

## E. Abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze als unionsrechtlicher ordre public Vorbehalt

### I. Problemaufriss: Die Kollisionslage und die Kollisionsregel

Die Rechtsprechung des *EuGH* in der *Kadi*-Konstellation steht in der Kritik, das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht als inkohärent erscheinen zu lassen.<sup>1119</sup> Diese Kritik ist aus völkerrechtlicher Perspektive nachvollziehbar. Schließlich wird die Umsetzung und damit auch die Durchsetzung der Kompetenz des Sicherheitsrates, wie er sie in der targeted sanction ausgeübt hat, mit Verweis auf die Grundrechte der Unionsrechtsordnung untersagt. Insoweit die EU-Verordnung die UN-Sanktion eins zu eins umsetzt, kollidiert nach *Kadi I* die UN-Sanktion mit den Unionsgrundrechten. Damit liegt eine Kollision vor, die das Verhältnis zwischen Unionsrecht und Völkerrecht betrifft.<sup>1120</sup>

Diese Kollisionslage zwischen beiden Rechtsebenen oder -ordnungen<sup>1121</sup> kann auf mehrere Weisen verhindert werden. Einerseits könnte eine der Rechtsebenen ihr Niveau dem der anderen Rechtsebene anpassen. Andererseits können beide Rechtsebenen gemeinsam, zum Beispiel durch die Anpassung von Regelungen in beiden Vorschriften, versuchen, die Kollisionslage aufzulösen. Unabhängig von der Frage, welche Alternative zur Vermeidung der Entstehung solcher Kollisionslagen gewählt wird, zeigen die *Kadi*-Fälle zuvorderst, dass solche Kollisionslagen entstehen können. Auch ist es wegen der Vielzahl von geregelten Sachverhalten auf unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Ebene nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft weitere Kollisionslagen entstehen.

Solange die Kollisionslage aber besteht, erscheint die Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze aus unionsrechtlicher Sicht als die Regel, die bestimmt, wie die Kollisionslage aufgelöst wird. Aus der An-

---

1119 Vgl. *De Búrca*, in: de Búrca/Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, S. 105, 108.

1120 Vgl. *de Wet*, *Chinese Journal of International Law* 2013, S. 787, 799.

1121 Auch das Völkerrecht wird als Rechtsordnung bezeichnet, vgl. nur *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. A., 1960, S. 289, 323; *Mosler*, *ZaöRV* 1976, S. 6, 20 f.; *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. A., 2014, § 1, Rn. 1; *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. A., 2016, Rn. 5; zum Begriff des Völkerrechts als Rechtsordnung bereits *Bruns*, *ZaöRV* 1929, S. 1 ff.

wendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze folgt, in welchen äußersten Fällen die Unionsrechtsordnung eine Umsetzung völkerrechtlich für die EU-Mitgliedstaaten verbindliche Vorschriften nicht zulassen kann. Damit vermag die Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mögliche Konflikte zwischen Unions- und Völkerrecht zwar nicht zu lösen. Sie konturiert aber jedenfalls die Konfliktlinie zwischen den Rechtsebenen und kann daher zu der eingangs genannten Diskussion um die Kohärenz zwischen Unions- und Völkerrecht beitragen.

Kollisionsfälle zwischen Rechtsordnungen und -ebenen sind im Allgemeinen nichts Außergewöhnliches. Nicht nur gibt es weltweit viele verschiedene Rechtsordnungen und -ebenen, die sich in einzelnen Fällen widersprechen können. Gerade indem diese verschiedenen Rechtsordnungen und -ebenen Bezug aufeinander nehmen und aufeinander einwirken, kann es immer wieder zu Kollisionen kommen.<sup>1122</sup> Diese Kollisionen lassen sich zwar durch Harmonisierung der widersprechenden Rechtsfolgensaussprüche oder Wertungswidersprüche beseitigen. Jedoch haben umfassende Ansätze zu einer Harmonisierung wegen der „Vielzahl und Heterogenität der rechtsetzenden, internationalen Akteure“<sup>1123</sup> zum einen geringe Erfolgchancen. Zum anderen sind die verschiedenen Rechtsebenen und -ordnungen häufig von sich aus aufeinander angewiesen, ohne, dass bei dieser Verschränkung von vorneherein Kollisionen ausgeschlossen werden können. Eine antizipierte Lösung aller in Zukunft möglicher Kollisionen durch geschriebenes Recht ist wohl auch mit Blick auf die dynamischen Entwicklungen der Rechtsordnungen und -ebenen nicht möglich. Die dann im Einzelfall auftretenden Kollisionen können einseitig durch Kollisionsregeln aufgelöst werden, die oft allgemein als Vorrangregelungen ausgestaltet sind.<sup>1124</sup> Diese Regelungen beziehen sich beispielsweise auf das Verhältnis der kollidierenden Vorschriften zueinander, sei es ein Spezialitätsverhältnis oder eine absolute Vorrangrelation.<sup>1125</sup> Weitere davon zu un-

---

1122 Vgl. *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 1–4; *Nettesheim*, EuR 2006, S. 737, 738 f.

1123 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 4.

1124 Zu denken ist hier insbesondere an Geltungs- oder Anerkennungsvorrang sowie Spezialitätsregelungen, *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 5.

1125 Zu relativen und absoluten Vorrangrelationen, wie beispielsweise der absoluten Vorrangrelation Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG), *Heinke*, Der Staat 2016, S. 393, 397 f., sowie *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. A., 1996, S. 77 ff.

terscheidende Regelungen sind die eines ordre public Vorbehalts. Anders als manche absoluten Vorrangrelationen beziehen sich ordre public Vorbehalte nicht generell auf die Qualität und das Verhältnis der kollidierenden Regelungen zueinander. Während es im Fall der absoluten Vorrangrelation „Bundesrecht bricht Landesrecht“ nur darauf ankommt, welche der kollidierenden Regelungen Bundes- und welche Landesrecht ist, ist für die Vorbehaltswirkung des ordre public Vorbehalts dessen tatbestandliche Einschlägigkeit relevant. Für ordre public Vorbehalte wird angenommen, dass sie fast allen Rechtsordnungen bekannt sind und sich den Schutz eines meist als unantastbar beschriebenen Kernbereichs der eigenen Rechtsordnung vorbehalten.<sup>1126</sup> Damit beziehen sich ordre public Vorbehalte als Kollisionsregelungen nicht nur auf die Kollision sich widersprechender Regelungen, sondern insbesondere auf die Kollision von Regelungen aus verschiedenen Rechtsordnungen oder Rechtsebenen.

Betrachtet man vor dem Hintergrund der Kollisionsregelung durch ordre public Vorbehalte die Ergebnisse der abgrenzenden Wirkung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze<sup>1127</sup>, drängt sich die Frage auf, inwiefern diese mit dem Begriff des ordre public Vorbehalts in Verbindung stehen. Den Begriff des ordre public – die öffentliche Ordnung oder public policy<sup>1128</sup> – kennen sowohl die Rechtsebenen des Völkerrechts als auch die des nationalen Rechts. Seine Relevanz für das Unionsrecht und für die einseitige Lösung der Kollisionslage zwischen Unionsrecht und Völkerrecht ist prima facie nicht völlig auszuschließen. Nicht nur hat das EuG in *Kadi I* Bezug auf diesen Begriff genommen.<sup>1129</sup> Auch wurde im Gutachtenverfahren 2/13 zum geplanten Beitritt zur EMRK die Thematik eines unionsrechtlichen ordre public von GA *Kokott* angesprochen.<sup>1130</sup> Zudem hat *Kadelbach* die Argumentation mit der Grundrechtecharta in *Kadi I* als Einsatz

---

1126 Vgl. *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 5; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. A., 2004, S. 516.

1127 Supra Kapitel C.

1128 *Frey/Pfeifer*, EuR 2015, S. 721 ff.; zum Begriff im Kontext des IPR *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. A., 2006, § 36 I.

1129 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 277; EuG, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 226; dazu supra Kapitel B. I. 1. b).

1130 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 168 ff.; dazu bereits supra Kapitel B. IV. 1.

einer „ordre public objection“<sup>1131</sup> bezeichnet, allerdings ohne nähere Begründung.<sup>1132</sup>

Trotz dieser vereinzelt Nennungen eines unionsrechtlichen ordre publics bleibt offen, wie ein solcher zu charakterisieren ist. Wegen ihrer abgrenzenden Wirkung könnten die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze den oder einen Teil eines unionsrechtlichen ordre public bilden. Zur Klärung dieser Frage soll zunächst der Begriff des ordre public Vorbehalts eingeordnet werden (II.). Anschließend geht es um die Gemeinsamkeiten der verschiedenen ordre public Vorbehalte (III.) Auf Basis der Einordnung soll dann geprüft werden, inwieweit die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mit dem Begriff eines ordre public Vorbehalts zutreffend und hilfreich bezeichnet werden können (IV.).

## II. Begriffs- und Artenvielfalt des ordre public Vorbehalts

Das rechtliche Konzept des ordre public ist vielschichtig und wird in verschiedenen Kontexten verwandt. Dabei herrscht ein gewisser „terminologischer Wildwuchs“<sup>1133</sup>. Zur Durchdringung der Vorbehaltsfunktion des ordre public ist daher zunächst begrifflich zwischen dem ordre public, der öffentlichen Ordnung selbst, und dem Vorbehalt zu seinen Gunsten zu unterscheiden. Gewiss wird mit dem ordre public häufig der Vorbehalt assoziiert, der gegenüber dem durch Kollisionsnormen berufenen Recht oder gegenüber der Anerkennung eines ausländischen Urteils oder Schiedsspruchs angewandt wird.<sup>1134</sup> Allerdings verdeutlichen die geschriebenen ordre public Vorbehalte,<sup>1135</sup> dass sich die geschützten Inhalte der Vorbehalte erst aus dem ordre public der jeweiligen Rechtsordnung schöpfen. Der ordre public besteht also nicht nur oder automatisch aus der Vorbehaltswirkung gegenüber fremden Rechtsordnungen. Der ordre public einer Rechtsordnung bezieht sich vielmehr allgemein auf die Regelungen, die konstituierend für den Konsens der Rechtsgenossen der jeweiligen Rechtsordnung sind. Die Regelungen stellen das Minimum an Homogeni-

---

1131 *Kadelbach*, in: den Heijer/van der Wilt (Hrsg.), *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, S. 147, 156, Fn. 48.

1132 *Kadelbach*, a. a. O.

1133 *Völker*, *Zur Dogmatik des ordre public*, 1998, S. 252.

1134 *Thoma*, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, 2007, S. 1 ff.

1135 Vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. a) EuGVO, Art. 21 Rom I-VO.

tät dar, das zur Erhaltung dieser Rechtsordnung notwendig ist.<sup>1136</sup> Bereits diese Erhaltungsfunktion impliziert jedoch, dass die Regelungen auch gegenüber den Erhalt gefährdenden Situationen wirken sollen. Diese Wirkung in Gestalt des Vorbehalts hängt also – trotz ihrer möglichen Trennung vom ordre public selbst – stark mit dem ordre public zusammen.

Als ausdrücklicher Vorbehalt ist der ordre public häufig relevant im Rahmen des IPR und des IZVR. Darüber hinaus kommt der Terminus aber auch auf der Ebene des Unionsrechts und des Völkerrechts vor. Um die Vielzahl verschiedenartiger ordre public Vorbehalte besser erfassen zu können, soll im Folgenden zwischen der Rechtsquelle, die den Vorbehalt gewährt, und der Rechtsordnung, zugunsten deren ordre public der Vorbehalt wirkt, unterschieden werden. Hinzu kommt, dass die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze an den Schnittstellen zwischen der Unionsrechtsordnung und dem Völkerrecht wirken. Daher soll auch die Einordnung des Begriffs des ordre public Vorbehalts anhand der einzelnen Ebenen des Mehrebenensystems untersucht werden. Das umfasst sowohl die nationale (1.) und die völkerrechtliche Ebene (2.) als auch das Europarecht im weiteren und engeren Sinne (3.).

## 1. Der Begriff des ordre public Vorbehalts auf innerstaatlicher Ebene

Im Kontext der nationalen Rechtsordnungen spielt der ordre public Vorbehalt zunächst eine wichtige Rolle im Bereich des internationalen Privatrechts und des internationalen Zivilverfahrensrecht.

### a) Kollisionsrechtlicher ordre public

Für das deutsche IPR ist ein ordre public Vorbehalt in Art. 6 EGBGB verankert.<sup>1137</sup> Er wird als kollisionsrechtlicher, internationaler oder auch ma-

---

1136 Vgl. Mosler, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532; zur Begriffsvielfalt des ordre public auch de Lange, *Erasmus Law Review* 2007, Vol. 1, Issue 1, S. 3, 7 ff.

1137 Art. 6 EGBGB lautet: „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“ Lex specialis zu Art. 6 EGBGB ist beispielsweise Art. 48 EGBGB.

terierellrechtlicher ordre public Vorbehalt bezeichnet.<sup>1138</sup> Der Vorbehalt dient der Durchsetzung innerstaatlicher Wertvorstellungen gegenüber an sich anwendbarer fremder Normen, deren „Anwendung als unerträglich empfunden wird“.<sup>1139</sup> Er entfaltet seine Vorbehaltswirkung zugunsten der Wertvorstellungen der nationalen Rechtsordnung und ist in ihr auch normiert. Der materiellrechtliche ordre public Vorbehalt ist gleichzeitig nach außen gerichtet, denn er wird bei der Anwendung ausländischen Rechts im Inland angewandt. Daher wird er auch als ordre public international bezeichnet.<sup>1140</sup> Dabei richtet sich der internationale ordre public Vorbehalt gegen die Anwendung der Norm im konkreten Fall.<sup>1141</sup> Vom international ausgerichteten materiellrechtlichen ordre public wird der interne ordre public unterschieden. Letzterer umfasst das innerstaatlich zwingende Recht (ius cogens).<sup>1142</sup>

b) Anerkennungrechtlicher und vollstreckungsrechtlicher ordre public

Im deutschen IZVR spricht man vom verfahrensrechtlichen oder synonym vom anerkennungs- und vollstreckungsrechtlichen ordre public.<sup>1143</sup> Er sorgt dafür, dass die unverzichtbaren Grundsätze des inländischen Verfahrensrechts im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile geschützt werden.<sup>1144</sup> Er ist von der Rechtsquelle her – wie der kollisionsrechtliche ordre public – also nationales Recht. Dabei ist er nach außen gerichtet, das heißt er wirkt gegenüber fremdem Recht. Daher ist er

---

1138 Zur „Begriffsaufsplitterung“ in der Diskussion um Inhalte und Funktionen von ordre public-Klauseln *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 28 und 252 ff.

