung, insbesondere in der Judikatur des BVerfG, zusammenhängt, in der der Schutz nationaler Identität zu verfassungsrechtlichen Vorbehalten gegenüber der europäischen Integration führte. Dieser begriffspolitische Erfolg geht allerdings mit dem Preis einer Vervielfachung der Interpreten einher, die durch-

⁷³ BVerfGE 37, 271, 279 (1974). Siehe auch BVerfGE 73, 339, 375 f. (1986); 89, 155, 181, 189 (1993). BVerfGE 58, 1, 40 (1981) sprach hingegen nur vom "Grundgefüge der Verfassung".

⁷⁴ Conseil constitutionnel, 2006-540 DC vom 27.7.2006, Recueil des décisions 2006, 88, 92.

⁷⁵ Span. Verfassungsgericht, Rs. 1/2004 vom 13.12.2004, EuR 2005, 339, 344. Zur Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts *R. Alonso Garcia*, *The Spanish Constitution and the European Constitution: The Script for a Virtual Collision and Other Observations on the Principle of Primacy*, GLJ 6 (2005), 1001; *R. Alonso Garcia*, *Constitución española y Constitución europea*, *Revue des Affaires Européennes* 14 (2005), 105; *F. Castillo de la Torre*, *Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional Court)*, *Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe*, *CML Rev.* 42 (2005), 1169; *C. Plaza*, *The Constitution for Europe and the Spanish Constitutional Court*, *European Public Law* 12 (2006), 353; *C. B. Schutte*, *Tribunal Constitucional on the European Constitution. Declaration of 13 December 2004*, *EuConst* 1 (2005), 281.

aus andere Verständnisse verfolgen können. Vor diesem Hintergrund mag der Versuch im *Lissabon*-Urteil zu deuten sein, wieder meinungsbildend voranzuschreiten, indem das BVerfG die Identitätskontrolle als eigenständigen Kontrollmaßstab unionalen Handelns neben dem Kompetenzerfordernis und der Grundrechtswahrung fortentwickelt.⁷⁶ Tatsächlich mag die Identitätskontrolle die inzwischen wohl bedeutsamste Kontrolle seitens des BVerfG sein, wenn man dessen Zurückhaltung bei der Kontrolle von Unionshandeln am Maßstab deutscher Grundrechte⁷⁷ und der Ultra vires-Kontrolle⁷⁸ bedenkt.

3. Einzelne verfassungsgerichtliche Vorbehalte

Inhaltlich betreffen die in der Verfassungsrechtsprechung entwickelten verfassungsrechtlichen Vorbehalte gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts neben dem Erfordernis, dass die Union im Rahmen ihrer Kompetenzen verbleiben muss, durchgängig den Schutz grundlegender Verfassungsstrukturprinzipien, insbesondere das Fortbestehen mitgliedstaatlicher Staatlichkeit,⁷⁹ das Bundesstaatsprinzip,⁸⁰ Kerngehalte des Rechtsstaatsprinzips,⁸¹ das Demokratieprinzip⁸² und den Wesensgehalt von Grundrechten.⁸³

⁷⁶ BVerfGE 123, 267, 353 f. (2009). Zur Kritik an der Identitätskontrolle siehe die unten in Anm. 112 und 114 zitierte Literatur.

⁷⁷ BVerfGE 73, 339, 387 (1986); 102, 147, 161 ff. (2000).

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 58 ff.

⁷⁹ BVerfGE 113, 273, 298 f. (2005); 123, 267, 343 (2009); vgl. auch poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238 f.; dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 52; span. Verfassungsgericht, Rs. 1/2004 vom 13.12.2004, EuR 2005, 339, 343; tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006; Az. Pl. ÚS 66/04 vom 3.5.2006, Absatz-Nr. 53; Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 97; lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 17, <http://www.satv.tiesa.gov.lv>.

⁸⁰ BVerfGE 92, 203, 237 (1995).

⁸¹ BVerfGE 113, 273, 299 (2005); vgl. auch BVerfGE 123, 267, 341 (2009); tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006; lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 17.

⁸² BVerfGE 89, 155, 182 ff. (1993); 123, 267, 343 (2009); tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006; lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 17; vgl. auch poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238 f.

⁸³ BVerfGE 37, 271, 280 (1974); 58, 1, 40 (1981); 73, 339, 376 (1986); poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 239 f.; dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 50; span. Verfassungsgericht, Rs. 1/2004 vom 13.12.2004, EuR 2005, 339, 343; Corte costituzionale, Az. 183/1973 vom 18.12.1973, EuGRZ 2 (1975), 311, 315; Az. 170/84 vom 8. 6. 1984 – *Granital*, in: A. Oppenheimer (Anm. 63), 651;

Diese Grundsätze stehen oft in Zusammenhang mit den oben genannten Bestimmungen eines nicht oder nur erschwert abänderbaren Kerns der Verfassung⁸⁴ und entsprechen weitgehend den Werten (Prinzipien) des Art. 2 EUV, auf denen die Union selbst gründet. In einigen Mitgliedstaaten sind diese Vorbehalte aber auch allein von der Rechtsprechung ohne ausdrückliche Textgrundlage in der jeweiligen Verfassung herausgearbeitet worden.⁸⁵

Die meisten Verfassungsgerichte beschränken sich auf eine bloße Feststellung, dass Unionshandeln die grundlegenden Prinzipien ihrer jeweiligen Verfassungsordnung nicht verletzen dürfe und differenzieren den Inhalt dieser Prinzipien nicht sachbereichs- oder regelungsbezogen aus. Typisch ist etwa die Rechtsprechung der italienischen Corte costituzionale, die den verfassungsrechtlichen Maßstab für Vorbehalte gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts nur abstrakt als "die grundlegenden Prinzipien unserer Verfassungsordnung oder die unveräußerlichen Menschenrechte" bezeichnet.⁸⁶ In ähnlicher Weise geht auch das tschechische Verfassungsgericht unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 der tschech. Verfassung von einer verfassungsrechtlichen Nichtanerkennung des Vorrangs des Unionsrechts aus, wenn die "Grundlagen der Staatssouveränität [...] oder die wesentlichen Attribute des demokratischen Rechtsstaats" gefährdet sind.⁸⁷ Mehrere Verfassungs- bzw. Höchstgerichte bringen zudem zum Ausdruck, dass eine sachbereichsspezifische Ausdifferenzierung primär Aufgabe des politischen Prozesses in den Mitgliedstaaten ist und nicht verfassungsgerichtlich ohne konkreten Fallbezug bestimmt werden sollte.⁸⁸

