

ANITA SCHNETTGER

# Verbundidentität

*Studien zum europäischen und deutschen  
Öffentlichen Recht*

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von  
Christian Calliess und Matthias Ruffert

34





Anita Schnettger

# Verbundidentität

Schutzgehalt, Funktionen und gerichtliche Durchsetzung  
des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV

Mohr Siebeck

*Anita Schnettger*, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Istanbul; 2013 Erste juristische Prüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin; 2019 Promotion; 2020 Zweite juristische Prüfung.

Gedruckt mit Unterstützung der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freunde, Förderer und Ehemaligen der Freien Universität Berlin e.V.

ISBN 978-3-16-159484-7 / eISBN 978-3-16-159485-4

DOI 10.1628/978-3-16-159485-4

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-443X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 abgeschlossen und ist im Sommersemester 2019 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und vereinzelte Literatur konnte bis Juni 2020 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Christian Calliess, an dessen Lehrstuhl ich über viele Jahre hinweg, erst als Studentin, später als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, tätig sein durfte. Er hat mir prägende Einblicke in die Welt des Rechts eröffnet und den Grundstein für meine Begeisterung für das Europarecht gelegt. Für den bei der Erstellung dieses Werkes notwendigen wissenschaftlichen Freiraum bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Prof. Dr. Markus Heintzen danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus bin ich Katharina Liero und Dr. Frauke Kruse zu unschätzbarem Dank verpflichtet für die langjährige Unterstützung in Form von zahlreichen Diskussionen und Durchsichten der Entwürfe im Rahmen unseres Kolloquiums. Sie haben den Entstehungsprozess mit ihren Denkanstößen und Hinweisen bereichert. Meinen ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl und dabei insbesondere Dr. Christopher Schönfleisch, Sophie Wiegand und Nikolaus Scheffel möchte ich für die langjährige kollegiale Zusammenarbeit und Unterstützung bei der Fertigstellung der Arbeit danken.

Für ihre persönliche Unterstützung und den jederzeit vorhandenen Rückhalt danke ich meinen Eltern, Heinrich und Cristina Schnettger, meinen Geschwistern, Dr. Laura und Claudia Schnettger, sowie meinen Mann, Dr. Thomas Lunkenbein.

Danken möchte ich schließlich den Herausgebern der Schriftenreihe für die Aufnahme des Werks sowie der Ernst-Reuter-Gesellschaft, die die Veröffentlichung durch die Gewährung eines Druckkostenzuschusses gefördert hat.

Berlin, September 2020

Anita Schnettger



# Inhaltsübersicht

Einleitung . . . . .	1
<b>1. Teil: Grundlegungen . . . . .</b>	<b>7</b>
<i>1. Kapitel: Die nationale Identität der Mitgliedstaaten als Rechtsbegriff</i> . . . . .	8
<i>2. Kapitel: Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV als Verbundnorm auf Unionsebene . . . . .</i>	31
<b>2. Teil: Der Schutzgehalt des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV: Der unionsrechtliche Rahmen des Identitätsschutzes im Verbund . . . . .</b>	<b>39</b>
<i>1. Kapitel: Die Auslegung der Vorgängerbestimmungen und ihre Bedeutung für Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .</i>	40
<i>2. Kapitel: Die Auslegung durch den EuGH und die Generalanwälte . . . . .</i>	70
<i>3. Kapitel: Die Auslegung in der Literatur . . . . .</i>	101
<i>4. Kapitel: Eine Auslegung vor dem Hintergrund der Einordnung als Verbundnorm . . . . .</i>	110
<i>5. Kapitel: Fazit . . . . .</i>	196
<b>3. Teil: Die Achtungspflicht des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV: Eine anwendungsbereichsbezogene dogmatische Einordnung . . . . .</b>	<b>203</b>
<i>1. Kapitel: Funktionsübergreifende Grundlegungen . . . . .</i>	205
<i>2. Kapitel: Die Achtungspflicht als Kompetenzprinzip für Gesetzgebungsakte . . . . .</i>	216
<i>3. Kapitel: Die Achtungspflicht im Rahmen der Grundfreiheiten . . . . .</i>	280

<i>4. Kapitel: Die Achtungspflicht in Bezug auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung als Identitätsgehalt . . . . .</i>	310
<i>5. Kapitel: Fazit . . . . .</i>	343
<b>4. Teil: Der Identitätsschutz im Dialog der Gerichte als Verbundentscheidung. . . . .</b>	<b>345</b>
<i>1. Kapitel: Grundlegende Überlegungen zur prozessualen Verbundentscheidung . . . . .</i>	<i>345</i>
<i>2. Kapitel: Die Ausgestaltung der prozessualen Verbundentscheidung bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV. . . . .</i>	<i>355</i>
Schlussbetrachtung und Ausblick. . . . .	405
Zusammenfassung in Thesen. . . . .	411