1139 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. A., 2006, § 36 I.

1140 Vgl. *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 8. Den kollisionsrechtlichen ordre public des Art. 6 EGBGB dagegen als ordre public interne einstuft *Frey/Pfeifer*, EuR 2015, S. 721, 728. Zur geringen „terminologischen Not“ der Unterscheidung zwischen ordre public interne und international *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 28, 254 ff.

1141 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. A., 2006, § 36 II.

1142 Vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. A., 2006, § 36 I; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 4. A., 2012, Rn. 587.

1143 *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 28, 252 ff.; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 4. A., 2012, Rn. 602.

1144 *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 9.

ordre public international und mithin liberaler als der ordre public interne, welcher die gesamten innerstaatlich zwingenden Normen erfasst.<sup>1145</sup> Innerhalb des anerkennungsrechtlichen ordre public wird zur weiteren Differenzierung gelegentlich zwischen den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekten unterschieden.<sup>1146</sup> Seine Normierung findet der anerkennungsrechtliche ordre public beispielsweise in § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Bezogen auf das Vollstreckungsverfahren ist der ordre public in § 722, 723 Abs. 2 iVm. § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO normiert. Im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ist der ordre public Vorbehalt in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO verankert.

Auch die Bestimmungen über die Zusammenarbeit über Strafsachen kennen den ordre public Vorbehalt. In § 73 IRG werden in Satz 1 die wesentlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung als ordre public Vorbehalt genannt. Satz 2 rekurriert als Grenze darüberhinaus auch auf die Grundsätze, die in Art. 6 EUV (Nizza, heute teilweise Art. 2 und Art. 6 EUV (Lissabon)) als Grenze der Leistung von Rechtshilfe verankert sind.

### c) Nationales Verfassungsrecht gegenüber dem Unionsrecht

Das Grundgesetz formuliert keinen ausdrücklichen ordre public Vorbehalt gegenüber fremdem Recht. Mit Blick auf das Völkerrecht und das Europarecht beschreibt es sich ausdrücklich als offen.<sup>1147</sup> Gleichzeitig schützt Art. 79 Abs. 3 GG als sogenannte Ewigkeitsgarantie jedoch bestimmte Einrichtungen und Normen des Grundgesetzes als Verfassungskern vor Änderungen.<sup>1148</sup> Vom Wortlaut her erfolgt der Schutz dieses Verfassungskerns

---

1145 Vgl. *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 12 f.

1146 *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 252 f. Im materiellrechtlichen Bereich des anerkennungsrechtlichen ordre public wird weiterhin danach unterschieden wie intensiv der ordre public wirkt. Im Rahmen des Erkenntnisverfahrens greift er demnach vollständig, im Rahmen des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens wirkt er hingegen abgeschwächt. Zu diesem abgeschwächten ordre public atténué *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 15 f.

1147 Vgl. Präambel des Grundgesetzes, Art. 1 Abs. 2 GG, Art. 9 Abs. 2, Art. 25 GG, Art. 26 GG, Art. 59 Abs. 2 GG, Art. 100 Abs. 2 GG, Art. 23 Abs. 1 GG, Art. 24 Abs. 1 bis 3 GG; vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 77. EL, Art. 25, Rn. 6.

1148 *Badura*, Staatsrecht, 6. A., 2015, F, Rn. 64 ff.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 77. EL, Art. 79, Rn. 1 f., 60 ff.

lediglich gegenüber Verfassungsänderungen. Den Schutzgedanken hat das BVerfG durch seine Identitätskontrolle allerdings auch auf das Verhältnis des Grundgesetzes zur Unionsrechtsordnung übertragen.<sup>1149</sup> Demnach prüft das Bundesverfassungsgericht, „ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt werden“.<sup>1150</sup> In der Literatur wird diese verfassungsrechtlich nicht normierte Identitätskontrolle, die auch als Identitätsvorbehalt bezeichnet wird,<sup>1151</sup> als *ordre public* Vorbehalt verstanden.<sup>1152</sup> Dies passt insoweit, als dass die Identitätskontrolle nicht nur vorbeugend gegenüber geplanten Rechtsakten, sondern gerade abwehrend eingesetzt wird.<sup>1153</sup> Sie führt zur Unanwendbarkeit und wirkt im Einzelfall.<sup>1154</sup> Auch ein Verstoß gegen den klassischen kollisionsrechtlichen *ordre public* Vorbehalt führt zur Unanwendbarkeit.<sup>1155</sup> Demgegenüber hat das BVerfG selbst die Bezeichnung *ordre public* Vorbehalt nicht gewählt, sondern die richterrechtlich entwickelte Identitätskontrolle lediglich mit dem *ordre public* des Völkerrechts verglichen.<sup>1156</sup> Soweit die Ausübung der Identitätskontrolle als Anwendung eines verfassungsrechtlichen *ordre public* Vorbehalts verstanden wird, fällt jedoch im Vergleich zu den Vorbehalten des Kollisions- und Anerkennungsrechts auf, dass der Identitätsvorbehalt gerade bezüglich seiner Vorbehaltswirkung gegenüber der anderen Rechtsordnung nicht nor-

1149 BVerfGE 123, 267, 353, Rn. 240 ff. – *Vertrag von Lissabon*; BVerfGE 134, 366, 384, Rn. 27 ff. – *OMT-Beschluss*; BVerfGE 126, 286, 302, Rn. 55 – *Honeywell*; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 41 ff. – *Europäischer Haftbefehl*; BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 121, 136 ff. – *OMT-Urteil* m. w. N.

1150 BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 138 – *OMT-Urteil*.

1151 Burchardt, ZaöRV 2016, S. 527, 528 ff. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht vereinzelt von einem Identitätsvorbehalt: BVerfGE 125, 260, 324, Rn. 218 – *Vorratsdatenspeicherung*.

1152 Von „Vorbehaltsfunktion“ und „*ordre public* Kontrolle“ spricht Ohler, in *Isensee/Kirchhof*, HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238 Rn. 6, 8, 18, 38.

1153 Reinbacher/Wendel, EuGRZ 2016, S. 333, 334. Kritisch zur Identitätskontrolle, auch in ihrer Abwehrfunktion Ingold, AöR 2015, S. 1, 27 ff.

1154 BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 43, 49 – *Europäischer Haftbefehl*.

1155 Vgl. von Hein, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 211.

1156 BVerfGE 123, 267, 400, Rn. 340 – *Vertrag von Lissabon*; dazu infra Kapitel E. II. 2. b).



miert ist. Kommt es für den Rechtsbegriff des ordre public Vorbehalts gerade auf seine Vorbehaltswirkung gegenüber dem Recht einer anderen Rechtsordnung an, so hinkt die Verknüpfung von Art. 79 Abs. 3 GG mit dem Begriff des ordre public Vorbehalts insoweit, als dass die Vorschrift diese Vorbehaltswirkung gerade nicht im Wortlaut niederlegt.

In ähnlicher Weise wird auch der Rechtsprechung des Supreme Court des Vereinigten Königreichs ein Identitätsvorbehalt des nationalen Verfassungsrechts gegenüber dem Unionsrecht entnommen.<sup>1157</sup>

Ein Unterschied zwischen den ordre public Vorbehalten des IPR und IZVR und solchen Vorbehalten des nationalen Verfassungsrechts gegenüber dem Unions- oder Völkerrecht liegt jedoch in der Bindungskonstellation. Nationale Rechtsordnungen sind zwar gewillt,<sup>1158</sup> nicht aber per se verpflichtet, in einem bestimmten Maße über ihr IPR und IZVR fremdem Recht zur Anwendung zu verhelfen.<sup>1159</sup> Hingegen liegt im Fall nationalverfassungsrechtlicher ordre public Vorbehalte gegenüber der Umsetzung oder Anwendung von Unions- oder Völkerrecht aus völkerrechtlicher Perspektive eine völkerrechtliche Bindung der nationalen Verfassungsordnung vor. Vor dem Hintergrund, dass Rechtsordnungen im Mehrebenensystem auf Kooperation und Koordination angewiesen sind, sind nationalverfassungsrechtliche ordre public Vorbehalte gegenüber dem Unions- oder Völkerrecht also besonderen Begründungsanforderungen ausgesetzt.

#### d) Zusammenfassung

Die klassische Erscheinungsform des ordre public Vorbehalts liegt im innerstaatlichen Recht im Bereich des internationalen Privatrechts und des internationalen Verfahrensrechts. Dabei entfaltet er im Einzelfall Vorbehaltswirkung zugunsten unverzichtbarer innerstaatlicher Wertvorstellungen gegenüber an sich anwendbarer fremder Normen. In beiden Rechtsbereichen ist der Vorbehalt in der nationalen Rechtsordnung normiert und schützt auch den ordre public dieser Rechtsordnung. Dabei ist der Vorbe-

---

1157 Bezugnehmend auf die Entscheidung *HS2* (Supreme Court, R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3, UKSC 2013/0172) *Kaiser*, EuR 2016, S. 593, 597 ff.

1158 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 3.

1159 Klassisch ist in diesem Zusammenhang die Aussage „kein Staat dürfe stets nur eigenes Recht anwenden“, *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. A., 2004, S. 15, ebenso *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. A., 2006, § 8 I.

halt auf die Anwendung des fremden Rechts im Inland gerichtet. Neben den geschriebenen wird auch mit ungeschriebenen *ordre public* Vorbehalten operiert. Dies zeigt das Beispiel der Identitätskontrolle, die das *BVerfG* zugunsten der Verfassungsidentität des Grundgesetzes als Vorbehalt gegenüber dem Unionsrecht anwendet.

## 2. Der Begriff des *ordre public* Vorbehalts auf völkerrechtlicher Ebene

Die Völkerrechtsordnung kennt den Begriff des *ordre public* in verschiedenen Ausgestaltungen. Er wird auch hier teilweise als internationaler *ordre public* bezeichnet.<sup>1160</sup> Er beschreibt dann, ebenso wie unter der Bezeichnung völkerrechtlicher *ordre public*, die besondere Einstufung wichtiger, fundamentaler Grundsätze innerhalb der Ebene des Völkerrechts, die die Völkerrechtsgemeinschaft schützen und ihre Ordnung gewährleisten.<sup>1161</sup> Der völkerrechtliche *ordre public* umfasst zudem denjenigen Teil des Völkerrechts, den die Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft respektieren müssen, „ohne sich dagegen auf den eigenen nationalen *Ordre public* berufen zu dürfen“.<sup>1162</sup> Damit kommt dem *ordre public* eine Vorbehaltswirkung zugunsten einzelner Teile der Völkerrechtsordnung zu. Zu diesem Begriff des völkerrechtlichen, internationalen *ordre public* passt auch die Bezeichnung des *ordre public* universel, teilweise synonym *ordre public* *vraiment international* genannt, unter dem man den Vorbehalt zum Schutz internationaler Interessen gegenüber nationalen Interessen versteht.<sup>1163</sup> Außerdem wird der Begriff des völkerrechtlichen *ordre public* im

---

1160 Von *Arnauld*, Völkerrecht, 2. A., 2014, Rn. 107, 191, 308. Zur international public order *Gebauer*, *Ordre public* (Public Policy), MPEPIL, 2008, Rn. 2. Die Bezeichnung internationaler *ordre public* wird auch im Bereich des Kollisionsrechts verwendet, dazu supra Kapitel E. II. 1. a).

1161 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 73; *Seidl-Hohenveldern*, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, 1997, S. 788.

1162 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 525; *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 7, 1967, S. 77, 80 ff.

1163 Kritisch zum geringen Gehalt des *ordre public* universel *Völker*, *Zur Dogmatik des ordre public*, 1998, S. 282 ff.

Sinne eines Vorbehalts gegenüber nationalen Rechtsordnungen auch im Kontext internationaler Organisationen verwendet.<sup>1164</sup>

Der ordre public auf völkerrechtlicher Ebene ist vom völkerrechtlichen ius cogens, dem zwingenden Völkerrecht (Art. 53 WVK), zu unterscheiden.<sup>1165</sup> Beide Konzepte weisen Schnittmengen auf. So werden beispielsweise Menschenrechtsabkommen zwar zum völkerrechtlichen internationalen ordre public,<sup>1166</sup> jedoch lediglich Kerngewährleistungen dieser Abkommen zum ius cogens gezählt.<sup>1167</sup> Zudem wird das Bestehen eines völkerrechtlichen ordre public teilweise damit begründet, dass dieser ordre public das ius cogens als anerkanntes zwingendes Völkerrecht beinhaltet.<sup>1168</sup> Der völkerrechtliche ordre public ist demnach weiter als das völkerrechtliche ius cogens.

Mit diesen allgemeinen Bezeichnungen eines ordre public auf der völkerrechtlichen Ebene ist jedoch noch nicht alles zur Rolle des ordre public als Vorbehalt gesagt. Zur klareren Bezeichnung des ordre public Vorbehalts auf völkerrechtlicher Ebene ist es hilfreich die einzelnen Völkerrechtsquellen zu betrachten.

#### a) Völkervertragsrecht

Relevant ist der Begriff des ordre public auf völkerrechtlicher Ebene insbesondere im Bereich des Völkervertragsrechts. Hier ist sowohl denkbar, dass erstens Pflichten aus unterschiedlichen völkerrechtlichen Verträgen kulli-

---

1164 Mosler, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 525.

1165 Mit der genauen Untersuchung des ius cogens befasst sich auch die International Law Commission, siehe dazu *Tladi*, Fourth report of the *Special Rapporteur*, (71th session of the ILC (2019)), A/CN.4/727, [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_14.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml), zuletzt am 02.11.2020.

1166 Von Arnould, *Völkerrecht*, 2. A., 2014, Rn. 107, 191, 308.

1167 Von Arnould, *Völkerrecht*, 2. A., 2014, Rn. 308. Kokott, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 89; Obler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR Bd. XI, Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 32.

1168 Jaenicke, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 7, 1967, S. 77, 82 ff, 96; dazu kritisch Ipsen, *Völkerrecht*, 6. A., 2014, § 16, Rn. 37, 38. Zum Verhältnis zwischen ius cogens und völkerrechtlichem ordre public auch Kokott, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 75, 85 ff.

dieren als auch, dass sich zweitens völkervertragsrechtliche Verpflichtungen einzelnen Verpflichtungen aus den Rechtsordnungen der Vertragsparteien entgegenstehen.

