

Integrationsgrenze Verfassungsidentität –

Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive

*Maja Walter**

Einleitung	178
I. Nationale Verfassungsidentität aus europäischer und mitgliedstaatlicher Perspektive	179
1. Unionsrechtliche Grundlagen – Art. 4 Abs. 2 EUV als argumentativer Ausgangspunkt der nationalen Verfassungsgerichte	179
2. Verfassungsidentität aus deutscher Perspektive – Integrationsgrenze mit doppelter Ausrichtung	181
3. Verfassungsidentität aus französischer Perspektive – Modellierung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips	184
II. Spezifische Probleme und Erklärungsansätze für den Rekurs auf nationale Verfassungsidentität als Integrationsgrenze	189
1. Unklarheiten eines politisch-gesellschaftlich ausgefüllten Identitätsbegriffs	190
2. Integrationsbedingte und mitgliedstaatliche Erklärungsansätze	192
III. Handhabbarkeit von Identitätskonzeptionen durch Vorabentscheidungsverfahren	195
1. Für sich nicht ausreichender Verweis auf den Achtungsanspruch aus Art. 4 Abs. 2 EUV	195
2. Konstruktive Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH	196
IV. Abschließende Überlegungen	199

Abstract

Der Beitrag greift einzelne Aspekte aus der deutschen und französischen Verfassungsjudikatur sowie der jeweiligen innerstaatlichen Diskussion auf, um daran die Ausgestaltung verschiedener mitgliedstaatlicher Identitätsvorbehalte gegenüber der europäischen Integration darzustellen. Daran anknüpfend wird der Frage nachgegangen, ob sich die Kritikpunkte des deutschen Identitätsvorbehalts auch nach anderen nationalen Identitätskonzepten

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld. Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrags, den die Autorin im Rahmen des 6. Deutsch-Französischen Doktorandenseminars zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht im Juni 2011 im Centre Marc Bloch, Berlin, gehalten hat. Für wertvolle Hinweise und hilfreiche Anregungen bedankt sich die Verfasserin bei Prof. Dr. *Franz C. Mayer*, LL.M. (Yale) sowie den Diskussionsteilnehmern des Seminars.

ten ergeben. Obwohl die Reichweite der inhaltlichen Ausformung durch das Bundesverfassungsgericht und den Conseil constitutionnel sowie die primäre Zielrichtung der beiden Kontrollvorbehalte zwischen einer Grenze für weitere Vertragsänderungen und einer Modellierung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips variieren, lassen sich auf diese Weise generelle Probleme des aktuellen Identitätsthemas aufzeigen, die in der allgemeinen Unschärfe eines politisch-gesellschaftlich ausgefüllten Identitätsbegriffs begründet sind. Aus der Integrationsbedingtheit von Identitätsbestimmungen ergeben sich zudem mitgliedstaatenübergreifende Erklärungsansätze dafür, dass gerade in den letzten Jahren solche Vorbehalte in der deutschen und französischen verfassungsgerichtlichen Judikatur etabliert wurden. Abschließende Überlegungen auch im Hinblick auf jüngere Entwicklungen in der EuGH-Rechtsprechung führen zurück auf die europäische Ebene, wo mit dem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) ein konstruktiver Lösungsansatz für Identitätsvorbehalte angesichts der europäischen Integration verfügbar ist.

Einleitung

Das Konzept einer nationalen Verfassungsidentität ist spätestens mit dem *Lissabon-Urteil*¹ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von 2009 zu einem zentralen Thema der europaverfassungsrechtlichen Debatte geworden. Insbesondere war die Entscheidung auch in diesem Zusammenhang bereits Gegenstand einer breit angelegten innerstaatlichen Diskussion, in der namentlich die neue verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle überwiegend kritisch besprochen wurde. Dabei wurden vor allem Bedenken gegen die konkrete Ausgestaltung eines solchen einseitigen Vorbehalts durch das BVerfG deutlich.

Vor dem Hintergrund der so geprägten innerstaatlichen Debatte lässt sich fragen, welche unionsrechtlichen Grundlagen für nationale Identitätskonzeptionen bestehen und wie Identitätsvorbehalte als Grenze der europäischen Integration in anderen Mitgliedstaaten in Stellung gebracht werden.

Die europaverfassungsrechtliche Dimension der nationalen Verfassungsidentität wird im Nachbarland Frankreich schon seit längerem diskutiert. Wie Deutschland ist Frankreich einer der größeren Mitgliedstaaten, welchem zudem im Rahmen der europäischen Integration eine dynamisierende Rolle zukommt. Vor diesem Hintergrund wird die jüngere Etablierung ge-

¹ BVerfGE 123, 267.

rade einer der Integration entgegengesetzten Grenze oder Schranke zu einem interessanten Untersuchungsgegenstand. Daher bietet sich ein deutsch-französischer Rechtsvergleich im Hinblick auf die jeweilige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur an (dazu I.). Die Betrachtung verschiedener Perspektiven ermöglicht weitergehende Erkenntnisse darüber, ob die Probleme, die sich für die deutsche Identitätskontrolle aus dem *Lissabon*-Urteil ergeben, auch nach anderen nationalen Identitätskonzepten auftreten und damit für entsprechende Vorbehalte gerade spezifisch sind. Im Brennpunkt der Betrachtung steht dabei die allgemeine Unschärfe eines politisch-gesellschaftlich ausgefüllten Identitätsbegriffs. Die Frage nach solchen mitgliedstaatenübergreifenden Problemen von Identitätskonzeptionen lässt sich durch Überlegungen zu parallelen Erklärungsansätzen für den Rekurs auf eine nationale Verfassungsidentität ergänzen, der neuerdings trotz eben dieser Probleme stattfindet. In diesem Zusammenhang können sich weitere Gemeinsamkeiten mitgliedstaatlicher Identitätsvorbehalte anhand der Integrationsbedingtheit von Identitätsbestimmungen nachzeichnen lassen (dazu II.). Anknüpfend an die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme lässt sich abschließend unter Berücksichtigung der jüngeren Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) der Frage nachgehen, inwieweit für gemeinsame Probleme unterschiedlicher Identitätskonzepte mit dem Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH ein einheitlicher Lösungsansatz verfügbar ist, der sowohl aus deutscher als auch aus französischer Perspektive eine konstruktive Handhabung von Identitätsvorbehalten im Zusammenhang mit der europäischen Integration ermöglicht (dazu III.).

I. Nationale Verfassungsidentität aus europäischer und mitgliedstaatlicher Perspektive

1. Unionsrechtliche Grundlagen – Art. 4 Abs. 2 EUV als argumentativer Ausgangspunkt der nationalen Verfassungsgerichte

Ein Ansatzpunkt für ein Konzept “nationaler Verfassungsidentität als Schranke der europäischen Integration” findet sich im europäischen Primärrecht, in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV (Vertrag über die Europäische Union): “Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen

ZaöRV 72 (2012)

und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Nach dieser Formulierung obliegt auch die Achtung der mitgliedstaatlichen “Verfassungsidentität” ausdrücklich der Europäischen Union (EU).² Feststellungen zur genauen inhaltlichen Ausgestaltung der Verfassungsidentität in den einzelnen Mitgliedstaaten kann diese Bestimmung indes nicht treffen. Sie gibt nur einen gewissen Rahmen vor, während sie zugleich selbst durch nationales Verfassungsrecht konturiert und inhaltlich näher ausgeformt wird.³ Der Identitätsbegriff wird damit als Verbundkonzept zwischen der europäischen und der nationalen Ebene angelegt⁴ und insofern die Autonomie der Mitgliedstaaten gewahrt.⁵ Ergänzend wird daher auch das Prinzip der Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV in seiner Wirkrichtung gegenüber den Mitgliedstaaten herangezogen.⁶ Art. 4 Abs. 2 EUV wird auf diese Weise ein klarer Achtungsanspruch der Mitgliedstaaten entnommen, welcher den Handlungen der EU und damit aller ihrer Organe und Einrichtungen als Adressaten⁷ der

² F. C. Mayer, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 43. EL 2011, EUV, Art. 19 Rn. 90. Vgl. im Unterschied dazu Art. 6 Abs. 3 EUV a.F.: “Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten”.

³ A. v. Bogdandy/S. Schill, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Anm. 2), Art. 4 Rn. 13 ff., 20, 28; vgl. auch F. C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 559 (589); M. Wendel, Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives, Eu Const. L. Rev. 7 (2011), 96 (134); vgl. bereits M. Hilf, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in: A. Randelzhofer et al. (Hrsg.), GS E. Grabitz, 1995, 157 (163).

⁴ S. auch F. C. Mayer/M. Walter, Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss, Jura 33 (2011), 532 (542), dort auch Fn. 164: Verbundkonzepte können nur im Zusammenspiel der Verfassungsebenen sinnvoll ausgefüllt werden. Vgl. insofern auch die Beschreibung bei V. Constantinesco, La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?, in: J.-C. Masclat et al. (Hrsg.), L’Union Européenne – Union de droit, Union des droits, Mélanges en l’honneur de Philippe Manin, 2010, 79 (84). Zum Verbundgedanken s. I. Pernice, Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes, in: C. Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 61 ff.