Einige Konkretisierungen dessen, was aus Sicht mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte unter die Kernbestimmungen des nationalen Verfassungsrechts fällt, lassen sich der Rechtsprechung gleichwohl entnehmen. Das tschechische Verfassungsgericht etwa begreift den Schutz nationaler und ethnischer Minderheiten, den Gleichheitsgrundsatz und den freien Wettbewerb unter den Parteien unter Verzicht auf Gewalt als Teil des materiellen

Az. 232/1989 vom 13./21.4.1989 – *Fragd*, in: A. Oppenheimer (Anm. 63), 657; tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 110, 196.

⁸⁴ So explizit BVerfGE 123, 267, 354 (2009); tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006. Siehe ferner *P. M. Huber* (Anm. 2), Rn. 83 ff.

⁸⁵ *P. M. Huber* (Anm. 2), Rn. 83.

⁸⁶ Siehe Nachweise oben Anm. 63. Ähnlich abstrakt Conseil constitutionnel, 2006-540 DC vom 27.7.2006, Recueil des décisions 2006, 88, 92.

⁸⁷ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 50/04 vom 8.3.2006; Az. Pl. ÚS 66/04 vom 3.5.2006, Absatz-Nr. 53.

⁸⁸ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 109; Az. Pl. ÚS 29/09 vom 3.11.2009, Absatz-Nr. 110 ff., EuGRZ 37 (2010), 209, 222 f.; dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 52.

Kerns der tschechischen Verfassung.⁸⁹ Als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips nennen verschiedene Mitgliedstaaten den Bestimmtheitsgrundsatz,⁹⁰ den Zugang zu Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt,⁹¹ Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeitsprinzip,⁹² das Rückwirkungsverbot,⁹³ sowie die Pflicht zur Begründung von Entscheidungen.⁹⁴ Das Auslieferungsverbot von Staatsangehörigen wurde in Deutschland, Polen und Tschechien jedoch nicht zum Kern nationaler Verfassungsidentität gezählt.⁹⁵

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung fächert zudem die Achtung der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten auf in die Aufrechterhaltung völkerrechtlicher (Außen-)Souveränität⁹⁶ und die Wahrung innerstaatlicher Souveränität.⁹⁷ Eine Verletzung liege vor bei Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf die Union,⁹⁸ bei Übertragung aller Kompetenzen eines Verfassungsorgans auf die Union,⁹⁹ bei Übertragung so vieler Kompetenzen, dass keine Aufgaben mit substantiellem Gewicht bei den Mitgliedstaaten verblieben¹⁰⁰ und beim Verzicht auf essentielle Staatsaufgaben.¹⁰¹ Diese Aussa-

⁸⁹ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 208.

⁹⁰ BVerfGE 58, 1, 37 (1981); 89, 155, 187 f. (1993); dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 50, 52; lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 18.2; poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238; tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 135, 186; Az. Pl. ÚS 29/09 vom 3.11.2009, Absatz-Nr. 133, EuGRZ 2010, 209, 226.

⁹¹ BVerfGE 58, 1, 40 f. (1981); 73, 339, 372, 376, 381 (1986); 113, 273, 298, 309 ff. (2005); 123, 267, 416 (2009); Corte costituzionale, Az. 232/1989 vom 13./21.4.1989 – *Fragd*, in: A. Oppenheimer (Anm. 63), 653, 657.

⁹² BVerfGE 73, 339, 380 (1986); 113, 273, 299 (2005).

⁹³ BVerfGE 73, 339, 381 (1986).

⁹⁴ BVerfGE 73, 339, 381 (1986).

⁹⁵ BVerfGE 113, 273, 298 f. (2005); poln. Verfassungsgericht, Az. P 1/05 vom 27.4.2005, dt. Zusammenfassung unter http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/P_1_05_DE.pdf; tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 66/04 vom 3.5.2006, Absatz-Nr. 61 f.

⁹⁶ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 98 f.; BVerfGE 123, 267, 347 f. (2009); lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 17.

⁹⁷ Tschech. Verfassungsgericht, Az. Pl. ÚS 19/08 vom 22.11.2008, Absatz-Nr. 98.

⁹⁸ Siehe z. B. BVerfGE 89, 155, 187, 194 f., 198 f. (1993); 123, 267, 348 (2009); dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 50; poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238.

⁹⁹ Poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238.

¹⁰⁰ BVerfGE 89, 155, 186, 207 (1993); 113, 273, 298 (2005); 123, 267, 341, 356 (2009); poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238; vgl. ferner dän. Oberster Gerichtshof, Az. I 361/1997 vom 6.4.1998, EuGRZ 26 (1999), 49, 52.

¹⁰¹ BVerfGE 113, 273, 298 f. (2005); lett. Verfassungsgericht, Az. 2008-35-01 vom 7.4.2009, Absatz-Nr. 17; ähnlich poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 238 (Kernkompetenz von Verfassungsorganen).

gen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gehen zwar offensichtlich über den Gehalt von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV hinaus, da sie sich an staatliche Organe wenden und diesen Beschränkungen bei der Übertragung von Kompetenzen auf die Union auferlegen. Den Aussagen können aber Referenzpunkte für die Konkretisierung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV mit Blick auf Unionshandeln entnommen werden.