Der erste Fall, dass völkervertragliche Verpflichtungen kollidieren, erscheint als äußerst selten.<sup>1169</sup> Ihr Vorkommen und damit die Notwendigkeit von Kollisionsregelungen kann jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.<sup>1170</sup> Hier ist es denkbar, dass ein völkerrechtlicher *ordre public* Vorbehalt zugunsten einer der beiden völkervertragsrechtlichen Regelungen greift. Dieser *ordre public* ist dann jedoch nicht gegen die Anwendung einer fremden Rechtsordnung gerichtet.<sup>1171</sup> Eine besondere Stellung nimmt bei einem solchen *ordre public* wegen seiner Normierung in Art. 53 WVK das *ius cogens* ein. Die Begriffe des *ordre public* und des *ius cogens* decken sich nicht, der völkerrechtliche *ordre public* wird weiter verstanden.<sup>1172</sup> Die hier interessierende Vorbehaltswirkung des völkerrechtlichen *ordre public* Vorbehalts soll sich nach *Kokott* jedoch nur zugunsten des *ius cogens* auswirken.<sup>1173</sup>

Im zweiten Fall wird den Parteien im völkerrechtlichen Vertrag gelegentlich ein Vorbehalt zur Vertragsabweichung eingeräumt.<sup>1174</sup> Der Vorbehalt ermächtigt die Vertragsparteien völkervertragsrechtliche Verpflichtungen unter gewissen Bedingungen einzuschränken.<sup>1175</sup> Auch diese Vorbehalte werden als völkervertragliche *ordre public* Vorbehalte bezeichnet. *Ohler* unterscheidet dabei anhand der Voraussetzungen drei Spielarten. Er differenziert zwischen *ordre public* Vorbehalten im Bereich des Kollisionsrechts, Vorbehalten als Ausnahmeregelungen und Notstandsklauseln.<sup>1176</sup> Diese Vorbehalte und Notstandsklauseln greifen zugunsten der Rechtsord-

1169 Vgl. *Krajewski*, Völkerrecht, 2017, § 4 Rn. 94 ff.; *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 12.

1170 Vgl. *Krajewski*, Völkerrecht, 2017, § 4 Rn. 94 ff.

1171 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 76.

1172 *Mosler*, Revista Española de Derecho Internacional 1968, S. 523, 532.

1173 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 76 f.

1174 Zum Beispiel Art. 22 des Haager Kinderschutzübereinkommen vom 19.10.1996 (BGBl 2009 II S. 602), dazu *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 44. Mit Blick auf die WTO und Art. XX lit. a GATT *Kau*, EuZW 2017, S. 293, 294 m. w. N.

1175 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 23.

1176 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 27 f.; als Beispiele für Vorbehalte im Bereich des Kollisions-

nung der meist staatlichen Vertragsparteien. Dabei schöpft sich der jeweilige Vorbehalt aus der nationalen Rechtsordnung und fungiert als Grenze der völkervertraglichen Bindung. Ein Beispiel hierfür bildet das New Yorker UN-Übereinkommen (UNÜ)<sup>1177</sup> über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Darin ist in Artikel V Abs. 2 lit. b) UNÜ der anerkennungsrechtliche ordre public Vorbehalt des Anerkennungsstaates geregelt.<sup>1178</sup> Der durch das Völkerrecht gewährte ordre public Vorbehalt schöpft den Inhalt seiner Vorbehaltswirkung in diesem Fall aus den nationalen Rechtsordnungen. Dies ist ein Beispiel für die Verschränkung der Rechtsebenen im Bereich des völkervertragsrechtlichen ordre public Vorbehalts. Die völkervertragsrechtlichen ordre public Vorbehalte der vorgenannten Beispiele wirken also nicht zugunsten völkervertragsrechtlicher Regelungen. Vielmehr wird den Vertragsparteien durch den Völkerrechtsvertrag ein ordre public Vorbehalt gewährt, der sich aus der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung schöpft.

Die Bezeichnung des ordre public Vorbehalts im Bereich des Völkervertragsrechts kann also noch präzisiert werden. Es gibt einerseits den völkerrechtlichen ordre public Vorbehalt zugunsten völkerrechtlicher Regelungen und andererseits den zugunsten der Rechtsordnungen der Vertragsparteien.

## b) Vergleich des BVerfG mit dem ordre public des Völkervertragsrechts

Auf den völkervertragsrechtlichen ordre public zugunsten von Regelungen aus den Rechtsordnungen der Vertragsparteien weist prominent das *Bundesverfassungsgericht* in seiner *Lissabon*-Entscheidung hin.<sup>1179</sup> Das *BVerfG*

---

rechts nennt er Art. 13 Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.2965 (BGBl 1977 II, S. 1435); als Beispiel für Vorbehalte als Ausnahmeregelungen führt er Art. XIV lit. a GATS (BGBl 1994 II, S. 1643) und Art. 8 Abs. 1 TRIPS. (BGBl 1994 II, S. 1730) auf; als Beispiel für Notstandsklauseln nennt er Art. 4 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.2.1966 (BGBl 1973 II, S. 1534) und Art. 15 EMRK.

1177 United Nations Treaty Series Volume 330, No 4739.

1178 Art. V Abs. 2 lit. b) des UNÜ lautet: „2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country“; vgl. Saenger, in: Saenger (Hrsg.), ZPO, 7. A., § 1061 ZPO, Rn. 15.

1179 Vgl. BVerfGE 123, 267, 400, Rn. 340 – *Vertrag von Lissabon*.

vergleicht dabei drei Fälle: Die Konzeption des völkervertragsrechtlichen *ordre public* Vorbehalts einerseits wird andererseits mit der Anwendung seiner Identitätskontrolle und der Anwendung der Verfassungsgrundsätze nach *Kadi I* verglichen.<sup>1180</sup> Offenbar nimmt das *BVerfG* eine Ähnlichkeit der jeweiligen Kollisionslage an, die zur Übertragbarkeit der Vorbehaltswirkung für die eigene Rechtsebene führt. Denn das *BVerfG* geht davon aus, dass der Umgang mit der Kollisionslage in allen drei Fällen vergleichbar ist. Dieser Umgang bestehe darin, dass in einem „Grenzfall“ der „Selbstbehauptung“ das Gericht die eigene „Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung“ stelle.<sup>1181</sup> Diese Rechtsfigur sei als völkervertragsrechtlicher *ordre public* Vorbehalt bekannt.

Der Vergleich des *BVerfG* verdeutlicht, dass es auch außerhalb der Kollisionen zwischen dem Unionsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht Argumentationsmuster gibt, einseitig Kollisionen durch Vorbehalt aufzulösen. Für den Vorbehalt rekurriert das *BVerfG* auf den Begriff *ordre public*, ohne allerdings genau zu erläutern, woraus sich die Vergleichbarkeit im Fall des Völkervertragsrechtes ergibt. Worin im Fall eines völkervertragsrechtlichen *ordre public* Vorbehalts die zu wahrende Identität zu suchen ist, eröffnet das *BVerfG* nicht. Hervorzuheben ist außerdem die Einschätzung, der Vergleich entspräche „bei einem konstruktiven Umgang auch der Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen“.<sup>1182</sup> Dies verdeutlicht das Grundverständnis des *BVerfG* vom Mehrebenensystem. Für den Begriff des *ordre public* Vorbehalts im Völkerrecht unterstreicht das Urteil des *BVerfG* insgesamt, dass die Rechtsfigur des *ordre public* Vorbehalts, wie im Völkerrecht, zur Auflösung offenbar ähnlicher Kollisionslagen zwischen Rechtsebenen herangezogen werden kann. Die Begrifflichkeit bietet sich daher auch für das Verhältnis der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht an.<sup>1183</sup>

Auffallend ist, dass das *BVerfG* offenbar nicht davon ausgeht, dass der völkervertragsrechtliche *ordre public* Vorbehalt zugunsten der Rechtsord-

---

1180 BVerfGE 123, 267, 400, Rn. 340 – *Vertrag von Lissabon*. Das *BVerfG* spricht nicht von den Verfassungsgrundsätzen nach *Kadi I*. Es zitiert jedoch den Fall *Kadi I* und umschreibt die Anwendung der Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt „wonach dem völkerrechtlichen Geltungsanspruch einer Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen grundlegende Rechtsprinzipien der Gemeinschaft entgegengehalten werden können“.

1181 BVerfGE 123, 267, 400, Rn. 340 – *Vertrag von Lissabon*.

1182 BVerfGE 123, 267, 400, Rn. 340 – *Vertrag von Lissabon*.

1183 Vgl. die Andeutung dazu von *van Rossem*, in: Wessel/Blockmans (Hrsg.), *Between Autonomy and Dependence*, 2013, S. 13, 31.

nung einer Vertragspartei im völkerrechtlichen Vertrag ausdrücklich eingeräumt werden muss. Während dies im Beispiel des UNÜ durch Artikel V Abs. 2 lit. b) UNÜ geschieht,<sup>1184</sup> betrachtet das *BVerfG* die Situation allein aus der Perspektive der Rechtsordnung der Völkervertragspartei. Natürlich können die Gründungsverträge der EU nicht ohne weiteres mit dem UNÜ verglichen werden. Für die Benutzung des Terminus des völkervertraglichen ordre public, wie ihn das *BVerfG* vornimmt, muss jedoch differenziert werden. Ein durch eine (völkerrechtliche) Rechtsordnung eingeräumter Vorbehalt zu Lasten dieser Rechtsordnung ist jedenfalls rechtssicherer anwendbar als ein ungeschriebener Vorbehalt.

### c) Völkergewohnheitsrecht

Das Völkergewohnheitsrecht kennt das Konzept eines ordre public in seiner Funktion als Vorbehalt für die staatliche Rechtsordnung wohl nicht.<sup>1185</sup> Allerdings werden in der Literatur die Parallelen zu den Regelungen des völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Notstands betont.<sup>1186</sup> Ähnlich zur Situation eines ordre public Vorbehalts wird im Falle des Notstands den Staaten völkergewohnheitsrechtlich unter gewissen Umständen zugestanden, aufgrund von Gefahren für ihre „wesentlichen Interessen“ völkerrechtswidrig zu handeln, Art. 25 Abs. 1 Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit der ILC.<sup>1187</sup> Der Vergleich zum Notstand ist gerade deshalb interessant, da auch der AEUV in Art. 347 AEUV eine Notstandsregelung kennt, auf die wiederum die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze angewendet werden können.

### d) Völkerrechtliche Aufladung der innerstaatlichen ordre public Vorbehalte

Ferner kann der völkerrechtliche ordre public, der unmittelbar nur für Völkerrechtsobjekte gilt, von dem innerstaatlichen, kollisionsrechtlichen

---

1184 Vgl. supra Kapitel E. II. 2. a).

1185 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 30.

1186 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 31.

1187 Anlage zur Resolution der UN-Generalversammlung Nr. 56/83 vom 12.12.2001.

ordre public unterschieden werden, der unter Rückgriff auf das Völkerrecht ausgelegt wird.<sup>1188</sup> Im Fall des Rückgriffs auf das Völkerrecht wird der völkerrechtliche ordre public als Vorbehalt nicht auf der Ebene des Völkerrechts relevant, sondern gelangt über die Brücke der staatlichen ordre public Vorbehalte zur Anwendung gegenüber dem dieser Rechtsordnung fremden Recht.<sup>1189</sup> Damit wird das Völkerrecht bei der Anwendung und Konkretisierung der nationalen ordre public Vorbehalte, gerade im Bereich des IPR und IZVR, relevant. Das wird insbesondere für das ius cogens und völkerrechtlich bindende Menschenrechte angenommen.<sup>1190</sup> Durch die Beachtung des völkerrechtlichen ius cogens und einzelner völkerrechtlicher Menschenrechte vermeidet der jeweilige Staat Völkerrechtsverletzungen. Der nationale ordre public Vorbehalt wird dabei völkerrechtlich aufgeladen beziehungsweise ausgefüllt.<sup>1191</sup> Ein Beispiel mit Blick auf regionales Völkerrecht ist der Einfluss der EMRK auf die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte.<sup>1192</sup>

#### e) Zusammenfassung

Der ordre public wird im Völkerrecht in verschiedenen Begrifflichkeiten und in unterschiedlichen Konstellationen verwendet. Häufig geht es dabei um die Abgrenzung und den Schutz bestimmter, besonders wichtiger völkerrechtlicher Vorschriften gegenüber anderen Vorschriften. Wird der ordre public dabei in einer Kollisionssituation thematisiert, erscheint er als

---

1188 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 73 f.

1189 *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 7, 1967, S. 77, 81 ff.

1190 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 92 ff., 99 ff.; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 146 f.

1191 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 92 ff.

1192 Vgl. *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 153. Auch der *EuGH* akzeptiert, dass die EMRK die ordre public Vorbehalte der Mitgliedstaaten auflädt, *EuGH*, Rs. C-7/98 (Krombach/Bamberski), ECLI:EU:C:2000:164, Slg. 2000, I-1935, Rn. 22; dazu *Canor*, in: Calliess (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 490.



Vorbehalt. Ordre public Vorbehalte kennt das Völkerrecht in geschriebener und ungeschriebener Form. Damit wird deutlich, dass die Rechtsfigur der ordre public Vorbehalte nicht nur im Bereich staatlicher Rechtsordnung Anwendung findet. Während der geschriebene Vorbehalt immerhin hinsichtlich seiner Existenz Rechtssicherheit schafft, bleibt der ungeschriebene Vorbehalt meist unscharf. Hervorzuheben ist, dass der ungeschriebene, völkervertragsrechtliche ordre public Vorbehalt nach der Beschreibung des Bundesverfassungsgerichts der Identitätskontrolle ähnelt.

Mit Blick auf das Mehrebenensystem kennt das Völkerrecht nicht nur den Vorbehalt des völkerrechtlichen, internationalen ordre public sondern akzeptiert an einzelnen Stellen ausdrücklich ebenenübergreifend die ordre public Vorbehalte anderer, nicht völkerrechtlicher Rechtsquellen. Daher ist es hilfreich zwischen der Rechtsquelle, die den ordre public Vorbehalt gewährt, und der Rechtsquelle, zu deren Gunsten der Vorbehalt wirkt, zu unterscheiden. So wird beispielsweise im UNÜ der ordre public Vorbehalt von der völkerrechtlichen Rechtsquelle gewährt, gegen die er sich richtet, wobei er sich inhaltlich aus der geschützten, staatlichen Rechtsordnung schöpft.

### 3. Der Begriff des ordre public Vorbehalts auf europarechtlicher Ebene

Auch auf der Ebene des Europarechts ist der Begriff des ordre public Vorbehalts in verschiedenen Ausgestaltungen und in unterschiedlichen Rechtsbereichen relevant. Das betrifft nicht nur das Unionsrecht, also Europarecht im engeren Sinne, sondern insbesondere mit Blick auf die EMRK auch das Europarecht im weiteren Sinne. Zunächst soll es um den Begriff des ordre public im Bereich des Europarechts im engeren Sinne gehen (a und b). Anschließend wird der Fokus auf das Europarecht im weiteren Sinne ausgeweitet (c). Auch für den Bereich des Europarechts ist die Unterscheidung relevant, durch welche Rechtsordnung der ordre public gewährt wird und zugunsten welcher Rechtsordnung er wirkt.

