

# **Grund- und Menschenrechte zwischen nationaler Identität und universellem Anspruch**

2026

ISBN 978-3-406-80538-7

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition.  
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage  
C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- b) Zweitens ist aufgrund des im europäischen Grundrechtsschutz zentralen Legalitätsprinzips und des daraus abgeleiteten Bestimmtheitsgebots in jedem Fall eine präzise, voraussehbare und zugängliche gesetzliche Grundlage erforderlich,<sup>42</sup> was das Risiko divergierender Urteile ebenfalls verringern dürfte. So reichen beispielsweise bloße Hinweise auf föderalistische und direkt-demokratische Struktur- und Verfassungselemente, die in der Schweiz ohne Zweifel zum nationalen Identitäts- und Verfassungskern gehören,<sup>43</sup> ohne klare gesetzliche Bestimmungen etwa in einem Ehe-, Sprachen- oder einem Einbürgerungsgesetz weder für negative Grundrechtseingriffe noch für positive Schutzmaßnahmen aus.
- c) Drittens dürften gerade in den Bereichen nationaler verfassungsrechtlicher Besonderheiten sowie kulturgeschichtlicher Moralvorstellungen und Traditionen die absoluten Diskriminierungsverbote und Gleichheitsgebote einen wirksamen Schutz gegenüber ungerechtfertigten und unverhältnismäßigen nationalen oder regionalen Identitäts-Bedürfnissen darstellen, wie dies etwa das Schweizerische Bundesgericht durch eine zeitgemäße und verfassungskonforme Auslegung des veralteten Wortlauts in der Verfassung des Kantons Appenzell-Innerrhoden entschieden hat, als es den Frauen dieses Kantons das Stimm- und Wahlrecht auch in kantonalen Angelegenheiten zugesprochen hat.<sup>44</sup>
- d) Und schließlich dürfte der gegenwärtig unternommene zweite Versuch eines Beitritts der EU zur EMRK<sup>45</sup> sowohl verschiedene Rechtsschutzlücken schließen als auch eine wichtige institutionelle Absicherung gegenüber divergierenden Urteilen von EGMR und EuGH sein und damit – wie Matthias Herdegen zu Recht festhält<sup>46</sup> – den Prüfungsansatz der *Bosphorus*-Rechtsprechung hinfällig machen.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>42</sup> Vgl. wegleitend EGMR, Urt. v. 2.8.1984, Appl. nos. 8691/79, Malone v. Vereiniges Königreich, Rn. 66 ff.

<sup>43</sup> ZB Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, in: Bernhard Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., 2023, S. 3589 ff.; Müller, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, ebda., S. 1567 ff.

<sup>44</sup> BGE 116 Ia 359 E. 6. Vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 84, 1031.

<sup>45</sup> Der erste Versuch ist 2014 aufgrund des negativen Gutachtens des EuGH zum Beitrittsvertrag gescheitert: EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>46</sup> Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 3 Rn. 65.



## PEDRO CRUZ VILLALÓN

### Nationale Identität und universeller Anspruch der Grund- und Menschenrechte im Europäischen Grundrechtsraum

Man darf ohne Zweifel davon ausgehen, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten eine Kategorie ist, die mit dem universellen Anspruch der Grund- und Menschenrechte in Konflikt geraten kann, wenngleich nur unter der Voraussetzung, dass Identität im Sinne von Partikularität oder Singularität gedeutet wird. Letzteres ist heute tatsächlich das übliche Verständnis des Begriffs geworden. Es ist aber fraglich, ob nationale Identität von Anfang an nur mit der Vorstellung einer singulären Eigenart des jeweiligen Mitgliedsstaats verbunden sein kann. Tatsache ist, dass, anders als der universelle (hier im Sinne von *unionsweite*) Anspruch der Grundrechte, die nationale Identität der Mitgliedstaaten eine rätselhafte Begrifflichkeit bleibt. Im Rahmen dieser Wortmeldung, darf ich mich mit einigen knapp formulierten Aussagen dazu begnügen.

Ich finde, dass die Formulierung *nationale Identität der Mitgliedstaaten*, wie sie in das EU-Recht Eingang gefunden hat, Anlass eines Missverständnisses geworden ist. Es gibt etliche Gründe für die Annahme, dass die Staaten, die 1993 die Europäische Union zur Welt gebracht haben, mit der Aufnahme dieses Gebots im damaligen Art. F Abs. 1 EUV weder *national* noch *Identität* gemeint haben. Man darf in der Tat bezweifeln, dass sie hier dem Wort *Identität* eine autonome Bedeutung geben wollten und *national* im Sinne von *Nation* in deren sehr variablem Verständnis gemeint haben könnten.