Für das BVerfG spielt im Zusammenhang der Achtung nationaler Identität neben dem Schutz der Grundrechte¹⁰² vor allem die Wahrung der demokratischen Grundlagen des Staates eine zentrale Rolle.¹⁰³ Unter Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV ist für das BVerfG die nationale Identität Deutschlands durch die Schranken gekennzeichnet, denen auch der verfassungsändernde Gesetzgeber im Rahmen der "Ewigkeitsklausel" in Art. 79 Abs. 3 GG unterliegt.¹⁰⁴ Dazu zählen die Staatsstrukturprinzipien Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat, republikanische Staatsform und Bundesstaatlichkeit, sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte.¹⁰⁵

Das BVerfG geht allerdings besonders weit, wenn es ausführt, dass der Schutz nationaler Identität "ausreichen[d] Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse"¹⁰⁶ erfordert. Darunter fasst es sämtliche Sachbereiche, die "die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten".¹⁰⁷

Zu den wesentlichen Bereichen zählt das BVerfG dabei neben der Staatsbürgerschaft,¹⁰⁸ "Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht, die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen, die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht,

¹⁰² Dazu vor allem BVerfGE 37, 271, 279 f. (1974); 58, 1, 40 (1981); 73, 339, 376 (1986); 89, 155, 174 f. (1993).

¹⁰³ BVerfGE 89, 155, 182, 213 (1993); 123, 267, 357 ff. (2009).

¹⁰⁴ BVerfGE 123, 267, 343, 353 f. (2009).

¹⁰⁵ BVerfGE 123, 267, 343 (2009).

¹⁰⁶ BVerfGE 123, 267, 357 f. (2009).

¹⁰⁷ BVerfGE 123, 267, 358 (2009).

¹⁰⁸ BVerfGE 123, 267, 358 (2009).

Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften".¹⁰⁹ Dies umfasst etwa die Beachtung des Schuldprinzips¹¹⁰ sowie im Bereich der Datenerfassung und -speicherung den Grundsatz, dass "die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf".¹¹¹

Das BVerfG geht insofern weiter als andere mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte, indem es aus den abstrakten Staatsstrukturprinzipien weitgehend freihändig sachbereichsspezifische Grenzen für das Unionshandeln ableitet.¹¹² Dies ist auch deshalb besonders bedenklich, weil diese Bereiche zu einer absoluten Schranke erhoben werden, die sogar dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen werden. Ein entsprechender Identitätswechsel könnte daher nur durch Modifizierung der Grundstrukturen der deutschen Verfassung, mithin nur über Art. 146 GG vollzogen werden.¹¹³ Die Kritik sei an dieser Stelle nicht vertieft, da die Probleme dieses Verständnisses von zahlreichen Autoren überzeugend dargelegt wurden.¹¹⁴

Trotz einiger Unterschiede in der Akzentuierung und dem Grad sachbereichsspezifischer Ausdifferenzierung legen die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte gleichwohl überwiegend ähnliche Verständnisse nationaler (Verfassungs-)Identität zugrunde. Hiernach verlangt der Schutz nationaler Identität vor allem den Schutz der Staatlichkeit als solcher, der jeweiligen

¹⁰⁹ BVerfGE 123, 267, 359 (2009).

¹¹⁰ BVerfGE 123, 267, 413 (2009).

¹¹¹ BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, NJW 81 (2010), 833, 839. Dazu *D. Westphal*, Leitplanken für die Vorratsdatenspeicherung, *EuZW* 21 (2010), 494; *H. A. Wolff*, Vorratsdatenspeicherung – Der Gesetzgeber gefangen zwischen Europarecht und Verfassung?, *NJW* 81 (2010), 751; *A. Roßnagel*, Die "Überwachungs-Gesamtrechnung" – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, *NJW* 81 (2010), 1238.

¹¹² Entsprechend wird die Weite der unter den Identitätsvorbehalt gefassten Bereiche häufig kritisiert. So etwa *D. Halberstam/C. Möllers*, The German Constitutional Court Says "Ja zu Deutschland!", *GLJ* 10 (2009), 1241, 1249 ff.; *J. P. Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration – Making up the Rules as We Go Along?, *EuZW* 20 (2009), 724, 731; *M. Kottmann/C. Wohlfahrt*, Der gespaltene Wächter? – Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im *Lissabon*-Urteil, *ZaöRV* 69 (2009), 443, 460 f., 466; *U. Everling*, Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte, *EuR* 2010, 91, 99 f.; *C. Schönberger*, *Lisbon* in Karlsruhe: *Maastricht's* Epigones at Sea, *GLJ* 19 (2009), 1201, 1209 f.

¹¹³ *P. M. Huber*, in: M. Sachs, *GG Kommentar*, 5. Aufl. 2008, Art. 146 GG, Rn. 13 u. 16 f.; *H. Dreier*, in: H. Dreier, *GG Kommentar*, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 146 GG, Rn. 33 ff.; offen gelassen in BVerfGE 123, 267, 343 (2009).

¹¹⁴ Zur Problematik des Verständnisses der Identitätsklausel als absolute Schranke und das Verwiesensein auf Art. 146 GG als verfassungsrechtliche Revolution etwa *M. Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, *NJW* 80 (2009), 2867, 2868 f.; *C. Tomuschat*, *Lisbon* – Terminal of the European Integration Process?, *ZaöRV* 70 (2010), 251, 272 f., 278 f.; *C. Schönberger* (Anm. 112), 1208 f.; *D. Halberstam/C. Möllers* (Anm. 112), 1254 ff.; *M. Kottmann/C. Wohlfahrt* (Anm. 112), 448 f.