#### a) Unionsrechtliche Aufladung der mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte

Auf der unionsrechtlichen Ebene spielt der Begriff des ordre public zunächst in den harmonisierten Vorschriften zum IPR und IZVR eine Rolle. Soweit das Kollisionsrecht durch die Union harmonisiert wurde, finden

sich in den jeweiligen Verordnungen Vorschriften zum kollisionsrechtlichen *ordre public* Vorbehalt. So beispielsweise in Art. 21 Rom I-VO,<sup>1193</sup> Art. 26 Rom II-VO<sup>1194</sup> sowie Art. 12 Rom III-VO.<sup>1195</sup> Das harmonisierte europäische Zivilverfahrensrecht kennt den *ordre public* Vorbehalt beispielsweise in der EuGVO.<sup>1196</sup> Dort regelt Art. 45 Abs. 1 lit. a) EuGVO den *ordre public* Vorbehalt des um Anerkennung einer Entscheidung ersuchten Mitgliedstaates. Dieser mitgliedstaatliche *ordre public* Vorbehalt findet sich ebenfalls in Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO<sup>1197</sup> und Art. 33 EUInsVO.<sup>1198</sup> Einzelne Verordnungen zur Vollstreckung von Titeln aus anderen Mitgliedstaaten verzichten jedoch in bestimmten Fällen generell auf *ordre public* Vorbehalte.<sup>1199</sup> Darüber hinaus trifft auch die Richtlinie zur Freizügigkeit<sup>1200</sup> in den Art. 27 ff. Regelungen zur Beschränkung des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern über einen *ordre public* Vorbehalt. Dieser Vorbehalt wirkt zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.

- 
- 1193 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).
- 1194 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II).
- 1195 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.
- 1196 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.
- 1197 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000.
- 1198 Verordnung (EU) Nr. 848/2015 des europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung).
- 1199 Vgl. von Hein, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 92, so beispielsweise die EuVTVO (Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen).
- 1200 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

Für die Bezeichnung der im unionalen IPR und IZVR eingeräumten ordre public Vorbehalte ist die Frage relevant, für welche Rechtsordnung sie eigentlich wirken. Zwar sind die Vorbehalte rechtsquellentechnisch im Unionsrecht verankert und könnten daher als unionsrechtlicher ordre public Vorbehalt bezeichnet werden. Ihre Vorbehaltsfunktion üben sie jedoch nach dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften zunächst für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aus. Präziser sind diese Vorbehalte daher als unionsrechtlich gewährte ordre public Vorbehalte zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu bezeichnen. Eine pauschale Beschreibung als unionsrechtlicher ordre public würde unklar lassen, dass es der mitgliedstaatliche ordre public ist, der geschützt wird. Eine solche Beschreibung ist daher zu vermeiden.<sup>1201</sup>

Allerdings hat der *EuGH* über die Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften, die den ordre public Vorbehalt einräumen, einen großen Einfluss auf die Anwendung dieser ordre public Vorbehalte.<sup>1202</sup> Daher wird diskutiert, inwiefern die den Mitgliedstaaten eingeräumten Vorbehalte durch unionsrechtliche Gehalte aufgeladen werden.<sup>1203</sup> Ein Beispiel dafür ist die Rechtsprechung des *EuGH* zur Anwendung der ordre public Vorbehalte des harmonisierten IZVR oder auch des Völkerrechtes. Aus den Fällen *Renault/Maxicar*<sup>1204</sup> und *Eco Swiss*<sup>1205</sup> folgt dabei insbesondere, dass der *EuGH* die dem nationalen ordre public zugeschriebenen verfahrensrechtli-

---

1201 Ausführlich zum Streitstand bezüglich eines eigenständigen unionsrechtlichen oder doch nur unionsrechtlich angereicherten nationalen ordre publics von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 154 ff. Den gemeinschaftsrechtlichen ordre public ablehnend *Oberhammer/Koller/Slonina*, in: Leible/Terhechte, *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 15, Rn. 190.

1202 Bezüglich der Vorbehalte des harmonisierten IPR und IZVR *Gebauer*, *Ordre public* (Public Policy), *MPEPIL*, 2008, Rn. 20. Zur Begrenzungsfunktion des Unionsrechts von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 170; *Canor*, in: Callies (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 495 f. Bezüglich des Vorbehalts in der Freizügigkeits-Richtlinie *Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 8, Rn. 134 f.

1203 Vgl. *Thoma*, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, 2007, S. 196 ff.

1204 *EuGH*, Rs. C-38/98 (*Renault/Maxicar*), ECLI:EU:C:2000:225, Slg. 2000, I-2973; betroffen war der ordre public Vorbehalt aus dem IZVR.

1205 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055; betroffen war der ordre public Vorbehalt aus dem New Yorker UN-Übereinkommen (UNÜ) über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schieds-

chen Vorbehalte um „wesentliche Werte“ des Unionsrechts ergänzt und ausgestaltet.<sup>1206</sup> Nach *Eco Swiss* gehört zu diesen wesentlichen Werten oder grundlegenden Bestimmungen, die über den nationalen ordre public der Mitgliedstaaten als Vorbehalt wirken, auch das EU-Kartellverbot aus Art 85 EG (Amsterdam) bzw. jetzt Art. 101 AEUV.<sup>1207</sup> Die ordre public Vorbehalte, die dem mitgliedstaatlichen Forum gewährt werden, sind also vom Unionsrecht mit beeinflusst. Für das Unionsrecht wesentliche Werte werden durch diese ordre public Vorbehalte über die Brücke des Anwendungsvorrangs der Unionsregelungen mit geschützt. Insofern wird im Bereich des IZVR überzeugend der europäische verfahrensrechtliche ordre public als eine unionsrechtliche Ausprägung des jeweiligen nationalen verfahrensrechtlichen ordre public verstanden.<sup>1208</sup> Der unionsrechtliche Aspekt ist dabei nicht, dass der ordre public in einer Verordnung normiert ist. Vielmehr ist nach *Eco Swiss* der vom mitgliedstaatlichen Gericht anwendbare Vorbehalt inhaltlich um wesentliche unionsrechtliche Werte erweitert.<sup>1209</sup> Rechtsquellentechnisch sind diese Werte insbesondere im Primärrecht zu verorten.<sup>1210</sup> Unabhängig von der Frage, worauf diese unionsrechtliche Aufladung oder Erweiterung der zuvorderst den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewährten ordre public Vorbehalte argumentativ zu stützen ist, kommt es dabei auf einen weiteren Aspekt an. Es ist darauf zu achten, dass die jeweils zur inhaltlichen Erweiterung des mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalts herangezogene Unionsregelungen auch im Rahmen des mitgliedstaatlichen Rechts anwendbar sind. Im Fall *Eco Swiss* war dies durch den klaren Vorrang zugunsten des Unionskartellrechts gegeben. Dagegen kommt es beispielsweise im Bereich der Unionsgrund-

---

sprüche, United Nations Treaty Series Volume 330, No 4739. Zu diesem Urteil bereits supra Kapitel B. V. 5. c).

1206 *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 28.

1207 Vgl. EuGH, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 36 ff.

1208 *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 55, auch S. 177: „europäischer verfahrensrechtlicher ordre public in Form einer nationalen Vorbehaltsklausel [...], welche mit unionsrechtlichen und daher eben auch menschenrechtlichen Elementen „aufgeladen“ ist“ und S. 118.

1209 In *Eco Swiss* war darüberhinaus der ordre public Vorbehalt durch das Völkerrecht gewährt, es ging um den ordre public Vorbehalt aus dem New Yorker UN-Übereinkommen (UNÜ).

1210 Vgl. von *Hein*, in: Säger/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 161.

rechte entscheidend darauf an, dass sie jeweils auch über die Brücke der mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte anwendbar sind (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC).<sup>1211</sup>

Eine Beschreibung als alleinstehender europarechtlicher ordre public mit Vorbehaltswirkung geht im Übrigen auch in den Fällen fehl, in denen Schiedssprüche nach der *EuGH*-Rechtsprechung von mitgliedstaatlichen Gerichten deshalb aufzuheben sind, da sie gegen mitgliedstaatliche ordre public Vorbehalte verstoßen, die unionsrechtlich angereichert sind.<sup>1212</sup> Dabei handelt es sich weniger um genuin „europarechtliche“<sup>1213</sup> ordre public Vorbehalte, als mehr um einzelne unionale Sachmaterien, die über die nach mitgliedstaatlichem Recht von nationalen Gerichten angewandten ordre public Vorbehalte Anwendung finden. Welche Teile des Unionsrechts und in welchem Umfang dazu gehören, ist indes unklar. Jedenfalls in Betracht kommen nach *Eco Swiss* das Wettbewerbsrecht und nach *Mostaza Claro*<sup>1214</sup> das Verbraucherschutzrecht.<sup>1215</sup>

Der ordre public Vorbehalt, der inhaltlich durch Unionsrecht beeinflusst wird, bleibt also der mitgliedstaatliche.<sup>1216</sup> Nur der Inhalt dieses ordre public wird – wie das gesamte mitgliedstaatliche Recht – durch das Unionsrecht beeinflusst. Selbst wenn sich ein fester Kanon an unionalen Rege-

---

1211 Auf die Anwendbarkeit nicht eingehend: EuGH, C-619/10 (*Trade Agency/Seramico*), ECLI:EU:C:2012:531, Rn. 47 ff. In dem Urteil bleibt offen, ob der *Gerichtshof* den mitgliedstaatlichen ordre public um das in Rede stehende Grundrecht aus Art. 47 GRC inhaltlich erweitert, oder ob er zur Beschreibung des Inhalts des mitgliedstaatlichen ordre public lediglich auf das Grundrecht *im Sinne von* Art. 47 GRC verweist. Schon die Vorlagefrage hatte ausdrücklich Bezug auf das Grundrecht aus Art. 47 GRC genommen. Zur daher fragwürdigen Einschätzung, der *EuGH* entnehme „den Gehalt des mitgliedstaatlichen ordre public“ aus der Charta *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238 Rn. 36.

1212 EuGH, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 37; EuGH, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421, Rn. 35; EuGH, Rs. C-40/08 (*Asturcom/Rodríguez Nogueira*), ECLI:EU:C:2009:615, Slg. 2009, I-9579, Rn. 59.

1213 Von einem „europarechtlichen ordre public“ sprechen *Koehler/Müller*, in: Leible/Terhechte, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 26, Rn. 79 f.

1214 EuGH, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421.

1215 *Koehler/Müller*, in: Leible/Terhechte, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 26, Rn. 80.

1216 Vgl. *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 160.

lungen herausbilden sollte, die im Rahmen der mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte angewandt werden, so handelte es sich dabei doch nicht um einen genuin unionsrechtlichen Vorbehalt. Denn ohne die dem mitgliedstaatlichen Gericht eingeräumte Möglichkeit den eigenen ordre public einzuhalten, könnte auch das Unionsrecht auf diese Weise nicht angewandt werden. Dies ist gerade verfahrensrechtlich relevant. Denn besteht beispielsweise im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht keine Kontrollmöglichkeit durch einen nationalen ordre public, können nach dem beschriebenen Mechanismus auch die wesentlichen unionsrechtlichen Gehalte nicht zur Überprüfung des anzuerkennenden Urteils oder Schiedsspruchs angelegt werden. Wenn daher in Folge der genannten Rechtsprechung von einem unionsrechtlichen, verfahrensrechtlichen ordre public gesprochen wird, dann stellt dieser lediglich eine Ergänzung der unionsrechtlich oder auch völkerrechtlich gewährten Vorbehalte dar. Diese werden aber inhaltlich und verfahrensrechtlich über die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angewandt.<sup>1217</sup> Das gemeinsame Merkmal dieses ordre public Vorbehalts ist dabei, dass er in allen Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht aufgeladen wird.<sup>1218</sup>

Von einem genuin unionsrechtlichen ordre public Vorbehalt sollte daher nur gesprochen werden, wenn der Vorbehalt ohne den Umweg über die den Mitgliedstaaten eingeräumten Vorbehalte greifen würde. In diese Richtung scheint die Verwendung des Begriffs durch *van Rossem* zu gehen. Er schlägt für die Kadi-Situation vor, anhand eines ordre public oder der Identität der Union zu bestimmen, ob die Grenze (völker-)vertraglicher Bindung erreicht sei.<sup>1219</sup> Dabei bleibt aber bis auf den Verweis auf Art. 2 EUV offen, wie ein solcher ordre public oder gar die Identität der EU definiert und operationalisiert werden kann.<sup>1220</sup>

---

1217 Ähnlich *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 118.

1218 Zum gemeineuropäischen ordre public *Föblich*, Der gemeineuropäische ordre public, 1997, S. 27 f.

1219 *Van Rossem*, in: Wessel/Blockmans (Hrsg.), Between Autonomy and Dependence, 2013, S. 13, 32.

1220 *Van Rossem* konstantiert zudem, dass der EuGH in *Kadi I* und *Intertanko* die Chance verpasst hat einen möglichen ordre public zu definieren, *van Rossem*, in: Wessel/Blockmans (Hrsg.), Between Autonomy and Dependence, 2013, S. 13, 32 ff. und 40.

b) Die öffentliche Ordnung als Vorbehalt in den EU-Verträgen

Die unionsrechtlichen Verträge in der deutschen Sprachfassung kennen den Begriff des ordre public nicht. Demgegenüber kommt er in der französischen Fassung häufig vor.<sup>1221</sup> Die Nutzung des Begriffs im Französischen korrespondiert mit der Verwendung der öffentlichen Ordnung in der deutschen Sprachversion.<sup>1222</sup> In der englischen Sprachfassung wird die öffentliche Ordnung teilweise mit „order“<sup>1223</sup> und teilweise mit „public policy“<sup>1224</sup> übersetzt. Im Bereich der Grundfreiheiten, also der Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b) AEUV wirkt die öffentliche Ordnung als Schrankenregelung.<sup>1225</sup> Wegen der Vorbehaltswirkung werden die Schrankenregelungen der Grundfreiheiten daher, soweit sie sich auf die öffentliche Ordnung der Mitgliedstaaten beziehen, als ordre public Vorbehalt beschrieben.<sup>1226</sup> Ähnlich wie bei den harmonisierten Vorschriften zum IPR und IZVR wirkt der Vorbehalt gegenüber dem Unionsrecht, hier den Grundfreiheiten, und zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Die Durchsetzung der Grundfreiheiten ist dem eng und autonom ausgelegten Vorbehalt der öffentlichen Ordnung im Sinne der Schrankenregelungen ausgesetzt.<sup>1227</sup> Wie im Fall der Anwendung der Vorbehalte im IPR und IZVR wird die Anwendung der im Unionsrecht gewährten Schrankenregelungen durch die Auslegung des *EuGH* mitbestimmt.<sup>1228</sup> Im Bereich der Grundfreiheiten hegt der *EuGH* den mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalt deutlich ein. Der *EuGH* verlangt für die Berufung auf den ordre public Vorbehalt bei den Grundfreiheiten, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein aus Unionsperspek-

---

1221 Vgl. Art. 4 Abs. 2 EUV, Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b), 72, 202, 276, 347 AEUV der französischen Fassung.

