

MONIKA POLZIN

# Verfassungsidentität

*Jus Publicum*

272

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 272





Monika Polzin

# Verfassungsidentität

Ein normatives Konzept  
des Grundgesetzes?

Mohr Siebeck

*Monika Polzin*, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften in Hannover, Kiel und England (University of Surrey); 2001 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Basel; 2004 Promotion; Rechtsreferendariat beim OLG München; 2006/2007 LL.M. Studium an der New York University (NYU) als Hugo Grotius Scholar; 2007–10 Rechtsanwältin; seit 2010 Juniorprofessorin für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Völkerrecht an der Universität Augsburg; 2017 Habilitation.

ISBN 978-3-16-155643-2 / eISBN 978-3-16-155644-9  
DOI 10.1628/978-3-16-155644-9

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Für Aaliyah*



## Vorwort

„*Brevity is the soul of wit*“

William Shakespeare, Hamlet, Akt 2, Szene 2

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/17 von der Johann-Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt als Habilitationsschrift angenommen. Sie wurde im Oktober 2016 fertiggestellt, neuere Entwicklungen, insbesondere die CETA-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurden, bis Ende Juli 2017, noch im Wesentlichen eingearbeitet.

Ich möchte meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann sehr herzlich für seine Unterstützung und Förderung seit meiner Studienzeit danken. Weiterhin danke ich Frau Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann für die Übernahme des Zweitgutachtens und ihren Zuspruch.

Darüber hinaus möchte ich mich bei meiner Sekretärin Frau Brigitte Bratsch für ihre stetige Unterstützung und meinen (ehemaligen) studentischen Hilfskräften Julia Abreß, Judith Barl, Stefanie Dadrach, Katharina Doll, Marc Egle, Veronika Koch, Lea Barbara Kuhlmann, Carl Nägele und Martin Wache für ihren großartigen Einsatz bei der Literaturbeschaffung bedanken. Katharina Doll, Lea Barbara Kuhlmann und Martin Wache haben zudem beim Korrekturlesen der Habilitationsschrift mit großer Sorgfalt mitgewirkt. Besonderen Dank schulde ich Herrn Tim Habereeder, der mich am meisten und mit großer Genauigkeit bei der Vorbereitung der Veröffentlichung der Habilitationsschrift unterstützt hat. Schließlich bin ich meinen Kollegen in Augsburg dafür zu Dank verpflichtet, dass sie mir während meiner Juniorprofessur auch den Freiraum für die Anfertigung der Habilitationsschrift gewährt haben.

Bedanken möchte ich mich auch bei Dr. Anne Kühler für Ihren klaren Geist und moralischen Zuspruch.

Mein größter Dank gilt Carsten, ohne den das vorliegende Buch nicht entstanden wäre. Gewidmet ist die Schrift Aaliyah, die am lautesten gejubelt hat, als die Habilitation beendet war.

München, Januar 2018

*Monika Polzin*



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
1. Teil: Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität	9
§ 1 <i>Der Ursprung des Konzepts der Verfassungsidentität</i> . . . . .	9
I. Der Hintergrund: Die Reichsverfassung von 1871 . . . . .	11
II. Die Weimarer Verfassung . . . . .	16
1. Die herrschende Auffassung:	
Unbegrenzte Verfassungsänderungen . . . . .	18
2. Immanente Schranken und der Begriff der Verfassungsidentität	21
2.1 Der Ansatz Carl Bilfingers . . . . .	22
2.2 Der Ansatz Carl Schmitts . . . . .	23
III. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	28
§ 2 <i>Das Konzept der Verfassungsidentität und das Grundgesetz</i> . . . . .	29
I. Die Ausarbeitung des Grundgesetzes . . . . .	29
1. Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee . . . . .	31
2. Der Parlamentarische Rat . . . . .	32
II. Die Einführung des Begriffs der Verfassungsidentität . . . . .	36
III. Die Entwicklung des unionsgerichteten Konzepts der Verfassungsidentität . . . . .	42
1. Der Ausgangspunkt: Solange-I . . . . .	43
2. Art. 79 Abs. 3 GG als Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten . . . . .	47
3. Die Leitentscheidung: Das Lissabon-Urteil . . . . .	48
4. Die nachfolgende Rechtsprechung . . . . .	52
4.1 Die unionsgerichtete Verfassungsidentität als absolutes Konzept . . . . .	52
4.2 Die Präzisierung der Identitätskontrolle und des Konzepts der Verfassungsidentität als Grenze für den Anwendungsvorrang des Unionsrechts . . . . .	53
4.3 Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung . . . . .	58
4.4 Die Ambivalenz des Verhältnisses von Art. 79 Abs. 3 GG und dem Konzept der Verfassungsidentität . . . . .	59

5. Diskrepanzen zwischen dem deutschen und europäischen Verständnis der Verfassungsidentität . . . . .	62
6. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	67
IV. Verfassungsidentität und völkerrechtliche Verpflichtungen . . . . .	67
1. Das Konzept der Verfassungsidentität und die EMRK . . . . .	70
2. Die prozessuale Bedeutung . . . . .	72
3. Art. 24 Abs. 1 GG . . . . .	77
4. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	78
V. Schlussbetrachtung: Die zentralen verfassungsrechtlichen Fragen . . . . .	79
1. Grundlegende Fragen zu Art. 79 Abs. 3 GG und dem Konzept der Verfassungsidentität . . . . .	79
2. Grundlegende Fragen des unionsgerichteten Konzepts der Verfassungsidentität . . . . .	80
3. Grundlegende Fragen bezüglich des völkerrechtsgerichteten Konzepts der Verfassungsidentität . . . . .	81
§ 3 <i>Zusammenfassung und Ergebnis</i> . . . . .	82
2. Teil: Verfassungsidentität, verfassungsgebende Gewalt und Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	85
§ 1 <i>Art. 79 Abs. 3 GG als einzige und konstitutive Grenze</i> . . . . .	85
I. Unterscheidung zwischen verfassungsgebender und verfasster verfassungsändernder Gewalt . . . . .	87
1. Ursprüngliche theoretische Unterscheidung ist kein Beleg . . . . .	90
1.1 Historische Idee . . . . .	90
1.2 Die deutsche Verfassungslehre . . . . .	95
2. Nicht rechtfertigbar mit dem Prozess der Verfassungsgebung . . . . .	97
3. Rechtsnatur als abgeleitetes (derivatives) Organ kein valides Argument . . . . .	102
4. Rechtfertigung mit Fiktionen bezüglich der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes nicht haltbar . . . . .	104
5. Ergebnis . . . . .	107
II. Materiale Verfassungstheorien . . . . .	107
1. Keine Anhaltspunkte im Grundgesetz . . . . .	107
2. Verfassungstheoretische Kritik . . . . .	108
III. Ergebnis . . . . .	110
§ 2 <i>Art. 79 Abs. 3 GG als Kompetenzgrenze zwischen verfasster und verfassungsgebender Gewalt?</i> . . . . .	111
I. Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	112
II. Sinn und Zweck . . . . .	112