⁵ Vgl. A. v. Bogdandy/S. Schill (Anm. 3), Rn. 28, zu einem autonomen Nachvollzug der primärrechtlichen Rechtsentwicklung durch die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte; vgl. in Bezug auf Art. I-5 VVE auch J. Rossetto, L’Union européenne face à l’identité constitutionnelle de la France, in: M. Ameller et al. (Hrsg.), Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Jean Gicquel, 2008, 447 (452 f.).

⁶ Vgl. F. C. Mayer (Anm. 3), 589; F. C. Mayer, Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der “offene Verfassungsstaat” des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, 256 (263); A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1 (6); vgl. auch in Bezug auf die Vorgängernorm Art. 6 Abs. 3 EUV a.F. A. Puttler, in: C. Callies/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, EUV, Art. 6 Rn. 43.

⁷ A. v. Bogdandy/S. Schill (Anm. 3), Rn. 5.

Norm entgegengesetzt werden kann. Der Achtungsanspruch entfaltet dementsprechend Wirkungen im Rahmen der europäischen Gesetzgebung ebenso wie für die Entscheidungserwägungen des EuGH, was sich namentlich im Rahmen der Rechtfertigung von Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten und dem Recht der Freizügigkeit der Unionsbürger widerspiegelt (siehe dazu auch unten, III. 2.).

Die Frage, was die Kerngehalte im Sinne einer nationalen Verfassungsidentität der einzelnen Mitgliedstaaten im Kontext der europäischen Integration im Detail ausmacht, kann jedoch nicht einheitlich europäisch beantwortet werden, sondern letztlich nur aus mitgliedstaatlicher Sicht. Der Inhalt der nationalen Verfassungsidentität kann somit im Einzelnen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren⁸ und in mancher Hinsicht starke Parallelen, aber auch ebenso deutliche Unterschiede aufweisen. Dies gilt auch für die Art ihrer Umsetzung als Schranke der europäischen Integration, wie im Folgenden erörtert wird.

2. Verfassungsidentität aus deutscher Perspektive – Integrationsgrenze mit doppelter Ausrichtung

Das Grundgesetz (GG) kennt den Begriff der Verfassungsidentität als ausdrücklichen Anknüpfungspunkt nicht.⁹ Maßgeblich für die Bestimmung eines unaufgebbaren “integrationsfesten Bestandteils” der Verfassung sind in erster Linie die Definitionsansätze des BVerfG.¹⁰ Dieses hat sich in seinen bekannten *Solange*-Beschlüssen¹¹ zunächst eher am Rande, dann in den Entscheidungen *Maastricht*¹² und vor allem *Lissabon* eingehend mit einem entsprechenden Konzept befasst.

⁸ Vgl. auch *D. Thym*, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, *Der Staat* 48 (2009), 559 (572); *F. W. Scharpf*, in: M. Höpner *et al.*, Kampf um Souveränität?, *PVS* 51 (2010), 323 (343).

⁹ Dazu etwa *P. Häberle*, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinerte Maastricht II-Entscheidung, *JöR N.F.*, 58 (2010), 317 (320) unter Verweis auf *N. Röttgen*, *FAZ* Nr. 183 v. 10.8.2009, 2; *P.-C. Müller-Graff*, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen, *Integr.* 32 (2009), 331 (349).

¹⁰ Vgl. allgemein für die Bedeutung verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in dieser Hinsicht *A. v. Bogdandy/S. Schill* (Anm. 3), Rn. 21 f.; *F. C. Mayer*, *Rashomon in Karlsruhe – A Reflection on Democracy and Identity in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 05/10, 36, abrufbar unter: www.JeanMonnetProgramm.org.

¹¹ BVerfGE 37, 271; BVerfGE 73, 339.

¹² BVerfGE 89, 155.

Im Mittelpunkt stehen dabei die grundgesetzlichen Normen des Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG;¹³ über den Verweis auf Art. 1 und 20 GG umfasst die sog. Ewigkeitsgarantie nach Art. 79 Abs. 3 GG die abstrakt¹⁴ gefassten Staatsstrukturprinzipien, mithin die Achtung der Menschenwürde, die Rechtsstaatlichkeit, die Bundesstaatlichkeit, das Demokratie- und das Sozialstaatsprinzip, die republikanische Staatsform sowie den für die Achtung der Menschenwürde unentbehrlichen Schutzgehalt der Grundrechte.¹⁵ In der Rechtsprechung spiegelt sich insbesondere eine enge Verbindung von Verfassungsidentität und Demokratieprinzip.¹⁶

Aus dem Verweis in der Integrationsnorm des Art. 23 GG ergibt sich, dass die Schranken für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die europäische Ebene also denen entsprechen, denen auch der verfassungsändernde Gesetzgeber innerstaatlich unterliegt.¹⁷ Allerdings ist das BVerfG in der *Lissabon*-Entscheidung einen Schritt weiter gegangen und hat darüber hinaus fünf einzelne Sachbereiche zur Detaillierung der deutschen Verfassungsidentität aufgelistet, konkret die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Aspekte der Strafrechtspflege, die staatliche Finanzhoheit sowie die sozial-kulturelle Gestaltung von Lebensverhältnissen.¹⁸

In dieser Hinsicht unterscheidet sich das Urteil des BVerfG grundlegend etwa von der *Lissabon*-Rechtsprechung des tschechischen Verfassungsgerichts, nach welcher es grundsätzlich dem Gesetzgeber und nicht dem Ver-

¹³ S. etwa BVerfGE 123, 267 (348, 354, 397). Vgl. bereits BVerfGE 89, 155 (172, 182).

¹⁴ *A. v. Bogdandy/S. Schill* (Anm. 3), Rn. 27.

¹⁵ Vgl. bereits BVerfGE 37, 271 (280); BVerfGE 73, 339 (375 f.).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 89, 155 (172, 179, 182); BVerfGE 123, 267 (330, 340 f., 343 f., 356, 363 f.). S. dazu auch *M. Kottmann/C. Wohlfahrt*, Der gespaltene Wächter? – Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im *Lissabon*-Urteil, *ZaöRV* 69 (2009), 443 (447 f.). Die Debatte um Demokratie wird insofern – jedenfalls in begrifflicher Hinsicht – von einer Diskussion um nationale Verfassungsidentität abgelöst, vgl. *F. C. Mayer* (Anm. 10), 34 f.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267 (348, 363 f.). S. auch *A. Voßkuhle* (Anm. 6), 7: "(...) was für den verfassungsändernden Gesetzgeber unverfügbar ist, muss auch weiterhin integrationsfest sein".

¹⁸ Vgl. BVerfGE 123, 267 (357 f.); s. auch *A. v. Bogdandy/S. Schill* (Anm. 3), Rn. 27. Zur Kritik daran s. ferner *C. Calliess*, Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen ..., *ZeuS* 12 (2009), 559 (569 ff.); *E. Denninger*, Identität versus Integration?, *JZ* 65 (2010), 969 (972 f.); *A. Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik und soziale Demokratie, *FES internationale Politikanalyse*, März 2010, 3; *C. Franzius*, Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück?, *Leviathan* 38 (2010), 429 (436); *D. Halberstam/C. Möllers*, The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", *GLJ* 10 (2009), 1241 (1250); *M. Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die *Lissabon*-Entscheidung des BVerfG, *NJW* 62 (2009), 2867 (2868); *A. v. Ungern-Sternberg*, L'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la fin de l'intégration européenne ?, *R.D.P.* 126 (2010), 171 (179).

fassungsgericht zukommt, die in erster Linie politische Frage der Grenzen für die Übertragung von Kompetenzen bzw. Souveränität zu spezifizieren.¹⁹

Als ein zentraler Punkt ist zu beachten, dass sich nach der Rechtsprechung des BVerfG der Vorrang des Unionsrechts²⁰ in Deutschland aus dem im Zustimmungsgesetz enthaltenen Rechtsanwendungsbefehl ergibt.²¹ Vor diesem Hintergrund gestaltet sich die Umsetzung des Identitätskonzepts als Schranke zusammengefasst dahingehend, dass, wenn die deutsche Verfassungsidentität in erster Linie derjenige unantastbare Verfassungsbestand ist, den der Bundesgesetzgeber nicht durch Kompetenzübertragung auf die europäische Ebene aufgeben kann, in der Konsequenz auch Unionsrecht in Deutschland unanwendbar ist, wenn es diesen Kerngehalt des Grundgesetzes verletzt.²²

Die Grenze wirkt damit in doppelter Weise: zum einen in Bezug auf weitere Integrationsschritte im Sinne primärrechtlicher Weiterentwicklungen; zum anderen in Bezug auf die Ausführung bereits geltenden Unionsrechts.²³

In seinem *Lissabon*-Urteil hat das BVerfG bei sich einen entsprechenden neuen Kontrollvorbehalt²⁴ monopolisiert, welcher vom bekannten Letztentscheidungsanspruch – ultra-vires-Kontrolle – abzugrenzen ist. Im Ausgangspunkt geht es hier nicht um eine Prüfung auf Überschreitung der bereits übertragenen Hoheitsrechte im Sinne des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung,²⁵ sondern vielmehr darum, ob durch Unionshandeln Übergriffe in den nicht übertragbaren Bereich der nationalen Verfassungsidentität erfolgen. Die so skizzierten Situationen eines ausbrechenden Rechtsakts und einer identitätsverletzenden Handlung der Union können sich dementsprechend freilich auch überschneiden.²⁶

¹⁹ Pl. ÚS 19/08 vom 26.11.2008, Rn. 109, abrufbar unter: <http://www.concourt.cz/clanek/pl-19-08>. Das Verfassungsgericht soll danach nur dann in dieser Frage agieren, wenn dies im Sinne einer Ultima-ratio-Entscheidung notwendig ist.

