

Augsburger Studien zum internationalen Recht

Herausgegeben von

Volker Behr

ehem. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht,
Ausländisches und Internationales Privatrecht

Henning Rosenau

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales
Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Biorecht

Christoph Vedder

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht
sowie Sportrecht, Jean Monnet-Lehrstuhl für Europäisches Recht

Juristische Fakultät der Universität Augsburg

Band 16

Erhan Temel (Hrsg.)

Türkei und Deutschland in Europa

PL ACADEMIC
RESEARCH

Matthias Rossi*

Nationale Identität in der Europäischen Union – Skizze eines Schutzes in drei Schritten

A. Einleitung und normative Bestandsaufnahme

Die Bedeutung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten der Europäischen Union lässt sich aus verschiedenen Blickwinkeln betrachten. Praktisch war und ist sie Voraussetzung für die Gründung der Europäischen Union, für die Einbindung in eine supranationale Gemeinschaft, deren autonom bestimmtes Recht das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu verdrängen vermag. Denn kein Mitgliedstaat und vor allem kein Volk eines Mitgliedstaats wollte und will sich durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Union selbst aufgeben, will seine eigene Identität in der Europäischen Union verlieren. Auch (staats-)theoretisch ist die nationale Identität Kennzeichen und Voraussetzung von Föderationen und Verbänden und maßgebliches Kriterium zur Unterscheidung von Zentral- und Einheitsstaaten. Normativ muss sich diese besondere Bedeutung der nationalen Identität freilich nicht unbedingt spiegeln, wie etwa das Grundgesetz zeigt: Zwar verhält es sich nicht explizit zu einer wie auch immer definierten Identität der Bundesländer, doch setzt es sie, wie insbesondere sein Zustandekommen nach Maßgabe des Art. 144 Abs. 1 GG zeigt, ebenso voraus wie es sie durch verschiedene Gewährleistungen schützt: durch die Anerkennung einer grundsätzlichen Verfassungsautonomie in Art. 28 Abs. 1 GG oder durch die grundsätzliche Zuständigkeitsvermutung zu Gunsten der Länder in Bezug auf alle drei Gewalten in Art. 30 GG, Art. 70 Abs. 1 GG, Art. 83 GG und Art. 92 GG beispielsweise.

Vor diesem Hintergrund überrascht es, in wie vielen Bestimmungen der Europäischen Verträge die nationale Identität der Mitgliedstaaten explizit oder implizit thematisiert wird, wie eine normative Bestandsaufnahme zeigt.

I. Identitätsklausel

Die zentrale Vorschrift zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten findet sich in Art. 4 Abs. 2 EUV. Sie sticht durch ihren Wortlaut, ihre systematische Stellung im ersten Titel des EUV sowie vor allem auch durch ihre Entstehungsgeschichte gegenüber anderen Vorschriften hervor. Als Identitätsklausel¹ oder zentrales

* Für hilfreiche Zuarbeit danke ich meiner Mitarbeiterin *Milena Wolff*, LL.M. Der Beitrag ist erstveröffentlicht in *Bezenberger/Gruber/Rohlfing-Dijoux* (Hg.), *Die deutsch-französischen Rechtsbeziehungen, Europa und die Welt. Liber amicorum Otmar Seul*, Baden-Baden 2014.

1 So *Streinz*, in: ders. (Hg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV, Rn. 11.

Achtungsgebot² bezeichnet und eingebettet in die Feststellung, dass der EU nicht übertragene Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben,³ bestimmt die Vorschrift:

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

Von besonderer Bedeutung innerhalb dieser recht langen Klausel ist der Begriff der „nationalen Identität“. Er fand erstmals mit der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht Eingang in das Primärrecht. Damals bestimmte Art. F Abs. 1 Hs. 1 EUV noch schlicht: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“ Dieser Wortlaut wurde in den Verträgen von Amsterdam und Nizza beibehalten.⁴

Der Vorentwurf des Verfassungsvertrags aus dem Jahr 2002 bezog sich auf eine Union europäischer Staaten „unter Wahrung ihrer nationalen Identität“.⁵ Der Entwurf des Konventspräsidiums vom Februar 2003 sah die Übernahme des Achtungsgebots vor.⁶ Daneben sollte der Begriff der nationalen Identität durch eine weitere Vorschrift präzisiert werden, welche den Bezug zur „verfassungsrechtlichen Struktur“ sowie zur „Organisation der staatlichen Behörden auf nationaler, regionaler und kommunaler Ebene“ hervorhob.⁷ Im Konventsentwurf vom Juni 2003 wurden beide Vorschriften in Art. I-5 Abs. 1 S. 1 zusammengefügt.⁸ Art. I-5 Abs. 1 S. 2 enthielt ein weiteres Achtungsgebot bzgl. der „grundlegenden Funktionen des Staates“.