III. Systematik des Grundgesetzes . . . . .	113
1. Präambel . . . . .	114
2. Art. 20 Abs. 2 GG . . . . .	117
3. Art. 146 n.F. . . . .	117
3.1 Die verfassungstheoretischen Grundannahmen . . . . .	122
a) Verfassungsgebende Gewalt als extrakonstitutionelle rechtlich relevante Gewalt . . . . .	122
b) Naturrechtliches Recht auf jederzeitige Verfassungsänderung . . . . .	125
3.2 Bessere Auslegung: Funktionslosigkeit . . . . .	125
IV. Entstehungsgeschichte . . . . .	128
V. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	130
§ 3 <i>Verfassungsidentität ist keine passende Begrifflichkeit</i> . . . . .	133
I. Verfassungsidentität und die Erweiterung des Inhalts von Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	134
1. Problem 1: Verzahnung des Begriffs der Verfassungsidentität mit der Vorstellung einer extrakonstitutionellen verfassungsgebenden Gewalt . . . . .	134
2. Problem 2: Verzahnung des Begriffs der Verfassungsidentität mit der Frage: Was ist das Wesentliche bzw. Eigentümliche des Grundgesetzes? . . . . .	135
3. Problem 3: Verzahnung des Begriffs der Verfassungsidentität mit der Abgrenzung zwischen neuer und alter Verfassung . . . . .	136
II. Verfassungsidentität und verfassungsrechtlich gebotene restriktive und zurückhaltende Auslegung von Art. 79 Abs. 3 GG. . . . .	136
§ 4 <i>Ergebnis und Zusammenfassung</i> . . . . .	141
3. Teil: Verfassungsidentität, Art. 79 Abs. 3 GG und die europäische Integration . . . . .	143
§ 1 <i>Verfassungsidentität, Art. 79 Abs. 3 GG und die     inhaltlichen Grenzen für die Übertragung von Hoheitsrechten     auf die Europäische Union</i> . . . . .	143
I. Verfassungsidentität ist kein eigenständiges rechtliches Konzept . . . . .	143
II. Verfassungsidentität ist keine passende Begrifflichkeit . . . . .	144
1. Allgemein: Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3 GG kein spezifisch integrationsbegrenzender Inhalt . . . . .	146
1.1 Kein Vorrang der von Art. 79 Abs. 3 GG umfassten Verfassungsprinzipien . . . . .	147
1.2 Besonders restriktive Auslegung . . . . .	149

1.3	Keine rechtsfortbildende, den Inhalt erweiternde Auslegung	150
1.4	Ergebnis und Auslegungsgebot . . . . .	151
2.	Verfassungsidentität, Verfassungsstaatlichkeit und Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	154
2.1	Art. 79 Abs. 3 GG und das Gebot der restriktiven Auslegung	157
2.2	Kein Schutz der souveränen Staatlichkeit gem. Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	159
a)	Auslegung des Grundgesetzes . . . . .	159
b)	Verfassungstheoretische Grundannahmen bezüglich der verfassungsgebenden Gewalt und des Demokratieprinzips	161
c)	Demokratieprinzip . . . . .	163
d)	Unbestimmtheit . . . . .	164
3.	Verfassungsidentität, Art. 79 Abs. 3 GG und das Demokratieprinzip . . . . .	167
3.1	Unantastbarer Kern des Demokratieprinzips schützt keine bestimmten Aufgaben- bzw. Kompetenzbereiche . . . . .	167
a)	Das spezifisch integrationsbegrenzende Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts . .	168
b)	Die verfassungsrechtlich gebotene restriktive Auslegung von Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1, 2 GG	171
aa)	Grundsatz Gestaltungsspielraum . . . . .	172
bb)	Absolute Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG	174
3.2	Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG, Art. 79 Abs. 3 GG und Anforderungen an die demokratische Ausgestaltung der EU	175
III.	Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	177
§ 2	<i>Verfassungsidentität, Art. 79 Abs. 3 GG und die Grenzen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts . . . . .</i>	177
I.	Keine Begrenzung des Anwendungsvorrangs . . . . .	178
1.	Funktion und Struktur des Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3 GG	180
2.	Hypothetische Kollisionsfälle . . . . .	181
3.	Spezialfall: Menschenwürdeschutz . . . . .	183
4.	Ultra-vires-Kontrolle ist ausreichend und unionsrechtsfreundlicher . . . . .	186
5.	Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	190
II.	Keine Begründung anhand von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV möglich . . .	190
III.	Möglichkeit der Entwicklung eines von Art. 79 Abs. 3 GG losgelösten unionalen Konzepts der Verfassungsidentität . . . . .	194
IV.	Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	197
§ 3	<i>Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .</i>	197

4. Teil: Verfassungsidentität, Art. 79 Abs. 3 GG und das Völkerrecht . . . . .	199
§ 1 <i>Art. 79 Abs. 3 GG, Verfassungsidentität und die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übernahme völkerrechtlicher Verpflichtungen</i> . . . . .	199
I. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG . . . . .	200
II. Zustimmungsgesetze gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 79 Abs. 3 GG, Verfassungsidentität und Art. 38 Abs. 1, 2 GG . . . . .	200
1. Subjektives Recht aufgrund von Art. 38 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG, 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG unpassend . . . . .	201
2. Funktion des Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	203
3. Nicht vorhandener Gegensatz zwischen Völkerrechtsfreundlichkeit und den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsgrundsätzen . . . . .	204
III. Art. 24 Abs. 1 GG . . . . .	205
1. Normstruktur von Art. 24 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG . . . . .	206
2. Funktion des Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	206
3. Skizze der immanenten Grenzen von Art. 24 Abs. 1 GG . . . . .	207
IV. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	209
§ 2 <i>Art. 79 Abs. 3 GG, Verfassungsidentität und die verfassungsrechtlichen Grenzen der Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen</i> . . . . .	209
I. Völkerrechtliche Verträge gem. Art. 59 Abs. 2 GG . . . . .	210
1. Grundsatz . . . . .	210
2. Sonderfall EMRK . . . . .	211
2.1 Verfassungsdogmatisch überflüssig . . . . .	211
2.2 Funktion des Art. 79 Abs. 3 GG . . . . .	213
2.3 Beurteilungsspielraum . . . . .	215
II. Hoheitsakte zwischenstaatlicher Einrichtungen gem. Art. 24 Abs. 1 GG . . . . .	217
III. Völkergewohnheitsrecht und allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze . . . . .	219
IV. Ergebnis und Zusammenfassung . . . . .	220
§ 3 <i>Ergebnis und Zusammenfassung</i> . . . . .	220

5. Teil: Zusammenfassung und Schlussbetrachtung . . . . .	223
I. Ursprung und Entwicklung . . . . .	223
II. Kein normatives Konzept der Verfassungsidentität . . . . .	224
III. Kein verfassungsrechtlich wünschenswertes Konzept . . . . .	225
Literaturverzeichnis . . . . .	227
Sachregister . . . . .	249

## Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BayVbl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
Denv. U. L. Rev.	Denver University Law Review
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GLJ	German Law Journal
I•CON	International Journal of Constitutional Law
Integr.	Integration
JA	Juristische Ausbildung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritV	Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lfg.	Lieferung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. Dr. Pub. Sci. Pol.	Revue de Droit Publique et Sciences politiques
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
Rs.	Rechtssache
RV	Reichsverfassung
Sten. Ber.	Stenographische Berichte
SZ	Süddeutsche Zeitung

XVI

*Abkürzungsverzeichnis*

VVDStRL

Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen  
Staatsrechtslehrer

WRV

Weimarer Reichsverfassung

ZaöRV

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und  
Völkerrecht

ZEuS

Zeitschrift für Europarechtliche Studien

ZfP

Zeitschrift für Politik

ZJS

Zeitschrift für das Juristische Studium

ZöR

Zeitschrift für öffentliches Recht

ZRP

Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSR

Zeitschrift für Schweizer Recht

## Einleitung

„Sache der Wissenschaft kann es nicht sein,  
Mysterien zu pflegen und zu konservieren, sondern  
die Wahrheit zu suchen und sich ihr, soweit es in  
ihren Möglichkeiten liegt, zu nähern.“<sup>1</sup>

Verfassungsidentität ist seit dem vielzitierten Lissabon-Urteil<sup>2</sup> und der nachfolgenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>3</sup> (wieder)<sup>4</sup> in aller Munde.<sup>5</sup> Das Besondere am Konzept<sup>6</sup> der Verfassungsidentität ist, dass es im Grundgesetz selbst keine Erwähnung findet<sup>7</sup>, sondern vielmehr von Literatur und

---

<sup>1</sup> Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*, 1995, S. 73.

