

### 3. Im Fokus: Die Unionsrechtsordnung und die Bundesstaatlichkeit von Mitgliedstaaten

#### 3.1 Ausgangspunkt: „Länderblindheit“ der EU?

Nachdem die vorangehenden Ausführungen skizziert haben, wie sich das Unionsrecht zu Integrationsgrenzen im nationalen Verfassungsrecht verhält, soll in den folgenden Kapiteln analysiert werden, wie sich das Unionsrecht zu dem in den Verfassungen einiger Mitgliedstaaten etablierten Grundsatz der Bundesstaatlichkeit verhält.

Als Ausgangspunkt der Untersuchung kann dabei die These herangezogen werden, dass die EU bundesstaatenblind<sup>191</sup> oder, wie es vor allem in der deutschen Literatur heißt, länderblind<sup>192</sup> sei, die inzwischen zu einem Gemeinplatz im Europarecht geworden ist.<sup>193</sup> Demnach berücksichtige die Europäische Union den bundesstaatlichen Aufbau eines Mitgliedstaates nicht. Diese These findet ihren Ausgangspunkt und manifestiert sich insb darin, dass der EuGH in ständiger Rsp davon ausgeht, „dass sich ein Mitgliedstaat nicht auf Umstände seiner internen Rechtsordnung einschließlich solcher Umstände, die sich aus seinem bundesstaatlichen Aufbau ergeben, berufen kann“<sup>194</sup>, um die Nichtdurchführung oder unionsrechtswidrige Durchführung des Unionsrechts zu rechtfertigen. Diese Gesamtverantwortung des Mitgliedstaates kann auf den völkerrechtlichen Ursprung der Union zurückgeführt werden.

Aus der Verantwortlichkeit des Gesamtstaats für jedwede staatliche Unionsrechtsverletzung aber auf eine absolute Bundesstaatenblindheit der Union zu schließen, erscheint vorschnell.<sup>195</sup> Denn erstens finden sich auch im Völkerrecht Konstellationen, in denen die interne Organisation eines Staates auf völkerrecht-

191 ZB *Frank*, Gemeinschaftsrecht 30; *Lienbacher* in Aulehner, Föderalismus 198; *Gamper* in Lachmayr/Bauer, Praxiswörterbuch 148, *Madner* in FS Rill 139; *Potacs*, BRGÖ 2021, 391.

192 Begriffsbildend *Ipsen* in FS Hallstein 256; aktueller zB *Korioth* in Papier, Föderalismus 17; *Melin*, EuR 2011, 655 mwN; *Iseñee* in HB StR § 126 Rz 251; innerhalb der österreichischen Literatur aber auch zB *Ranacher*, Umsetzung 31, 323 f; *Lopatka*, Bundesländer 59 ff.

193 Differenzierend und eine Pflicht der EG/EU zur Berücksichtigung föderaler Strukturen, die im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten verankert sind, annehmend aber schon *Epiney*, EuR 1994, 304 ff, insb auch unter Hinweis auf die Vorgängerbestimmung des heutigen Art 4 Abs 2 EUV (*Epiney*, EuR 1994, 307). Inzwischen weisen auch zahlreiche Kommentatoren des Art 4 EUV darauf hin, dass die Bundesstaatlichkeit (insb: Deutschlands) einen Teil der nationalen Identität ausmacht; s zB *Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur* Art 4 EUV Rz 3; *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art 4 EUV Rz 19; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 11; *Schill/Kremm* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 19. Vgl aktuelle auch *Lopatka*, Bundesländer 64 ff; *Jaeger* in *Lienbacher/Pürgy*, Gesetzgebungskompetenz 22 ff.

194 EuGH 17.01.2002, Rs C-423/00 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:2002:32 Rz 16; s auch EuGH 06.02.1997, Rs C-205/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1997:63 Rz 10; EuGH 17.09.1998, Rs C-323/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1998:411 Rz 42.

195 In dieser Schärfe ist die ursprüngliche Begriffsbildung auch nicht erfolgt; so erkennt schon *Ipsen*, dass „das Vertragsrecht selbst und das Sekundärrecht die mitgliedstaatliche Impermeabilität der

licher Ebene Relevanz hat. Zweitens gibt es im EU-Primärrecht und der Rsp des EuGH Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Berücksichtigung des internen Aufbaus eines (Bundes-)Staates im Unionsrecht. Die prominenteste Norm in diesem Zusammenhang ist Art 4 Abs 2 EUV, durch den sich die Unionsrechtsordnung in gewissem Ausmaß gegenüber mitgliedstaatlichen Strukturen öffnet. Aber auch einige andere Bestimmungen des Primärrechts – etwa die Art 300 ff AEUV über den Ausschuss der Regionen – zeigen, dass die EU nicht ganz bundesstaatsblind ist.

## 3.2 Grundsätzliche Irrelevanz interner Strukturen im Völkerrecht

### 3.2.1 Staaten als Völkerrechtssubjekte

Das Vorliegen von Völkerrechtssubjektivität ist grundlegende Voraussetzung, um am Völkerrechtsverkehr teilnehmen zu können. Um Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein zu können, muss ein Gebilde nämlich Völkerrechtssubjektivität besitzen bzw Völkerrechtssubjekt sein. Staaten gelten als der Prototyp des Völkerrechtssubjekts.<sup>196</sup> Nach der klassischen Definition des Staates liegt ein Staat dann vor, wenn dieser über Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt verfügt.<sup>197</sup> Besteht ein Staat im völkerrechtlichen Sinn, dann kommt ihm originäre und umfassende Völkerrechtssubjektivität zu. Im Gegensatz zu Staatenbünden<sup>198</sup> sind Bundesstaaten Staaten im völkerrechtlichen Sinn.<sup>199</sup> Grundsätzlich tritt der Bundesstaat als einheitliches Völkerrechtssubjekt auf, das bezüglich

---

Bundesrepublik nicht durchhalten“, führt die in Einzelfragen erfolgende Bezugnahme auf die Länder allerdings noch auf Pragmatismus zurück (*Ipsen* in FS Hallstein, 259).

- 196 Neben den Staaten gibt es auch andere (umfassende oder partielle, originäre oder derivative) Völkerrechtssubjekte; so kommt insb auch der EU Völkerrechtssubjektivität zu, vgl Art 47 EUV.
- 197 Diese Kriterien werden insb in der Montevideo Convention on the Rights and Duties of States vom 26.12.1993 (165 LNTS 19) für maßgeblich erachtet. Zur Definition des Staates im Völkerrecht und der Rolle der Montevideo-Konvention ausführlich *Grant*, Columbia Journal of Transnational Law 1998/1999 (37:2) 409 ff; vgl auch *Acquaviva*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2005 (38:2) 348 ff; *Nicholson*, Statehood 92 ff. Für den Bundesstaat s auch *Jellinek*, Staatslehre 175 sowie im Detail 381 ff (Staatsgebiet), 393 (Staatsvolk), 413 ff (Staatsgewalt); weiters *Jellinek*, Staatenverbindungen 34 ff.
- 198 Staatenbünde erfüllen idR nicht die Voraussetzungen für die Zuschreibung von Staatlichkeit iSd Völkerrechts und der daran anschließenden Völkerrechtssubjektivität. Ein Staatenbund verfügt nämlich idR nicht über unmittelbare Hoheitsgewalt über ein Volk und ein Territorium; diese Verfügungsgewalt verbleibt jeweils bei den Mitgliedern des Staatenbundes. Der Zusammenschluss zwischen den Mitgliedern basiert auf dem Völkerrecht; die Mitgliedstaaten eines Staatenbundes können auch weiterhin völkerrechtsunmittelbare Handlungen setzen. Siehe schon *Jellinek*, Staatslehre 743 ff; weiters zB *Koja*, Staatslehre 350 f; *Kelsen*, General Theory 316 ff; *Reinisch*, Handbuch 189; *Shaw*, International Law 164, 330 ff.
- 199 Zum Beispiel *Van de Craen*, RBDI 1983, 379; *Bernier*, Federalism 33 ff; *Shaw*, International Law 172.

seiner Glieder im völkerrechtlichen Verkehr meistens als vermittelnder Akteur fungiert.<sup>200</sup>

### 3.2.2 Grundsätzliche Irrelevanz des innerstaatlichen Aufbaus

Der Begriff des Staates verlangt nach der Zuschreibung der originären Völkerrechtssubjektivität hinsichtlich eines Gebiets und eines Volkes an ein einziges Zurechnungssubjekt.<sup>201</sup> Qualifiziert man also einen Bundesstaat als Völkerrechtssubjekt, so ist damit ausgeschlossen, dass die Glieder des Bundesstaates ebenfalls Staaten iSd Völkerrechts sind – das Bestehen eines Staates auf einem Staatsgebiet und hinsichtlich eines Staatsvolks schließt das Bestehen eines anderen Staates mit zumindest teilweise identem Staatsgebiet und Staatsvolk aus.<sup>202</sup> Ob die Ausübung der Hoheitsgewalt innerhalb eines Staates durch ein einziges zentrales Organ, durch mehrere zentrale Organe oder zwischen zentralen und dezentralen Hoheitsträgern geteilt erfolgt, ist aus Perspektive des Völkerrechts irrelevant, solange diese innerhalb eines Staates iSd Völkerrechts organisiert sind.<sup>203</sup> Allein die interne Aufteilung der Hoheitsgewalt auf mehrere Hoheitsträger – etwa Bund und Länder in einem Bundesstaat – führt noch nicht dazu, dass diesen jeweils eigenständige Völkerrechtssubjektivität zukommt.<sup>204</sup> Insofern ist das Vorliegen von Bundesstaatlichkeit bei der Beurteilung der Völkerrechtssubjektivität eines Staates irrelevant – ebenso wie bspw die Frage, ob der Staat als Monarchie oder Republik organisiert ist.

Die mangelnde Berücksichtigung des innerstaatlichen Aufbaus eines Staates im Zusammenhang mit der Völkerrechtssubjektivität setzt sich konsequenterweise bei den Fragen der Vertragsschlussfähigkeit, der Immunität<sup>205</sup> oder der Staatenverantwortlichkeit<sup>206</sup> fort. Immer dann, wenn es um völkerrechtliche Rechte oder

200 Zur Ausnahme davon – der Vertragsschlussfähigkeit von Gliedstaaten – gleich unten bei 3.4.2 (= 76).

201 Vgl dazu *Shaw*, International Law 171 ff.

202 Vgl *Grant*, Columbia Journal of Transnational Law 1998/1999 (37:2) 439 f.

203 Vgl dazu *Shaw*, International Law 171 ff.

204 Diese völkerrechtliche Qualifikation verunmöglicht aber nicht, dass den Gliedstaaten im bundesstaatsinternen Verhältnis eine starke Stellung zukommt. Das Völkerrecht schließt auch nicht aus, dass die Gliedstaaten in der innerstaatlichen Verfassung als eigenständige „Staaten“ bezeichnet werden, wie es etwa im deutschen Grundgesetz der Fall ist; vgl etwa Art 30 GG, wo von „staatlichen“ Befugnissen der Länder die Rede ist; zum Dogma von der „Staatlichkeit“ der deutschen Länder s etwa kritisch *Möllers*, Staat 350 ff. Diese „Staatlichkeit“ ist dann aber eben keine völkerrechtliche, sondern hat eine beschränkte, dem nationalen Verfassungsrecht zu entnehmende Bedeutung. Siehe dazu auch unten bei 6.3.3.1 (= 278).

205 Vgl dazu aber Art 28 der Europäischen Konvention über die Staatenimmunität (ETS 74 bzw BGBl 432/1976), der als Regel vorsieht, dass Gliedstaaten eines Bundesstaates keine Immunität besitzen, dann aber zulässt, dass Bundesstaaten die Immunität auch für ihre Gliedstaaten beanspruchen – eine Möglichkeit, von der etwa Österreich hinsichtlich aller neun Bundesländer Gebrauch gemacht hat; weiters *Bernier*, Federalism 121 ff.

206 Dazu zB *Acquaviva*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2005 (38:2) 393; *Bernier*, Federalism 84 ff; vgl auch *Shaw*, International Law 175.

Pflichten geht, wird der Bundesstaat behandelt wie andere Staaten auch; die Gliedstaaten werden als Zurechnungssubjekt für völkerrechtliche Rechte und Pflichten nicht berücksichtigt:

Wie ein Bundesstaat sicherstellt, dass eingegangene vertragliche Verpflichtungen, die intern den Zuständigkeitsbereich der Gliedstaaten betreffen, von diesen umgesetzt werden, ist keine Frage des Völkerrechts, sondern dem innerstaatlichen Recht überlassen.<sup>207</sup> Die Nichteinhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch die Gliedstaaten wird völkerrechtlich dem Bundesstaat als Völkerrechts-subjekt angelastet, wie der IGH etwa im Fall *La Grand* bestätigte.<sup>208</sup> Dabei gilt der Grundsatz, dass innerstaatliches Recht – und damit auch die verfassungsrechtlich angeordnete Kompetenzverteilung – weder allgemein als Rechtfertigung für die Nichterfüllung eines Vertrags<sup>209</sup> noch im Speziellen als Begründung für die Nichtigkeit eines Vertragsabschlusses herangezogen werden kann.<sup>210</sup> Die Nichteinhaltung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung<sup>211</sup> kann – sowohl, was die Verteilung von Verbandskompetenzen im föderalen Gefüge als auch, was die Verteilung von Organkompetenzen zwischen verschiedenen Staatsorganen betrifft<sup>212</sup> – nur dann die Ungültigkeit eines Vertragsabschlusses begründen, wenn der nicht beachteten Vorschrift fundamentale Bedeutung zukommt und die Verletzung der Vorschrift für die Vertragspartner offensichtlich war oder hätte sein müssen.<sup>213</sup> Während Ersteres auf Bestimmungen der föderalen Kompetenzverteilung meist zutreffen wird – diese haben in einer föderalen Ordnung grundlegende

<sup>207</sup> Zum Beispiel *Bernier*, Federalism 152 ff; *Shaw*, International Law 173. *Wyttensbach*, Umsetzung 106 führt aus, dass das Völkerrecht (insb Menschenrechtsübereinkommen) dann nach einer Anpassung der Kompetenzverteilung verlangt, wenn die fragliche völkerrechtliche Verpflichtung gerade auf Grund der Kompetenzrechtslage nicht erfüllt werden kann. Meines Erachtens wird es aber idR unmöglich sein nachzuweisen, dass gerade die Kompetenzrechtslage die Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung bedingt.

<sup>208</sup> ICJ *La Grand* (Germany v United States of America) Provisional Measures, Order of 03.03.1999, ICJ Reports 1999, 9 (16 Rz 28); ICJ *La Grand* (Germany v United States of America) Judgement of 27.06.2001, ICJ Reports 2001, 466 (507 f); *Shaw*, International Law 175.

<sup>209</sup> Vgl dazu Art 27 WVK, der insofern Völkergewohnheitsrecht kodifiziert (*Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 27 VCLT Rz 5; *Villiger*, Commentary Art 27 VCLT Rz 11; *Schaus* in Corten/Klein, Art 27 VCLT Rz 4 f).

<sup>210</sup> Vgl dazu Art 46 WVK, der insofern inzwischen Völkergewohnheitsrecht kodifiziert (*Rensmann* in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 77; *Villiger*, Commentary Art 46 VCLT Rz 19; *Bothe* in Corten/Klein, Art 46 VCLT Rz 5 ff), dazu auch unten bei 3.4.4 (= 82).

<sup>211</sup> Die Nichteinhaltung der Kompetenzverteilung bezieht sich auf die Verbandskompetenz zum Vertragsabschluss selbst – in Österreich liegt zwar auf Grund von Art 10 Abs 1 Z 2 B-VG diesbezüglich eine umfassende Kompetenz des Bundes vor (dazu unten bei 5.3.2.5.2.1 [= 204]), in Deutschland ist dies aber umstritten (vgl Art 32 GG sowie unten bei 6.3.3.5.2.1 [= 284]), und in Belgien ist die Vertragsabschlusskompetenz zwischen Bund und dezentralen Einheiten geteilt (vgl Art 167 Abs 1 BV sowie unten bei 7.3.3.2 [= 340]).

<sup>212</sup> Vgl dazu und zur Frage, ob auch Verletzungen anderer materieller Normen des internen Rechts unter Art 46 WVK fallen können *Rensmann* in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 33 ff.

<sup>213</sup> Vgl *Rensmann* in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 37 ff.

Bedeutung<sup>214</sup> –, mangelt es einem Verstoß gegen die föderale Kompetenzverteilung oft an Evidenz.

Im Völkerrecht gibt es also erstens keine Vorgaben für die Ausgestaltung der internen staatlichen Organisation und zweitens kann sich ein Staat grundsätzlich nicht auf diese interne Organisation berufen, um die Nichteinhaltung des Völkerrechts zu rechtfertigen.

### 3.3 Grundsätzliche Irrelevanz interner Strukturen im EU-Recht

#### 3.3.1 Rechte der Mitgliedstaaten im Primärrecht

Die völkerrechtlichen Wurzeln des Primärrechts zeigen sich erstens darin, dass im Primärrecht als Adressaten von Rechten (und Pflichten) die Mitgliedstaaten angesprochen werden,<sup>215</sup> und zweitens darin, dass die Rechte der Mitgliedstaaten idR von ihren Regierungen als im völkerrechtlichen Sinn außenvertretungsbefugten Organen<sup>216</sup> der Staaten wahrzunehmen sind: Nach Art 10 Abs 2 EUV werden die Mitgliedstaaten im Rat „von ihrer jeweiligen Regierung“ vertreten. Auch die Beschickung des EuGH obliegt nach den Art 19 Abs 2 EUV, Art 253 f AEUV den „Regierungen der Mitgliedstaaten“. Ob und wenn ja, inwiefern bei solchen Beschickungsvorgängen die bundesstaatliche Struktur eines Mitgliedstaates berücksichtigt werden muss, regelt das Unionsrecht nicht. Entsprechende Regelungen finden sich aber regelmäßig im nationalen (Verfassungs-)Recht.<sup>217</sup> Gleiches gilt zB für die Festlegung des Sitzes der Organe der Union, welche nach Art 341 AEUV ebenfalls den Regierungen der Mitgliedstaaten obliegt.

Dieses mit wenigen Ausnahmen<sup>218</sup> „bundesstaatenblinde“ Konzept des Mitgliedstaates im Primärrecht setzt sich bei den Klagebefugnissen der Mitgliedstaaten fort: Art 263 Abs 2 AEUV sieht vor, dass Mitgliedstaaten Handlungen der Organe der EU als privilegierte Kläger beim EuGH anfechten können. Der Begriff des Mitgliedstaates erfasst aber nach dem EuGH „nur die Regierungsbehörden der Mitgliedstaaten“, nicht auch „die Regierungen von Regionen oder ande-

214 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 40.

215 Vgl dazu auch Finck, Authorities 62 ff.

216 Vgl zB Art 7 Abs 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention, nach der „Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister“ ohne Vorlage einer Vollmacht als vertretungsbefugte Organe gelten; dazu Hoffmeister in Dörr/Schmalenbach, Art 7 VCLT 7 Rz 22 ff.

217 In Deutschland bspw in § 1 Abs 3 und § 3 Abs 3 des Richterwahlgesetzes (Landesminister sind Mitglieder im den Vorschlag für die Besetzung von Richter- oder Generalanwaltsstellen am EuGH erststellenden Richterwahlausschuss); in Österreich § 23c B-VG (der Bundesrat ist über den Vorschlag der Bundesregierung nur zu informieren; dies betrifft etwa Vorschläge für die Besetzung der Kommission und des EuGH).

218 Zu diesen unten bei 3.5 (= 84).

ren unterstaatlichen Einheiten“.<sup>219</sup> Durch eine Erstreckung des Klagerechts auf solche Einheiten würde nämlich „das institutionelle Gleichgewicht beeinträchtigt, das in den Verträgen vorgesehen ist, die insbesondere die Bedingungen festlegen, unter denen die Mitgliedstaaten, also die Staaten, die Parteien der Gründungs- und Beitrittsverträge sind, bei der Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane mitwirken. Die Europäischen Gemeinschaften können nämlich nicht eine Zahl von Mitgliedstaaten umfassen, die höher ist als die Zahl der Staaten, die in ihnen zusammengeschlossen sind“.<sup>220</sup> Diese letzte Passage macht klar, dass nach dem Verständnis des EuGH nicht nur ein Klagerecht von Regionen, sondern auch von Mitgliedstaaten eines Bundesstaates (jeweils im eigenen Namen) ausgeschlossen ist – selbst wenn diese nach nationalem Verständnis als „Staaten“ zu qualifizieren wären. Freilich können Regionen oder Mitgliedstaaten, sofern ihnen Rechtspersönlichkeit zukommt, einen Rechtsakt der Union bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art 263 Abs 4 AEUV als nicht-privilegierte Kläger bekämpfen.<sup>221</sup>

### 3.3.2 Pflichten und Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten im Primärrecht

Mit den völkerrechtlichen Wurzeln der Union ist weiters auch zu begründen, dass sich die Pflichten aus dem Primärrecht voran an die Mitgliedstaaten richten: Die Mitgliedstaaten sind es, die ungerechtfertigte Beschränkungen der Grundfreiheiten<sup>222</sup> oder der in der GRC normierten Grundrechte<sup>223</sup> zu unterlassen haben. Die Mitgliedstaaten haben von den Organen der Union erlassene Richtlinien in ihr innerstaatliches Recht umzusetzen, und die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass Verordnungen der Europäischen Union in ihrem Hoheitsgebiet rechtmäßig zur Anwendung gebracht werden.<sup>224</sup> Die Mitgliedstaaten sind es schließlich auch, die sich für die Verletzung einer der vorgenannten Verpflichtungen vor dem EuGH verantworten müssen.<sup>225</sup> Die Rechtsunterworfenen werden zwar durch das Unions(primär)recht berechtigt, so zB im Zusammenhang mit den unmittelbar anwendbaren Grundrechten, und zum Teil auch verpflichtet, so bspw, wenn einer Grundfreiheit horizontale Wirkung zukommt.<sup>226</sup> Eine Verletzung ihrer unionsrechtlich gewährleisteten Rechte oder auch eine durch das Unionsrecht bewirkte, uU nicht rechtmäßige Verpflichtung können die Rechtsunterworfenen aber regelmäßig nicht vor unionalen Instanzen, sondern nur vor

219 EuGH 02.05.2006, Rs C-417/04 P (Regione Siciliana/Kommission) ECLI:EU:C:2006:282 Rz 21. Vgl zur Thematik auch *Finck, Authorities* 69 ff.

220 EuGH 01.10.1997, Rs C-180/97 (Regione Toscana/Kommission) ECLI:EU:C:1997:451 Rz 6; vgl auch EuGH 21.03.1997, Rs C-95/97 (Wallonische Region/Kommission) ECLI:EU:C:1997:184 Rz 6.

221 Vgl etwa EuGH 22.11.2001, Rs C-452/98 (Nederlandse Antillen/Rat) ECLI:EU:C:2001:623 Rz 51 ff.

222 Vgl insb Art 34, 45, 49, 56 und 63 AEUV.

223 Bei der Durchführung von Unionsrecht gem Art 51 Abs 1 GRC.

224 Art 288, 291 AEUV.

225 Vgl insb Art 258 ff AEUV; aus der Literatur zB *Finck, Authorities* 75 ff.

226 Dazu zB *Perner, Grundfreiheiten* 141 ff.

den Gerichten eines Mitgliedstaates geltend machen.<sup>227</sup> Wird eine potentielle Unionsrechtswidrigkeit durch die Tätigkeit der nationalen Gerichte nicht beseitigt, so ist es wiederum der Mitgliedstaat, der sich dafür vor dem EuGH zu verantworten hat. Eine Anrufung des EuGH durch Betroffene ist im Primärrecht nicht vorgesehen – vorlageberechtigt nach Art 267 AEUV sind nur Gerichte; die Parteien des Verfahrens können eine Vorlage regelmäßig nur anregen<sup>228</sup> und sind in weiterer Folge auf die nachträgliche Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus dem Titel der Staatshaftung<sup>229</sup> vor nationalen Gerichten angewiesen.

Bei den Pflichten, die sich aus dem Primärrecht für die Mitgliedstaaten ergeben, ist aber eine interessante Diskrepanz zwischen unionsrechtlich Verpflichteten und unionsrechtlich für eine Pflichtverletzung verantwortlichen Stellen auszumachen: Die „primäre“ Verpflichtung, nämlich jene zur Einhaltung und Umsetzung des Unionsrechts, richtet sich nach ständiger und unumstrittener Judikatur des EuGH an alle staatlichen Stellen, unabhängig davon, ob diese solche „der staatlichen Zentralgewalt, eines Gliedstaates oder sonstiger Gebietskörperschaften“<sup>230</sup> sind. Die „sekundäre“ Verpflichtung, nämlich jene, für Verletzungen der primären Verpflichtungen einzustehen, richtet sich nach dem Unionsrecht aber nur an die Mitgliedstaaten als Gesamtstaaten: Mit einem Vertragsverletzungsverfahren kann nur der jeweilige Mitgliedstaat als Ganzes für die Verletzung seiner unionsrechtlichen Pflichten verantwortlich gemacht werden.<sup>231</sup> Der Mitgliedstaat kann sich wiederum zur Rechtfertigung einer Unionsrechtswidrigkeit vor dem EuGH nicht auf interne Umstände wie die innerstaatlich geltende Kompetenzverteilung berufen:<sup>232</sup> Die Einrede, die Umsetzung einer Richtlinie läge nicht in der Hand des Gesamtstaates, sondern eines dezentralen Hoheitsträgers, kann nach der Rsp des EuGH die Nichteinhaltung der Verträge nicht rechtfertigen.<sup>233</sup>

227 Eine diesbezügliche Ausnahme ist die Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (Art 263 AEUV), die va im Bereich des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts von Relevanz ist.

228 Dazu zB Wegener in Calliess/Ruffert, Art 267 AEUV Rz 19.

229 Dazu zB Breuer, Staatshaftung 382 ff; Schütze, EU Law 421 ff mwN; Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, Art 4 EUV Rz 41 ff.

230 EuGH 12.06.1990, Rs C-8/88 (BRD/Kommission) ECLI:EU:C:1990:241 Rz 13.

231 Vgl zB EuGH 17.07.2014, verb Rs C-473/13 und C-514/13 (Bero) ECLI:EU:C:2014:2095 Rz 33.

232 Vgl zB Kössinger, Durchführung 31 ff.

233 EuGH 17.01.2002, Rs C-423/00 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:2002:32 Rz 16; s auch EuGH 06.02.1997, Rs C-205/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1997:63 Rz 10; EuGH 17.09.1998, Rs C-323/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1998:411 Rz 42; eine vergleichbare Regelung findet sich zB in Art 46 WVK, wonach einem Staat nicht geltend machen kann, dass der Abschluss des Vertrags durch ihn unter Verletzung der innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften zustande gekommen ist. Ähnlich auch EuGH 17.07.2014, verb Rs C-473/13 und C-514/13 (Bero) ECLI:EU:C:2014:2095 Rz 30 f.

### 3.3.3 Aufteilung der Verantwortlichkeit und Durchsetzung der Einhaltung des EU-Rechts im innerstaatlichen Verhältnis

Welche Mechanismen in einem Bundesstaat vorzusehen sind, um eine effektive Durchführung des Unionsrechts durch die Gliedstaaten bzw. dezentralen Hoheitsträger zu gewährleisten, regelt das Unionsrecht nicht.<sup>234</sup> Das Unionsrecht verlangt nämlich überhaupt nicht nach dem Bestehen solcher Mechanismen im nationalen Recht: Die vom EuGH angenommene Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates spricht aus unionsrechtlicher Sicht nicht für die Notwendigkeit innerer Koordinierungs- und Aufsichtsinstrumente mit der Zielsetzung, die Durchführung des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>235</sup> Denn die unionsrechtlich für den Fall einer Vertragsverletzung vorgesehene Rechtsfolge ist die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens, in welchem über die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates entschieden wird.<sup>236</sup> Als Druckmittel kann der EuGH auch finanzielle Sanktionen verhängen.<sup>237</sup> Betroffene können bei Vorliegen einer qualifizierten Verletzung des Unionsrechts überdies Staatshaftungsansprüche geltend machen.<sup>238</sup> Die Herstellung des unionsrechtskonformen Zustandes kann so zwar nur mittelbar bewirkt werden<sup>239</sup> – dies ist jedoch unabhängig davon, ob die Vertragsverletzung durch das Organ eines Einheitsstaates oder bspw. die Gesetzgebung eines dezentralen Hoheitsträgers im Bundesstaat bewirkt wird.

Dennoch erscheint es berechtigt, die Frage zu stellen, ob das in Art 4 Abs 3 EUV verankerte Loyalitätsgebot ein Minimum an innerstaatlichen Regelungen verlangt, die sicherstellen, dass der Mitgliedstaat (nach erfolgter Feststellung der Vertragsverletzung durch den EuGH) Druck auf seine Gliedstaaten oder Verwaltungseinheiten ausüben kann, um die Abstellung der Unionsrechtswid-

234 Vgl zB auch EuGH 17.07.2014, verb Rs C-473/13 und C-514/13 (Bero) ECLI:EU:C:2014:2095 Rz 30f: Art 16 der Rückführungs-RL 2008/115, ABl L 348/98 verlangt von den Mitgliedstaaten für die Abschiebehaft besondere Hafteinrichtungen einzurichten; die Vollziehung in diesem Bereich fiel in Deutschland in die Zuständigkeit der Länder; der EuGH hielt fest, dass es aus Perspektive des Unionsrechts egal ist, ob jedes Land besondere Hafteinrichtungen einrichtet oder aber mittels Kooperationsverträgen erreicht, dass es die besonderen Hafteinrichtungen anderer Länder mitverwenden darf, solange sichergestellt ist, dass Abschiebehäftlinge entsprechend Art 16 Rückführungs-RL untergebracht werden.

235 Aus Mitgliedstaatlicher Sicht stellt aber diese Verantwortlichkeit ein rechtspolitisches Argument für die Einführung von Mechanismen zur Sicherstellung der Durchführung des Unionsrechts durch eine Gebietskörperschaft dar; zum Teil werden solche Regelungen auch als Ausfluss des Verursacherprinzips angesehen (so zB *Egger*, in Kneihs/Lienbacher, Art23d B-VG Rz 147 hinsichtlich § 3 FAG).

236 Aus der Perspektive der im Einzelfall von der Unionsrechtswidrigkeit Betroffenen kann außerdem der Anwendungsvorrang zum Tragen kommen; s dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht 89 ff.

237 Art 260 AEUV.

238 Dazu zB *Breuer*, Staatshaftung 382 ff; *Schütze*, EU Law 421 ff mwN; *Geiger* in Geiger/Khan/Kotzur, Art 4 EUV Rz 41 ff.

239 Zu einer unmittelbaren Beseitigung der Unionsrechtswidrigkeit im Einzelfall kommt es allerdings in all jenen Fällen, in welchen die verletzte Norm des Unionsrechts unmittelbar anwendbar ist.

rigkeit sicherzustellen.<sup>240</sup> Denn der EuGH leitet aus dem Loyalitätsgebot etwa auch eine (beschränkte) Pflicht zur Beseitigung rechtswidriger Verwaltungsent-scheidungen<sup>241</sup> und Gesetze<sup>242</sup> ab.<sup>243</sup> Die Pflicht eines Mitgliedstaates zur Etablierung von Mechanismen zur Sicherstellung der Einhaltung der unionsrechtlichen Verpflichtungen durch mehr oder weniger autonome staatliche Stellen wie Länder bzw dezentrale Hoheitsträger eines Bundesstaates könnte diese etablierten Rechtsbereinigungspflichten ergänzen. Außerdem verlangt das Unionsrecht mit dem effet utile auch danach, dass das innerstaatliche System die Durchführung des Unionsrechts nicht grundsätzlich verunmöglichen darf.<sup>244</sup>

Die Union kann aber auch bei nicht-autonomen mitgliedstaatlichen Stellen nur über die Instrumente des Anwendungsvorrangs, der Vertragsverletzung und der Staatshaftung die Einhaltung des Unionsrechts sicherstellen, und es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum dies im Hinblick auf autonome staatliche Stellen anders sein sollte.<sup>245</sup> Dies gilt insb dann, wenn die Umsetzung des Unionsrechts das Tätigwerden eines politischen Organs (im weiteren Sinn) verlangt. Denkt man etwa an die zentrale Gesetzgebungsinstanz in einem Einheitsstaat, so gibt es dort idR auch keine Mechanismen, die einen auf die Nichtumsetzung des Unionsrechts gerichteten politischen Willen „aushebeln“ können. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Bundesgesetzgeber in Österreich Unionsrecht nicht umsetzen „will“ – in diesem Fall gibt es keine verfassungsrechtlich vorgesehene Sanktion.<sup>246</sup> Auch das Unionsrecht sieht für derartige Fälle eben nur den Anwendungsvorrang und in letzter Instanz die Sanktion der Vertragsverletzung und Staatshaftung vor. Wenn aber das Unionsrecht in diesen Fällen nicht nach der Einführung nationaler Sanktionsmechanismen zur Sicherung der Effektivität des Unionsrechts verlangt, sondern die Einhaltung des Unionsrechts durch unionsrechtliche Sanktionen zu erreichen versucht, ist kein Grund ersichtlich, warum

240 So zB durch den Entzug der Zuständigkeit oder durch die finanzielle Verantwortlichkeit der Gliedstaaten/Verwaltungseinheiten (s dazu in Österreich insb Art 23d Abs 5 B-VG sowie § 3 FAG 2008 idF BGBl I 17/2015). Zur anders gelagerten Frage, ob Art 23d Abs 5 B-VG in seiner derzeitigen Ausgestaltung dem Unionsrecht entspricht, bejahend *Ranacher*, Umsetzung 356 ff.

241 EuGH 13.01.2004, Rs C-453/00 (Kühne & Heitz) ECLI:EU:C:2004:17 Rz 28.

242 ZB EuGH 24.03.1988, Rs 104/86 (Kommission/Italien) ECLI:EU:C:1988:171 Rz 12; EuGH 02.07.1996, Rs C-290/94 (Kommission/Griechenland) ECLI:EU:C:1996:265 Rz 29.

243 Den Blick auf die Bedeutung des Loyalitätsgebots in diesen Konstellationen richtend *Klamert*, Loyalität 132 f.

244 Vgl dazu *Potacs*, EuR 2009, 467 ff.

245 Der wesentliche Unterschied zwischen autonomen und nicht-autonomen Stellen liegt darin, dass bei nicht-autonomen Stellen Einflussmöglichkeiten des zentralen Hoheitsträgers bestehen; ob dieser davon Gebrauch macht, ist aber für die Frage danach, ob der Anwendungsvorrang zum Tragen kommt, eine Vertragsverletzung vorliegt oder ein Staatshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann, gerade nicht relevant.