1222 Vgl. Art. 4 Abs. 2 EUV, Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b), 72, 202, 276, 347 AEUV der deutschen Fassung.

1223 „maintaining law and order“ für „maintenir l'ordre public“ bzw. die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“, Art. 4 Abs. 2 EUV, vgl. auch Art. 72, 276, 347 AEUV der englischen Fassung.

1224 Vgl. Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b), 202 AEUV der englischen Fassung.

1225 *Corthaut*, EU Ordre Public, 2012, S. 79 ff., *Frey/Pfeifer*, EuR 2015, S. 721, 729 ff.

1226 Vgl. *Frey/Pfeifer*, EuR 2015, S. 721, 729 ff.

1227 *EuGH*, Rs. C-36/02 (Omega), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30.

1228 Vgl. nur *EuGH*, Rs. C-36/02 (Omega), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30.

tive legitimes Grundinteresse der Gesellschaft berührt.<sup>1229</sup> Zur Bestimmung des mitgliedstaatlichen Grundinteresses räumt die Rechtsprechung den Mitgliedstaaten einen Spielraum ein und lässt den *ordre public* Vorbehalt nur zu, soweit seine Anwendung verhältnismäßig ist.<sup>1230</sup>

Außer den Schrankenregelungen des Rechts der Grundfreiheiten werden auch weitere Vorschriften der Verträge mit dem Begriff des *ordre public* der Mitgliedstaaten in Verbindung gebracht. So ist von der Union nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV generell und nach Art. 72, 276 AEUV in bestimmten Politikbereichen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in den und durch die Mitgliedstaaten zu beachten.<sup>1231</sup> Dadurch wird zum einen der mitgliedstaatliche *ordre public* zur Sicherung der Friedens- und Ordnungsfunktion des Staates anerkannt.<sup>1232</sup> Denn schon nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 EUV bildet die öffentliche Ordnung ein Beispiel für die „grundlegenden Funktionen des Staates“. Zum anderen kommt es durch die unionsrechtlich gewährte Wahrung des *ordre public* zu einem gewissen Einfluss der Unionsrechtsordnung auf den mitgliedstaatlichen *ordre public*.<sup>1233</sup> Dies könnte zur deutlichen Herausbildung eines gemeineuropäischen, also allen Mitgliedstaaten gleich auszulegenden Schutzes des mitgliedstaatlichen *ordre public* führen.<sup>1234</sup> Denn nach Art. 4 Abs. 2 EUV und Art. 72 AEUV wird durch das Unionsrecht ein Vorbehalt zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewährt. Der Vorbehalt aus Art. 4 Abs. 2 EUV übernimmt dabei wegen seines allgemeinen Wortlauts eine grundlegende Rolle als Vorbehalt zwischen der Unionsrechtsordnung und den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.<sup>1235</sup> Der *EuGH* gewährt die-

1229 *EuGH*, Rs. C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff), ECLI:EU:C:2016:401, Rn. 67, 71; *EuGH*, Rs. C-36/02 (Omega), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30.

1230 *EuGH*, Rs. C-438/14 (Bogendorff von Wolffersdorff), ECLI:EU:C:2016:401, Rn. 68, 72.

1231 „maintenir l'ordre public“/ “le maintien de l'ordre public“; „maintaining [law and] order“/ “maintenance of [law and] order“.

1232 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 13.

1233 Schließlich legt der *EuGH* den Begriff der nationalen Identität autonom aus, *Haratsch*, *EuR* 2016, S. 131, 134 ff.

1234 *Kotzur*, in: Leible/Terhechte, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 5, Rn. 14.

1235 Dazu *Canor*, in: Calliess (Hrsg.), *Liber Amicorum* für Torsten Stein, 2015, S. 475, 476 f., 482 f., 494 ff.; *Haratsch*, *EuR* 2016, S. 131, 140 f.



sen Vorbehalt dann auch zulasten der unionsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.<sup>1236</sup>

Überdies wird auch Art. 2 EUV als „harter Kern der Unionsrechtsordnung“ mit dem Begriff des ordre public in Verbindung gebracht.<sup>1237</sup> Im Gegensatz zu den zuvor genannten Vorschriften sieht der Wortlaut des Art. 2 EUV einen Vorbehalt zugunsten der Werte aber gerade nicht vor. Zudem folgt anders als aus Art. 4 Abs. 2 EUV aus dem Wortlaut von Art. 2 EUV nicht, ob und gegenüber welchen Regelungen die Werte als Vorbehalt herangezogen werden können. Die begriffliche Verknüpfung der Regelung des Art. 2 EUV mit einem ordre public wird indes auch an anderer Stelle deutlich. So hat etwa der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesbegründung von § 73 IRG,<sup>1238</sup> auf Art. 6 EUV (Nizza) Bezug genommen und Art. 6 EUV (Nizza) als europäischen ordre public bezeichnet.<sup>1239</sup> Art. 6 EUV (Nizza) normiert in Absatz 1 teilweise die Werte des heutigen Art. 2 EUV (Lissabon). Auf diese bezog sich der *EuGH* in *Kadi I* zur Bestimmung der Verfassungsgrundsätze.<sup>1240</sup> Darüber hinaus wird auch der Unionsrechtsordnung insgesamt, ähnlich wie den nationalen Rechtsordnungen, ein ordre public zugeschrieben.<sup>1241</sup> Dabei geht es dann aber meist weniger um die Vorbehaltswirkung im Kollisionsfall, sondern mehr um die Bestimmung eines relativ weiten Kanons an geschützten Werten des Gemeininteresses, die in verschiedenen Konstellationen relevant werden können.

---

1236 *EuGH*, Rs. C-391/09 (*Runevič-Vardyn und Wardyn*), ECLI:EU:C:2011:291, Slg. 2011, I-3787, Rn. 86; *EuGH*, Rs. C-202/11 (*Las*), ECLI:EU:C:2013:239, Rn. 26.

1237 *Ohler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 33.

1238 § 73 IRG regelt die Grenzen der Rechtshilfe und damit den ordre public Vorbehalt im Rahmen des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen.

1239 BT-Drs. 15/1718, S. 11, 14, 15 (Gesetzentwurf zum Europäischen Haftbefehlsgesetz), im Anschluss an die dortige Wortwahl *Reinbacher/Wendel*, *EuGRZ* 2016, S. 333, 334, Fn. 75 m. w. N.

1240 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303.

1241 Dazu ausführlich *Corthaut*, *EU Ordre Public*, 2012, S. 34 ff., sowie S. 39 ff.

c) *Ordre public* und Europarecht im weiteren Sinne

Der Begriff des *ordre public* ist nicht nur im Unionsrecht, also dem Europarecht im engeren Sinne, relevant. Er kommt auch im Bereich des Europarechts im weiteren Sinne vor. Das Europarecht im weiteren Sinne umfasst das Recht aller europäischen Organisationen, also nicht nur die Unionsrechtsordnung, sondern auch das Recht der EMRK, der EFTA, der OSZE oder der OECD.<sup>1242</sup> Auf dieser Rechtsebene wird gelegentlich von einem gemeinschaftlichen *ordre public*,<sup>1243</sup> einem europäischen *ordre public*,<sup>1244</sup> einem im Vergleich zum Völkerrecht regionalen *ordre public*,<sup>1245</sup> einem gemeineuropäischen Standard für den *ordre public*,<sup>1246</sup> einem *ordre public communautaire*<sup>1247</sup> oder einem *ordre public européen*<sup>1248</sup> gesprochen. Nicht immer wird dabei deutlich, ob sich mit diesen Begriffen lediglich auf das Europarecht im engeren Sinne oder auch im weiteren Sinne bezogen wird.

Mit Hilfe der leicht unterschiedlichen Begrifflichkeiten werden häufig gemeinsame Standards eines regionalen *ordre public* im Bereich des Europarechts im weiteren Sinne bezeichnet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es dabei nicht nur um den *ordre public* als einen Vorbehalt geht, sondern auch um die Bestimmung eines allgemeinen *ordre public* für den Bereich des Europarechts im weiteren Sinne. Mit Blick auf die damaligen europäischen Gemeinschaften und den Vertragsgemeinschaften des Europarats

1242 Vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. A., 2016, Rn. 2.

1243 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523 ff.

1244 *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 7, 1967, S. 77, 125; *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 74 f.; *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEIL, 2008, Rn. 21 („European public policy“); *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 156.; BT-Drs. 15/1718, S. 11, 14, 15 (Gesetzesentwurf zum Europäischen Haftbefehlsgesetz), im Anschluss an den Wortlaut des Gesetzesentwurfs *Reinbacher/Wendel*, *EuGRZ* 2016, S. 333, 338.

1245 *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 7, 1967, S. 77, 125.

1246 *Föhlisch*, *Der gemeineuropäische ordre public*, 1997, S. 27 f., 47 ff.

1247 *Thoma*, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, 2007, S. 127, 155.

1248 *Tomuschat*, *EuGRZ* 2003, S. 95 ff. (im Titel); *Colombi Ciacchi*, *ZERP-Diskussionspapier* 1/2008, S. 1, 4 ff.

hat beispielsweise *Mosler* einen gemeinschaftlichen ordre public herausgearbeitet.<sup>1249</sup> Dessen Funktionen erschöpfen sich indes nicht in der eines Vorbehalts, von dem im Kollisionsfall das nationale Recht der Mitgliedstaaten nicht abweichen kann. Vielmehr nehme der gemeinschaftliche ordre public auch die Rolle eines gemeinsamen Standards an Rechtsregeln ein, den die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft verwirklichen müssen.<sup>1250</sup>

Daneben wird der Begriff des ordre public im europarechtlichen Kontext auch oft im Bezug auf die EMRK verwendet.<sup>1251</sup> So wird beispielsweise die Verhinderung der Auslieferung an einen nichteuropäischen Drittstaat, in welchem dem Angeklagten die Todesstrafe drohte, als Ausdruck des durch die EMRK konkretisierten europäischen ordre public beschrieben.<sup>1252</sup> Zudem rekurriert auch der *EuGH* immer wieder auf die EMRK, weshalb diese als Teil eines europäischen ordre public verstanden wird.<sup>1253</sup> Die Bezugnahme auf die EMRK bezieht sich dabei insbesondere auf die Auslegung der den Mitgliedstaaten gewährten ordre public Vorbehalte im harmonisierten IZVR.<sup>1254</sup> Parallel dazu rekurrieren zunehmend auch mitgliedstaatliche Gerichte zur Auslegung der ordre public Vorbehalte des harmonisierten IZVR (und IPR) auf die EMRK und damit „übernationale“ Wertvorstellungen.<sup>1255</sup>

---

1249 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532 f.

1250 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 533. Inhaltlich leitet *Mosler* die Vorbehaltsfunktion des gemeinschaftlichen ordre public im Bereich des damaligen Gemeinschaftsrechts aus dem Fall *Costa/ENEL* (*EuGH*, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1249, 1269) ab.

1251 Vgl. *Colombi Ciacchi*, ZERP-Diskussionspapier 1/2008, S. 1, 4 ff. mit Verweis auf die Wortwahl „ordre public européen“ des EGMR im Urteil EGMR 788/69, Österreich/Italien, ECLI:CE:ECHR:1961:0111DEC000078860, 1961, 139, 141; vgl. *Tomuschat*, *EuGRZ* 2003, S. 95 ff.

1252 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 74 f. (Fall *Söring*; EGRM, *Soering/United Kingdom*, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888).

1253 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 75 f.

1254 *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEPIL, 2008, Rn. 21; Urteil *EuGH*, Rs. C-7/98 (*Krombach/Bamberski*), ECLI:EU:C:2000:164, Slg. 2000, I-1935, Rn. 23; *EuGH*, Rs. C-38/98 (*Renault/Maxicar*), ECLI:EU:C:2000:225, Slg. 2000, I-2973, Rn. 28.

1255 *Oberhammer/Koller/Slonina*, in: *Leible/Terhechte*, *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3)*, 2014, § 15, Rn. 189.

d) Zusammenfassung

Im Bereich des Europarechts im engen und weiten Sinne lässt also ebenfalls ein terminologischer Wildwuchs zum Begriff des *ordre public* Vorbehalts konstatieren. Wichtig erscheint dabei, dass das Unionsrecht den *ordre public* Vorbehalt der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht nur achtet (Art. 4 Abs 2 EUV), sondern ihn häufig auch ausdrücklich einräumt. Die Vorbehalte zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen finden sich dabei nicht nur im Bereich des harmonisierten IPR und IZVR, sondern auch als Schrankenregelungen der Grundfreiheiten oder an anderen Stellen im Primärrecht und Sekundärrecht. Die als *ordre public* Vorbehalte bezeichneten Regelungen wirken zwar zugunsten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, ihre Wirkung wird aber durch die Auslegung der Unionsvorschriften durch den *EuGH* eingehegt. Gleichwohl wäre es verkürzt, diese *ordre public* Vorbehalte als unionsrechtlich oder europarechtlich zu beschreiben, ohne zu betonen, dass sie Vorbehalte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bilden. Ansonsten bestünde die Gefahr, den geschützten *ordre public* der Mitgliedstaaten mit einem der Unionsrechtsordnung zu verwechseln. Ein einheitlicher, unionsrechtlicher *ordre public* Vorbehalt sollte durch die Rom I- und II-Verordnungen gerade nicht geschaffen werden.<sup>1256</sup>

Dagegen geht es um die Suche nach der Bestimmung eines möglichen *ordre public* des Unionsrechts, wenn die Werte des Art. 2 EUV mit dem Begriff des *ordre public* für die Unionsrechtsordnung verknüpft werden. Anders als Art. 4 Abs. 2 EUV wird durch den Wortlaut von Art. 2 EUV jedoch nicht deutlich, ob und gegenüber welcher Rechtsordnung die Werte als Vorbehalt herangezogen werden können. Die Vielzahl der Vorschriften der Unionsrechtsordnung, die mit dem Begriff des *ordre public* Vorbehalts in Verbindung gebracht werden, zeigt, dass es den unzweideutigen Begriff eines unionsrechtlichen *ordre public* Vorbehalts nicht gibt. Blickt man hingegen auf den durch die Vorbehalte geschützten *ordre public*, lassen sich die mitgliedstaatlichen, unionsrechtlich aufgeladenen *ordre public* von einem genuin unionsrechtlichen *ordre public* unterscheiden. Für letzteren gibt Art. 2 EUV Anhaltspunkte. Wieder wird deutlich, dass die Rechtsfigur des *ordre public* Vorbehalts nicht auf staatliche Rechtsordnungen beschränkt ist.