<sup>2</sup> BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

<sup>3</sup> BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*; BVerfGE 126, 286 – *Mangold/Honeywell*; BVerfGE 128, 326 – *EGMR Sicherungsverwahrung*; BVerfGE 129, 124 – *Finanzhilfen für Griechenland/EFS*; BVerfGE 129, 78 – *Anwendungserweiterung*; BVerfGE 132, 195 – *ESM (einstweiliger Rechtsschutz)*; BVerfGE 133, 277 – *Antiterrordateigesetz*; BVerfGE 134, 366 – *OMT*; BVerfGE 135, 317 – *ESM (Hauptsacheverfahren)*; BVerfG, 2 BvR 2735/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015 – *Identitätskontrolle*; BVerfG, 2 BvR 2727/13 u. a., Urteil v. 21. Juni 2016 – *OMT*; BVerfG, 2 BvE 3/16 u. a., Urteil v. 13. Oktober 2016 – *CETA (einstweilige Anordnung I)*; BVerfG, 2 BvR 1444/16 u. a., Beschluss v. 7. Dezember 2016 – *CETA (einstweilige Anordnung II)*; BVerfG, 2 BvR 859/15 u. a., Beschluss v. 18. Juli 2017 – *PSPP (Vorlagebeschluss)*.

<sup>4</sup> Für das Grundgesetz aus älterer Zeit insbesondere: *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Ders. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1. Aufl. 1987, § 19 (nunmehr: § 21 Die Identität der Verfassung, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004).

<sup>5</sup> Siehe z. B. aus der in der letzten Zeit spezifisch zum Konzept der Verfassungsidentität in Deutschland erschienenen Literatur: *Christoph Schönberger*, Identitärerä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR* 63 (2015), 42; *Oliver Lepsius*, Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, *JöR* 63 (2015), 63; *Albert Ingold*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik, *AöR* 140 (2015), 1; *Thomas Wischmeyer*, Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven, *AöR* 140 (2015), 415; *Maja Walter*, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 2012, 177; *Rode*, Karlheinz, *Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie*, 2012.

<sup>6</sup> Ich verwende bewusst den Begriff „Konzept“ der Verfassungsidentität als allgemeine Bezeichnung. Denn es ist derzeit ungeklärt, ob es sich um ein eigenständiges Rechtsinstitut oder nur um eine andere Bezeichnung für die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze handelt. Ob es im Rahmen des Grundgesetzes Verfassungsidentität überhaupt als eigenständiges Rechtsinstitut gibt, dazu Teil 2, § 1.

<sup>7</sup> Darauf hinweisend siehe z. B. auch: *Christoph Schönberger*, Identitärerä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR*, 63 (2015),

Rechtsprechung entwickelt wurde. Verfassungsidentität im Rahmen des Grundgesetzes bezieht sich dabei auf die Identität der Verfassung selbst. Es ist ein – in den genauen Konturen ungeklärtes und auch umstrittenes<sup>8</sup> – *rechtliches* Konzept.<sup>9</sup>

Seine derzeitigen Konturen werden maßgeblich durch die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsidentität, dem Lissabon-Urteil<sup>10</sup>, sowie die nachfolgende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>11</sup> bestimmt. Die primäre Funktion der derzeitigen Formel der Verfassungsidentität<sup>12</sup> liegt

---

42 (58); *Maja Walter*, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 2012, 177 (181); vgl. auch *Peter-Christian Müller-Graff*, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen, *Integr*, 32 (2009), 331 (338 und 349).

<sup>8</sup> Siehe aus dem aktuellen kritischen Schrifttum: *Albert Ingold*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik, *AöR* 140 (2015), 1; *Martin Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, *NJW* 2009, 2867; *Ders.*, Die Karlsruher Verkündung – Das BVerfG in staatsrechtlicher Endzeitstimmung, *EuR-Beiheft* 1/2010, 101; *Christoph Schönberger*, Identitärä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR*, 63 (2015), 42. Besonders starke Kritik bei *Karlheinz Rode*, Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie, 2012, insb. S. 166: „Art. 79 Abs. 3 GG ist (...) vom verfassungsändernden demokratischen Gesetzgeber jederzeit mit den in Art. 79 Abs. 2 GG verlangten Mehrheiten änderbar und sogar aufhebbar. Eine Wertentscheidung des Verfassungsgebers dieser Art gibt es also nicht. Der Mythos, der die ‚Verfassungsidentität‘ der Bundesrepublik und der Deutschen in diesem Sinne beschreibt, bleibt ein Mythos. Die Verfassungsrechtslehre sollte ihn vergessen.“ Er begründet seine These im Wesentlichen damit, dass eine Unabänderlichkeit weder historisch noch durch eine wörtliche, systematische oder teleologische Auslegung ermittelbar sei. Dem Konzept zustimmend aber z. B.: *Thomas Wischmeyer*, Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven, *AöR* 140 (2015), 415.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Christian Walter/Markus Vordermayer*, Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen, *JöR* 63 (2015), 129 (130f.). Die unterschiedlichen Begrifflichkeiten von Verfassungsidentität vermischend: *Gerhard van der Schyff*, EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites, *ZaöRV* 76 (2016), 167 (168f.).

<sup>10</sup> BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

<sup>11</sup> BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*; BVerfGE 126, 286 – *Mangold/Honeywell*; BVerfGE 128, 326 – *EGMR Sicherungsverwahrung*; BVerfGE 129, 124 – *Finanzhilfen für Griechenland/EFS*; BVerfGE 129, 78 – *Anwendungserweiterung*; BVerfGE 132, 195 – *ESM (einstweiliger Rechtsschutz)*; BVerfGE 133, 277 – *Antiterrordateigesetz*; BVerfGE 134, 366 – *OMT*; BVerfGE 135, 317 – *ESM (Hauptsacheverfahren)*; BVerfG, 2 BvR 2735/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015 – *Identitätskontrolle*; BVerfG, 2 BvR 2727/13 u. a., Urteil v. 21. Juni 2016 – *OMT (Urteil)*; BVerfG, 2 BvE 3/16 u. a., Urteil v. 13. Oktober 2016 – *CETA (einstweilige Anordnung I)*; BVerfG, 2 BvR 1444/16 u. a., Beschluss v. 7. Dezember 2016 – *CETA (einstweilige Anordnung II)*; BVerfG, 2 BvR 859/15 u. a., Beschluss v. 18. Juli 2017 – *PSPP (Vorlagebeschluss)*.