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Einleitung . . . . .	1
1. Teil: Grundlegungen . . . . .	7
<i>1. Kapitel: Die nationale Identität der Mitgliedstaaten als Rechtsbegriff</i>	8
I. Das Bedeutungsspektrum aus sprachwissenschaftlicher Perspektive und seine Bedeutung für die Rechtswissenschaft . . . .	11
1. Zum Begriff der Identität . . . . .	11
2. Zum Begriff der Nation . . . . .	15
3. Zum Begriff der Mitgliedstaaten . . . . .	19
II. Grundannahmen im europäischen Staaten-, Verfassungs- und Normenverbund . . . . .	19
1. Die pluralistische Grundannahme auf der Geltungsebene . . . . .	20
2. Der Verbund als normative Ordnungsidee . . . . .	23
3. Bisher diskutierte Verbundstrukturen . . . . .	28
a) Der Ansatz rechtlicher Permeabilität . . . . .	29
b) Das Strukturprinzip der Wahrung der Verfassungsidentität	30
<i>2. Kapitel: Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV als Verbundnorm auf Unionsebene . . . . .</i>	31
I. Die Idee der Verbundnorm . . . . .	31
II. Die Charakteristika des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV als Verbundnorm . . . . .	33
1. Der Schutzgehalt . . . . .	33
2. Die Achtungspflicht . . . . .	37
III. Fazit . . . . .	37

2. Teil: Der Schutzgehalt des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV: Der unionsrechtliche Rahmen des Identitätsschutzes im Verbund	39
<i>1. Kapitel: Die Auslegung der Vorgängerbestimmungen und ihre Bedeutung für Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV</i>	40
I. Die Auslegung durch den EuGH und die Generalanwälte	41
1. Erste Fallgruppe: Ausdrückliche Bezugnahmen durch den EuGH	42
2. Zweite Fallgruppe: Stillschweigen des EuGH	44
3. Dritte Fallgruppe: Vermeintliche „typusprägende“ Anwendungsfälle	46
4. Vierte Fallgruppe: Die Auslegung durch den Generalanwalt Maduro	50
II. Die Auslegung durch das Schrifttum	54
1. Nationale Identität als Staatlichkeits- und Souveränitätsschutz	54
2. Nationale Identität als vorrechtliche kulturelle Identität des Staates	59
III. Die travaux préparatoires zur Art. I-5 Abs. 1 VVE	62
IV. Fazit	66
<i>2. Kapitel: Die Auslegung durch den EuGH und die Generalanwälte</i>	70
I. Die Rechtssachen Sayn-Wittgenstein und Boggendorff von Wolffersdorff	71
1. Das österreichische Adelsaufhebungsgesetz als Identitätsgehalt	71
2. Die verfassungsrechtliche Verankerung und die Bindungswirkung des mitgliedstaatlichen Identitätskonzepts	73
II. Die Rechtssachen Runevič-Vardyn und Wardyn, Las, Covaci sowie New Valmar	74
1. Die Amtssprache als Identitätsgehalt	75
2. Der Wirkungsbereich und die verfassungsrechtliche Verankerung	76
3. Die Einschränkung auf Sprachregelungen im innerstaatlichen Rechtsraum?	78
III. Die Rechtssachen Digibet, Bero und Bouzalmate, RegioPost, Remondis, UNESA sowie Azoren und UGT-Rioja	79
1. Die Kompetenzverteilung in einem föderal strukturierten Mitgliedstaat als Identitätsgehalt	79
a) Die Eingrenzung auf das horizontale Verhältnis	79
b) Der Ausschluss der vertikalen Kompetenzverteilung?	82

aa) Die Rechtssachen Azoren, UGT-Rioja und UNESA . . . . .	83
bb) Die Schlussanträge in der Rechtssache RegioPost . . . . .	85
2. Der mitgliedstaatliche Einschätzungsspielraum und die Bindungswirkung der mitgliedstaatlichen Identitätskonzeption . . . . .	88
IV. Die Rechtssachen Melloni sowie M.A.S. und M.B. . . . . .	89
V. Die Rechtssachen G4S Secure Solutions sowie Bougnaoui und ADDH . . . . .	92
VI. Die Rechtssachen O'Brien, Torresi, Coman und Hamilton sowie Correia Moreira . . . . .	93
VII. Die Rechtssachen Wightman u.a., A sowie Tschechische Republik/ Parlament und Rat . . . . .	97
VIII. Fazit . . . . .	98
3. Kapitel: Die Auslegung in der Literatur . . . . .	101
I. Die Verfassungsidentität als Schutzgehalt . . . . .	102
II. Die politisch und verfassungsrechtlich verankerten Identitätsgehalte einer kollektiven Identität als Schutzgehalt . . . . .	107
4. Kapitel: Eine Auslegung vor dem Hintergrund der Einordnung als Verbundnorm . . . . .	110
I. Die verfassungsrechtlichen Strukturen als Träger nationaler Identität . . . . .	112
1. Kritische Würdigung der bisherigen Auslegungsansätze vor dem Hintergrund der Einordnung als Verbundnorm. . . . .	112
a) Die verfassungsmäßigen Strukturen als Ausdruck der nationalen Identität . . . . .	113
aa) Die Verfassung als normative Grundordnung des Gemeinwesens . . . . .	114
bb) Die Ermittlung der Identitätsgehalte als Verfassungsauslegung . . . . .	120
cc) Zur Bedeutung für die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	123
b) Die Verfassungsidentität . . . . .	124
aa) Die Verfassungsidentität als Identität einer Verfassung . . . . .	125
(1) Die Unentbehrlichkeit einer Bestimmung des unionalen Rahmens . . . . .	126
(2) Die Selektivität des formell-rechtlichen Ermittlungsansatzes . . . . .	128