Ich neige dazu, zu denken, dass *national*, wie es im EU-Recht häufig der Fall ist, auch hier im Sinne von *zum Staat gehörend* zu verstehen ist, und wenn *staatlich* vermieden wird, so ist dies aus stilistischen Gründen geschehen. *Identität* ihrerseits scheint mir hier im Sinne von *Eigenart* bzw. *Qualität* gemeint zu sein, sodass die Achtung der nationalen Identität so viel wie Gewährleistung der *Staatlichkeit* der Mitgliedstaaten heißt. Zu folgern wäre, dass Identität nicht in erster Linie eine autonome Konnotation aufweist: Sie wäre einfach das terminologische Vehikel für Staatlichkeit. Entsprechend gäbe es an dieser Stelle keinen unmittelbaren Hinweis auf Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten.

Anders gesagt: mittels der Achtung der nationalen Identität wollten die Gründerstaaten kundmachen, dass die Europäische Union *in statu nascendi* die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten bzw. ihre allgemeine Eigenart als Staaten im vollen Sinne des Wortes unberührt lässt. Die Staatlichkeit würde also weiterhin bei den Mitgliedstaaten bleiben, ohne auf die neu geschaffene Union überzugehen. Den Gründerstaaten stünde es nach diesem Art. F Abs. 1 EUV vorerst nur nicht frei, sich von ihrem Status als *demokratische* Staaten zu lösen, eine Pflicht, die hier als Inbegriff von Verfassungsstaatlichkeit zu verstehen ist.

Mir scheint, dass die spätere Textentwicklung der knappen Formulierung der Klausel in *Maastricht* und *Amsterdam*, wie zunächst im gescheiterten Verfassungsvertrag und dann im erfolgreichen Vertrag von Lissabon geschehen, die vorigen Vermutungen bestätigt. Die Hauptfiguren im jetzigen Art. 4 Abs. 2 EUV sind nochmals die Staaten, da er mit der Proklamation der Gleichheit aller Mitgliedsstaaten beginnt. Alles, was im benannten Absatz folgt, ist eine mehr oder weniger glückliche Beschreibung dessen, was es bedeutet, ein Staat in seinen konstituierenden Elementen zu sein, dabei immer nach dessen verfassungsrechtlichen Prämissen. Denn gerade jetzt, wo man dabei ist, dem Vorrang des Unionsrechts Ein-

gang im Vertrag zu verleihen, ist es ratsam, die Staatlichkeit der Mitgliedsstaaten etwas präziser zu formulieren. Im Ergebnis gäbe es bis zu diesem Zeitpunkt keinen Grund zur Annahme, dass die Achtung der nationalen Identität die Gewährleistung eines Rechts auf eine eigene *nationale* Identität des jeweiligen Mitgliedstaats impliziert.

Doch das ist gerade geschehen: Ein zunächst semantisch neutrales Wort hat im Zuge der letzten 15 Jahre ersichtlich eine begriffliche Autonomie erlangt, mit dem Ergebnis, dass der Schwerpunkt der Formulierung sich vom Staat zur Identität verlagert hat. Es wird von nun an davon ausgegangen, dass die Mitgliedstaaten eine eigene nationale Identität besitzen, die sich nicht auf ihre Eigenart als souveräne Staaten beschränkt: Identität soll nun *etwas mehr* heißen. Infolgedessen erhält Identität eine *distinktive* Qualität in dem Sinne, dass sie der Unterscheidung zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen dem jeweiligen Staat und der Union dient. Die Frage ist schlicht, *wie* und *warum* dies geschehen ist.

Das *Wie* der Verselbständigung des Begriffs ist meines Erachtens schnell beantwortet: Es waren die Richter allgemein, sowohl der Unionsrichter wie der nationale Richter, die in parallelaufenden Prozessen zu diesem Wandel beigetragen haben. Teilweise handelte es sich auch um gegenläufige Prozesse, was auch erklären mag, wie daraus nicht eine, sondern zwei Kreaturen entstanden sind: eine *nationale*, als vom Unionsrichter gleichsam entdeckte Identität und eine *konstitutionelle*, als vom nationalen Richter gleichfalls enthüllte Identität. Es stimmt, dass es sich um zur Konvergenz berufene Kategorien handelt, obgleich es keinen Grund gibt, sie zu verwechseln. Dennoch betrifft die Neuheit in beiden Fällen nicht so sehr die Sache als den Begriff selbst. Dazu komme ich gleich. Wie es auch sei: Als Folge dieser Entwicklung ist eine Begrifflichkeit mit unbekanntem Potenzial im europäischen Rechtsraum zustande gekommen, die, es sei *en passant* gesagt, an die Einfügung der *Nationalitäten* in die spanische Verfassung erinnern mag.