Staats- und Regierungsform und der entsprechenden Grundsätze der Staatsorganisation (z.B. Bundesstaatsprinzip, kommunale Selbstverwaltung), der Staatsstrukturprinzipien Rechtsstaat und Demokratie und des wesentlichen Schutzgehalts der Grundrechte. Die Gerichte halten diese Maßstäbe wohl auch deshalb bewusst vage, um auf konkrete Konfliktsituationen mit hinreichender Flexibilität so reagieren zu können, wie es ihre verfassungsrechtliche Rolle, nach ihrem jeweiligen Selbstverständnis, verlangt.

Abschließend ist festzuhalten, dass es mit dem Begriff der nationalen Identität gelungen ist, den diversen Diskursen in den Mitgliedstaaten einen einheitlichen Rahmen zu geben. Dies ist kein geringer Erfolg mit Blick auf das Erfordernis, gerade in einer so heiklen Frage wie der nationalen Identität einen gemeinsamen europäischen Diskurs zu etablieren. Nachdem dieser Begriff wohl in Reaktion auf verfassungsgerichtliche Vorbehalte primärrechtlich im Unionsvertrag verankert wurde, entfalten die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte nunmehr zunehmend in einem autonomen Nachvollzug dieser primärrechtlichen Rechtsentwicklung die Kerngehalte des nationalen Verfassungsrechts in der unional vorgegebenen Begrifflichkeit.

IV. Rechtsfolgen und prozessuale Implementierung

1. Das Achtungsgebot

Art. 4 Abs. 2 EUV legt eine Achtungspflicht nieder, die sich jedoch nur an die Unionsorgane wendet und damit keine Schranke für die Weiterentwicklung der Union bildet.¹¹⁵ Die Achtungspflicht des Art. 4 Abs. 2 EUV bewirkt, anders als die des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, keinen absoluten Schutz nationaler Identitätsgehalte. Art. 4 Abs. 2 EUV verlangt vielmehr mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen schonenden Ausgleich zwischen der einheitlichen Geltung der Unionsrechts, einem tragenden Verfassungsprinzip der Union,¹¹⁶ einerseits und der nationalen Identität andererseits zu finden.¹¹⁷ Art. 4 Abs. 2 EUV begründet damit keinen prinzipiellen Vorrang bestimmter verfassungsrechtlicher Wertungen der Mitgliedstaaten, sondern untersagt der Union nur unverhältnismäßige Eingriffe, insbesondere Ein-

¹¹⁵ *M. Hilf* (Anm. 14), 164; im letzteren Sinne *A. Bleckmann* (Anm. 32), 266.

¹¹⁶ *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: *A. von Bogdandy/J. Bast* (Anm. 2), 13, 36 ff.

¹¹⁷ *M. Hilf* (Anm. 14), 164; *W. Kahl*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Anm. 14), Art. 10 EGV, Rn. 72; *R. Streinz*, in: *R. Streinz* (Anm. 32), Art. 10 EGV, Rn. 49 f.; *C. Stumpf*, in: *J. Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 6 EUV, Rn. 40.

griffe in den jeweiligen Kernbereich.¹¹⁸ Dies ist die übliche Bedeutung des Begriffs *Achten* im Unionsrecht, wie sich insbesondere aus der Grundrechtecharta ergibt.¹¹⁹

Die Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in diesem Bereich kann auf die etablierte Rechtsprechung des EuGH zu Kollisionen zwischen unionalen Grundfreiheiten und nationalen Grundrechten zurückgreifen. So geht der EuGH vom prinzipiellen Vorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht aus,¹²⁰ löst aber Konflikte zwischen unionsrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten und ihren verfassungsrechtlichen Wertungen primärrechtsimmanent im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, indem er etwa Grundfreiheiten gegenüber sonstigen Grundrechten, die er als Ausdruck allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts versteht, abwägt.¹²¹ Die vom EuGH bisher ohne Rückgriff auf eine ausdrückliche primärrechtliche Grundlage und rein unionsrechtsintern durchgeführte Abwägung erhält nun mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV einen neuen unionsrechtlichen Rahmen, der Unionsrecht und mitgliedstaatliches Verfassungsrecht verknüpft. Wichtig ist dabei, dass die Abwägung widerstreitender Interessen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht einseitig zulasten mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität oder der Einheitlichkeit der Durchsetzung unionaler Interessen gehen darf, sondern dass jeweils ein schonender Ausgleich zu finden ist, der nach Möglichkeit die Entfaltung sowohl unionaler als auch mitgliedstaatlicher Interessen erlaubt.

Mit Blick auf die Rechtsfolgen der Abwägungspflicht ist zu erwägen, zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zum einen kann die unverhältnismäßige Beeinträchtigung eines Gehalts von Art. 4 Abs. 2 EUV einen Grund für die Rechtswidrigkeit einer Unionsmaßnahme in ihrer Gesamtheit darstellen. Zum anderen könnte Art. 4 Abs. 2 EUV Grund für die Rechtfertigung einer Nichtbefolgung einer unionalen Pflicht durch einen Mitgliedstaat sein, ohne dass daraus die Rechtswidrigkeit einer Unionsmaßnahme folgt.

¹¹⁸ Erklärung Nr. 20 zu Art. 16 AEUV, ABl. C 115/345 vom 9.5.2008, spricht im Zusammenhang mit dem Schutz der nationalen Sicherheit von "gebührend zu berücksichtigen".

¹¹⁹ Die Achtungspflicht aus Art. 7, 11 Abs. 2, 13 S. 2, 22, 25, 26, 34 Abs. 1, 34 Abs. 3, 36, 48 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) lässt verhältnismäßige Eingriffe zu, Art. 52 Abs. 1 GRC. Eine Ausnahme davon gilt allerdings beim Achtungsgebot aus Art. 1 GRC, *M. Borowsky*, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 1, Rn. 40.

¹²⁰ Siehe die Rechtsprechung des EuGH oben Anm. 1.

¹²¹ EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207 Rn. 35 ff.; Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 61 ff. Vgl. auch die Rechtsprechung und Literatur oben in Anm. 18-22.

