

Das Verfassungsgericht als Hüter nationaler Verfassungsidentität?

Pál Sonnevend

Gliederung

- I. Die Geburt der Verfassungsidentität unter der Geltung des Grundgesetzes
 - A. Identität gegen Wortlaut – der Solange-I-Beschluss
 - B. Identität jenseits des Wortlauts – das Lissabon-Urteil
- II. Art 4 Abs 2 EUV erkennt nicht die Verfassungsidentität als Vorbehalt gegen den absoluten Vorrang des Unionsrechts an
- III. Rechtsvergleichend betrachtet ist die Verfassungsidentität eher ein gemeinsamer Schlachtruf als ein gemeinsamer Nenner
- IV. Die Hütung der Identität der Verfassung gehört nicht zur Kernaufgabe eines Verfassungsgerichts

Der Siegeszug des Konzepts der Verfassungsidentität seit dem Lissabon-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹ ist das beste Beispiel dafür, wie wichtig die treffende Begriffsbildung für den Erfolg einer dogmatischen Figur jenseits ihrer normativen Grundlagen sein kann. Die Reihe der Verfassungsgerichte, die seitdem die Identität ihrer jeweiligen Verfassung gefunden haben, ist lang, während die normativen Grundlagen der Identitäten sehr unterschiedlich sind. Vereint sind diese Identitätsrechtssprechungen in Einem: sie berufen sich auf die Identität der zugrunde liegenden Verfassung im Kontext des Verhältnisses des Unionsrechts und des nationalen Rechts als eine Integrationsschranke. Dabei wird häufig auf Art 4 Abs 2 EUV Bezug genommen mit der These, der Begriff der „verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten im Wortlaut von Art 4 Abs 2 EUV decke sich mit dem der Verfassungsidentität.²

In diesem Beitrag plädiere ich dafür, dass die Verfassungsidentität von ihrer Geburt an eine Integrationsschranke jenseits deren normativen Grund-

1 BVerfGE 123, 267.

2 Puttler in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ (2016) Art 4 EUV Rz 17.

lagen war (I.) und dass Art 4 Abs 2 EUV die Verfassungsidentität nicht als Integrationssschranke anerkennt (II.). Rechtsvergleichend stellt die Verfassungsidentität eher einen Schlachtruf als einen gemeinsamen Nenner dar (III.). Daraus ergibt sich die Folgerung, dass die Hütung der Identität der Verfassung nicht zur Kernaufgabe eines Verfassungsgerichts gehört (IV.)

I. Die Geburt der Verfassungsidentität unter der Geltung des Grundgesetzes

A. Identität gegen Wortlaut – der Solange-I-Beschluss

Die Geburt der Verfassungsidentität als normatives Konzept im Europäischen Rechtsraum kann mit dem Solange-I-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts³ verknüpft werden. Bekanntlich ging es hier nicht darum, die Identität des Grundgesetzes als selbstständige Integrationssschranke zu aktivieren. Das Anliegen war vielmehr eine Lücke im Grundrechtsschutz zu füllen, die aus der Kombination des Mangels an effektiven Grundrechtsschutzes durch die EWG und des absoluten Vorrangs⁴ des Gemeinschaftsrechts entstanden war. In einer Gemeinschaft, wo das Europäische Parlament nur eine marginale Rolle an der Gesetzgebung durch das Anhörungsrecht spielte, weswegen das gemeinschaftliche Handeln fast ausschließlich über die ihrerseits demokratisch legitimierten, im Rat der EWG tätigen Exekutiven der Mitgliedstaaten legitimiert wurde, und gleichzeitig ein Vorrang von jeder Art von Gemeinschaftsrecht selbst vor den nationalen Verfassungen vom EuGH⁵ behauptet wurde, wobei kein mit dem Grundgesetz nur annähernd vergleichbarer Grundrechtsschutz vorzufinden war, lag es an der Hand, den Schutz der Grundrechte der nationalen Verfassung vorzubehalten.