Das *Warum* dieser Entwicklung, ist meines Erachtens kaum komplizierter zu beantworten, wobei erneut zwischen dem unionalen und dem nationalen Richter zu unterscheiden ist. Gemeinsam ist allerdings beiden, dass sich die begrifflich *autonomisierte* Identität als ein nützliches Werkzeug für beide erwiesen hat.

Dem Unionsrichter, der, wie erwartet, der Sprache des Vertrags treu bleibt, hat die *nationale* Identität eine willkommene Kategorie zur Verfügung gestellt, mit Hilfe derer er einige Modulationen, insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten, fortgeführt hat. Was er in Ermangelung eines spezifischen Begriffs oft schon für Recht erklärt hatte, konnte er nun mittels des Verweises auf die nationale Identität in gleicher Weise für Recht erklären. Damit wird allerdings auch die Reichweite dieser *nationalen* Identität von Anbeginn festgelegt: Aus der Sicht des Unionsrechts mag sie als der Raum der *akzeptablen* nationalen Partikularitäten beschrieben werden.

Völlig anders verhält es sich mit dem nationalen (Verfassungs-)Richter. Dieser hat im Begriff der (*Verfassungs-*)Identität den perfekten Ersatz für die Notion einer „unionsrechtsfesten“ nationalen Verfassung gefunden. An die Stelle der verschiedenen Begrifflichkeiten nationaler Prägung tritt ein einheitlicher Terminus, der auf welche Weise auch immer im Unionsrecht seinen Platz gefunden hat.

Damit ist es an der Zeit, sich mit dem Anspruch auf *unionsweite* Geltung der Grundrechte im Rahmen des Identitätsvorbehalts zu beschäftigen. Man darf ohne Zweifel davon ausgehen, dass gerade die Grundrechte den Kern der Identität der Staaten, wie sie heute verstanden wird, verkörpern. Trotz des engen Bezugs der Achtung der nationalen Identität zu den Kompetenzbestimmungen im EU-Vertrag ist die Frage der Kompetenzüberschreitung weitgehend unter die *ultra vires*-Kategorie subsumiert worden, sodass sich die nationalen Grundrechte dementsprechend des Identitätsvorbehalts bemächtigt haben. Hinzu kommt, dass sich die nationalen Grundrechte als weniger flexibel als die bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Zuständigkeiten erweisen.

So hat der Unionsrichter, wie schon erwähnt, in der nationalen Identität ein geeignetes Mittel gefunden, um insbesondere den Fundamentalismus seiner Rechtsprechung im Bereich

der Grundfreiheiten zu relativieren. Die Frage bleibt dennoch, ob er damit nicht den Weg zu bunt gemischten Identitätsansprüchen seitens der Mitgliedsstaaten geöffnet hat, die sich nicht einfach von der Hand weisen lassen.

Seitens des nationalen Richters ist insbesondere die bekannte Entwicklung der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungidentität zu verzeichnen, wonach es im Wege der sogenannten Identitätskontrolle, parallel zur *ultra vires*-Kontrolle, zu einer nationalen *Prozeduralisierung* der Verfassungidentität gekommen ist. Die Garantie der Verfassungidentität wird somit zum Gegenstand der Verantwortung des nationalen Verfassungsrichters erhoben. Zwar ist nach derselben Jurisprudenz ein Vorabentscheidungsversuch beim EuGH zu stellen, um dessen Auffassung über die Reichweite der *nationalen* Identität in der betreffenden Konstellation einzuholen, und das in der Hoffnung, damit im weiteren Verlauf einem Konflikt zwischen den Gerichten vorzubeugen. Der deutsche Richter hat dennoch wenig Zweifel daran gelassen, dass er Herr der Verfassungidentität bleibt. Wir wissen heute, dass dies keine reine Hypothese ist.

Ich komme zum Schluss. Der Unionsrichter hat betreffend die Bedeutung, die der nationale Richter einem nationalen Grundrecht beimisst, so viel wie nichts zu sagen. Er ist jedoch dazu berechtigt und berufen, über die Bedeutung des jeweiligen Grundrechts, wie es im Unionsrecht gilt, endgültig zu entscheiden. Es ist klar, dass es damit zu unterschiedlichen Beurteilungen der jeweiligen Grundrechte kommen kann. Hierzu ist es aber wichtig, zwischen der Identität *kleingeschrieben* und der Identität *großgeschrieben* zu unterscheiden.