(3) Der Rückgriff auf die verfassungsrechtlich verankerte nationale Identität . . . . .	131
(4) Zur Bedeutung für die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	135
bb) Die Verfassungsidentität als Identität einer Gemeinschaft . . . . .	136
2. Verbundbezogener Lösungsvorschlag . . . . .	139
a) Die Verfassungsidentität als mitgliedstaatliches Konzept auf Konkretisierungsebene . . . . .	141
b) Die Kerngehalte einer verfassungsrechtlich verfestigten nationalen Identität als unionsrechtlich vorgegebener Rahmen. . . . .	144
c) Die Folgen der mitgliedstaatlichen Konkretisierungshoheit . . . . .	147
aa) Die Notwendigkeit einer innerstaatlichen Diskussion . . . . .	147
bb) Die Bindungswirkung der eigenen Identitätskonzeption . . . . .	148
II. Die politischen Strukturen als Träger nationaler Identität. . . . .	150
1. Die eigenständige Bedeutung der politischen Strukturen . . . . .	150
2. Die Eingrenzung auf die Kerngehalte politisch verfestigter nationaler Identität . . . . .	152
III. Der Mitgliedstaat als Berechtigter . . . . .	154
IV. Die Bestimmung des unionalen Rahmens in Bezug auf einzelne Identitätsgehalte . . . . .	155
1. Die Staatlichkeit und Souveränität als Identitätsgehalte – Das Verhältnis zum Grundsatz geteilter Souveränität . . . . .	156
2. Die grundlegenden Staatsfunktionen als Identitätsgehalte – Das Verhältnis zu Art. 4 Abs. 2 S. 2 und 3 EUV . . . . .	160
a) Die territoriale Unversehrtheit . . . . .	161
b) Die öffentliche Ordnung . . . . .	161
c) Die nationale Sicherheit . . . . .	164
3. Die gemeinsamen Werte als Identitätsgehalte – Das Verhältnis zu Art. 2 EUV . . . . .	165
a) Das wechselseitig begrenzende Zusammenspiel beider Normen . . . . .	166
b) Die Bedeutung für den unionalen Rahmen des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	169
4. Die Grundrechte als Identitätsgehalte – Das Verhältnis zum unionalen Grundrechtsschutz . . . . .	170
a) Die Grundrechte als Teil der mitgliedstaatlichen Verfassungsidentitätskonzeption? . . . . .	172
aa) Der deutsche Grundrechtsvorbehalt . . . . .	172

(1) Die Rechtsprechung des BVerfG . . . . .	172
(2) Kritische Bewertung und Neuansatz . . . . .	174
bb) Der polnische und belgische Grundrechtsvorbehalt . . . . .	177
b) Der unionale Rahmen im Grundrechtsschutz . . . . .	178
5. Die kulturellen Gehalte und die Sprache als Identitätsgehalte – Das Verhältnis zum Schutz der kulturellen und sprachlichen Vielfalt . . . . .	181
6. Die regionale und lokale Selbstverwaltung als Identitätsgehalt	186
a) Zum Begriff der regionalen und lokalen Selbstverwaltung . . . . .	187
b) Die regionale und lokale Selbstverwaltung als Teilbereich der Kerngehalte verfassungsrechtlich und politisch verfestigter nationaler Identität . . . . .	188
aa) Der unionsrechtliche Rahmen . . . . .	189
bb) Die Anwendung auf das deutsche Beispiel einer Achtung des Art. 28 Abs. 2 GG . . . . .	192
c) Die Reichweite des Schutzes der regionalen und lokalen Selbstverwaltung. . . . .	194
aa) Der Schutz von konkreten Aufgabenwahrnehmungs- modi . . . . .	194
bb) Der Schutz auch der vertikalen innerstaatlichen Kompetenzverteilung . . . . .	194
 5. Kapitel: Fazit . . . . .	 196
 3. Teil: Die Achtungspflicht des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV: Eine anwendungsbereichsbezogene dogmatische Einordnung . . . . .	 203
 1. Kapitel: Funktionsübergreifende Grundlegungen . . . . .	 205
I.    Das Verhältnis zu Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 1 EUV und Art. 4 Abs. 3 EUV. . . . .	205
II.   Der Schutz vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen . . . . .	207
1. Die begründungslose Annahme der Abwägfähigkeit durch den EuGH . . . . .	207
2. Ein verbundbezogener Begründungsansatz. . . . .	208
III.  Das Verhältnis zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts . . . . .	211
1. Die Literaturansichten: Ausnahmebestimmung zum Vorrang des Unionsrechts . . . . .	212
2. Kritik und verbundbezogene Verhältnisbestimmung . . . . .	213