Das Vorhaben, die Letztentscheidungsbefugnis in Sachen Grundrechtsschutz zu behaupten, schien allerdings aus deutscher Sicht den Wortlaut der damaligen Integrationsklausel, Art 24 GG, zuwiderzulaufen. Denn Art 24 GG – sowie die heutige Integrationsklausel Art 23 GG – ermächtigt seinem Wortlaut nach die Bundesrepublik, „Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen“ zu „übertragen“.⁶ Da der EuGH seit dem Anfang seiner Rechtsprechung die Autonomie des Gemeinschaftsrechts pos-

3 BVerfGE 37, 271.

4 *Von Bogdandy/Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, ZaöRV 2010, 701.

5 EuGH C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, Rn 3.

6 Art 24 Abs 1 GG: „Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen.“; Art 23 Abs 1 S 2 GG „Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen.“

tulierte,⁷ die nichts anderes als die völlige Loslösung des Gemeinschaftsrechts von seiner verfassungsrechtlichen Grundlagen bedeutete, musste aus dem Gesichtspunkt des Bundesverfassungsgerichts durch eine kreative Auslegung sichergestellt werden, dass der Abschluss der Gründungsverträge aufgrund von Art 24 GG nicht als eine völlige Aufgabe des Herrschaftsanspruchs des Grundgesetzes im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts angesehen werden kann. Andernfalls hätte man die Autonomie des Gemeinschaftsrechts und seinen grenzenlosen Vorrang vor den Verfassungen der Mitgliedstaaten hinnehmen müssen.

Der Wortlaut des Art 24 GG stand diesem Vorhaben in dem Sinne im Wege, dass die Übertragung von Hoheitsrechten naturgemäß das Auslösen der übertragenen Hoheitsrechte auf der Seite der Bundesrepublik bedeuten sollte. Am Anfang gab es dementsprechend Stellungnahmen in der Literatur, welche die Meinung vertraten, dass die Mitgliedstaaten Teile ihrer Hoheitsgewalt zugunsten der EWG abgetreten hätten.⁸

Der Begriff Verfassungsidentität kommt erst in diesem Kontext zum Zuge, als Teil der Begründung der heute als eindeutig herrschenden Lehre⁹ anerkannten These, „Art 24 GG ermächtigt[e] nicht eigentlich zur Übertragung von Hoheitsrechten, sondern öffn[e] die nationale Rechtsordnung (in der angegebenen Begrenzung) derart, daß der ausschließliche Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen w[e]rd[e].“¹⁰ Zwar spreche Art 24 GG von der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, jedoch könne „[d]as [...] nicht wörtlich genommen werden.“¹¹

7 Erstmal EuGH C-10/55, *Mirossevich v High Authority*, Schlussanträge des Generalanwalts Lagrange, ECLI:EU:C:1956:9; EuGH C-26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, 25: „Aus alledem ist zu schließen, daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben“; EuGH C-6/64, *Costa v. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66, 1270: „Aus alledem folgt, daß dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll [...].“ Mit der gleichen Wortlaut das bereits zitierte EuGH C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, Rn 3.

8 *Flint*, Die Übertragung von Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG (1998) 15 ff.

9 Siehe *Callies* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar (93. EL, Oktober 2020) Art 24 GG Rn 39.

10 BVerfGE 37, 271, 279.

11 BVerfGE 37, 271, 279.

Warum Art 24 GG nicht wörtlich genommen werden kann, folgt für das Bundesverfassungsgericht aus der Identität des Grundgesetzes. Denn Art 24 GG eröffne nicht den Weg, „die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung [...] zu ändern.“¹² Demnach begrenzt Art 24 GG die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, indem an ihm eine Vertragsänderung scheitert, „die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde. Und dasselbe würde für Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts gelten, die [...] in derselben Weise die dem Grundgesetz wesentlichen Strukturen berühren würden.“¹³