---

1256 Von Hein, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 26.

### III. Gemeinsame Merkmale der ordre public Vorbehalte

Mit dem Begriff des ordre public Vorbehalts wird also in verschiedenen Rechtsgebieten sowohl auf nationaler als auch auf völkerrechtlicher und europarechtlicher Ebene operiert. Im Folgenden sollen die gemeinsamen Merkmale der beleuchteten ordre public Vorbehalte herausgestellt werden, um sie anschließend mit den Charakteristika der Verfassungsgrundsätze vergleichen zu können. Mit Blick auf die in Kapitel C herausgearbeiteten abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts scheinen die zuvor beleuchteten ordre public Vorbehalte dabei zwei interessante Gemeinsamkeiten zu besitzen. Das betrifft erstens die abweichungsfeste Wirkung, die für die Verfassungsgrundsätze innerhalb der Unionsrechtsordnung festgesetzt wurde. Denn damit wird letztlich ein Vorbehalt der Unionsrechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht beschrieben. Für den Vergleich der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mit dem Begriff des ordre public Vorbehalts kommt es also besonders auf die Untersuchung dieser Vorbehaltswirkung an (1.). Zweitens schöpft sich der Inhalt der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, das verrät bereits die Bezugnahme auf die Verfassung und deren Grundsätze, aus einem Kanon von Vorschriften, die für die Unionsverfassungsordnung besonders sind. Aus ähnlich grundsätzlichen Regelungen schöpft sich der geschützte Inhalt der ordre public Vorbehalte. Daher ist es für den Vergleich der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mit dem Begriff des ordre public Vorbehalts hilfreich, die Bestimmung des geschützten Inhalts der ordre public Vorbehalte zu beleuchten (2.).

#### 1. Die Wirkung als Vorbehalt

Obwohl die Rechtsfigur des ordre public Vorbehalts in vielen verschiedenen Rechtsordnungen in unterschiedlicher Gestalt Verwendung findet, lassen sich einige grundlegende funktionale Merkmale beschreiben.

##### a) Vorbehaltswirkung zugunsten einer Rechtsordnung im Einzelfall

Trotz der nicht feststellbaren einheitlichen Konzeption des ordre public Vorbehalts über die Grenzen der verschiedenen Rechtsordnungen hi-

naus,<sup>1257</sup> ist den meisten als *ordre public* Vorbehalt bezeichneten Regelungen ein Charakteristikum zu eigen: Der Vorbehalt wirkt innerhalb der durch ihn geschützten Rechtsordnung zur Durchsetzung der grundlegenden Wertvorstellungen, die der jeweiligen Rechtsordnung immanent sind. Die Vorbehaltswirkung grenzt die Regelungen der eigenen Rechtsordnung gegenüber der jeweils fremden Rechtsquelle ab. Dies gilt für die Vorbehalte im Bereich des nationalen und unionsrechtlichen IPR und IZVR.<sup>1258</sup> Es gilt auch für die Vorbehalte des nationalen Verfassungsrechts<sup>1259</sup> oder der Vorbehalte zugunsten der Rechtsordnungen der Parteien von völkerrechtlichen Verträgen.<sup>1260</sup> Mit dieser Vorbehaltswirkung einher geht jeweils die Rechtsfolge, dass die Regelung, die im Einzelfall gegen die durch Vorbehalt geschützte Regelung verstößt, anders als vorgesehen, nicht angewendet wird.

Allerdings sind die Vorbehalte als Ausnahmen konzipiert, das zeigt die zurückhaltende Formulierung der geschriebenen Vorbehalte.<sup>1261</sup> Die einzelnen Rechtsordnungen gehen also trotz der Festlegung eines Vorbehalts vom Normallfall des Zusammenspiels zwischen der eigenen mit der fremden Rechtsordnung aus. Zudem werden die geschriebenen *ordre public* Vorbehalte meist explizit restriktiv ausgelegt.<sup>1262</sup> Daher ist der *ordre public* gerade kein Werkzeug, das gegen die Offenheit und Kooperation der Rechtsordnungen untereinander angewandt wird. Getragen von der Einsicht, dass Rechtsordnungen unterschiedlich sind, erscheinen *ordre public* Vorbehalte vielmehr als ein Reflex auf die Verwobenheit der Rechtsordnungen. Die Begrenzung auf eine enge, restriktive Auslegung verdeutlicht zudem, dass es bei den Vorbehalten meist nicht darum geht, die eigene Rechtsordnung außerhalb ihrer Kernregelungen über oder gegen andere

---

1257 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 26.

1258 *Supra* Kapitel E. II. 1. a), b), 3. a).

1259 *Supra* Kapitel E. II. 1. c).

1260 *Supra* Kapitel E. II. 2. a).

1261 Beispielsweise kommt es für Art. 6 EGBGB und Art. 21 Rom I-VO auf die offensichtliche Unvereinbarkeit an. Für Art. 6 EGBGB geht es zudem nur um die wesentliche Grundsätze.

1262 Vgl. beispielsweise für den *ordre public* Vorbehalt im Bereich der Grundfreiheiten EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30. Für die *ordre public* Vorbehalte im Bereich des IPR vgl. *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 13–15.

Rechtsordnungen zu stellen.<sup>1263</sup> Es ist nicht das fremde Recht als solches, das durch den ordre public Vorbehalt für mit den Kernwerten der jeweiligen Rechtsordnung für unvereinbar erklärt wird. Vielmehr ist es die Anwendung des fremden Rechts innerhalb der Rechtsordnung im Einzelfall, die den ordre public Vorbehalt dieser Rechtsordnung auslöst.<sup>1264</sup> Dazu passt auch, dass normierte ordre public Vorbehalte über die Rechtsfolge des Verstoßes hinaus, also bis auf die Nicht-Anwendung des fremden Rechts im Einzelfall, keine weitere Rechtsfolge festlegen.<sup>1265</sup>

b) Vorbehaltswirkung zugunsten staatlicher und nichtstaatlicher Rechtsordnungen

Geht es um den ordre public Vorbehalt einer nationalen Rechtsordnung, so wird der ordre public als der Teil dieser Rechtsordnung beschrieben, „dessen Geltung durch die Anwendung ausländischen Rechts oder durch die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen nicht beeinträchtigt werden darf.“<sup>1266</sup> Diese Beschreibung spiegelt die Vorbehaltswirkung des ordre public Vorbehalts wieder. Lässt sich wie oben feststellen, dass der Begriff des ordre public Vorbehalts auch in nicht staatlichen Rechtsordnungen Verwendung findet, dann kann auch die Wirkung der Vorbehalte allgemeiner beschrieben werden. Der Vorbehalt schützt mithin den Teil der Rechtsordnung, dessen Geltung durch die Anwendung des Rechts einer anderen Rechtsordnung oder durch die Anerkennung und Vollstreckung von Gerichts- und Ver-

---

1263 Vgl. *Gebauer*, Ordre public (Public Policy), MPEPIL, 2008, Rn. 1: „Thus the concept of ordre public is linked to a basic principle, underlying private international law, that foreign law or foreign decisions in general do have the same value as domestic law or domestic decisions.“

1264 *Gebauer*, Ordre public (Public Policy), MPEPIL, 2008, Rn. 11; *Ohler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 16; *von Hein*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 117. Im Rahmen der Identitätskontrolle betont auch das *BVerfG*, dass es auf die Prüfung im Einzelfall ankommt: *BVerfG*, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 49, 110 – *Europäischer Haftbefehl*.

1265 Vgl. *von Hein*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 4.

1266 *Jaenicke*, in: *Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter* (Hrsg.), Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77, 78.

waltungsentscheidungen aus anderen Rechtsordnungen oder auch eigenem Recht nicht beeinträchtigt werden darf. Kennzeichen der *ordre public* Vorbehalte ist daher die Vorbehaltswirkung gegenüber der fremden und zugunsten der eigenen Rechtsordnung. Dies gilt nicht nur für die Vorbehalte im Bereich des nationalen, europäischen oder völkerrechtlich normierten IPR und IZRV.<sup>1267</sup> Auch die Vorbehalte, die im Bereich des nationalen Verfassungsrechts, des Völkerrechts oder des Primärrechts als *ordre public* Vorbehalt beschrieben werden, schützen durch den Vorbehalt Regelungen des eigenen Rechts gegenüber Regelungen aus anderen Rechtsquellen.<sup>1268</sup>

Der *ordre public* Vorbehalt wirkt also als äußerste Reserve einer Rechtsordnung und als Ergebniskontrolle hinsichtlich der Wirkung fremden Rechts in dieser Rechtsordnung repressiv.<sup>1269</sup> Damit passt er insbesondere bei Kollisionen zwischen Rechtsordnungen, die zwar zur Kooperation miteinander Regelungen kennen, wobei die Kollision aber zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Regelungen noch genau nicht absehbar war. Diese Situation trifft nicht nur auf die fortschreitende Integration der EU zu,<sup>1270</sup> sondern passt auch auf die Koordination der Völkerrechtsordnung mit anderen Rechtsordnungen oder die Koordination der Unionsrechtsordnung mit der EMRK.

Dem *ordre public* Vorbehalt liegt keine feste Vorstellung zum Verhältnis zwischen den kollidierenden Regelungen zugrunde. Einerseits gibt es im Bereich des Völkerrechts *ordre public* Vorbehalte, die im Kontext eines vertikalen Rangverhältnisses zwischen den Rechtsordnungen diskutiert werden.<sup>1271</sup> Auch liegt dem völkerrechtlichen *ordre public* Vorbehalt, der für Völkerrechtssubjekte gilt, die Vorstellung zugrunde, dass zwingende Menschenrechte als Teil dieses Vorbehalts anderes Völkerrecht wegen

---

1267 Supra Kapitel E. II. 1. a) und b) (bezüglich nationalem IPR und IZVR), 2. a) (bezüglich Artikel V Abs. 2 lit. b) UNÜ), 3. a) (bezüglich unionsrechtlichem IPR und IZRV).

1268 Supra Kapitel E. II. 1. c) (bezüglich des Identitätsvorbehalts), 2. (bezüglich völkerrechtlicher *ordre public* Vorbehalte), 3. b) (bezüglich unionsrechtlicher *ordre public* Vorbehalte), 3. c) (bezüglich *ordre public* Vorbehalte im Europarecht im weiteren Sinne).

1269 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 16.

1270 Vgl. *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 19.

1271 *Mosler* spricht von vertikalen Konfliktsituationen zwischen dem Recht einer internationalen Organisation und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 525.



ihres Ranges verdrängen.<sup>1272</sup> Andererseits fußt das IPR und das IZVR, die beide auch ordre public Vorbehalte kennen, auf der Vorstellung, dass fremde Rechtsordnungen gegenüber der eigenen gleichberechtigt sind.<sup>1273</sup> Neben der häufig auftretenden Vorbehaltswirkung gegenüber dem Recht aus einer anderen Rechtsquelle werden ordre public Vorbehalte aber auch zulasten von Recht aus derselben Rechtsquelle angewandt. So schützt im Fall des völkerrechtlichen ordre public Vorbehalts zugunsten völkerrechtlicher Regelungen der Vorbehalt besonders herausgehobene Regelungen gegenüber anderen Regelungen derselben Rechtsordnung.<sup>1274</sup>

- c) Unterscheidung zwischen der Rechtsordnung, die den Vorbehalt gewährt und der Rechtsordnung, zugunsten deren ordre publics der Vorbehalt wirkt

Die ordre public Vorbehalte schützen eine Rechtsordnung und schöpfen sich dabei zugleich hauptsächlich aus den Rechtsregelungen, die die Kerngehalte dieser Rechtsordnung ausmachen. Das gilt sowohl für die Vorbehalte im nationalen IPR und IZVR<sup>1275</sup> als auch für einen völkerrechtlichen ordre public für Völkerrechtssubjekte.<sup>1276</sup> Ebenso gilt dies für die Vorbehalte, die das Unionsrecht den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewährt.<sup>1277</sup> Auffällig ist dabei, dass die Rechtsordnung, die den Vorbehalt gewährt, nicht zwingend diejenige sein muss, zum Schutz deren ordre public der Vorbehalt wirkt.

Das Mehrebenensystem ist getragen von der Kooperation der Rechtsordnungen untereinander. Es kennt daher Fälle, wie beispielsweise im harmo-

---

1272 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 77.

1273 *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEPIL, 2008, Rn. 1; *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, *Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 9.

1274 Vgl. *supra* Kapitel E. II. 2. a).

1275 Vgl. *supra* Kapitel E. II 1. a), b) sowie Kapitel E. II. 2. a); *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEPIL, 2008, Rn. 2: „The source of ordre public or international public policy in that sense of private international law [meaning the ordre public of a given state] is a national one, even if the ordre public provision at stake derives from an international convention“.

1276 Vgl. *supra* Kapitel E. II. 1. d), zu diesem ordre public Vorbehalt *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 74 f.