Als Schranke des Handelns der Union kann Art. 4 Abs. 2 EUV zur Rechtswidrigkeit unionaler Maßnahmen führen; in dieser Funktion wird die Norm bisweilen als Kompetenzzuschranke verstanden.¹²² In Übertragung grundrechtlicher Lehren kann man Art. 4 Abs. 2 EUV weiter eine Pflicht entnehmen, Unionsmaßnahmen so zu gestalten, dass ausreichend Flexibilität für die Mitgliedstaaten besteht, um den von Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten Gehalten Rechnung zu tragen.¹²³ Weiter scheint das BVerfG aus der Achtungspflicht zu folgern, dass ungeachtet einer vertraglich vorgesehenen Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung in Fällen einer Berührung von Gehalten, die Teil der nationalen Identität eines Mitgliedstaates sind, Einstimmigkeit erforderlich ist,¹²⁴ so dass ein Erlass per Mehrheitsbeschluss eine Unionsmaßnahme rechtswidrig machte. Angesichts überaus detaillierter Verfahrens- und Abstimmungsbestimmungen im AEUV, namentlich im Bereich der sogenannten Notbremseverfahren,¹²⁵ die just mit solchen Problemen umgehen sollen, erscheint diese Position jedoch kaum überzeugend.

Art. 4 Abs. 2 EUV kommt jedoch nicht nur als Rechtswidrigkeitsgrund für Maßnahmen der Union in Betracht, sondern auch als Rechtfertigungsgrund für eine Nichtbefolgung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten. Art. 4 Abs. 2 EUV könnte in dieser Funktion insbesondere die Nichtumsetzung von Richtlinien rechtfertigen.¹²⁶ Natürlich kann dies nach Sinn und Zweck der Norm nur für Extremsituationen gelten. Eine Rechtfertigung kommt allein in Betracht, wenn die fragliche mitgliedstaatliche Maßnahme erstens unter der mitgliedstaatlichen Verfassung verfassungsmäßig ist. Zweitens wird man in jedem kritischen Einzelfall zwischen den diversen Alternativen abwägen müssen: Einer Nichtigkeit der kollidierenden Unionsbestimmung in ihrer Gesamtheit, einer Pflicht, auf Ebene des Unionsrechts eine sekundärrechtliche Öffnungsklausel einzufügen, und einer ausnahmsweisen Rechtfertigung des nationalen Rechtsverstoßes. Letztere Lösung mag sich in isolierten und hochspezifischen Konfliktsituationen anbieten, wenn durch die ausnahmsweise Rechtfertigung die Rechtsgleichheit der Unionsbürger und die Wettbewerbsgleichheit im Binnenmarkt nicht konkret gefährdet werden. Als weitere Kontrollüberlegung mag dienen, ob eine solche ausnahmsweise Rechtfertigung, und damit die Durchbrechung der

¹²² W. Kahl, in: C. Calliess/M. Ruffert (Anm. 14), Art. 10 EGV, Rn. 72 m.w.N.

¹²³ Vgl. insofern die oben in Anm. 18-22 zitierten Entscheidungen, in denen der EuGH die Offenheit des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichen Grundrechten betont.

¹²⁴ BVerfGE 89, 155, 184 (1993); 92, 203, 237 (1995).

¹²⁵ Art. 48 Abs. 2, 82 Abs. 3, 83 Abs. 3, 86 Abs. 1 UAbs. 2 und UAbs. 3, 87 Abs. 3 UAbs. 2 und UAbs. 3 AEUV.

¹²⁶ EuGH, Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 61 ff.

Doktrin des absoluten Vorrangs einer jeden Bestimmung des Unionsrechts, als Symbol eines pluralistischen Verfassungsverbunds wirken kann.

So hat der EuGH in dem bereits angesprochenen Beispiel des griechischen Kopplungsverbots von Medien- und Bauunternehmen im Bereich des öffentlichen Vergabewesens, ohne auf die Problematik des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht einzugehen, derartige nationale Regelungen zwar grundsätzlich für möglich, konkret aber für unverhältnismäßig gehalten.¹²⁷ Dies kann als abwägender Ansatz zur Ausglei- chung von Unions- und mitgliedstaatlichen Interessen im Sinne der Achtung nationaler Verfassungsidentität verstanden werden.

Vor diesem Hintergrund ist den Ausführungen des BVerfG im *Lissabon-* Urteil recht zu geben, insoweit es den Schutz nationaler Identität als eigenständigen Maßstab zur Kontrolle von Unionshandeln begreift, der sowohl die Rechtswidrigkeit einer unionalen Maßnahme als auch die Rechtfertigung einer mitgliedstaatlichen Unionsrechtsverletzung begründen kann. Nicht überzeugen können jedoch sein Verständnis der Identitätsklausel als absolute Schranke und die Weite der Bereiche, die es durch Art. 4 Abs. 2 EUV geschützt sieht.¹²⁸ Dies führt zum nächsten Punkt, nämlich der Frage der prozessualen Implementierung der Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 4 Abs. 2 EUV im Zuständigkeitsgeflecht von EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten.

2. Prozessuale Implementierung des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds

Wer entscheidet, ob Art. 4 Abs. 2 EUV verletzt ist und welche Rechtsfolge eintritt? Bei der Prüfung der Achtung der nationalen Identität ist die Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten, insbesondere den Verfassungs- und Höchstgerichten, besonders konfliktträchtig. Denn Konflikte zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht haben nicht nur eine materielle, sondern auch eine prozedurale und vor allem institutionelle Seite. Konflikte ergeben sich, wenn die Interpretationshoheit des EuGH aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV in Bezug auf den unionsrechtlichen Begriff der nationalen Identität in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV mit dem Anspruch mitgliedstaatlicher Verfassungs- und Höchstgerichte kollidiert, ihrerseits den Inhalt der nationalen Identität

¹²⁷ EuGH, Rs. C-213/07, *Michaniki*, Slg. 2008, I-9999 Rn. 61 ff.