246 Art 23d Abs 5 B-VG kommt auf diesen Fall gerade nicht zur Anwendung, und auch andere verfassungsrechtliche Sanktionen gegen den Gesetzgeber sind nicht vorgesehen. Vgl dazu *Holoubek* in Holoubek/Lang, Untätigkeit 257 f sowie zu den ausschließlich unionsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei Verletzung unionsrechtlicher Pflichten durch den nationalen Gesetzgeber zB *Storr* in Holoubek/Lang, Untätigkeit 61 ff.

dies betreffend dezentrale Hoheitsträger eines Bundesstaates anders beurteilt werden sollte. Allein durch die Einrichtung eines föderalen Systems wird die Durchführung des Unionsrechts auch nicht prinzipiell verunmöglicht – und auch wenn etwa in Österreich Art 23d Abs 5 B-VG abgeschafft würde, wäre eine Durchführung des Unionsrechts durch die jeweils kompetenten Hoheitsträger problemlos möglich.

Das Loyalitätsgebot, das möglicherweise als Grundlage für die Etablierung einer Pflicht der Mitgliedstaaten zur Ausübung von Druck auf dezentrale Hoheitsträger mit dem Ziel der Umsetzung von Unionsrecht herangezogen werden könnte, ist ebenso wie das Gebot der Achtung der nationalen Identität in Art 4 EUV verankert. Wenn die Union sich aber im unten näher besprochenen<sup>247</sup> Art 4 Abs 2 EUV dazu verpflichtet, die nationale Identität zu achten und dabei auch explizit die Struktur der regionalen und territorialen Selbstverwaltung in den Mitgliedstaaten erwähnt wird,<sup>248</sup> spricht dies dagegen, dass diese in Art 4 Abs 2 EUV verankerte Achtungsverpflichtung durch Art 4 Abs 3 EUV dahingehend geschmälert wird, dass Autonomierechte durch die Mitgliedstaaten nur unter der Voraussetzung des Bestehens ausreichender Steuerungsinstrumente der Mitgliedstaaten zwecks Sicherstellung der Einhaltung des Unionsrechts gewährt werden dürfen. Im Lichte des Art 4 Abs 2 EUV ist also nicht davon auszugehen, dass insb für Bundesstaaten eine unionsrechtliche Pflicht zur Einführung von Mechanismen zur Sicherstellung der Einhaltung und Durchführung des Unionsrechts durch die dezentralen Hoheitsträger besteht. Auch der EuGH leitete bisher weder aus Art 4 Abs 3 EUV noch aus anderen Bestimmungen des Unionsrechts eine Verpflichtung von Mitgliedstaaten ab, entsprechende ergänzende nationale Sanktionsmechanismen einzuführen.<sup>249</sup> Nichtsdestotrotz steht es den Mitgliedstaaten offen, entsprechende Mechanismen vorzusehen. Dies ist etwa in Österreich der Fall, wo eine durch die Länder verursachte Unionsrechtswidrigkeit nach Art 23d Abs 5 B-VG den Übergang der Zuständigkeit zur Setzung des relevanten Aktes auf den Bund bewirken kann. Außerdem haben in Österreich die Länder auch die Kosten einer durch sie verursachten Vertragsverletzung zu tragen.<sup>250</sup> Ähnliche Bestimmungen finden sich mit Art 169 BV und Art 16 Abs 3 SGRI auch in Belgien.

<sup>247</sup> Ab 3.5.3 (= 85).

<sup>248</sup> Dazu ausführlich *Finck, Authorities* 96 ff.

<sup>249</sup> Vgl zB EuGH 17.01.2002, Rs C-423/00 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:2002:32; EuGH 06.02.1997, Rs C-205/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1997:63; EuGH 17.09.1998, Rs C-323/96 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1998:411; EuGH 17.07.2014, verb Rs C-473/13 und C-514/13 (Bero) ECLI:EU:C:2014:2095.

<sup>250</sup> § 3 des Bundesgesetzes, mit dem der Finanzausgleich für die Jahre 2017 bis 2021 geregelt wird und sonstige finanzausgleichsrechtliche Bestimmungen getroffen werden (Finanzausgleichsgesetz 2017 – FAG 2017) BGBI I 116/2016 idF BGBII 103/2019.

Wenn die Mitgliedstaaten verfassungsaufkommen solche Einhaltungsmechanismen vorsehen, stellt sich allerdings die Anschlussfrage, ob sie unionsrechtlich – insb auf Grund des Loyalitätsgebots des Art 4 Abs 3 EUV – dazu verpflichtet sind, diese Mechanismen im Fall einer durch die dezentralen Hoheitsträger verursachten Unionsrechtswidrigkeit auch auszunützen. Anders formuliert wäre dann also die Nichtausnutzung eines solchen Sanktionsmechanismus durch den Gesamtstaat wiederum eine unionsrechtliche Pflichtverletzung, die durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens sanktioniert werden könnte. Der EuGH hatte sich mit dieser Frage bisher noch nicht zu befassen.

Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Ausschöpfung bestehender Sanktionsmöglichkeiten gegen dezentrale Hoheitsträger könnte sich nicht nur aus Art 4 Abs 3 EUV, sondern auch aus Art 260 AEUV ergeben: Nach dieser Bestimmung sind die Mitgliedstaaten nämlich im Fall der Feststellung einer Vertragsverletzung dazu verpflichtet, jene Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben. Bejaht man eine aus Art 260 AEUV erwachsende Verpflichtung zum Einsatz nationaler Sanktionsmechanismen, so würde schon der Nichteinsatz eines solchen Mechanismus die Möglichkeit der Einleitung eines Vertragsverletzungsfolgeverfahrens nach Art 260 Abs 2 AEUV nach sich ziehen. Wäre dies der Fall, so müsste der EuGH in einem Vertragsverletzungsfolgeverfahren darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen für den Einsatz eines nationalen Sanktionsmechanismus gegen einen dezentralen Hoheitsträger vorliegen. Dabei handelt es sich aber um eine Frage, die ausschließlich das mitgliedstaatliche Recht betrifft. Dazu kommt, dass der Nichteinsatz eines nationalen Sanktionsmechanismus nur dann als Nichtbefolgung des EuGH-Urteils qualifiziert werden könnte, wenn auch seitens der dezentralen Hoheitsträger keine sonstigen Maßnahmen gesetzt wurden, die das Urteil umsetzen. Im Vertragsverletzungsverfahren wird aber ohnehin nicht danach differenziert, ob eine Vertragsverletzung durch den Bund oder einen oder mehrere dezentrale Hoheitsträger erfolgt. Es bedarf daher auch keiner besonderen unionsrechtlichen Sanktionierung der Nichtdurchsetzung des Unionsrechts gegenüber den dezentralen Hoheitsträgern durch den Bund bzw den Gesamtstaat.

Dieselben Argumente sprechen gegen die Annahme einer Pflicht zum Einsatz nationaler Sanktionsmechanismen aus Art 4 Abs 3 EUV. Selbst wenn also in einem bundesstaatlich organisierten Mitgliedstaat Mechanismen existieren, die eine Durchsetzung des Unionsrechts durch den Bund bzw den Gesamtstaat gegenüber den dezentralen Hoheitsträgern ermöglichen, besteht keine unionsrechtliche Pflicht, diese Mechanismen zum Einsatz zu bringen – auch dann nicht, wenn der EuGH bereits eine Vertragsverletzung festgestellt hat.

## 3.4 Berücksichtigung interner Strukturen im Völkerrecht

### 3.4.1 Freiwillige Berücksichtigung im Völkervertragsrecht

Im Bereich des Völkervertragsrechts finden sich trotz der grundsätzlichen Länderblindheit einige Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtberücksichtigung des innerstaatlichen Aufbaus. So wird es für zulässig erachtet, wenn den dezentralen Hoheitsträgern eines Bundesstaates in der bundesstaatlichen Verfassung die Fähigkeit zuerkannt wird, völkerrechtliche Verträge zu schließen. Darüber hinaus wird der bundesstaatliche Aufbau beim Abschluss von Verträgen mit Bundesstaaten durch Aufnahme sog. „Bundesklauseln“ berücksichtigt. Beide Formen der Berücksichtigung beruhen aber auf dem freien Entschluss anderer Völkerrechts-subjekte, dem innerstaatlichen Aufbau eines Bundesstaates Bedeutung zuzumessen und können daher nicht als allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung zur Anerkennung der Vertragsschlussfähigkeit von Gliedstaaten bzw. zur Aufnahme von Bundesklauseln in Verträge qualifiziert werden.

### 3.4.2 Vertragsschlussfähigkeit und Völkerrechtssubjektivität von Gliedstaaten

In einigen bundesstaatlichen Verfassungen wird den Gliedstaaten bzw. dezentralen Einheiten explizit die Befugnis eingeräumt, völkerrechtliche Verträge abzuschließen.<sup>251</sup> Entsprechende Befugnisse finden sich etwa in Art 16 Abs 1 B-VG, Art 32 Abs 3 GG und Art 167 BV. Dies führt allerdings nicht dazu, dass die Gliedstaaten der genannten Bundesstaaten zu „Staaten“ iSd Völkerrechts werden.<sup>252</sup> Umstritten ist, ob derartige verfassungsrechtliche Ermächtigungen den dezentralen Hoheitsträgern – wenn auch nur partielle – Völkerrechtssubjektivität verleihen. Dabei ist zum einen zu bemerken, dass manche Autorinnen und Autoren explizit zwischen der Vertragsschlussfähigkeit bzw. der „Handlungsfähigkeit“<sup>253</sup> von dezentralen Hoheitsträgern und deren Völkerrechtssubjektivität unterscheiden.<sup>254</sup> Zum anderen schlägt der im Völkerrecht noch immer bestehende Meinungsstreit darüber, ob die Anerkennung eines Staates konstitutive Voraussetzung für dessen Völkerrechtssubjektivität ist, auch auf die Frage der Völkerrechtssubjektivität bzw. Vertragsschlussfähigkeit von dezentralen Hoheits-trägern durch.<sup>255</sup>

251 Vgl. dazu *Van de Craen*, RBDI 1983, 382 ff; *Shaw*, International Law 172 f.

252 Vgl. dazu *Shaw*, International Law 172.

253 *Seidel*, Zustimmung 21 f.

254 So etwa *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 19, 23 ff.

255 Siehe mwN allgemein zur Anerkennung als konstitutives Element hinsichtlich Bundesstaaten *Bernier*, Federalism 74 ff sowie hinsichtlich Gliedstaaten 78 ff; die Anerkennung als konstitutiv qualifizierend etwa *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 24; *Sonn*, Auswärtige Gewalt 18; ähnlich *Hammer*, Länderstaatsverträge 50 ff.

Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen Handlungs- bzw Vertragsschlussfähigkeit und Völkerrechtssubjektivität ist darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen von Völkerrechtssubjektivität Voraussetzung dafür ist, dass eine Entität Trägerin von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein kann. Die Völkerrechtssubjektivität kann zwar beschränkt sein – so etwa auf das Recht auf Selbstbestimmung<sup>256</sup> oder auf die Pflicht, Kriegsverbrechen zu unterlassen.<sup>257</sup> Jedes einzelne Recht oder jede einzelne Pflicht im Völkerrecht ist allerdings ein Beleg dafür, dass der Träger des Rechts bzw der Pflicht ein beschränktes Völkerrechtssubjekt ist. So verhält es sich auch mit der Vertragsschlussfähigkeit. Wird diese einem Land zugewiesen, ist das Land ein spezifisch beschränktes Völkerrechtssubjekt. Im Folgenden wird daher der Begriff der Völkerrechtssubjektivität (von dezentralen Hoheitsträgern bzw Gliedstaaten) verwendet; jener der Vertragsschlussfähigkeit bezeichnet eine spezifisch beschränkte Völkerrechtssubjektivität.

Hinsichtlich der Frage danach, welche Relevanz die Anerkennung im Zusammenhang mit der Völkerrechtssubjektivität von Gliedstaaten hat, wird in der vorliegenden Abhandlung die Auffassung vertreten, dass die Anerkennung weder hinsichtlich der Völkerrechtssubjektivität von Staaten noch hinsichtlich der Völkerrechtssubjektivität von Gliedstaaten konstitutives Element ist.<sup>258</sup> Die umfassende Völkerrechtssubjektivität eines Bundesstaates erfasst auch dessen Kompetenz, seinen dezentralen Hoheitsträgern das Recht zum Vertragsschluss mit anderen Völkerrechtssubjekten und dazu derivative, partielle Völkerrechtssubjektivität einzuräumen. Dieses Recht eines Bundesstaates ist im völkerrechtlichen Schrifttum anerkannt.<sup>259</sup> Die Ausübung dieses Rechts durch den Bundesstaat hat durch Anordnung im innerstaatlichen (Verfassungs-)Recht zu erfolgen.<sup>260</sup> Die „Einseitigkeit“ der Erschaffung spricht nicht gegen ihre Rechtswirksamkeit;<sup>261</sup> die Frage, inwiefern die Völkerrechtssubjektivität der Gliedstaaten im internationalen Rechtsverkehr „anerkannt“ wird bzw inwiefern tatsächlich Rechtsgeschäfte mit Gliedstaaten abgeschlossen werden, ist keine Frage der Rechtswirksamkeit, sondern der Effektivität der Völkerrechtssubjektivität.<sup>262</sup> Voraussetzung für

256 Art 1 des International Covenant on Civil and Political Rights (Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte) 999 UNTS 171.

257 Art 5 und 8 des Rom-Statuts.

258 Anderer Ansicht hinsichtlich der Völkerrechtssubjektivität von Gliedstaaten etwa *Hammer*, Länderstaatsverträge 50 ff; *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 23; *Sonn*, Auswärtige Gewalt 18; *Bernier*, Federalism 81.

259 Vgl etwa *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 23; instruktiv *Steinberger*, ZaöRV 1967, 418.

260 Dies dient auch der Rechtssicherheit der Drittstaaten; eine diesbezügliche „Praxis“ des Bundesstaates ist dafür nicht ausreichend; dazu *Weber* in Kneihs/Lienbacher, Art 16 B-VG Rz 11 f; aA *Hammer* in Korinek/Holoubek, Art 16 B-VG Rz 18.

261 Vgl dazu etwa *Hammer*, Länderstaatsverträge 52.

262 Insb das Abstellen auf bereits bestehende Vertragspraxis für die Beurteilung des Vorliegens der Völkerrechtssubjektivität von Gliedstaaten (so etwa *Hammer*, Länderstaatsverträge 55 ff) ist problematisch: Denn wie soll eine Entität, die noch gar keine Völkerrechtssubjektivität hat, rechtswirksam am Rechtsverkehr teilnehmen – und welches andere Völkerrechtssubjekt wird mit einem derartigen „Wa-

die Völkerrechtssubjektivität eines „Gliedstaates“ ist also, dass diese im nationalen (Verfassungs-)Recht vorgesehen bzw – wenn „nur“ Vertragsschlusskompetenz eingeräumt wird – impliziert ist.<sup>263</sup> Ob dies der Fall ist, ist eine Frage der Auslegung des nationalen Rechts.

Wenn also in einem Bundesstaat eine verfassungsrechtliche Ermächtigung wie Art 16 Abs 1 B-VG, Art 32 Abs 3 GG<sup>264</sup> oder Art 167 Abs 1 BV<sup>265</sup> vorliegt, dann kommt den dezentralen Hoheitsträgern Völkerrechtssubjektivität zu. Diese Völkerrechtssubjektivität ist derivativ, weil sie sich von der Völkerrechtssubjektivität des jeweiligen Bundesstaates ableitet. Sie ist außerdem idR nur partiell; der Umfang der Völkerrechtssubjektivität bestimmt sich nach der verfassungsrechtlichen Ermächtigung und ist akzessorisch zu dieser. Die verfassungsrechtlichen Ermächtigungen beschränken die Vertragsschlusskompetenz der dezentralen Hoheitsträger dabei regelmäßig auf jene Angelegenheiten, für die sie nach der allgemeinen Kompetenzverteilung zuständig sind.<sup>266</sup> Über die verfassungsrechtliche Ermächtigung hinausgehende Akte der Gliedstaaten überschreiten deren völkerrechtliche Rechtsfähigkeit, sind ultra-vires und somit nichtig.<sup>267</sup>

Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Gliedstaaten erfolgt nach den verfassungsrechtlichen Ermächtigungen idR in Abstimmung mit den Organen des Bundes.<sup>268</sup> Derart soll sichergestellt werden, dass es nicht zu Interessenkonflikten zwischen der völkerrechtlichen Stellung des Bundesstaates und jener der dezentralen Hoheitsträger kommt. Das Fehlen der notwendigen Zustimmung

ckelkandidaten“ eine Rechtsbeziehung einzugehen versuchen? Das ausschließliche Abstellen auf das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung dient insofern auch dem Schutz des Vertrauens der anderen Völkerrechtssubjekte und der Transparenz.

263 Eine Einräumung nur der Vertragsschlusskompetenz könnte auch so gedeutet werden, dass die Glieder des Bundesstaates befugt sind, als Organe des Bundesstaates Verträge abzuschließen. Siehe dazu *Weber* in Kneihs/Lienbacher, Art 16 B-VG Rz 13.

264 Vgl zu diesem unten bei 6.3.3.5.2.1 (= 284).

265 Vgl zu diesem unten bei 7.3.3.2 (= 340).

266 Art 32 Abs 3 GG beschränkt die Vertragsschlusskompetenz der Länder auf jene Angelegenheiten, hinsichtlich derer den Ländern Gesetzgebungskompetenzen zukommen; dies schließt nach einer Ansicht eine Vertragsschlusskompetenz der Länder in Angelegenheiten, in denen ihnen „nur“ eine Vollziehungskompetenz zukommt, aus; *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 114; s aber BVerfGE 2, 347 (Kehler Hafen) 370 sowie die hM, *Heintschel von Heinegg/Frau* in Epping/Hillgruber, Art 32 GG Rz 20.1 mwN. Die Vertragsschlusskompetenzen der österreichischen Länder nach Art 16 Abs 1 B-VG („Angelegenheiten, die in ihren selbständigen Wirkungsbereich fallen“) und der Regionen und Gemeinschaften Belgiens nach Art 167 BV („in den Angelegenheiten zu regeln, für die sie durch die Verfassung oder auf Grund der Verfassung zuständig sind“) sind ebenfalls umfassend.

267 *Seidel*, Zustimmung 21; *Schmalenbach* in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 26 ff; *Steinberger*, ZAÖRV 1967, 425 ff, der aber den Fall, dass eine Überschreitung der Kompetenzen durch Genehmigung des Vertragsschlusses seitens des Bundes(staates) „saniert“ wurde, von der ultra-vires-Folge ausgenommen wissen möchte; vgl weiters *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 94.

268 Bereits erwähnt wurde, dass nach Art 16 B-VG die Bundesregierung und der Bundespräsident in das Verfahren zum Abschluss eines Vertrags einzubeziehen sind. Auch nach Art 32 Abs 2 GG müssen die Länder zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags die Zustimmung der Bundesregierung einholen. Für Belgien vgl Art 143 BV (förderale Loyalität).

eines Bundesorgans stellt keinen Grund für die Nichtigkeit des Vertragsabschlusses (iSd insoweit Völker gewohnheitsrecht kodifizierenden Art 46 WVK) dar.<sup>269</sup>

Nach alledem stellt sich die Folgefrage, ob ein Bundesstaat zumindest sekundär bzw. mittelbar für die Völkerrechtsverletzungen, insb Vertragsverletzungen, seiner Gliedstaaten verantwortlich gemacht werden kann.<sup>270</sup> Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist dies zu verneinen: jenes Völkerrechtssubjekt, das vertragliche Verpflichtungen eingeht, ist auch völkerrechtlich verantwortlich für deren Nichterfüllung.<sup>271</sup>

### 3.4.3 Berücksichtigung der föderalen Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Verträgen – Bundesklauseln

Bundesstaaten werden nach außen idR von den Organen des Bundes vertreten.<sup>272</sup> Die Völkerrechtssubjektivität, insb auch die Vertragsschlusskompetenz des Bundesstaates als originäres Völkerrechtssubjekt ist unbeschränkt und geht somit idR weiter als die innerstaatlichen Kompetenzen des Bundes: In Bundesstaaten sind die Kompetenzen zur Gesetzgebung und Vollziehung definitionsgemäß zwischen Bund und Gliedstaaten aufgeteilt, was ausschließt, dass der Bund auch nach innen über eine umfassende Zuständigkeit verfügt.<sup>273</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie der Bundesstaat sicherstellen kann, dass völkervertragliche Verpflichtungen, welche aus innerstaatlicher Perspektive den Zuständigkeitsbereich der dezentralen Hoheitsträger betreffen, von diesen auch erfüllt werden. Dies ist allerdings eine Frage des innerstaatlichen Rechts – das Völkerrecht behandelt die Nichterfüllung durch einen „Gliedstaat“, wie oben bereits dargelegt, grundsätzlich genauso wie die Nichterfüllung durch den Bund oder durch einen Einheitsstaat. Die Konsequenz ist die Staatenverantwortlichkeit der nicht erfüllenden Vertragspartei.

In Österreich wird die Erfüllung von völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche die Republik Österreich eingegangen ist, im Wesentlichen durch die Mechanismen des Art 16 Abs 4 und 5 B-VG sichergestellt: Demnach sind die Länder verpflichtet, Maßnahmen zur Umsetzung solcher Verpflichtungen zu setzen; tun sie dies nicht, so geht die Zuständigkeit zur Setzung entsprechender Maßnahmen auf den Bund über. Ähnlich ist die Regelung in Art 169 BV. Nach dieser Bestimmung kann der föderale Gesetzgeber bzw die föderale Verwaltung zur Erfüllung internationaler Verpflichtungen und nach Maßgabe eines besonderen

269 Schmalenbach in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 24.

270 Ausführlich dazu Bernier, Federalism 101 ff.

271 So grundsätzlich Schmalenbach in Dörr/Schmalenbach, Art 3 VCLT Rz 30 f.

272 Österreich: Art 65 B-VG; Deutschland: Art 59 Abs 1 GG; Belgien: Art 167 BV.

273 Zur Kompetenzverteilung in Österreich insb Art 10 ff B-VG und Art 16 B-VG; in Deutschland insb Art 70 ff GG; in Belgien Art 35 und 127 ff BV sowie Art 169 BV.

Gesetzes zeitweilig an die Stelle der Regionen bzw der Gemeinschaften, somit an die Stelle der Glieder des Bundesstaates, treten.<sup>274</sup> In anderen Staaten, etwa in Deutschland, fehlt es an einer solchen Regelung. In Deutschland ist allerdings bereits umstritten, wie weit die Außenkompetenz des Bundes geht, ob dieser nach Art 32 Abs 1 GG also überhaupt befugt ist, in Angelegenheiten Verträge abzuschließen, die nach innen die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder betreffen – ob es sich also bei der Kompetenz der Länder nach Art 32 Abs 3 GG um eine ausschließliche Kompetenz handelt oder nicht.<sup>275</sup> Praktisch wurde diese Frage durch das sog „Lindauer Abkommen“<sup>276</sup> gelöst, nach dem sich der Bund dazu verpflichtet hat, die Zustimmung der Länder zu Verträgen einzuholen, die ihre ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen betreffen, wohingegen sich die Länder „verpflichten“, Umsetzungsmaßnahmen zu setzen.<sup>277</sup>

Bundesstaaten, in denen es anders als in Österreich keine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gliedstaaten zur Umsetzung völkerrechtlicher Verträge gibt, die der Bundesstaat eingegangen ist, versuchen teilweise, mittels sog „Bundesklauseln“ in völkerrechtlichen Verträgen die Berücksichtigung der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zu erreichen.<sup>278</sup> Die Verpflichtungen aus einem völkerrechtlichen Vertrag sollen dann nicht weiter gehen als die Befugnisse des Bundes nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung.<sup>279</sup> Dabei finden sich ganz unterschiedliche Modelle solcher Bundesklauseln:

So wird etwa in der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>280</sup> die vertragliche Verpflichtung der unterzeichnenden Bundesstaaten insoweit relativiert, als nach Art 41 GFK jene Teile der Konvention, die innerstaatlich in den Kompetenzbe-

274 Die Ausgestaltung in einem Gesetz, das unter Beachtung der in Art 4 Abs 3 BV bestimmten Mehrheitserfordernisse zustande kam, ist in Art 16 Abs 3 des SGRI erfolgt. Voraussetzung für den Zuständigkeitsübergang ist ua, dass Belgien bereits wegen Nichteinhaltung der Verpflichtung verurteilt wurde; außerdem müssen näher spezifizierte Verfahrensbestimmungen eingehalten werden.

275 Siehe etwa *Rudolf*, Völkerrecht 184 ff mwN; ausführlich *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 60 ff, der im Ergebnis die vermittelnde „norddeutsche“ Lösung für zutreffend hält, nach der es sich bei Art 32 Abs 3 GG um eine parallele Zuständigkeit der Länder handelt, die, wenn sie einem Vertragsabschluss durch den Bund (der demnach eben auch in Bereichen der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder eine Außenkompetenz hat) zugestimmt haben, einer Obliegenheit zur Umsetzung des Vertrags unterliegen; eine solche Zuständigkeit des Bundes verneinend *Hüchting*, Verträge des Bundes 33 ff. Zu all dem noch unten bei 6.3.3.5.2.1 (= 284).

276 Verständigung zwischen der Bundesregierung und den Staatskanzleien der Länder über das Vertragsabschließungsrecht des Bundes (Lindauer Absprache) vom 14.11.1957, BT-Drs 7/5924, 236. Das Lindauer „Abkommen“ ist mangels Rechtsverbindlichkeit kein „Abkommen“ im eigentlichen Sinn; s dazu *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 73 ff. Zum gescheiterten Versuch, das Abkommen verbindlich zu machen *Schmalenbach*, Europaartikel 172 ff.

277 Siehe dazu und auch mit Abdruck des Abkommens vom 14.11.1957 *Nettesheim* in Maunz/Dürig, Art 32 GG Rz 72 ff.

278 Insb zum Bereich der Menschenrechtsübereinkommen *Wyttensbach*, Umsetzung 29 ff, die insb den pauschalen Ausschluss der Geltung solcher Übereinkommen für die dezentralen Einheiten (bzw: eine dezentrale Einheit) eines Bundesstaates für idR unzulässig hält (insb 56).

279 Zu diesen sog „Bundesklauseln“ bzw „federal clauses“ s zB *Liang*, AJIL 1951, 121 ff; ausführlich *Zellweger*, Bundesstaat 132 ff.

280 189 UNTS 137.

reich der Gliedstaaten<sup>281</sup> fallen, den Gliedstaaten nur zur Kenntnis zu bringen sind. Die Nichtumsetzung der in die Zuständigkeit der Gliedstaaten fallenden Teile der Konvention durch die Gliedstaaten zieht keine Verantwortlichkeit des Bundes nach sich. Der Vertrag gilt also im gesamten Gebiet des Bundesstaates, ist aber in sachlicher Hinsicht nur hinsichtlich der in die Zuständigkeit des Bundes fallenden Teile verbindlich.<sup>282</sup>

Ein anderes Modell der Bundesklausel wird als „territorial unit clause“ bezeichnet und hat sein Vorbild in den sog. „Kolonialklauseln“.<sup>283</sup> Dabei verpflichtet sich ein Bundesstaat, bekanntzugeben, in welchen Teilen seines Staatsgebiets ein völkerrechtlicher Vertrag anwendbar sein soll – dort ist der Vertrag dann in sachlicher Hinsicht umfassend anwendbar und entsprechend vollständig umzusetzen. Eine derartige Klausel findet sich etwa in Art 93 des UN-Kaufrechts.<sup>284</sup> Diese Klausel ermöglicht es einem Bundesstaat, die Bedürfnisse und Wünsche einzelner Gliedstaaten zu berücksichtigen.<sup>285</sup>

Außerdem gibt es Bundesklauseln, mit denen versucht wird, auf die nationale Kompetenzverteilung ausstrahlende Wirkungen<sup>286</sup> eines völkerrechtlichen Vertrags auszuschließen.<sup>287</sup> Die Notwendigkeit dazu ergab sich insb infolge der Judikatur einiger Höchst- bzw Verfassungsgerichte zur Frage der Konsequenzen eines völkerrechtlichen Vertragsabschlusses für die innerstaatliche Kompetenzverteilung: So judizierte etwa das australische Höchstgericht, dass der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags auf innerstaatlicher Ebene die Umsetzungskompetenz des Bundes nach sich ziehe.<sup>288</sup> Ähnliches sprach auch der US-amerikanische Supreme Court in *Missouri v. Holland*<sup>289</sup> hinsichtlich der „necessary and proper clause“<sup>290</sup> aus. Mit der Einfügung einer expliziten Klausel, nach der sich

281 Die nicht bereits verfassungsrechtlich zur Ergreifung gesetzgeberischer Maßnahmen verpflichtet sind, Art 41 lit b GFK.

282 Zum Einsatz von nach dem Modell der GFK strukturierten Bundesklauseln *Burmester*, ICLQ 1985, 523 f; *Zellweger*, Bundesstaat 328 ff.

283 *Burmester*, ICLQ 1985, 524 f; *Zellweger*, Bundesstaat 342.

284 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1489 UNTS 3.

285 Zur Problematik, dass bei einem Vertrag, der sowohl in die Zuständigkeit des Bundes als auch der Gliedstaaten fällt, bei Vorliegen einer solchen Klausel auch die Umsetzung durch den Bund „parzelliert“ zu erfolgen hat bzw bekanntzu geben ist *Zellweger*, Bundesstaat 343.

286 Ob solche Ausstrahlungswirkungen überhaupt bestehen – also zB der Abschluss eines Vertrags durch den Bund auch seine Befugnis zur internen Umsetzung nach sich zieht – hängt vom nationalen Verfassungsrecht ab.

287 Zum Beispiel Art 41 der Hague Convention on the Civil Aspects of International Child (Haager Kindesentführungsübereinkommen), zB BGBl 512/1988.

288 Im sog. „Franklin Dam Case“; High Court of Australia, 01.07.1983, Commonwealth vs Tasmania; zu dieser Entscheidung und den Konsequenzen für die föderale Kompetenzverteilung in Australien *Burmester*, ICLQ 1985, 528 ff.

289 United States Supreme Court, 19.04.1920, 252 US 416 (1920) Missouri vs Holland; instruktiv dazu und zur Verteilung der Außen- und Umsetzungskompetenzen in den USA *Friesen*, CLR 1994, 1418 ff.

290 Art 1 Section 8 der Verfassung der USA („The Congress shall have power [...] to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.“).

aus dem völkerrechtlichen Vertrag keine Konsequenzen für die innerstaatliche Kompetenzverteilung ergeben, soll derartigen Tendenzen entgegengewirkt werden.<sup>291</sup>

Schließlich wurde in der völkerrechtlichen Praxis auch versucht, das Instrument des Vorbehalts zur Berücksichtigung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zu instrumentalisieren.<sup>292</sup> Wenn aber, wie bei der territorial unit clause, ganze Gebietsteile von der Geltung eines Vertrags ausgenommen werden sollen, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit eines Vorbehalts mit Art 19 lit c WVK, der vorsieht, dass Vorbehalte nicht dem Sinn und Zweck eines Vertrags zuwiderlaufen dürfen.<sup>293</sup>

Einer Berücksichtigung des nationalen Verfassungsrechts – und damit auch der bundesstaatlichen Organisation – auf völkerrechtlicher Ebene wird auf Grund der daraus potentiell resultierenden mangelnden Reziprozität vertraglicher Verpflichtungen mit Skepsis begegnet.<sup>294</sup> Ob eine Bundesklausel zum Einsatz kommt und welche Bundesklausel verwendet wird, hängt stark vom Inhalt des völkerrechtlichen Vertrags ab, insb davon, ob eine Vereinheitlichung des Rechts der Vertragsparteien angestrebt ist oder etwa das Setzen von (menschenrechtlichen) Mindeststandards.<sup>295</sup>

#### 3.4.4 Art 46 WVK

Eine ausnahmsweise erfolgende Berücksichtigung innerstaatlicher Strukturen ermöglicht auch Art 46 WVK. Diese Bestimmung der WVK, die auch als Bestandteil des Völker gewohnheitsrechts qualifiziert werden kann,<sup>296</sup> ordnet zunächst grundsätzlich an, dass ein Staat die Ungültigkeit eines Vertrags nicht mit der Verletzung innerstaatlicher Vorschriften über den Vertragsabschluss<sup>297</sup> begründen kann. Ausnahmsweise wird eine solche Berufung auf interne Umstände aber erlaubt,<sup>298</sup> wenn es sich bei der verletzten Regel um eine mit fundamentaler

291 Burmester, ICLQ 1985, 536.

292 Beispiele dafür bringt Zellweger, Bundesstaat 155 ff.

293 Zellweger, Bundesstaat 167; vgl auch Walter in Dörr/Schmalenbach, Art 19 VCLT Rz 67 ff, 81.

294 Vgl Zellweger, Bundesstaat 325.

295 Zellweger, Bundesstaat 347 ff, der die territorial unit clause rechtstechnisch und mit Blick auf Transparenz, Rechtsicherheit und Reziprozität gegenüber einer Bundesklausel nach dem Typ der GFK als überlegen bezeichnet, gleichzeitig aber nachvollziehbar darlegt, dass eine territorial unit clause etwa in Menschenrechtsverträgen seltener eingesetzt wird, weil damit offengelegt würde, dass Menschenrechtsgarantien in Gliedstaaten nicht gelten; ähnlich Burmester, ICLQ 1985, 537.

296 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 77; Villiger, Commentary Art 46 VCLT Rz 19; Bothe in Corten/Klein, Art 46 VCLT Rz 5 ff.

297 Zur Frage, wie weit der Begriff der Vorschriften über den Vertragsabschluss zu ziehen ist, vgl Bothe in Corten/Klein, Art 46 VCLT Rz 11 (nur prozedurale Bestimmungen) und Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 33 ff (auch materielle Beschränkungen im internen Recht zu beachten) jeweils mwN.

298 Die Geltendmachung ist dem betroffenen Staat überlassen, vgl dazu Villiger, Commentary Art 46 VCLT Rz 11.

Bedeutung („fundamental importance“) handelt und die Verletzung dieser Regel offensichtlich („manifest“) war.