2 So *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Rn. 11.

3 Eine Feststellung, die angesichts des sogar in Bezug genommenen Art. 5 EUV ebenso klarstellend wie überflüssig ist.

4 Art. 6 Abs. 3 EUV.

5 Art. 1, Vorentwurf v. 28.10.2002, CONV 369/02.

6 Art. 1 Abs. 2, Entwurf der Art. 1 bis 16 des Verfassungsvertrages v. 06.02.2003, CONV 528/03.

7 Art. 9 Abs. VI, Entwurf der Art. 1 bis 16 des Verfassungsvertrages v. 06.02.2003, CONV 528/03: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die mit deren grundlegenden Struktur und den wesentlichen Aufgaben eines Staates – insbesondere seiner politischen und verfassungsrechtlichen Struktur einschließlich der Organisation der staatlichen Behörden auf nationaler, regionaler und kommunaler Ebene – zusammenhängt.“

8 Art. I-5 Abs. 1 S. 1, Konventsentwurf v. 13.06/10.07.2003, CONV 850/03: „Die Union achtet die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“

Art. I-5 Abs. 1 VVE entsprach im Wesentlichen dem Konventsentwurf. Die Vorschrift wurde lediglich um ein zusätzliches Achtungsgebot („Gleichheit der Mitgliedstaaten“) ergänzt.⁹ Der Wortlaut des Art. I-5 Abs. 1 VVE wurde mit nur geringen Änderungen in den Vertrag von Lissabon übernommen. Nunmehr ist das Achtungsgebot in Art. 4 Abs. 2 EUV verankert und nur leicht modifiziert: Statt von „verfassungsrechtlichen“ spricht der Text nun von „verfassungsmäßigen Strukturen“, geschützt wird an Stelle der „kommunalen“ nun die „lokale“ Selbstverwaltung. Schließlich wurde der Satz 3 hinzu gefügt, wonach die nationale Sicherheit „weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten“ fällt.

II. Weitere Normen

Über diese allgemeine und zugleich besonders relevante Vorschrift hinaus findet sich in den Verträgen eine überraschend große Zahl weiterer Normen, in denen der nationalen Identität der Mitgliedstaaten oder doch jedenfalls Teilaspekten Rechnung getragen wird.

- Schon die kurze Präambel des EUV spricht von „*der Achtung der Geschichte, der Kultur und der Traditionen der Völker*“.
- Im Kontext mit den allgemeinen Zielen der EU hält Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV fest, dass die EU *den Reichtum der kulturellen und sprachlichen Vielfalt der Mitgliedstaaten wahrt und für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas sorgt*.
- Weiter tragen die Union und die Mitgliedstaaten nach Art. 13 AEUV bei der Festlegung und Durchführung der Politik zwar dem Tierschutz in vollem Umfang Rechnung, *berücksichtigen hierbei aber auch die Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf religiöse Riten, kulturelle Traditionen und das regionale Erbe*.
- Art. 36 AEUV benennt das „*nationale Kulturgut von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert*“ als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit.
- Art. 165 Abs. 1 AEUV, der der Union eine Unterstützungskompetenz im Bereich der Bildung einräumt, betont die Pflicht der Union zur Beachtung der „*Vielfalt der Kulturen und Sprachen*“ der Mitgliedstaaten.

9 Art. I-5 Abs. 1 VVE, ABl. 2004, C 310/1: „Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor der Verfassung sowie die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Sie achtet die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit.“

- Auch Art. 167 AEUV, der der EU Koordinierungs-, Ergänzungs- und Unterstützungskompetenzen im Bereich der Kultur einräumt,¹⁰ betont explizit noch einmal „die Wahrung der nationalen und regionalen Vielfalt in den Mitgliedstaaten“, hebt aber auch das gemeinsame kulturelle Erbe hervor. In diesem Zusammenhang benennt die Vorschrift das Ziel, „die Kenntnis und Verbreitung der Kultur und Geschichte der europäischen Völker“ (im Plural!) zu verbessern. Explizit wird die Kompetenz der Union noch einmal auf die „Wahrung und Förderung der Vielfalt ihrer Kulturen“ verpflichtet (Art. 167 Abs. 3 AEUV).
- Zusammen mit der Übertragung von – wenn auch nur koordinierenden, unterstützenden und ergänzenden – Kompetenzen im Bereich der Kultur auf die EU ist eine weitere Ermessensausnahme vom grundsätzlichen Beihilfenverbot in den AEUV aufgenommen worden. Nach Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV können „Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes mit dem Binnenmarkt als vereinbar angesehen werden, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“.
- Eine besondere Vorschrift, eine „exception culturelle“,¹¹ findet sich sodann in Art. 207 Abs. 4 UAbs. 3 lit. a AEUV. Während Handelsverträge grundsätzlich nur der qualifizierten Mehrheit im Rat bedürfen, verlangt diese Bestimmung Einstimmigkeit, wenn solche Verträge „die kulturelle und sprachliche Vielfalt in der Union“ beeinträchtigen könnten. Jedem Mitgliedstaat kommt insofern ein Veto-Recht zu.
- Weiterhin hält das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse i.S.d. Art. 14 AEUV fest, dass zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf diese Dienste auch „die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können, zählen.“
- Und in der Erklärung zu Artikel 55 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union heißt es: „Die Konferenz ist der Auffassung, dass die Möglichkeit der Erstellung von Übersetzungen der Verträge in den Sprachen nach Artikel 55 Absatz 2 zur Verwirklichung des Ziels beiträgt, den Reichtum der kulturellen und sprachlichen Vielfalt der Union im Sinne von Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 4 zu wahren. Sie bekräftigt diesbezüglich, dass die Union großen Wert auf die kulturelle Vielfalt Europas legt und diesen und anderen Sprachen weiterhin besondere Bedeutung beimessen wird.“
- Schließlich finden sich auch in der Grundrechtecharta Anerkennungen der nationalen Identität. Bereits die Präambel betont, dass „die Union zur Erhaltung und zur Entwicklung dieser gemeinsamen Werte unter Achtung der Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie der nationalen Identität der