²⁰ Grundsätzlich wird hier auch dann die neue, einheitliche Terminologie "Unionsrecht" verwendet, wenn zitierte frühere Entscheidungen sich ihrerseits noch auf "Gemeinschaftsrecht" beziehen.

²¹ BVerfGE 123, 267 (398, 400, 402); vgl. BVerfGE 73, 339 (375); s. auch *A. Voßkuhle* (Anm. 6), 6.

²² Vgl. BVerfGE 123, 267 (353 ff., 400); BVerfGE 126, 286 (302).

²³ S. auch *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 164; *M. Wendel* (Anm. 3), 128.

²⁴ Das BVerfG betont den Kontrollvorbehalt an mehreren Stellen, s. etwa BVerfGE 123, 267 (350, 353 ff., 400); bestätigt durch BVerfGE 126, 286 (302).

²⁵ Dazu BVerfGE 89, 155 (188) unter Verweis auf BVerfGE 58, 1 (30 f.) sowie BVerfGE 75, 223 (235, 242).

²⁶ Vgl. BVerfGE 123, 267 (400): "innerhalb oder außerhalb der übertragenen Hoheitsrechte".

Zu beachten ist schließlich, dass das BVerfG bei seinem neu formulierten Identitätsvorbehalt direkt und mehrfach mit dem Achtungsanspruch aus Art. 4 Abs. 2 EUV argumentiert²⁷ und in diesem Zusammenhang von einem Prinzip der "Europarechtsfreundlichkeit"²⁸ spricht. Es setzt sich andererseits hier jedoch nicht weitergehend mit der Frage auseinander, wie sich die nationale Identitätskontrolle im Rahmen des Unionssystems einfügt.²⁹ Die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens in diesem Zusammenhang wird zumindest implizit angesprochen.³⁰

3. Verfassungsidentität aus französischer Perspektive – Modellierung des unionsrechtlichen Vorrangprinzips

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich das Konzept einer nationalen Verfassungsidentität in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten manifestiert, namentlich im ebenfalls größeren Mitgliedstaat und Nachbarland Frankreich, welches wie Deutschland als Motor der europäischen Integration gilt.

Auch in der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel (Verfassungsrat)³¹ wurde die nationale Verfassungsidentität erst in den letzten Jahren als *réserve de constitutionnalité*³² in Stellung gebracht: so implizit zunächst in mehreren Entscheidungen von 2004,³³ begrifflich dann erstmalig³⁴ und aus-

²⁷ S. etwa BVerfGE 123, 267 (350, 354, 397, 400).

²⁸ BVerfGE 123, 267 (347, 354, 401).

²⁹ J. Schwarze, Die verordnete Demokratie, EuR 45 (2010), 108 (115); vgl. auch J. Ziller, Le dialogue judiciaire et la Cour de Karlsruhe, RTD Eur. 46 (2010), 93 (96).

³⁰ Vgl. BVerfGE 123, 267 (353); F. C. Mayer/M. Walter (Anm. 4), 534.

³¹ Obwohl der Charakter des Conseil constitutionnel als Gerichtsbarkeit lange umstritten war (vgl. dazu etwa P. Mels, Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel, 2003, 197 ff.) ist er spätestens seit Einführung der sog. *question prioritaire de constitutionnalité* nach seinen Funktionen im institutionellen Gefüge als "Verfassungsgericht" zu bewerten, vgl. dazu etwa D. Rousseau, La Constitution dans les prétoires, in: D. Rousseau (Hrsg.), La question prioritaire de constitutionnalité, 2010, 1 (2); J. Benetti, La genèse de la réforme, in: Dossier: La question prioritaire de constitutionnalité, AJDA 66 (2010), 74; s. auch D. Karrenstein, Die französische Verfassungsreform vom 23. Juli 2008, DÖV 62 (2009), 445 (453).

³² F. Chaltiel, Droit constitutionnel et droit communautaire, Rev. Fr. Dr. Const. 2006, 837 (843); V. Constantinesco (Anm. 4), 86; J. Rossetto (Anm. 5), 447.

³³ CC, 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, Rec. 101; CC, 1.7.2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, déc. n° 2004-497 DC, Rec. 107; CC, 29.7.2004, *Loi relative à la bioéthique*, déc. n° 2004-498 DC, Rec. 122; CC, 29.7.2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel*, déc. n° 2004-499, Rec. 126.

drücklich in der Entscheidung zum Urheberrecht und verwandten Schutzrechten der Informationsgesellschaft vom 27.7.2006³⁵.

Während der deutsche Identitätsvorbehalt vor allem anlässlich einer Vertragsänderung – mithin einer weiteren Stufe im Integrationsprozess – thematisiert wurde, drehten sich die französischen Entscheidungen inhaltlich um die Grenzen der Umsetzungspflicht von EG-Richtlinien bzw. die Frage der Reichweite des sekundärrechtlichen Anwendungsvorrangs und damit um die Grenzen des bereits Übertragenen.³⁶ Sie beschreiben damit weniger eine Grenze des europäischen Entwicklungsprozesses als vielmehr eine Modellierung des Vorrangprinzips im Bereich bereits übertragener Hoheitsrechte. Als entscheidender Faktor kann dabei eine Interpretation des Art. I-5 Abs. 1 des Vertrags über eine Verfassung für Europa (VVE) gelten, nach der diese Norm in Zusammenschau mit dem ursprünglich geplanten Art. I-6 VVE implizit selbst eine Grenze des Vorrangs vorsah.³⁷ Der Gedanke lässt sich entsprechend auf den heutigen Art. 4 Abs. 2 EUV übertragen,³⁸ so dass die Herleitung einer in der Verfassungsidentität liegenden Integrationsgrenze durch den französischen Verfassungsrat deutlich dem Argumentationsansatz des BVerfG ähnelt, einen individuellen Identitätsvorbehalt gegenüber Unionsrecht aus diesem selbst heraus zu begründen.

Es bestehen indes einige maßgebliche Unterschiede zum deutschen Kontrollkonzept. Der zunächst eher implizit formulierte Identitätsvorbehalt des Conseil constitutionnel bezog sich auf eine "ausdrücklich gegenteilige Bestimmung der Verfassung", bei deren Existenz die Umsetzungsverpflich-

³⁴ S. B. de Witte, *The Lisbon Treaty and National Constitutions – More or Less Europeanisation?*, in: C. Closa (Hrsg.), *The Lisbon Treaty and National Constitutions*, 2009, 25 (36).

³⁵ CC, 27.7.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, déc. n° 2006-540 DC, Rec. 88.

³⁶ S. auch L. Freiherr von Bredow, *Nationale Souveränitätsreserven in der Rechtsprechung von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht*, in: D. Capitain/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Actualité du droit public comparé en France et en Allemagne*, 2009, 119 (137).

³⁷ Vgl. CC, 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, déc. n° 2004-505 DC, Rec. 173, considérant 12; *Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27.7.2006*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. S. dazu auch F. C. Mayer, *Europarecht als französisches Verfassungsrecht*, EuR 39 (2004), 925 (935); M. Wendel (Anm. 3), 132; B. de Witte (Anm. 34), 35 f.; J.-D. Mouton, *Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union européenne?*, in: *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, 2009, 409 (413 f.); sowie die Kritik von J. Rossetto (Anm. 5), 452 f. Vgl. auch die Ausführungen des spanischen Verfassungsgerichtshofs, 13.12.2004, Erklärung DTC 1/2004, EuR 40 (2005), 339 (343 f.) m. Anm. A. C. Becker.