Die Identität der Verfassung wird in diesem Sinne herangezogen, die Theorie der verfassungsrechtlichen Ermächtigungen gegen den Wortlaut des Art 24 GG zu begründen. Dass das Bundesverfassungsgericht hier einen konkreten Zweck – nämlich die Gewährleistung eines adäquaten Grundrechtsschutzes im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts – folgt, wird besonders deutlich dadurch, dass das Solange-I-Entscheidung die Identität der Verfassung nicht – wie das Lissabon-Urteil – aus der Ewigkeitsgarantie des Art 79 Abs 3 GG ableitet, sondern den Grundrechtsteil des Grundgesetzes als ein „zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale“ bezeichnet. Dabei hätte das Bundesverfassungsgericht genügende Anhaltspunkte im Wortlaut von Art 79 Abs 3, insoweit diese Bestimmung unter anderem die Menschenwürdegarantie für unabänderbar erklärt. Geht man davon aus, dass jedes Grundrecht auch einen Menschenwürdegehalt innehat, so hätte der Rückgriff auf die Ewigkeitsgarantie bei der Bestimmung der Identität des Grundgesetzes den Zweck erfüllt, einen Grundrechtsschutz gegenüber dem Gemeinschaftsrecht aufzubauen. Der dogmatische Weg für die Ableitung der Grundrechte aus der Menschenwürdegarantie wurde bereits von *Günter Dürig* vorbereitet, der schon 1956 dafür plädierte, die Grundrechte als Ausdruck eines Wertesystems anzusehen, in dem die einzelnen Grundrechte die Konkretisierung der als ein oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts verstandene Menschenwürde sind.¹⁴ Eine ähnliche Betrachtungsweise macht sich auch das Bundesverfassungsgericht inzwischen eigen, indem im Beschluss zum Europäischen Haftbefehl vom 15. Dezember 2015 festgestellt wird, das Bundesverfassungsgericht gewährleiste im Wege der Identitätskontrol-

12 BVerfGE 37, 271, 279.

13 BVerfGE 37, 271, 279 f.

14 *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertesystems der Grundrechte aus Art 1 Abs. I in Verbindung mit Art 19 Abs II des Grundgesetzes, AöR 1956, 117 (119 ff); siehe auch die Kommentierung des Art 1 GG in der ersten Auflage des über Jahrzehnte maßgebliche Kommentars: *Dürig in Maunz/Dürig*, Grundgesetz (1958) Art 1 Abs. 1.

le den gemäß Art 23 Abs 1 Satz 3 in Verbindung mit Art 79 Abs 3 und Art 1 Abs 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall.¹⁵

Warum die Verfassungsidentität nicht zugleich aufgrund des Art 79 Abs 3 definiert wurde, lässt sich vermutlich auf zwei Gründe zurückführen. Erstens hätte ein auf Art 79 Abs 3 iVm Art 1 basierender Grundrechtsschutz nur den Menschenwürdegehalt der Grundrechte, nicht aber den gesamten Grundrechtskatalog des Grundgesetzes gegenüber der EWG geschützt – anders als das Ergebnis des Solange-I-Beschlusses. Zweitens war zum Zeitpunkt des Solange-I-Beschlusses das Bundesverfassungsgericht offenbar noch nicht bereit, die Thesen von *Dürig* aufzugreifen und die Grundrechte als Konkretisierung der Menschenwürdegarantie anzusehen.

Auf jeden Fall wird das rechtspolitische Motiv bereits bei der ersten Anwendung der Verfassungsidentität anschaulich. Sie wird gegen den Wortlaut des Grundgesetzes verwendet, um einen Vorbehalt gegen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts aufzubauen.