2. Kapitel: Die Achtungspflicht als Kompetenzprinzip für Gesetzgebungsakte . . . . .	216
I. Einführung . . . . .	217
II. Einordnung in die vertragliche Systematik der Kompetenzbestimmungen. . . . .	221
1. Eine Kompetenzausübungsbestimmung . . . . .	222
a) Der reflexive Charakter negativer Kompetenzbestimmungen im Verbund . . . . .	223
b) Die Verhältnismäßigkeit als Beschränkung einer schon vorhandenen Rechtsmacht . . . . .	224
2. Eine eigenständige Kompetenzausübungsbestimmung . . . . .	225
a) Die Ergänzung des Subsidiaritätsprinzips . . . . .	225
aa) Die Ansätze in der Literatur . . . . .	226
bb) Kritik und verbundbezogener Lösungsansatz . . . . .	227
b) Die Ergänzung des kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips . . . . .	232
aa) Die Intensität der Beeinträchtigung: die mitgliedstaatliche Perspektive. . . . .	235
bb) Die verbundbezogene Einheit als Ziel der Abwägung . . . . .	237
III. Ausgewählte Fragestellungen zu den Wirkungen als Kompetenzprinzip . . . . .	238
1. Der Identitätsschutz im Rahmen der Anwendung von Sekundärrechtsakten. . . . .	238
a) Die materielle Dimension als Betrachtungsgegenstand. . . . .	239
b) Erste Fallgruppe: Identitätsschutz durch Auslegung . . . . .	241
aa) Die Rechtssachen Torresi und O'Brien . . . . .	241
bb) Die Rechtssache G4S Secure Solutions . . . . .	242
cc) Die Rechtssache Piageme II. . . . .	243
c) Zweite Fallgruppe: Identitätsschutz durch Diskriminierungsverbote . . . . .	245
aa) Die Rechtssache Groener . . . . .	245
bb) Die Rechtsache Kamberaj. . . . .	246
d) Dritte Fallgruppe: Identitätsschutz durch Einschätzungsspielräume . . . . .	247
e) Fazit . . . . .	250
2. Die Verhältnisbestimmung zwischen einer Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV und unionsrechtlich verbürgten Gehalten . . . . .	253
a) Der Identitätsschutz und sein Verhältnis zum unionalen Grundrechtsschutz . . . . .	254

aa) Die Ausgangssituation: Der mehrpolige Grundrechtskonflikt . . . . .	255
bb) Die Ergänzung: Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV in dieser mehrpoligen Normenkollision . . . . .	257
b) Die Übertragbarkeit auf andere Sachbereiche . . . . .	259
3. Die Rechtsfolgen einer Verletzung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV. . . . .	260
a) Die Ansichten in der europäischen Rechtsprechung und Literatur . . . . .	260
b) Kritik und verbundbezogener Lösungsansatz . . . . .	264
aa) Die Nichtigkeit des Rechtsaktes als Rechtsfolge seiner Rechtswidrigkeit . . . . .	264
bb) Die Zulässigkeit einer Abweichungsbefugnis als Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit . . . . .	266
cc) Die Abwägungsentscheidung auf Rechtsfolgenseite . . . . .	267
(1) Zu Art. 53 GRCh und seinem Verhältnis zu Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	268
(2) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtsfolgenseite . . . . .	270
4. Das Verhältnis zwischen Ultra-Vires-Akten und identitätsverletzenden Akten . . . . .	273
a) Eine unionsrechtliche Verhältnisbestimmung . . . . .	274
b) Die deutsche Vorbehaltsdogmatik vor dem unionsrechtlichen Hintergrund . . . . .	275
aa) Die Verknüpfung der Maßstäbe . . . . .	275
bb) Identitätsschutz über Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG oder Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG? . . . . .	276
IV. Zusammenfassung . . . . .	279
3. Kapitel: Die Achtungspflicht im Rahmen der Grundfreiheiten . . . . .	280
I. Die dogmatische Einordnung in die vertragliche Systematik der Grundfreiheiten . . . . .	281
1. Die Anwendung des Achtungsgebots durch den EuGH und die Generalanwälte . . . . .	281
a) Erste Fallgruppe: Negatives Tatbestandsmerkmal . . . . .	281
b) Zweite Fallgruppe: Konkretisierung der öffentlichen Ordnung . . . . .	282
c) Dritte Fallgruppe: Der Schutz und die Förderung der Amtssprache als Allgemeinwohlbelang . . . . .	284

aa)	Ein Rechtfertigungsgrund „Kultur“ als Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeit? . . . . .	284
bb)	Erste Ansätze einer Begründung als Allgemeinwohlbelang . . . . .	285
cc)	Ein Anknüpfungspunkt für das legitime Interesse . . . . .	287
d)	Zusammenfassung . . . . .	289
2.	Der tatbestandsausschließende Charakter des Achtungsgebots . . . . .	289
3.	Kritik und verbundbezogener Lösungsansatz . . . . .	291
a)	Identitätsschutz im Spannungsverhältnis zwischen der Legislativ- und der Kontrollkompetenz der Union . . . . .	291
b)	Ein eigenständig normierter Rechtfertigungsgrund . . . . .	295
aa)	Das Verhältnis zum Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung . . . . .	295
bb)	Die Problematik der Identitätsgehalte als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe . . . . .	297
c)	Zusammenfassung . . . . .	299
II.	Die Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	299
1.	Darstellung und identitätsgehaltsbezogene Bewertung der Rechtsprechung . . . . .	300
a)	Das Adelsaufhebungsgesetz als Identitätsgehalt . . . . .	301
b)	Der Schutz der Amtssprache als Identitätsgehalt. . . . .	303
aa)	Die Rechtssache Runevič-Vardyn und Wardyn . . . . .	303
bb)	Die Rechtssachen Las und New Valmar . . . . .	304
2.	Zusammenfassende Bewertung mit Blick auf den Verbund . . . . .	306
	<i>4. Kapitel: Die Achtungspflicht in Bezug auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung als Identitätsgehalt . . . . .</i>	<i>310</i>
I.	Zur dogmatischen Einordnung und den notwendigen Differenzierungen. . . . .	311
II.	Die Umsetzung oder Durchführung von Sekundärrechtsakten durch unterstaatliche Gebietskörperschaften . . . . .	314
III.	Maßnahmen unterstaatlicher Gebietskörperschaften auf dem Gebiet des Beihilfenrechts . . . . .	317
1.	Die dogmatische Einordnung der Aussagen . . . . .	317
a)	Der regionale Bezugsrahmen . . . . .	318
b)	Die drei Voraussetzungen einer Autonomie. . . . .	320
2.	Die Verallgemeinerungsfähigkeit und die Reichweite des gewährten Schutzes . . . . .	324
IV.	Maßnahmen unterstaatlicher Gebietskörperschaften auf dem Gebiet des Vergaberechts . . . . .	328