³⁸ Vgl. auch J.-H. Reestman, *The Franco-German Constitutional Divide – Reflections on National and Constitutional Identity*, *Eu Const. L. Rev.* 5 (2009), 374 (387 f.).

tung von Richtlinien relativiert würde.³⁹ Den Begriff der “Verfassungsidentität” verwendete er dabei noch nicht. Entscheidend war, ob es an einem entsprechenden Grundsatz auf europäischer Ebene fehlt – ob das entgegengesetzte Prinzip mithin der französischen Verfassung “eigen” und “für sie spezifisch” ist.⁴⁰ Damit orientiert sich der Conseil constitutionnel – anders als das BVerfG – für den Schutz eigener besonderer Verfassungsgehalte mit Unterscheidungscharakter⁴¹ an der europäischen Ebene. Dieser so formulierte Vorbehalt erinnert in seiner Temperierung eher an die deutsche *Solange II*-Rspr.⁴² als an *Lissabon*.⁴³

Mit dem 2006 erweiterten und verstärkten⁴⁴ Identitätsvorbehalt ist jetzt maßgeblich, dass “die Umsetzung einer Richtlinie nicht gegen eine Bestimmung oder einen Grundsatz [verstoßen darf], in welchem die verfassungsrechtliche Identität Frankreichs zum Ausdruck kommt, [...], es sei denn, der

³⁹ CC, 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, Rec. 101, considérant 7. Die fragliche Bestimmung muss insofern dem sog. *bloc de constitutionnalité* angehören, vgl. Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10.6.2004, Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁴⁰ Vgl. Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29.7.2004 sowie Commentaire de la décision n° 2004-499 DC du 29.7.2004, Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Der damalige Präsident des Conseil constitutionnel *Pierre Mazeaud* hat 2005 die Grenze der Verfassungsidentität vergleichbar gefasst als “tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme: ‘inhérent’: crucial et distinctif. Autrement dit: l'essentiel de la République” – also all das, was “entscheidend” und “unterscheidend” ist, s. *P. Mazeaud*, Vœux du Conseil constitutionnel au président de la République, 3.1.2005. 2007 erfolgte seinerseits eine Einhegung des Konzepts der Verfassungsidentität als “des principes qui nous sont spécifiques, qui ne trouvent pas de protection du côté du droit européen”, *S. Brondel/P. Mazeaud*, Notre système de contrôle de constitutionnalité n'est pas parfait, mais je n'en vois pas de meilleur, *AJDA* 63 (2007), 500 (501).

⁴¹ Vgl. *J.-H. Reestman* (Anm. 38), 377, 389, der insofern zwischen einer deutschen “diachronic identity” und einer französischen “synchronic identity” unterscheidet.

⁴² Vgl. BVerfGE 73, 339 (375 f., 387). Vgl. insofern auch *X. Volmerange*, L'Union européenne en tant que révélateur de l'identité constitutionnelle en France et en Allemagne, in: *D. Capitant/K.-P. Sommermann* (Anm. 36), 27 (35).

⁴³ Der neue Identitätsvorbehalt stellt aber aufgrund seines Anwendungsbereichs gerade keine Fortsetzung der *Solange*-Judikatur dar, s. dazu *D. Thym*, In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the *Lisbon* Judgment of the German Constitutional Court, *CML Rev.* 46 (2009), 1795 (1806 f.). Beachte zudem auch die Differenzierung bei *M.-P. Granger*, France is ‘Already’ Back in Europe: The Europeanization of French Courts and the Influence of France in the EU, *European Public Law* 14 (2008), 335 (357): Der Identitätsvorbehalt kann in Einzelfällen eingreifen.

⁴⁴ Dazu *F. Chaltiel* (Anm. 32), 839, 843 f.; *J. Rossetto* (Anm. 5), 451.

Verfassungsgesetzgeber hätte dem zugestimmt”.⁴⁵ Es besteht nunmehr also eine Art “Vorbehalt zum Vorbehalt”,⁴⁶ indem Identität nicht definitiv unantastbar ist, sondern vielmehr die Möglichkeit der Verfassungsrevision⁴⁷ angesprochen wird. Man kann bei einer Gegenüberstellung insofern also von einem relativen anstelle eines absoluten Identitätsvorbehalts sprechen.⁴⁸

Aktuell ergibt sich in Frankreich folgendes Kontrollkonzept,⁴⁹ in dessen Rahmen der Identitätsvorbehalt zum Tragen kommen kann: Dass die Ausgestaltung eines Umsetzungsgesetzes gegen Art. 88-1 der Verfassung verstößt, erklärt der französische Verfassungsrat nur dann, wenn das nationale Umsetzungsgesetz “offensichtlich unvereinbar” mit dem Inhalt der umzusetzenden Richtlinie ist. Der Conseil constitutionnel sieht sich nach seiner bisherigen Identitätsrechtsprechung wegen der kurzen Fristen im Rahmen der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit nach Art. 61 der Verfassung nämlich nicht in der Lage, dem EuGH selbst vorzulegen, er verweist dafür vielmehr auf die Fachgerichte. Hinsichtlich der Umsetzung von unbedingten und eindeutigen Richtlinien-Bestimmungen kann der Conseil constitutionnel nur prüfen, ob der Vorbehalt der Verfassungsidentität eingreift.⁵⁰ Dieser bleibt bislang theoretisch.⁵¹

Was schließlich genau den Inhalt der französischen “Verfassungsidentität” ausmacht oder woran diese konkret anknüpfen soll, ergibt sich ausdrücklich weder aus der französischen Verfassung, die den Begriff als sol-

⁴⁵ CC, 27.7.2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, n° 2006-540 DC, considérant 19. S. jüngst CC, 9.6.2011, *Loi relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité*, n° 2011-631 DC, considérant 45.

⁴⁶ S. auch *F. Chahiel*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, 361 (366).

⁴⁷ Dies stellt sich in Deutschland gerade auch wegen der ausdrücklichen Anknüpfung an die Ewigkeitsklausel anders dar, s. *M. Wendel* (Anm. 3), 133.

⁴⁸ Vgl. insofern etwa auch *J. Gundel*, Verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle in Frankreich mit der neuen “question prioritaire de constitutionnalité”: Konsequenzen für den Status des Unionsrechts in der französischen Rechtsordnung?, in: *R. Freitag et al.* (Hrsg.), FS U. Spellenberg, 2010, 573 (581); *J.-H. Reestman* (Anm. 38), 388.

⁴⁹ Vgl. insofern auch CC, 27.7.2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, déc. n° 2006-540 DC, Rec. 88, considérants 17-20, sowie jüngst CC, 9.6.2011, *Loi relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité*, déc. n° 2011-631 DC, considérant 45.

⁵⁰ Vgl. CC, 17.12.2010, *M. Kamel D*, n° 2010-79 QPC, considérant 3. Vgl. auch Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27.7.2006, Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>; vgl. bereits CC, 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l’économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, Rec. 101, considérant 9.

⁵¹ Vgl. *H. Haenel*, Contrôle de constitutionnalité et droit de l’Union européenne, Vortrag v. 7.2.2011, Journée de travail à la Cour de justice de l’Union européenne, 2, abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

chen ebenso wie das Grundgesetz nicht kennt,⁵² noch unmittelbar aus den Entscheidungen des Conseil constitutionnel.

Versuche einer Konturierung werden insbesondere im französischen Schrifttum vorgenommen. Als Anknüpfungspunkt für eine inhaltliche Bestimmung kann danach zunächst Art. 89 Abs. 5 der Verfassung dienen.⁵³ Dieser entspricht aufgrund einer gewissen Biegsamkeit und in Formulierung einer Ewigkeitsklausel funktional dem Art. 79 Abs. 3 GG;⁵⁴ in der begrifflich weitergehenden Reichweite der "republikanischen Staatsform" nach Art. 89 Abs. 5 könnte ein impliziter Verweis auf die von Art. 1 der Verfassung normierten Staatsstrukturprinzipien gesehen werden.⁵⁵ Zu diesen zählt neben dem Demokratie- und dem Sozialstaatsprinzip etwa auch die Laizität und die Unteilbarkeit der Republik, ebenso die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, der Respekt aller Glaubensrichtungen und die dezentralisierte Staatsform. Der Conseil constitutionnel hat selbst bislang allerdings nicht auf die verfassungsrechtliche Revisionsnorm des Art. 89 als Grenze der europäischen Integration abgestellt.⁵⁶ Auch ist zu beachten, dass er keine Kontrolle von verfassungsändernden Gesetzen ausübt.⁵⁷ Daher enthält Art. 89 Abs. 5 der Verfassung keine ebenso deutliche und vor allem absolute Grenze für Veränderungen der Verfassungsordnung wie Art. 79 Abs. 3 GG.⁵⁸ Teilweise wird aber auch eine weitergehende Ausdehnung auf Gehalte verschiedener anderer Normen angedacht, etwa Art. 2 und 3 der Verfassung sowie Art. 6 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte

⁵² S. dazu *M. Troper*, Identité constitutionnelle, in: B. Mathieu (Hrsg.), Cinquantième anniversaire de la Constitution française, 2008, 123; *F. Chaltiel* (Anm. 32), 844.

⁵³ *A. v. Bogdandy/S. Schill* (Anm. 3), Rn. 20; a. A. *M. Troper* (Anm. 52), 127, der ferner darauf abstellt, dass der einzige Unterschied der die Verfassungsidentität konstituierenden Normen gegenüber anderen Verfassungsnormen darin besteht, dass sie besser speziell gegen das europäische Recht geschützt sind.

⁵⁴ *J.-H. Reestman* (Anm. 38), 388; vgl. auch *V. Constantinesco* (Anm. 4), 84 f.