Die Einschränkung auf interne Vorschriften mit fundamentaler Bedeutung verdeutlicht, dass eine erfolgreiche Berufung auf die Verletzung interner Vorschriften nur in Ausnahmesituationen möglich sein soll.<sup>299</sup> Ob einer Vorschrift des innerstaatlichen Rechts fundamentale Bedeutung zukommt, ist anhand der im innerstaatlichen Recht vorgenommenen Wertungen und aus der Perspektive der betroffenen Vertragspartei zu beurteilen.<sup>300</sup> Nicht maßgeblich ist, ob es sich bei der relevanten Vorschrift um formelles Verfassungsrecht handelt.<sup>301</sup> Bundesstaatsrelevante Bestimmungen wie die bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Bereich der Außenvertretung können solche Bestimmungen mit fundamentaler Bedeutung sein.<sup>302</sup>

Fraglich wird aber oft sein, ob die Verletzung einer bundesstaatsrelevanten Bestimmung offensichtlich ist.<sup>303</sup> Diese Beurteilung ist nach Art 46 Abs 2 WVK aus der Perspektive eines redlichen Beobachters vorzunehmen;<sup>304</sup> eine Verletzung ist offensichtlich, wenn sie ohne weitere Nachforschungen erkennbar war, weil das Thema bspw medial<sup>305</sup> oder in den Verhandlungen<sup>306</sup> diskutiert wurde. Art 46 WVK stellt sich damit als Verwirklichung des Prinzips des Schutzes guten Glaubens dar: Wenn ein redlicher, unbeteiligter Beobachter die Verletzung erkennen konnte, dann besteht kein guter Glaube der Vertragsparteien und der Staat, dessen internes Recht verletzt wurde, darf sich ausnahmsweise darauf berufen.<sup>307</sup> Wenn es um komplexe Fragen der Kompetenzabgrenzung geht, wird die Offensichtlichkeit häufig zu verneinen sein – das sogar unabhängig davon, ob es zur jeweiligen Frage schon höchstgerichtliche Judikatur gibt.

299 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 38.

300 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 40.

301 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 39; Villiger, Commentary Art 46 VCLT Rz 8.

302 Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 40; Bothe in Corten/Klein, Art 46 VCLT Rz 13.

303 Allgemein zum Problem der Offensichtlichkeit Wildhaber, Treaty-Making 176 ff; vgl auch Meron, British Yearbook of International Law, 1978 (49:1) 191, der mehrere Fälle, in denen die Anwendbarkeit des Art 46 WVK diskutiert wurde, analysiert und feststellt, dass die Einordnung einer Vorschrift als „fundamental importance“ besitzend deutlich weniger problematisch ist als die Feststellung, dass die Verletzung dieser Vorschrift „manifest“ war.

304 Villiger, Commentary Art 46 VCLT Rz 14; Bothe in Corten/Klein, Art 46 VCLT Rz 14.

305 Vgl Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 48.

306 Meron, British Yearbook of International Law, 1978 (49:1) 191.

307 Vgl Rensmann in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 44.

### 3.5 Berücksichtigung interner Strukturen der Mitgliedstaaten im EU-Recht

#### 3.5.1 Art 16 Abs 2 EUV

Eine punktuelle Berücksichtigung interner, bundesstaatlicher Strukturen der Mitgliedstaaten findet sich in Art 16 EUV. Als Mitglied des Rates nach Art 16 Abs 2 EUV können nicht nur Mitglieder der „Zentralregierung“, sondern auch Mitglieder der Regierung eines bundesstaatlichen „Gliedstaates“ zugelassen werden.<sup>308</sup> Dies ist auf die besondere Formulierung der Bestimmung zurückzuführen: Es ist dort nicht „nur“ von Mitgliedern der Regierung eines Mitgliedstaates, sondern von Vertretern der Mitgliedstaaten „auf Ministerebene“ die Rede, was auch die Ebene der Landesminister inkludiert.

#### 3.5.2 Ausschuss der Regionen

Eine Berücksichtigung findet die interne Struktur der Mitgliedstaaten weiters durch die primärrechtliche Einrichtung des Ausschusses der Regionen in den Art 300, 305 ff AEUV: Dieses dem Europäischen Parlament beigegebene Gremium setzt sich aus Vertreterinnen und Vertretern regionaler und lokaler Gebietskörperschaften zusammen und kann seine Rechte nach 263 Abs 2 AEUV als teilprivilegierter Kläger mit Nichtigkeitsklage beim EuGH durchsetzen. Dieses Klagerecht bezieht sich zum einen auf das Stellungnahmerecht, das dem Ausschuss zukommt; zum anderen kann seit dem Vertrag von Lissabon aber auch eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips vom Ausschuss der Regionen beim EuGH gerügt werden,<sup>309</sup> sofern die Verletzung durch einen Rechtsakt erfolgt, vor dessen Erlassung eine Anhörung des Ausschusses durchzuführen war. Der Ausschuss der Regionen ist allerdings kein Gremium, das spezifisch auf die bundesstaatliche Struktur einiger Mitgliedstaaten Rücksicht nimmt – das Primärrecht verlangt hinsichtlich der territorialen Einheiten, deren Vertreter:innen Mitglieder des Ausschusses werden können, weder nach einer spezifischen verfassungsrechtlichen (Autonomie-)Stellung noch nach einer bestimmten Größe. Art 300 Abs 3 AEUV verlangt lediglich nach einer gewissen demokratischen Legitimation der in den Ausschuss entsandten Mandatarinnen und Mandatare. Neben Vertreterinnen und Vertretern von Ländern eines Bundesstaates können daher auch Vertreter:innen von Städten, Regionen und anderen territorialen Untereinheiten in den Ausschuss der Regionen entsandt werden.

308 Siehe dazu zB *Calliess* in Calliess/Ruffert, Art 16 EUV Rz 9; *Ziegenhorn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 16 EUV Rz 31 f; weiters *van Nuffel* in Cloots, Federalism 196 ff; *Lopatka*, Bundesländer 153 ff.

309 Art 8 Abs 2 Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Soweit ersichtlich hat der Ausschuss der Regionen bis heute (Stand 27.12.2021) noch nie von dieser Befugnis Gebrauch gemacht.

### 3.5.3 Art 4 Abs 2 EUV als Relativierung der Länderblindheit

Während die zuvor genannten Bestimmungen sehr spezifische Fragen der internen Organisation eines Mitgliedstaates betreffen, erfolgt eine weitreichende Öffnung des EU-Rechts für die Berufung auf interne Strukturen durch Art 4 Abs 2 EUV: Diese Bestimmung verpflichtet die Organe der EU, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Art 4 Abs 2 EUV weist damit Ähnlichkeiten zu Art 46 WVK auf und kann mit Blick auf bundesstaatlich organisierte Mitgliedstaaten auch als spezielle Bundesklausel qualifiziert werden.

Die Ähnlichkeit zu Art 46 WVK liegt darin, dass auf grundlegende Strukturen der Mitgliedstaaten Bezug genommen wird. Ähnlich wie bei Art 46 WVK kann daraus geschlossen werden, dass der Zweck des Art 4 Abs 2 EUV darin besteht, nur in Ausnahmefällen eine Berufung auf interne Strukturen zu ermöglichen.

Art 4 Abs 2 EUV geht aber deutlich weiter als Art 46 WVK, weil für die Einordnung als Bestandteil der nationalen Identität dem Wortlaut des Art 4 Abs 2 EUV zufolge nicht danach verlangt wird, dass die identitätsstiftenden Merkmale in offensichtlicher Weise („manifest“) verletzt wurden. Die Berufung auf Art 4 Abs 2 EUV setzt also nicht voraus, dass die Missachtung der grundlegenden Strukturen für die Organe der EU oder die anderen Mitgliedstaaten klar ersichtlich war; es bestehen insb auch keine diesbezüglichen Rügepflichten des durch den Rechtsakt in seinen nach Art 4 Abs 2 EUV identitätsrelevanten Strukturen betroffenen Mitgliedstaates im Rechtsetzungsverfahren.<sup>310</sup> Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Art 4 Abs 2 EUV und Art 46 WVK besteht darin, dass Art 46 WVK auf einen konkreten Vertragsabschluss und dessen Begleitumstände abstellt, während Art 4 Abs 2 EUV allgemein die Verpflichtung zur Achtung grundlegender mitgliedstaatlicher Strukturen bei sämtlichen Handlungen der EU-Organe auf Basis des Primärrechts festlegt. Art 46 WVK ermöglicht eine gutgläubige Berufung auf die Verletzung interner Strukturen<sup>311</sup> – die Grenzen des guten Glaubens werden aber durch das Interesse der anderen Vertragsparteien an der Rechtssicherheit und dem Bestand des Vertrags gesteckt, was durch das Erfordernis der offensichtlichen Verletzung deutlich wird. Bei Art 4 Abs 2 EUV werden die durch das Primärrecht geschaffenen EU-Organe von den Mitgliedstaaten zur Achtung mitgliedstaatlicher Strukturen verpflichtet; die mögliche Verletzung interner Strukturen erfolgt hier nicht durch einen vertragsschließenden Staat, sondern durch die Organe der EU. Schutzzweck ist damit auch nicht das

310 Dazu auch unten bei 3.6.6.2 (= 136).

311 Die Verletzung erfolgt beim Vertragsabschluss; vgl. *Rensmann* in Dörr/Schmalenbach, Art 46 VCLT Rz 43; *Villiger*, Commentary Art 46 VCLT Rz 15; die Geltendmachung der erfolgten Verletzung findet erst später statt.

gutgläubige Handeln eines Staates, sondern die Sicherstellung mitgliedstaatlicher Freiräume, die von den Organen der EU unabhängig vom Bestehen guten Glaubens nicht beschränkt werden sollen. Als Unterschied kann dabei schließlich auch ausgemacht werden, dass die Geltendmachung der Verletzung interner Vorschriften nach Art 46 WVK dem betroffenen Staat überlassen wird – bei einem Verstoß gegen Art 4 Abs 2 EUV liegt hingegen eine Primärrechtswidrigkeit vor, die – zumindest in der Theorie – auch von den Organen der EU selbst oder von anderen, nicht betroffenen Mitgliedstaaten geltend gemacht werden kann.<sup>312</sup>

Insoweit die Bundesstaatlichkeit eines Mitgliedstaates als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur qualifiziert werden kann und daher von den Organen der EU bei ihren Handlungen zu achten ist, lässt sich Art 4 Abs 2 EUV auch als Bundesklausel verstehen. Da Art 4 Abs 2 EUV aber nicht spezifisch nur auf die Bundesstaatlichkeit von Mitgliedstaaten ausgerichtet ist, verfolgt er keines der oben dargestellten Konzepte völkerrechtlicher Bundesklauseln. Wie die Bundesstaatlichkeit durch Art 4 Abs 2 EUV geschützt wird, muss erst unter Berücksichtigung der entsprechenden mitgliedstaatlichen Strukturen und der relevanten „Bedrohungsszenarien“ im EU-Recht analysiert werden.

### 3.6 Verpflichtung der EU zur Achtung der bundesstaatlichen Struktur nach Art 4 Abs 2 EUV

#### 3.6.1 Gang der Untersuchung

Vorangehend wurde analysiert, inwiefern das Primärrecht bei der Verteilung von Rechten und Pflichten sowie der Verantwortlichkeit für Unionsrechtsverletzungen auf den bundesstaatlichen Aufbau Rücksicht nimmt. In einem weiteren Schritt soll nun die Grundlage für eine Untersuchung dessen gelegt werden, ob und wenn ja inwieweit die Organe der EU auf Grund von Art 4 Abs 2 EUV verpflichtet sind, die Bundesstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten zu achten.<sup>313</sup>

Art 4 Abs 2 EUV kann von den Mitgliedstaaten auf verschiedene Arten instrumentalisiert werden: Die nationale Identität könnte etwa schon im EU-Rechtssetzungsverfahren vorgebracht werden, um in einem Rechtsakt eine Sonderrolle oder Sonderregelung für einen Mitgliedstaat zu erwirken oder den fraglichen

312 Vgl dazu unten bei 3.6.7 (= 138).

313 Da Art 4 Abs 2 EUV einen Teil des Primärrechts ausmacht, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht fraglich, ob diese Bestimmung rechtsverbindlich ist; s dazu und zur Frage der alternativen Durchsetzbarkeit insb der Vorgängerbestimmungen von Art 4 Abs 2 EUV Cloots, Identity 36 ff; zum Gehalt der Vorgängerbestimmung s auch Haltern, Der Staat 1998, 617 ff. Weiters bietet Simon, in Burgorgue-Larsen, L'identité 30 ff, eine Analyse der Rsp des EuGH in der – ohne explizite Bezugnahme auf ein Konzept der nationalen Identität – nach Ansicht des Autors bereits Rücksicht auf die konstitutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten genommen wird.

Rechtsakt ganz zu verhindern.<sup>314</sup> Die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte nationale Identität kann aber auch „ex post“ gegen einen EU-Rechtsakt ins Treffen geführt werden, um dessen Nichtigkeit vor dem EuGH zu begründen; und schließlich lässt sich die nationale Identität heranziehen, um vor dem EuGH Spielräume bei der Durchführung des Unionsrechts zu begründen, etwa im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen. Der Fokus der nachfolgenden Untersuchung liegt auf dem „harten“ Einsatz von Art 4 Abs 2 EUV, der im Streitfall vor dem EuGH erfolgt.

Im Folgenden werden zunächst einige grundlegende Überlegungen zum Begriff der Identität gemacht, der in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen Bedeutung hat. Anschließend wird ganz konkret analysiert, wie der EuGH die in Art 4 Abs 2 EUV geschützte nationale Identität versteht. Da sich aus der Rsp kein klares Bild ableiten lässt, wird im Anschluss daran losgelöst von der Rsp ermittelt, was unter den unionsrechtlichen Begriffen der „nationalen Identität“ und der Pflicht zu ihrer „Achtung“ zu verstehen ist. Erst in den anschließenden Kapiteln wird anhand dessen untersucht, welcher Inhalt der bundesstaatlichen Organisation Teil der jeweiligen nationalen Identitäten Österreichs, Deutschlands und Belgiens ist.<sup>315</sup> Ein eigenes Kapitel untersucht dann für diese drei Mitgliedstaaten übergreifend, in welchen konkreten Konstellationen die Pflicht zur Achtung der nationalen bundesstaatlichen Identität von Relevanz sein könnte.<sup>316</sup>

### 3.6.2 Identität – Verortung eines Konzepts

#### 3.6.2.1 Identität als nur scheinbar klarer Begriff

Der Begriff „Identität“ ist in zahlreichen Bedeutungsfacetten aus verschiedenen Perspektiven Gegenstand unterschiedlicher Wissenschaftsdisziplinen, etwa der Philosophie, Psychologie, Soziologie und Politikwissenschaften. Thematisch geht es dabei vor allem darum, was eine Identität ausmacht und wie sich diese – im Zusammenspiel von Individuum und Gesellschaft und im Spannungsfeld zwischen Dynamik und Konstanz – bildet und verändert.

Der Begriff „Identität“ leitet sich vom lateinischen „idem“ (derselbe) ab.<sup>317</sup> Die Identität einer Sache bezeichnet im Grunde<sup>318</sup> alle jene Eigenschaften, die eine Sache als solche ausmachen, die ihr damit auch einen Wiedererkennungs-

<sup>314</sup> Vgl *Pernice*, AoR 2011, 212 f; *Guastaferro*, Yearbook of European Law 2012, 303 ff; *Dobbs*, Yearbook of European Law 2014, 316; *Schönberger* in JBÖR 2015, 52; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 71; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 46; weiters auch *Faraguna*, Brooklyn Journal of International Law 2016, 525 ff.

<sup>315</sup> Dazu unten ab 5 (= 157).

<sup>316</sup> Unten bei 8 (= 369).

<sup>317</sup> Ausführlich dazu *Hughes*, Identity 9 ff; *Gleason*, The Journal of American History, 1983, 911.

<sup>318</sup> Zur begrifflichen Unklarheit im Detail etwa *Descombes*, Identität 9 ff.

wert und eine Einheit vermitteln und so zu ihrer Individuation führen.<sup>319</sup> Diese Definition mag zunächst selbstreferentiell und damit nutzlos erscheinen,<sup>320</sup> wie dies etwa Wittgenstein äußert,<sup>321</sup> hilft aber dennoch zur ersten Veranschaulichung des Begriffes. Durch die Besinnung auf die Eigenschaften, die eine Sache als solche ausmachen, wird diese Sache von anderen, auch ähnlichen Sachen unterscheidbar: Der Fleck wird als solcher erst vor dem weißen Hintergrund deutlich erkennbar,<sup>322</sup> auch wenn er – entsprechende sprachliche Mittel vorausgesetzt – auch ohne diesen Hintergrund beschreibbar wäre.

Jenseits der oben dargelegten Definition wird Identität allerdings sehr unterschiedlich verstanden und definiert;<sup>323</sup> ein Indiz für die Vieldeutigkeit des Begriffs kann auch darin gesehen werden, dass in den vergangenen zehn Jahren zwei monografische Abhandlungen erschienen sind, die sich ihrem Titel zufolge mit dem „Rätsel“ der Identität befassen.<sup>324</sup> Die Wahl des Verständnisses von Identität ist va abhängig von der einschlägigen Wissenschaftsdisziplin und dem verfolgten Forschungsinteresse – Definitionen von Identität, die auf die Identität von Personen Bezug nehmen, unterscheiden sich etwa von solchen, die Identität als abstraktes Konzept definieren wollen:

Als abstraktes Konzept kann Identität so verstanden werden, dass es ein relationaler Begriff ist, der die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede von Dingen bezeichnet.<sup>325</sup> In politikwissenschaftlichen Abhandlungen zum Thema Identität finden sich hingegen anders nuancierte Definitionen wie „[i]dentity is at once a set of values, assumptions, and meanings that guide an agent's self-interpretations, projects, and responses, and a mode of differentiating self from other.“<sup>326</sup> Aus anthropologischer Perspektive wird Identität als Bezeichnung für die Zugehörigkeit einer Person zu einer bestimmten sozialen Gruppe definiert;<sup>327</sup> teilweise wird dies auch explizit als „social identity“ bezeichnet.<sup>328</sup> Soziale Identität, die etwa auch die Zugehörigkeit zu bestimmten ethnischen oder indigenen Gruppen bezeichnen kann, wird dabei dem Begriff der „Kultur“ gegenübergestellt; wäh-

319 Hughes, Identity 6.

320 Im Kern wird nämlich bei dieser Definition die Identität der Sache A mit den Eigenschaften der Sache A gleichgesetzt, was den Begriff der Identität entbehrlich erscheinen lässt.

321 Wittgenstein, Untersuchungen 84 f, § 216.

322 Vgl das Beispiel bei Wittgenstein, Untersuchungen 85, § 216.

323 Zur Geschichte von Identität als Wissenschaftsbegriff Gleason, The Journal of American History, 1983, 910 ff. Vgl zur Kritik an der Begriffsverwendung etwa Niethammer, Identität 33 ff.

324 Descombes, Identität (etwa 10, wo eine gängige Definition von Identität als „Quelle philosophischer Ratlosigkeit“ qualifiziert wird) und Brooks, Identity (etwa 7: „[identity is] a crucial knot of our thinking—a concept as necessary as it is difficult to analyze“).

325 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 11: „Formally and logically, ‘identity’ is a relational term. It defines the relationship between two or more related entities in a manner that asserts a sameness or equality“.

326 Todd, politics 2018, 87.

327 Kroskrity, Journal of Linguistic Anthropology 1999, 111: „Identity is defined as the linguistic construction of membership in one or more social groups or categories“.

328 Eriksen, Anthropology 153.

rend letztere aus gegebenen Strukturen und Werten bestehe, sei Identität manchen zufolge „a reflexive construct or experiential modality through which one knows oneself and claims recognition“.<sup>329</sup> Auch in anderen Bereichen der Sozialwissenschaften wird (individuelle) Identität unter Bezugnahme auf das soziale Umfeld definiert: „Identity is the idea of the self understood within and against the social context, a means by which the individual is categorized and located as part of, or set apart from, recognized social, political, and cultural groups“.<sup>330</sup> Etwas diffuser sind Beschreibungen wie die folgende: „Identity has become the encompassing term for cultural, social, and spiritual wholeness.“<sup>331</sup> Relativ inhaltsoffen ist auch eine Definition, der zufolge Identität das Ergebnis diskursiver Praktiken ist.<sup>332</sup> Jedenfalls wird Identität in den genannten Zusammenhängen aber als im Lauf der Zeit veränderlich und formbar wahrgenommen. Dies steht im Gegensatz zur Identität im logischen Sinn, bei der gerade auf die Kontinuität und Beständigkeit der relevanten, als gegeben angenommenen Eigenschaften abgestellt wird.<sup>333</sup> Die hier nur beispielhaft angeführten Definitionsversuche zeigen das im Zusammenhang mit Identität in den verschiedenen Variationen auftretende Spannungsverhältnis zwischen Selbstbezogenheit und Autonomie auf der einen Seite und Selbstdefinition durch Abgrenzung von anderen auf der anderen Seite.

Je näher man hinsieht, umso schwieriger wird es, eine klar abgegrenzte, universale Definition des Begriffs „Identität“ vorzunehmen. Die Vieldeutigkeit des Begriffes und seiner Verwendung in der Alltags- und der Wissenschaftssprache<sup>334</sup> machen es schwer, eine allgemeingültige Definition aufzustellen, ermöglichen aber auch einen vielseitigen Einsatz des Konzepts. In der Literatur wird angemerkt, Identität „tends to mean too much (when understood in a strong sense), too little (when understood in a weak sense), or nothing at all (because of its sheer ambiguity)“<sup>335</sup>. Identität wird auch als „foyer virtuel“ qualifiziert, auf das Wissenschaftler:innen in verschiedenen Kontexten Bezug nehmen müssen, ohne dass es tatsächlich existiert.<sup>336</sup> Trotz aller Unterschiede im Detail kann im wissenschaftlichen Diskurs in groben Linien zwischen der Befassung mit individuellen und kollektiven Identitäten unterschieden werden;<sup>337</sup> an dieser Unterscheidung orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen.

329 Leve, Current Anthropology 2011, 513.

330 Rodas in Adams, Keywords 103.

331 Abrahams in Feintuch, Culture 198 (Hervorhebung im Original) – freilich ist dies nicht der einzige Definitionsansatz, den der Autor im entsprechenden Kapitel präsentiert.

332 Butler, Trouble 18.

333 Vgl dazu ausführlich Descombes, Identität 55 ff.

334 Dazu umfassend Brubaker/Cooper, Theory and Society 2000, 4 ff.

335 Brubaker/Cooper, Theory and Society 2000, 1.

336 Lévi-Strauss/Benoist in Benoist, Identität 264 (Deutsch: virtueller Brennpunkt).

337 Vgl zB Hughes, Identity 2 f; Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 15 f.

### 3.6.2.2 Identität und Individuum: Ich

Diskussionen um den Begriff der Identität lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen. So lässt sich diskutieren, ob es überhaupt so etwas wie eine konstante individuelle Identität eines Menschen gibt und wie sich eine solche ermitteln lässt.<sup>338</sup> Dieses Thema beschäftigte Philosophen der Antike in Form des „Wachstumsarguments“: Alles, auch der menschliche Körper, verändert sich ständig – die Identität einer Person kann dann aber nur konstant bleiben, wenn sie durch mehr oder etwas anderes konstituiert wird als die Summe aller Teile des Körpers. Pointiert veranschaulicht wird dies durch das sog. „Schiff des Theseus“:<sup>339</sup> Wenn ein Schiff in See sticht und während der Reise so viele Planken des Schiffes ausgetauscht werden, dass bei der Rückkehr zum Heimathafen kein Teil des ursprünglichen Schiffes mehr erhalten ist – handelt es sich dabei noch um dasselbe Schiff? Im Lichte der historischen Bedeutung der Person Theseus für die Gründung des Stadtstaates Athens hat diese Fragestellung im Übrigen ihrem Ursprung nach auch metaphorische Bedeutung für die Frage nach der Kontinuität und Identität von Staaten, deren „Planken“ die im Lauf der Zeit wechselnde Bevölkerung sind.<sup>340</sup>

Ab den 1950er Jahren war Identität ein zentrales Thema in der (Sozial-)Psychologie, ausgehend von *Erikson* und seinen Arbeiten rund um Identitätskrisen.<sup>341</sup> Dabei geht es vor allem um die Frage, wie Individuen in einem sich verändernden gesellschaftlichen Umfeld und bei an sie herangetragenen konfliktierenden Wertvorstellungen ihre Identität definieren und bewahren. Ausgehend von *Eriksons* Überlegungen<sup>342</sup> wurde Identität zu einem zentralen Konzept der Sozialwissenschaften,<sup>343</sup> wenngleich in der sozialwissenschaftlichen Literatur kritisiert wurde, dass *Erikson* selbst den Begriff der Identität nicht einheitlich verwendet.<sup>344</sup> Daher verwundert es auch nur wenig, dass darauf aufbauend so unterschiedliche Disziplinen wie Anthropologie und Politikwissenschaften mit ganz diversen Identitätsbegriffen operieren. Die Nutzbarmachung des sozialpsychologischen Konzepts der individuellen Identität für andere Zweige der Soziologie ist dabei thematisch naheliegend, da die individuelle Identität immer wieder unter Bezugnahme auf die gesellschaftliche Verortung des Individuums thematisiert wird. Wenn also etwa danach gefragt wird, welche Faktoren zur Ausprägung und Veränderung der individuellen Identität beitragen, dann kann dies mit Blick

338 Vgl zB *Wittgenstein*, Untersuchungen 91, § 253 sowie 122 ff, §§ 404 ff.

339 Vgl dazu zB *Hughes*, Identity 11 f.

340 *Hughes*, Identity 11 f.

341 *Weigert/Teitge/Teitge*, Identity 60 ff.

342 Grundlegend *Erikson*, Psychoanalytic Study of the Child 1946, 359 ff; *Erikson*, Journal of the American Psychoanalytic Association 1956, 56 ff.

343 Vgl dazu *Gleason*, The Journal of American History, 1983, 914 ff.

344 *Gleason*, The Journal of American History, 1983, 930; *Descombes*, Identität 84.

auf unterschiedliche Lebensphasen und Lebenserfahrungen des Individuums erfolgen,<sup>345</sup> ebenso aber mit Fokus auf gesellschaftliche Gegebenheiten.

In der Alltagsprache und zum Teil auch im (älteren) wissenschaftlichen Diskurs herrscht dabei ein essentialistisch-naturalistisches Verständnis von Identität vor: Die Identität einer Person oder Sache ist etwas Gegebenes, das von der Betrachterin nur erkannt und beschrieben werden muss. Demgegenüber überwiegt in den Sozialwissenschaften heute ein konstruktivistisches Verständnis von Identität,<sup>346</sup> das manchmal mit dem Aufkommen des Individualismus, dem Aufbrechen starrer, traditionsorientierter Gesellschaften und der daraus folgenden Veränderlichkeit der individuellen Identität erklärt wird.<sup>347</sup> Schon auf individueller Ebene wird Identität dabei überwiegend als Fiktion oder soziales Konstrukt verstanden,<sup>348</sup> das den Einzelnen durch Bewusstmachung seiner zentralen Eigenschaften zu selbstbestimmtem Handeln ermächtigen kann, durch Festlegung auf bestimmte zentrale Eigenschaften aber auch freiheitsbeschränkend wirkt. Relevant ist dabei immer auch, wer die individuelle Identität definiert, ob diese also auf einer selbstbestimmten Festlegung basiert oder auf einer Zuschreibung durch Dritte. Dass Identität ein soziales Konstrukt und somit grundsätzlich unabhängig von Körperlichkeit ist, wird bspw dadurch illustriert, dass sich eine postmortale Identität ausmachen lässt.<sup>349</sup> Exemplifizieren lässt sich die soziale Konstruiertheit von Identität auch anhand des häufig als Identitätsmerkmals herangezogenen Geschlechts: Wie schon *de Beauvoir* herausarbeitete, kann neben einem biologischen auch ein soziales Geschlecht ausgemacht werden.<sup>350</sup> Dieses bezeichnet die von der Gesellschaft an die Konzepte von „Männlichkeit“ oder „Weiblichkeit“ herangetragenen Zuschreibungen.<sup>351</sup> Dadurch, dass diese Zuschreibungen aber gerade nicht selbstbestimmt erfolgen, sondern dem Individuum von der Gesellschaft auferlegt werden bzw durch diskursive Praktiken geprägt werden,<sup>352</sup> kann Geschlecht als Identitätsmerkmal für das Individuum beschränkend wirken.<sup>353</sup>

345 Zum Beispiel *Pratt/Matsuba*, Life Story 29 ff.

346 Zum Beispiel *Calhoun* in Calhoun, Social Theory 13 ff; *Bilgrami* in Bernstein, Concepts 159 ff.

347 Dunn, Crises 52 ff.

348 Zum Beispiel *Weigert/Teitge/Teitge*, Identity 34, 53, 68 ff; *Rodas* in Adams, Keywords 103.

349 *Weigert/Teitge/Teitge*, Identity 92 ff.

350 Ausführlich *de Beauvoir*, Geschlecht 27 ff, prägnant 334 („Man kommt nicht als Frau zur Welt, man wird es“). Zur Unterscheidung zwischen „sex“ und „gender“ zB *Butler*, Trouble 6 ff.

351 Vgl dazu auch *Weigert/Teitge/Teitge*, Identity 68 ff.

352 *Butler*, Trouble 32 f.

353 Vgl dazu etwa auch *Stammers* in McGarry/Jasper, Dilemma 121 mwN; *de Beauvoir*, Geschlecht 334 („Nur die Vermittlung anderer kann ein Individuum zum Anderen machen“ [Hervorhebung im Original]).

### 3.6.2.3 Identität und Kollektive: Wir

#### 3.6.2.3.1 Aspekte kollektiver Identität

Wie sich schon bei den Ausführungen zur individuellen Identität gezeigt hat, ist die Definition der eigenen Identität maßgeblich durch das soziale Umfeld geprägt. Dies bringt auch der Begriff der sozialen Identität (des Einzelnen) gut zum Ausdruck.

Über die Verortung des Einzelnen in der Gesellschaft hinaus lässt sich nun aber auch fragen, ob Gruppen und Kollektive eine Identität haben und wie sich diese bestimmen lässt. Es geht dann nicht mehr nur um die Identifikation des Einzelnen als Teil einer Gruppe, sondern um die Identifikation der Gruppe selbst, etwa auch in Abgrenzung zu anderen Gruppen. Dafür hat sich der Begriff der kollektiven Identität etabliert, der freilich im Detail wieder unterschiedlich verstanden wird. Eine mögliche Definition lautet etwa: „Collective identities are the shared sense of ‘we’ within groups that are continuously constructed and reinforced when group members interact and manage external pressures“<sup>354</sup>.

Dass auch Kollektive eine Identität haben können, ist wenig verwunderlich, wenn man sich das vorherrschende Verständnis der sozialen Konstruktion von Identität vor Augen führt.<sup>355</sup> Die Fragen, die sich im Zusammenhang damit stellen, sind also ganz ähnlich wie bei der individuellen Identität; so kann etwa danach gefragt werden, wie die Kontinuität der kollektiven Identität bewirkt wird. Entsprechende Fragestellungen beschäftigten schon Aristoteles, der im Grunde nach der kollektiven Identität einer Polis fragt, wenn er darüber nachdenkt, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit wir ein Gebilde über einen längeren Zeitraum hinweg als ein und denselben Staat bezeichnen können.<sup>356</sup> Wissenschaftlich untersucht wird aber auch, welche Faktoren die kollektive Identitätsbildung beeinflussen, etwa welche Rolle Politik, Medien und Privatmeinungen bei der diskursiven Herausbildung kollektiver Identität spielen.<sup>357</sup> Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive wird zB analysiert, wie neue Medien (Internet-Memes, YouTube) bei der Herausbildung kollektiver Identitäten eingesetzt werden<sup>358</sup> oder wie Eheschließungen und Familiengründungen als Praxis der kollektiven Identitätsbildung wahrgenommen werden.<sup>359</sup> Darüber hinaus lässt sich

354 Lauger, Sociology Compass 2020, 2; vgl auch Jasper/McGarry in McGarry/Jasper, Dilemma 1: „A collective identity is an act of the imagination, a trope that stirs people to action by arousing feelings of solidarity with their fellows and by defining moral boundaries against other categories“.

355 Zum Beispiel Stammers in McGarry/Jasper, Dilemma 122.

356 Aristoteles, Politics, Book III 1276a.

357 Eine Beeinflussung des privaten durch den politischen und medialen Diskurs hervorhebend Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 202.

358 Gal/Shiftman/Kampf, new media & society 2016, 1699 ff.

359 Schmidt, Journal of Ethnic and Migration Studies 2011, 264 ff.

auch fragen, wie bestehende kollektive Identitäten die Handlungen von Menschen beeinflussen:<sup>360</sup> Bei der Erforschung sozialer (Protest-)Bewegungen wird etwa untersucht, ob die Herausbildung einer kollektiven Identität das Protestverhalten verändert;<sup>361</sup> unter dem Titel „identity economics“ wird danach gefragt, wie kollektive Identitäten Entscheidungen der Akteure beeinflussen.<sup>362</sup>

Interessant ist in diesem Zusammenhang va auch, welchen Arten von kollektiven Identitäten Bedeutung zugemessen wird. Während der Mensch als Individuum für den Menschen ein naheliegendes Identitätszurechnungssubjekt darstellt, sind die als relevant erachteten Kollektive im Grunde zufälliger Art. Dabei ist vor allem die soziale Funktion der Kollektive bedeutsam: Sie dienen in der Regel der Erzeugung eines „Wir-Gefühls“, also eines Gruppenzusammenhalts und der Abgrenzung zu anderen Gruppen,<sup>363</sup> wobei grundsätzlich irrelevant ist, ob die Abgrenzung eher negativ (*us versus them*) oder neutral bis positiv (*us and them*) konnotiert ist.<sup>364</sup>

Als Grundlage für derartige Kollektive kann die Zugehörigkeit zu einer Sprach- oder Religionsgemeinschaft ebenso dienen wie ethnische Zugehörigkeit, Geschlecht, Hautfarbe, kulturelle Bräuche oder wirtschaftliche Stellung bzw. „Klassenzugehörigkeit“ und Bildungsgrad.<sup>365</sup> Auch die Staatsangehörigkeit kann als entsprechendes Merkmal dienen, das Individuen dem Kollektiv eines spezifischen Staates zuordnet.<sup>366</sup> Die Zugehörigkeit zu einem Staat als konkretes, rechtlich konstituiertes Gebilde kann aber auch über andere Merkmale vermittelt werden.<sup>367</sup>

### 3.6.2.3.2 Nationale Identität als kollektive Identität

Welche Gruppenzugehörigkeit für den Einzelnen besondere Relevanz hat und welche Kollektive besonders deutlich wahrgenommen werden, ist dabei von den historischen und sozialen Umständen und Bedürfnissen abhängig.<sup>368</sup> Große Relevanz kam in den vergangenen Jahrhunderten dem Konzept der nationalen Zuge-

360 Zur Frage, inwiefern eine gemeinsame nationale Identität die soziale Kohäsion fördert *Miller/Ali*, European Political Science Review 2014, 238 ff.