¹²⁸ BVerfGE 123, 267, 353 f. (2009). Zur diesbezüglichen Kritik am Urteil siehe oben Anm. 112 und 114.

zu bestimmen, indem sie die verfassungsrechtlichen Vorbehalte gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts in Stellung bringen und über die Anwendbarkeit einer kritischen Bestimmung des Unionsrechts selbst entscheiden.

So nimmt insbesondere das BVerfG in dieser Hinsicht derzeit die Letztentscheidungsbefugnis in Anspruch, wenn es in der *Lissabon*-Entscheidung die Identitätskontrolle als eigenständige Kontrollkategorie gegenüber Akten der Union einführt.¹²⁹ Als Grund dafür führt es an, dass anders die Einhaltung der Grenzen des Art. 4 Abs. 2 EUV nicht wirksam überprüft werden könne.¹³⁰ Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 4 Abs. 2 EUV durch die Union sei die Nichtanwendbarkeit der fraglichen Maßnahme in Deutschland.¹³¹ Aber auch andere Verfassungsgerichte deuten an, wenngleich in der Formulierung zumeist zurückhaltender, dass sie auf ähnliche Weise “das letzte Wort” in dieser Hinsicht für sich in Anspruch nehmen.¹³²

Derartige Positionen sind kaum haltbar. Vielmehr ist das Spannungsverhältnis zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichten in den Verfahren des Vertrages und nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) aufzulösen. Die Geltendmachung von Vorbehalten gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Gerichte ist mit der Aufgabe des EuGH zu koordinieren, die Verträge auszulegen und für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts Sorge zu tragen.¹³³ Der Grundsatz loyaler Zusammenarbeit ist insoweit die rechtliche Grundlage der verfassungsgerichtlichen Kooperationspflicht.¹³⁴ EuGH und mitgliedstaatliche Höchstgerichte sind als komplementäre Teile eines europäischen Verfassungsgerichtsverbands zu sehen,¹³⁵ in dem wechselseitige Konfliktvermeidungsstrategien notwendig und geboten sind, die von beiden Ebenen ernst zu nehmen sind.¹³⁶

Dies verbietet die Annahme, dass die mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichte “souverän” über die Gehalte des Art. 4 Abs. 2 EUV entscheiden können. Die in Art. 4 Abs. 2 EUV niedergelegten Begriffe sind nicht “self-judging”, d.h. Teil eines nicht überprüfbaren Ermessensspielraumes der Mitgliedstaaten,¹³⁷ sondern unterliegen der Auslegungshoheit

¹²⁹ BVerfGE 123, 267, 354 (2009).

¹³⁰ BVerfGE 123, 267, 354 (2009).

¹³¹ BVerfGE 123, 267, 354 (2009).

¹³² Siehe oben Anm. 63-72 und begleitenden Text.

¹³³ So nun explizit BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 56.

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 89, 155, 175 (1993); Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 56 f.

¹³⁵ A. Voßkuhle (Anm. 11).

¹³⁶ T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 153.

¹³⁷ Zum völkerrechtlichen Begriff sog. “self-judging clauses” S. Schill/R. Briese, “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, *Max Planck UNYB* 13 (2009), 61, 67 f.

des EuGH nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV.¹³⁸ Dessen Auslegung kann allerdings nur den Rahmen des Begriffs nationaler Identität bestimmen und muss sicherstellen, dass dem mitgliedstaatlichen Selbstverständnis genügend Raum bleibt. Gleichzeitig muss auch das mitgliedstaatliche Selbstverständnis Grenzen unterliegen. Denn eine selbstherrliche Entscheidung nationaler Gerichte birgt die konkrete Gefahr, die europäische Rechtsgemeinschaft, die vielleicht größte Errungenschaft der europäischen Nachkriegsentwicklung, ohne Not zu beschädigen.

Prozessual muss eine verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle unter Beachtung der Vorlagepflicht erfolgen; Art. 267 AEUV kennt keinerlei Ausnahmen für Verfassungsgerichte.¹³⁹ Das nationale Verfassungs- oder Höchstgericht, soweit es unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 EUV einer Unionsmaßnahme die mitgliedstaatliche Gefolgschaft verweigern möchte, hat seine Bedenken im Hinblick auf die Achtung nationaler Identität im Rahmen des Vorlageverfahrens an den EuGH zu formulieren und damit zugleich einer europäischen Öffentlichkeit zu unterbreiten.

Das Gegenargument, dass ein Verfassungsgericht nur über nationales Verfassungsrecht entscheide und bei einer Identitätskontrolle im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 EUV nur die Grenzen der staatsverfassungsrechtlichen Grundlage der Unionsgewalt überprüfe,¹⁴⁰ ist angesichts des offensichtlich unionsrechtlichen Maßstabs haltlos. Die Erkenntnis, dass vor der Berufung auf die Identität der Verfassung ein Vorlageverfahren zum EuGH durchzuführen ist, bricht sich nunmehr auch im BVerfG eine Bahn.¹⁴¹ Ein möglicher Konflikt zwischen Unions- und Verfassungsrecht kann vermieden werden,

¹³⁸ Vgl. zum Begriff der öffentlichen Ordnung EuGH, Rs. C-41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337 Rn. 7; Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 30; zur öffentlichen Sicherheit EuGH, Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 17.

¹³⁹ Bereits mehrere mitgliedstaatliche Verfassungs- und Höchstgerichte haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Siehe GA *Kokott*, SchlA Rs. C-169/08, *Presidente del Consiglio*, Slg. 2009, I-0000 Rn. 21. Problematisch ist insofern die Position des französischen Verfassungsrates, der eine Vorlage an den EuGH wegen der in Art. 61 Abs. 3 franz. Verf. bestimmten Monatsfrist für die eigene Entscheidung ablehnt; Conseil constitutionnel, 2006-540 DC vom 27.7.2006, Recueil des décisions 2006, 88, 92.