⁵⁵ Vgl. insofern *O. Beaud*, La puissance de l'État, 1994, 481 ff.; *V. Constantinesco* (Anm. 4), 84, dort Fn. 22; vgl. auch *O. Jouanjan*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 2 Rn. 94, zum "materiell-normativen Gehalt" der Norm. Art. 1 der Verfassung wird indes teils auch ohne Bezugnahme auf Art. 89 als ein maßgeblicher Orientierungspunkt zitiert, so etwa von *F. Chaltiel* (Anm. 32), 844, die ergänzend auf den Parlamentarismus abstellt sowie auf die Beteiligung an der europäischen Integration gem. Art. 88-1.

⁵⁶ *M. Wendel* (Anm. 3), 124, 126.

⁵⁷ CC, 26.3.2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, déc. n° 2003-469 DC, Rec. 293, considérants 2, 3.

⁵⁸ *J. Gundel* (Anm. 48), 581, dort auch Fn. 52; *J.-H. Reestman* (Anm. 38), 388 f.; s. auch *L. Freiherr von Bredow* (Anm. 36), 124.

von 1789.⁵⁹ Damit würde die nationale Verfassungsidentität ferner die französische Sprache sowie die Staatssymbole umfassen, ebenso Wahlgrundsätze und den Zugang zu öffentlichen Ämtern.

Zusammenfassend ergibt sich insoweit, dass die verfassungsgerichtlichen Identitätsvorbehalte in Deutschland und Frankreich in ihrem Ansatzpunkt, ihrem primären Einsatzgebiet und ihrer Tragweite gegenüber der europäischen Ebene recht unterschiedlich ausgestaltet sind. Inhaltliche Schnittmengen bestehen hinsichtlich der abstrakten Staatsstrukturprinzipien. Weder in Deutschland noch in Frankreich existiert aber eine einheitlich-handhabbare Konturierung, eine inhaltliche "Greifbarkeit" der jeweiligen Verfassungsidentität.

II. Spezifische Probleme und Erklärungsansätze für den Rekurs auf nationale Verfassungsidentität als Integrationsgrenze

Der Befund der verschiedenen Perspektiven führt zu der Frage, inwieweit sich überhaupt gemeinsame Probleme aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Identitätsvorbehalten herauskristallisieren lassen. In diesem Zusammenhang verdient die allgemeine Unschärfe eines politisch-gesellschaftlich ausgefüllten Identitätsbegriffs nähere Betrachtung (dazu 1.). Die Analyse spezifischer Probleme von Identitätsvorbehalten lässt sich durch Überlegungen dazu ergänzen, ob sich trotz unterschiedlichen Kontexts der jeweiligen nationalen Verfassungsrechtsprechung ähnliche oder sogar gleiche Erklärungen dafür finden, dass trotz Kritik – und der möglichen Konsequenz eines Vertragsverletzungsverfahrens⁶⁰ – gerade in den letzten Jahren solche Vorbehalte in der verfassungsgerichtlichen Judikatur etabliert wurden. Diese Frage führt über die Integrationsbedingtheit von Identitätsbestimmungen zu internen mitgliedstaatlichen Aspekten (dazu 2.).

⁵⁹ S. J.-H. Reestman (Anm. 38), 388; Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10.6.2004 (Anm. 39). Offenlassend V. Constantinesco (Anm. 4), 84, dort Fn. 22.

⁶⁰ Dazu U. Everling, Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte, EuR 45 (2010), 91 (104); F. C. Mayer (Anm. 37), 931; vgl. F. C. Mayer (Anm. 2), Rn. 91; J. Rossetto (Anm. 5), 455 f.; einschränkend J. Ziller (Anm. 29), 98.

1. Unklarheiten eines politisch-gesellschaftlich ausgefüllten Identitätsbegriffs

Zunächst einmal gilt – wie für alle unilateral ausgeübten Letztentscheidungsansprüche –, dass sie im Grundsatz die Effektivität und die Einheitlichkeit des Unionsrechts in Frage stellen könnten, zumal wenn eine ganz individuelle Identitätskontrolle ohne Vorlage an den EuGH in allen 27 Mitgliedstaaten beansprucht würde.⁶¹ Jurisdiktionskonflikte erscheinen insofern möglich, als der EuGH solche einseitigen Kontrollansprüche nicht anerkennt.⁶²

Verfassungsrechtliche Identitätskonzeptionen im Speziellen sind vor allem aus einem weiteren Grund problematisch: Bei ihnen können rechtliche Bindungen und Argumente schnell hinter politischen oder gesellschaftlich-faktischen Erwägungen zurücktreten. So geben mehrere Stimmen in der deutschen und französischen Literatur zu bedenken, dass es sich bei der nationalen Verfassungsidentität als Integrationsgrenze eher um eine politische Konzeption handele als um eine rechtliche.⁶³ Der Schutz eines Prinzips als ein Bestandteil dieser Identität sei mithin stark abhängig vom politischen Stellenwert des jeweiligen Sachbereichs.⁶⁴ Auch die bereits erwähnte verfassungsrichterliche Ausdifferenzierung bestimmter Aufgabenfelder – die auffälligerweise den aufgrund einer politischen Entscheidung noch in mitgliedstaatlicher Hand verbliebenen entsprechen⁶⁵ – weise auf solch eine politische Verankerung und Ausfüllung des Identitätskonzepts hin.⁶⁶

Dies ist in Kombination mit dem Umstand zu sehen, dass der Begriff einer “Verfassungs”-Identität, welcher noch dazu von einer Gerichtsbarkeit inhaltlich ausgefüllt wird, durchaus verschleiern kann, in welchem Maße

⁶¹ Vgl. G. Britz, Vom kulturellen Vorbehalt zum Kulturvorbehalt in der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratietheorie des Lissabon-Urteils?, EuR Beiheft 1 45 (2010), 151 (160); P.-C. Müller-Graff (Anm. 9), 355; A. Weber, Die Europäische Union unter Richtervorbehalt?, JZ 65 (2010), 157 (164).

⁶² S. nur EuGH Rs 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft*; C. Calliess (Anm. 18), 580; F. C. Mayer (Anm. 2), Rn. 91; vgl. D. Thym (Anm. 43), 1795.

⁶³ Vgl. M. Nettesheim, Die Karlsruher Verkündung – Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung, EuR Beiheft 1 45 (2010), 101 (115); vgl. J. Rossetto (Anm. 5), 464. S. auch N. Röttgen (Anm. 9), 2.

⁶⁴ Vgl. M. Troper (Anm. 52), 125.

⁶⁵ S. dazu die Kritik von C. Calliess (Anm. 18), 573, der darauf hinweist, dass eine solche Perpetuierung gerade nicht dem Integrationsauftrag nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht; C. Franzius (Anm. 18), 436; M. Nettesheim (Anm. 63), 113, 114 f. Vgl. auch F. C. Mayer, L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, in: L. Burgogue-Larsen (Hrsg.), L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, 64 (83).

⁶⁶ Vgl. M. Nettesheim (Anm. 63), 115.

außerrechtliche Faktoren tatsächlich den Identitätsbegriff beeinflussen können.

Weitergehend steht der Vorwurf im Raum, dass es sich bei dem Konzept um eine idealisierende Überhöhung, eine "Pathoskonstruktion" handle, der daher mit besonderem Misstrauen zu begegnen sei.⁶⁷ Dementsprechend wird gerade in Bezug auf eine etwaige prozessuale Verfestigung der nationalen Verfassungsidentität auch das Bild einer "Büchse der Pandora" verwendet.⁶⁸

Ein vergleichender Blick auf die soeben dargestellte Rechtsprechung samt der jeweils nachfolgenden Diskussion veranschaulicht, dass selbst innerstaatlich trotz Herausarbeitung möglicher normativer Anknüpfungspunkte nicht genau vorhersehbar ist, in welchen Fällen und Sachbereichen der Identitätsvorbehalt eingreifen könnte. Er bleibt, wie auch der allgemeiner gefasste Identitätsbegriff,⁶⁹ für sich betrachtet recht nebulös und dehnbar.⁷⁰ Dies gilt gerade dann, wenn man von einem nicht-statischen Inhalt⁷¹ von Identität ausgeht, welcher sich weiterentwickeln und entsprechend den Gegebenheiten ändern kann.

⁶⁷ M. Nettesheim (Anm. 63), 113 f. Vgl. auch die Umschreibung von Identität als "Plastikwort", welches alles und zugleich nichts aussagt, bei L. Niethammer, Kollektive Identität, 2000, 33.

⁶⁸ S. etwa U. Everling (Anm. 60), 102; F. C. Mayer/E. Lenski/M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'État vom 8. Februar 2007 (*Arcelor u.a.*) –, EuR 43 (2008), 63 (86); F. C. Mayer (Anm. 10), 39; P.-C. Müller-Graff (Anm. 9), 355.

⁶⁹ S. zu einer theoretischen Annäherung an den Begriff der Identität etwa A. v. Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156 ff.; s. auch L. Niethammer (Anm. 67). Zu den verschiedenen Konnotationen des Begriffs der Identität s. A. v. Bogdandy/S. Schill (Anm. 3), Rn. 11 f.; P. Cruz Villalón, Grundlagen und Grundzüge des staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Anm. 55), 2007, § 13 Rn. 131 ff.; J.-H. Reestman (Anm. 38), 377.