361 *Opp*, Rationality and Society 2012, 74 ff; *Jasper/Tramontano/McGarry* in *McGarry/Jasper*, Dilemma 29.

362 *Akerlof/Kranton*, Economics 13 ff.

363 „[w]ho is ‚in‘ and who is ‚out‘“, *Stammers* in *McGarry/Jasper*, Dilemma 121.

364 Vgl dazu zB *Ghaziani*, Social Problems 2011, 116 ff.

365 Vgl dazu *Jasper/Tramontano/McGarry* in *McGarry/Jasper*, Dilemma 18 ff.

366 Vgl *Habermas*, Staatsbürgerschaft 9.

367 Siehe etwa die Diskussion betreffend „Danishness“ bei *Schmidt*, Journal of Ethnic and Migration Studies 2011, 260 ff.

368 Dies am Beispiel der Klassenzugehörigkeit diskutierend *Eidlin*, Sociology Compass 2014, 1045 ff.

hörigkeit und damit dem Kollektiv der Nation zu,<sup>369</sup> das zT sogar als stärkster politischer Wert der heutigen Zeit qualifiziert wird.<sup>370</sup>

Was eine Nation ausmacht, wird dabei unterschiedlich aufgefasst.<sup>371</sup> Um von einer Nation zu sprechen, bedarf es aber regelmäßig eines (vermeintlich) historischen Territoriums<sup>372</sup> und eines Gemeinschaftsgefühls bzw eines Gefühls der Verbundenheit durch Institutionen, Werte und Mythen.<sup>373</sup> Die kollektive Identität einer Nation baut damit häufig auf anderen kollektiven Identitäten auf (etwa religiöse oder ethnische Zugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einem Staatsverband).<sup>374</sup> Die kollektive Identität einer Nation setzt einen gewissen Grad an Homogenität voraus, schließt aber auch regionale Differenzierungen (etwa sprachliche und kulturelle Unterschiede wie in der Schweiz) nicht aus und kann sich sogar aus diesen speisen.<sup>375</sup>

Eine nationale Identität kann auf unterschiedlichen Merkmalen aufbauen; sie kann zB kulturbasiert ausgestaltet sein,<sup>376</sup> auf sportliche Erfolge Bezug nehmen<sup>377</sup> oder auch nationale Symbole wie Hymnen und Flaggen<sup>378</sup> beinhalten und durch diese veranschaulicht werden.<sup>379</sup> Ebenso können politische Ereignisse der Vergangenheit bzw ihre Interpretation und Wahrnehmung durch die Bevölkerung zur nationalen Identität zu zählen sein; so wird etwa für Österreich diskutiert, inwiefern die „Opferthese“, wonach Österreich das erste Opfer der NS-Aggressionspolitik sei<sup>380</sup> oder die dauerhafte Neutralität Österreichs<sup>381</sup> Bestandteile der nationalen Identität Österreichs sind. Systematisch werden die unterschiedlichen Merkmale in der Literatur den Begriffen „civic nationalism“ (Zugehörigkeit zu einem Staat und seinen Institutionen) und „ethnic nationalism“ (Zusammenge-

369 Vgl Jasper/Tramontano/McGarry in McGarry/Jasper, Dilemma 19.

370 Anderson, Communities 3. Nationale Identität wie hier als einen möglichen Aspekt kollektiver Identität einordnend McCrane/Bechhofer, Identity 195. Siehe dazu auch Miller/Ali, European Political Science Review 2014, 238 ff.

371 Vgl dazu Habermas, Staatsbürgerschaft 8 ff.

372 Smith, Identity 9; zur Frage, inwiefern Nationen „erfunden“ werden können („nations by design“), vgl Smith, Identity 99 ff.

373 Smith, Identity 10 ff; vgl auch Anderson, Communities 6 f, der dies anspricht, wenn er Nationen als „imagined communities“ definiert.

374 Smith, Identity 14. Zur Unterscheidung zwischen „civic nationalism“ und „ethnic nationalism“ zB Buhr/Fabrykant/Hoffmann, Journal of Baltic Studies 2014, 143 f; Ha/Jang, Social Indicators Research 2015, 473.

375 Smith, Identity 146.

376 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 54, 189.

377 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 191; Broch, Sociology Compass 2016, 569 ff.

378 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 191.

379 Die „Hauptmerkmale“ der nationalen Identität können sich im Lauf der Zeit auch ändern; vgl dazu Eisenstadt/Giesen, European Journal of Sociology 1995, 86 ff.

380 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity 195 f.

381 Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart, Identity zB 53, 199.

hörigkeit auf Basis „gegebener“ Merkmale wie Sprache oder Ethnie) zugeordnet.<sup>382</sup>

### 3.6.2.3.3 „Identity politics“: Kollektive Identität als politischer Kampfbegriff

Kollektive Identitäten bilden die Grundlage für sog. „identity politics“, welche seit den 1970er Jahren als solche bezeichnet und analysiert wurden.<sup>383</sup> Dabei geht es im Wesentlichen darum, dass bestimmte Gruppen sich auf ihre kollektive Identität berufen und für diese Anerkennung, Gleichberechtigung oder auch Bewahrung des status quo verlangen. Insbesondere dort, wo es zu Ungleichbehandlung und Unterdrückung auf Basis kollektiver Identitäten kommt – etwa in Form von strukturellem Rassismus oder Sexismus –, wird gerade jenes Identitätsmerkmal für die Betroffenen besonders bedeutsam und der maßgebliche Faktor für politische Protestbewegungen.<sup>384</sup> Der Begriff „identity politics“ wurde daher von mit dem civil rights movement in den USA, dem Kampf um die Gleichberechtigung von Frauen, dem Schutz von ethnischen oder religiösen Minderheiten sowie der Anerkennung von Homo-, Bi- und Transsexualität in Verbindung gebracht.<sup>385</sup>

Seit den 1990er Jahren wird aber beobachtet, dass sich auch vermehrt Angehörige der Mehrheitsgesellschaft auf ihre (Mehrheits-)Identität berufen und deren Schutz verlangen. Dabei kommt es gewissermaßen zu einer Trendumkehr: Während die ursprüngliche Domäne der „identity politics“ der Kampf um die Anerkennung von Minderheiten durch die Mehrheit war, wird Identitätspolitik heute (auch) betrieben, um die Mehrheitsgesellschaft etwa im Zusammenhang mit globaler Migration vor dem Einfluss neu dazukommender Bevölkerungsgruppen zu „schützen“ und die „traditionellen gesellschaftlichen Werte“ zu bewahren.<sup>386</sup>

Gemeinsam ist beiden Ausprägungen von Identitätspolitik, dass sie durch die Fokussierung auf ein einziges, wesentliches Identitätsmerkmal gekennzeichnet sind, das die Basis für alle geäußerten politischen Forderungen bildet. Durch diese Reduktion auf ein wesentliches Identitätsmerkmal kann Identitätspolitik zu einer Polarisierung und Fragmentierung des gesellschaftlichen und politischen

382 Zur Unterscheidung zwischen „civic nationalism“ und „ethnic nationalism“ zB *Buhr/Fabrykant/Hoffmann*, Journal of Baltic Studies 2014, 143 f.; *Hal/Jang*, Social Indicators Research 2015, 473; zur ähnlichen Unterscheidung zwischen „Willensnation“ und „Kulturnation“ *Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart*, Identity 18 ff.

383 Vgl dazu *Bernstein*, Annual Review of Sociology 2005, 47 ff.; zu aktuellen Forschungsfragen im Zusammenhang mit identity politics vgl. *Todd*, politics 2018, 90 f.

384 Vgl zB *Bilgrami* in *Bernstein*, Concepts 160; *Gilbert*, Identity 67 ff.; *Somers*, Theory and Society 1994, 608 ff.; *Jasper/Tramontano/McGarry* in *McGarry/Jasper*, Dilemma mit den Beispielen der Kurden oder Mazedonier in Griechenland.

385 Vgl dazu *Jasper/Tramontano/McGarry* in *McGarry/Jasper*, Dilemma 20 ff.

386 Vgl zB *Gilbert*, Identity 197.

Diskurses beitragen<sup>387</sup> und rasch ausgrenzende und fundamentalistische Formen annehmen.<sup>388</sup>

### 3.6.2.3.4 Kollektive Identität – nationale Identität – Art 4 Abs 2 EUV

#### 3.6.2.3.4.1 Von der Souveränität zur Identität

Staaten sind ein mögliches Zurechnungssubjekt kollektiver Identität. Dabei ist es grundsätzlich irrelevant, ob die Grundlage für die Entstehung eines „Wir-Gefühls“ zwischen den Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern auf sprachlichen, ethnischen oder religiösen Gemeinsamkeiten beruht oder ob das Zusammengehörigkeitsgefühl durch die staatlichen Institutionen selbst begründet und bestärkt werden soll,<sup>389</sup> wie dies etwa dem Konzept des Verfassungspatriotismus zu Grunde liegt. Versteht man einen Staat als Gebilde mit einer kollektiven Identität, dann liegt es nahe, dass es auch diesbezügliche Bestrebungen zur Erhaltung der „eigenen“ Identität und zur Anerkennung dieser Identität durch Andere gibt.<sup>390</sup> Diese Bestrebungen können historisch betrachtet und auch heute noch teilweise mit dem Begriff der Souveränität der Staaten in Zusammenhang gebracht werden; in den letzten Jahrzehnten fand diesbezüglich ein begrifflicher Wandel hin zur Wahrung der staatlichen „Identität“ statt.<sup>391</sup> Im Zusammenhang mit der europäischen Integration wird dies von *Jakab* wie folgt auf den Punkt gebracht: „Nobody wants to see him- or herself giving up sovereignty to another entity (without feeling primarily a member of the latter), because it is linked to identity“.<sup>392</sup> Oder in den Worten von *Weiler*: „To protect national sovereignty is passé; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is à la mode“<sup>393</sup>.

Souveränität bezeichnet die Idee, dass jeder politischen Ordnung eine originäre und ausschließliche Herrschaftsquelle zu Grunde liegt<sup>394</sup> und kann ideengeschichtlich auf *Bodin*<sup>395</sup> zurückgeführt werden.<sup>396</sup> Souveränität ist ein seit langem umstrittenes Konzept;<sup>397</sup> ohne hier auf alle diesbezüglichen Details einzugehen,

387 Vgl *Bernstein*, Annual Review of Sociology 2005, 51 f.

388 *Stammers* in McGarry/Jasper, Dilemma 122; vgl auch *Bernstein*, Annual Review of Sociology 2005, 56 ff.

389 Zum Konzept des „civic nationalism“, bei dem das für eine Nation relevante Zusammengehörigkeitsgefühl sich aus der Verbundenheit zum Staat und seinen Institutionen ergibt, zB *Buhr/Fabrykant/Hoffmann*, Journal of Baltic Studies 2014, 147.

390 Vgl etwa auch *Jakab*, Language 109.

391 Vgl dazu auch *Kirchmair*, DÖV 2021, 321 ff.

392 *Jakab*, Language 109.

393 *Weiler*, International Journal of Constitutional Law 2005, 184.

394 *Lewicki*, Souveränität 20.

395 *Bodin*, Six livres de la République (1567). Vgl dazu *Grimm*, Souveränität 16 ff.

396 Zum Souveränitätsbegriff in der Philosophiegeschichte *Lewicki*, Souveränität 19 ff.

397 Ausführlich dazu zB *Prickartz* in *Kopetzki*, Europa 169 ff; *MacCormick*, Sovereignty 127 ff; *Troper* in *Rosenfeld/Sajó*, Handbook 351 ff mwN.

lassen sich auf den Staat bezogen theoretisch eine innere und eine äußere Komponente von Souveränität unterscheiden: Nach innen als höchste und unabgeleitete Macht, nach außen in Form von Autonomie gegenüber anderen.<sup>398</sup> Das Aufkommen des Souveränitätsdenkens wurde durch die historischen Umstände begünstigt:<sup>399</sup> Mit der Aufklärung fiel die Idee eines von Gott gegebenen Herrschaftspostulats zu Gunsten eines Monarchen oder ähnlichen Staatsoberhauptes. Wenn aber die Legitimation der Herrschaft durch dieses Staatsoberhaupt nicht mehr auf Gott oder andere außerweltliche Phänomene gestützt werden kann, bedarf es eines anderen Legitimationsgedankens. Gleichzeitig kam es aber zunächst noch zu keinen maßgeblichen Änderungen, was den Inhalt des Herrschaftsanspruchs betraf: Dieser sollte wie bisher unbeschränkt und absolut bestehen. Dieser Herrschaftsanspruch wurde mit dem Konzept der Souveränität erklärt und legitimiert, das sich auch nach Aufkommen demokratischer Staatsformen als Konzept für die Erfassung der Staatsgewalt nutzbar machen ließ.

Durch die zunehmende Verrechtlichung der internationalen Beziehungen, aber auch des Verhältnisses zwischen Untertanen und Staat in Form des Konstitutionalismus blieb den Staaten jedoch sowohl nach innen wie auch nach außen immer weniger Handlungsspielraum, was teilweise als Bedrohung ihrer Souveränität wahrgenommen wurde oder wird.<sup>400</sup> Dies gilt noch verstärkt innerhalb Europas, wo es durch die europäische Integration zu einer besonders intensiven Verflechtung der Mitgliedstaaten der EU gekommen ist.<sup>401</sup> Schon in der Rs *Van Gend & Loos* führte der EuGH aus, dass die neu geschaffene Rechtsordnung „die Souveränitätsrechte“<sup>402</sup> der Mitgliedstaaten eingeschränkt habe. Die Souveränität der Mitgliedstaaten wird aber im Gegensatz dazu von diesen immer wieder als Grenze des weiteren Fortschreitens dieser Integration in Stellung gebracht.<sup>403</sup> Dabei wird die Souveränität von den Staaten wie ein äußerst kostbares und daher zu bewahrendes und zu schützendes Gut gehandhabt, das von Anderen – etwa der Völkerrechtsgemeinschaft oder der Europäischen Union – anerkannt und respektiert werden soll.

Hier zeigt sich die gedankliche Ähnlichkeit zum Phänomen der identity politics: Auch dort geht es um die Anerkennung und den Schutz bestimmter Eigenschaften. Im Zusammenhang mit der staatlichen Souveränität sind dies vor allem die Eigenschaften des Staates, autonom und letztentscheidungsbefugt zu sein. Entscheidungen über das Auftreten nach außen wie auch über die Handlungsweisen nach innen sollen vom Staat selbst (durch seine Staatsorgane) getroffen

398 Vgl dazu *Lewicki*, Souveränität 43 ff; *Troper* in Rosenfeld/Sajó, Handbook 355 ff; *Grimm*, Souveränität 35 ff.

399 Prägnant dazu *Jakab*, Language 92.

400 Vgl dazu ausführlich *Jakab*, Language 91 ff; *Haltern*, Souveränität 16 ff.

401 Vgl dazu zB *Jakab*, Language 104 ff; *Haltern*, Souveränität 98 ff.

402 EuGH 05.02.1963, Rs 26/62 (Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1, 25.

403 MwN zB *Jakab*, Language 104 ff.

werden können. Diese Befugnis autonom zu entscheiden, kann als Teil der Identität eines Staates gesehen werden – genauso wie das Ergebnis der autonomen Entscheidungsbefugnis, nämlich die Gestaltung der staatlichen Ordnung nach innen und des Auftretens nach außen. Eine Form der Ausübung dieser Entscheidungsbefugnis kann auch darin bestehen, intensiv mit anderen Staaten zu kooperieren. Intensive Kooperation mit anderen Staaten, etwa im Zuge der europäischen Integration, kann dann wiederum einen Bestandteil der Identität eines Staates ausmachen. Dies lässt sich zwar auch unter dem Stichwort „Souveränität“ diskutieren – auch ein souveräner Staat kann sich entscheiden, vertiefte Beziehungen mit anderen Staaten einzugehen und dazu bestimmte Befugnisse an gemeinsame überstaatliche Institutionen übertragen. Wird aber betont, dass es sich bei den in der heutigen EU zusammengeschlossenen Staaten um souveräne Staaten handelt, dann wird damit häufig auch impliziert, dass eine Abkehr von der Integration jederzeit und durch einseitige Entscheidung eines Staates möglich sein soll. Veränderungen der „Identität“ finden im Gegensatz dazu meist nur langsam und kontinuierlich statt; insofern kann die Berufung auf die staatliche Identität im Verhältnis zur fortschreitenden europäischen Integration eine ähnliche konservative Funktion übernehmen wie die Berufung auf die Souveränität der Staaten.<sup>404</sup> Identität ist aber gleichzeitig ein offenerer Begriff, der insoweit, als man die Integration in die EU als Bestandteil der staatlichen Identität qualifiziert, potentiell integrationsfreundlicher wirken könnte als die Berufung auf staatliche Souveränität – auch wenn dies derzeit nicht der Fall zu sein scheint.<sup>405</sup> Insofern ist es wenig überraschend, dass als eine Art Kompromiss<sup>406</sup> nicht die Achtung der Souveränität, sondern der Identität der Mitgliedstaaten Eingang in das Unionsprimärrecht gefunden hat, und zwar in Form der Verpflichtung zur Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten durch die Organe der EU.<sup>407</sup>

### 3.6.2.3.4.2 Nationale Identität und Verfassungsidentität

Die Aufnahme der nationalen Identität der Mitgliedstaaten in das Primärrecht mit dem Vertrag von Maastricht wird als „constitutional *volte face*“<sup>408</sup> bezeichnet, weil damit eine Trendumkehr weg von den fortschreitenden Souveränitätsbeschränkungen und hin zu einer formellen Anerkennung der Mitgliedstaaten als Bausteine der Union bewirkt wurde: Mit Art F Abs 1 1. HS EUV idF des

404 Vgl dazu etwa *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 61 ff.

405 Auch dazu wieder *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 67 ff, die die Verwendung des Identitäts-Topos zur Legitimation autokratischer Politik in Ungarn und Polen darstellen und analysieren.

406 So zB auch *Fabbrini/Sajó*, ELJ 2019, 458.

407 Vgl dazu auch *Guastaferro*, Yearbook of European Law 2012, 287; *Prickartz* in *Kopetzki, Europa 175 ff.*

408 *Bessink*, Utrecht Law Review 2010, 41 (Hervorhebung im Original).

Vertrags von Maastricht wurde die Union verpflichtet, die „nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten zu achten“. Zwar wurden durch nachfolgende Vertragsänderungen weiterhin mehr und mehr Kompetenzen an die Union übertragen, die souveränen Mitgliedstaaten als Basis der Union blieben aber rechtlich verankert. Die Achtungsverpflichtung war auch Bestandteil des Vertrags über eine Verfassung für Europa, nach dessen Art I-5 Abs 1 die Union verpflichtet werden sollte, „die nationale Identität der Mitgliedstaaten [zu achten], die in deren grundlegendem politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“.<sup>409</sup> Ganz ähnlich<sup>410</sup> ist auch die Formulierung im heute relevanten Art 4 Abs 2 EUV idF des Vertrags von Lissabon, der die Union zur Achtung der jeweiligen mitgliedstaatlichen „nationale[n] Identität [verpflichtet], die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“.

Nach seiner Einführung in das Primärrecht wurde der Begriff der nationalen Identität der Mitgliedstaaten sohin durch die Einfügung des Zusatzes „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“ näher konkretisiert. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass unter den vielen verschiedenen Gesichtspunkten der nationalen Identität<sup>411</sup> nur ganz spezifische von der Union zu achten sind. Mit der gewählten Formulierung werden nämlich nur bestimmte inhaltliche und modale Aspekte für relevant erklärt: Nur das, was mit den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen in Zusammenhang steht und gerade durch sie zum Ausdruck gebracht wird, soll Relevanz haben. Nicht erfasst von der Identitätsklausel des Art 4 Abs 2 EUV sind außerhalb der Verfassung liegende Belange, etwa rein kulturelle Aspekte – auch wenn dies Aspekte sein können, die für das „Wir-Gefühl“ der Bevölkerung von immenser Bedeutung sein mögen,<sup>412</sup> wie etwa im Fall Österreichs die Differenzierung zwischen Hochdeutsch und „österreichischem Hochdeutsch“.<sup>413</sup> Die von Art 4 Abs 2 EUV nicht erfassten Aspekte der nationalen Identität können aber durchaus Schutzgut anderer unionsrechtlicher Vorschriften sein; bei den kulturellen Besonderheiten ist als schützende Norm zB an Art 22 EU-GRC und

409 Dazu ausführlich *Guastaferro*, Yearbook of European Law 2012, 271 ff. Zur Entwicklung s auch *Faraguna*, EPL 2021, 427 ff.

410 Die Unterscheidung zwischen „verfassungsrechtlichen“ (Art I-5 Vertrag über eine Verfassung für Europa) und „verfassungsmäßigen“ (Art 4 Abs 2 EUV) Strukturen hat soweit ersichtlich kein Äquivalent in anderen Sprachfassungen; dazu auch unten bei 3.6.4.4.3 (= 116).

411 Ausführlich zu diesen zB *McCrane/Bechhofer*, Identity 9 ff sowie schon oben bei 3.6.2.3.2 (= 93).

412 Vgl dazu *McCrane/Bechhofer*, Identity 139 ff, die feststellen, dass die Unterscheidung zwischen schottischer und englischer Identität von der jeweiligen Bevölkerung eher auf kulturelle als auf politische Unterschiede zurückzuführen ist.

413 Dies als relevant für die österreichische nationale Identität qualifizierend etwa *Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart*, Identity 57.

Art 3 Abs 3 UAbs 4 EUV zu denken.<sup>414</sup> Ebenfalls nicht erfasst von der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV sind verfassungswidrige Gehalte einer nach anderen Gesichtspunkten ermittelten nationalen Identität: Wenn etwa in politik- und sozialwissenschaftlichen Studien festgehalten wird, dass Minderheiten in Österreich von der Bevölkerung nur marginale Bedeutung beigemessen und Minderheitensprachen von den Befragten kein der deutschen Sprache äquivalenter Status zuerkannt wird, Minderheitensprachen somit auch nicht als schützenswerter Identitätsbestandteil eingeordnet werden,<sup>415</sup> so kann daraus schon auf Grund der Anerkennung bestimmter Minderheiten und Minderheitensprachen in Art 8 B-VG nichts für die nationale Identität Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV gewonnen werden. Ganz allgemein wird in der sozialwissenschaftlichen Literatur darauf hingewiesen, dass die „staatliche“ Version nationaler Identität sich deutlich von dem unterscheiden kann, was die Bevölkerung als identitätsstiftend ansieht.<sup>416</sup> Art 4 Abs 2 EUV verweist mit der Bezugnahme auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen auf eine solche staatliche Version der nationalen Identität, nicht auf Wahrnehmungen der oder Wertschätzungen durch die Bevölkerung.<sup>417</sup> Diese können freilich wiederum bei der Abänderung der bestehenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen eine Rolle spielen, etwa indem ein politischer Wandel oder eine Verfassungsreform angestoßen wird.<sup>418</sup>

Nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV kann aber auch nicht einfach mit dem Begriff „Verfassungsidentität“ gleichgesetzt werden.<sup>419</sup> Bei letzterem handelt es sich um ein theoretisch unklares Konzept<sup>420</sup> – in rechtsdogmatischer Hinsicht ist Verfassungsidentität eine Begriffsschöpfung des BVerfG,<sup>421</sup> die insb

414 Vgl dazu *Bessink*, Utrecht Law Review 2010, 43 f.

415 *Wodak/de Cilia/Reisigl/Liebhart*, Identity 190 f.

416 *Buhr/Fabrykant/Hoffmann*, Journal of Baltic Studies 2014, 149 f.

417 Zur Frage, inwiefern Menschen eine Bindung zum Konzept der nationalen Identität aufweisen, vgl *McCrane/Bechhofer*, Identity 43 ff; *Miller/Ali*, European Political Science Review 2014, 244 ff; inwiefern diese Bindung das subjektive Glücksempfinden beeinflusst, zB *Reeskens/Wright*, Psychological Science 2011, 1460 ff.

418 Dazu ausführlich *Sajó*, Sentiments 23 ff; *Jacobsohn*, The Review of Politics 2006, 363.

419 Vgl dazu zB *van der Schyff*, EPL 2016, 231 ff; *Cloots*, Identity 165 ff. Ebenfalls deutlich zwischen den beiden unterschiedend *Rosenfeld* in *Rosenfeld/Sajó*, Handbook 758; vgl weiters die Ausführungen bei *Perju*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2020, 219 ff.

420 Zu den verschiedenen Bedeutungsnuancen von Verfassungsidentität („constitutional identity“) *Rosenfeld* in *Rosenfeld/Sajó*, Handbook 756 ff; aus allgemeinerer, politikwissenschaftlicher Perspektive lässt sich „constitutional identity“ auch als das definieren, was uns eine Verfassung grundsätzlich als Verfassung erkennen lässt und – konkreter – was etwa die US-amerikanische Verfassung als US-amerikanische Verfassung wiedererkennbar macht; *Jacobsohn*, The Review of Politics 2006, 362 ff. Zur mangelnden Determiniertheit des Konzepts auch aus rechtsdogmatischer Perspektive *Fabbrini/Sajó*, ELJ 2019, 466 ff.

421 Aktuell zB BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSP) Rz 101: „Die demokratische Legitimation der in Deutschland ausgeübten öffentlichen Gewalt durch das Staatsvolk gehört als wesentlicher Inhalt des Grundsatzes der Volkssoveränität zu der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten und nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG auch integrationsfesten Verfassungsidenti-

im deutschen Schrifttum übernommen wurde,<sup>422</sup> die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aber Nachahmer gefunden hat.<sup>423</sup> Wesentlich ist dabei va, dass die Verfassungsidentität sich lediglich aus der Verfassung selbst speist und insofern grundsätzlich<sup>424</sup> auch durch den Verfassungsgesetzgeber autonom abgeändert werden kann – auch, indem die Verfassungsidentität explizit geregelt und geschützt wird, wie dies inzwischen etwa in der ungarischen Verfassung der Fall ist.<sup>425</sup> Eine solche Änderung hat aber nicht zwingend zur Folge, dass der Verfassungsidentitätsbestandteil auch Teil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV wird; problematisch kann dies etwa sein, wenn der neue Verfassungsidentitätsbestandteil den Werten des Art 2 EUV widerspricht. Wie die Abgrenzung im Detail erfolgen kann, wird weiter unten analysiert.<sup>426</sup>

Auch hinsichtlich anderer Details ist die in Art 4 Abs 2 EUV enthaltene Wendung auslegungsbedürftig; die Bestimmung wird weiter unten einer eingehenden Analyse unterzogen.<sup>427</sup> Hervorzuheben ist aber bereits an dieser Stelle, dass die Identitätsklausel mit dem Vertrag von Lissabon justitiabel wurde;<sup>428</sup> ihre Einhaltung unterliegt nunmehr der Kontrolle durch den EuGH, der insoweit missbräuchlichen Berufungen auf die Identitätsklausel durch die Mitgliedstaaten Einhalt gebieten kann.<sup>429</sup> Schon das erklärt, wieso es seither ein noch höheres Interesse an dieser Bestimmung gibt, da etwaige Zweifel daran, was zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates iSd Art 4 Abs 2 EUV zählt, nun nicht mehr einfach dem mitgliedstaatlichen Diskurs überlassen bleiben, sondern einer gerichtlichen Klärung – allerdings durch ein Organ der Union! – zugänglich sind. Dies entspricht nicht dem bevorzugt auf Verdrängung ausgelegten Umgang mit Identitätszweifeln oder Krisen: „Deep doubts about identity are usually omitted from awareness. When they do intrude into our attention, life becomes uneasy, decisions become difficult, and disappointment or frustration begin to gnaw at our hearts“<sup>430</sup>. Auch wenn diese Beobachtung aus der Sozialpsychologie stammt, lässt sie sich gut auf Zweifel im Zusammenhang mit der nationalen Identität übertragen. Umso spannender ist es, sich Fragen nach der nationalen Identität

tät des Grundgesetzes“. Vgl zur geschichtlichen Entwicklung zB *Polzin*, International Journal of Constitutional Law, 2016, 411 ff.

422 Wie hier differenzierend *Cloots*, Identity 165 ff; *Polzin*, Verfassungsidentität 62 ff; weiters *Skouris* in Papier, Föderalismus 118. Den Begriff der Verfassungsidentität unter Hinweis auf das BVerfG verwendend statt vieler zB *Hwang*, Der Staat 2017, 107 f; zwischen Verfassungsidentität und nationaler Identität in der Rsp des BVerfG differenzierend *Rademacher*, EuR 2018, 145 f.

423 Vgl dazu zB *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 59 ff; *Fabbrini/Sajó*, ELJ 2019, 458 ff.

424 Sofern man nicht als Verfassungsidentität lediglich das einordnet, was nicht abänderbar ist; vgl dazu *Fabbrini/Sajó*, ELJ 2019, 467 f.

425 Vgl zB *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 68.

426 Unten ab 3.6.4.4 (= 114).

427 Unten ab 3.6.4 (= 110).

428 Dazu unten bei 3.6.3 (= 102).

429 Dies hervorhebend *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 73.

430 *Weigert/Teitge/Teitge*, Identity 61.

der Mitgliedstaaten aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu widmen. Im Folgenden wird zunächst analysiert, wie der EuGH den Begriff der nationalen Identität in seiner Rsp versteht.

### 3.6.3 Nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV in der Rsp des EuGH

#### 3.6.3.1 Fallkonstellationen

Im Folgenden soll ein Überblick über die Rsp des EuGH zur durch Art 4 Abs 2 EUV geschützten nationalen Identität der Mitgliedstaaten gegeben werden.<sup>431</sup> Dabei wird zunächst darauf eingegangen, in welchen Konstellationen sich der EuGH bisher mit dem Einwand der nationalen Identität auseinanderzusetzen hatte. In einem zweiten Schritt wird dargestellt, ob sich aus der Rsp eine klare Leitlinie dafür ergibt, was zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates zu zählen ist. Die Untersuchung berücksichtigt den Stand der Rsp zum 23.11.2021. Den Vorgängerbestimmungen des Art 4 Abs 2 EUV<sup>432</sup> mangelte es an Durchsetzbarkeit vor dem EuGH.<sup>433</sup>

In inhaltlicher Hinsicht war der EuGH – in Vertragsverletzungs-<sup>434</sup> und Vorabentscheidungsverfahren<sup>435</sup> – am häufigsten mit der Frage befasst, ob eine Berufung auf die nationale Identität die Beschränkung einer Grundfreiheit rechtfertigen kann: In der Rs *Sayn-Wittgenstein*<sup>436</sup> ging es um die Frage, ob das Verbot des Führens eines Adelstitels als Bestandteil der nationalen Identität eine Beschränkung des in Art 21 AEUV verankerten Freizügigkeitsrechts rechtfertigen könne (der EuGH bejahte dies). Eine ganz ähnliche Konstellation lag der Rs *Bogendorff*

431 *Simon*, in Burgorgue-Larsen, L'identité 30 ff, führt eine Analyse jener Rsp des EuGH durch, in der – ohne explizite Bezugnahme auf ein Konzept der nationalen Identität – nach Ansicht des Autors bereits Rücksicht auf die konstitutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten genommen wird; ähnlich auch *Faraguna*, Brooklyn Journal of International Law 2016, 509 f.

432 Zu diesen oben bei 3.6.2.3.4.2 (= 98).

433 Siehe dazu und zur Frage der alternativen Durchsetzbarkeit insb der Vorgängerbestimmungen von Art 4 Abs 2 EUV *Cloots*, Identity 36 ff.

434 EuGH 31.10.2019, Rs C-395/17 (Kommission/Niederlande) ECLI:EU:C:2019:918; EuGH 31.10.2019, Rs C-391/17 (Kommission/Vereinigtes Königreich) ECLI:EU:C:2019:919; EuGH 24.10.2013, Rs C-151/12 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2013:690.

435 EuGH 18.06.2020, Rs C-328/19 (Porin kaupunki) ECLI:EU:C:2020:483; EuGH 13.06.2019, Rs C-317/18 (Correia Moreira) ECLI:EU:C:2019:499; EuGH 11.12.2018, Rs C-493/17 (Weiss) ECLI:EU:C:2018:1000; EuGH 05.06.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:385; EuGH 21.12.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:985 ; EuGH 02.06.2016, Rs C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff) ECLI:EU:C:2016:401; EuGH 29.09.2015, Rs C-276/14 (Gmina Wroclaw) ECLI:EU:C:2015:635; EuGH 17.07.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (Torresi) ECLI:EU:C:2014:2088; EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digiber) ECLI:EU:C:2014:1756; EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239; EuGH 01.03.2012, Rs C-393/10 (O'Brien) ECLI:EU:C:2012:110; EuGH 12.05.2011, Rs C-391/09 (Runevič-Vardyn) ECLI:EU:C:2011:291; EuGH 22.12.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:806.

436 EuGH 22.12.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:806; dazu zB Kröll in Lienbacher/Wielinger, Jahrbuch 313 ff; Lienbacher/Lukan in Calliess/van der Schyff, Identity 54 f; Bessellink, CMLR 2012, 671 ff; Villotti, ZEuS 2015, 498 f; von Bogdandy/Schill, CMLR 2011, 1423 ff.

von Wolffersdorff<sup>437</sup> zu Grunde. In der Rs *Runevič-Vardyn*<sup>438</sup> konnte eine aus spezifischen Vorgaben für die Schreibweise eines Namens resultierende Beschränkung des Freizügigkeitsrechts durch den von Art 4 Abs 2 EUV umfassten Schutz der Landessprache gerechtfertigt werden. Auch in der Rs *Coman*<sup>439</sup> wurde die nationale Identität – die in diesem Fall als die „traditionelle Ehe“ schützend eingewandt wurde – als Rechtfertigung einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts vorgebracht (allerdings erfolglos<sup>440</sup>). In der Rs *Las*<sup>441</sup> wurde die Rechtfertigung einer Beschränkung der Arbeitnehmer:innenfreizügigkeit durch die von Art 4 Abs 2 EUV geschützten Landessprache erwogen (und im Ergebnis mangels Verhältnismäßigkeit verneint).<sup>442</sup> In der Rs *Digibet*<sup>443</sup> wurde die nationale bundesstaatliche Zuständigkeitsverteilung via Art 4 Abs 2 EUV erfolgreich als Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit geltend gemacht.