10 Vgl. insofern auch Art. 2 Abs. 5 u. Art. 6 lit. c AEUV.

11 Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hg.); EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 207 AEUV, Rn. 107.

Mitgliedstaaten und der Organisation ihrer staatlichen Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene beiträgt.“

- Zuletzt bekräftigt Art. 22 GRCh als eher objektiv relevantes denn subjektiv wirkendes Grundrecht, dass *die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet.*

III. Funktionale Differenzierung

Angesichts dieser Vielfalt an Normen, die sich in einem engen oder weiten Sinne zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten innerhalb der Europäischen Union verhalten, verbietet sich eine einheitliche oder gar vereinheitlichende Betrachtung der rechtlichen Bedeutung der einzelnen Normen. Gleichwohl soll im Rahmen dieses Beitrag eine Typisierung vorgenommen und dabei vor allem das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten auf drei Arten geschützt bzw. geachtet wird: Die nationale Identität wirkt zum einen als abstrakte Kompetenzübertragungsgrenze (II.), zum anderen als Steuerung und Schranke der konkrete Kompetenzzusübung (III.) und schließlich – praktisch vielleicht am bedeutsamsten – als Rechtfertigungsgrund für das Abweichen von kompetenzgerecht erlassenen Unionsrecht (IV.).

B. Nationale Identität als Kompetenzübertragungsgrenze

Als Grenze für die Übertragung von Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf die Europäische Union ist die nationale Identität vor allem vom Bundesverfassungsgericht thematisiert worden. In dieser Funktion scheint sie insofern nationalrechtlich, weniger hingegen europarechtlich verankert zu sein.

Zwar lässt sich auch die allgemeine Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 EUV als Kompetenzübertragungsschranke begreifen, steht sie doch in systematischem Zusammenhang mit der das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ergänzenden Zuständigkeitsvermutung für die Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 1 EUV und wird sie doch insbesondere auch ergänzt um den Satz 3, dass „die nationale Sicherheit weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten fällt“. Doch ungeachtet der genauen Bedeutung dieser Bestimmungen¹² genügt dieser systematische Zusammenhang noch nicht, um aus dem Achtungsgebot eine abstrakte Kompetenzübertragungsschranke herauszulesen. Zudem wären Grenzen einer Kompetenzübertragung im Primärrecht ohnehin falsch verortet. Denn hier können sie allenfalls noch deklaratorische Bedeutung erlangen, nicht hingegen konstitutiv diejenige Kompetenzübertragung verhindern, die durch die Ratifizierung der Verträge bereits stattgefunden hat.

12 Vgl. bspw. v. *Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, Stand: 50. EL 2013, Art. 4 EUV Rn. 2: „kein über Art. 1 Abs. 1 EUV und Art. 5 EUV hinausgehender rechtlicher Gehalt.“

Auch die anderen genannten Normen, in denen die nationale Identität der Mitgliedstaaten bzw. deren Teilaspekte thematisiert werden, lassen sich nicht als absolute Schranke einer Kompetenzübertragung verstehen. Wohl betreffen sie Angelegenheiten, die bereits von Verfassungen wegen nicht oder jedenfalls nicht vollständig in die Zuständigkeit der Europäischen Union und ihrer Organe gegeben werden sollten. Doch sind sie weder dem Wortlaut noch ihrer Intention nach als hinreichend bestimmte Normen formuliert, deren Missachtung ein Handeln der Europäischen Union in den Bereich *ultra vires* verweisen würde.

Insofern führt die nationale Identität der Mitgliedstaaten als absolute Grenze einer Kompetenzübertragung auf verfassungsrechtliches Terrain, das jedenfalls in und für Deutschland maßgeblich durch das Bundesverfassungsgericht beackert worden ist. Schon in der Solange-I-Entscheidung aus dem Jahr 1974 mahnte das Gericht, dass die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung nicht dazu führen dürfe, „die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht, ohne Verfassungsänderung, nämlich durch die Gesetzgebung der zwischenstaatlichen Einrichtung zu ändern.“¹³ Noch deutlicher wird der Zusammenhang zwischen der geschriebenen Verfassung des Staates auf der einen Seite und seiner Identität auf der anderen Seite im Lissabon-Urteil aus dem Jahre 2009. Hier heißt es im Leitsatz 4:

„[...] Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist. Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 III EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.“¹⁴

Und auch im Urteil zum Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 12.9.2012 hält das Bundesverfassungsgericht fest:

„Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinn des Identitätskerns der Verfassung (Art. 20 I und II, Art. 79 III GG) besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt (vgl. BVerfGE 129, 124 (179 f.)).“¹⁵

Nun kann und soll in diesem kleinen Rahmen nicht die Diskussion nachvollzogen und weitergeführt werden, die im Anschluss an die genannten Entscheidungen in

13 BVerfGE 37, 271, 279.

14 BVerfGE 123, 267, 353 f.

15 BVerfG, Urt. v. 12.09.2012, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 213.

Deutschland entbrannt ist.¹⁶ Vielmehr soll allein betont werden, dass der Schutz der nationalen Identität auf einer ersten Stufe den Mitgliedstaaten selbst überlassen ist. Ob und inwieweit sie hinsichtlich der nationalen Identität überhaupt dispositionsbefugt sind, ist zuvörderst eine Frage des jeweiligen Verfassungsrechts und seiner verbindlichen Interpretation durch die jeweiligen Verfassungsgerichte.

C. Nationale Identität als Steuerung und Schranke der Kompetenzausübung

Erst auf einer zweiten Ebene kommt sodann das primäre Recht der Europäischen Union, kommen also die dargestellten Bestimmungen des EUV und des AEUV, allen voran Art. 4 Abs. 2 EUV, zum Tragen. Ihre Bedeutung liegt primär darin, die Ausübung der der EU übertragenen Kompetenzen zu steuern und ihr gegebenenfalls Grenzen zu setzen.

Als „Prolegomenon der Kompetenzordnung“¹⁷ wirken sämtliche der genannten Vorschriften zunächst als Auslegungshilfe bzw. – stärker – als Auslegungsmaxime. Sie können die Wahrnehmung der der Union übertragenen Kompetenzen konstruktiv in eine bestimmte Richtung lenken oder gar destruktiv erheblich begrenzen. Sie flankieren in dieser Funktion das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und schützen die Mitgliedstaaten vor einer schleichenden Aushöhlung der ihnen verbliebenen Zuständigkeiten. Zugleich tragen sie dem prinzipiellen Vorrang einer Harmonisierung vor einer Unitarisierung Rechnung, wenn sie bei allem Bestreben nach gleichen Marktbedingungen insbesondere die Bedeutung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt hervorheben, die nicht nur für die einzelnen Mitgliedstaaten, sondern insgesamt auch für die Europäischen Union prägend sein dürfte.

Insbesondere für die in Art. 4 Abs. 2 EUV normierte Identitätsklausel ist die Bedeutung als „Kompetenzausübungsschranke“,¹⁸ als „äußerste Grenze für ein Tätigwerden der Union“¹⁹ anerkannt. Zum Teil wird sie als „föderales Grundrecht“ bezeichnet, das zusammen mit den anderen genannten Regelungen der Verträge als Rahmen und Grenze für die Vorschriften über die Zuständigkeiten der Union diene.²⁰ Derart grundrechtlich betrachtet, wird der Vorschrift „in Übertragung grundrechtlicher Lehren“ gar „eine Pflicht entnommen, Unionsmaßnahmen so zu gestalten, dass ausreichend Flexibilität für die Mitgliedstaaten besteht, um den von Art. 4

16 Vgl. dazu bspw. *Grimm*, Der Staat 48 (209), S. 457 ff.; *Jestedt*, Der Staat 48 (2009), S. 497 ff.; *Schönberger*, Der Staat 48 (2009), S. 535 ff.; *Thym*, Der Staat 48 (2009), S. 559 ff.; *Ohler*, AöR 135 (2010), S. 153 ff.; *Ruffert*, DVBl. 2009, S. 1197 ff.; *Calliess*, ZG 2010, S. 1 ff.

17 *Oppermann*, DVBl. 2003, 1165 (1170).

18 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 10 EGV, Rn. 72; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg* (Hg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 4 EUV, Rn. 16.

19 *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 22.

20 *Pernice*, AöR 136 (2011), 185 (187).

Abs. 2 EUV geschützten Gehalten Rechnung zu tragen.²¹ Eine solche Auffassung führt freilich zu der Frage, ob die Vorschrift tatsächlich eine positive Verpflichtung der Union begründet, Mitgliedstaaten bei Gefährdung ihrer grundlegenden staatlichen Funktionen jenseits bestehender Beistandspflichten unterstützend zur Seite zu treten. Hier werden mit anderen Worten neue normative Anknüpfungspunkte für die vertragswidrige Umgehung des „bail-out-Verbots“ des Art. 125 Abs. 1 AEUV gesucht, letztlich aber nicht gefunden. Denn wie bereits der Wortlaut zu erkennen gibt, kann Art. 4 Abs. 2 EUV nicht kompetenzbegründend zugunsten der Union wirken, was im Übrigen Art. 4 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 5 EUV klarstellt.²² Überzeugender ist es deshalb, die Identitätsklausel von jeder grundrechtlichen Dogmatik freizuhalten und sie als Ausprägung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit zu verstehen,²³ was ihren weichen Charakter gut treffen dürfte.