<sup>12</sup> Allerdings haben neben dem Bundesverfassungsgericht auch andere europäische Verfassungsgerichte auf die Begrifflichkeit der Verfassungsidentität als Integrationsgrenze abgestellt, siehe z. B. die Rechtsprechung des französischen Verfassungsrats: 27.06.2006, 2006-540 DC, Rn. 19; 30.06.2006, 2008-543 DC, Rn. 6; 19.06.2008, DC 2008-564, Rn. 44; 12.05.2010, DC 2010-605, Rn. 18; siehe hierzu u. a. *Michel Troper*, Sovereignty and Laïcité, *Cardozo Law Review* 30 (2009), 2561 (2572f.); *Jan-Herman Reestman*, The Franco-German Constitutional

darin, als „unionsgerichtetes“<sup>13</sup> Konzept<sup>14</sup> Grenzen für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu bezeichnen.<sup>15</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG den Bezug auf Art. 79 Abs. 3 GG zu einer Garantie der deutschen Verfassungsidentität erhoben.<sup>16</sup> Die Verfassungsidentität dient also gleichermaßen der Begrenzung der Tätigkeit des (verfassungsändernden) Integrationsgesetzgebers als auch der innerstaatlichen Anwendbarkeit von Unionsrecht. Dies ergibt sich nach der Diktion des Gerichts daraus, dass die im Grundgesetz verfassten Gewalten, einschließlich der verfassungsändernden Gewalt<sup>17</sup>, über die integrations- und verfassungsänderungsfeste Verfassungsidentität<sup>18</sup> des Grundgesetzes nicht verfügen dürfen. Dies stehe nur der verfassungsgebenden Gewalt selbst zu, wobei diese grundsätzlich als rechtlich relevante extrakonstitutionelle Gewalt bzw. Kompetenz angesehen wird.<sup>19</sup> Normativer Anknüpfungspunkt ist Art. 79 Abs. 3 GG, wobei unklar bleibt, ob Verfassungsidentität ein eigenständiges Rechtsinstitut oder lediglich eine andere Bezeichnung für die in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Werte darstellt.<sup>20</sup>

---

Divide, *European Constitutional Law Review* 5 (2009), 374; *Maja Walter*, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 2012, 177; *Monika Polzin*, Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power – the Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law“, *I•CON*, 14 (2016), 411 (433 ff.) Ausführlich und m. w. N. aus der europäischen Rechtsprechung *Matthias Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, *Der Staat* 52 (2013), 339 (insb. 366); Siehe hierzu auch 3. Teil, § 2 II.

<sup>13</sup> *Christoph Schönberger*, Identitärerä, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR* 63 (2015), 42 (43). Schönberger verwendet den treffenden Begriff der „unionsgerichteten Verfassungsidentität“.

<sup>14</sup> So auch *Christian Walter/Markus Vordermayer*, Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen, *JöR* 63 (2015), 129 (130 f.).

<sup>15</sup> BVerfG, 2 BvR 2735/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015, Rn. 40 – *Identitätskontrolle*; BVerfG, 2 BvR 2727/13 u. a., Urteil v. 21. Juni 2016, Rn. 120 – *OMT (Urteil)*.

<sup>16</sup> So treffend *Frank Schorkopf*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Ordner 6, Art. 23 (153. Aktualisierung 2011), Rn. 84: „Mit dem Urteil zum Vertrag von Lissabon hat das Gericht den Versuch unternommen, Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG auf die nächste konkretere Abstraktionsstufe zu heben. In der Lesart des Gerichts wird der Bezug der Integrationsklausel auf Art. 79 Abs. 3 GG zu einer Garantie deutscher Verfassungsidentität.“ [Hervorhebungen nicht übernehmen.]

<sup>17</sup> Siehe insbesondere BVerfGE 135, 317 (399) – *ESM (Hauptsacheverfahren)*; BVerfGE 131, 195 (238) – *ESM (einstweiliger Rechtsschutz)*, vgl. auch BVerfGE 123, 267 (340 u. 343) – *Lissabon*.

<sup>18</sup> So besonders deutlich BVerfG, 2 BvR 2735/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015, Rn. 41 – *Identitätskontrolle*: „verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes“.

<sup>19</sup> BVerfGE 123, 267 (344) – *Lissabon*.

<sup>20</sup> Siehe hierzu ausführlich unten unter 1. Teil, § 2, III, 4.4.

Dabei hat das Konzept der Verfassungsidentität auch eine allgemeine Zielrichtung. Denn das Bundesverfassungsgericht bezeichnet damit den für die verfassten Gewalten unverfügbaren Teil des Grundgesetzes.<sup>21</sup> Die derzeitige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zielt darauf ab, auf abstrakter Ebene und basierend auf Art. 79 Abs. 3 GG bestimmte Kernelemente bzw. Wesensmerkmale des Grundgesetzes als einheitliche absolute und oberste Grenze<sup>22</sup> sowohl für klassische formelle Verfassungsänderungen, Verfassungsänderungen im Bereich der europäischen Integration, die Übernahme bestimmter völkerrechtlicher Verpflichtungen<sup>23</sup>, für den Anwendungsvorrang des Unionsrechts<sup>24</sup> und sogar möglicherweise der Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen<sup>25</sup> zu etablieren.

Damit unterscheidet sich das deutsche grundgesetzbezogene Konzept grundlegend von jenem Verfassungsidentitätsverständnis, das insbesondere<sup>26</sup> in den Vereinigten Staaten vertreten wird. Hier wird mit Verfassungsidentität eine primär auf die Verfassung bezogene Identität (bzw. bestimmte Vorstellungen hiervon) eines Gemeinwesens respektive einer Nation bezeichnet.<sup>27</sup> Es geht um das

<sup>21</sup> BVerfG, 2 BvR 2727/13 u. a., Urteil v. 21. Juni 2016, Rn. 116 – *OMT(Urteil)*, siehe auch oben die Nachweise in Fn. 18 u. 19.

<sup>22</sup> Siehe aktuell und besonders deutlich BVerfG, 2 BvR 2375/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015, Rn. 41 – *Identitätskontrolle*: „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt“.

<sup>23</sup> Die zentralen Entscheidungen in diesem Zusammenhang sind BVerfGE 129, 124 – *EFSt/Griechenlandhilfen*; BVerfGE 132, 195 – *ESM (einstweiliger Rechtsschutz)*, BVerfGE 135, 317 – *ESM (Hauptsacheverfahren)*.

<sup>24</sup> Siehe die Leitentscheidungen: BVerfG, 2 BvR 2735/14, Beschluss v. 15. Dezember 2015 – *Identitätskontrolle*; BVerfG, 2 BvR 2727/13 u. a., Urteil v. 21. Juni 2016 – *OMT(Urteil)*.

<sup>25</sup> Siehe hierzu in Ansätzen: BVerfGE 128, 326 (371) – *EGMR Sicherungsverwahrung*.

<sup>26</sup> Ein ähnlicher Ansatz findet sich auch in den Werken von Jürgen Habermas. So verwendet Habermas Verfassungsidentität als Komponente seiner Idee des Verfassungspatriotismus. Habermas versteht unterschiedliche nationale Interpretationen von grundsätzlich identischen Verfassungsnormen mit verschiedenen Verfassungsidentitäten, d. h. unterschiedlicher Verfassungskulturen und geschichtlicher Entwicklungen. Vgl. *Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung*, 1992, 642 f.; *Ders., Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat*, in: Charles Taylor (Hrsg.), *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993, 147 (178). Zum Konzept des Verfassungspatriotismus siehe u. a. *Ders. Faktizität und Geltung*, 1992, 642 f.; *Ders., Eine Art Schadensabwicklung*, 1987, 173 f.; Dolf Sternberger, *Verfassungspatriotismus 1982*. Zur Kritik siehe u. a. *Josef Isensee, Staatsrepräsentation und Verfassungspatriotismus*, in: Jörg-Dieter Gauger/Justin Stagl (Hrsg.), *Staatsrepräsentation*, 1992, 237 ff.