1. Die Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung in der Rechtsprechung . . . . .	329
2. Die unterschiedlichen Ansätze des EuGH und des Generalanwalts . . . . .	330
3. Die Voraussetzungen einer Kompetenzübertragung zwischen öffentlichen Stellen unter Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV respektive Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	333
V. Maßnahmen unterstaatlicher Gebietskörperschaften mit Grundfreiheiten-Bezug . . . . .	336
1. Der grenzüberschreitende Sachverhalt als Anknüpfungspunkt	336
a) Der wirtschaftliche Auslegungsansatz des EuGH und seine Auswirkungen . . . . .	336
b) Ein erster Schritt zu einer Achtung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung . . . . .	339
c) Ergänzende Überlegungen. . . . .	340
2. Die Geeignetheit in der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Anknüpfungspunkt. . . . .	341
VI. Zusammenfassung . . . . .	342
 5. Kapitel: Fazit . . . . .	 343
 4. Teil: Der Identitätsschutz im Dialog der Gerichte als Verbundentscheidung. . . . .	 345
 1. Kapitel: Grundlegende Überlegungen zur prozessualen Verbundentscheidung . . . . .	 345
I. Einleitung: Der Gegenstand des justiziellen Dialogs . . . . .	345
II. Die gemeinsame Entscheidung im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV . . . . .	349
1. Von „Institutional Choice“ zu „Institutional Involvement and Communication“. . . . .	350
2. Weiterentwicklung vor dem Hintergrund des Verbundes. . . . .	352
 2. Kapitel: Die Ausgestaltung der prozessualen Verbundentscheidung bei der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV. . . . .	 355
I. Die Beteiligung durch Verfahren: Die verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen . . . . .	355

1. Die Notwendigkeit eines Identitätskomitees oder Identitätsgerichts? . . . . .	356
2. Die Bedeutung der innerstaatlichen Verteilung der Konkretisierungshoheit aus unionsrechtlicher Perspektive . . . . .	358
3. Die verbundbezogene Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Identitätskontrollverfahrens: Überlegungen zur deutschen Verfassungsidentitätskontrolle. . . . .	362
a) Das rechtsordnungsübergreifende Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH. . . . .	363
aa) Die grundsätzliche Vorlagepflicht und der Gegenstand der Vorlage. . . . .	364
bb) Die Grenzen der Vorlagepflicht . . . . .	366
b) Die Auswirkungen des rechtsordnungsinternen Verhältnisses auf die Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV: Zum Entscheidungsmonopol des BVerfG . . . . .	368
II. Die Beteiligung im Verfahren: Die Kommunikationsformen . . . . .	371
1. Der Anspruch an Gerichtsentscheidungen im Verbund . . . . .	371
a) Überlegungen zum Anspruch an EuGH-Entscheidungen . . . . .	372
b) Überlegungen zum Anspruch an Entscheidungen nationaler (Verfassungs-)Gerichte . . . . .	374
c) Ein verbundbezogener Anspruch . . . . .	376
2. Die Kommunikationspflichten . . . . .	377
a) Die Darlegungslasten des Mitgliedstaates . . . . .	377
b) Die Begründungspflichten des EuGH. . . . .	379
c) Die Einhaltung der jeweiligen Pflichten . . . . .	383
3. Die gegenseitige Anerkennung von Einschätzungsspielräumen . . . . .	385
a) Die eingeschränkte Kontrollbefugnis des EuGH. . . . .	387
aa) Das Fehlen eines nachvollziehbaren Ansatzes zu Art. 4 Abs. 2 S.1 Var. 2 EUV . . . . .	387
bb) Die bisherige Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Grundfreiheiten und des Sekundärrechts . . . . .	389
cc) Die Entwicklung eines Grundrasters für Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var.2 EUV . . . . .	392
(1) Die Kontrollbefugnis in Bezug auf den Schutzgehalt . . . . .	393
(2) Die Kontrollbefugnis in Bezug auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung . . . . .	395
(3) Die eingeschränkte Kontrollbefugnis der Mitgliedstaaten: Überlegungen zur deutschen Verfassungsidentitätskontrolle . . . . .	397

aa) Die Anerkennung der Auslegungsbefugnis des EuGH . . .	398
bb) Die Voraussetzungen einer Unanwendbarkeitserklärung . . .	399
III. Fazit . . . . .	400
Schlussbetrachtung und Ausblick . . . . .	405
Zusammenfassung in Thesen . . . . .	411
Literaturverzeichnis . . . . .	431
Sachverzeichnis . . . . .	449



## Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt, Amtsblätter der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
a.F.	alte Fassung
Aufl.	Auflage
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Bearb.	Bearbeitung
Bd.	Band
B-VG	Österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CMLRev.	Common Market Law Review
CYELP	Croatian Yearbook of European Law and Policy
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ELJ	European Law Journal
Erwgr.	Erwägungsgründe
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
et al.	et alia
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGH-Satzung	Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union
EuLawRev	European Law Review
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GLJ	German Law Journal
GRCh	Europäische Grundrechtecharta
Hrsg.	Herausgeber
Herv. d. Verf.	Hervorhebung(en) durch Verfasser

ICON	International Journal of Constitutional Law
i.e.	Id est
insb.	insbesondere
IStR	Internationales Steuerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
JCMS	Journal of Common Market Studies
JRP	Journal für Rechtspolitik
JZ	Juristen Zeitung
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	The Modern Law Review
Muttersprache	Muttersprache, Vierteljahresschrift für die deutsche Sprache
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ohne Herv.	Ohne Hervorhebungen
ohne Nw.	ohne Nachweise
Oxford J Legal Studies	Oxford Journal of Legal Studies
PSPP-Programm	Public Sector Purchase Programme
RfDc	Revue français de Droits constitutionnel
RL	Richtlinie
S.	Seite
scil.	scilicet
SKS-Vertrag	Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion
st. Rspr	ständige Rechtsprechung
u.	und
Übers. v.	Übersetzung von
ULR	Utrecht Law Review
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
verb.	verbunden(e)
Verf-BE	belgische Verfassung
Verf-CZ	tschechische Verfassung
Verf-DEN	dänische Verfassung
Verf-ESP	spanische Verfassung
Verf-FR	französische Verfassung
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verf-GR	griechische Verfassung
Verf-IT	italienische Verfassung
Verf-LIT	litauische Verfassung
Verf-PL	polnische Verfassung
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
YEL	Yearbook of European Law

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZeuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kircher*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Aufl. Berlin 2018.



## Einleitung

Der Schutz der „nationalen Identität“ oder der „Verfassungsidentität“ hat sich zu einem weitverbreiteten Narrativ der Integration innerhalb der Europäischen Union entwickelt. Neben den nicht nur in Deutschland präsenten Entscheidungen des BVerfG zur Vereinbarkeit von Unionsrecht mit der in Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verankerten deutschen Verfassungsidentität,<sup>1</sup> hat auch der belgische VerfGH in seiner Entscheidung zum SKS-Vertrag 2016 ausdrücklich festgehalten, dass das Unionsrecht „[...] die nationale Identität [nicht verletzen darf] [...], die den politischen und verfassungsmäßigen Basisstrukturen oder den Kernwerten des Schutzes, der den Rechtsunterworfenen durch die Verfassung gewährt wird, eigen ist“.<sup>2</sup> Der EuGH wiederum führt in der Rechtssache *Correia Moreira* aus, dass das Achtungsgebot nationaler Identität „[...] nicht dahin ausgelegt werden kann, dass [...] es in dem Bereich, in dem die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten auf die Union übertragen haben, [...] ermöglicht, einem Arbeitnehmer den Schutz zu nehmen, der ihm durch das in diesem Bereich geltende Recht der Union gewährt wird.“<sup>3</sup> Des Weiteren sind mit dem Beschluss 24/2017 des italienischen VerfGH<sup>4</sup> und dem daraufhin Anfang Dezember 2017 ergangenen EuGH-Urteil in der Rechtssache *M.A.S. und M.B.*<sup>5</sup> zwei Entscheidungen vorhanden, die die Frage aufwerfen, in welchem Verhältnis der Schutz mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zum unionalen Grundrechtsschutz und mithin einer rechtsordnungsinternen Konfliktlösung steht. Gerade in der aktuellen Zeit, in der in Teilen der Gesellschaft sowie in Politik und Justiz vieler Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Mehrwert eines europäischen Handelns vermehrt in Frage gestellt wird, sind diese in unterschiedlicher Stärke und Differenziertheit sowie provozierenden Tonfall erfolgenden mitgliedstaatlichen Rückgriffe auf den Schutz der eigenen Verfassungsidentität nicht selten Ausdruck eines Bedürfnisses nach stärkerer mitgliedstaatlicher Kontrolle der Handlungen europäischer Organe, mithin der Schnelligkeit, Tiefe und Richtung der europäischen Integration selbst.

---

<sup>1</sup> Siehe nur BVerfGE 140, 317 ff.; BVerfG, Beschluss v. 18.07.2017 – 2 BvR 859/15.

<sup>2</sup> Belg. VerfGH, Entscheid Nr. 62/2016 v. 28.04.2016, B.8.7.

<sup>3</sup> Urt. v. 13.07.2019, *Correia Moreira*, C-317/18, EU:C:2019:499, Rn. 62.

<sup>4</sup> Ital. VerfGH, Beschluss (*ordinanza*) 24/2017.