Unter Identität *kleingeschrieben* verstehe ich die nationale Identität, das ist die Identität, wie sie vom Unionsrichter begriffen wird, *scil.* diejenige, die sich im Kräftefeld der akzeptablen Partikularitäten entwickelt und über die entsprechend vom Unionsrecht, wenn nötig mittels des gerichtlichen Dialogs, endgültig entschieden wird. Dem nationalen Richter sollte dies von Anfang an klar sein.

Es wäre aber naiv zu denken, dass damit die Identitätsquerelle ihr Bewenden hätte. Es ist leider auch mit einer Identität *großgeschrieben* zu rechnen, die grob mit der Verfassungidentität, wie sie von etlichen Verfassungsgerichten verstanden wird, zusammenfällt. Gelegentlich wird in diesem an sich außergewöhnlichen Szenario vom ersten Moment an ersichtlich, dass es nicht mehr auf mehr oder weniger akzeptable Partikularitäten ankommt. Dementsprechend bestehen Zweifel an der vorbehaltlosen Bereitschaft zur Akzeptanz des unionalen Richterspruchs seitens des nationalen Richters. Die Erfahrung lehrt dennoch, dass auch unter diesen Umständen Auswege zur Vermeidung des offenen Konflikts möglich bleiben. Sollte dies nicht der Fall sein, so wären sowohl der nationale wie der Unionsrichter gut beraten, wenn sie zur Überzeugung kämen, dass sie nicht die einzigen Akteure im europäischen Verfassungsverbund sind.



## CHRISTOPH GRABENWARTER

# Nationale Identität und universeller Anspruch: Grund- und Menschenrechte im Europäischen Grundrechtsraum

Das Thema formuliert einen Spannungsbogen zwischen der universellen Ebene und der Ebene der Verfassungen einzelner Staaten, dazwischen liegt die europäische Ebene. Diese Ebenen möchte ich grob umschreiben mit der dialogischen Verdichtung von Grundrechtsgehalten in der Balance zwischen Mindeststandards und der Ausfüllung von Spielräumen der Staaten. Dabei möchte ich stets – bewusst an *Matthias Herdegen* anknüpfend – simultan sowohl die völker- und europarechtliche als auch die verfassungsrechtliche Perspektive beibehalten.

In drei Bemerkungen soll dieser Vorgang der dialogischen Verdichtung näher beschrieben werden, erstens in Bemerkungen zu den Bestimmungsgründen dieses Vorgangs, zweitens in konkreten Bemerkungen zum Beispiel Österreich und drittens in Bemerkungen zur Rolle der Verfassungsgerichte allgemein.

## beck-shop.de DIE FACHLICHKEIT AUF HANDELPUNKT

### 1. Bestimmungsgründe der Grundrechtsverdichtung

Zunächst zu den *Bestimmungsgründen* der Verdichtung von Grundrechtsgehalten: Es gibt wenigstens vier Bestimmungsgründe für die Art und Weise, wie europäische Grundrechte im nationalen Recht der Staaten Europas ihre konkrete Ausprägung erfahren:

- a) Die Verfassungsrechtslage: Es macht einen Unterschied, ob in einem Staat ein relativ junger, geschlossener Grundrechtskatalog als Teil der Verfassung gilt oder ob vor langer Zeit proklamierte Menschenrechtserklärungen oder Grundrechte im nationalen Verfassungsrecht bis heute prägend geblieben sind. In Staaten wie Deutschland mit Grundrechten, die vor dem Hintergrund der Absage an die Gräuel des Nationalsozialismus formuliert wurden, und in Staaten, die in den 1990er eine kommunistische Diktatur hinter sich gelassen haben und neue Verfassungen unter Einfluss der EMRK geschaffen haben, ist die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf europäische Grund- und Menschenrechte weniger groß. Dagegen haben sich Gerichte in Staaten mit älteren Verfassungen und Grundrechtskatalogen tendenziell früher und stärker mit dem „Import“ europäischer Menschenrechte und europäischer Grundrechtsjudikatur befasst.
- b) Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht: Wir haben in Europa nach wie vor unterschiedliche verfassungsrechtliche Ansätze und Theorien zur Verarbeitung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und nationalem Recht. Monistischen Systemen in verschiedener Ausprägung stehen ebenso vielfältige Spielarten des Dualismus von Völkerrecht und nationalem Recht gegenüber. In dualistischen Systemen kann die „Übersetzung leistung“ durch den Gesetzgeber tendenziell eine größere sein als in monistischen Systemen, in denen Verfassungsgerichte europäische Grundrechte in ihrer Auslegung durch einen europäischen Gerichtshof unmittelbar heranziehen.
- c) Das Verhältnis zwischen Unionsrecht und dem Verfassungsrecht: Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt, dass auch das Verhältnis zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht die Art und Weise der Rezeption der Inhalte der Rechte der Grundrechte-Charta vom innerstaatlichen Recht abhängt. Zwar beansprucht das Unionsrecht Vorrang