Bildet namentlich Art. 4 Abs. 2 EUV somit ein Gegengewicht zur nicht unerheblichen Kompetenzausweitung der Union, führt dies dazu, dass der EuGH in einem Streit über Bestand und Auslegung der Kompetenzen der Union auch die Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 EUV im Interesse der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen hat.²⁴ Der Begriff der „nationalen Identität“ i.S.d. Art. 4 Abs. 2 EUV unterliegt insoweit der Definitionsgewalt des EuGH, der sich freilich bislang nicht zu dem Terminus verhalten hat. Dies mag auch daran liegen, dass die Vorschrift ursprünglich nicht der Zuständigkeit des Gerichtshofes unterfiel.²⁵ Der grundsätzliche Widerspruch, der zwischen der europarechtlichen Form und dem nationalen Inhalt des Begriffs liegt, musste in der Vergangenheit deshalb nicht aufgelöst werden. Er ist indes lösbar, wie die sensible Rechtsprechung des EuGH zu Fragen zeigt, in denen Aspekte der nationalen Identität als Rechtfertigungsgrund für das Abweichen von Europarecht fungieren (siehe unten D.). Insofern ist der EuGH gut beraten, wenn er sich nicht auf eine allgemein gültige abstrakte Definition einlässt, sondern die Belange der nationalen Identität in einer sich entwickelnden Kasuistik von Fall zu Fall berücksichtigt.

Schwierigkeiten bereitet im Übrigen nicht nur die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Achtungspflicht durch die EU verletzt wird, sondern auch die Frage, welche Rechtsfolgen eine etwaige Verletzung nach sich zieht. Zum Teil wird angenommen, dass die Verletzung des Achtungsgebots zur Rechtswidrigkeit des Unionsaktes führt.²⁶ Etwas vorsichtiger wird formuliert, dass jedenfalls eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung eines Gehalts von Art. 4 II EUV einen Grund für die Rechtswidrigkeit der Unionsmaßnahme darstellen könne.²⁷ Einigkeit besteht darin, dass die Verletzung der Identitätsklausel jedenfalls dazu führt,

21 *V. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701 (727).

22 *V. Bogdandy/Schill*, in: G/H/N, Art. 4 EUV, Rn. 37.

23 *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 10.

24 *Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 22.

25 *V. Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701, 705 f.

26 *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 16.

27 *V. Bogdandy/Schill*, in: G/H/N, Art. 4 EUV, Rn. 34; *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 16.

dass die Mitgliedstaaten sich nicht für die Nichtbefolgung einer unionsrechtlichen Pflicht verantworten müssen.²⁸ Wenn die Europäische Union die Identitätsklausel missachtet, dann kann sie umgekehrt nicht von den Mitgliedstaaten die Einhaltung der Unionstreue verlangen.

Insgesamt erscheint die Berücksichtigung der nationalen Identität im Rahmen der Kompetenzausübung der Europäischen Union eine politisch zwar verständliche, rechtlich aber kaum handhabbare Stellschraube im ewigen Konflikt zwischen der europäischen Rechtsetzung und mitgliedstaatlichen Souveränitätsansprüchen. Gegenüber der Berücksichtigung der nationalen Identität auf der ersten Stufe der Kompetenzübertragung bietet sie zwar den Vorteil, die widerstreitenden Interessen von Fall zu Fall und insofern sehr viel moderater in einen Ausgleich bringen zu können. Gleichwohl birgt auch sie die Gefahr, dass einzelne Fälle zu prinzipiellen Fragen abstrahiert werden. Zudem evoziert sie zahlreiche Folgeprobleme, die hier längst nicht alle angesprochen sind. Welche Rechtsfolgen es etwa nach sich ziehen soll, wenn ein europäischer Rechtsakt nur in einem Mitgliedstaat Befindlichkeiten hinsichtlich seiner nationalen Identität trifft, ist bislang noch gar nicht erörtert worden. Den Schutz der nationalen Identität ausschließlich an der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten ansetzen zu lassen, könnte jedenfalls eine Hebelwirkung mit sich bringen, die ohne Not aus den Angeln hebt, was auch durch ein wenig Öl am Funktionieren gehalten werden kann.

D. Nationale Identität als Rechtfertigungsgrund

Als ein solches Öl kommt eine dritte Stufe in Betracht, auf der sich die nationale Identität in der Europäischen Union behaupten kann. Denn neben den skizzierten Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten erlangt die nationale Identität der Mitgliedstaaten eine weitere rechtliche Bedeutung, die nach der Kompetenzübertragung und der Kompetenzausübung quasi an dritter Stelle eine Feinsteuerung zulässt: Sie wirkt als Rechtfertigungsgrund für das Abweichen von kompetenzgerecht erlassenen Unionsrecht. Besonders deutlich kommt diese Funktion in Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV zum Ausdruck, der die staatliche Kulturförderung im Ergebnis von dem strengen Beihilferegime ausnimmt.²⁹ Auch Art. 36 AEUV, der das nationale Kulturgut weitgehend den Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit entzieht, ist deutlich als Rechtfertigungsgrund zu charakterisieren. Doch über diese geschriebenen Ausnahmetatbestände hinaus können weitere Aspekte der nationalen Identität als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in das Unionsrecht fungieren, wie zahlreichen Entscheidungen des EuGH zu

28 V. Bogdandy/Schill, in: G/H/N, Art. 4 EUV, Rn. 34; Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rn. 16; siehe hierzu auch EuGH, Urt. v. 01.03.2012, Rs. C-393/10 – O'Brien, Rn. 49 ff.