1277 Vgl. zur unionsrechtlichen „Aufladung“ der nationalen ordre public Vorbehalte *supra* Kapitel E. II. 3. b).

nisierten IPR und IZVR<sup>1278</sup> oder im UNÜ,<sup>1279</sup> in denen die *ordre public* Vorbehalte zugunsten kooperierender Rechtsordnungen gewährt werden. Auch die im mitgliedstaatlichen Recht normierten Vorbehalte, bei denen die gewährende und geschützte Rechtsordnung nicht auseinanderfallen, werden in dem Maße durch fremdes Recht beeinflusst, in dem dieses fremde Recht Bestandteil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ist.<sup>1280</sup> Es kommt damit zu einer Verschränkung zwischen der den Vorbehalt gegenüber ihr selbst gewährenden Rechtsordnung und der geschützten Rechtsordnung. Durch diese Verschränkung erlangt die gewährende Rechtsordnung auch einen gewissen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung des Vorbehalts zugunsten der geschützten Rechtsordnung. Im Bereich des Unionsrechts spricht man in dem Zusammenhang häufig von einer unionsrechtlichen Anreicherung oder Aufladung der geschützten mitgliedstaatlichen Gehalte des *ordre public*.<sup>1281</sup> Dafür ist die unionsautonome Auslegung der durch Unionsrecht den Mitgliedstaaten gewährten Vorbehalte durch den *EuGH* verantwortlich. Die Gewährung des Vorbehalts in einer Rechtsordnung führt also aus Sicht der den Vorbehalt genießenden Rechtsordnung dazu, dass die gewährende Rechtsordnung über den Vorbehalt mitbestimmt. Die Verankerung des Vorbehalts in einer Rechtsordnung zugunsten mehrerer Rechtsordnungen geht im Fall des unional harmonisierten IPR und IZVR einher mit einer Einhegung durch die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der Vorbehaltsvorschrift.<sup>1282</sup>

d) Grund für das Bestehen der *ordre public* Vorbehalte in geschriebener und ungeschriebener Form

Als Begründung für die Funktions- und Wirkungsweise eines *ordre public* Vorbehalts wird der Schutz „wesentlicher Gehalte der staatlichen inländi-

---

1278 Supra Kapitel E. II. 3. a).

1279 Supra Kapitel E. II. 2. a).

1280 So ist beispielsweise bei der Konkretisierung des Vorbehalts aus Art. 6 EGBGB das Unionsrecht und das Recht der EMRK heranzuziehen, von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 153.

1281 Vgl. von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 114, 154; *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche *ordre public* – Inhalt und Begrenzung, 2013, S. 177.

1282 Vgl. *Gebauer*, *Ordre public* (Public Policy), MPEPIL, 2008, Rn. 9.

schen Rechtsordnung“ angeführt.<sup>1283</sup> Mit Blick auf die Vielzahl der herausgearbeiteten ordre public Vorbehalte greift eine etatistisch orientierte Begründung der Funktion von ordre public Vorbehalten jedoch zu kurz. Schließlich wirken die ordre public Vorbehalte auf der Ebene des Völkerrechts und des Europarechts im weiten Sinne ebenfalls als Vorbehalt. Auch diese Vorbehalte schützen gewisse Kerngehalte der jeweiligen Rechtsordnung. In seiner Allgemeinheit passender erscheint es daher, die Begründung der ordre public Vorbehalte darin zu sehen, generell Kerngehalte der jeweiligen Rechtsordnung oder -ebene vor der Einwirkung durch Recht aus einer fremden Quelle zu schützen.

Begründet wird der durch die ordre public Vorbehalte gewährte Schutz innerstaatlicher Kerngehalte mit der Funktion dieser Kerngehalte für die staatliche Rechtsordnung. Die Kerngehalte der innerstaatlichen Rechtsordnung würden es dieser nicht nur ermöglichen die Friedens- und Ordnungsfunktion des Staates zu erfüllen. Der Schutz der staatlichen Rechtsordnung über die Kerngehalte gründet zudem auf der Rolle wesentlicher Teile der Rechtsordnung für die Legitimation und Kontrolle staatlicher Hoheitsgewalt sowie der Gewährung von Freiheiten der einzelnen Bürger.<sup>1284</sup> Diese Rechtfertigung lässt sich grundsätzlich auf die Begründung von ordre public Vorbehalten im außerstaatlichen Kontext übertragen. Zwar kommen den Rechtsordnungen außerhalb der staatlichen Rechtsordnungen ohne Zweifel andere Funktionen zu. Gerade die auf internationalem Recht basierenden Rechtsordnungen setzen die nationalen Rechtsordnungen voraus. Der Ansatzpunkt, das Funktionieren der eigenen Rechtsordnung in gewissen Kernbereichen vor dem Einwirken fremden Rechts zu schützen, kann aber auch außerstaatlichen Rechtsordnungen nicht von vorneherein abgesprochen werden. Besteht dieser Kernbereich aus dem Mandat, das in legitimatorischer Hinsicht die Existenz der Rechtsordnung begründet, kann die Rechtsordnung diesem Kern nicht widersprechen, ohne sich selbst in Frage zu stellen. Das gilt insbesondere dann, wenn eine im hohen Maße ausdifferenzierte Rechtsordnung vorliegt, die jeweils auf andere Rechtsordnungen verweist und auf die durch andere

---

1283 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 13.

1284 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 13, 15.

Rechtsordnungen verwiesen wird.<sup>1285</sup> Kommt in einer solchen Rechtsordnung bestimmten Regelungen eine Begründungs- und Ordnungsfunktion für die Rechtsordnung zu, kann sich diese Rechtsordnung trotz ihrer Offenheit nur soweit offen gegenüber dem Einfluss anderer Rechtsordnungen zeigen, solange dadurch den Regelungen, die die Begründungs- und Ordnungsfunktion erfüllen, nicht widersprochen wird.

Ferner gleicht der *ordre public* Vorbehalt den „Sprung ins Dunkle“ aus, der durch die Anwendung von Recht aus fremder Quelle entsteht.<sup>1286</sup> Durch die Vorbehaltswirkung wird damit eine Balance zwischen der Ungewissheit über das Ergebnis der Anwendung des fremden Rechts im Einzelfall und der generellen Öffnung der eigenen Rechtsordnung für die Anwendung des fremden Rechts erstrebt. Die dabei geschützten Kerninhalte der eigenen Rechtsordnung sind ihr für gewöhnlich derart immanent, dass auch der Vorbehalt zu ihren Gunsten selbst als immanent angesehen wird. Das gilt im Kontext nationaler Rechtsordnungen sowohl für Vorbehalte in geschriebener als auch für solche in ungeschriebener Form.<sup>1287</sup>

Dies zeigt sich auch am Beispiel der ungeschriebenen *ordre public* Vorbehalte, wie sie für einige Rechtsordnungen explizit oder indirekt vorgeschlagen werden. Während die geschriebenen *ordre public* Vorbehalte sich zumindest hinsichtlich ihrer Vorbehaltswirkung aus den Regelungen der Rechtsordnung ergeben, gibt es *ordre public* Vorbehalte auch in ungeschriebener Form.<sup>1288</sup> In diesen Fällen wird insbesondere die Vorbehaltswirkung gegenüber fremden Rechtsordnungen aus dem Wortlaut nicht deutlich. So formuliert beispielsweise die staatliche Rechtsordnung des

---

1285 Vgl. zur Entwicklung eines europäischen *ordre public* im Bereich des Europarechts im weiten Sinne bereits *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wietölter (Hrsg.), Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77, 125 f.

1286 Vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 92; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 1.

1287 Im Bezug auf die staatliche Rechtsordnung *Schwarz*, Grundlinien der Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2016, S. 83; *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 13.

1288 *Seidl-Hohenveldern*, in: Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. 3, 1997, S. 788. Zur Notwendigkeit der Konkretisierung von *ordre public* Vorbehalten *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 26.

Grundgesetzes zwar den abweichungsfesten Kern in Art. 79 Abs. 3 GG. Dessen Vorbehaltswirkung gegenüber der Unionsrechtsordnung in Form der Identitätskontrolle folgt jedoch erst aus der teleologischen und systematischen Auslegung dieser Vorschrift gemeinsam mit Art. 23 Abs. 1 GG durch die Rechtsprechung.<sup>1289</sup> Denn der Wortlaut von Art. 79 Abs. 3 GG schützt die Rechtsordnung des Grundgesetzes hinsichtlich der geschützten Grundsätze lediglich vor Änderungen, nicht jedoch vor der Einwirkung der Unionsrechtsordnung selbst.<sup>1290</sup> Dieser Schutz folgt vielmehr aus der teleologischen und systematischen Auslegung der betreffenden Vorschriften. Das Beispiel der Identitätskontrolle zeigt, dass die Rechtsprechung die Vorbehaltswirkung durch teleologische und systematische Auslegung ermittelt und damit einen der Rechtsordnung immanenten ordre public Vorbehalt frei legen kann. Ähnliches lässt sich im Bereich des Völkerrechts beobachten, in dem – vom Bereich des ius cogens abgesehen – scheinbar ohne ausdrückliche geschriebene Verankerung für die Existenz und Begründetheit eines völkerrechtlichen internationalen ordre public mit Vorbehaltswirkung in Kollisionslagen plädiert wird.<sup>1291</sup>

Im Verhältnis der verschiedenen Rechtsordnungen zueinander illustriert der ausdrückliche Verzicht der Normierung eines ordre public Vorbehalts das Vertrauen, das der jeweils anderen Rechtsordnung im jeweiligen Rechtsgebiet beigemessen wird.<sup>1292</sup> Gleichzeitig ist ein beidseitig vereinbarter oder einseitig festgelegter ordre public Vorbehalt wohl häufig Ausdruck der Überzeugung, dass sich verschiedene Rechtsordnungen nicht immer en détail einander anpassen können.<sup>1293</sup>

---

1289 Vgl. für die Literatur *Ingold*, AöR 2015, S. 1, 7 f., 11 ff.; *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 6, 38; *Burchardt*, ZaöRV 2016, S. 527, 538 f.; für die Rechtsprechung BVerfGE 123, 267, 353, Rn. 240 ff. – *Vertrag von Lissabon*; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 41 ff. – *Europäischer Haftbefehl*; supra Kapitel E. II. 1. c).

1290 *Ingold*, AöR 2015, S. 1, 11 ff.

1291 Dazu supra Kapitel E. II. 2 und *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wietölter (Hrsg.), Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77 ff.

1292 So verzichten einzelne EU-Verordnungen zur Vollstreckung von Titeln aus anderen Mitgliedstaaten beispielsweise auf eine der Vollstreckbarkeitserklärung vorausgehenden Kontrolle anhand eines ordre public Vorbehalts, *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 92.

1293 Vgl. dazu *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 1 ff.

e) Grenzen der Vorbehalte: restriktive Auslegung

Der *ordre public* Vorbehalt hat allgemein eine begrenzende Funktion gegenüber Recht aus anderen Rechtsordnungen, muss aber auch selbst Grenzen unterliegen. Dafür streitet nicht nur im Kontext staatlicher Rechtsordnungen, sondern allgemein das Gebot der internationalen Zusammenarbeit zwischen den Rechtsordnungen.<sup>1294</sup> Der *ordre public* Vorbehalt findet eine Grenze im Grundsatz der Zusammenarbeit zwischen den Rechtsebenen. Wohl kaum eine Rechtsordnung verschließt sich dieser Zusammenarbeit gänzlich. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie auf das Zusammenwirken im Mehrebenensystem angewiesen ist. Zudem wird die Anwendung eines *ordre public* Vorbehalts umgekehrt erst durch die Offenheit der Rechtsordnungen und das Einwirken anderer Rechtsordnungen relevant. Als Ausdruck dieser Begrenzung des *ordre public* wird häufig gefordert, dass *ordre public* Verstöße offensichtlich und wesentlich sein müssen. Der *ordre public* Vorbehalt soll nur bei offensichtlichen Verstößen gegen wesentliche Wertvorstellungen der jeweiligen Rechtsordnung wirken.<sup>1295</sup> In Art. 6 EGBGB oder auch Art. 21 Rom I-VO ist dies beispielsweise für den kollisionsrechtlichen Vorbehalt ausdrücklich normiert.

Neben den allgemeinen Einschränkungen der Anwendung der *ordre public* Vorbehalte werden einzelne Vorbehalte auch durch die Dogmatik ihrer inhaltlich geschützten Vorschriften begrenzt. So ist im Rahmen der Anwendung einzelner Grundrechte als geschützte Inhalte des *ordre public* Vorbehalts zu berücksichtigen, dass Grundrechte nach ihrer jeweiligen Dogmatik eingeschränkt werden können.<sup>1296</sup> Ein *ordre public* Vorbehalt wegen eines einschränkbaren Grundrechts greift daher lediglich, wenn die Einschränkung nicht gerechtfertigt ist. Daneben wird beispielsweise für *ordre public* Vorbehalte des IPR ein nicht definitiver Inlandsbezug gefor-

1294 Zum verfassungsrechtlichen Gebot der internationalen Zusammenarbeit *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 15.

1295 *Von Hein* spricht insoweit von einem „Siegessäuge der restriktiven Formulierung der „offensichtlichen Unvereinbarkeit“, *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 17; ähnlich *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 15; *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 100.

1296 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 97.

dert. Der ordre public Vorbehalt greife demgemäß umso eher ein, je enger der geprüfte Einzelfall einen Bezug zum Inland habe.<sup>1297</sup>

Eine weitere Begrenzung der ordre public Vorbehalte ergibt sich daraus, dass der Verstoß gegen einen ordre public Vorbehalt und die damit eingeleitete Rechtsfolge der Nichtanwendung des gegen den Vorbehalt verstößenden Regelung im Einzelfall noch nichts darüber aussagt, wie der Einzelfall stattdessen zu entscheiden ist.

## 2. Die Bestimmung des jeweils durch den Vorbehalt geschützten ordre public

Während sich geschriebene ordre public Vorbehalte und ihre Anwendung meist unproblematisch aus dem Wortlaut entnehmen lassen, erscheint die inhaltliche Identifizierung des über den Vorbehalt geschützten ordre public schwieriger. Im Fall der ungeschriebenen ordre public Vorbehalte kommt hinzu, dass schon ihre Existenz und die Anwendung der Vorbehaltswirkung begründungsbedürftig ist.

### a) Bezeichnung des geschützten Inhalts des Vorbehalts in geschriebenen Vorbehalten

Der Wortlaut vieler geschriebener ordre public Vorbehalte ist als General Klausel ausgestaltet und dementsprechend weit. Benannt wird die geschützte öffentliche Ordnung oder auf Französisch ordre public. Dies trifft beispielsweise auf den Vorbehalt in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO, Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom II-VO, Art. 12 Rom III-VO, Art. 45 Abs. 1 lit. a) EuGVO und Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO zu. Ebenso beziehen sich die Vorbehalte der Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b) AEUV auf die öffentliche Ordnung. Mit Ausnahme der benannten Grundrechte sind auch Art. 6 EGBGB und § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO weit gefasst. Ebenfalls ohne genauere Konkretisierung des Inhalts des Vorbehalts verweist Artikel V

---

<sup>1297</sup> Vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 107; *von Heim*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 139 ff., 190.