B. Identität jenseits des Wortlauts – das Lissabon-Urteil

War die erste Verwendung des Begriffs Verfassungsidentität durch den Mangel an einem entsprechenden Grundrechtsschutz durch die EWG motiviert, beruht seine Neuerfindung im Lissabon-Urteil auf einem anderen vermeintlichen Manko der Integration, nämlich dem viel heraufbeschworenen Demokratiedefizit der Europäischen Union. Ausgangspunkt ist nämlich die Feststellung, die EU erreiche beim gegenwärtigen Integrationsstand auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon noch keine Ausgestaltung, die dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht.¹⁶ Vor allem folgt dieses Demokratiedefizit nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts daraus, dass die degressiv proportionale Zusammensetzung des Europäischen Parlaments zwischen dem völkerrechtlichen Prinzip der Staatengleichheit und dem staatlichen Prinzip der Wahlrechtsgleichheit steht.¹⁷

Vor diesem Hintergrund wird nunmehr die Verfassungsidentität als ein Schutzinstrument der Demokratie eingesetzt. Dass hier Art 79 Abs 3 zugrunde gelegt wird, liegt an der Hand. Wenn die Identität eines Wesens durch seine sich nicht ändernde Aspekte bestimmt werden kann,¹⁸ so bietet sich die Ewigkeitsgarantie als handfeste normative Grundlage der Verfassungsidentität selbstverständlich an. Zumal die Identitätskontrolle im Lis-

15 BVerfGE 140, 317.

16 BVerfGE 123, 267, 370.

17 BVerfGE 123, 267, 374.

18 So *Rosenfeld*, Constitutional Identity, in *Rosenfeld/Sajó* (eds), Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012) 756.

sabon-Urteil formell gar kein Vorbehalt gegen den Vorrang des Unionsrechts ist, da sie sich auf die Möglichkeit der Übertragung von Kompetenzen auf die Union bezieht. Vor der Übertragung einer Kompetenz besteht noch kein Unionsrecht, das Vorrang vor dem nationalen Recht beanspruchen würde. Insoweit ist die Verfassungsidentität als Integrationssschranke gemäß dem Lissabon-Urteil trotz ihrem in Bezug auf das Demokratieprinzip unionskritischen Ausgangspunkt mit dem Vorrang des Unionsrechts problemlos vereinbar.

Bei alledem ist das Rechtspolitische bei der näheren Ausgestaltung der sich aus der Verfassungsidentität ergebenden Schranken nicht zu verkennen. Denn die Liste der Kompetenzen, die gemäß dem Lissabon-Urteil wegen der fehlenden demokratischen Legitimation der EU ohne die Verletzung des durch Art 79 Abs 3 geschützten Demokratieprinzips nicht übertragen werden können,¹⁹ ist beliebig. Nach keiner anerkannten juristischen Auslegungsmethode kann aus dem Demokratieprinzip abgeleitet werden, warum ausgerechnet dieser weit gefasste Kompetenzkatalog nicht auf die EU übertragbar, aber eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und eine gemeinsame Währung mit dem dazu gehörenden institutionellen und rechtlichen Rahmen auf der Ebene der Union ohne weiteres zulässig ist.²⁰

Zu einem echten Vorbehalt gegen den Vorrang des Unionsrechts mußt die Verfassungsidentität erst mit der Subsumption beider früher entwickelten Vorbehalte, des Grundrechtsvorbehalts und des *ultra vires*-Vorbehalts unter der Verfassungsidentität.²¹ Erst wird der *ultra vires*-Vorbehalt mit der Verfassungsidentität verknüpft: im OMT-Beschluss weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, eine Fortbildung ursprünglich verfassungsmäßiger Einzelermächtigungen durch die EU, welche die Verfas-

19 BVerfGE 123, 267, 358 „Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehören unter anderem die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände, vor allem bei intensiven Grundrechtseingriffen wie dem Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen. Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.“

20 Nach den Worten von *Ewald Wiederin*: „Die Ergebnisse folgen nicht aus den Maßstäben, und die Maßstäbe folgen nicht aus dem positiven Recht“. *Wiederin*, Deutschland über Alles. Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ÖJZ 2010, 398 (405).