⁷⁰ Zum französischen Identitätskonzept vgl. insofern F. Chaltiel (Anm. 32), 843 f.; F. Chaltiel, Le Conseil d'État reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMCUE 2007, 335 (336); F. Chaltiel (Anm. 46), 366; J. Gundel (Anm. 48), 581; F. C. Mayer (Anm. 37), 930; H. Oberdorff, Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire: coopération et contrôle, R.D.P. 120 (2004), 869 (873); M. Wendel (Anm. 3), 133. Zum deutschen Identitätskonzept vgl. insofern K. Dingemans, Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle: Das "Lissabon"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZeuS 12 (2009), 492 (527); P.-C. Müller-Graff (Anm. 9), 348; A. v. Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 63 (2010), 1 (4); C. Obler, Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union – Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, AöR 135 (2010), 154 (176).

⁷¹ Vgl. insofern M. Nettesheim (Anm. 63), 113 ff.; J. Schwarze (Anm. 29), 115; vgl. auch bereits M. Herdegen, Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ 19 (1992), 589 (592).

Diese Unklarheit des Identitätsinhalts bedingt ihrerseits die Kritik an einem darauf bezogenen Kontrollvorbehalt.⁷² Mangels terminologischer Verankerung in der Verfassung scheint nationale Verfassungsidentität schlicht all das zu sein, was das jeweilige nationale Verfassungsgericht zu einem bestimmten Zeitpunkt als solche definiert bzw. noch definieren kann.⁷³ Gerade in Bezug auf *Lissabon* wird die Frage aufgeworfen, ob in der Praxis nicht alle möglichen Unionsakte als identitätsverletzend gerügt werden könnten,⁷⁴ wenn sie einen der detailliert genannten Bereiche auch nur berühren.⁷⁵ Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn sogar ein spezielles Kontrollverfahren eingeführt würde⁷⁶ – während jedenfalls der argumentationsstützende Art. 4 Abs. 2 EUV nur auf außergewöhnliche Konfliktfälle⁷⁷ zielt.

2. Integrationsbedingte und mitgliedstaatliche Erklärungsansätze

Die letzte Vertragsneuerung bietet einen Bezugspunkt für mögliche Erklärungsansätze, warum neuerdings in der Verfassungsrechtsprechung Identitätsvorbehalte etabliert werden.

So ist in vielen Bereichen das Einstimmigkeitserfordernis dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit gewichen; selbst große Mitgliedstaaten wie Deutschland und Frankreich können sich unter bestimmten Umständen in einer Minderheitsposition wiederfinden.⁷⁸

In einem etwas weiter gefassten zeitlichen Kontext lässt sich der Identitätsvorbehalt jedenfalls des BVerfG vielleicht auch damit erklären, dass in einer um immer mehr Mitgliedstaaten erweiterten EU notwendigerweise auch der eigene Einfluss der Karlsruher Richter abnimmt.⁷⁹ Auch wenn der

⁷² In diesem Sinne auch *A. v. Bogdandy* (Anm. 70), 4; *G. Britz* (Anm. 61), 160; *C. Calliess* (Anm. 18), 569 ff.; *F. Chabriel* (Anm. 32), 844; *J. Rossetto* (Anm. 5), 450.

⁷³ Vgl. insofern auch *H. Oberdorff* (Anm. 70), 873; *J. Rossetto* (Anm. 5), 450 ff.; *M. Höpner*, in: *M. Höpner et al.*, Kampf um Souveränität?, PVS 51 (2010), 323 (334): "schier unermesslichen Entscheidungsspielraum".

⁷⁴ *C. Calliess* (Anm. 18), 573; vgl. *M. Kottmann/C. Wohlfahrt* (Anm. 16), 466.

⁷⁵ *K. Dingemans* (Anm. 70), 526; *C. Calliess* (Anm. 18), 570 f.: Solche Berührungspunkte stellen aber etwa vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten und der über die Unionsbürgerschaft vermittelten Garantien keine Seltenheit dar; vielmehr bestehen in den vom BVerfG genannten Sachbereichen Verflechtungen zwischen der europäischen und der nationalen Ebene (exemplarisch der Bereich der Bildung und der Sozialstaatlichkeit).

⁷⁶ Vgl. insofern BVerfGE 123, 267 (355).

⁷⁷ *A. v. Bogdandy/S. Schill* (Anm. 3), Rn. 15.

⁷⁸ *F. C. Mayer* (Anm. 10), 38.

⁷⁹ So *D. Thym* (Anm. 8), 572.

französische Identitätsvorbehalt nicht anlässlich einer Vertragsänderung formuliert wurde, fallen zeitlich die einschlägigen Entscheidungen des Conseil constitutionnel im Hinblick auf die Erweiterungsrunde durch die neuen 12 Mitgliedstaaten von 2004 und 2007 in eine Phase der Erweiterung der EU und Vertiefung der Integration.

Der "Rückzug in die nationale Arena"⁸⁰ durch Betonung eines Identitätsvorbehalts erscheint damit zugleich als ein Versuch, Deutungshoheit zurück zu gewinnen.⁸¹

Als erläuternder Vergleich für die Einordnung dieser Entwicklung mag hier eine Parallele zu anderen jüngeren Verfassungsentwicklungen dienen, namentlich die erst vor Kurzem in Frankreich eingeführte *question prioritaire de constitutionnalité*. Auch bei dieser spielte die Behauptung eines eigenen Terrains des Conseil constitutionnel eine Rolle, sowie eine Bestätigung der Positionierung der französischen Verfassung in der Normenhierarchie und eine Orientierung auf nationale Gewährleistungsmöglichkeiten des Grundrechtsschutzes.⁸²

Vor diesem Hintergrund ist daher weiter denkbar, dass es sowohl in Deutschland als auch in Frankreich um eine gewisse Bestätigung der Verfassung und der Verfassungsgerichte geht, die nicht nach Außen bestimmte Zeichen setzen soll, sondern vielmehr auch nach Innen.

Dass die eigentlichen Gründe für die Argumentation mit einer Verfassungsidentität in einer solchen Binnenkonfrontation zu verorten sein können, steht vor allem den deutschen Beobachtern mit der Weimarer Debatte um das Konzept der Verfassungsidentität vor Augen. Manches spricht dafür, dass jene Theorie einer bestimmten Verfassungsidentität und eines daraus folgenden änderungsfesten Verfassungskerns nicht zuletzt auf den Antiparlamentarismus *Carl Schmitts* in der Weimarer Zeit zurückgeführt werden kann.⁸³

Heute sind vor allem auch außerrechtliche, medial geführte Debatten zu berücksichtigen. Das BVerfG sieht sich in der Pflicht, "der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Ansehen und Wirkung zu verschaffen".⁸⁴

⁸⁰ D. Thym (Anm. 8), 572.

⁸¹ So F. C. Mayer in der 89. Sitzung des EU-Ausschusses des 16. Deutschen Bundestages, 1.7.2009, Kurzanalyse Konsequenzen der *Lissabon*-Entscheidung.

⁸² Vgl. etwa die Ausführungen des Vorsitzenden des Conseil constitutionnel *J.-L. Debré*, "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité", Vortrag v. 6.6.2008, 8 f., abrufbar über die Seite des Verfassungsrats, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁸³ Vgl. zum Konzept einer Verfassungsidentität *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 23 f., 103; zum Antiparlamentarismus *C. Schmitts* vgl. etwa *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 218 ff.; dazu etwa auch *H. Hofmann*, Legitimität gegen Legalität, 4. Aufl. 2002, 148 f. m. w. N.

⁸⁴ Vgl. Homepage des BVerfG, abrufbar unter: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/aufgaben.html>.

Wie in Frankreich sind auch in Deutschland in den letzten Jahren generelle Diskussionen um eine "Leitkultur", um Werte und ihren Wandel aufgekomen, welchen auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sich letztlich nicht vollständig zu entziehen vermag.⁸⁵

Für eine solche Deutungsmöglichkeit der Identitätsrechtsprechung als Signal nach Innen spricht letztlich auch der Umstand, dass ernstzunehmende Bedrohungen von europäischer Seite für die nationale Verfassungsidentität ernsthaft kaum zu erwarten sind.⁸⁶ Dies gilt zum einen aufgrund der deutschen Repräsentation in allen relevanten europäischen Organen sowie im Hinblick auf die im Einzelnen in Art. 2 EUV⁸⁷ verankerten Werte der Union.⁸⁸ Hinsichtlich der Übertragung von Hoheitsrechten, die in der deutschen Rechtsprechung im Mittelpunkt steht, kann ein Integrationsprozess, welcher den in der Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltenen Vorgaben an die Union entspricht, auch kaum die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG gefährden.⁸⁹ Und in Bezug auf den in Frankreich im Mittelpunkt stehenden Anwendungsvorrang ist es zum anderen ebenfalls recht unwahrscheinlich, dass Konflikte eintreten, schon weil ein entsprechender Sekundärrechtsakt wohl bereits auf Unionsebene als rechtswidrig gelten müsste.⁹⁰

Vor diesem Hintergrund erscheint die aktuelle verfassungsgerichtliche Betonung eines Identitätsvorbehalts weniger praktischen Risiken geschuldet zu sein, als anderen, dahinter liegenden Gründen. Es bleibt die Frage, wie mit einem einseitigen Vorbehalt umgegangen werden kann.