29 Zu Recht weist Lenksi, Öffentliches Kulturrecht, 2013, S. 157, allerdings auf die geringe praktische Bedeutung dieser Ausnahmerebestimmung hin.

den Grundfreiheiten und auch zur allgemeinen Freizügigkeit der Unionsbürger zu entnehmen ist.

Zwar vermeidet es der EuGH in den meisten der nachfolgend skizzierten Entscheidungen, explizit von der nationalen Identität zu sprechen. Er stellt noch nicht einmal einen Bezug zur Identitätsklausel des Art. 4 Abs. 2 EUV her. Freilich darf nicht übersehen werden, dass diese Norm bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von der Jurisdiktion des EuGH ausgenommen war. Insofern ist es schon bemerkenswert, dass in allen Entscheidungen das Bestreben des Gerichtshofes erkennbar ist, Verfassungswerte der Mitgliedstaaten zu achten.³⁰ In Entscheidungen, die wie *Sayn-Wittgenstein*³¹, *Runevič-Vardyn*³² und *Las*³³ nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ergangen sind, thematisiert der EuGH die nationale Identität nun explizit.

I. Warenverkehrsfreiheit

Zur Warenverkehrsfreiheit seien drei Entscheidungen in Erinnerung gerufen, in denen der EuGH Aspekte der nationalen Identität der Mitgliedstaaten bemüht hat, um Eingriffe in die Grundfreiheit zu rechtfertigen.

In der Rechtssache *Familiapress*³⁴ ging es um eine Überprüfung des österreichischen UWG, das den Verkauf solcher Zeitschriften verbietet, die den Verbrauchern unentgeltliche Zugaben anbieten oder gewähren. Durch dieses Verbot sollen kleinere Verlage geschützt werden. Der EuGH erkannte in der UWG-Vorschrift zutreffend eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit, weil die Verlage inhaltliche Änderungen an ihren Zeitschriften vornehmen müssen, soweit sie für den österreichischen Markt bestimmt sind. Allerdings diene die UWG-Bestimmung der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt, was ein zwingendes Erfordernis darstellen könne. Der EuGH überließ die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Verbots deshalb den österreichischen Gerichten. Mag der Bezug der Medienvielfalt zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten auch nicht auf den ersten Blick erkennbar sein, so wird er deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der EuGH die Medienvielfalt nicht abstrakt als Rechtfertigungsgrund berücksichtigt hat, sondern sich explizit mit der Situation in Österreich befasst hat. Die Ausgestaltung der Medienkultur lässt

30 V. *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 70 (2010), 701 (707 f.).

31 EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-208/09 – *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, Slg. 2010, I-13693, Rn. 92.

32 EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-391/09 – *Runevič-Vardyn und Wardyn*, 2011, Slg. 2011, I-3787, Rn. 86 ff.

33 EuGH, Urt. v. 16.04.2013, Rs. C-202/11 – *Anton Las/PSA Antwerp NV*, noch nicht in aml. Slg.

34 EuGH, Urt. v. 26.06.1997, Rs. C-368/95 – *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH/Heinrich Bauer Verlag*, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18; s.a. EuGH, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-250/06 – *United Pan-Europe Communications Belgium u.a.*, Slg. 2007, I-11135.

sich so durchaus als ein Aspekt der nationalen Identität begreifen, der zudem noch rechtlich, gar verfassungsrechtlich, fundiert ist, wie eine weitere Entscheidung zu Österreich zeigt.

In der Rechtssache *Schmidberger*³⁵ ging es um eine von einem privaten Umweltschutzverein organisierte Versammlung auf der Brenner-Autobahn, die eine 30-stündige Blockade des Verkehrs bewirkte. Die österreichischen Behörden duldeten die Versammlung. Auf die auf Schadenersatz gerichtete Klage des deutschen Transportunternehmens Schmidberger erkannte der EuGH in der Duldung der Blockade durch Österreich zwar eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit. Allerdings stelle der Schutz der Meinungs- und Versammlungsfreiheit einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund dar. Erneut räumte das Gericht den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung deshalb ein weites Ermessen ein. Hier wird mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit nun nicht „nur“ eine bestimmte Kultur, sondern sogar ein verfassungsrechtlich verbrieftes Recht in Bezug genommen. Zwar dürfte sich die Meinungs- und Versammlungsfreiheit unter die Werte des Art. 2 S. 1 EUV subsumieren lassen, die nach Art. 49 Abs. 1 S. 1 EUV auch von den Mitgliedstaaten zu achten sind. Insofern ließe sich fragen, ob hier tatsächlich Aspekte der nationalen Identität oder nicht vielmehr allgemeine Werte der Europäischen Union rechtfertigend wirken. Doch indem die Rechtssache eben wieder den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen wurde, zeigt der EuGH, dass dieser Streit unabhängig von unionsrechtlichen Vorgaben zu entscheiden ist.