<sup>27</sup> Siehe z. B.: *Gerry Jacobsohn, Constitutional Identity*, 2010; *Michel Rosenfeld, The Identity of the Constitutional Subject*, 2010 (der die übergeordnete Identität eines Gemeinwesens als Verfassungsidentität bezeichnet). Dabei wird auch ein Zusammenhang zwischen Verfassungsidentität und Verfassungskonstruktion hergestellt (siehe z. B.: auch *Frank I. Michelman, Morality, Identity and "Constitutional Patriotism"*, *Denv. U. L. Rev.* 76 (1998/99), 1009 (1025 f.)). So versteht *Fletcher* Verfassungsidentität dahingehend, dass bei unbestimmten Normen wesentliche verfassungsrechtliche Wertentscheidungen teilweise davon beeinflusst werden, was die jeweiligen Richter unter der jeweiligen nationalen (amerikanischen) Identität und

Zusammenspiel von Verfassung und nationaler (Verfassungs-)Kultur. Dem deutschen Verständnis des Terminus Verfassungsidentität kommt dagegen, zumindest bezogen auf klassische formelle Verfassungstextänderungen, in der amerikanischen Literatur<sup>28</sup> und anderen Jurisdiktionen<sup>29</sup> eher die Bezeichnung „*basic structure doctrine*“ nahe.<sup>30</sup>

Kultur verstehen. *George Fletcher*, Constitutional Identity, in: Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, in: Michel Rosenfeld (Hrsg.), 1994, S. 223; vgl. hierzu auch *Robin West*, Toward a First Amendment Jurisprudence of Respect: A Comment on George Fletcher's Constitutional Identity, in: Michel Rosenfeld (Hrsg.), Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, 1994, S. 245 und *Ruti G. Teitel*, Reactionary Constitutional Identity, in: Michel Rosenfeld (Hrsg.), Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, 1994, S. 233. Für einen ähnlichen Ansatz aus deutscher Sichtweise *Ulrich K. Preuss*, The Implications of „Eternity Clauses“: The German Experience, *Israel Law Review* 44 (2011), 429 (445), der Ewigkeitsklauseln als Verkörperung der Identität des Gemeinwesens ansieht. Siehe zu der Unterscheidung auch *José Luis Martí*, Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People, in: Alejandro Saiz Arnaiz/Carina Alcobarro Llivina (Hrsg.); National Constitutional Identity and European Integration, 2013, 17 (19–34). Zu der Frage aus deutscher Sicht, inwieweit eine Verfassung identitätsbildend wirkt, siehe insbesondere *Armin von Bogdandy*, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? *VVDStRL* 156 (2002), 156; allgemein hierzu auch *Michel Troper*, Identité Constitutionnelle, in: Mathieu Bertrand (Hrsg.), Cinquantième anniversaire de la constitution française, 2008, 123 (123–4). Siehe auch *Monika Polzin*, Irrungen und Wirrungen um den Pouvoir Constituant: Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871, *Der Staat* 54 (2014), 61 (62).

<sup>28</sup> Siehe z. B.: *Manoy Mate*, State Constitutions and the Basic Structure Doctrine, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 45 (2014), 441.

<sup>29</sup> Siehe z. B.: für die Verwendung des Begriffs in Indien: *Dietrich Conrad*, Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration, *Dehli Law Review* 6/7 (1977/78), 1; *Virandra Kumar*, Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance, *Journal of the Indian Law Institute New Dehli* 49 (2007), 365. Andererseits wird aber dort auch der Begriff der Verfassungsidentität verwendet. Siehe hierzu u. a. das Urteil des indischen Supreme Court in *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* v. 09.05.1980, Rn. 21, erhältlich unter: <http://indiankanoon.org/doc/1215719/>, zuletzt besucht am 20. Juli 2017, dort heißt es: „Amend as you may even the solemn document which the founding fathers have committed to your care, for you know best the needs of your generation. But, the Constitution is a precious heritage; therefore, you cannot destroy its identity.“ Siehe hierzu u. a. *Garry Jeffrey Jacobsohn*, *Constitutional Identity*, 2010, S. 53 ff.

Für die Verwendung des Begriffs in Singapur: Siehe z. B.: *Jaclyn L. Neo*, Should Constitutional Principles be Eternal?, <http://www.straitstimes.com/opinion/should-constitutional-principles-be-eternal/>, zuletzt besucht am 20. Juli 2017. Für die Verwendung in Pakistan: *Majid Rizvi*, South Asian Constitutional Convergence Revisited: Pakistan and the Basic Structure Doctrine, *Int'l J. Const. L. Blog*, Sept. 18, 2015, <http://www.iconnectblog.com/2015/09/south-asian-constitutional-convergence-revisited-pakistan-and-the-basic-structure--doctrine/>, zuletzt besucht am 20. Juli 2017; Ecuador: *Carlos Bernal Pulido*, There are still Judges in Berlin: On the Proposal to Amend the Ecuadorian Constitution to Allow Indefinite Presidential Reelection, *Int'l J. Const. L. Blog*, Sept. 10, 2014, <http://www.iconnectblog.com/2014/09/there-are-still-judges-in-berlin-on-the-proposal-to-amend-the-ecuadorian-constitution-to-allow-indefinite-presidential-reelection/>, zuletzt besucht am 20. Juli 2017.

<sup>30</sup> Für die seltene Verwendung dieses Begriffs im deutschen Verfassungsrecht *Jürgen Bast*, Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review, *GLJ* 15 (2014), 167 (168).

Gegenstand dieser Arbeit ist die normative und verfassungsdogmatische Analyse und Überprüfung<sup>31</sup> des Konzepts der Verfassungsidentität im Rahmen des Grundgesetzes<sup>32</sup>. Es soll entmystifiziert und auf seine Validität in verfassungstheoretischer und verfassungsrechtlicher Hinsicht untersucht werden. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, da wir derzeit die Verselbstständigung eines nicht ausdrücklich im Grundgesetz geregelten<sup>33</sup> Konzepts erleben, das sich als inhaltlich unklar und vage erweist.<sup>34</sup> Im Rahmen dieser Analyse gehe ich wie folgt vor:

Im ersten Teil untersuche ich die Herkunft und die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht.<sup>35</sup> Dabei zeige ich auf, dass die Verfassungsidentität in der deutschen Verfassungsgeschichte zunächst ein Konzept zur Begründung ungeschriebener (impliziter) materieller Schranken für formelle Verfassungsänderungen, das heißt ausdrückliche Änderungen des Verfassungstexts selbst war. Die Begrifflichkeit der Verfassungs-

<sup>31</sup> Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist dagegen keine allgemeine Betrachtung, ob Identitätskonzepte für die Europäische Integration oder Bewahrung der Nationalstaatlichkeit sinnvoll sind oder nicht.