vor nationalem Recht, gegebenenfalls auch vor nationalem Verfassungsrecht, doch haben einzelne Verfassungsgerichte in der Auslegung ihres Verfassungsrechts Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts gerade in Bezug auf das Verfassungsrecht definiert, manchmal verbunden mit der hart empfundenen, aber Klarheit schaffenden Kennzeichnung als *ultra vires*-Akte, wie wir von *Pedro Cruz Villalón* gehört haben. Noch nicht abschließend diskutiert, aber an einzelnen Entscheidungen bewusst geworden ist die Frage, ob angesichts der Offenheit der meisten Rechte der Grundrechte-Charta mit Eingriffsvorbehalten die Voraussetzungen eines Vorrangs etwa gegenüber nationalen Grundrechten im herkömmlichen Sinn überhaupt gegeben sind.

- d) Das Rechtsschutzsystem: Schließlich ist auch das Rechtsschutzsystem maßgeblich für das Verhältnis zwischen nationalen Grundrechten und europäischen Menschenrechten. In Staaten, die überhaupt nicht über ein Verfassungsgericht mit der Befugnis zur spezialisierten Kontrolle am Maßstab der Grund- und Menschenrechte verfügen, ist der Einfluss der europäischen Grund- und Menschenrechte in der Fachgerichtsbarkeit in der Gestalt, die ihnen die europäischen Gerichtshöfe gegeben haben, stärker als in Staaten mit einem Verfassungsgericht. Verfassungsgerichte wenden zunächst die Grundrechte ihrer Verfassung an, viele von ihnen tun dies angeleitet von ihren Verfassungsordnungen integrationsoffen und europafreundlich, markieren aber immer wieder auch Grenzen der Übernahme der Straßburger oder Luxemburger Rechtsprechung.

## 2. Das Beispiel Österreich

Lassen Sie mich vor dem Hintergrund der eben formulierten Bestimmungsgründe im zweiten Teil meiner Diskussionsbemerkung diese Bestimmungsgründe am Beispiel Österreichs kurz erläutern. Im österreichischen Verfassungsrecht gibt es bis heute keinen geschlossenen Grundrechtskatalog. Die meisten verfassungsrechtlichen Grundrechte stammen aus einem Staatsgrundgesetz aus dem Jahr 1867, das im Jahr 1920 zum Großteil in die heute geltende Bundesverfassung integriert wurde. Fragen der Menschenwürde, des fairen Verfahrens oder des Datenschutzes fehlten. Neben punktuellen Ergänzungen der Grundrechte hat die vom Verfassungsgerichtshof angestoßene Hebung der Menschenrechtskonvention, die in einem monistischen System ohnehin schon Teil des Bundesrechts war, in den Verfassungsrang im Jahr 1964 die EMRK zum Kern auch der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte gemacht.

Ein weiterer Meilenstein bildete eine Entscheidung zur Bedeutung der Grundrechtecharta im Jahr 2012 (VfSlg 19632/2012). Die Rechte der Grundrechte-Charta, die jenen der EMRK oder innerstaatlichen Grundrechten entsprechen, wurden diesen gleichgestellt und auch zum Maßstab auch der Normenkontrolle gemacht.

Diese beiden Beispiele zeigen, wie sehr ein europafreundliches und aktives Verfassungsgericht das Verhältnis zwischen nationalen Grundrechten und europäischen Menschenrechten bestimmen und vor allem wie sehr es europäischen Grundrechtsgehalten zum Durchbruch verhelfen kann. Gleichwohl hat das Verfassungsgericht auch gezeigt, dass es – im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten (*margin of appreciation*) – nicht bereit ist, jede Rechtsprechungsentwicklung mitzugehen, die manchmal vom Besonderheiten des Einzelfalles und der jeweiligen Rechtsordnung bestimmt ist. So haben sich insbesondere mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Laufe der Jahrzehnte fruchtbare Dialoge entwickelt, etwa im Bereich des Rechtsschutzes im Verwaltungsrecht oder des Doppelbestrafungsverbots, die dann jeweils zu „Mittellösungen“ geführt haben.