21 Zu dieser Entwicklung s. ausführlich *Callies*, 70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen“?, NVwZ 2019, 684.

sungsidentität berührte, erfolgte *ultra vires*.²² Das OMT-Urteil bestätigt dies, insoweit festgestellt wird, dass hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen zugleich die Identität der Verfassung berühren (vgl. oben Rn 121 ff), weswegen die *ultra vires*-Kontrolle einen besonderen Anwendungsfall des allgemeinen Schutzes der Verfassungsidentität durch das Bundesverfassungsgericht darstellt.²³ Zugleich betont das Bundesverfassungsgericht, die Identitätskontrolle einerseits und die *ultra vires*-Kontrolle andererseits stehen als eigenständige Prüfverfahren nebeneinander.²⁴ Trotz der hieraus resultierenden Unklarheit beim Verhältnis der beiden Vorbehalte²⁵ lässt sich festhalten, dass die Inanspruchnahme der Möglichkeit der Überprüfung von Sekundärakten der EU anhand der mit dem *ultra vires*-Vorbehalt verbundenen Verfassungsidentität die Identitätskontrolle in einen wahren Vorbehalt gegen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts verwandelt.

Das Gleiche gilt für die Verknüpfung des Grundrechtsvorbehalts mit der Identitätskontrolle im bereits zitierten Beschluss zum Europäischen Haftbefehl.²⁶ Der auch als Solange-III-Entscheidung bezeichnete²⁷ Beschluss nimmt im Einzelfall eine Prüfung am Maßstab der Menschenwürdegarantie des deutschen Grundgesetzes vor, ohne vorhin im Sinne der Solange-II-Rechtsprechung ein generelles Absinken des Standards des Grundrechtsschutzes durch die EU festzustellen. Begründet wird diese Abkehr der Zurückhaltung von Solange II damit, dass die Menschenwürdegarantie Teil der durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsidentität sei und als solche einen unabdingbaren Schutz durch das Grundgesetz genieße. Ob hierdurch die durch die Solange-II-Rechtsprechung eingeführte zweistufige Anwendung des Grundrechtsvorbehalts (erst die Prüfung des generellen Standards des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Zulässigkeit, dann eventuell eine inhaltliche Prüfung) ausgehebelt wird, und dadurch womöglich die gesamte Solange-II-Rechtsprechung obsolet wird, kann dahingestellt bleiben. Wichtiger ist, dass die Verfassungsidentität nunmehr auch im Grundrechtsbereich als ein Vorbehalt gegen den Vorrang des Unionsrechts fungiert.

Auffällig ist, dass die Verfassungsidentität sowohl im Solange-I-Beschluss als auch seit dem Lissabon-Urteil ausschließlich im Verhältnis zum Unionsrecht herangezogen wird. Ist die Identität der Verfassung eine sich

22 BVerfGE 134, 366, 384. Siehe auch *Wendel*, Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference, *European Constitutional Law Review* 2014, 263–307.

23 BVerfGE 142, 123, 203.

24 BVerfGE 142, 123, 203.

25 Siehe *Mayer* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (71. EL, August 2020) Art 19 EUV Rn 88.

26 BVerfGE 140, 317.

27 So zB *Callies*, NVwZ 2019, 684 (689).

aus der Ewigkeitsgarantie des Art 79 Abs 3 ergebende absolute Grenze, so soll sie auch gegen den grundgesetzändernden Gesetzgeber relevant sein. Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht noch keine Gelegenheit hatte, diesen Aspekt in Bezug auf Grundgesetzänderungen herauszuarbeiten, zeigt auch das Fehlen der diesbezüglichen Diskussion, dass der Begriff nicht als allgemeine Orientierung für die Fortentwicklung des Grundgesetzes, sondern im Sinne der Selbsterhaltung gegenüber der EU entstanden ist.