Ähnlich verhält es sich bei der Entscheidung in der Rechtssache *Dynamic Medien*.³⁶ Hier vertrieb die Avides AG ausländische DVD im deutschen Versandhandel, die entgegen dem deutschen Jugendschutzgesetz (JuSchG) nicht von einer obersten Landesbehörde oder einer innerstaatlichen Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle zum Zweck des Schutzes Minderjähriger geprüft und eingestuft wurden. Ein Konkurrent machte gegen die Avides AG einen Unterlassungsanspruch wegen Verstoßes gegen das JuSchG geltend. Der EuGH erkannte in den Bestimmungen des JuSchG zwar eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit. Allerdings sei eine Rechtfertigung aus Gründen des Minderjährigenschutzes möglich. In Bezug auf das Schutzniveau sei den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum einzuräumen.

II. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sei die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Las* rekapituliert.³⁷ Ein Dekret der Flämischen Gemeinschaft erklärte für Arbeitgeber mit Betriebsitz im niederländischen Sprachgebiet den Gebrauch der niederländischen Sprache bei der Abfassung von Arbeitsverträgen für verbindlich. Ein Verstoß gegen das Spracherfordernis begründete die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags. Der EuGH

35 EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00 – *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rn. 71 ff.

36 EuGH, Urt. v. 14.02.2008, Rs. C-244/06 – *Dynamic Medien*, Slg. 2008, I-505.

37 EuGH, Urt. v. 16.04.2013, Rs. C-202/11 – *Anton Las/PSA Antwerp NV*, n.n.v., Rn. 26.

erkannte in dieser Regelung eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Doch immerhin sei der Schutz der mitgliedstaatlichen Amtssprachen gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV, Art. 22 GRCh und Art. 4 Abs. 2 AEUV ein zwingender Grund des Allgemeininteresses, der insofern rechtfertigend wirken könne. Im Ergebnis stufte der EuGH die Regelung zwar als unverhältnismäßig ein, doch zeigt auch diese Entscheidung, dass bestimmte Aspekte der nationalen Identität als zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigende Wirkungen entfalten können.

III. Niederlassungsfreiheit

Auch zur Niederlassungsfreiheit lässt sich in der Entscheidung in der Rechtssache *Viking*³⁸ ein Aspekt nationaler Identität erkennen, der rechtfertigend wirkt. Die finnische Reederei Viking beabsichtigte aus wirtschaftlichen Gründen die Ausflagung eines Fährschiffes nach Estland. Die finnische Gewerkschaft FSU sowie die International Transport Workers' Federation (ITF) leiteten gegen dieses Vorhaben Arbeitskämpfmaßnahmen ein, was der EuGH zwar als eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit von Viking einstuft, in der Koalitionsfreiheit aber einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund erkannte. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde daher dem nationalen Gericht überlassen.

IV. Dienstleistungsfreiheit

Zur Dienstleistungsfreiheit seien zwei Entscheidungen hervorgehoben. In der Rechtssache *Omega*³⁹ ging es um einen von der Omega-GmbH betriebenen Laserdrom, in dem Spielteilnehmer mit Lasergeräten beschossen werden konnten. Die Ausrüstung bezog die GmbH von einem britischen Unternehmen, mit dem sie später auch einen Franchisevertrag einging. Die Stadt Bonn untersagte den Spielbetrieb, da die simulierten Tötungshandlungen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellten. Der EuGH stellte fest, dass diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden könne. Hierbei sei den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum einzuräumen. Es seien unterschiedliche Schutzniveaus in den Mitgliedstaaten anzuerkennen. Vorliegend sei die Beschränkung gerechtfertigt, da die Untersagung dem Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG diene.

In der Rechtssache *Laval*⁴⁰ wollte das gleichnamige lettische Unternehmen einen öffentlichen Bauauftrag in Schweden durch die Entsendung seiner in Lettland angestellten und sozialversicherten Bauarbeiter erfüllen. Schwedische Gewerkschaften blockierten die Baustelle, um Laval zum Abschluss eines Tarifvertrags auf schwedischem Lohnniveau zu bewegen. Dies stellte eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

38 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *International Transport Workers' Federation u.a./Viking Line ABP u.a.*, Slg. 2007, I-10779, Rn. 45 ff.; 75 ff.

39 EuGH, Urt. v. 14.10.2002, Rs. C-36/02 – *Omega*, Slg. 2002, I-9609, Rn. 33 ff.

40 EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767, Rn. 87 ff.

dar. Der EuGH betonte unter Berücksichtigung der nationalen Verfassungen, dass die Koalitionsfreiheit einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund darstelle. Im Ergebnis seien die Blockademaßnahmen jedoch nicht legitim.

V. Unionsbürgerrechtliche Freizügigkeit

Schließlich lassen sich auch zur allgemeinen Freizügigkeit der Unionsbürger zwei Entscheidungen finden, in denen Aspekte der nationalen Identität rechtfertigend wirken.