<sup>32</sup> Auch im Rahmen des Unionsrechts ist Verfassungsidentität bzw. nationale Identität ein zentrales Thema. Siehe zur unionsrechtlichen Diskussion der Verfassungsidentität z.B.: *Monica Claes*, National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?, in: Alejandro Saiz Arnaiz und Carina Alcobero Llivina (Hrsg.), National Constitutional Identity and European Integration, 2013, 109 (109): "Constitutional identity' is à la mode."; vgl. auch *J.H.H. Weiler*, „A Constitution for Europe?, Some Hard Choices, *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), 563, 569: „Mobilizing in the name of sovereignty is passé, mobilizing to protect identity by insisting on constitutional specificity is à la mode.“ Vgl. auch *Franz C. Mayer*, *Rashomon in Karlsruhe, A reflection on democracy and identity in the European Union*, I•CON 9 (2011), 757 (780): "identity may be the new central issue of European integration". Siehe hierzu auch die Monographien: *François Xavier Millet*, *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États Membres*, 2013; *Laurence Burgogues-Larsen* (Hrsg.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, 2011; *Alejandro Saiz Arnaiz/Carina Alcobero Llivina* (Hrsg.), *National Constitutional Identity and European Intergration*, 2013.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu auch *Christoph Schönberger*, Identitätärer, Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, *JöR* 63 (2015), 42 (43): „Das Getöse rund um die Verfassungsidentität überdeckt nur notdürftig, dass der Rechtsprechung einiger Verfassungsgerichte der Mitgliedsstaaten, allen voran des Bundesverfassungsgerichts, nicht nur die verfassungstextliche Grundlage einer eigenständigen unionswärtigen Identitätsklausel fehlt, sondern vor allem auch ein erprobter Bestand an diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Kategorien und Denkfiguren.“

<sup>34</sup> So auch *Martin Nettesheim*, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken, *JZ* 69 (2014), 585 (588); vgl. auch *Maja Walter*, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, *ZaöRV* 2012, 177 (191); siehe auch *Peter-Christian Müller-Graff*, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen, *Integr*, 32 (2009), 331 (349), allerdings bezogen auf Art. 79 Abs. 3 GG.

<sup>35</sup> Siehe zu dieser Thematik bereits *Monika Polzin*, Irrungen und Wirrungen um den *pouvoir constituant*. Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht seit 1871, *Der Staat* 53 (2014), 61 und *Dies.*, Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power – the Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law, I•CON 14 (2016), 411.

identität wurde 1928 erstmals von Carl Schmitt und Carl Bilfinger in die deutsche Verfassungslehre eingeführt, um ungeschriebene materielle Grenzen für Verfassungsänderungen im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung zu begründen. Daher taucht im Rahmen des Grundgesetzes der Begriff erstmals im Rahmen von Art. 79 Abs. 3 GG auf und betrifft zunächst „klassische Verfassungsänderungen“ des Grundgesetzes ohne internationale Bezüge. Im Anschluss zeige ich die Entwicklung der Verfassungsidentität in seiner unionsgerichteten Zielsetzung auf. Schließlich stelle ich das sich noch in Entwicklung befindliche völkerrechtsgerichtete Konzept der Verfassungsidentität dar.

Im zweiten Teil überprüfe ich die verfassungstheoretischen und verfassungsdogmatischen Grundlagen des derzeitigen Verfassungsidentitätsverständnisses und die damit verknüpften Auslegungen von Art. 79 Abs. 3 GG, ohne auf mögliche Besonderheiten eines unions- oder völkerrechtsgerichteten Konzepts einzugehen. Ich widme mich in diesem Zusammenhang vier verfassungsrechtlichen Grundfragen: Gibt es neben Art. 79 Abs. 3 GG ungeschriebene Grenzen für Verfassungsänderungen im Rahmen einer Verfassungsidentität? Ist Art. 79 Abs. 3 GG Ausdruck von ohnehin bestehenden (impliziten) Grenzen für Verfassungsänderungen, die mit bestimmten Vorstellungen des derzeitigen Konzepts der Verfassungsidentität gerechtfertigt werden können? Ist es rechtlich zutreffend, Art. 79 Abs. 3 GG unter dem Blickwinkel zu betrachten, dass er die Identität der Verfassung schützt, über die nur die verfassungsgebende Gewalt selbst, nicht aber die verfassten Gewalten verfügen dürfen? Abschließend gehe ich der Frage nach, ob Verfassungsidentität eine passende Begrifflichkeit für die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Normen ist.

Im dritten Teil überprüfe ich die verfassungstheoretischen und verfassungsdogmatischen Grundlagen des unionsgerichteten Konzepts. Ich unterscheide dabei zwischen seinen zwei verschiedenen Funktionen: Zunächst widme ich mich den Grundfragen des „unionsgerichteten“ Konzepts der Verfassungsidentität als Grenze für die Tätigkeit des Integrationsgesetzgebers. Ich gehe hier den zwei zentralen Grundfragen nach: Erstens, gibt es ein über Art. 23 Abs. 1 S. 3, Art. 79 Abs. 3 GG hinausgehendes ungeschriebenes Konzept der Verfassungsidentität? Zweitens, ist die Verwendung des Begriffs der Verfassungsidentität bei der Anwendung des Art. 79 Abs. 3 GG im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG passend?

Im Anschluss gehe ich der Frage nach, ob und inwieweit Art. 79 Abs. 3 GG bzw. ein auf Art. 79 Abs. 3 GG basierendes Konzept der Verfassungsidentität im Rahmen des Grundgesetzes eine inhaltliche Grenze für den Anwendungsvorrang des Unionsrechts darstellen kann.

Im vierten Teil widme ich mich den verfassungstheoretischen und verfassungsdogmatischen Grundlagen des sich in der Entwicklung befindlichen völkerrechtsgerichteten Konzepts der Verfassungsidentität. Ich unterscheide auch hier zwischen den zwei unterschiedlichen Funktionen. Einmal geht es um die

Begrenzung der Tätigkeit des Gesetzgebers bei der Übernahme völkerrechtlicher Verpflichtungen. Hier stellen sich folgende Fragen: Ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zutreffend, wonach die immanenten Schranken von Art. 24 Abs. 1 GG nicht anhand eines auf Art. 79 Abs. 3 GG basierenden Konzepts der Verfassungsidentität bestimmt werden? Hat Verfassungsidentität basierend auf Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt eine inhaltliche Berechtigung für die Begrenzung der Übernahme völkervertragsrechtlicher Verpflichtungen gemäß Art. 59 Abs. 2 GG? Im Weiteren prüfe ich dann, ob ein auf Art. 79 Abs. 3 GG basierendes Konzept der Verfassungsidentität überhaupt eine verfassungsrechtliche Berechtigung für die Begrenzung der innerstaatlichen Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen hat.

Im fünften und letzten Teil fasse ich die Ergebnisse abschließend zusammen.

## 1. Teil

# Die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität

Ich zeige im Folgenden die Entwicklung des Konzepts der Verfassungsidentität im deutschen Verfassungsrecht auf. Als Erstes werde ich seinen Ursprung darstellen (§ 1). Dieser liegt in der Zeit der Weimarer Verfassung von 1919. Der Begriff der Verfassungsidentität diente in dieser Zeit als Begründung ungeschriebener (impliziter) materieller Schranken für formelle Verfassungsänderungen, das heißt ausdrückliche Änderungen des Verfassungstextes selbst. Im Anschluss werde ich die Entwicklung des Konzeptes der Verfassungsidentität im Rahmen des Grundgesetzes darstellen (§ 2). Abschließend fasse ich die wichtigsten Aussagen und Thesen zusammen (§ 3).