⁸⁵ F. C. Mayer (Anm. 6), 269; F. C. Mayer (Anm. 10), 39 m. w. N.

⁸⁶ Vgl. F. Chahiel (Anm. 32), 844; F. C. Mayer (Anm. 65), 85.

⁸⁷ "Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet."

⁸⁸ C. Tomuschat, Lisbon – Terminal of the European Integration Process? – The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009, ZaöRV 70 (2010), 251 (262).

⁸⁹ Vgl. H. D. Jarass, in: H. D. Jarrass/B. Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 33. Die Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG sind textlich deutlich an Art. 79 Abs. 3 GG angelehnt (C. D. Classen, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 16; I. Pernice, in: H. Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 23 Rn. 51), diesem kommt insofern jedenfalls erkenntnisleitende Bedeutung für die Auslegung der Strukturanforderungen zu (H. D. Jarass, in: H. D. Jarrass/B. Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 14).

⁹⁰ F. C. Mayer/E. Lenski/M. Wendel (Anm. 68), 70 f., die jedoch darauf hinweisen, dass insofern keine Garantie besteht.

III. Handhabbarkeit von Identitätskonzeptionen durch Vorabentscheidungsverfahren

1. Für sich nicht ausreichender Verweis auf den Achtungsanspruch aus Art. 4 Abs. 2 EUV

Wenn ein Anhaltspunkt eines Identitätskonzepts im Unionsrecht liegt und mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte sich daran auch (ausdrücklich oder implizit) anlehnen, liegt zunächst der Gedanke nahe, dass ein entsprechender Vorbehalt eigentlich keine weitgreifenden Konsequenzen haben kann – es wäre nicht zu befürchten, dass das Konzept der Verfassungsidentität auf breiter Linie gegen das Unionsrecht in Stellung gebracht wird und zu Problemen führt. Die erörterten Punkte haben jedoch gezeigt, dass insbesondere die Unklarheit der Reichweite, die mögliche Bedeutung außerrechtlicher Faktoren und eine Monopolisierung eines individuellen Kontrollanspruchs auf nationaler Ebene einem bloßen Verweis auf Art. 4 Abs. 2 EUV als ein hinreichendes Argument⁹¹ für einen ausschließlich einseitigen Kontrollvorbehalt entgegenstehen.

Eine über die unmittelbar sichtbaren Gehalte des Art. 79 Abs. 3 GG bzw. Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung hinausgehende Interpretation des Identitätsinhalts eröffnet die Perspektive, auch die Mitwirkung an der europäischen Integration selbst als Teil der mitgliedstaatlichen Verfassungsidentität zu werten.⁹² In Deutschland weist dies die Präambel aus, in Frankreich Titel XV der Verfassung. Dies spricht für einen abwägenden Ansatz.⁹³ Die Orientierung an dem Schutz eines auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive grundlegenden Prinzips auf europäischer Ebene sowie eine Relativität des Kontrollvorbehalts – wie in der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel sichtbar – wirkt bereits insofern konfliktentschärfend, als die nationalen Verfassungsgerichte auf eine Kontrolle verzichten⁹⁴ können und nicht zu einer solchen verpflichtet sind. Doch ist letztlich auch ein

⁹¹ Kritisch insofern auch *M. Wendel* (Anm. 3), 135; vgl. auch *J. Rossetto* (Anm. 5), 452 f.

⁹² Für Deutschland s. etwa *G. Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *EuR* Beiheft 1 45 (2010), 9 (18); *I. Pernice*, La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, *ZaöRV* 70 (2010), 51 (55, 58); für Frankreich s. etwa *F. Chaltiel* (Anm. 32), 844.

⁹³ Vgl. zum Gedanken der Abwägung in diesem Zusammenhang auch *G. Nicolaysen* (Anm. 92), 18.

⁹⁴ Vgl. *J. Rossetto* (Anm. 5), 459.

“Verzicht” einseitig und ggf. einzelfallabhängig, so dass die grundsätzlichen Probleme jedenfalls theoretisch fortbestehen.

2. Konstruktive Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH

Dass der deutsche Identitätsvorbehalt ebenso wie der französische zu einem hypothetischen Instrument wird, ist freilich nicht ganz fernliegend: Selbst die anfänglich konfliktträchtige und umstrittene ultra-vires-Kontrolle ist nach der *Honeywell*-Entscheidung des BVerfG zu einem sehr theoretischen Vorbehalt geworden,⁹⁵ ebenso wie der grundrechtsbezogene *Solange*-Vorbehalt. Angesichts der Leitidee⁹⁶ der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (s.o.) ist es zunehmend unwahrscheinlich, dass das BVerfG einen offenen Konflikt mit den Anforderungen des Unionsrechts riskiert.⁹⁷

Der *Honeywell*-Beschluss kann auch Hinweise auf eine mögliche weitere Entwicklung des Identitätsvorbehalts geben, wenn das BVerfG (hier im Zusammenhang mit der ultra-vires-Kontrolle) betont, dass es “keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen [kann, s]olange der [EuGH] keine Gelegenheit hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden”.⁹⁸

In Sachen Verfassungsidentität heißt dies: Die Kontrollzuständigkeit liegt weder allein bei den nationalen Verfassungsgerichten noch allein beim EuGH, welchem auch der Schutz der Identitätsgarantie nach Art. 4 Abs. 2 EUV anvertraut ist.⁹⁹ Insbesondere bei einer Interpretation dieser Norm als selbstbeschränkende Vorschrift der EU muss die Reichweite dieser Selbstbeschränkung auf Unionsebene geklärt werden, mithin führt am EuGH kein Weg vorbei.¹⁰⁰ Die Devise ist hier, in Anlehnung an *Niklas Luhmann*:¹⁰¹ Richtigkeitsgewähr durch Verfahren. Bleibt nämlich im Materiel- len wie dargestellt der Inhalt der nationalen Verfassungsidentität und damit die “Grenze” oder “Schranke” im Hinblick auf die europäische Integration unklar konturiert und eher politisch-gesellschaftlich geprägt, so muss eine

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 126, 286 (304 f., 307).

⁹⁶ A. Voßkuhle (Anm. 6), 5.

⁹⁷ Vgl. insofern auch J. Ziller (Anm. 29), 97 f.

⁹⁸ BVerfGE 126, 286 (304) unter Verweis auf *Lissabon* (BVerfGE 123, 267 [353]), wo dies freilich nicht so deutlich herausgestellt wurde.

⁹⁹ Vgl. insofern P. Häberle (Anm. 9), 334; F. C. Mayer/E. Lenski/M. Wendel (Anm. 68), 86.

¹⁰⁰ M. Wendel (Anm. 3), 135.

¹⁰¹ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 6. Aufl. 2005.

Verrechtlichung des Konzepts durch die Gerichte auf nationaler und europäischer Ebene gemeinsam erfolgen. Es gilt mithin, zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH eine dialogische, konstruktiv-kooperative Struktur zu sichern¹⁰² und so in der Praxis die Wirkungsweise eines “supranationalen Verfassungsgerichtsverbundes”¹⁰³ an die Stelle eines einseitigen Kontrollanspruchs zu setzen. Das Unionsrecht hält mit dem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV ein entsprechendes Verfahren bereit. Die Durchführung eines solchen vor Ausübung der Identitätskontrolle erscheint insofern als zwingendes Mindestanforderung bzw. Schlüsselement.¹⁰⁴

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich auch erste Beispiele, die darauf hindeuten, dass die Luxemburger Richter ihrerseits mit einem entsprechend formulierten Vorbehalt kooperativ umzugehen wüssten;¹⁰⁵ eine erste Tendenz konnte bereits der Rs. *Omega*¹⁰⁶ von 2004 entnommen werden. In dieser Entscheidung hat der EuGH auf Vorlage des deutschen Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) das grundlegende Verfassungsprinzip der Achtung der Menschenwürde als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkannt und auf diese Weise den “Schutz der in der mitgliedstaatlichen Verfassung verankerten Grundwerte” bekräftigt, allerdings (noch) ohne Bezugnahme auf unantastbare Kerngehalte i. S. e. nationalen Verfassungsidentität.

In seiner jüngeren Judikatur hat der EuGH schließlich auch das Konzept der nationalen Verfassungsidentität verwendet. Vor dem Hintergrund, dass sich der EuGH entgegen des Schlussantrags¹⁰⁷ des GA *Maduro* in der Entscheidung *Michaniki*¹⁰⁸ von 2008 zu diesem Punkt zunächst ausschwig,¹⁰⁹ war dieser deutliche Schritt nicht unbedingt klar vorhersehbar. Das negative

¹⁰² Vgl. C. Calliess (Anm. 18), 569; F. C. Mayer (Anm. 10), 39.

¹⁰³ Der Verbundgedanke beinhaltet gleichermaßen Eigenständigkeit wie Rücksichtnahme und die Fähigkeit der Beteiligten zu gemeinsamem Handeln, mithin auch eine angemessene Teilung von Verantwortung, s. A. Voßkuhle (Anm. 6), 3, 5.