In einigen Fällen wurde Art 4 Abs 2 EUV auch bemüht, um eine identitätskonforme Auslegung anderer Primärrechtsbestimmungen zu erwirken:<sup>444</sup> So wurde etwa vorgebracht, eine aus Art 4 Abs 3 EUV resultierende Haftung von Mitgliedstaaten für überseeische Länder und Hoheitsgebiete sei nicht mit der diesen Gebieten zukommenden, durch Art 4 Abs 2 EUV geschützten Autonomie vereinbar; dies war jedoch in beiden Fällen erfolglos, da der EuGH befand, dass die betroffenen Mitgliedstaaten nicht ausreichend substantiiert hätten, wieso die geschützte Autonomie durch die fraglichen Maßnahmen betroffen sei.<sup>445</sup> Weiters wurde die durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte nationale Identität von Spanien bemüht, um zu begründen, dass die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage samt Beantragung finanzieller Sanktionen durch die Kommission eine unzulässige Ermessensausübung der Kommission darstelle, wenn ein Mitgliedstaat auf

437 EuGH 02.06.2016, Rs C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff) ECLI:EU:C:2016:401.

438 EuGH 12.05.2011, Rs C-391/09 (Runevič-Vardyn) ECLI:EU:C:2011:291; dazu *van Eijken*, CMLR 2012, 809 ff.

439 EuGH 05.06.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:385.

440 Da der EuGH eine Beeinträchtigung des Instituts der Ehe durch die Verpflichtung zur Anerkennung im Ausland eingegangener (gleichgeschlechtlicher) Ehen bei der Gewährung von Aufenthaltsrechten als nicht gegeben erachtete; EuGH 05.06.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:385 Rz 45 f.

441 EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239; dazu zB *Cloots*, CMLR 2014, 623 ff.

442 EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239 Rz 34.

443 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756.

444 Zu dieser Kategorie kann auch EuGH 24.10.2013, Rs C-151/12 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2013:690 gezählt werden. Spanien brachte dort vor, Art 4 Abs 2 EUV verbiete eine Auslegung des Art 288 Abs 3 AEUV, wonach die Kommission die Art und Weise der Umsetzung einer Richtlinie vorschreiben könne – der EuGH setzte sich damit allerdings inhaltlich nicht auseinander, da er zu dem Ergebnis kam, dass die Kommission dies gar nicht versucht habe und Spanien insofern einem Missverständnis unterlegen; EuGH 24.10.2013, Rs C-151/12 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2013:690 Rz 37. Ähnlich gelagert ist auch das Vorbringen der polnischen Regierung, wonach Art 4 Abs 2 EUV die Anwendung des Unionsrechts auf bestimmte Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern bzw. Richteramtskandidatinnen und -kandidaten ausschließt; der EuGH setzte sich damit aber nicht näher auseinander, EuGH 02.03.2021, C-824/18 (A.B. u.a.) ECLI:EU:C:2021:153 (Vorbringen Polens in Rz 78).

445 EuGH 31.10.2019, Rs C-395/17 (Kommission/Niederlande) ECLI:EU:C:2019:918 Rz 93; EuGH 31.10.2019, Rs C-391/17 (Kommission/Vereinigtes Königreich) ECLI:EU:C:2019:919 Rz 91.

Grund der politischen Situation (konkret: Auflösung des Parlaments, Neuwahlen, Regierung nur zur laufenden Geschäftsführung berufen) nicht in der Lage sei, unionsrechtskonform zu handeln.<sup>446</sup> Der EuGH ging auf dieses Vorbringen nicht ein, stellte eine Vertragsverletzung fest und verurteilte Spanien zur Zahlung finanzieller Sanktionen.<sup>447</sup>

Schließlich wurde der EuGH (im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren) auch angerufen, um EU-Rechtsakte wegen Verstoßes gegen Art 4 Abs 2 EUV für nichtig zu erklären – wenngleich derartige Vorbringen bisher noch nie erfolgreich waren. In der Rs *Torresi*<sup>448</sup> etwa wurde behauptet, eine Richtlinienbestimmung über die Anerkennung von im Ausland erworbenen Berufsqualifikationen verstöße gegen die italienische nationale Identität; der EuGH schloss sich dem aber nicht an, nachdem auch die italienische Regierung im betreffenden Verfahren keine Identitätsverletzung behauptete.<sup>449</sup> In der Rs *Weiss*<sup>450</sup> wurde vom vorlegenden BVerfG die Rechtswidrigkeit eines Beschlusses der EZB wegen Missachtung der nationalen Identität in Erwägung gezogen; der EuGH erachtete diese Frage aber als rein hypothetisch.<sup>451</sup>

In einigen Fällen erfolgte eine Berufung auf Art 4 Abs 2 EUV, um eine die nationale Identität berücksichtigende Auslegung des Sekundärrechts zu bewirken:<sup>452</sup>

446 EuGH 25.02.2021, Rs C-658/19 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2021:138 Rz 26.

447 EuGH 25.02.2021, Rs C-658/19 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2021:138.

448 EuGH 17.07.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (*Torresi*) ECLI:EU:C:2014:2088; dazu *Villotti*, ZEuS 2015, 499.

449 EuGH 17.07.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (*Torresi*) ECLI:EU:C:2014:2088 Rz 58.

450 EuGH 11.12.2018, Rs C-493/17 (*Weiss*) ECLI:EU:C:2018:1000.

451 EuGH 11.12.2018, Rs C-493/17 (*Weiss*) ECLI:EU:C:2018:1000 Rz 166.

452 Erfolglos blieb die Berufung Deutschlands auf Art 4 Abs 2 EUV (Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als Teil der nationalen Identität) in EuGH 02.09.2021, Rs C-718/18 (Kommission/Deutschland) ECLI:EU:C:2021:662 (Vorbringen Deutschlands in Rz 96): Eine Auslegung der Richtlinien 2009/72 und 2009/73 und der darin enthaltenen Unabhängigkeitsvorgaben für Regulierungsbehörden im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips lasse es zu, dass durch die Bundesregierung Vorgaben für die Tätigkeit der Regulierungsbehörde gemacht werden; der EuGH ging auf das Vorbringen zu Art 4 Abs 2 EUV nicht ein. Ähnlich auch EuGH 15.07.2021, Rs C-742/19 (B.K.) ECLI:EU:C:2021:597 insb Rz 77, wo der EuGH die Richtlinie 2003/88, welche Vorgaben über die Arbeitszeit enthält, im Lichte der Vorgaben des Art 4 Abs 2 EUV zum Schutz der grundlegenden Funktionen des Staates als nicht auf Militärangehörige, die an militärischen Operationen teilnehmen, anwendbar erachtete; sowie die Argumentation der ungarischen Regierung, wonach der in Art 4 Abs 2 EUV verankerte Schutz der grundlegenden Funktionen des Staates eine Abweichung vom sekundärrechtlichen Asylregime rechtfertige; der EuGH erachtete das Vorbringen Ungarns zu Art 4 Abs 2 EUV als zu wenig substantiiert, EuGH 17.12.2020, Rs C-808/18 (Kommission/Ungarn) ECLI:EU:C:2020:1029 Rz 262 (Vorbringen Ungarns in Rz 233 ff); gleiche Argumentation auch schon in EuGH 02.04.2020, Rs C-715/17 (Kommission/Polen). ECLI:EU:C:2020:257 Rz 170 f bzw Rz 134 (Vorbringen Polens). Ähnlich weiters EuGH 06.10.2020, verb Rs C-511/18, C-512/18 und C-520/18 (La Quadrature du Net u.a.) ECLI:EU:C:2020:791 Rz 99: Hier brachte die französische Regierung den Schutz der grundlegenden Funktionen des Staates als Argument vor, um eine einschränkende Auslegung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2002/58/EG (Vorratsdatenspeicherung) zu begründen (Rz 87 und 89 der Entscheidung); der EuGH folgte dem nicht. Auch in EuGH 16.07.2020, Rs C-311/18 (Facebook Ireland und Schrems) ECLI:EU:C:2020:559 wurde von den Verfahrensparteien zur Auslegung einer Richtlinie auf die grundlegenden Funktionen des Staates iSd Art 4 Abs 2 EUV Bezug genommen; der EuGH wies aber nur darauf hin, dass Art 4 Abs 2 EUV lediglich die Mitgliedstaaten betreffe, nicht aber nicht-staatliche Akteure oder Drittstaaten (Rz 80 f). Relevan-

So wurde etwa in der Rs *Gmina Wrocław*<sup>453</sup> Art 4 Abs 2 EUV von einem polnischen Gericht Bedeutung für die Auslegung einer Mehrwertsteuer-RL zugemessen – der EuGH verneinte aber das Vorliegen einer Berührungen von Art 4 Abs 2 EUV.<sup>454</sup> In der Rs *Correia Moreira*<sup>455</sup> wurde Art 4 Abs 2 EUV von einem portugiesischen Gericht als bedeutsam für die Auslegung einer Richtlinienbestimmung betreffend Ansprüche von Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmern im Fall eines Unternehmensübergangs erachtet – der EuGH hielt aber fest, dass Art 4 Abs 2 EUV nicht herangezogen werden könne, um den durch die RL gewährten Schutz auszuhebeln.<sup>456</sup> In der Rs *O'Brien*<sup>457</sup> wurde die nationale Identität (erfolglos)<sup>458</sup> als Argument gegen die Auslegung einer Richtlinie dahingehend vorgebracht, dass diese auch auf Richter:innen anzuwenden sei. In den Rs *Remondis*<sup>459</sup> und *Porin kaupunki*<sup>460</sup> wurde die nationale Zuständigkeitsverteilung (auch auf Gemeindeebene) als Bestandteil der nationalen Identität qualifiziert, was nach Ansicht des EuGH Konsequenzen für die Auslegung einer Vergabe-RL hatte.

In einem Beschluss aus 2021 führt der EuGH überdies aus, dass nicht alle Fragen im Zusammenhang mit den grundlegenden Strukturen eines Mitgliedstaates, insb der regionalen und lokalen Selbstverwaltung, den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen – Voraussetzung für die Zuständigkeit des EuGH über Fragen im Zusammenhang mit der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV ist, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts bereits eröffnet ist.<sup>461</sup>

Auch das EuG nahm (in Nichtigkeitsverfahren)<sup>462</sup> Bezug auf die nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV, trug aber dort nichts zur Klärung des Begriffes bei, sondern knüpfte nur an diesen an: Im fraglichen Verfahren wurde ein Beschluss der Kommission bekämpft, mit dem die Registrierung einer Bürgerinitiative abgelehnt wurde, die auf die Erlassung eines EU-Rechtsaktes abzielte, indem eine neue Kategorie der „Regionen mit nationalen Minderheiten“ etabliert werden sollte.<sup>463</sup> Die Kommission lehnte die Registrierung dieser Bürgerinitiative ua deswegen ab, weil es für einen derartigen Rechtsakt keine Rechtsgrundlage im Primärrecht gäbe – das EuG bestätigte diesen Befund und erwähnte dabei Art 4

ter war Art 4 Abs 2 EUV und der Schutz der grundlegenden Funktion des Staates für die Auslegung des Sekundärrechts in EuGH 06.10.2020, Rs C-623/17 (Privacy International) ECLI:EU:C:2020:790 Rz 44, 49, 74 f und 81 f.

453 EuGH 29.09.2015, Rs C-276/14 (Gmina Wrocław) ECLI:EU:C:2015:635.

454 EuGH 29.09.2015, Rs C-276/14 (Gmina Wrocław) ECLI:EU:C:2015:635 Rz 40.

455 EuGH 13.06.2019, Rs C-317/18 (Correia Moreira) ECLI:EU:C:2019:499.

456 EuGH 13.06.2019, Rs C-317/18 (Correia Moreira) ECLI:EU:C:2019:499 Rz 61.

457 EuGH 01.03.2012, Rs C-393/10 (O'Brien) ECLI:EU:C:2012:110.

458 Da nach Ansicht des EuGH keine Auswirkungen auf die nationale Identität ersichtlich waren, EuGH 01.03.2012, Rs C-393/10 (O'Brien) ECLI:EU:C:2012:110 Rz 49.

459 EuGH 21.12.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:985.

460 EuGH 18.06.2020, Rs C-328/19 (Porin kaupunki) ECLI:EU:C:2020:483.

461 EuGH 06.05.2021, Rs C-679/20 (Administración General del Estado) ECLI:EU:C:2021:362 Rz 26.

462 EuG 10.05.2016, Rs T-529/13 (Izsák/Kommission) ECLI:EU:T:2016:282.

463 EuG 10.05.2016, Rs T-529/13 (Izsák/Kommission) ECLI:EU:T:2016:282 Rz 1 ff.

Abs 2 EUV, um zu begründen, dass der Begriff des „Gebiets“ iSd Art 174 ff AEUV grundsätzlich unter Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Gegebenheiten zu ermitteln sei.<sup>464</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Inhalt von Art 4 Abs 2 EUV erfolgte aber nicht.<sup>465</sup>

### 3.6.3.2 Kein einheitlicher Maßstab des EuGH bei der Bestimmung der nationalen Identität

Die inhaltlichen Fragen, mit denen sich der EuGH betreffend die nationale Identität zu befassen hatte, decken also ein weites Feld ab und betreffen verschiedene Mitgliedstaaten. Insofern hätte der EuGH ausreichend Gelegenheit gehabt, eine unionsweit einheitliche Auslegung des Art 4 Abs 2 EUV voranzutreiben und darauf basierend einen einheitlichen Maßstab zur Ermittlung der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zu etablieren. Im Folgenden wird gezeigt, dass der EuGH von dieser Gelegenheit bisher nicht Gebrauch gemacht hat:<sup>466</sup>

In der Rs *Sayn-Wittgenstein* berief sich die Republik Österreich auf die „Entstehungsgeschichte und [die] Grundwertungen der Republik Österreich“,<sup>467</sup> um zu begründen, dass das Adelsaufhebungsgesetz einen Bestandteil der nationalen Identität Österreichs ausmache. Der EuGH folgerte, „dass im Kontext der österreichischen Verfassungsgeschichte das Adelsaufhebungsgesetz als Teil der nationalen Identität bei der Abwägung legitimer Belange auf der einen Seite und dem vom Unionsrecht gewährten Recht der Freizügigkeit von Personen auf der anderen berücksichtigt werden kann“.<sup>468</sup> In der inhaltlich ähnlich gelagerten Rs *Bogendorff von Wolffersdorff* hielt der EuGH unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Sayn-Wittgenstein* fest, dass „in der vorliegenden Rechtssache ebenfalls anzuerkennen [sei], dass Art. 109 Abs. 3 der Weimarer Verfassung als Teil der nationalen Identität eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV, im Kontext der verfassungsrechtlichen Entscheidung in Deutschland betrachtet, als ein Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung des vom Unionsrecht anerkannten Rechts auf Freizügigkeit berücksichtigt werden kann“.<sup>469</sup>

Den Schutz der Landessprache als Teil der nationalen Identität begründete die litauische Regierung in der Rs *Runevič-Vardyn* damit, dass „die litauische Spra-

464 EuG 10.05.2016, Rs T-529/13 (Izsák/Kommission) ECLI:EU:T:2016:282 Rz 70, 75.

465 Auch in EuGH 14.04.2021, Rs C-504/20 P (Wagenknecht/Rat) ECLI:EU:C:2021:305 berief sich lediglich der Beschwerdeführer in seinem Rechtsmittel auf Art 4 Abs 2 EUV, ohne dass der EuGH näher darauf einging.

466 So im Übrigen auch der Befund bei *Cloots, Identity* 8 f; *di Federico, EPL* 2019, 364 f; *Fromage/de Witte, EPL* 2021, 422.

467 EuGH 22.12.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:806 Rz 75.

468 EuGH 22.12.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:806 Rz 83.

469 EuGH 02.06.2016, Rs C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff) ECLI:EU:C:2016:401 Rz 64.

che einen Verfassungswert darstelle, der die Identität der Nation bewahre, zur Integration der Bürger beitrage und den Ausdruck der nationalen Souveränität, die Unteilbarkeit des Staates und das ordnungsgemäße Funktionieren der Dienststellen des Staates und der Gebietskörperschaften sicherstelle“.<sup>470</sup> Der EuGH stellte daraufhin lediglich fest, dass „der Schutz der offiziellen Landessprache des Staates“<sup>471</sup> zur nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV zähle. Um diesen Schutz zu aktivieren,<sup>472</sup> reichte es auch aus, dass die belgische Regierung in der Rs *Las* vorbrachte, eine nationale Regelung diene dazu, den „Gebrauch einer ihrer Amtssprachen zu fördern“<sup>473</sup>.

In anderen Entscheidungen setzt sich der EuGH nicht vertieft mit dem Vorbringen der Mitgliedstaaten bzw der Vorlagegerichte betreffend die nationale Identität auseinander, sondern stellt bspw lediglich fest, „dass die Anwendung der Richtlinie 97/81 und der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit auf Teilzeitrichter, die auf der Basis von Tagesgebühren vergütet werden, keine Auswirkungen auf die nationale Identität haben kann“,<sup>474</sup> dass „die Garantien des Art. 4 Abs. 2 EUV nicht berührt“<sup>475</sup> seien bzw dass mangels Berührung des Instituts der Ehe durch Anerkennungspflichten solche auch nicht der nationalen Identität widersprechen können.<sup>476</sup> In der Rs *Correia Moreira* führt der EuGH lediglich aus, dass die nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV nicht den durch eine Richtlinie gewährten Arbeitnehmer:innenschutz unterlaufen kann – weder aus den Vorlagefragen noch aus der Entscheidung des EuGH ergibt sich aber, wieso in der gegenständlichen Fallkonstellation die nationale Identität (Portugals) überhaupt berührt sein sollte.<sup>477</sup>

In der Rs *Torresi* wurde das Vorbringen des italienischen Vorlagegerichts, wonach eine Beeinträchtigung der nationalen Identität vorläge, vom EuGH deswegen nicht für zutreffend erachtet, weil auch die italienische Regierung in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe, dass die fragliche Richtlinienbestimmung „jedenfalls nicht geeignet ist, die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen oder die grundlegenden Funktionen des Aufnahmemitgliedstaats im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV zu berühren“<sup>478</sup>.

In der Rs *Digibet* geht der EuGH ohne weitere Begründung davon aus, dass „die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Ländern nicht in Frage gestellt

470 EuGH 12.05.2011, Rs C-391/09 (Runevič-Vardyn) ECLI:EU:C:2011:291 Rz 84.

471 EuGH 12.05.2011, Rs C-391/09 (Runevič-Vardyn) ECLI:EU:C:2011:291 Rz 86.

472 EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239 Rz 26.

473 EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239 Rz 24.

474 EuGH 01.03.2012, Rs C-393/10 (O'Brien) ECLI:EU:C:2012:110 Rz 49.

475 EuGH 29.09.2015, Rs C-276/14 (Gmina Wroclaw) ECLI:EU:C:2015:635 Rz 40.

476 EuGH 05.06.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:385 Rz 45 f.

477 EuGH 13.06.2019, Rs C-317/18 (Correia Moreira) ECLI:EU:C:2019:499 Rz 61; in dieser Rs sind keine Schlussanträge ergangen.

478 EuGH 17.07.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (Torresi) ECLI:EU:C:2014:2088 Rz 58.

werden [kann], da sie unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 2 EUV steht<sup>479</sup> – an diesen Ausspruch „erinnert“ der EuGH in der Rs *Remondis*, wo er die Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaates ebenfalls als Bestandteil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV qualifiziert.<sup>480</sup> Ein Verweis auf das Urteil in der Rs *Remondis* genügt dem EuGH dann wiederum in der Rs *Porin kaupunki* dazu, die Zuständigkeitsverteilung zwischen den finnischen Gemeinden ebenfalls dem Schutz des Art 4 Abs 2 EUV zu unterstellen.<sup>481</sup>

In zwei gleichgelagerten Entscheidungen war die Berufung auf die nationale Identität vor dem EuGH deswegen erfolglos, weil die betreffenden Mitgliedstaaten nicht ausreichend dargelegt hätten, dass die – offenbar nach Ansicht des EuGH einen Teil der nationalen Identität ausmachende – Autonomie überseesischer Länder und Hoheitsgebiete durch die von der Kommission vorgenommene Auslegung des Unionsrechts wirklich angetastet würde.<sup>482</sup>

Auch in den Schlussanträgen der Generalanwältinnen und Generalanwälte wird kein unionsautonomer Maßstab für die Ermittlung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten etabliert. In den einschlägigen Schlussanträgen finden sich lediglich Hinweise darauf, dass nicht das gesamte nationale Verfassungsrecht zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates zähle;<sup>483</sup> dass es sich um „grundlegende“ Verfassungsziele handeln müsse;<sup>484</sup> dass „die sprachlichen Aspekte von Verfassungsrang eines Mitgliedstaats“<sup>485</sup> und „im Fall des Königreichs Belgien unzweifelhaft seine verfassungsrechtliche Aufteilung in Sprachregionen“<sup>486</sup> zur nationalen Identität gehören; und dass, wie schließlich auch festgehalten wird, Art 4 Abs 2 EUV als nationale Identität die interne Organisation des Staates schützt.<sup>487</sup> All dies wird aber in den angeführten Stellen nicht begründet, sondern – regelmäßig basierend auf Vorbringen der beteiligten Mitgliedstaaten – behauptet. In den meisten Schlussanträgen zu den oben genannten Rechtssachen finden sich im Übrigen überhaupt keine Ausführungen dazu, was zu nationaler Identität

479 EuGH 12.06.2014, Rs C-156/13 (Digibet) ECLI:EU:C:2014:1756 Rz 34; in dieser Rs gibt es keine Schlussanträge. Siehe aber zuvor schon GA *Kokott* 08.05.2008, verb Rs C-428/06 bis C-434/06 (UGT-Rioja) ECLI:EU:C:2008:262 Rz 54.

480 EuGH 21.12.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:985 Rz 40. Interessant ist, dass das äquivalente Vorbringen Deutschlands – vgl dazu GA *Bot* 30.04.2014, verb Rs C-473/13 und C-514/13 (Bero) ECLI:EU:C:2014:295 Rz 122 – in der Rs *Bero* nicht berücksichtigt wurde (weder von GA *Bot* noch vom EuGH).

481 EuGH 18.06.2020, Rs C-328/19 (Porin kaupunki) ECLI:EU:C:2020:483 Rz 46.

482 EuGH 31.10.2019, Rs C-395/17 (Kommission/Niederlande) ECLI:EU:C:2019:918 Rz 93; EuGH 31.10.2019, Rs C-391/17 (Kommission/Vereinigtes Königreich) ECLI:EU:C:2019:919 Rz 91.

483 GA *Wahl* 10.04.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (Torresi) ECLI:EU:C:2014:265 Rz 100; ähnlich auch GA *Wathelet* 11.01.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:2 Rz 39. So im Übrigen auch schon GA *Maduro* 08.10.2008, Rs C-213/07 (Michaniki) ECLI:EU:C:2008:544 Rz 33.

484 GA *Sharpston* 14.10.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:608 Rz 63; 65.

485 GA *Jääskinen* 12.07.2012, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2012:456 Rz 59.

486 GA *Jääskinen* 12.07.2012, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2012:456 Rz 60.

487 GA *Mengozzi* 30.06.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:504 Rz 38, 40.

gehört oder wie diese zu bestimmen ist.<sup>488</sup> Relativ umfassend setzte sich GA Bot in den Schlussanträgen in der Rs M.A.S.<sup>489</sup> (*Taricco II*) mit der nationalen Identität Italiens auseinander: Er nahm dort zur Ermittlung der nationalen Identität insb auf die Bezeichnung als grundlegend in der italienischen Verfassung selbst Bezug<sup>490</sup> sowie auf die Rsp des italienischen Verfassungsgerichts – der er aber nicht uneingeschränkt folgte<sup>491</sup> – und das Vorbringen der italienischen Regierung in einem anderen Verfahren<sup>492</sup>. Allerdings nahm der EuGH in seiner Entscheidung<sup>493</sup> nicht Bezug auf die vom GA entwickelten Kriterien.

Aus der gerade skizzierten Rsp des EuGH ergibt sich kein eindeutiger Maßstab für die Bestimmung der nach Art 4 Abs 2 EUV geschützten nationalen Identität eines Mitgliedstaates.<sup>494</sup> Vielmehr ergibt diese Rsp – soweit sie anhand der Entscheidungstexte beurteilt werden kann – ein recht kasuistisches Bild,<sup>495</sup> in dem der mitgliedstaatlichen Behauptung, dass etwas der nationalen Identität angehöre, manchmal gefolgt wird und manchmal nicht. Auf Grund der Eigenart der nationalen Identität, die eben auf nationale mitgliedstaatliche Strukturen und Besonderheiten abstellt, ist es zwar naheliegend, dass der EuGH sich grundsätzlich nur dann mit Fragen der nationalen Identität auseinandersetzt, wenn dies von einer mitgliedstaatlichen Stelle in einem Verfahren auch vorgebracht wird. Aber selbst dort, wo die Mitgliedstaaten dies vorbringen, geht der EuGH häufig apodiktisch vor und verneint die Relevanz von Art 4 Abs 2 EUV damit, dass eine Identitätsverletzung ohnehin nicht ersichtlich sei – was mit dem Vorbringen der Mitgliedstaaten nur schwer in Einklang zu bringen ist – oder von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend begründet worden wäre. Wenn aber der EuGH keine Aussagen dazu trifft, wann eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur zu einem Identitätsbestandteil iSd Art 4 Abs 2 EUV wird, dann fällt es den Mitgliedstaaten naturgemäß schwer, die nicht artikulierten Begründungserfordernisse zu erfüllen. Dahinter mag durchaus stehen, dass der EuGH gar kein Interesse an der Etablierung eines konkreten, operationalisierbaren Maßstabs hat: Schließlich kann eine erfolgreiche Berufung auf Art 4 Abs 2 EUV den Spiel-

488 GA *Jääskinen* 16.12.2010, Rs C-391/09 (Runevič-Vardyn) ECLI:EU:C:2010:784; GA *Kokott* 17.11.2011, Rs C-393/10 (O'Brien) ECLI:EU:C:2011:746; GA *Kokott* 30.05.2013, Rs C-151/12 (Kommission/Spanien) ECLI:EU:C:2013:354; GA *Jääskinen* 30.06.2015, Rs C-276/14 (Gmina Wrocław) ECLI:EU:C:2015:431; GA *Wathelet* 14.01.2016, Rs C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff) ECLI:EU:C:2016:11; GA *Bobek* 06.02.2019, Rs C-391/17 (Kommission/Vereinigtes Königreich) ECLI:EU:C:2019:97; GA *Bobek* 06.02.2019, Rs C-395/17 (Kommission/Niederlande) ECLI:EU:C:2019:98; GA *Wathelet* 04.10.2018, Rs C-493/17 (Weiss) ECLI:EU:C:2018:815.

489 GA *Bot* 18.07.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:564 Rz 169 ff.

490 GA *Bot* 18.07.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:564 Rz 181.

491 GA *Bot* 18.07.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:564 Rz 180, 184; kritisch zur Auslegung des italienischen Verfassungsrechts durch GA *Bot Rauchegger*, CMLR 2018, 1542.

492 GA *Bot* 18.07.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:564 Rz 185.

493 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:936; dazu schon oben bei 2.2 (= 43).

494 Vgl auch *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 22; *Millet* in Azoulai, Competence 262; *Wischmeyer*, AÖR 2015, 446; *di Federico*, EPL 2019, 364 f.

495 So auch *di Federico*, EPL 2019, 365.

raum der Unionsorgane empfindlich begrenzen. Insofern ist die Situation ähnlich wie im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Subsidiarität (Art 5 Abs 3 EUV), dessen Einhaltung der EuGH ebenfalls nur sehr zurückhaltend kontrolliert;<sup>496</sup> und das, obwohl es für diesen Bereich mit dem Subsidiaritätsprotokoll inzwischen recht rigide prozedurale Vorgaben gibt – die im Zusammenhang mit Art 4 Abs 2 EUV fehlen.

### 3.6.4 Nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV

#### 3.6.4.1 *Unionsautonomer Identitätsmaßstab*

Bei der Beantwortung der Frage, welche Teile einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung die nationale Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV bilden können, handelt es sich um eine Frage der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts.<sup>497</sup> Bereits an dieser Stelle kann aber vorweggenommen werden, dass die Klärung des Inhalts der „nationalen“ Identität eines Mitgliedstaates auf Grund des in Art 4 Abs 2 EUV enthaltenen Verweises auf nationale Gegebenheiten nicht allein anhand des EUV erfolgen kann, sondern diese jeweiligen nationalen Gegebenheiten – und damit auch das jeweilige nationale Recht – berücksichtigen muss.<sup>498</sup> Da es sich bei dem Begriff der nationalen Identität um einen Begriff des Unionsrechts handelt, ist aber hinsichtlich aller Mitgliedstaaten derselbe Identitätsmaßstab anzulegen, nämlich jener, der in Art 4 Abs 2 EUV vorgesehen ist.<sup>499</sup> Die Anwendung desselben Maßstabs auf die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hat zur Folge, dass jeweils unterschiedliche Inhalte als identitätsstif-

496 Vgl dazw zB *Biondi* in Biondi/Eckhout/Ripley, EU Law 216 ff, insb 220; *Ranacher* in Gamper/Bußjäger, Subsidiarität 186 ff; *Ritzer/Ruttloff*, EuR 2006, 121 ff; die insgesamt geringe Anzahl an Fällen, in denen eine Subsidiaritätsverletzung gerügt wird, hervorhebend *Craig*, JCMS 2012, 80 f. Aktuell aus der Rsp etwa EuGH 04.05.2016, Rs C-547/14 (Philip Morris) ECLI:EU:C:2016:325 Rz 216 ff; EuGH 18.06.2015, Rs C-508/13 (Estland/Kommission) ECLI:EU:C:2015:403 Rz 40 ff.

497 Vgl zB *Haider/Stöger* in Jaeger/Stöger, Art 4 EUV Rz 24; *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 14; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 15.

498 Vgl *Walter*, ZaöRV 2012, 181; von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 714 f; von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1428; *Bustos Gisbert* in Saiz Arnaiz, Constitutional Identity 76 f *Claes* in Saiz Arnaiz, Constitutional Identity 138 f; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 15; *Haider/Stöger* in Jaeger/Stöger, Art 4 EUV Rz 24; *Lenz* in Lenz/Borchardt, Art 4 EUV Rz 4; *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 14; *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 10; *Geiger* in Geiger/Khan/Kotzur, Art 4 EUV Rz 3; *Obuwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 27; ähnlich auch *Puttler* in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 16; *Calliess/Kahl/Puttler* in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 22; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 25, 34; *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 12 ff; *Villotti*, ZEuS 2015, 488; *Klein* in Niedobitek/Sommermann, Wertegemeinschaft 65; *Pernice*, AöR 2011, 186 f; *Wendel*, Permeabilität 573; *Konstadinides*, Yearbook of European Law 2015, 169. Im Ergebnis meint dies wohl auch *Hwang*, wenn er mit Blick auf die Verfassungidentität von der Unionsrechtsordnung als „dezentralisierte und entmaterialisierte Rahmenordnung“ spricht, welche „die nationale Verfassungsautonomie [...] gewährleistet“, *Hwang*, Der Staat 2017, 130.

499 So zB auch *Skouris* in Papier, Föderalismus 117; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 15; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 28; *Haratsch*, EuR 2016, 139.

tend qualifiziert werden.<sup>500</sup> Im Folgenden wird erörtert, was der in Art 4 Abs 2 EUV angelegte und damit unionsautonome Identitätsmaßstab ist, an dem sich mitgliedstaatliche Gegebenheiten messen lassen müssen, um als identitätsstiftend qualifiziert werden zu können. Eine Bezugnahme auf nationales Recht erfolgt an dieser Stelle nur zur Verdeutlichung dieses Identitätsmaßstabs.<sup>501</sup>

### 3.6.4.2 Der Begriff „Identität“

Zunächst ist zu fragen, ob sich schon aus dem Begriff der nationalen „Identität“ in Art 4 Abs 2 EUV Eckpunkte des Identitätsmaßstabs ableiten lassen.<sup>502</sup> Eine solche Analyse des Begriffs „Identität“<sup>503</sup> ist allerdings wenig ergiebig:<sup>504</sup> Wie oben bereits dargelegt wurde, kann der Begriff der Identität sehr unterschiedlich verstanden werden, auch abhängig von der eingenommenen disziplinären Perspektive.<sup>505</sup> Jedenfalls bezeichnet er das, was für eine konkrete Entität als typisch oder kennzeichnend wahrgenommen wird.<sup>506</sup> Ob dabei auf Selbst- oder Fremdwahrnehmung abzustellen ist und ob die kennzeichnenden Eigenschaften jegliche „wesentlichen“ Eigenschaften sind oder aber nur solche, die eine Entität von anderen (ähnlichen) Entitäten gerade unterscheiden,<sup>507</sup> hängt vom jeweiligen Begriffsverständnis ab. Gerade diese Fragen können aber für die Beurteilung dessen, was zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates iSd Art 4 Abs 2 EUV zählt, von erheblicher Bedeutung sein. So kann es etwa als Frage der Maßgeblichkeit von Selbst- oder Fremdwahrnehmung qualifiziert werden, wenn man sich die Frage stellt, ob ein Mitgliedstaat autonom entscheiden darf, was er zu „seiner“ nationalen Identität macht.<sup>508</sup> Weiters wird man dann, wenn man als

500 Vgl *Thym*, Der Staat 2009, 572; *Walter*, ZaöRV 2012, 181.

501 Eine umfassende Analyse mit Blick auf die bundesstaatlichen Elemente der nationalen Identitäten Österreichs, Deutschlands und Belgiens findet sich unten ab 5.1.4.4 (Österreich [= 176]), 6.4.1 (Deutschland [= 299]) bzw 7.1.4 (Belgien [= 331]).

502 Eine Auseinandersetzung mit diesem Begriff halten *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 26 mangels Ergiebigkeit für nicht erforderlich; sie halten – wie es im Ergebnis auch hier getan wird – eine Auseinandersetzung mit der Wendung „grundlegende verfassungsmäßige Strukturen“ für zielführender.

503 Maßgeblich ist dabei der rechtliche Bedeutungsgehalt; vgl *Klein* in *Niedobitek/Sommermann*, Wertegemeinschaft 64.

504 Vgl auch *Niethammer*, Identität 625; von *Bogdandy*, VVDStRL 62, 159; zu den Gründen der Konjunktur des Identitätsbegriffs (auch) in den Rechtswissenschaften *Schönberger* in JBÖR 2015, 46 ff.