Damit ergibt sich ein Bild der Verfassungsidentität im Sinne des Grundgesetzes, das ebenso defensiv wie rechtspolitisch motiviert ist. Denn die Identität der Verfassung wird defensiv eingesetzt, als Schranke der Kompetenzübertragung auf oder Kompetenzzusübung durch die EU (EWG). Ein Schutz gegenüber dem Verfassungsgeber wird nicht thematisiert. Das Rechtspolitische wird daran deutlich, dass die Dikta entweder vom Wortlaut des Grundgesetzes abweichen oder weit darüber hinausgehen.

II. Art 4 Abs 2 EUV erkennt nicht die Verfassungsidentität als Vorbehalt gegen den absoluten Vorrang des Unionsrechts an

Es wird immer wieder versucht, die Konformität der Verfassungsidentität mit dem Unionsrecht unter Hinweis auf Art 4 Abs 2 EUV herzustellen. Auf dem ersten Blick scheint das an der Hand zu liegen, da der Wortlaut des Art 4 Abs 2 EUV die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten vorschreibt, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Grundlegende verfassungsmäßige Strukturen als Ausdruck der nationalen Identität scheinen *prima facie* eine Umschreibung der Verfassungsidentität zu sein.

In diesem Sinne plädierten im Schrifttum viele dafür, dass Art 4 Abs 2 EUV letztendlich die Achtung der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten durch die EU gewährleistet.²⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht schien sich zunächst im Lissabon-Urteil diese Sichtweise eigen zu machen, als das Urteil betont, die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen (Verfassungs-)Identität im europäischen Rechts-

28 *Besselink*, National and Constitutional Identity before and after Lisbon, *Utrecht Law Review* 2010/3, 36 (37); *Konstadinides*, Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 13/2011, 195; *van der Schyff*, The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU, *European Law Review* 2012, 563; *Orbán*, Alkotmányos identitás az Európai Unióban (2021) 102 ff.

raum gingen Hand in Hand.²⁹ Im OMT-Beschluss koppelt das Bundesverfassungsgericht zunächst die Identitätskontrolle von der nationalen Identität des Art 4 Abs 2 EUV ab.³⁰ Das OMT-Urteil stellt allerdings wieder fest, die Identitätskontrolle verstoße nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art 4 Abs 3 EUV, da sie „in Art 4 II 1 EUV der Sache nach angelegt“ sei.³¹ Auf dieser Grundlage gehen die Kommentierungen des Grundgesetzes davon aus, dass sich der Begriff der verfassungsmäßigen Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland mit dem der Verfassungsidentität decke, die ihrerseits über Art 79 Abs 3 GG definiert wird.³² Die Achtung der nationalen Verfassungsidentität obliege mit dem Vertrag von Lissabon nach Art 4 Abs 2 EUV sogar ganz ausdrücklich auch der EU und damit dem EuGH,³³ denn Art 4 Abs 2 EUV verpflichte die Union die Selbstverständnisse nationaler (Verfassungs-)Identitäten der Mitgliedstaaten zu achten.³⁴

Dieser Sichtweise wird von anderen Verfassungsgerichten in Europa gefolgt. Am deutlichsten formuliert dies das polnische Verfassungsgericht, das die Verfassungsidentität und die nationale Identität im Sinne des Unionsrechts als äquivalent bezeichnet.³⁵

Oberflächlich betrachtet scheint der EuGH bereit zu sein, diesen Anspruch anzuerkennen. Oft wird in diesem Zusammenhang auf den berühmten Fall *Sayn-Wittgenstein* hingewiesen, wo der Gerichtshof akzeptierte, dass „im Kontext der österreichischen Verfassungsgeschichte das Adelsaufhebungsgesetz als Teil der nationalen Identität bei der Abwägung legitimer Belange auf der einen Seite und dem vom Unionsrecht gewährten Recht der Freizügigkeit von Personen auf der anderen berücksichtigt werden“ könne.³⁶ Noch weiter scheinen die Schlussanträge vom Generalanwalt *Maduro* in der Rechtssache *Michaniki* zu gehen, die ausdrücklich die These vertreten, die Europäische Union sei verpflichtet, die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten zu respektieren. Nach der Ansicht von *Maduro* liegt es auf der Hand, „dass diese nationale Identität die verfassungsmäßige Identität des Mitgliedstaats umfass[e].“³⁷

29 BVerfGE 123, 267, 354.

30 BVerfGE 134, 366, 386.

31 BVerfGE 142, 123, 196.

32 *Puttler* in *Calliess/Ruffert* Art 4 EUV Rn 17.