¹⁴⁰ BVerfGE 123, 267, 350, 353 f. (2009).

¹⁴¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, NJW 81 (2010), 833, 835. Nunmehr auch BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 60. Zur Bedeutung der Vorlagepflichtung auch für Verfassungsgerichte *T. von Danwitz*, Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa, ZRP 43 (2010), 143, 145; *J. Bergmann/U. Karpenstein*, Identitäts- und Ultra vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlagepflichtung, ZEuS 12 (2009), 529. Ungeachtet dessen ist es bereits ständige Rechtsprechung des BVerfG, dass die Verletzung der Vorlagepflicht durch letztinstanzlich entscheidende Fachgerichte eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellt. Siehe BVerfGE 73, 339, 366 ff. (1986); 82, 159, 194 ff. (1990); zuletzt Beschluss vom 30.8.2010, Absatz-Nr. 45 ff., <http://www.bverfg.de>.

wenn der EuGH eine Unionsmaßnahme für nichtig erklärt oder eine Rechtfertigung für eine abweichende staatliche Rechtslage als Ausdruck der Achtung nationaler Identität akzeptiert. Erst als *ultima ratio* könnte ein mitgliedstaatliches Verfassungsgericht dann dem EuGH die Gefolgschaft verweigern – auch wenn dies aus Sicht des Unionsrechts dann rechtswidrig wäre.¹⁴²

Gleichzeitig unterliegt aber auch der Gerichtshof als Unionsorgan der Pflicht aus Art. 4 Abs. 2 EUV, die nationale Identität der Mitgliedstaaten und ihre Staatsfunktionen zu achten. Er muss das spezifische Verständnis der jeweiligen Verfassungs- und Höchstgerichte vom jeweiligen nationalen Verfassungsrecht berücksichtigen und kann seinerseits nicht den Inhalt nationaler Identität für die Mitgliedstaaten “souverän”, d.h. ohne Berücksichtigung der Sichtweise des jeweiligen Verfassungs- oder Höchstgerichts, bestimmen.¹⁴³ Als Ausformung dieser Pflicht fungiert zunächst das Zugeständnis eines Beurteilungsspielraums durch den Gerichtshof zugunsten der Mitgliedstaaten und ihrer Verfassungs- und Höchstgerichte zur Ausfüllung des Begriffs der nationalen Identität.¹⁴⁴ Da das Unionsrecht kein dem Art. 267 AEUV entsprechendes Vorlageverfahren vom EuGH an nationale Höchstgerichte kennt, muss der EuGH des Weiteren darauf hinwirken, dass das einschlägige nationale Verständnis in das Verfahren eingebracht wird. Die Kompetenzen hierzu stehen ihm zu.¹⁴⁵ Auf dieser Informationsgrundlage hat der Gerichtshof dann die aus dem Achtungsgebot in Art. 4 Abs. 2 EUV folgende Abwägung zwischen mitgliedstaatlichem Interesse und unionalem Interesse vorzunehmen. Dabei hat er die Belange der Mitgliedstaaten vollumfänglich in die Abwägung einzustellen; auch gibt es keinen prinzipiellen Vorrang von Unionsinteressen.

Es ist dem europäischen Verfassungspluralismus jedoch auch immanent, dass eine Entscheidung des EuGH eine entsprechende Rechtsfrage nicht abschließend entscheidet, da es an einer hierarchischen Ordnung fehlt.¹⁴⁶ Das Unionsrecht kann daher nicht verhindern, dass mitgliedstaatliche Verfassungs- und Höchstgerichte die Identitätsfrage aus verfassungsrechtlicher

¹⁴² Ähnlich im Zusammenhang mit der Ultra vires-Kontrolle BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 61, 66. Zur Offenheit des Grundverhältnisses zwischen mitgliedstaatlichem Verfassungs- und Unionsrecht A. von Bogdandy (Anm. 116), 50 ff.

¹⁴³ Vgl. poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, EuR 2006, 236, 243.

¹⁴⁴ So bereits zu den Begriffen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit EuGH, Rs. C-36/75, *Rutili*, Slg. 1975, 1219 Rn. 26 f.; Rs. C-30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 33/35; Rs. C-54/99, *Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335 Rn. 17; Rs. C-33/07, *Gheorghe Jipa*, Slg. 2008, I-5157 Rn. 23. Zum Begriff der öffentliche Sittlichkeit EuGH, Rs. C-34/79, *Henn u. Derby*, Slg. 1979, 3795 Rn. 15.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 24 der Satzung des Gerichtshofes.

¹⁴⁶ S. Kadelbach (Anm. 3), 228 ff.

Sicht anders deuten. Dies ist der akzeptable Preis einer Verfassungsstruktur, die Union und Mitgliedstaaten insgesamt weit angemessener ist als eine hierarchische Ordnung.¹⁴⁷

Dieses pluralistische Modell kann jedoch nur erfolgreich sein, wenn sich die mitgliedstaatlichen Gerichte und der EuGH tatsächlich am Grundsatz loyaler Zusammenarbeit ausrichten.¹⁴⁸ Dies erfordert seitens der mitgliedstaatlichen Gerichte eine enge Auslegung verfassungsrechtlicher Identitätsvorbehalte¹⁴⁹ sowie insgesamt eine Judikatur, wie sie das BVerfG mit dem Begriff der Europarechtsfreundlichkeit bezeichnet.¹⁵⁰ Leiten lassen sollten sich mitgliedstaatliche Gerichte bei ihrer Auslegung verfassungsrechtlicher Vorbehalte auch von der Verantwortung, die sie nicht nur für die nationale Rechtsordnung, sondern für den europäischen Rechtsraum insgesamt haben, den sie durch entsprechende Entscheidungen unweigerlich mitgestalten. Mit anderen Worten: Die unionsweiten Konsequenzen mitgliedstaatlicher Rechtsprechung sind zu berücksichtigen.¹⁵¹