Die Entscheidung in der Rechtssache *Sayn-Wittgenstein*⁴¹ betraf die Österreicherin Ilonka Sayn-Wittgenstein. Sie erhielt nach ihrer Adoption durch einen Deutschen den Geburtsnamen „Fürstin von Sayn-Wittgenstein“. Zunächst trugen die österreichischen Behörden diesen Namen in das Personenstandsregister ein. Fünfzehn Jahre später verweigerten sie jedoch unter Berufung auf das Adelsaufhebungsgesetz die Namensanerkennung, sodass Frau Sayn-Wittgenstein in Deutschland und Österreich unterschiedliche Nachnamen führen musste. Dies stellte nach Auffassung des EuGH zwar eine Beeinträchtigung ihres Freizügigkeitsrechts dar. Jedoch seien die republikanische Staatsform und ihr folgend das Adelsaufhebungsgesetz Bestandteile der nationalen Identität, was unter Berufung auf die öffentliche Ordnung als Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden könne. In Bezug auf den Begriff der öffentlichen Ordnung seien mitgliedstaatliche Beurteilungsspielräume anzuerkennen. Vorliegend sei auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Erstmals wird hier die nationale Identität *expressis verbis* herangezogen, um die rechtfertigende Wirkung zu begründen. Indem der EuGH die nationale Identität aber als Teilaspekt der öffentlichen Ordnung versteht, bemüht er sich, nicht neben den geschriebenen Ausnahmen einen weiteren Rechtfertigungstatbestand zu schaffen. Für die Praxis ist die Frage der exakten normativen Verortung oder dogmatischen Begründung freilich irrelevant.

Offen gelassen hat der EuGH die präzise Herleitung eines allgemeinen, aus der nationalen Identität abgeleiteten Rechtfertigungsgrundes denn auch in der Entscheidung *Runevič-Vardyn und Wardyn*.⁴² Hier ging es um das Problem, dass Namen und Vornamen natürlicher Personen nach litauischem Recht in Personenstandsurkunden den Schreibregeln der offiziellen Landessprache entsprechen müssen. Infolgedessen verweigerte das Standesamt von Vilnius die Abänderung von Namen in einer Geburts- und Heiratsurkunde von der litauischen in die polnische Schreibweise. Der EuGH stellte zunächst Anforderungen für das Vorliegen einer Beeinträchtigung der Freizügigkeit auf. Er betonte sodann, dass der Schutz der offiziellen Landessprachen der Mitgliedstaaten Bestandteil der nationalen Identität sei, sodass es sich um einen

41 EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-208/09 – *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, Slg. 2010, I-13693, Rn. 92.

42 EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-391/09 – *Runevič-Vardyn und Wardyn*, 2011, Slg. 2011, I-3787, Rn. 86 ff.

ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund handle. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde dem nationalen Gericht überlassen.

E. Fazit

So verständlich der Wunsch der Mitgliedstaaten nach Sicherung ihrer nationalen Identität im Rahmen einer immer tieferen Europäischen Integration und so deutlich die Zielsetzung der rechtlichen Verankerung dieses Schutzinteresses in den Verträgen auch ist, so schwer sind die entsprechenden Klauseln rechtlich doch handhabbar. In ihrer allgemeinen Bedeutung führen zahlreiche Vorschriften innerhalb der Verträge, allen voran (aber bei weitem nicht alleine) die Identitätsklausel in Art. 4 Abs. 2 EUV, zu einer Verzahnung der unionalen mit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung – eine Verzahnung, die institutionell gewendet eine entsprechende Kooperation auch der kontrollierenden Gerichte erfordert. Doch in der konkreten Anwendung können Auseinandersetzungen jedenfalls dann zu einer enormen Sprengwirkung führen, wenn sie abstrakt auf der Ebene der Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten geführt werden. Berücksichtigt man Aspekte der nationalen Identität hingegen weniger bei der Kompetenzübertragung und auch nicht so sehr bei der Kompetenzzusatzübung, sondern versteht man sie vielmehr als Rechtfertigungsgründe für das Abweichen von kompetenzgerecht erlassenen Unionsrecht, dann führt dies zwar vielleicht zu einer gewissen Aufweichung des Anspruchs auf einheitliche Geltung des Unionsrechts, befreit aber von einem abstrakt-theoretischen Klärungsbedarf und bietet flexible Lösungen von Fall zu Fall. Die Berücksichtigung der nationalen Identität auf einer solchen dritten Stufe trägt darüber hinaus dem Umstand Rechnung, dass nicht stets ex ante bestimmbar ist, was die nationale Identität ausmacht. Denn sie ist erstens von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden und wird sich zweitens auch innerhalb eines Mitgliedstaates mit der Zeit ändern können. Entscheidend ist, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten nicht gegen eine weitgehende Homogenität innerhalb der Europäischen Union ausgespielt wird. Umgekehrt liegt der Schutz der nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten auch im Interesse der Union, denn die nationale Identität der Mitgliedstaaten ist Grund und Voraussetzung für die Identität der Europäischen Union.