### § 1 Der Ursprung des Konzepts der Verfassungsidentität

Der Ursprung des Konzepts der Verfassungsidentität als theoretische Begründung impliziter materieller Schranken für formelle Verfassungsänderungen liegt in der Zeit der Weimarer Verfassung von 1919. In den 1920er-Jahren gab es in Deutschland, aber auch in anderen Ländern wie z.B. in Frankreich<sup>1</sup>, der Schweiz<sup>2</sup> oder den Vereinigten Staaten von Amerika<sup>3</sup>, wissenschaftliche Diskussionen, ob und inwieweit implizite materielle Grenzen für Verfassungsänderungen existierten bzw. existieren sollten. Der Grund für die Diskussion in Deutschland lag darin, dass man aufgrund des Wechsels von der konstitutionellen Monarchie zur Demokratie Zweifel an der Bestandskraft der demokratischen Verfassung hegte. Die Monarchie als Garant der Stabilität der Verfassung

---

<sup>1</sup> Der berühmteste französische Befürworter immanenter materieller Schranken für Verfassungsänderungen war *Maurice Hawrion*, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, 2. Aufl. 1930, S. 81 f.; Ders., *Précis de Droit Constitutionnel*, 2. Aufl. 1929, S. 276; siehe auch *Monika Polzin*, *Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power – the Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law*, *I•CON*, 14 (2016), 411 (434, Fn. 162).

<sup>2</sup> Siehe hierzu z.B.: *Hans Nef*, *Materielle Schranken der Verfassungsrevision*, *ZSR* 61 (1942), 108 (109 f.); *Hans Nawiascky*, *Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft*, 1937, S. 39 ff.

<sup>3</sup> Siehe zur Diskussion in den Vereinigten Staaten: *William L. Marbury*, *The Limitations upon the Amending Power*, *Harvard Law Review*, 33 (1919), 223 ff.; *Wm. L. Frierson*, *Amending the Constitution of the United States, A Reply to Mr. Marbury*, *Harvard Law Review* 33 (1920), 659 ff.; siehe auch *Edouard Lambert*, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale*, 1921, S. 109 ff.

fehle.<sup>4</sup> Im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung waren es die grundsätzlich antidemokratisch eingestellten Staatsrechtslehrer Carl Schmitt und Carl Bilfinger, die 1928 unabhängig voneinander im Rahmen unterschiedlicher Theorien die Begrifflichkeiten „*Identität und Kontinuität der Verfassung als eines Ganzen*“<sup>5</sup> (Schmitt) bzw. „*Identität des Verfassungssystems*“<sup>6</sup> (Bilfinger) verwendeten, um implizite inhaltliche Schranken für klassische formelle Verfassungsänderungen<sup>7</sup> zu begründen (II.). Um den Kontext der Entwicklung besser zu verstehen, ist jedoch zunächst auf die Rechtslage im Rahmen der Reichsverfassung von 1871<sup>8</sup> einzugehen (I.).

<sup>4</sup> Diese Befürchtung fasste Walther Hildesheimer in seiner Dissertation aus dem Jahr 1918 wie folgt zusammen: „(...) mag die Verfassung in Staaten, in denen das monarchische Prinzip gilt, ihre Autorität aus historischen Traditionen schöpfen, und diese mit dem Prestige der Dynastie in unveränderter Stärke fortleben, es fehlen gleiche Werte bei der demokratischen Verfassung. Scheint vielmehr hier eine Kammer allein ihr Schicksal in den Händen zu halten, so könnten die Sätze der Verfassung in ihrem Ansehen und in ihrer Bedeutung leicht verblasen. Dieser oder jene Satz mag, zumal infolge einer Abänderung, als das Werk eines Einzelnen oder einer Gruppe von Persönlichkeiten erscheinen und abhängig werden damit von dem politischen Ansehen dieser.“ *Walther Hildesheimer, Über die Revision moderner Staatsverfassungen*, 1918, S. 63 f.

<sup>5</sup> *Carl Schmitt, Verfassungslehre*, 1928, S. 103.

<sup>6</sup> *Carl Bilfinger, Der Reichssparkommissar*, 1928, S. 17.

<sup>7</sup> Mit dem Terminus Verfassungsänderung wird im Folgenden die ausdrückliche Änderung des Wortlautes der Weimarer Reichsverfassung beschrieben. Zu der damals weit verbreiteten Praxis der Verfassungsdurchbrechung (d.h. des Abweichens von der Verfassung ohne ihre ausdrückliche inhaltliche Änderung) und ihre umstrittene Legalität siehe u.a. *Hugo Preuß, Verfassungsändernde Gesetze und Verfassungsurkunde*, DJZ 1924, Sp. 650 (653 f.); *Ernst Jacobi, Reichsverfassungsänderung*, in: *Schreiber/Anschütz* (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1. Bd., *Öffentliches Recht*, 1929, 233 (274 f.); *Richard Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, in: *Nipperdey* (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, 1 (46); *Carl Bilfinger, Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof*, ZfP 20 (1931), 81 (89); *Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 76, S. 401 f.

<sup>8</sup> Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (abgedr. in: *Heinrich Triepel, Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, 1. Bd., 1901, Nr. 1). Ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Reichsverfassung siehe u.a. *Ernst Rudolf Huber, Verfassungsgeschichte*, Bd. 3, 3. Aufl. 1988, S. 702 ff.; *Otto Mayer, Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, AöR 18 (1903), 337 (363) beschreibt die Rechtsnatur des Deutschen Reiches im Gegensatz zum republikanischen (amerikanischen) Bundesstaat wie folgt: „Da ist nun von vornherein einleuchtend oder sollte es wenigstens sein, dass wir diesen eigenen Reichssouverän nicht da suchen dürfen, wo die Union [Anm.: die Nordamerikanische Union] ihn hat, das Reichsvolk. Das deutsche Volk ist rechtlich organisiert, um durch den deutschen Reichstag Anteil zu haben an der Ausübung der Reichsgewalt, aber nur im Sinne des konstitutionellen Systems, nur um Freiheit und Eigentum zu schützen gegen die Souveräne, und dabei zugleich ihr Gehülfe, nicht um selbst Souverän oder Mitsouverän zu sein. Die Reichsverfassung kennt auch keine Halbheiten in dieser Hinsicht, hier wird nicht liebäugelt mit Republik und Volkssouveränität, um juristischen Konstruktionen eine Thür zu öffnen; das dürfen wir Bismarck wohl zutrauen. Den amerikanischen Souverän haben wir nicht und kön-