¹⁰⁴ S. etwa U. Everling (Anm. 60), 102; F. C. Mayer (Anm. 2), Rn. 91; D. Thym (Anm. 8), 574; A. Weber (Anm. 61), 164; J. Ziller (Anm. 29), 96 f. Beachte zudem A. Voßkuhle (Anm. 6), 5, der in allgemeiner Hinsicht den Rechtsprechungsdialog als erfolgreiches “Verbundinstrument” beschreibt.

¹⁰⁵ Vgl. insofern auch J.-D. Mouton (Anm. 37), 411 ff., 415; M. Wendel (Anm. 3), 136; J. Ziller (Anm. 29), 97.

¹⁰⁶ EuGH Rs C-36/02, Slg. 2004, I-9609 – *Omega*. Vgl. außerdem danach EuGH Rs C-145/04, Slg. 2006, I-7917, Rn. 79 – *Königreich Spanien v. Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*.

¹⁰⁷ Schlussantrag des GA *Maduro*, Rs C-213/07, Slg. 2008, I-9999, Rn. 32 – *Michaniki AE*.

¹⁰⁸ EuGH Rs C-213/07, Slg. 2008, I-9999 – *Michaniki AE*.

¹⁰⁹ Vgl. dazu M. Wendel (Anm. 3), 136.

Signal¹¹⁰ war ein möglicher Hinweis darauf, dass man über *Omega* nicht hinausgehen wollte.

Indessen erfolgte mit der Rs. *Sayn-Wittgenstein*¹¹¹ Ende 2010 fraglos eine Weiterentwicklung der Identitätsrechtsprechung. Hier hat der EuGH erstmals ebenso ausdrücklich wie unmissverständlich die Achtung der nationalen Verfassungsidentität durch die Union aufgenommen, indem er betont, dass die EU die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, zu welcher auch die republikanische Staatsform gehört.¹¹² Das österreichische Adelsaufhebungsgesetz kann im Kontext der nationalen Verfassungsgeschichte als ein Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung zum Tragen kommen; es kommt dann auf das Ergebnis einer Abwägung mit dem unionsrechtlich gewährten Recht der Freizügigkeit von Personen an.¹¹³ Unter Verweis auf die Rs. *Omega* hat der EuGH auch hier den unionsrechtlich umrahmten Beurteilungsspielraum betont, welcher den zuständigen innerstaatlichen Behörden bei der Berufung auf die öffentliche Ordnung (in Formulierung der "konkreten Verfassungssituation") zusteht; dabei erläutert er, dass der Begriff von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat und im zeitlichen Zusammenhang variieren kann.¹¹⁴

An diesem jüngeren Beispiel wird erkennbar, dass auch der Bedeutungszuwachs, den die eigene Verfassungsidentität in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten erhalten hat, vom EuGH wahrgenommen und reflektiert wird. Die Entscheidung *Sayn-Wittgenstein* kann folglich als Signal für die Bereitschaft zum Dialog anstelle eines Konfrontationskurses gedeutet werden.

Auch aus Sicht der nationalen Verfassungsgerichte müsste sich eine Vorlage als konsequent darstellen, wenn und weil sie selbst auf den Achtungsanspruch aus Art. 4 Abs. 2 EUV rekurrieren, die Vorschrift, auf die sich auch der EuGH in *Sayn-Wittgenstein* ausdrücklich bezieht.¹¹⁵

¹¹⁰ Vgl. die Entscheidungsanmerkung zu EuGH *Michaniki* von V. Kosta, Eu Const. L. Rev. 5 (2009), 501 (507).

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs C-208/09, noch nicht in aml. Slg. – *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*.

¹¹² EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs C-208/09, Rn. 92, noch nicht in aml. Slg. – *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*. S. dazu auch M. Aubert/E. Broussy/F. Donnat, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale*, AJDA 67 (2011), 264 (265), die insofern von einem "qualitativen Sprung" in der Judikatur des EuGH sprechen.

¹¹³ S. bereits F. C. Mayer/M. Walter (Anm. 4), 542, dort Fn. 161.

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs C-208/09, noch nicht in aml. Slg., Rn. 83, 87 – *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*.

¹¹⁵ EuGH (Anm. 111), Rn. 92 – *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*. Vgl. jüngst auch EuGH, Urt. v. 12.5.2011, Rs C-391/09, noch nicht in aml. Slg., Rn. 86

Gerade durch eine solche kooperative Bestätigung gewinnt die nationale Bezugnahme auf diese Norm an Substanz und Überzeugungskraft.

IV. Abschließende Überlegungen

Welcher Stand ist bislang bei dieser ausgleichenden Handhabung des Identitätsvorbehalts erreicht? Festzuhalten ist, dass sich der französische Vorbehalt gegenüber dem deutschen im Grundsatz als kooperativer darstellt (vgl. o.).¹¹⁶ Seine Formulierung durch den Conseil constitutionnel zeigt das Bemühen um einen Ausgleich zwischen mitgliedstaatlichen Umsetzungsverpflichtungen und den Anforderungen der eigenen Verfassung, mithin ein "differenziertes Vorrangprinzip".¹¹⁷

Was die Verfahrensdimension angeht, so bleibt das BVerfG ungeachtet seinem in *Lissabon* bekundeten Willen zu einem Handeln "Hand in Hand"¹¹⁸ mit der europäischen Ebene in Sachen Identitätsvorbehalt und grundsätzlicher Anerkennung seiner eigenen Bindung an Art. 267 AEUV (ex Art. 177 EGV)¹¹⁹ bislang noch bei einer "Nichtvorlagepraxis".¹²⁰

Der Conseil constitutionnel hat bisher ebenfalls noch nicht vorgelegt. Er beruft sich – unter Verweis auf die Vorlagemöglichkeit durch die Fachgerichte – auf Gründe der Verfahrensdauer,¹²¹ also ein eher pragmatisches statt ein prinzipielles Hindernis.¹²² Dieses erscheint nicht unüberwindbar: Neben

– *Malgožata Runevič-Vardyn und Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija u.a.*, sowie mit im Ende anderem Ergebnis EuGH, Urt. v. 24.5.2011, Rs C-51/08, noch nicht in aml. Slg., Rn. 124 – *Kommission v. Luxemburg*.

¹¹⁶ Vgl. auch *J. Schwarze*, *Zukunftsaussichten für das europäische Öffentliche Recht*, 2010, 60, 78, der u. a. von einer Überbetonung des deutschen Identitätsvorbehalts spricht.

¹¹⁷ Vgl. *F. C. Mayer* (Anm. 6), 263, 270; vgl. insofern auch *H. Oberdorff* (Anm. 70), 870, 872, der die erste Identitäts-Entscheidung vom Juni 2004 als "exercice de conciliation" bzw. als "résultat d'un compromis" bezeichnet.

¹¹⁸ BVerfGE 123, 267 (354).

¹¹⁹ S. bereits BVerfGE 37, 271 (282); BVerfGE 52, 187 (201 f.). Vgl. jüngst BVerfGE 126, 286 (304).

¹²⁰ Vgl. dazu *F. C. Mayer/M. Walter* (Anm. 4), 534 m. w. N. Wie vom Präsidenten des BVerfG, *A. Voßkuhle*, jüngst in einem Interview geäußert, liege die bisherige Nichtvorlage indes nicht etwa an einer grundsätzlichen, verweigernden Grundhaltung der Karlsruher Richter. Wenn es einen geeigneten Fall gäbe, in dem sich eine Vorlage anböte, würde sich das BVerfG auch an den EuGH wenden, "Wortwechsel", 60 Jahre Bundesverfassungsgericht, Sendung v. 18.9.2011, SWR Fernsehen in Rheinland-Pfalz, abrufbar unter <http://www.swr.de/wortwechsel/>.

¹²¹ CC, 10.6.2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, Rec. 101, considérant 7. S. dazu *F. Chaltiel* (Anm. 32), 844 ff.; *J. Rossetto* (Anm. 5), 456.

¹²² *F. C. Mayer* (Anm. 37), 931.

den Möglichkeiten für ein beschleunigtes Verfahren bzw. ein Eilverfahren¹²³ vor dem EuGH lässt sich über eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH oder eine entsprechende Verfassungsänderung nachdenken.¹²⁴ Zu erwägen wäre eine Nichtanrechnung der Vorlagedauer auf die dem Conseil constitutionnel gesetzte Frist aus Gründen des Vorrangs. Möglichkeiten für eine "direkte" Vorlage des Conseil constitutionnel selbst beständen damit durchaus.

Am Ende beschränkt sich das Gespräch über die nationale Verfassungsidentität zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und dem EuGH also bislang doch eher noch auf Rauchzeichen anstelle einer praxiserprobten Entscheidungsstrategie. Erste richtungsweisende Schritte sind jedoch bereits auf beiden Ebenen getan.

¹²³ J. Rossetto (Anm. 5), 456; vgl. F. C. Mayer/E. Lenski/M. Wendel (Anm. 68), 86.

¹²⁴ F. Chaltiel (Anm. 32), 845 f.; J. Rossetto (Anm. 5), 456 f.