<sup>5</sup> Urt. v. 05.12.2017, *M.A.S. und M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

Ihren rechtlichen Anknüpfungspunkt findet die Debatte um den Schutz der mitgliedstaatlichen Verfassungsidentität zum einen in den mitgliedstaatlichen (Verfassungsidentitäts-)Vorbehalten, zum anderen auf unionsrechtlicher Ebene in Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV als Achtungspflicht der Union. Auf *Letzteres* richtet die nachfolgende Untersuchung ihren Fokus. „Die Union achtet [...] ihre [scil. der Mitgliedstaaten] jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ So lautet der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV. Die vorliegende Arbeit stellt sich die Frage nach dem Schutzgehalt und den Funktionen der Norm sowie möglichen gerichtlichen Durchsetzungsmechanismen. Ihr Anliegen ist es, Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV in seinem Inhalt wie auch in seinen anwendungsbereichsbezogenen Wirkungen Kontur zu verleihen. Der Zugriff auf diese Forschungsfragen erweist sich als voraussetzungsvoll, kennzeichnet sich die Norm doch gerade durch eine in ihrem Rahmen und ihrer Anwendung erfolgende Verknüpfung von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht, spezifisch den eben genannten (Verfassungsidentitäts-)Vorbehalten. Das Achtungsgebot der nationalen Identität ist folglich eines der Elemente, welche die zentralen Grundpfeiler der Europäischen Union als ein von den Staaten und den Bürgern gemeinsam getragenes Integrationsprojekt zum Ausdruck bringen.<sup>6</sup> Den Kern einer Auseinandersetzung mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV bildet daher zwangsläufig die Betrachtung und Begründung dessen, *wie* das Zusammenwirken beider Ebenen ausgestaltet ist.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass die Auslegung des Schutzgehalts sowie die Diskussion um die Funktionen des Achtungsgebots ganz maßgebend geprägt sind durch die unterschiedlichen Vorverständnisse zur Charakterisierung der Europäischen Union, insbesondere zum Verhältnis der beteiligten Rechtsordnungen zueinander. Insoweit kennzeichnet sich die weit überwiegende Mehrheit der Auseinandersetzung mit dem Achtungsgebot der nationalen Identität durch eine Übertragung der jeweiligen eigenen mitgliedstaatlichen Vorstellungen zum Geltungsgrund des Unionsrechts im innerstaatlichen Rechtraum und den Grenzen einer Hoheitsrechtsübertragung auf die Auslegung sowie Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV – dies betrifft sowohl den Schutzgehalt als auch die Funktionen und die gerichtliche Durchsetzung der Norm.<sup>7</sup> Unter dem „Deckmantel“ einer Auseinandersetzung mit dem Achtungsgebot der nationalen Identität werden eta-

---

<sup>6</sup> Vgl. Schlussanträge GA *Maduro* v. 08.10.2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:544, Rn. 31: „Sie [die nationale Identität] gehört nämlich zum Wesen des anfangs der 50er-Jahre eingeleiteten europäischen Projekts [...]“

<sup>7</sup> Siehe zur Literatur ausführlich mit den entsprechenden Nachweisen insb. im 2. Teil, 3. Kapitel, I. sowie 3. Teil, 1. Kapitel, IV., 2. Kapitel, III. 3. a). und 4. Teil, 2. Kapitel, I. 3.

blierte Prinzipien und Charakteristika des Unionsrechts – etwa der Vorrang des Unionsrechts, die Kompetenzverteilung und die Integrationsfunktion des EuGH – wieder zur Diskussion gestellt. Sie geraten ins Wanken oder werden teilweise aufgehoben. Im Ergebnis wird Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV zu einem Anknüpfungspunkt für eine „Rückwärtsperspektive“ oder eine „Renationalisierung“ der Europäischen Integration instrumentalisiert.

Dem entgegengesetzt wird in der vorliegenden Arbeit eine Betrachtungsweise der Norm vorgeschlagen, die die gegenseitige Verklammerung und Ergänzung zwischen der mitgliedstaatlichen und unionalen Ebene in ihrem Rahmen in den Mittelpunkt des eigenen Konzepts stellt. Der Kern der Untersuchung ist folglich die Frage: Wie lässt sich eine systematische und kohärente Auslegung und dogmatische Einordnung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV konzipieren, die in ihrer Anwendung im europäischen Rechtsraum einen überzeugenden Ausgleich schafft zwischen der Notwendigkeit einheitlichen Handelns und dem Schutz mitgliedstaatlicher Identität? Theoretischer Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit sind die von *Calliess* vertretene Idee der Europäischen Union als Staaten- und Verfassungsverbund,<sup>8</sup> *Burchardts* Ansatz des europäischen Normenverbunds,<sup>9</sup> *Wendels* Idee rechtlicher Permeabilität<sup>10</sup> sowie vereinzelte Ansätze aus der Diskussion zum Constitutional Pluralism. Ihre Überlegungen gilt es, auf die Charakterisierung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV übertragend anzuwenden und gleichzeitig weiterzuentwickeln. Das Ziel der Arbeit ist es, auf dieser Grundlage ein grundlegendes Konzept des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV als Verbundnorm vorzustellen.

Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Arbeit auch von den bislang einzigen vorliegenden monographischen Untersuchungen mit Fokus auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV von *Millet*<sup>11</sup> und *Cloots*<sup>12</sup>. So unternimmt *Cloots* eine vorrangig philosophisch, moralisch<sup>13</sup> und politikwissenschaftlich geprägte Untersuchung, die sich das Ziel gesetzt hat, spezifisch für den EuGH ein umfassendes Modell für den Umgang mit dem Identitätsargument zu entwickeln. *Millet* hat seinen Ausgangspunkt hingegen beim deutschen sowie insbesondere französischen Konzept der Verfassungsidentität und blickt sodann aus dieser Perspektive auf Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV. Damit ist in seinem Ansatz nicht immer hinreichend eine klare Trennung zwischen rechtsordnungsexternen und -internen Wirkungen gegeben.

---

<sup>8</sup> Siehe aus den vielen Beiträgen nur *Calliess*, Die neue EU, S. 47 ff.; *ders.*, Zum Denken im Staaten- und Verfassungsverbund, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungswandel, S. 187 (191 ff.); sowie *ders.*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 1 EUV, Rn. 41 ff.

<sup>9</sup> *Burchardt*, Rangfrage im Normenverbund; *dies.*, ZaöRV 2016, 527 (insb. 533 ff.).

<sup>10</sup> *Wendel*, Permeabilität.

<sup>11</sup> *Millet*, L'identité constitutionnelle des États.

<sup>12</sup> *Cloots*, National Identity in EU Law.

<sup>13</sup> Sie selbst spricht von einer „moralischen Lesart des Konzepts“ (Übers. v.: „*moral reading of the concept*“), *Cloots*, National Identity in EU Law, S. 139.

Die vorliegende Untersuchung gliedert sich in vier Teile. Der *erste* Teil widmet sich den konzeptionellen und theoretischen Grundlagen. Es ist zum einen der nationalen Identität der Mitgliedstaaten als *Rechtsbegriff* Kontur zu geben, zum anderen den Staaten-, Verfassungs- und Normenverbund als Ordnungsidee speziell mit seinen für das Verständnis des Art. 4 Abs 2 S. 1 Var. 2 EUV notwendigen Grundprämissen vorzustellen. Das Ziel ist, zunächst einen grundlegenden Strukturierungsansatz für die Komplementarität zwischen unionaler und mitgliedstaatlicher Ebene im Rahmen des Achtungsgebots der nationalen Identität zu entwickeln, der den Verbund als Bezugspunkt hat.

Der *zweite* Teil der Arbeit konzentriert sich darauf aufzuzeigen, wie die Verklammerung zwischen dem mitgliedstaatlichen Recht und dem Unionsrecht im Rahmen des Schutzgehalts des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV ausgestaltet ist. Das Ziel ist, in Anwendung der Grundlegungen des ersten Teils, den *unionsrechtlichen* Gehalt des Achtungsgebots nationaler Identität zu bestimmen, mithin einzugrenzen, welchen inhaltlichen Rahmen Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV dem mitgliedstaatlichen Einschätzungsspielraum zieht.

Der *dritte* Teil der Arbeit geht der Frage nach, welche unterschiedlichen Funktionen das Achtungsgebot der nationalen Identität im vertraglichen Gesamtgefüge hat und wie es dabei als Verbundnorm seine Wirkung entfaltet. Dafür wird nicht der Weg einer sukzessiven Abhandlung einzelner Identitätsgehalte gewählt,<sup>14</sup> sondern Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV wird in seiner Gesamtheit als Achtungsgebot der Union in einzelne ausgewählte Sachbereiche der Verträge eingeordnet. Das Ziel ist, durch eine Einordnung der Norm in das vorhandene vertragliche System sowie eine dafür notwendige Verhältnisbestimmung zu anderen Normen und Prinzipien des Unionsrechts, jenseits von Einzelfällen ein anwendungsbereichsbezogenes, in sich kohärentes, dogmatisches Konzept ihrer Funktionen und Wirkungen zu entwickeln.

Aufbauend auf den vorangehenden beiden Teilen der Arbeit wendet sich der *vierte* Teil der prozessualen Dimension des Identitätsschutzes zu. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf einer Betrachtung des gerichtlichen Dialogs zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichten. Das Ziel dieses Teils ist es darzulegen, wie auch die prozessuale Dimension des Identitätsschutzes eine Verbundentscheidung notwendig macht. Aufgezeigt wird, wie diese mit Elementen der Beteiligung und Kooperation konkret ausgestaltet sein sollte, um eine überzeugende Anwendung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 Var. 2 EUV im Verbund zu gewährleisten.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass sich die Arbeit gleichzeitig auch als ein horizontöffnender und impulsgebender Beitrag zu den so oft nur nach innen gewandten und abgekapselten mitgliedstaatlichen Debatten um

---

<sup>14</sup> So der Ansatz bei *Cloots*, National Identity in EU Law, S. 195 ff. – Part II.

den Fortgang des europäischen Integrationsprojekts versteht. Es soll aufgezeigt werden, dass selbst in einem aus mitgliedstaatlicher Perspektive so sensiblen Bereich wie dem Schutz der eigenen Verfassungsidentität die Notwendigkeit besteht, über die eigene Rechtsordnung hinaus zu blicken und die Europäische Union als ein von allen Mitgliedstaaten gleichermaßen getragenes, gemeinsames Integrationsprojekt zu verstehen.