505 Dazu schon oben bei 3.6.2 (= 87). Siehe dazu weiters (im rechtswissenschaftlichen Kontext) *Baade*, AöR 2017, 570 ff; *Wischnmeyer*, AöR 2015, 419 ff; von *Bogdandy/Scill*, CMLR 2011, 1428 f; *Faraguna*, GLJ 2017, 1622 ff; *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, Identity 14; weiters die zahlreichen Nachweise bei *Cloots*, Identity 139 ff. Weitere sozialwissenschaftliche und theoretische Perspektiven bieten zB *Parekh*, Identity 8 ff; *Niethammer*, Identität 28 ff; *Henning* in *Petzold*, Identität 19 ff; *Sökefeld* in *Petzold*, Identität 39 ff.

506 Dazu ausführlich schon oben bei 3.6.2 (= 87). Vgl weiters zB *Baade*, AöR 2017, 570 f.

507 Vgl die Beispiele bei *Villotti*, ZEuS 2015, 489 sowie die Diskussion oben ab 3.6.2 (= 87).

508 Dazu zB *Murphy*, Trinity College Law Review 2017, 100 f.

zur Identität einer Entität gehörend nur Alleinstellungsmerkmale zählt, ein im nationalen Verfassungsrecht verankertes Grundrecht oder die Bundesstaatlichkeit eines Mitgliedstaates nur dann als Teil der nationalen Identität dieses Mitgliedstaates qualifizieren können, wenn sich in anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kein vergleichbares Grundrecht bzw. keine vergleichbare bundesstaatliche Organisation findet. Aus dem Begriff der Identität selbst lassen sich auf die aufgeworfenen Fragen keine Antworten finden. Aus diesem Begriff allein lassen sich also nur in äußerst begrenztem Umfang Schlüsse für den Bedeutungsgehalt der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV gewinnen. Zur Ermittlung des Inhalts von Art 4 Abs 2 EUV ist es daher zielführender, die Konkretisierung des Identitätsbegriffs durch die Wendung „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“ einer näheren rechtswissenschaftlichen Analyse zu unterziehen, wie es unten getan wird.<sup>509</sup>

### 3.6.4.3 Der Begriff der „jeweiligen nationalen“ Identität eines Mitgliedstaates

Eindeutig lässt sich aus Art 4 Abs 2 EUV aber ableiten, dass es um den Schutz der Identitäten der Mitgliedstaaten geht. Die Bezugnahme auf die „jeweilige nationale“ Identität macht dabei deutlich, dass jeder Mitgliedstaat eine eigene nationale Identität hat, die es in ihrer spezifischen Eigenart zu achten gilt.<sup>510</sup> Die nationale Identität der Mitgliedstaaten iSd Art 4 Abs 2 EUV ist also nicht der kleinste gemeinsame Nenner der Identitäten aller Mitgliedstaaten.<sup>511</sup> Im Lichte dessen lässt sich auch die oben aufgeworfene Frage beantworten, ob zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates nur zu zählen ist, was ihn von anderen Mitgliedstaaten unterscheidet. Würde man diese Frage nämlich bejahen,<sup>512</sup> dann wäre der Inhalt der nationalen Identität eines Mitgliedstaates abhängig von den nationalen Identitäten anderer Mitgliedstaaten. Ein Alleinstellungsmerkmal eines Mitgliedstaates würde bspw. seinen identitätsstiftenden Charakter verlieren, wenn ein neuer Mitgliedstaat beitritt, der dasselbe Charakteristikum aufweist.<sup>513</sup> Im Übrigen hätte die Annahme, dass nur jene Merkmale identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV wirken, die sich nur in einem einzigen Mitgliedstaat finden, auch die Konsequenz, dass häufig auftretende Merkmale – zB Aspekte des

509 Gleich unten bei 3.6.4.4 (= 114). Wie hier gehen etwa auch Haider/Stöger in Jaeger/Stöger, Art 4 EUV Rz 26 vor.

510 So auch von Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 18.

511 Vgl. dahingehend auch van der Schyff, ELR 2012, 569 f.

512 So ausdrücklich Kaczorowska-Ireland, EPL 2019, 61 ff.

513 Vgl. dahingehend auch Cloots, Identity 143. Dies me verkennend Villotti, ZEuS 2015, 489; sowie auch Kaczorowska-Ireland, EPL 2019, 61 ff.

Grundrechtsschutzes – keinen Schutz nach Art 4 Abs 2 EUV genießen würden.<sup>514</sup> Art 4 Abs 2 EUV dient nun aber gerade der Sicherstellung von Freiräumen der einzelnen Mitgliedstaaten<sup>515</sup> – unabhängig davon, wie andere Mitgliedstaaten die korrespondierenden Freiräume nutzen. Aus teleologischer Perspektive ist daher davon auszugehen, dass Art 4 Abs 2 EUV die nationale Identität jedes einzelnen Mitgliedstaates schützt, unabhängig davon, ob einzelne Elemente dieser nationalen Identität sich in anderen Mitgliedstaaten wiederfinden.<sup>516</sup>

Gerade für die hier in weiterer Folge interessierende Frage des Gehalts der nationalen Identität verschiedener Mitgliedstaaten mit Blick auf ihre Bundesstaatlichkeit stellt sich außerdem die Frage, ob ein Mitgliedstaat auch über mehrere Ebenen nationaler Identitäten verfügen kann. Dies wäre dann denkbar, wenn etwa die Länder bzw die dezentralen Hoheitsräger eines Bundesstaates jeweils über eigene „nationale“ Identitäten verfügten, die dann auch als nationale Identitäten des (Gesamt-)Bundesstaates zu qualifizieren wären. Zu denken wäre dabei zB an Besonderheiten im Landesverfassungsrecht eines Landes. Art 4 Abs 2 EUV stellt allerdings deutlich auf die nationale Identität des (Gesamt-)Mitgliedstaates ab, und nicht auf jene etwaiger staatlicher Substrukturen.<sup>517</sup> Die charakteristischen Merkmale einer dezentralen Einheit sind also (nur) dann Teil der nationalen Identität eines Mitgliedstaates, wenn sie für diesen insgesamt als identitätsstiftend qualifiziert werden können – wie es der EuGH bspw in der Rs *Las* für den Gebrauch der niederländischen Sprache in Belgien anerkannte.<sup>518</sup>

Schließlich bleibt noch zu diskutieren, ob die Nennung der „nationalen“<sup>519</sup> Identität zum Ausdruck bringen soll, dass die Identität von „Nationen“ geschützt werden soll – also nicht nur der Mitgliedstaat selbst bzw dessen Identität,

<sup>514</sup> So explizit *Kaczorowska-Ireland*, EPL 2019, 64 für Merkmale, die sich in allen Mitgliedstaaten wiederfinden. Dass gerade in mehreren Mitgliedstaaten auftretende grundlegende Strukturen nicht von Art 4 Abs 2 EUV geschützt sein sollen, erscheint zumindest auf den ersten Blick seltsam; denkbar wäre allerdings auch, dass Art 4 Abs 2 EUV gerade einen „minderheitsschützenden“ Charakter haben soll: Ist nämlich ein Merkmal in vielen Mitgliedstaaten anzutreffen, so sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass die Organe der EU – in denen ja die Mitgliedstaaten tätig werden, insb im Rat – einen Akt setzen, der genau dieses Merkmal untergräbt. Selbst im Lichte dieses Arguments wäre dann aber nicht einsichtig, wieso Voraussetzung für den Schutz nach Art 4 Abs 2 EUV sein soll, dass ein Merkmal nur in einem einzigen Mitgliedstaat vorkommen soll; ein Bedürfnis nach „Minderheitenschutz“ bestünde ja auch dann noch, wenn ein Merkmal nur in zwei Mitgliedstaaten vorkäme (bzw in mehr als zwei, solange diese eben nicht über die erforderlichen Mehrheiten verfügen, um im Rat eine Vetoposition einzunehmen). Für die Annahme der Notwendigkeit der Differenzierung des Inhalts der nationalen Identität je nachdem, ob für eine konkrete Maßnahme zB Einstimmigkeit im Rat gefordert wird oder nicht, finden sich in Art 4 Abs 2 EUV keine Anhaltspunkte. Vgl auch *Kumm*, International Journal of Constitutional Law 2008, 120: „the universality of an ideal does not make it formally inadequate as an ideal central to the identity of a particular community“.

<sup>515</sup> Dazu oben bei 3.5.3 (= 85).

<sup>516</sup> So auch *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 20; *Franzius* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Art 4 EUV Rz 28.

<sup>517</sup> Vgl dazu auch *van Nuffel* in *Cloots*, *Federalism* 193 ff.

<sup>518</sup> EuGH 16.04.2013, Rs C-202/11 (Las) ECLI:EU:C:2013:239 Rz 27.

<sup>519</sup> Laut *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 26 kann eine Auseinandersetzung mit diesem Begriff mangels Ergiebigkeit entfallen; sie halten – wie es im Ergebnis auch hier getan wird – eine

sondern auch jene auf Grund ethnischer, sprachlicher oder ähnlicher Gemeinsamkeiten „zusammengehörender“ Menschen. Derartige „Nationen“ müssten sich ja nicht zwingend mit den Staatsgrenzen decken.<sup>520</sup> Gegen ein solches Begriffsverständnis spricht aber erstens, dass der Begriff der Nation und insb dessen Grenzen nicht klar abgrenzbar sind;<sup>521</sup> zweitens stellt Art 4 Abs 2 EUV eben auf die „nationale Identität“ von „Mitgliedstaaten“ ab. Relevant ist daher, was Teil eines Staates bzw dessen Organisation ist. Dass durch Art 4 Abs 2 EUV keine außerverfassungsrechtlichen „nationalen“ Bestrebungen geschützt werden, zeigt sich im Übrigen auch an der Bezugnahme auf die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen.<sup>522</sup> Auf die darüber hinausgehende Bedeutung dieser Wendung wird im Folgenden eingegangen.

### 3.6.4.4 Grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen

#### 3.6.4.4.1 Divergierende Sprachfassungen

Art 4 Abs 2 EUV spezifiziert die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten näher als das, was „in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. In der englischen Sprachfassung („inherent in their fundamental structures, political and constitutional“) ist ebenso wie zB in der französischen („inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles“) und der spanischen Sprachfassung („inherent a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos“) die Rede davon, dass die nationale Identität diesen Strukturen „inhärent“ ist. Während aus der deutschen Sprachfassung auch geschlossen werden könnte, dass die nationale Identität unabhängig von den grundlegenden Strukturen existiert und durch diese grundlegenden Strukturen nur erkennbar gemacht, also zum Ausdruck gebracht wird, legt das Adjektiv „inhärent“ (innwohnend) nahe, dass die nationale Identität gerade durch die grundlegenden Strukturen konstituiert wird.<sup>523</sup>

Ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen zeigt außerdem deutlich, dass sich das Adjektiv „grundlegend“ auf „Strukturen“ bezieht und keine Qualifikation des Adjektivs „politische“ darstellt: Dazu ist im Gegensatz zur deutschen Sprachfassung („grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“) insb auf die englische („inherent in their fundamental structures,

Auseinandersetzung mit der Wendung „grundlegende verfassungsmäßige Strukturen“ für zielführender.

520 Vgl zur Problematik substaatlicher „nationaler“ Gruppen Cloots, Identity 151 ff.

521 Vgl dazu Halterm, Der Staat 1998, 594 ff; sowie schon oben bei 3.6.2.3.2 (= 93).

522 Ähnlich auch Schill/Krenn in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 16 f.

523 Vgl auch von Bogdandy/Schill, CMLR 2011, 1422.

political and constitutional“), niederländische („politieke en constitutionele basisstructuren“), schwedische („politiska och konstitutionella grundstrukturer“) und italienische („struttura fondamentale, politica e costituzionale“) Sprachfassung hinzuweisen. Art 4 Abs 2 EUV stellt also nicht – wie die deutsche Fassung nahelegen könnte – auf grundlegende politische Strukturen und nicht-grundlegende verfassungsmäßige Strukturen ab, sondern auf grundlegende Strukturen politischer und verfassungsmäßiger Art.

#### 3.6.4.4.2 Politische Strukturen

Art 4 Abs 2 EUV definiert die nationale Identität der Mitgliedstaaten durch Bezugnahme auf deren politische Strukturen. Oben wurde bereits ausgeführt, dass die nationale Identität eines Staates nach unterschiedlichen Gesichtspunkten ermittelt werden kann und dass je nachdem auch unterschiedliche Inhalte als Bestandteil einer solchen nationalen Identität qualifiziert werden können.<sup>524</sup> Dazu zählen zB auch kulturelle Eigenheiten und Traditionen.<sup>525</sup>

Mit der expliziten Erwähnung der „politischen“ Strukturen wird zum Ausdruck gebracht, dass nur ein spezifischer Ausschnitt der nationalen Identität der Mitgliedstaaten für die Achtungspflicht nach Art 4 Abs 2 EUV von Relevanz ist, nämlich eben jener Ausschnitt, der sich auf die politischen Strukturen bezieht.<sup>526</sup> Zwar ist es schwierig, eine ganz klare Definition von Politik und noch mehr vom Begriff „politisch“ zu geben,<sup>527</sup> jedenfalls ist „politisch“ aber eine Eigenschaft, die jene Strukturen bezeichnet, die sich auf die Organisation des Zusammenlebens von Menschen und dessen Gestaltung bezieht. Da es um die mitgliedstaatlichen politischen Strukturen geht, ist die relevante Organisationsebene die staatliche; auf Grund der expliziten Nennung in Art 4 Abs 2 EUV sind aber auch unterstaatliche Strukturen wie lokale und regionale Selbstverwaltungsstrukturen umfasst.

In Anlehnung an eine weit verbreitete politikwissenschaftliche Unterscheidung kann näher zwischen *polity* (Strukturen des politischen Systems), *politics* (Pro-

524 Oben bei 3.6.2.3.2 (= 93).

525 Vgl dazu *Bessink*, Utrecht Law Review 2010, 43 f; *Villotti*, ZEuS 2015 477, die als pointierte Beispiele das deutsche Oktoberfest, die österreichische Sachertorte und die spanischen Stierkämpfe nennt.

526 Vgl etwa auch von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1422: „distances the notion of national identity in Article 4(2) TEU from cultural, historical, or linguistic criteria and turns to the content of domestic constitutional orders“; *Bessink*, Utrecht Law Review 2010, 44 betont allerdings, dass auch politische (und verfassungsmäßige) Grundentscheidungen ihre Wurzeln häufig in kulturellen Besonderheiten haben.

527 *Patzelt*, Einführung 20 ff, insb 23: „jenes menschliche Handeln, das auf die Herstellung allgemein verbindlicher Regelungen und Entscheidungen in und zwischen Gruppen von Menschen abzielt“; anders etwa *Goodin/Klingemann* in *Goodin/Klingemann*, Handbook 8: „‘Politics’ might best be characterized as the constrained use of social power“; vgl weiters zB *Mols* in Lauth/Wagner, Politikwissenschaft 25 f.

zesse innerhalb des politischen Systems) und *policy* (Ergebnis der Prozesse) unterschieden werden.<sup>528</sup> Für die grundlegenden politischen Strukturen können prinzipiell alle drei Teilbereiche von Relevanz sein: Zum Bereich *polity* kann die Entscheidung gezählt werden, ob es sich bei dem Staat um eine Monarchie oder eine Republik handelt oder welche Institutionen im Gesetzgebungsprozess Relevanz haben. Zum Bereich *politics* können zB Regeln oder Bräuche im Zusammenhang mit dem demokratischen Prozess innerhalb eines Mitgliedstaates gezählt werden. In den Bereich *policy* fallen etwa Entscheidungen darüber, wie der Sozialstaat ausgestaltet sein soll (falls es einen solchen gibt), oder welchen Stellenwert Umweltschutz im staatlichen Gefüge hat. All diese Bereiche können zu den grundlegenden Strukturen zählen und damit die nationale Identität eines Mitgliedstaates prägen. Auch bei der Art und Weise, wie in einem Mitgliedstaat Wahlkampf geführt wird, bei den Regeln über die Festlegung der Tagesordnung in parlamentarischen Sitzungen oder bei protokollarischen Bräuchen in ministeriellen Besprechungen handelt es sich um mitgliedstaatliche politische Strukturen. Dort ist aber offensichtlicher fraglich, ob es sich auch um grundlegende Strukturen handelt, die identitätsprägend iSd Art 4 Abs 2 EUV wirken.

#### 3.6.4.4.3 Verfassungsmäßige Strukturen

Die explizite Erwähnung der „verfassungsmäßigen“ Strukturen hat alleine betrachtet ebenfalls vorrangig eine ausschließende Funktion: Jedenfalls nicht erfasst von der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV sollen verfassungswidrige Strukturen oder Bestrebungen sein.

Art I-5 Abs 1 des Vertrags über eine Verfassung für Europa verwendete in der deutschen Sprachfassung noch den Begriff „verfassungsrechtliche Struktur“. Die Unterscheidung zwischen verfassungsrechtlich und verfassungsmäßig hat aber soweit ersichtlich in keiner der anderen Sprachfassungen der Verträge ein Äquivalent;<sup>529</sup> daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass allein dadurch ein Bedeutungswandel beabsichtigt wurde.

Da die Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten in formeller und inhaltlicher Hinsicht sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, kann der Verweis auf die „verfassungsmäßigen“ Strukturen nicht als Verweis auf einen bestimmten Typus

528 Vgl zB *Patzelt*, Einführung 28 ff; *Mols* in Lauth/Wagner, Politikwissenschaft 27.

529 Jeweils dieselbe Formulierung wird zB in beiden Fassungen im Englischen („constitutional“), Französischen („constitutionnelles“), Spanischen („constitucionales“), Tschechischen („ustavnich“), Dänischen („forfatningsmässige“), Estnischen („põhiseaduslikele“), Italienischen („costituzionale“), Lettischen („konstitucionälajām“), Litauischen („konstituciniu“), Ungarischen („alkotmányos“), Maltesischen („kostituzzjonalu“), Niederländischen („constitutionele“), Polnischen („konstytucyjnymi“), Portugiesischen („constitucionais“), Slowakischen („ústavných“), Slovenischen („ustavnimi“), Finnischen („valtiosäännön“) und im Schwedischen („konstitutionella“) verwendet.

von Verfassung verstanden werden.<sup>530</sup> Art 4 Abs 2 EUV verlangt also zB nicht danach, dass verfassungsmäßige Strukturen in einem zentralen Dokument ver-schriftlicht sind, um als verfassungsmäßig qualifiziert werden zu können. Was zur Verfassung zählt, ist grundsätzlich unter Berücksichtigung des jeweiligen mitgliedstaatlichen Systems zu beurteilen. Verfassungsmäßige Strukturen können daher die in einer formellen Verfassung enthaltenen Regelungen sein, aber auch ungeschriebenes Verfassungsrecht oder Rechtsprechung von dazu berufenen Gerichten, soweit dies jeweils innerhalb einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung vorge-sehen ist.

#### 3.6.4.4.4 Grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen als Einheit

Bei der Wendung „grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen“ handelt es sich um eine höchst unklare und auslegungsbedürftige Formulierung. Jede relevante Verfassungsinstitution, zB das jeweilige Verfassungsgericht, wird eine vorgefasste Vorstellung davon haben, was innerhalb einer mitgliedstaatli-chen Verfassungsrechtsordnung zu diesen grundlegenden Strukturen zu zählen ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur zu Art 4 Abs 2 EUV wird bspw häufig auf die Identifikation von Normenhierarchien – etwa auf die deutsche Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG oder auf die Grundprinzipien der ös-terreichischen Bundesverfassung nach Art 44 Abs 3 B-VG – abgestellt, um zu ermitteln, was zur nationalen Identität eines Mitgliedstaates zu zählen ist.<sup>531</sup> Dies ist insb bei jenen Autorinnen und Autoren häufig zu beobachten, deren „eigene“ und daher vertrauteste Rechtsordnung eine deutliche Hierarchisierung (insb innerhalb des Verfassungsrechts) aufweist.<sup>532</sup> Nun gibt es aber auch mit-gliedstaatliche Rechtsordnungen – wie weiter unten am Beispiel Belgiens verdeutlicht wird<sup>533</sup> –, in denen normhierarchisches Denken weniger ausgeprägt ist.<sup>534</sup> Für derartige Rechtsordnungen kann ein ausschließlich normhierarchischer An-satz nicht zielführend sein. Wenn aber der unionsrechtliche Identitätsmaßstab ein grundsätzlich einheitlicher sein soll, dann erscheint es nicht zweckmäßig, bei der Bestimmung dieses Maßstabes ausschließlich auf Kriterien abzustellen, die nicht auf alle Mitgliedstaaten passen.<sup>535</sup> Die Funktion des Art 4 Abs 2 EUV

530 Vgl zu den zahlreichen Facetten des Begriffs „Constitution“ zB *Tushnet* in Rosenfeld/Sajó, Hand-book 218 ff.

531 Zum Beispiel *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 34; *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 14; *Schill/Kremm* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 22; *Obwexer* in von der Groe-ben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 32.

532 Zum Beispiel *Dreier* in HB Ius Publicum Europaeum Band I 83.

533 Im Detail unten bei 7.1.4 (= 331). Vgl mit weiteren Beispielen überdies *Grewe* in Saiz Arnaiz, Constitutional Identity 43.

534 Vgl weiters zum Beispiel der Niederlande *van der Schyff*, EPL 2016, 230.

535 Auch *van der Schyff*, ELR 2012, 578 geht davon aus, dass die Normenhierarchie (zumindest) nicht das einzige Kriterium für die Bestimmung der essentiellen Elemente einer Verfassung darstellen kann.

als einheitlicher Identitätsmaßstab legt daher eine nicht allein normhierarchisch geprägte Betrachtung nahe. Bei einer solchen materiellen Betrachtung ist ein mitgliedstaatlicher Verfassungsinhalt oder eine politische Struktur identitätsstiftend, wenn dieser bzw. diese auf Grund seiner bzw. ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und seines bzw. ihres Bedeutungsgehalts für die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsordnung grundlegend für die politischen und verfassungsmäßigen Strukturen des jeweiligen Mitgliedstaates ist. Was für ein System grundlegend ist, ist aber eine Wertungsfrage, die innerhalb der jeweiligen Systeme idR nicht explizit beantwortet wird und deren Beantwortung stark von der jeweils eingenommenen Perspektive auf das System abhängt.

Gerade innerhalb der „eigenen“ Rechtsordnung werden die meisten besonders viele grundlegende Strukturen identifizieren können.<sup>536</sup> Es besteht allerdings die Gefahr, dass Art 4 Abs 2 EUV von hauptsächlich mit dem „eigenen“ Verfassungsrecht oder politischem System Befassten jeweils so verstanden wird, dass er zu diesen individuellen Einschätzungen „passt“.<sup>537</sup> Art 4 Abs 2 EUV stellt nun zwar auch auf Inhalte mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen ab; der fundamentalen Bedeutung der Bestimmung für das Zusammenspiel von mitgliedstaatlichem Recht und EU-Recht würde es aber nicht gerecht, jegliche „Besonderheit“ einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung als Bestandteil der jeweiligen nationalen Identität zu qualifizieren.

Um zu vermeiden, dass die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität in einer Nabelschau mitgliedstaatlich geprägter Verfassungsrechtler:innen resultiert, werden im Folgenden Überlegungen dazu angestellt, wie die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen anhand eines Maßstabs ermittelt werden können, der unionsweit einheitlich angewandt werden kann.<sup>538</sup> Nur eine derartige Herangehensweise wird dem Anspruch an ein grundsätzlich unionsautonomes Verständnis des Art 4 Abs 2 EUV gerecht.<sup>539</sup>

Damit bleibt zu diskutieren, welche politischen und verfassungsmäßigen Inhalte zu den grundlegenden Strukturen zu zählen sind und daher identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV wirken. Der Begriff „grundlegend“ allein ist dabei nicht aufschlussreich, weil je nach Abstraktionsniveau und eingenommener Perspektive ganz unterschiedliche Dinge als grundlegend eingeordnet werden, wie schon eingangs am Beispiel der in der deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Literatur vorherrschenden Fokussierung auf Normenhierarchie erörtert wurde.

Den Ausgangspunkt für die Einordnung von Inhalten als „grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen“ bildet hier die These, dass die grundle-

<sup>536</sup> Vgl dazu *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 18.

<sup>537</sup> *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 19 mwN.

<sup>538</sup> Ähnlich wie hier auch *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 17.

<sup>539</sup> *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 17.

genden Strukturen politischer und verfassungsmäßiger Art nicht prinzipiell voneinander getrennt werden können. Art 4 Abs 2 EUV stellt nach dieser These auf eine integrative Betrachtung sowohl der grundlegenden politischen als auch der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen ab, um die nationale Identität zu bestimmen.

Für eine derartige Auslegung des Art 4 Abs 2 EUV spricht vor allem, dass eine klare Trennung zwischen politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ohnehin nicht möglich ist, sondern eine gekünstelte Unterscheidung darstellen würde:<sup>540</sup> So spricht etwa Möllers in Anlehnung an Luhmann<sup>541</sup> von der „Kopplung von Politik und Recht durch die Verfassung“,<sup>542</sup> während ein Beitrag von Drewry im New Handbook of Political Science mit der Schlussfolgerung endet, „[a]lmost every aspect of political activity and political change—at sub-national, national, international or global levels—has a legal or a constitutional aspect to it“<sup>543</sup>. Legt man ein materielles Verfassungsverständnis<sup>544</sup> zu Grunde,<sup>545</sup> so sind Verfassungen nämlich Ausdruck politischer Entscheidungen; Politik findet im Rahmen der Verfassung statt.<sup>546</sup> Die Kohärenz zwischen verfassungsmäßigen und politischen Strukturen wird auch durch den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit bzw rule of law gefördert,<sup>547</sup> der als Wert der Union in Art 2 EUV verankert ist: Der Grundgedanke der rule of law ist, dass der politische Prozess innerhalb der Rechtsordnung und insb auch innerhalb der Verfassungsordnung stattfinden und durch diese „gezähmt“ werden soll.<sup>548</sup> Dieser rechtliche Rahmen begünstigt einen Trend zur Verrechtlichung und Konstitutionalisierung politischer Entscheidungen und Prozesse,<sup>549</sup> was wiederum einen Gleichklang der grundlegenden Strukturen politischer und verfassungsmäßiger Art begünstigt.

---

540 Vgl dazu Möllers in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 238 ff; Drewry in Goodin/Klingemann, Handbook 192 ff.

541 Luhmann, Gesellschaft 468 ff.

542 Möllers in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 239. Vgl etwa auch Tushnet in Rosenfeld/Sajó, Handbook 219: „The term constitution is used to identify fundamental institutional arrangements, mostly but not always dealing with the distribution of political power, that are more entrenched than is ordinary law“.

543 Drewry in Goodin/Klingemann, Handbook 201.

544 Zur Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht im formellen und im materiellen Sinn zB Behrendt/Bouhon, Introduction 200 ff; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 2 ff, 13 ff; zu weiteren Bedeutungen des Begriffs „Verfassung“ etwa Möllers in von Bogdandy/Bast, Verfassungsrecht 227 ff.

545 Dafür, dass ein solches dem Art 4 Abs 2 EUV zu Grunde zu legen ist, zB van der Schyff, EPL 2016, 232; vgl auch Villotti, ZEuS 2015, 481 f; Haratsch, EuR 2016, 135; Haider/Stöger in Jaeger/Stöger, Art 4 EUV Rz 29.

546 Vgl Drewry in Goodin/Klingemann, Handbook 192 ff.

547 Zum Konzept zB Krygier in Rosenfeld/Sajó, Handbook 233 ff.

548 Krygier in Rosenfeld/Sajó, Handbook 235: „the feature that makes the rule of law distinctive and precious: constraint by law on the ways in which power can be exercised“.

549 Die Notwendigkeit der Erfüllung der Kopenhagen-Kriterien im Rahmen des Beitriffs zur EU begünstigt ebenfalls diesen Trend, da sowohl die Übernahme des *acquis communautaire* als auch der Nachweis der Erfüllung der politischen Kriterien (zu denen auch der Grundsatz der rule of law zählt) durch Anpassungen der Rechtsordnung der zukünftigen Mitgliedstaaten stattfindet.

Auch in der Rsp des EuGH<sup>550</sup> wird dementsprechend keine klare Trennung zwischen grundlegenden politischen und grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen eines Mitgliedstaates vorgenommen. In der Literatur differenziert dagegen *Haratsch*,<sup>551</sup> dem zufolge die grundlegenden politischen Strukturen die grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen ergänzen können, aber restriktiv zu verstehen sind; die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen diesen beiden Kategorien begründet er insb damit, dass auch Art 4 Abs 2 EUV differenziere, indem dort beide Begriffe explizit verwendet werden. Allerdings dienen diese Begriffe ja nur dazu, den Begriff der nationalen Identität näher zu determinieren; eine strenge Trennung und Unterscheidung ist daher aus systematischer Perspektive allein auf Grund der Verwendung beider Begriffe innerhalb der Norm noch nicht unbedingt angezeigt.

In Rechtsordnungen, in denen es formelles Verfassungsrecht<sup>552</sup> gibt,<sup>553</sup> kann dieses daher nur einen ersten Ausgangspunkt<sup>554</sup> für die Ermittlung der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen darstellen.<sup>555</sup> Das formelle Verfassungsrecht ist aber nicht eins zu eins mit den grundlegenden Strukturen gleichzusetzen.<sup>556</sup> Aus dem formellen Verfassungsrecht ergeben sich Anhaltspunkte für diese grundlegenden Strukturen in Form von Präambeln und Zielbestimmungen, Normenhierarchien und der Rsp der Höchstgerichte zum formellen Verfassungsrecht, wie unten noch näher diskutiert wird.<sup>557</sup> Um die Elemente einer Rechtsordnung identifizieren zu können, die grundlegend für diese sind, ist aber auch eine Betrachtung der politischen Aspekte erforderlich. Beiden Perspektiven – der verfassungsrechtlichen und der politischen – kommt dabei eine Indizfunktion für die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität zu, wie im Folgenden dargelegt wird.<sup>558</sup>

Dies bedeutet nun nicht, dass ein Inhalt stets als verfassungsmäßig *und* politisch qualifiziert werden können muss, damit er identitätsstiftend iSd Art 4 Abs 2 EUV ist. Es ist an sich auch denkbar, dass ein verfassungsmäßig gar nicht

<sup>550</sup> Zu dieser bereits oben bei 3.6.3 (= 102) – in keiner der genannten Entscheidungen differenziert der EuGH zwischen grundlegenden politischen und grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen.

<sup>551</sup> *Haratsch*, EuR 2016, 137. Differenzierend etwa auch *Streinz* in *Streinz*, Art 4 EUV Rz 15; weiters *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 28, 33, die aber auch keine Notwendigkeit sehen, ein Element zwingend ausschließlich unter den einen oder den anderen Begriff zu subsumieren. Keine Differenzierung vornehmend: Zum Beispiel *Franzius* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Art 4 EUV Rz 24 ff; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 9 ff; *Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur*, Art 4 EUV Rz 3; *Klamert* in *Kellerbauer/Klamert/Tomkin*, Art 4 TEU Rz 19.

<sup>552</sup> Zur Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht im formellen und im materiellen Sinn zB *Bebrendt/Bouhon*, Introduction 200 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 2 ff, 13 ff.

<sup>553</sup> Das sind alle drei der im Folgenden näher untersuchten Rechtsordnungen.

<sup>554</sup> So auch *Villotti*, ZEuS 2015, 488 („point of departure“).

<sup>555</sup> Vgl *van der Schyff*, EPL 2016, 232; *Schönberger* in *JBÖR* 2015, 53.

<sup>556</sup> Prägnant *Haratsch*, EuR 2016, 135 f; *Villotti*, ZEuS 2015, 488; vgl auch *von Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1431; *Millet* in *Azoulai*, Competence 264.

<sup>557</sup> Unten ab 3.6.4.4.5 (= 121).

<sup>558</sup> Unten ab 3.6.4.4.5 (= 121).

verankerter Prozess – zu denken ist hier zB an die Landeshauptleutekonferenz in Österreich<sup>559</sup> – eine politische Struktur darstellt, die innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaates als grundlegende Struktur eingeordnet werden kann. Allerdings spricht eine starke Vermutung dafür, dass die grundlegenden politischen Strukturen sich in der Verfassung wiederfinden – wie dies etwa für Entscheidungen über die Staatsform, die Einrichtung der staatlichen Organe und die grundsätzliche inhaltliche Ausrichtung der staatlichen Tätigkeit zutrifft. Umgekehrt stehen verfassungsmäßige Strukturen, die als grundlegend eingeordnet werden können, regelmäßig in Zusammenhang mit politischen Grundentscheidungen innerhalb des Mitgliedstaates; verfassungsrechtliche Regelungen, die einen eher technischen Charakter haben – zB darüber, wo Gesetzesbeschlüsse kundzumachen sind –, werden nur in Ausnahmefällen als grundlegende Struktur eingeordnet werden können. Wie stark die Kohärenz von politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ausgestaltet ist, hängt wieder vom jeweiligen nationalen System ab. Gerade in Systemen, in denen es umfassendes geschriebenes Verfassungsrecht gibt, wird der Nachweis, dass eine nicht in der Verfassung enthaltene politische Struktur dennoch grundlegend sein soll, regelmäßig schwierig sein. Dazu bedürfte es im Einzelfall ausführlicher politikwissenschaftlicher Untersuchungen, welche – um beim obigen Beispiel zu bleiben – die grundlegende Bedeutung der Landeshauptleutekonferenz für das Funktionieren des österreichischen Bundesstaates belegen. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass Versuche einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Landeshauptleutekonferenz bisher immer gescheitert sind.<sup>560</sup> Die bloße Behauptung, dass es sich bei der Landeshauptleutekonferenz um eine „wichtige“ Einrichtung handelt,<sup>561</sup> reicht für die Einordnung als grundlegende politische Struktur nicht aus; für eine klare Zuordnung wären ergänzende Darlegungen und Untersuchungen politikwissenschaftlicher Natur erforderlich.

#### 3.6.4.4.5 Verfassungsrechtliche Perspektive

Das Verfassungsrecht eines Mitgliedstaates bildet den Ausgangspunkt für die Ermittlung der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen. Allerdings treffen die wenigsten Verfassungsrechtsordnungen explizite Anordnungen darüber, welche Elemente der Rechtsordnung grundlegend sind. Hinweise auf grundlegende Strukturen können aber in Präambeln und Zielbestimmungen enthalten sein. Implizit können auch Normenhierarchien eine Auskunft darüber geben, was innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung von besonderer Bedeutung

559 Zu dieser ausführlich *Karlhofer* in FS 60 Jahre Verbindungsstelle 311 ff; zur mangelnden verfassungsrechtlichen Verankerung vgl auch *Lienbacher* in FS 60 Jahre Verbindungsstelle 151 f.