33 *Mayer* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Art 19 EUV Rn 89.

34 *Calliess*, NVwZ 2019, 684 (689).

35 Urteil vom 24. November 2010 des polnischen Verfassungsgerichts (AZ K 32/09.) zum Lissabon Vertrag, 23: „An equivalent of the concept of constitutional identity in the primary EU law is the concept of national identity“, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf.

36 EuGH C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, Rn 83.

37 EuGH C-213/07, *Michaniki*, Schlussanträge GA Maduro, ECLI:EU:C:2008:544, Rn 31.

Dass Art 4 Abs 2 EUV die Union zur Achtung der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten verpflichtet, kann schon anhand des Wortlauts dieser Bestimmung nicht bezweifelt werden. Es liegt auch auf der Hand, dass die Union diese verfassungsmäßigen Strukturen nicht selber definieren kann,³⁸ sondern als Teil der nationalen Rechtsordnungen als Gegebenheit vorfindet. Was zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten zählt, wird durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen selbst bestimmt.³⁹ Es ist daher nicht die Frage, ob die Union durch Art 4 Abs 2 EUV zur Achtung der durch das nationale Verfassungsrecht geformten Verfassungsidentität verpflichtet ist. Es geht vielmehr darum, wie diese Achtung erfolgen soll. Dabei soll zwischen Inhalt und Wirkungsweise unterschieden werden.

Verfechter der Verfassungsidentität würden dem nationalem Recht nicht nur die Bestimmung des Inhalts der jeweiligen Identität der Verfassung vorbehalten, sondern auch die Letztentscheidungsbefugnis darüber, welche Rechtsfolgen eine eventuelle Verletzung der Identität mit sich bringen würde. Betrachtet die nationale Rechtsordnung die Verfassungsidentität als eine absolute Schranke gegenüber dem Vorrang des Unionsrechts, so würde diese Sichtweise die Anerkennung dieses Anspruchs aufgrund von Art 4 Abs 2 EUV fordern.

Eine solche Auslegung entspricht aber nicht der Rechtsprechung des EuGH. Erstens verweist der EuGH stets auf die nationale Identität der Mitgliedstaaten, und vermeidet konsequent den Gebrauch des Begriffs Verfassungsidentität. So folgte der EuGH auch in der bereits erwähnten Rechtssache *Michaniki* nicht dem Vorstoß des Generalanwalts, und ließ die Verfassungsidentität unerwähnt.⁴⁰ Zweitens – und das ist der entscheidende Punkt – der EuGH erkennt nirgends an, dass die Verfassungsidentität eine Ausnahme zum absoluten Vorrang des Unionsrechts darstellen würde. Der Gerichtshof berücksichtigt die nationale Identität stets bei der Frage, ob die vom Unionsrecht selbst eingeräumte Einschränkungen einer Grundfreiheit vom Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden können. Die vom Mitgliedstaat postulierte Verfassungsidentität ist demnach nicht mehr und nicht weniger als ein legitimer Belang im Rahmen einer vom Unionsrecht vorgesehenen und nach autonom unionsrechtlichen Kriterien erfolgenden Abwägung.⁴¹ Das bedeutet natürlich auch, dass die grundlegenden Verfassungsstrukturen eines Mitgliedstaates als Teil der öffentli-

38 *Puttler* in *Calliess/Ruffert* Art 4 EUV Rz 16.

39 *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (71. EL, August 2020) Art 4 EUV Rn 15.

40 EuGH C-213/07, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731.

41 *Wendel*, *European Constitutional Law Review* 2014, 263 (287).