Dass dieser Grundsatz im Rahmen loyaler Zusammenarbeit mit dem EuGH fruchtbar gemacht werden kann, hat das BVerfG jüngst im *Honeywell*-Beschluss gezeigt. Dort räumte es im Grundsatz dem Rechtsschutz gegen Unionsmaßnahmen vor dem EuGH Vorrang ein und beschränkte seine eigene Aufgabe darauf zu überprüfen, ob Handlungen der Union Unionskompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben, mithin also hinreichend qualifiziert und offensichtlich kompetenzwidrig sind und zusätzlich eine erhebliche Kompetenzverschiebung im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Union bedingen.¹⁵² Als Ausdruck des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit nutzte das BVerfG damit den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit, um die verfassungsrechtlichen Vorbehalte gegenüber dem

¹⁴⁷ Grundlegend zu Heterarchie als Baustein von Verfassungsordnungen in der Union und den USA *D. Halberstam* (Anm. 4), 326 ff.

¹⁴⁸ *P. M. Huber* (Anm. 2), Rn. 80 f. Ähnlich auch *R. Wahl*, Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten, *Der Staat* 48 (2010), 587, 603 ff.

¹⁴⁹ Die Situation ist ähnlich zu sehen wie bei der Anwendung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit EuGH, Rs. C-36/75, *Rutili*, Slg. 1975, 1219 Rn. 26/28; Rs. C-30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 33 f.; Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609 Rn. 30; Rs. C-33/07, *Gheorghe Jipa*, Slg. 2008, I-5157 Rn. 23; Rs. C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 2008, I-4323 Rn. 50. Ähnlich im Rahmen der Ultra vires-Kontrolle BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 58 ff.

¹⁵⁰ BVerfGE 123, 267, 347, 354, 401 (2009); Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 58; poln. Verfassungsgericht, Az. K 18/04 vom 11.5.2005, *EuR* 2006, 236, 240.

¹⁵¹ Näher *A. von Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, *NJW* 81 (2010), 1.

¹⁵² BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, Absatz-Nr. 58 ff.

absoluten Vorrang des Unionsrechts mit der Aufgabe des EuGH zu koordinieren, das Unionsrecht auszulegen und für dessen einheitliche Anwendung zu sorgen. Von den gleichen Überlegungen, insbesondere dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit, muss auch eine künftige Identitätskontrolle getragen sein.

V. Verbundstruktur und Gewaltenteilung

Die pluralistische Konzeption des Verhältnisses zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht gewinnt mit der Einführung der fortentwickelten Identitätsklausel in Art. 4 Abs. 2 EUV an positivrechtlicher Substanz. Das Verfassungskollisionsrecht tritt an den Rand, indem der europäische Verfassungsverbund unionsrechtlich weiter konstitutionalisiert wird. Dies überwindet die "Blindheit" des Unionsrechts gegenüber den Vorbehalten des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts und damit den absoluten Vorrang des Unionsrechts. Zwar hatte der EuGH auch bisher schon mitgliedstaatliches Verfassungsrecht, vor allem mitgliedstaatliche Grundrechte, in seiner Rechtsprechung zu den europäischen Grundfreiheiten berücksichtigt. Jedoch war dies nicht durch eine unionsrechtlich ausdrücklich festgelegte Verpflichtung zur Beachtung mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts und dessen konkurrierenden Vorranganspruchs bedingt. Hierzu gibt es jetzt eine neue Rechtslage, weil mit Inkrafttreten der fortentwickelten Identitätsklausel nun primärrechtlich eine explizite Absage an hierarchische Ordnungsvorstellungen im Verhältnis zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht erteilt wird.

Auch prozessual löst Art. 4 Abs. 2 EUV das Verhältnis zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichtsbarkeit nicht durch hierarchische Ordnungsmodelle. Der EuGH hat zwar die Auslegungshoheit über den unionsrechtlichen Begriff nationaler Identität in Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, seine Interpretation muss aber der Befugnis nationaler Verfassungsgerichte zur Bestimmung der verfassungsgestützten nationalen Identität Raum geben. Die Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte wiederum ist in Rücksichtnahme auf europäische Belange auszuüben. Die in einem pluralistischen Verfassungsverbund nicht lösbare Frage einer übergreifenden "Letztentscheidungsbefugnis" wird so durch die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht des EuGH und der Verfassungsgerichte prozessual weitestgehend eingeeht. Die verbleibende Möglichkeit der Kollision kann man verfassungsrechtlich als Mechanismus echter Gewaltenteilung deuten, die

ZaöRV 70 (2010)

eine effektive Kontrolle von Hoheitsausübung auf mitgliedstaatlicher und unionaler Ebene und deren Festlegung auf Gemeinwohlinteressen sichert.¹⁵³

¹⁵³ Die so entstehende Konstellation ist überdies keineswegs völlig unbekannt, wie andere föderativ organisierte Gemeinwesen zeigen, in denen parallele Rechtsschutzmöglichkeiten auf Bundesebene und gliedstaatlicher Ebene existieren. Zur Bedeutung der Gerichte der Bundesstaaten in den USA *W. J. Brennan*, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, *Harv. L. Rev.* 90 (1977), 489; *P. Brace/M. Gann Hall*, *Is Judicial Federalism Essential to Democracy? State Courts in the Federal System*, in: K. L. Hall/K. T. McGuire (Hrsg.), *The Judicial Branch*, 2005, 174. Rechtsvergleichend zu den USA auch *F. C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung* (Anm. 2), 275 ff. Zur Bedeutung von Landesverfassungen und Landesverfassungsgerichten in der Bundesrepublik *U. Sacksofsky*, *Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer*, *NVwZ* 3 (1993), 235. Umfassend, einschließlich rechtsvergleichender Perspektiven, *C. Starck/K. Stern* (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 1983. Grundlegend zu Heterarchie in Verfassungsordnungen auch *D. Halberstam* (Anm. 4), S. 326 ff.