560 Vgl dazu *Lienbacher* in FS 60 Jahre Verbindungsstelle 152.

561 Vgl dazu die jeweils überblicksmäßigen Beiträge: *Esterbauer*, System 79; *Bußjäger* in *Bischof/Karlhofer*, *Federalism* 16, 19 ff; *Sturm* in *Griffiths*, *Handbook* 50.

ist. Die Rsp der nationalen Höchstgerichte kann Hinweise auf grundlegende Strukturen des Verfassungsrechts enthalten; das hängt aber von der Stellung des Gerichts innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ab.

#### 3.6.4.4.5.1 Indizfunktion von Präambeln und Zielbestimmungen

Viele mitgliedstaatliche Verfassungen enthalten Präambeln, feierliche Proklamationen oder allgemein gehaltene Zielbestimmungen, die die grundlegenden Strukturen und Ziele des jeweiligen Mitgliedstaates festlegen. Diese Bestimmungen haben bei der Frage danach, was innerhalb des jeweiligen Mitgliedstaates zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zählt, Indizfunktion.<sup>562</sup> Typischerweise sind derartige Bestimmungen aber selbst recht offen formuliert, sodass ihre alleinige Heranziehung die Abgrenzung der grundlegenden Strukturen im Einzelnen nur bedingt erleichtert.

Qualifiziert man etwa Art 20 GG, Art 2 B-VG und Art 1 BV als grundlegende Proklamationen der Bundesstaatlichkeit Deutschlands, Österreichs bzw Belgiens, so ist damit noch nicht geklärt, welche Elemente des Bundesstaates grundlegende Strukturen darstellen. Die genannten Bestimmungen klären aber grundsätzlich, dass die Bundesstaatlichkeit der genannten Staaten zu den grundlegenden Strukturen dieser Mitgliedstaaten zählt.

#### 3.6.4.4.5.2 Indizfunktion von Normenhierarchien im Verfassungsrecht

Obwohl oben<sup>563</sup> dargelegt wurde, dass eine ausschließliche Orientierung an normhierarchischen Überlegungen für die Bestimmung des Identitätsmaßstabs nicht der Funktion des Art 4 Abs 2 EUV entspricht, haben existierende Normenhierarchien Relevanz für die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität. Von Normenhierarchien spricht man insb dann, wenn es innerhalb einer Rechtsordnung unterschiedliche Verfahren für die Erzeugung bzw Abänderung verschiedener Rechtsinhalte gibt.<sup>564</sup> Normenhierarchien sind also das Resultat von Änderungsverboten oder Änderungsvorbehalten. Durch diese Änderungsverbote oder -vorbehalte sollen bestimmte, für besonders wichtig erachtete Inhalte vor dem Zugriff des (Verfassungs-)Gesetzgebers geschützt werden. Damit geben Änderungsverbote oder -vorbehalte implizit Aufschluss darüber, was aus Per-

562 So zB auch Cloots, Identity 161; van der Schyff, TBP 2017, 326; Grawe in Saiz Arnaiz, Constitutional Identity 44 ff.

563 Bei 3.6.4.4.1 (= 114).

564 Dazu zB Behrendt/Bouhon, Introduction 189 ff.

spektive der jeweiligen Rechtsordnung als grundlegende Struktur zu verstehen ist.<sup>565</sup>

Das deutsche Grundgesetz sieht bspw vor, dass die in Art 79 Abs 3 GG genannten Inhalte im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung<sup>566</sup> nicht abgeändert werden dürfen. Diese Ewigkeitsklausel wird – wie oben bereits dargelegt wurde<sup>567</sup> – dadurch ergänzt, dass die Inhalte der Ewigkeitsklausel von deutschen staatlichen Organen auf Grund von Art 23 Abs 1 GG auch im Rahmen der europäischen Integration zu beachten sind. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die durch Art 79 Abs 3 GG geschützten Verfassungsinhalte einen Teil der nationalen Identität Deutschlands ausmachen.<sup>568</sup>

Auch in Österreich werden bestimmte Verfassungsinhalte durch ein besonderes Änderungsverfahren geschützt: Nach Art 44 Abs 3 B-VG sind „Gesamtänderungen“ der Bundesverfassung nur dann verfassungskonform, wenn über die Verfassungsänderung eine Volksabstimmung durchgeführt wird und diese positiv ausfällt. Jenen Verfassungsinhalten, die durch dieses qualifizierte Änderungsverfahren geschützt werden, kann bei Zugrundelegung einer normhierarchischen Betrachtung ebenfalls identitätsstiftender Charakter iSd Art 4 Abs 2 EUV zugemessen werden. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass die von Art 44 Abs 3 B-VG erfassten Inhalte gerade nicht – wie bei Art 79 Abs 3 GG – änderungsfest sind, sondern nur „änderungsfester“ als die übrige Verfassung. Würde man die Unabänderlichkeit als Voraussetzung für die Qualifikation als identitätsstiftend heranziehen, dann wäre in vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bei einer normhierarchischen Betrachtung fast nichts oder gar nichts identitätsstiftend. Während nämlich durch die Ewigkeitsklausel des Art 79 Abs 3 GG die wichtigsten Grundsatzentscheidungen der Verfassung der Gestaltungsmacht des Verfassungsgebers entzogen sind, gibt es etwa in Belgien oder Österreich keine derartige Klausel. Grundsätzlich kann nach dem österreichischen B-VG (Art 44 Abs 3 B-VG) die gesamte Verfassung samt der ihr zu Grunde liegenden Grundprinzipien geändert werden, wenn die verfahrensmäßigen Voraussetzungen – dazu gehört insb die Durchführung einer Volksabstimmung – eingehalten werden. Nun könnte man vertreten, dass ein Unionsrechtsakt, der eine Gesamtänderung der Bundesverfassung notwendig machen würde, nur dann eine Missachtung der nationalen Identität darstellt, wenn die notwendige Gesamtän-

565 So auch von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1432; *Villotti*, ZEuS 2015, 488; *Haratsch*, EuR 2016, 139 f; vgl auch *Polzin*, GlJ 2017, 1608 ff.

566 Die von der Ewigkeitsklausel geschützten Inhalte könnten zwar ebenfalls – nämlich jedenfalls durch Verfassungsbruch – geändert werden. Nach einem solchen Verfassungsbruch läge aber keine Verfassungsideit mit dem Grundgesetz mehr vor; ein unionaler Rechtsakt, der die Änderung eines von der Ewigkeitsklausel geschützten Grundsatzes notwendig machen würde, würde also eine Änderung der Verfassungsideit notwendig machen und diese somit nicht ausreichend achten.

567 Oben bei 2.3.2.1 (= 48).

568 Siehe dazu im Detail unten ab 6.4.1 (= 299).

derung tatsächlich nicht herbeigeführt werden kann – weil sich die erforderlichen Mehrheiten in National- und Bundesrat nicht bilden bzw weil eine Volksabstimmung über die Gesamtänderung negativ ausgeht. Es gäbe so betrachtet also eine unionsrechtliche Pflicht des nationalen Verfassungsgebers, eine Unionsrechtsumsetzung qua gesamtändernder Verfassungsgesetzgebung zumindest zu versuchen; identitätsstiftend wäre dann nur, was tatsächlich nicht abgeändert werden kann.

Gegen eine solche Betrachtung sprechen allerdings mehrere Argumente. Denn erstens ist unklar, wann eine solche Pflicht des nationalen Verfassungsgesetzgebers zum Tragen kommen sollte. Grundsätzlich muss es ja dem EU-Gesetzgeber und allen anderen Organen der EU möglich sein, zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über einen Rechtsakt zu beurteilen, ob dieser Rechtsakt primärrechtskonform ist. Es muss also auch beurteilt werden können, ob ein Rechtsakt im Einklang mit Art 4 Abs 2 EUV steht. Wenn nun aber nur identitätsstiftend wäre, was tatsächlich nicht abgeändert werden kann, dann müsste ein Mitgliedstaat wie Österreich, der sich nicht sicher ist, ob ein Rechtsakt mit den Grundprinzipien der Bundesverfassung in Einklang zu bringen ist, zunächst versuchen, eine Gesamtänderung der Verfassung herbeizuführen, um den Inhalt der nationalen Identität zu klären. Dazu kommt, dass man das Argument der Abänderbarkeit noch weiter auf die Spitze treiben könnte: Wenn eine Gesamtänderung etwa auf Grund der Volksabstimmung nicht durchgeführt werden kann, dann könnte man ja einen neuen Gesetzesbeschluss fassen und eine erneute Volksabstimmung durchführen – solange, bis die Verfassung abgeändert wird und der Rechtsakt nicht mehr mit der nationalen Identität konfligiert. Dies führt aber die Idee der Achtung der nationalen Identität ad absurdum. Schließlich dient die Achtung der nationalen Identität durch die Union ja der Gewährung einer autonomen Entscheidungssphäre der Mitgliedstaaten und ihrer Staatsangehörigen über ihre nationale Identität. Wird nun aber ein Gesamtänderungsverfahren nur deswegen durchgeführt, weil es aus unionsrechtlichem Anlass geboten ist, dann fehlt es genau an dieser – von der Union autonomen – Entscheidungssphäre. Es verengt den Schutzbereich des Art 4 Abs 2 EUV also drastisch, identitätsstiftende Verfassungsstrukturen mit unabänderbaren Verfassungsstrukturen gleichzusetzen. Ein souveräner Mitgliedstaat muss autonom in der Lage sein können, die identitätsstiftenden Strukturen seiner Verfassungsordnung zu bestimmen, zu überprüfen und ggf zu ändern. Art 4 Abs 2 EUV kann und darf zur Frage der grundsätzlichen Abänderbarkeit keine Position einnehmen, sondern schützt den Mitgliedstaat davor, dass die Union einen solchen Änderungsprozess anstößt oder determiniert.

Außerdem spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt dafür, nicht die tatsächliche Unabänderbarkeit, sondern die Anwendbarkeit der qualifizierten Abänderungserfordernisse als Kriterium für die Qualifikation als identitätsstiftend heranzuziehen, wie sich am Beispiel Österreichs verdeutlichen lässt: Wenn eine

Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken würde, dann müsste die Änderung entsprechend den Voraussetzungen für die Gesamtänderung der Bundesverfassung ratifiziert werden.<sup>569</sup> Der Vertrag von Lissabon wurde nicht gesamtändernd ratifiziert, sondern „nur“ mit qualifizierter Mehrheit von Nationalrat und Bundesrat, aber ohne Volksabstimmung.<sup>570</sup> Aus österreichischer Perspektive wurden bei der Ratifikation des Vertrags von Lissabon also zumindest die Grundprinzipien der Bundesverfassung, deren Abänderung eine Gesamtänderung darstellen würde, nicht verändert und dem EU-Recht gegenüber vorbehalten.<sup>571</sup> Diesen Vorbehalt greift Art 4 Abs 2 EUV mit der Achtung der nationalen Identität unionsrechtlich auf. Die Achtung der Grundprinzipien des B-VG wird somit durch Art 4 Abs 2 B-VG zu einer primärrechtlich verankerten Pflicht der Union und ihrer Organe.

Relevant für die Ermittlung der grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen nach Art 4 Abs 2 EUV sind also nach dem gerade Gesagten verschiedene Formen hierarchischer Abstufungen, nicht nur die absolute Unabänderlichkeit von Vorschriften. Diese Normenhierarchie wird deswegen als Anhaltspunkt für die Bestimmung der nationalen Identität herangezogen, weil erschwerende Änderungsbedingungen ein Indiz dafür sind, dass die von diesen erschwerenden Bedingungen geschützten Inhalte innerhalb der Rechtsordnung einen besonderen Stellenwert haben. Dieser besondere Stellenwert kann aber nicht nur durch absolute Änderungsverbote – wie bei Art 79 Abs 3 GG – ausgedrückt werden, sondern auch durch die Anordnung besonderer Änderungsvorbehalte und -verfahren. Dies gilt auch dann, wenn es innerhalb des Verfassungsrechts mehrere qualifizierte Änderungsverfahren gibt. Dies ist etwa in Österreich der Fall, wo nicht nur Art 44 Abs 3 B-VG, sondern auch Art 2 Abs 3 B-VG und Art 44 Abs 2 B-VG ein besonderes Verfassungsrechtsänderungsverfahren anordnen. All diese qualifizierten Verfassungsänderungsverfahren indizieren einen besonderen Stellenwert der durch sie geschützten Inhalte.

#### 3.6.4.4.5.3 Indizfunktion der Rsp nationaler Höchstgerichte

In einem nächsten Schritt ist die Bedeutung der Rsp nationaler Höchstgerichte bei der Ermittlung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates zu analysieren.<sup>572</sup> In Frage kommt dafür insb die Rsp nationaler Verfassungsgerichte, die

569 Wie oben unter 2.3.2.3 (= 51) bereits erörtert.

570 BGBl III 132/2009.

571 Dazu oben bei 2.3.3.2 (= 54).

572 Bejahend *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 34; *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 14; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 23; *Villotti*, ZEuS 2015, 488; von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1433 ff; vgl auch *Haratsch*, EuR 2016, 140; *Besselink*, Utrecht Law Review 2010 (6:3) 45 f; *Millet* in Azoulai, Competence 260; *Polzin*, GLJ 2017, 1610 ff.

zur Auslegung des Verfassungsrechts berufen sind<sup>573</sup> – in den drei im Folgenden untersuchten Mitgliedstaaten gibt es jeweils solche spezialisierten Verfassungsgerichte.

Nachdem Art 4 Abs 2 EUV für die Bestimmung der grundlegenden Strukturen auf das nationale Recht abstellt, ist auch für die Bedeutung der Rsp nationaler Verfassungsgerichte maßgeblich, welche Rolle diesen nach dem nationalen Verfassungsrecht zukommt.<sup>574</sup> Gibt es in einem Mitgliedstaat ein eigens zur Verfassungsauslegung berufenes (Höchst-)Gericht, dann muss sich die Interpretin (oder auch: der EuGH) mit der Auslegung des Verfassungsrechts durch diese Instanz auseinandersetzen.<sup>575</sup> Die Rechtsprechung dieses Gerichts kann Hinweise auf grundlegende Strukturen enthalten. Allein die Rsp eines nationalen Verfassungsgerichts macht eine nicht-grundlegende Struktur noch nicht zu einer grundlegenden. Jedenfalls ist aber das, was von einem nationalen Verfassungsgericht als grundlegende Struktur qualifiziert wird, einer näheren Analyse anhand der anderen hier diskutierten Kriterien (Präambeln und Zielbestimmungen, Normenhierarchie, Politik) zu unterziehen. Insofern kommt auch der Rsp nationaler Verfassungsgerichte eine Indizfunktion für die Ermittlung des Inhalts der nationalen Identität zu.

#### 3.6.4.4.6 Politische Perspektive

Die wenigsten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bzw politischen Systeme ordnen explizit an, was für sie grundlegend ist. Dies ist vielmehr aus einer systematischen Gesamtschau auf die gesamte Rechtsordnung und dem Stellenwert des relevanten (Verfassungs-)Inhalts für diese und das politische System zu ermitteln. Bei dieser Gesamtschau stößt eine rein rechtsdogmatische Arbeit freilich rasch an ihre Grenzen. Auch die oben genannten Kriterien – insb Präambeln und Zielbestimmungen sowie Normenhierarchie –, die sich aus der Rechtsordnung selbst ergeben, führen meist nicht zu eindeutigen Ergebnissen, weil die in der Rechtsordnung verwendeten Begriffe gerade in diesem Bereich häufig sehr allgemein gehalten sind.

Um nicht unreflektiert rein subjektive Wertungen für die Beurteilung eines Inhalts als „grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur“ maßgeblich

573 Vgl dahingehend auch *Hwang*, Der Staat 2017, 126 f; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 34; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 30.

574 Diesen Ansatz verfolgend zB GA Bot 18.07.2017, Rs C-42/17 (M.A.S) ECLI:EU:C:2017:564 Rz 182 ff.

575 In erster Linie ist also etwa bspw mit Blick auf Österreich die Rsp des VfGH maßgeblich, nicht ein etwaiges Vorbringen der Bundesregierung. Im Ergebnis wie hier *Cloots*, Identity 148 ff mwN; weiters zB auch *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 39; vgl außerdem *Faraguna*, GLJ 2017, 1637 f. Kritisch zur Rolle der Gerichte, aber wie hier auf die Relevanz der Akteure im nationalen System abststellend *van der Schyff*, ELR 2012, 573 f; auf Mitgliedstaaten hinweisend, in denen es keine Verfassungsgerichte gibt, *Schönberger* in JBÖR 2015, 53.

werden zu lassen<sup>576</sup> und dennoch konkrete Aussagen zum Inhalt der nationalen Identität der hier betrachteten Mitgliedstaaten machen zu können, müssen ergänzende objektivierbare Beurteilungskriterien einfließen. Als solche objektivierbaren Beurteilungskriterien bieten sich für die hier anzustellende Untersuchung Einschätzungen dazu an, welche Elemente den jeweiligen Bundesstaat charakterisieren. Auf solche Erkenntnisse aus der vergleichenden Föderalismus- bzw Bundesstaatsforschung<sup>577</sup> wird daher unten bei der Erörterung der untersuchten Bundesstaaten ergänzend Bezug genommen, um zu beurteilen, ob ein Element einer Rechtsordnung als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur qualifiziert werden kann. Dabei ist zu beachten, dass bei dieser Betrachtung auch „unterhalb“ der formellen Verfassung stehende Elemente der Rechtsordnung relevant sein können.<sup>578</sup>

#### 3.6.4.4.7 Historische Perspektive? – Dynamisches Verständnis nationaler Identität und Missbrauchsverbot

„Grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen“ stellen als Teil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV eines Mitgliedstaates Grenzen für das Handeln der Organe der Union dar. Das Anlegen eines genuin unionsrechtlichen Maßstabs bedeutet also nicht, dass mitgliedstaatliche Wertungen und Verhältnisse außer Acht gelassen werden, sondern soll verhindern, dass Mitgliedstaaten durch einseitige Rechtsetzung einen unionalen Rechtsakt torpedieren, etwa indem sie kurzerhand eine dem fraglichen EU-Rechtsakt entgegenstehende Verfassungsvorschrift erlassen.<sup>579</sup>

Schwierig wird die Bestimmung des Vorliegens eines identitätsstiftenden Merkmals va dann sein, wenn es in einem Mitgliedstaat erst vor Kurzem einen Strukturwandel gegeben hat – also zB, wenn ein Einheitsstaat in einen Bundesstaat umgewandelt wurde, der Sozialstaat umgestaltet wurde oder verstärkt Elemente der direkten Demokratie eingeführt werden. Grundsätzlich müssen solche Strukturwandel in den Mitgliedstaaten weiterhin möglich sein, und nicht nur das; sie sollten nach ihrer Durchführung auch dem Schutz des Art 4 Abs 2 EUV unterstehen können.<sup>580</sup> Art 4 Abs 2 EUV liegt insofern ein dynamisches

576 Zum Problem *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 18.

577 Zum Beispiel in *Watts*, Federal Systems 34 ff (Austria, Germany), 43 ff (Belgium); *Elazar*, Federal Systems 30 ff (Austria), 37 ff (Belgium), 102 ff (Germany); *Sturm* in Griffiths, Handbook 45 ff (Austria); *Hrbek* in Griffiths, Handbook 149 ff (Germany); *Lecours* in Griffiths, Handbook 58 ff (Belgium) sowie die durch das Forum of Federations vorgenommenen Ländercharakterisierungen unter <<http://www.forumfed.org/countries/>> (abgerufen am 16.08.2020).

578 Vgl dahingehend auch *van der Schyff*, EPL 2016, 232.

579 Vgl zur entsprechenden Vorgehensweise in Ungarn *Halmai*, Review of Central and Eastern European Law 2018, 25 ff; *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 68; *Perju*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2020, 262; *Martinico*, EPL 2021, 447 ff.

580 Vgl dazu zB *Dobbs*, European Journal of Current Legal Issues 2015, nach FN 73.

Verständnis nationaler Identität zu Grunde,<sup>581</sup> denn es ist nicht ersichtlich, dass Art 4 Abs 2 EUV „versteinernd“ auf die nationale Identität eines Mitgliedstaates zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon bzw des Beitrags zur EU abstellen würde.<sup>582</sup> Insofern spielen historische Argumente bei der Beurteilung dessen, was zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zählt, prinzipiell keine ausschlaggebende Rolle: Nicht nur das, was „immer schon so war“,<sup>583</sup> sondern auch das, was erst kürzlich eingeführt wurde, kann einen Bestandteil der nationalen Identität ausmachen. Gleichwohl können historische Argumente im Rahmen der Beurteilung dessen, ob etwas als grundlegende Struktur eingeordnet werden kann, eine Rolle spielen, insb dann, wenn es um politische Strukturen geht – etwa, wenn sich Besonderheiten der Staatsorganisation auf so gravierende historische Ereignisse wie Friedensverträge oder Handlungen von (ehemaligen) Besatzungsmächten zurückführen lassen.<sup>584</sup>

Allerdings darf ein Strukturwandel nicht als Vorwand dafür herangezogen werden, einen Unionsrechtsakt zu torpedieren oder gegen die Werte des Art 2 EUV zu verstößen<sup>585</sup> – dies verbietet das Loyalitätsgebot des Art 4 Abs 3 EUV, das insofern auch als Rechtsmissbrauchsverbot fungiert.<sup>586</sup> In strittigen Fällen wird der EuGH im Einzelfall und unter Berücksichtigung des Vorbringens des betroffenen Mitgliedstaates zu entscheiden haben.<sup>587</sup> Steht fest, dass ein potentieller Identitätsbestandteil in diesem Sinn „rechtsmissbräuchlich“ ins nationale (Verfassungs-)Recht eingeführt wurde, so verstößt er gegen die Loyalitätspflicht des Art 4 Abs 3 EUV<sup>588</sup> und darf daher nicht angewendet werden. Insofern kommt einem solchen „rechtsmissbräuchlich“ eingeführten, potentiellen Identitätsbestandteil im Zusammenhang mit der in Art 4 Abs 2 EUV verankerten Achtungspflicht keine Bedeutung zu.<sup>589</sup>

581 Vgl etwa auch *Konstadinides*, Yearbook of European Law 2015, 166.

582 Vgl etwa *Pernice*, AöR 2011, 190; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 28.

583 In diese Richtung argumentiert etwa *Kaczorowska-Ireland*, EPL 2019, 67, wenn sie für die Identitätsrelevanz des Adelsaufhebungsgesetzes in Österreich darauf hinweist, dass dieses seit über 100 Jahren in Kraft sei.

584 Vgl zB zur historischen Bedingtheit des Gebots der Trennung von Nachrichtendiensten und Polizei in Deutschland *Schmalenbach* in Thiel, Demokratie 432 ff.

585 *Kelemen/Pech*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 69.

586 Dazu *Wutscher* in Potacs/Tichý, Abuse 305. Zur Relevanz von Art 4 Abs 3 EUV auch bei der Anwendung des Art 4 Abs 2 EUV zB GA *Wathelet* 11.01.2018, Rs C-673/16 (Coman) ECLI:EU:C:2018:2 Rz 40. Ohne Berufung auf Art 4 Abs 3 EUV, da es um Rechtsmissbrauch durch Private ging, EuGH 22.11.2017, Rs C-251/16 (Cussens) ECLI:EU:C:2017:881 Rz 27 ff; dazu *Buckler*, EuR 2018, 371 ff.

587 Vgl zu den Kriterien, die der EuGH in seiner Rsp zur Beurteilung dessen anwendet, ob „Rechtsmissbrauch“ vorliegt, ausführlich *Wutscher* in Potacs/Tichý, Abuse 299 ff. Gerade in der hier angedachten Konstellation werden regelmäßig solche strittigen Fälle vorliegen, da eine Verfassungsänderung aus Perspektive des jeweiligen Mitgliedstaates regelmäßig nicht als „rechtsmissbräuchlich“ zu qualifizieren sein wird.

588 Regelmäßig iVm der unionsrechtlichen Norm, die durch die neu eingeführte Verfassungsbestimmung entkräftet bzw „umgangen“ werden soll.

589 Dazu auch *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 24.

### 3.6.4.4.8 Ergebnis: Erfordernis einer integrativen Betrachtung

Zusammenfassend lässt sich aus den vorangehenden Überlegungen Folgendes festhalten: Der Begriff „nationale Identität“ ist ebenso wie die Wendung „grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen“ offen für verschiedene Deutungen. Dies macht es nicht einfach, den Inhalt der nationalen Identität einzelner Mitgliedstaaten anhand eines unionsautonomen Maßstabs zu ermitteln. Hier wird vertreten, dass grundlegende politische und verfassungsmäßige Strukturen nicht voneinander getrennt werden können und daher unter Berücksichtigung sowohl verfassungsrechtlicher als auch politischer Kriterien zu ermitteln sind. Zu diesen Kriterien zählen in der jeweiligen Rechtsordnung selbst enthaltene Präambeln bzw Zielbestimmungen und Normenhierarchien, die jeweils zum Ausdruck bringen, dass bestimmten Verfassungsinhalten ein besonderer Stellenwert innerhalb der mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnung zukommt, sowie politikwissenschaftliche Aussagen zur Relevanz bestimmter Inhalte für das politische System als Ganzes (hier interessiert insb das Funktionieren des Bundesstaates; daher wird auf die nationale und vergleichende Föderalismusforschung Bezug genommen). Auch der Rsp nationaler Verfassungsgerichte kommt diesbezüglich eine Indizfunktion zu. Die genannten Kriterien ermöglichen eine strukturierte Untersuchung dessen, was innerhalb eines mitgliedstaatlichen Systems zur nationalen Identität gehört. Je mehr Indizien für die Einordnung als Bestandteil der nationalen Identität sprechen, umso eher lässt sich eine entsprechende Einordnung vertreten – es ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein Element ausschließlich anhand eines einzigen Kriteriums als Bestandteil der nationalen Identität qualifiziert werden kann, wenn sich dies aus dem mitgliedstaatlichen System mit hinreichender Deutlichkeit ergibt.

### 3.6.4.5 Nationale Identität und Systematik des Art 4 Abs 2 EUV

Art 4 Abs 2 EUV regelt nicht nur den Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, sondern ordnet in Satz 1 auch an, dass die Organe der EU die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen zu achten haben.<sup>590</sup> Im 3. Satz des Art 4 Abs 2 EUV wird überdies eine Verpflichtung zur Achtung der „grundlegenden Funktionen des Staates“ angeordnet, worunter ua die Wahrung der ter-

590 Dazu *Klamert* in Kellerbauer/Klamert/Tomkin, Art 4 TEU Rz 7ff; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 20ff; *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 8; *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 13ff; *Puttler* in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 11ff; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 18ff.

ritorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit verstanden wird.<sup>591</sup>

Aus systematischer Perspektive stellt sich die Frage, wie sich der Schutz der nationalen Identität zur Achtung der Gleichheit der Mitgliedstaaten sowie zu den grundlegenden Funktionen des Staates verhält.

So könnte man etwa erwägen, dass die Gleichheit der Mitgliedstaaten<sup>592</sup> es untersagt, nationale Besonderheiten, die nur in einem Mitgliedstaat existieren, dem Schutz der nationalen Identität zu unterstellen. Dies würde aber dem Zweck der Identitätsklausel seine grundlegende Bedeutung nehmen und – zumindest potentiell – eine Vereinheitlichung der nationalen Identitäten nach sich ziehen. Dies stünde wiederum in Widerspruch zum expliziten Wortlaut des Art 4 Abs 2 EUV (arg: „jeweilige“ nationale Identität<sup>593</sup>). Das Verhältnis zwischen der Gleichheit der Mitgliedstaaten und deren jeweiligen nationalen Identitäten ist also so zu bestimmen, dass die Mitgliedstaaten gerade in ihrer Verschiedenheit gleich sind.<sup>594</sup> Diese Verschiedenheit kann auch in unterschiedlichen nationalen Identitäten zum Ausdruck kommen, die aber alle gleich zu behandeln sind: Sie sind nach Art 4 Abs 2 EUV zu achten.<sup>595</sup>

Auch das Verhältnis des Schutzes der nationalen Identität zur Achtung der grundlegenden Funktionen des Staates<sup>596</sup> wirft Fragen auf, nämlich insb jene danach, ob sich ein Mitgliedstaat zur Rechtfertigung seiner Rechtslage sowohl auf den Schutz der nationalen Identität als auch auf die geforderte Achtung der grundlegenden Funktionen des Staates berufen kann.<sup>597</sup> Art 4 Abs 2 EUV spricht nicht gegen eine kumulative Heranziehung dieser Bestimmungen: Soweit ein Bestandteil der nationalen Identität gleichzeitig auch eine Ausübung einer grundlegenden Funktion des Staates darstellt, sind beide Achtungspflichten einschlägig – dies nahm etwa auch GA *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen betreffend die

<sup>591</sup> Dazu *Klamert* in Kellerbauer/Klamert/Tomkin, Art 4 TEU Rz 22; *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 50 ff; *Geiger* in Geiger/Khan/Kotzur, Art 4 EUV Rz 4; *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 19; *Puttler* in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 21; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 38 ff.

<sup>592</sup> Auf die völkerrechtlichen Wurzeln dieses Grundsatzes hinweisend *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 7; *Puttler* in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 11; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 18; *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 13; die Gleichheit der Mitgliedstaaten als Grundlage für den Grundsatz wechselseitigen Vertrauens (principle of mutual trust) qualifizierend *Lenauerts*, CMLR 2017 808 ff.

<sup>593</sup> Dazu schon oben bei 3.6.4.3 (= 112).

<sup>594</sup> So zB auch von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1426; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 13; vgl weiters etwa *Besseling* in Giegerich/Gstrein/Zeitzmann, EU 69.

<sup>595</sup> So zB auch von *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1426 f.

<sup>596</sup> Auch diesbezüglich auf völkerrechtliche Parallelen hinweisend *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 40; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 40.

<sup>597</sup> Vgl dazu auch *Schnettiger* in Calliess/van der Schyff, Identity 25; *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 18; *Schill/Krenn* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 42; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 41 f.

Rs *Remondis* an.<sup>598</sup> Er führte dort aus, dass sich aus der Rsp des EuGH klar entnehmen lasse, dass „die interne Organisation des Staates nicht unter das Unionsrecht fällt“<sup>599</sup> und dass „das Unionsrecht die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Gebietskörperschaften nicht in Frage stellen darf, da sie unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 2 EUV steht, nach dem die Union verpflichtet ist, die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten“.<sup>600</sup> Diese Rsp, so GA *Mengozzi*, stehe „im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EUV, wonach die Union die grundlegenden Funktionen des Staates achtet, zu denen zweifellos jene zu rechnen ist, die sich als Funktion der internen Selbstorganisation des Staates definieren lässt“<sup>601</sup>.

### 3.6.4.6 Relevanz von Konfliktpotential für die Bestimmung der nationalen Identität?

Art 4 Abs 2 EUV gibt keine explizite Antwort darauf, ob eine grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur nur dann als durch Art 4 Abs 2 EUV geschützte nationale Identität qualifiziert werden kann, wenn das Potential besteht, dass es zu einem Konflikt zwischen der mitgliedstaatlichen Struktur und dem Unionsrecht kommt. Wie sich unten bei der Analyse der bundesstaatsbezogenen Identität Österreichs, Deutschlands und Belgiens zeigen wird, gibt es nun aber viele Aspekte, die als grundlegende politische und verfassungsmäßige Struktur eines Mitgliedstaates qualifiziert werden können, die aber – sowohl auf den ersten Blick als auch zumindest teilweise bei näherer Betrachtung – in keinerlei Beziehung oder gar in einem Spannungsverhältnis zur EU im Allgemeinen und dem Unionsrecht im Speziellen stehen.<sup>602</sup> Dies gilt va für viele Grundsätze der innerstaatlichen Organisation.

Es stellt sich nun die Frage, ob es Voraussetzung für die Qualifikation einer grundlegenden politischen oder verfassungsmäßigen Struktur als Bestandteil der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV ist, dass diese überhaupt das Potential hat, in Konflikt mit dem Unionsrecht zu geraten. Es mag nämlich als unzweckmäßig erachtet werden, den Inhalt der nationalen Identität eines Mitgliedstaates zu ermitteln, wenn feststeht, dass es keine Konstellation gibt, in der die in Art 4 Abs 2 EUV verankerte Achtungspflicht hinsichtlich dieses Teils der nationalen Identität relevant werden könnte. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn der

<sup>598</sup> So qualifizierte etwa GA *Mengozzi* die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaates als grundlegende Funktion des Staates und als Teil der nationalen Identität; GA *Mengozzi* 30.06.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:504 Rz 38 ff; dazu auch *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, *Identity* 24.

<sup>599</sup> GA *Mengozzi* 30.06.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:504 Rz 38.

<sup>600</sup> GA *Mengozzi* 30.06.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:504 Rz 40.

<sup>601</sup> GA *Mengozzi* 30.06.2016, Rs C-51/15 (Remondis) ECLI:EU:C:2016:504 Rz 39.

<sup>602</sup> Vgl dazu unten bei 8 (= 369).

EU in dem fraglichen Bereich gar keine Kompetenzen zukommen, wie dies zB im Bereich der Staatsorganisation häufig der Fall ist.

Allerdings finden sich für eine rein konfliktbezogene Abgrenzung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates keine Anhaltspunkte in Art 4 Abs 2 EUV selbst. Dazu kommt, dass eine Prognose, ob es zu einem Konflikt des fraglichen Identitätsbestandteils mit Unionsrecht kommen könnte, auf Grund ihres prognostischen Charakters eben immer mit Unsicherheit verbunden ist. Es kann bspw zum heutigen Zeitpunkt nicht mit Sicherheit beurteilt werden, in welche Richtung sich die Rechtsetzung der Union in zehn Jahren entwickeln wird.