## Sachregister

- Abbé Emmanuel Joseph Sieyès 21, 26 f., 90 ff.
- Anschütz, Gerhard 18 ff.
- Anwendungsvorrang Unionsrecht 3 f., 7, 42, 45, 49, 51 ff., 67, 81, 83, 143, 177 ff., 182, 186 f., 189 ff., 196 ff., 224 f.
- Auslegungsgrenze 55
- Auslegungsvorbehalt 180 ff., 185
- Bananenmarktbeschluss 47, 184 f.
- Beurteilungsspielraum 196, 211, 213, 215 ff.
- Bilfinger, Carl 7, 10, 21 f., 28 f., 33, 40, 82, 109, 157, 223
- Bryde, Brun-Otto 41, 80, 86 f.
- Budgetrecht des Bundestags 61, 74 f., 153, 165, 202
- Bundestag 32, 36, 48, 51 f., 59, 61, 73 ff., 102, 124, 126 f., 138, 153, 167 ff., 179, 202 ff., 215
- Bundesstaat 12 ff., 31 ff., 41, 49 f., 56, 77 f., 107, 110, 121, 134, 146, 148, 154 f., 157 ff., 172, 179 f., 195
- Charte Constitutionnelle 15
- Conseil Constitutionnel 138 f., 193
- Cruz Villalón, Pedro 62 f., 65, 197
- CETA 57, 68 f., 202
- CETA (einstweilige Anordnung I) 55 ff., 68
- CETA (einstweilige Anordnung II) 57, 68
- Dehler, Thomas 32 ff., 98, 119, 129
- Demokratie 9, 35, 42, 47 f., 50, 52, 55 ff., 67 f., 74 f., 117, 125, 129, 136 f., 141, 145 ff., 157 ff., 161, 163 ff., 167 ff., 179, 188 f., 198, 202 f., 213 ff., 224, 226
- Eigenstaatlichkeit der Länder 32
- Einrichtungen, zwischenstaatliche siehe Internationale Organisationen
- EFS-Urteil 68, 73 ff.
- EMRK 69 ff., 82, 211 ff.
- Ermächtigungsgesetz 136
- ESM (einstweiliger Rechtsschutz) 59 ff., 68, 70, 74 ff., 145, 153 f.
- ESM (Hauptsacheverfahren) 68, 70, 74 ff., 153
- Euro-Krise 61
- Europarechtsfreundlichkeit 53, 56, 145, 147 f., 184, 187, 198, 225
- Frankfurter Dokumente 100 f.
- Französische Verfassungslehre 2 f., 9, 26 f., 90 ff., 94, 138 f., 193
- Gestaltungsspielraum, Gesetzgeber 58 f., 146, 152 f., 167, 172 ff., 198
- Gewalt
- verfasste, siehe pouvoir constitué
  - verfassungsändernde 3, 28, 30, 39, 41, 48, 52, 80, 82 f., 86 ff., 121, 134, 139, 141, 224
  - verfassungsgebende, siehe pouvoir constituant
- Gewaltenteilung 23, 95, 109
- Großer Lauschangriff 140 f., 151
- Grundordnung, freiheitlich-demokratische 30 ff., 41
- Grundrechtsschutz, adäquater 45, 78, 183 ff., 190, 208, 212, 219
- Hauriou, Maurice 9, 27
- Haushaltsautonomie des Bundestages, siehe Budgetrecht
- Herrenchiemsee-Entwurf 31 f., 34 f.
- Hoheitsakte, internationaler Organisationen 209, 217 ff.

- Hoheitsrechte, Übertragung 3, 42 ff., 55 f., 58, 70, 77 ff., 143 ff., 148, 150, 152, 171, 173, 178 f., 182 ff., 193, 201, 206 ff., 218 ff., 225
- Huber, Peter M. 46, 49, 111, 113, 118, 120 f., 152, 165
- Identität der Verfassung, siehe Verfassungsidentität
- Identitätskontrolle 51 ff., 62, 178 f., 186 f., 189 ff., 218, 224
- Identitätskontrolle (Beschluss) 4, 51 ff., 60, 62, 145, 177 ff., 183 f., 190, 192, 224
- Integrationsfreundlich 146, 168, 176
- Integrationsgesetzgeber 3, 7, 55, 67, 81, 143, 146, 167, 172, 174, 177, 179 f., 197, 205
- Integrationsverantwortung 58 f.
- Internationale Organisation 44 f., 70 f., 77, 82, 148, 173, 175, 201, 206 ff., 217 ff.
- Interpretation, siehe Auslegung
- Katz, Rudolf 33, 35, 129
- Kirchhof, Paul 36, 46, 48, 80, 91, 133, 155 f., 159, 190, 206
- Kompetenzüberschreitung 57, 188 f.
- Lafontaine, Oskar 126
- Legitimität 30, 33 f., 82, 123 f., 136, 147
- Legitimationsfigur 114, 130
- Lissabon-Urteil 1 f., 42, 48 ff., 55, 70, 72, 77, 83, 110, 119 f., 123, 145, 149, 156, 161 ff., 169 f., 214, 223
- Londoner Sechs-Mächte-Konferenz 99
- Lübbe-Wolf, Gertrud 59, 73, 149 ff.
- Maastricht-Urteil 42, 47 f., 51 f., 56, 72 f., 131 ff., 134, 155, 168 ff., 189, 201 f.
- Margin of Appreciation, siehe Beurteilungsspielraum
- Menschenwürde 55, 64, 150, 179 f., 183 ff.
- Monarchie 9, 11 f., 15 f., 26, 95, 125, 180, 195
- Nationale Identität 6, 62 ff., 190 f., 194 ff.
- Nationalversammlung, siehe Versammlung, verfassungsgebende
- Naturrecht 26 f., 31 f., 50, 85, 88, 90 f., 93 f., 102, 104 f., 107, 110 f., 113 f., 117, 122 ff., 130
- Nawiasky, Hans 129
- OMT (Vorlagebeschluss) 52 ff., 188, 202, 224
- OMT (Urteil) 52 ff., 145, 179, 188 f., 224
- Parlamentarischer Rat 100
- Pouvoir constituant 3, 7, 19 ff., 23 ff., 38 ff., 48 ff., 80, 82 f., 85 ff., 102 ff., 110 ff., 132, 134 f., 137, 139, 141, 159, 161 ff., 224 f.
- Pouvoir constitué 3 f., 7, 24, 26, 28 f., 30, 38, 49 f., 80, 85, 87 ff., 111 ff., 134 f., 159, 161 ff., 224
- Präambel, GG 41, 88, 94, 112 ff., 119, 130, 147 ff., 160, 173, 205
- Preuß, Hugo 13, 16 f., 20
- PSPP (Vorlagebeschluss) 57 f.
- Recht, überpositives, siehe Naturrecht
- Referendum, siehe Volksabstimmung
- Regent 24
- Reservatrechte 12
- Revolution 17 f., 21, 30, 33 f., 40, 48, 82, 120, 123, 128 f.
- Schäuble, Wolfgang 126
- Schmid, Carlo 30, 108, 115, 117 f., 158
- Schmitt, Carl 7, 10, 21, 23 ff., 36 ff., 80, 82, 88 ff., 97, 103 ff., 121, 123, 125, 223
- Solange-I Beschluss 29, 42 ff., 77, 184, 219, 223
- Solange-II Entscheidung 42, 45 f., 55, 77, 177, 185, 190, 219
- Staatlichkeit 47, 49 f., 110, 113, 120 f., 154 ff., 179, 198
- Staatsaufgabe 166
- Staatsidentität 156
- Staatsstreich, siehe Revolution
- Staatenverbund 155, 168 f.
- Staatsvolk, siehe Volk
- Treaty Override 203
- Treaty Override (Beschluss) 67, 203

- Ultra-vires-Kontrolle 56, 180, 183, 186 ff., 218
- Verfassungsauftrag 144, 149, 173
- Verfassungsdurchbrechung 10, 13, 40
- Verfassungskonvent, Herrenchiemsee 30 ff., 101, 128
- Verfassungsvorbehalt 179, 183, 198
- Völkergewohnheitsrecht 219 f.
- Völkerrechtsfreundlichkeit 72, 145, 148, 201, 204 f., 214
- Völkerrechtlicher Vertrag 67 ff., 200 ff., 209 ff.
- Versammlung, verfassungsgebende 11, 19, 26 f., 80, 91, 98, 100, 118, 123 f.
- Volksabstimmung 17 ff., 25 f., 32, 35 f., 48, 80, 96, 118, 123 f.
- Volksentscheid, siehe Volksabstimmung
- Währungshoheit 166
- Wahlrecht 51, 72 f., 74, 153, 201 ff.
- Weimarer Verfassung 7, 9 f., 16 ff., 82, 117, 123, 224
- Widerstandsnorm 197
- Widerstandsformel 197
- Widerstandsrecht 72, 214