Bei der Ermittlung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates ist daher die Frage bedeutungslos, ob aus heutiger Perspektive ein Konflikt mit Unionsrecht denkbar oder gar wahrscheinlich ist. Das Ermitteln solcher potentieller Konfliktkonstellationen ist eine nachgeschaltete Frage, die eigens zu untersuchen ist.<sup>603</sup>

### 3.6.5 „Achtung“ der nationalen Identität iSd Art 4 Abs 2 EUV – absolut oder abwägungsoffen?

Art 4 Abs 2 EUV sieht vor, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten durch die Organe der EU zu „achten“ ist. Grundsätzlich kann der Begriff „Achtung“ (zumindest) zwei unterschiedliche negative<sup>604</sup> Handlungsgebote implizieren und damit für zwei unterschiedlich starke Abwehrfunktionen stehen:

Achtung der nationalen Identität kann zum einen bedeuten, dass eine Beeinträchtigung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates absolut verboten ist und jedenfalls zur Primärrechtswidrigkeit des fraglichen Rechtsaktes führt (absolutes Eingriffsverbot, starke Abwehrfunktion).<sup>605</sup> Zum anderen könnte man Art 4 Abs 2 EUV auch so verstehen, dass dem darin enthaltenen Achtungsgebot schon dann Genüge getan wird, wenn die nationale Identität als ein Aspekt in einen Abwägungsvorgang einbezogen wird, etwa bei der Beurteilung der Frage der Verhältnismäßigkeit der Erlassung eines Sekundärrechtsaktes oder einer Grundfreiheitsbeschränkung (Berücksichtigungsgebot, schwache Abwehrfunktion).<sup>606</sup> Dabei wird als Mittellösung zT auch angedacht, einen „absolut“

<sup>603</sup> Siehe dazu insb unten ab 9 (= 379).

<sup>604</sup> Hier interessiert nur diese „negative“ Seite von Art 4 Abs 2 EUV. Die Frage, inwiefern Art 4 Abs 2 EUV auch positive Schutzpflichten enthält, ist ungeklärt; ablehnend unter Hinweis auf den fehlenden Kompetenzgehalt des Art 4 Abs 2 EUV *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 48; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 55; iVm mit Art 4 Abs 3 EUV Schutzpflichten aus Art 4 Abs 2 EUV annehmend *Pernice*, AöR 2011, 194.

<sup>605</sup> *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 11 bezeichnen dies als „mitgliedstaatliche Deutung“; diese Deutung präferierend zB *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art 4 EUV Rz 22; vgl auch *Klein* in *Niedobitek/Sommermann*, Wertegemeinschaft 67.

<sup>606</sup> *Haider/Stöger* in *Jaeger/Stöger*, Art 4 EUV Rz 11 bezeichnen dies als „unionale Deutung“, die von ihnen auch bevorzugt wird (Rz 13); so auch *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 22. Ebenfalls für eine Abwägung von *Bogdandy/Schill* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 35; gleichlautend von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 725 f; vgl auch *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV

eingriffsfesten „Kernbereich“ der nationalen Identität einem einer Abwägung zugänglichen Randbereich der nationalen Identität gegenüberzustellen.<sup>607</sup> Dabei soll der Kernbereich der nationalen Identität eines Mitgliedstaates das sein, was durch die in Art 2 EUV genannten Werte der EU gedeckt ist.<sup>608</sup> Allerdings ist fraglich, ob die Bezugnahme auf Art 2 EUV die Definition eines Kernbereichs tatsächlich erleichtert; die dort genannten Werte sind nämlich selbst sehr unbestimmt.<sup>609</sup> Gerade für die hier interessierende Frage der föderalen Organisation eines Mitgliedstaates kann ebenso gut vertreten werden, dass diese durch die Werte des Art 2 EUV gedeckt ist – etwa, indem die föderale Organisation mit Demokratie<sup>610</sup>, Freiheit<sup>611</sup> oder Pluralismus<sup>612</sup> in Verbindung gebracht wird –, wie es auch vertretbar ist zu argumentieren, die etwaige föderale Organisation eines Mitgliedstaates sei gar nicht Thema des Art 2 EUV und daher auch von diesem nicht gedeckt (was nicht gleichzeitig bedeutet, dass die föderale Organisation in Widerspruch zu diesen Werten steht).<sup>613</sup> Eine Unterscheidung in Kern- und Randbereich der nationalen Identität ist daher nicht zielführend, weil sie zu noch mehr Unklarheit über die geschützten Inhalte führt; diese erhöhte Unklarheit wird auch durch eine ergänzende Bezugnahme auf Art 2 EUV nicht verringert.<sup>614</sup> So wird etwa in der Literatur auch betont, dass Art 4 Abs 2 EUV gerade dort Bedeutung hat, wo die grundlegenden mitgliedstaatlichen Strukturen nicht bereits von Art 2 EUV erfasst sind.<sup>615</sup>

Rz 43; *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 49; vgl. weiters zB *Kröll* in Lienbacher/Wielinger, Jahrbuch 235; *Pernice*, AöR 2011, 195 ff; *Wischmeyer*, AöR 2015, 447 ff. Zunächst ebenfalls mit einer Abwägung sympathisierend, dann aber doch bestimmte Bereiche (zB Menschenwürde) als absolut abwägungsfest qualifizierend und insofern offenbar auf den jeweils geschützten Inhalt abstellend, *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 58 f.

607 So *Haratsch*, EuR 2016, 142; ihm folgend *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 18. Ebenfalls auf einen „Kernbereich“ stellen von *Bogdandy/Schill* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 35 ab; gleichlautend von *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 725 f; bei ihnen ist aber auch der (nicht näher definierte) Kernbereich einer Abwägung zugänglich.

608 *Haratsch*, EuR 2016, 142; ihm folgend *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 18. Für die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität ebenfalls auf Art 2 EUV abstellend *Franzius* in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 32; *Millet* in Azoulai, Competence 264; *Bogdandy/Schill*, CMLR 2011, 1430. Ganz allgemein zur Bedeutung des Art 2 EUV bei der systematisch-teleologischen Auslegung des EU-Primärrechts *Potacs*, EuR 2016, 167 f; zum Gehalt der in Art 2 EUV genannten Werte zB *Sommermann* in Niedobitek, Grundlagen Rz 22 ff.

609 *Potacs*, EuR 2016, 170 mwN. Zur weitgehenden Konvergenz zwischen Werten der EU iSd Art 2 EUV und nationalen Identitäten iSd Art 4 Abs 2 EUV *Kaddous* in Giegerich/Gstrein/Zeitzmann, EU Rz 105 f.

610 Dazu zB *Sommermann* in Niedobitek, Grundlagen Rz 32 ff.

611 Dazu zB *Sommermann* in Niedobitek, Grundlagen Rz 30 f.

612 Dazu zB *Sommermann* in Niedobitek, Grundlagen Rz 47.

613 *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 14 betont, dass Art 4 Abs 2 EUV gerade dort Bedeutung hat, wo die grundlegenden mitgliedstaatlichen Strukturen nicht bereits von Art 2 EUV erfasst sind. Ebenso *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 30.

614 Ebenfalls kritisch zu einem solchen „Kernbereich“ *van der Schyff*, ELR 2012, 581, der im Übrigen aber ebenfalls eher für ein relatives, einer Abwägung zugängliches Verständnis der nationalen Identität plädiert (579 f).

615 *Streinz* in Streinz, Art 4 EUV Rz 14; ebenso *Obwexer* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 30.

Der Begriff „Achtung“ lässt an sich beide der vorangehend genannten gegensätzlichen Deutungen – absolutes Eingriffsverbot oder Berücksichtigungsgebot mit Abwägungspflicht – zu. Im Primärrecht wird Achtung häufig in Konstellationen verwendet, in denen die EU verpflichtet wird, bestimmte Vorgaben jedenfalls einzuhalten, ohne dass diese einer Abwägung mit anderen Geboten zum Opfer fallen können: Zu denken ist dabei etwa an Art 51 GRC („Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten“), Art 69 AEUV („Achtung des Subsidiaritätsprinzips“) oder Art 2 EUV („Achtung der Menschenwürde“). Wenn darauf hingewiesen wird, dass der Begriff „Achtung“ in der GRC lediglich als Abwägungsgebot angesehen wird,<sup>616</sup> wird vernachlässigt, dass es für den Bereich der GRC mit Art 52 Abs 1 GRC eine explizite Eingriffsermächtigung gibt, in welcher die Relevanz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angeordnet wird. Mit Blick auf Art 4 Abs 2 EUV kommt als entsprechende Positivierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lediglich Art 5 Abs 4 EUV in Betracht. Im Lichte der Systematik der genannten Bestimmungen des EUV ist aber nicht anzunehmen, dass durch die Anordnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art 5 Abs 4 EUV tatsächlich auch die Achtungspflicht in Art 4 Abs 2 EUV einer Abwägung zugänglich gemacht werden soll.<sup>617</sup>

Auch die Funktion von Art 4 Abs 2 EUV spricht eher für ein absolut verstandenes Achtungsgebot: Als Bestandteil der nationalen Identität können ohnehin nur grundlegende Elemente der verfassungsmäßigen und politischen Strukturen eines Mitgliedstaates qualifiziert werden. Wenn aber ohnehin nur grundlegende nationale Strukturen geschützt werden, dann spricht der Zweck des Art 4 Abs 2 EUV, mitgliedstaatliche Freiräume zu garantieren, dafür, diese Strukturen absolut zu schützen und nicht zum Gegenstand von Abwägungsprozessen zu machen. Würde man solche Abwägungsprozesse zulassen, dann stellt sich im Übrigen auch die Frage, welcher Stellenwert einem Identitätsbestandteil eines einzelnen Mitgliedstaates zukommt, wenn zB durch einen Sekundärrechtsakt ein unionsweites Ziel verfolgt werden soll. Würde man davon ausgehen, dass der Stellenwert des Identitätsbestandteils im Rahmen der Abwägung höher wäre, wenn sich entsprechende Strukturen in mehreren Mitgliedstaaten finden, dann würde dies das erkennbare Ziel des Art 4 Abs 2 EUV unterlaufen, gerade auch Spezifika einzelner Mitgliedstaaten zu schützen, sofern diesen im jeweiligen Mitgliedstaat grundlegende Bedeutung zukommt; dies wäre damit auch nicht mit dem Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten vereinbar. Wie sich unten noch zeigen wird, sind im Übrigen einige Bestandteile der nationalen Identität mancher Mitgliedstaaten einer Abwägung gar nicht zugänglich: Entweder die nationale Iden-

616 ZB von Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 35, gleichlautend von Bogdandy/Schill, ZaöRV 2010, 726.

617 Verneinend Calliess/Kahl/Puttler in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 22.

tät wird geachtet oder missachtet, da es keine reduzierbaren „Schichten“ an nationaler Identität gibt.<sup>618</sup> In diesen Fällen ist das Achtungsgebot jedenfalls als abwägungsfeindlich zu qualifizieren, da es andernfalls bedeutungslos wäre.

Das Achtungsgebot des Art 4 Abs 2 EUV ist aber auch abseits davon absolut zu verstehen – eine Beeinträchtigung der nationalen Identität kann nicht mit der Verfolgung bestimmter Ziele ausgeglichen oder gerechtfertigt werden. Dies schließt nicht aus, dass die dogmatische Verankerung der Achtung der nationalen Identität im Rahmen von „Abwägungen“ erfolgt, indem zB der EuGH die Missachtung der nationalen Identität als Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt.<sup>619</sup> Das hier vertretene Verständnis von Art 4 Abs 2 EUV als „absolutes“ Achtungsgebot erlaubt es, im Einzelfall zu prüfen, ob eine nationale Maßnahme, die vorgeblich dem Schutz der nationalen Identität dient, auch tatsächlich geeignet und erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen, insb dann, wenn die nationale Identität die Erreichung eines bestimmten Ziels gebietet, das durch unterschiedliche Maßnahmen verwirklicht werden kann.<sup>620</sup>

### 3.6.6 Verpflichtete des Art 4 Abs 2 EUV

#### 3.6.6.1 Organe der EU

Adressaten der Achtungspflicht des Art 4 Abs 2 EUV sind die Organe der EU.<sup>621</sup> Die Achtungspflicht trifft daher zum einen den EU-Rechtsetzer, der die nationale Identität bei der Erlassung von Sekundärrechtsakten zu berücksichtigen hat,<sup>622</sup> sowie die Kommission bei der Anwendung des EU-Rechts und bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Durchführung des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten.<sup>623</sup> Zum anderen verpflichtet Art 4 Abs 2 EUV auch den EuGH

618 Siehe insb unten zur bundesstaatlichen Relativierung des Gleichheitssatzes (ab 9.2 [= 393]) oder zum Erfordernis eines Mindestausmaßes an Länderkompetenzen („konstitutive Vielfalt“, bei 9.1 [= 379]). Vgl dahingehend auch Cloots, Identity 243. Vgl auch Franzius in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 59.

619 Siehe dazu zB unten bei der Kohärenzprüfung, 9.2.3.2 (= 407). Nicht bundesstaatlich konnotiert, aber strukturell dieselbe Konstellation betreffend (Berücksichtigung von Art 4 Abs 2 EUV) EuGH 22.12.2010, Rs C-208/09 (Sayn-Wittgenstein) ECLI:EU:C:2010:806 Rz 93 ff; EuGH 12.05.2011, Rs C-391/09 (Runjević-Vardyn) ECLI:EU:C:2011:291 Rz 87.

620 Vgl zB auch EuGH 24.05.2011, Rs C-51/08 (Kommission/Luxemburg) ECLI:EU:C:2011:336 Rz 124: „Ziel“ der geschützten nationalen Identität war dort vor die Bewahrung der eigenen Sprache (auch im Rechtsverkehr), die (im Ergebnis vor) zur Erreichung dieses Ziels als nicht erforderlich qualifizierte Maßnahme ein Staatsbürgervorbehalt für die Ausübung des Berufs des Notars.

621 Dazu auch Calliess/Kahl/Puttler in Calliess/Ruffert, Art 4 EUV Rz 22; Schill/Krenn in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 6; Hatje in Schwarze, Art 4 EUV Rz 5; Walter, ZaöRV 2012, 181; Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 47.

622 So zB auch van der Schyff, ELR 2012, 567; Hatje in Schwarze, Art 4 EUV Rz 20.

623 Zur Rolle der Kommission im Zusammenhang mit Vertragsverletzungsverfahren zB Smith in Handbook 352 ff; Schütze, EU Law 380 ff.

zur Achtung der nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten.<sup>624</sup> Die Bindung des EuGH an Art 4 Abs 2 EUV ist nicht nur dann von Relevanz, wenn dieser Sekundärrecht auf dessen Übereinstimmung mit Art 4 Abs 2 EUV überprüft<sup>625</sup> oder auszulegen hat,<sup>626</sup> sondern auch dann, wenn er andere Bestimmungen des Primärrechts auszulegen hat.<sup>627</sup> Art 4 Abs 2 EUV verpflichtet den Gerichtshof, die nationale Identität der Mitgliedstaaten bei der Auslegung der übrigen Bestimmungen des Primärrechts zu berücksichtigen.<sup>628</sup>

### 3.6.6.2 Sorgfaltspflichten der Mitgliedstaaten?

Nicht ganz so naheliegend wie die Verpflichtung der Organe der EU durch Art 4 Abs 2 EUV ist die Frage, ob auch die Mitgliedstaaten bzw. ihre Organe durch Art 4 Abs 2 EUV verpflichtet werden.<sup>629</sup> Denkbar ist, dass jenem Mitgliedstaat, der sich auf Art 4 Abs 2 EUV beruft, gewisse Sorgfaltspflichten obliegen, deren Verletzung dazu führt, dass die nationale Identität nicht mehr erfolgreich vor dem EuGH geltend gemacht werden kann. Erstens kann dabei gefragt werden, ob die Vertreter:innen eines jeden Mitgliedstaates verpflichtet sind, jeweils da-

624 Ausführlich dazu *Cloots*, *Identity* 75 ff; vgl auch *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 54; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 21; *Klamert* in *Kellerbauer/Klamert/Tomkin*, Art 4 TEU Rz 20 f; *Besselink*, *Utrecht Law Review* 2010 (6:3) 45.

625 Wie hier für eine Überprüfbarkeit von Sekundärrecht am Maßstab von Art 4 Abs 2 EUV zB *von Bogdandy/Schill*, *CMLR* 2011, 1443. Die bei *Cloots*, *Identity* 325 f vorgebrachten Bedenken gegen eine Nichtigerklärung von Sekundärrechtsakten auf Grund einer Identitätsverletzung (im Wesentlichen: dass möglicherweise nur die nationale Identität eines von vielen Mitgliedstaaten betroffen ist und dass durch eine Nichtigerklärung in den politischen Gestaltungsspielraum des Sekundärrechtsetzers eingegriffen wird) treffen auch auf andere Primärrechtsbestimmungen zu und ändern nichts an der überprüfbaren Verpflichtung des Sekundärrechtsetzers, Art 4 Abs 2 EUV einzuhalten. Dass einzelne Mitgliedstaaten durch eine Identitätsverletzung uU mehr betroffen sind als andere ist dem Konzept des Art 4 Abs 2 EUV – der eben auf die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abstellt – inhärent.

626 Dort kann Art 4 Abs 2 EUV insb in Form einer primärrechtskonformen Interpretation von Relevanz sein; dazu *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, *Identity* 30 f; *Villotti*, *ZEuS* 2015, 501; vgl auch *Cloots*, *Identity* 344, die allerdings den diesbezüglichen Spielraum des EuGH dann verringert wissen will, wenn der Sekundärrechtsetzer sich bewusst mit der Frage der Vereinbarkeit mit Art 4 Abs 2 EUV auseinandergesetzt hat; in diesem Fall soll der EuGH an die Entscheidung des Sekundärrechtsetzers gebunden sein. Eine solche Herangehensweise hätte aber nach der hier vertretenen Ansicht einen noch größeren Eingriff in den Gestaltungsspielraum des Sekundärrechtsetzers zur Folge, da dann ja der fragliche Rechtsakt für nichtig erklärt werden müsste.

627 *Schnettger* in *Calliess/van der Schyff*, *Identity* 34 f; *Obwexer* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art 4 EUV Rz 57.

628 Vgl GA *Kokott* 31.05.2016, Rs C-157/15 (*Achbita*) ECLI:EU:C:2016:382 Rz 32, 125, wo es zwar vorrangig um die Auslegung der Gleichbehandlungs-RL 2000/78/EG geht, allerdings auch Bezug auf den – im Rang von Primärrecht stehenden – Art 21 GRC genommen wird (Rz 123).

629 Verneinend zB *Schill/Krenn* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 4 EUV Rz 6, die aber eine Verpflichtung zur Achtung der wechselseitigen nationalen Identitäten aus Art 4 Abs 3 EUV ableiten; ebenfalls eine Verpflichtung zur Achtung der wechselseitigen nationalen Identitäten andenkend *Franzius* in *Pechstein/Nowak/Häde*, Art 4 EUV Rz 18; *Hatje* in *Schwarze*, Art 4 EUV Rz 6, die beide aber völkerrechtliche Argumente gegen die Annahme einer (zusätzlichen) derartigen Pflicht aus Art 4 Abs 2 EUV ins Treffen führen. Vorsichtig bejahend *Obwexer* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Art 4 EUV Rz 48.

rauf zu achten, dass „ihre“ nationale Identität im Rechtsetzungsprozess nicht missachtet wird, und ob sie entsprechende Aufklärungs- bzw Warnpflichten treffen.<sup>630</sup> Zweitens kann gefragt werden, ob das Verhalten der Vertreterin bzw des Vertreters eines Mitgliedstaates (insb im Rat) im Rahmen des Rechtsetzungsprozesses Relevanz für die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität des jeweiligen Mitgliedstaates haben kann.

Das Bestehen von Aufklärungs- und Warnpflichten der Vertreter:innen der Mitgliedstaaten im Rechtsetzungsprozess könnte im Lichte dessen als notwendig erachtet werden, dass der Begriff der nationalen Identität auf nationale Gegebenheiten abstellt und dass es für Außenstehende schwer zu beurteilen ist, was zur nationalen Identität eines anderen Staates zählt. Solche Pflichten könnten sich aus Art 4 Abs 3 EUV ergeben, wenn sie erforderlich sind, damit die Organe der EU die Vertragsziele erreichen bzw die in den Verträgen enthaltenen Verpflichtungen erfüllen können – eine solche Erforderlichkeit wird man idR nicht annehmen können.<sup>631</sup> Aus Art 4 Abs 2 EUV selbst lassen sich Aufklärungspflichten aber ebenfalls nicht ableiten, insb weil Art 4 Abs 2 EUV – im Gegensatz zu Art 46 WVK – nicht auf die Offensichtlichkeit der Missachtung grundlegender Strukturen abstellt;<sup>632</sup> die Erfüllung etwaiger Aufklärungs- oder Warnpflichten kann daher auch keine Voraussetzung dafür sein, dass Art 4 Abs 2 EUV zur Anwendung kommen kann.<sup>633</sup> Ein gegen Art 4 Abs 2 EUV verstoßender Rechtsakt ist also unabhängig davon rechtswidrig, ob die Identitätsmissachtung vom betroffenen Mitgliedstaat im Rechtsetzungsverfahren „gerügt“ wurde. Dies steht auch mit der allgemeinen Beobachtung in Einklang, dass der EuGH soweit ersichtlich in von Mitgliedstaaten durch Nichtigkeitsklage eingeleiteten Nichtigkeitsverfahren für die Zulässigkeit oder Begründetheit der vorgebrachten Bedenken noch nie darauf abgestellt hat, ob bereits im Rat entsprechende Bedenken vorgebracht wurden.<sup>634</sup>

Zu klären bleibt, ob bzw inwiefern das Abstimmungsverhalten der Vertreterin bzw des Vertreters eines Mitgliedstaates bei der Beschlussfassung über einen

630 Dies andiskutierend auch *Schnettger* in Calliess/van der Schyff, Identity 32, wobei unklar bleibt, ob sie auf Basis der geltenden Rechtslage vom Bestehen einer derartigen Pflicht ausgeht, da sie zuerst vom Bestehen einer Pflicht spricht, dann aber ausführt „[t]his could be realised through an identity complaint procedure for national parliaments“ – was eher dahin deutet, dass eine derartige Pflicht ihrer Ansicht nach erst nach Einführung eines solchen Verfahrens bestünde. Zum rechtspolitischen Vorschlag der Einführung eines „identity committee“ *Villotti*, ZEuS 2015, 502 ff.

631 Zu einem möglichen Sonderfall unten bei 9.1.2.6 (= 385).

632 Oben bei 3.5.3 (= 85).

633 So wohl auch *Hatje* in Schwarze, Art 4 EUV Rz 24, der von „Rügeobliegenheiten im Rechtsetzungsverfahren“ spricht, aber eben gerade nicht von Rügepflichten.

634 Der EuGH gibt zwar entsprechende Vorgänge im Rechtsetzungsverfahren wieder, etwa in EuGH 05.12.2017, Rs C-600/14 (Deutschland/Rat) ECLI:EU:C:2017:935 Rz 18 oder EuGH 13.03.2019, Rs C-128/17 (Polen/Europäisches Parlament) ECLI:EU:C:2019:194 Rz 16, führt aber etwa in der letztgenannten Entscheidung nur an, dass „Bedenken“ vorgebracht wurden, ohne auf das konkrete Abstimmungsverhalten einzugehen; eine Verknüpfung mit der Frage nach der Zulässigkeit oder der Begründetheit des Vorbringens im Nichtigkeitsverfahren findet nicht statt.

Rechtsakt im Rat relevant sein soll, insb dann, wenn Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit getroffen und einzelne Mitgliedstaaten überstimmt werden können. Man könnte behaupten, dass eine Missachtung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates dann nicht anzunehmen sei, wenn die Vertreterin bzw der Vertreter des fraglichen Mitgliedstaates dem Rechtsakt zugestimmt hätte. Das Stimmverhalten der Vertreterin bzw des Vertreters eines Mitgliedstaates im Rat hätte dann unmittelbare Bedeutung für die Bestimmung des Inhalts der nationalen Identität des jeweiligen Mitgliedstaates. Gegen diesen Ansatz spricht aber, dass das Stimmverhalten der Vertreterin bzw des Vertreters eines Mitgliedstaates nicht zwingend nur auf die Frage der Achtung der nationalen Identität zurückzuführen ist. Außerdem ist denkbar, dass eine Identitätsverletzung erst nach Inkrafttreten eines Rechtsaktes zu Tage tritt. Das Stimmverhalten kann also weder in die eine noch in die andere Richtung als Nachweis der (Miss-)Achtung der nationalen Identität gewertet werden; auch der EuGH misst diesem bei sonstigen Primärrechtswidrigkeiten keine Bedeutung zu.<sup>635</sup> Ob es innerstaatlich, wie etwa vom deutschen BVerfG judiziert,<sup>636</sup> eine „Integrationsverantwortung“ der Vertreter:innen im Rat gibt,<sup>637</sup> ist für die Rechtslage nach Art 4 Abs 2 EUV unerheblich.

### 3.6.7 Konsequenzen der Missachtung der nationalen Identität

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist die Konsequenz einer Missachtung der nationalen Identität durch die Organe der EU die Primärrechtswidrigkeit des fraglichen Rechtsaktes.<sup>638</sup> Handelt es sich dabei um Sekundärrecht, so kann dieses vom EuGH als nichtig erklärt werden.<sup>639</sup> Eine Missachtung der nationalen Identität führt aber – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>640</sup> – nicht automatisch dazu, dass die missachtende Handlung nicht mehr vom unionalen Anwendungsvorrang profitiert.<sup>641</sup> Eine Verletzung von Art 4 Abs 2 EUV ist eine Primärrechtsverletzung und nimmt als solche keine Sonderstellung im Gefüge des

635 Siehe dazu schon oben in Fn 635.

636 BVerfGE 123, 267 (Lissabon); aktuell etwa auch BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 106 ff. Zur Verwendung dieses Begriffs durch das BVerfG im Lissabon-Urteil ausführlich und mwN Kottmann/Wohlfahrt, ZAöRV 2009, 454 ff.

637 BVerfGE 123, 267 (Lissabon) 356; aktuell zB BVerfG, 30.07.2019, 2 BvR 1685/14 und 2 BvR 2631/15 (Bankenunion) Rz 102 ff, 140 ff; BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15 ua (PSPP) Rz 106 ff. Dazu Pernice, AöR 2011, 212 f.

638 So zB auch Dobbs, Yearbook of European Law 2014, 315 f; Hatje in Schwarze, Art 4 EUV Rz 20; Schnettger in Calliess/van der Schyff, Identity 32; Obwexer in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 36.

639 Ein Beispiel für eine Prüfung von Sekundärrecht am Maßstab von Art 4 Abs 2 EUV findet sich zB in EuGH 17.07.2014, verb Rs C-58/13 und C-59/13 (Torresi) ECLI:EU:C:2014:2088 Rz 54 ff.

640 Zum Beispiel von Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV Rz 48; Franzius in Pechstein/Nowak/Häde, Art 4 EUV Rz 31; Besselink, Utrecht Law Review 2010 (6:3) 47 f.

641 Wie hier zB Cloots, Identity 181 ff; van der Schyff, EPL 2016, 231; van der Schyff, ELR 2012, 572 f, 583; Murphy, Trinity College Law Review 2017, 118 f; vgl auch Polzin, Verfassungidentität 190 ff.

Unionsrechts ein. Primärrechtsverletzungen durch EU-Sekundärrechtsakte haben aber nicht zur Folge, dass der Sekundärrechtsakt im beschwerdeführenden oder von der Primärrechtsverletzung besonders betroffenen Staat „automatisch“ und schon vor einer Nichtigerklärung durch den EuGH keinen Anwendungsvorrang mehr genießt. Dies bestätigte der EuGH – zumindest implizit – auch in der Rs *M.A.S.*<sup>642</sup> (bzw *Taricco II*).<sup>643</sup> Dem EuGH hätte sich in dieser Rechtssache die Gelegenheit geboten, die nationale Identität als Rechtfertigung für die teilweise Aussetzung des Anwendungsvorrangs heranzuziehen; er wich dem aber aus.<sup>644</sup> Stattdessen begründete er die Relativierung des Anwendungsvorrangs im konkreten Fall mit einer Bezugnahme auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit als im Unionsrecht verankerten allgemeinen Rechtsgrundsatz.<sup>645</sup> Aus der bisherigen Rsp des EuGH lassen sich damit keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass Art 4 Abs 2 EUV zu einer Relativierung des Anwendungsvorrangs führt. Eine Verletzung der nationalen Identität eines Mitgliedstaates führt also – sofern sie vom EuGH aufgegriffen wird – zur Nichtigkeit des Rechtsaktes mit Wirkung für die gesamte EU-Rechtsordnung und damit auch für die nicht betroffenen Mitgliedstaaten. Dieses Ergebnis wird auch durch den Grundsatz der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung<sup>646</sup> unterstrichen, nachdem das Unionsrecht in allen Mitgliedstaaten einheitlich gilt und angewendet werden muss. Auch die von *Cloots*<sup>647</sup> vorgebrachten Bedenken gegen eine Nichtigerklärung von Sekundärrechtsakten auf Grund einer Identitätsverletzung (im Wesentlichen: dass möglicherweise nur die nationale Identität eines von vielen Mitgliedstaaten betroffen ist und dass durch eine Nichtigerklärung in den politischen Gestaltungsspielraum des Sekundärrechtsetzers eingegriffen wird) treffen auch auf andere Primärrechtsbestimmungen zu und ändern nichts an der überprüfaren Verpflichtung des Sekundärrechtsetzers, Art 4 Abs 2 EUV einzuhalten. Dass einzelne Mitgliedstaaten durch eine Identitätsverletzung uU mehr betroffen sind als andere, ist dem Konzept des Art 4 Abs 2 EUV – der eben auf die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abstellt – immanent.

Die Heranziehung von Art 4 Abs 2 EUV durch den EuGH setzt weiters nicht voraus, dass sich ein Mitgliedstaat – durch die beteiligte Regierung oder das

642 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (M.A.S.) ECLI:EU:C:2017:936. Zu dieser Entscheidung auch schon oben bei 2.2 (= 43).

643 Wie hier *Rauchegger*, CMLR 2018, 1542, 1547; für den Aspekt des Identitätsvorbehalts auch *Burchardt*, EuR 2018, 261f; vgl auch *Obwexer* in von der Groben/Schwarze/Hatje, Art 4 EUV Rz 37, 54.

644 Dazu auch *Burchardt*, EuR 2018, 261ff; *Rauchegger*, CMLR 2018, 1542.

645 EuGH 05.12.2017, Rs C-42/17 (M.A.S.) ECLI:EU:C:2017:936 Rz 51ff.

646 ZB EuGH 26.02.2013, Rs C-399/11 (Melloni) ECLI:EU:C:2013:107 Rz 63; EuGH 18.10.2007, Rs C-195/06 (Österreichischer Rundfunk) ECLI:EU:C:2007:613 Rz 24; EuGH 18.01.1984, Rs C-327/82 (Ekro) ECLI:EU:C:1984:11 Rz 11.

647 *Cloots*, Identity 325 f.

Vorlagegericht – auf diese Bestimmung beruft.<sup>648</sup> Schließlich ist kein Grund ersichtlich, wieso die Heranziehung von Art 4 Abs 2 EUV durch den EuGH anderen Regeln unterliegen sollte als die Heranziehung des sonstigen Primärrechts.<sup>649</sup> Zwar muss die Identitätsverletzung ausreichend substantiiert werden, damit der EuGH sie anerkennt – was durch die mangelnde Offenlegung der vom EuGH geforderten Substantiierungserfordernisse<sup>650</sup> erschwert wird. Dies könnte aber – zumindest theoretisch – auch durch die Generalanwältinnen und Generalanwälte oder sogar durch den EuGH selbst passieren – wenngleich sich dieser idR nicht darum bemühen wird, sich zu Ungunsten des Unionsrechts für mitgliedstaatliche Freiräume einzusetzen.

Eine Sonderfrage in diesem Zusammenhang ist, ob die Geltendmachung der Missachtung der nationalen Identität jenem Mitgliedstaat vorbehalten bleibt, dessen nationale Identität missachtet wurde. Verneint man dies, so wäre es bspw. denkbar, dass Frankreich einen Sekundärrechtsakt vor dem EuGH mit der Begründung bekämpft, dass durch den Sekundärrechtsakt die nationale Identität Deutschlands verletzt wird. Es sprechen eine Reihe von Argumenten dafür, eine Rüge auch durch „fremde“ Mitgliedstaaten zuzulassen: Art 4 Abs 2 EUV nimmt auf alle nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten Bezug und macht diese zu seinem Schutzobjekt; ob ein Verstoß gegen diese Bestimmung vorliegt, kann aber nicht davon abhängen, wer einen Rechtsakt anficht oder wo dieser zur Anwendung kommen soll. Auch müssen die Mitgliedstaaten bei der Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV im Allgemeinen keine „Selbstbetroffenheit“ geltend machen, sondern sind als privilegierte Kläger befugt, jedwede Rechtswidrigkeit beim EuGH geltend zu machen. In der Praxis wird die Bezugnahme eines Mitgliedstaates auf die nationale Identität eines anderen Mitgliedstaates dadurch erschwert, dass die tätig werdenden Personen sich mit der nationalen Identität eines anderen Mitgliedstaates auseinandersetzen und die Identitätsverletzung ent-

648 In diese Richtung könnten die Ausführungen von GA Øe 04.05.2017, Rs C-566/15 (Erzberger) ECLI:EU:C:2017:347 Rz 101 ff gedeutet werden, der die Qualifikation bestimmter Vorschriften über die betriebliche Arbeitnehmer:innenmitbestimmung eher nicht als Teil der deutschen nationalen Identität qualifiziert wissen will und dazu auch darauf hinweist, dass die deutsche Bundesregierung kein entsprechendes Vorbringen erstattet hat.

649 Die Beantwortung der Frage, inwiefern der EuGH ohne entsprechendes Vorbringen der beteiligten Mitgliedstaaten (oder der Kommission) und somit „selbstständig“ darauf eingehen darf, ob Art 4 Abs 2 EUV im von ihm zu beurteilenden Fall einschlägig ist oder nicht, hängt damit von der fraglichen Verfahrensart und von der Rolle ab, die Art 4 Abs 2 EUV in diesem Kontext spielen würde. So besteht bspw. im Vertragsverletzungsverfahren eine Bindung an die begründete Stellungnahme der Kommission (wenngleich zugegebenermaßen schwer vorstellbar ist, wie ein Mitgliedstaat selbst gegen Art 4 Abs 2 EUV verstoßen soll), was den behaupteten Vertragsverstoß angeht; soweit es um die Rechtfertigung eben dieses geht, wird man dem EuGH aber auch die amtswegige Heranziehung von Art 4 Abs 2 EUV zugestehen müssen. Im Nichtigkeitsklageverfahren besteht idR eine Bindung an die vorgebrachten Nichtigkeitsgründe; im Vorabentscheidungsverfahren formuliert der EuGH die Vorlagefrage idR ohnehin so um, wie es ihm nützlich erscheint, um dem vorlegenden Gericht die Vorgaben „der Verträge“ zu erklären.

650 Dazu oben bei 3.6.3.2 (= 106).

sprechend substantiiieren müssen – ein Unterfangen, das bereits mit Blick auf den „eigenen“ Mitgliedstaat bzw die „eigene“ Rechtsordnung nicht einfach ist.