Abs. 2 lit. b) UNÜ<sup>1298</sup> auf den geschützten ordre public der Vertragsparteien.<sup>1299</sup>

Neben diesen offenen Formulierungen des geschützten ordre public tritt in einigen Fällen eine Beschreibung der Art der Verletzung des ordre public. So wird die Vorbehaltswirkung des deutschen kollisionsrechtlichen und anerkennungsrechtlichen ordre public Vorbehalts erst durch die „offensichtliche“ Unvereinbarkeit „mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“ ausgelöst, Art. 6 S. 1 EBGB und § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Für den Vorbehalt aus § 73 S. 1 IRG kommt es ebenfalls auf die „wesentlichen Grundsätze[n] der deutschen Rechtsordnung“ an. Gleichfalls ist für Art. 21 Rom I-VO, Art. 26 Rom II-VO, Art. 12 Rom III-VO, Art. 45 Abs. 1 lit. a) EuGVO und Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO entscheidend, dass eine offensichtliche Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung (dem ordre public) der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung vorliegt. Auch die Verletzung dispositiver Menschenrechte als Teil des völkerrechtlichen ordre public Vorbehalts zugunsten des Völkerrechts führt nach *Kokott* „nicht ohne weiteres“ zur Vorbehaltswirkung.<sup>1300</sup>

In manchen ordre public Vorbehalten werden darüber hinaus einzelne Inhalte des geschützten ordre public genannt. Prominent ist dabei der Grundrechtsschutz. So werden die Grundrechte in Art. 6 S. 2 EGBGB und § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO als nicht abschließendes Beispiel für den geschützten Inhalt aufgeführt. Auch der ordre public Vorbehalt des Art. 33 EUInsVO belässt es nicht bei der Benennung der öffentlichen Ordnung. Zum Inhalt des geschützten mitgliedstaatlichen ordre public zählt die Vorschrift die Grundprinzipien oder die verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des Einzelnen.<sup>1301</sup>

1298 Supra Kapitel E. II. 2. a), zweiter Fall.

1299 Artikel V Abs. 2 lit. b) UNÜ spricht lediglich von „the public policy of that country“.

1300 Vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 89.

1301 „en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution“, „in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual“; Verordnung (EU) Nr. 848/2015 des europäischen Parlaments und Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren.



b) Bezeichnung des geschützten Inhalts des Vorbehalts in ungeschriebenen Vorbehalten

Trotz dieser teilweise auftretenden Beschreibung der Art der Verletzung des Vorbehalts und den einzelnen beispielhaften Nennungen des Grundrechtsschutzes bleibt die Bezeichnung des geschützten Inhalts als ordre public unpräzise. Die Konkretisierung und damit die Entscheidung über die Breite des Anwendungsbereichs des Vorbehalts bleibt daher letztlich der Rechtsprechung und der Literatur überlassen.<sup>1302</sup> Das trifft auch zu, wenn man die richterrechtlich entwickelte Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Unionsrecht als ordre public Vorbehalt versteht.<sup>1303</sup> Der geschützte Inhalt, die Verfassungsidentität, ergibt sich letztlich ebenfalls aus der Auslegung der geschützten Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG durch die Rechtsprechung.<sup>1304</sup>

Für die ungeschriebenen ordre public Vorbehalte ist eine genaue Bezeichnung deren Inhalts schon deshalb schwierig, da zunächst das Bestehen und die Anwendung der ordre public Vorbehalte besonders begründungsbedürftig ist. In der Literatur wird daher auch häufig, zum Beispiel im Kontext des völkerrechtlichen ordre public, zuvorderst für ihre Existenz argumentiert, während der genaue Inhalt und die Beschreibung einer davon zu trennenden Vorbehaltswirkung noch offen bleibt.<sup>1305</sup> Allgemein werden die durch die verschiedenen ordre public Vorbehalte geschützten Vorschriften häufig in Bezug auf ihren grundlegenden Charakter für die jeweilige Rechtsordnung umschrieben. So wird der kollisionsrechtliche ordre public Vorbehalt als Überdruckventil, Bollwerk oder Notbremse umschrieben, die aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung bei besonders drastischen Verstößen „gegen tragende Grundsätze“ der jeweiligen

---

1302 Vgl. von Hein, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 132.

1303 Vgl. supra Kapitel E. II. 1. c.); Obler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 6, 8, 18, 38.

1304 Vgl. BVerfGE 123, 267, 353, Rn. 339 ff. – Vertrag von Lissabon; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 41 ff. – Europäischer Haftbefehl. BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 121 – OMT-Urteil; vgl. auch Ingold, AöR 2015, S. 1, 11.

1305 Vgl. Jaenicke, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77, 85 ff.; Mosler, Revista Española de Derecho Internacional 1968, S. 523 ff.

Rechtsordnung greift.<sup>1306</sup> Oft werden die über den Vorbehalt geschützten Inhalte des ordre public auch als Kernwerte der Rechtsordnung bezeichnet.<sup>1307</sup> Inhalt der völkerrechtlichen ordre public Vorbehalte zugunsten des Völkerrechts sind fundamentale Grundsätze innerhalb der Ebene des Völkerrechts.<sup>1308</sup> Nach dieser Konzeption sind ordre public Vorbehalte – unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelfall – praktisch allen Rechtsordnungen bekannt und behalten sich den Schutz eines „unantastbaren“ Kernbereichs der eigenen Rechtsordnung vor.<sup>1309</sup>

Ähnlich dazu beschreibt auch der *EuGH*, wenn er die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte unionsrechtlich auflädt, derart geschütztes Unionsrecht in *Eco Swiss* als „grundlegende Bestimmung[en]“.<sup>1310</sup> Dazu gehören solche Vorschriften, die „für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich“<sup>1311</sup> sind. Die grundlegenden Bestimmungen bilden demnach

- 
- 1306 Vgl. m. w. N. von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 1.
- 1307 Hinsichtlich Art. 6 EGBGB: BT-Drs. 10/504 S. 42 (Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts), sowie von *Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 135. Von „basic values of a legal order“ spricht *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEPIL, 2008, Rn. 6; von „grundlegenden Werten“ spricht *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 77.
- 1308 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 73; *Seidl-Hohenveldern*, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, 1997, S. 788.
- 1309 Vgl. *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, *Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 5; *Seidl-Hohenveldern*, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, 1997, S. 788.; *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. A., 2004, S. 516: „Keine Rechtsordnung liefert sich indessen einem fremden Recht ohne jede Kontrollmöglichkeit aus. Es gibt immer einen unantastbaren Bereich der eigenen Rechtsordnung, den preiszugeben keine Rechtsordnung bereit ist; ihn bezeichnet man mit dem Begriff „ordre public“ (englisch: „public policy“).“; *Canor*, in: Callies (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 482.
- 1310 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 37; unter Bezugnahme auf *Eco Swiss* *EuGH*, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421, Rn. 35 ff.; zur unionsrechtlichen Aufladung supra Kapitel E. II. 3. a).
- 1311 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 37.

den Kernbereich des Unionsrechts, der über die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte geschützt wird.

Ein Grundgedanke bei der Suche nach dem durch den ordre public Vorbehalt geschützten Inhalt ist zudem, dass die Kernwerte für die Einheitlichkeit, also Widerspruchsfreiheit, der Rechtsordnung stehen und damit Homogenität stiften.<sup>1312</sup> Auch wenn im Bereich des ungeschriebenen ordre public dessen Vorbehaltswirkung nicht immer deutlich heraussticht, so geht es bei der Umschreibung des geschützten Inhalts wie bei den geschriebenen ordre public Vorbehalten um wesentliche Grundsätze oder Kerngehalte der jeweiligen Rechtsordnung.

### c) Rechtsquelle des geschützten Inhalts des Vorbehalts

Die ordre public Vorbehalte wirken zugunsten des ordre public der jeweiligen Rechtsordnung. Als Rechtsordnung wird dabei nicht nur die staatliche Rechtsordnung, wie beispielsweise im Kontext von Art. 6 EGBGB,<sup>1313</sup> bezeichnet. Auch im Kontext des völkerrechtlichen ordre public zugunsten völkerrechtlicher Regelungen wird von einer Rechtsordnung gesprochen.<sup>1314</sup> Bezogen auf das Unionsrecht wird der ordre public, der mit Art. 2 EUV in Verbindung gebracht wird, als der ordre public der unionalen Rechtsgemeinschaft und Rechtsordnung bezeichnet.<sup>1315</sup> Sofern das Unionsrecht den mitgliedstaatlichen ordre public über Vorbehalte schützt, wie beispielsweise in Art. 21 Rom I-VO,<sup>1316</sup> wird der Vorbehalt zugunsten des ordre public der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausgesprochen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in gewissem Umfang unionsrechtlich „aufgeladen“ werden und dass Unionsrecht in diesem Umfang als Rechtsquelle einen Anteil an

---

1312 Vgl. Mosler, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532.

1313 Weitere Beispiele sind § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO.

1314 Jaenicke, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77, 85 ff.; vgl. allgemein zum Völkerrecht als Rechtsordnung Ipsen, *Völkerrecht*, 6. A., 2014, § 1, Rn. 1; Vitzthum, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. A., 2016, Rn. 5; Bruns, *ZaöRV* 1929, S. 1 ff.; Mosler, *ZaöRV* 1976, S. 6, 20 f.

1315 Ohler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, *Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 33; ausführlich zu einer supranationalen Konzeption eines ordre public Corthaut, *EU Ordre Public*, 2012, S. 34 ff.

1316 Weitere Beispiele sind Art. 26 Rom II-VO, Art. 12 Rom III-VO, Art. 45 Abs. 1 lit. a) EuGVO und Art. 23 lit. a) Brüssel IIa-VO.

dem geschützten ordre public erhält.<sup>1317</sup> Ähnliches gilt in den Fällen, in denen der nationale ordre public Vorbehalt völkerrechtlich gewährt wird.<sup>1318</sup>

Die jeweilige Rechtsordnung ist also die Rechtsquelle des über den Vorbehalt geschützten ordre public. Letztlich kommt es damit auf die Bestimmungen und die Dogmatik der jeweiligen Rechtsordnung an, wie genau der geschützte ordre public von vorneherein bestimmt werden kann. Denn selbst wenn der Inhalt des Vorbehalts nicht bloß als ordre public benannt ist, sondern durch die zuvor herausgearbeiteten Kriterien beschrieben ist, so bleibt für die Bestimmung der geschützten Inhalte der Vorbehalte noch ein erheblicher Spielraum. Denn nur weil der ordre public Vorbehalt dem Wortlaut nach als Beispiel den Grundrechtsschutz nennt und eine offensichtliche Verletzung wesentlicher Grundsätze verlangt, muss der einschlägige Gehalt doch in jedem Einzelfall herausgearbeitet werden. Darüber hinaus muss der jeweilige Gehalt nach seiner üblichen Dogmatik einschlägig sein. Im Fall von Grundrechten muss demnach eine ungerechtfertigte Verletzung vorliegen.

#### d) Grundrechtsschutz

Aus herausgearbeiteten Beschreibungen des Inhalts der Vorbehalte sticht der Grundrechtsschutz besonders hervor. Die Zugehörigkeit des Grundrechtsschutzes wird in manchen ordre public Vorbehalten ausdrücklich als Beispiel aufgeführt oder umschrieben.<sup>1319</sup> Im Fall der ungeschriebenen völkerrechtlichen Vorbehalte zugunsten völkerrechtlicher Regelungen werden bestimmte Menschenrechte, nicht zuletzt wegen ihrer ausgeprägten Entwicklung im Völkerrecht, ebenfalls ausdrücklich zum geschützten ordre public gezählt.<sup>1320</sup> Dazu gehören nach *Kokott* die zwingenden „iuscogens Menschenrechte“ sowie unter gewissen Einschränkungen dispositive Menschenrechte.<sup>1321</sup> Außerdem wurde schon früh im Rahmen des re-

---

1317 Dazu supra Kapitel E. II. 3. a), III. 1. c).

1318 Dazu supra Kapitel E. II. 2. a) zweiter Fall, III. 1. c).

1319 Art. 6 S. 2 EGBGB, § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO und Art. 33 EUInsVO.

1320 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 79, 89; von *Arnould*, Völkerrecht, 2. A., 2014, Rn. 308.

1321 Dispositive Menschenrechte gehören nach *Kokott* nur zum geschützten ordre public wenn kein Notstand vorliegt und unter der Einschränkung, dass eine Verletzung „nicht ohne weiteres“ die Nichteinhaltung völkerrechtlicher Ver-

gionalen Menschenrechtsschutzes durch die EMRK von einem (europäischen) ordre public gesprochen, der durch die Konvention definiert werde.<sup>1322</sup> Daneben wird der Grundrechtsschutz häufig in der Literatur als Inhalt des über den Vorbehalt geschützten ordre public benannt.<sup>1323</sup> Die häufige und im Vergleich eindeutige Benennung eines Inhalts verschiedener ordre public Vorbehalte veranschaulicht zum einen den Stand, den der Individualrechtsschutz häufig im Rahmen der ordre public Vorbehalte einnimmt. Zum anderen wird dadurch, dass lediglich die Grundrechte von vorneherein als Bestandteil des geschützten ordre public benannt werden, deutlich, wie schwer eine allgemeine Benennung des Inhalts des geschützten ordre public ist.

#### e) Kernmetapher

Die häufig anzutreffende Umschreibung des Inhalts des ordre public Vorbehalts als Kern der jeweiligen Rechtsordnung hilft zur Konkretisierung des geschützten ordre public nur insoweit, wie der Kern der Rechtsordnung auch bestimmt werden kann. Hinter der Kernmetapher steckt dabei häufig die Vorstellung, dass der Kern sich aus den Vorschriften zusammensetzt, die zur Erhaltung der Rechtsordnung „notwendig“<sup>1324</sup> sind oder die Rechtsordnung tragen.<sup>1325</sup> Eine über reine Begrifflichkeiten hinausgehende inhaltliche Identifikation solcher tragenden Vorschriften erscheint schwierig. Was die begriffliche und noch nicht inhaltliche Konkretisierung angeht, wird diese dann erleichtert, wenn eine Rechtsordnung sie tragende oder notwendige Kernregelungen ausdrücklich normiert. Für die Deutsche Rechtsordnung kommt hierfür insbesondere Art. 79 Abs. 3 sowie

---

pflichtungen nach sich zieht, *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 79 f.; 89 f.

1322 Vgl. *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 528 m. w. N.

1323 *Gebauer*, *Ordre public (Public Policy)*, MPEPIL, 2008, Rn. 6; *Martiny*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 12, 7. A., Art. 21 Rom I-VO, Rn. 3; *Saenger*, in: Saenger (Hrsg.), *ZPO*, 7. A., § 1059 ZPO, Rn. 23; *Canor*, in: Calliess (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 487 f.

1324 Vgl. *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532.

1325 Vgl. *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 1: „tragende Grundsätze“.

Art. 1 GG und Art. 20 GG in Betracht.<sup>1326</sup> Im Rahmen der als ordre public Vorbehalt verstandenen Identitätskontrolle wird dieser Kerngehalt des Grundgesetzes als Verfassungsidentität beschrieben.<sup>1327</sup> Für die Unionsrechtsordnung bietet sich als ausdrückliche Beschreibung von Kerngehalten der Rechtsordnung Art. 2 EUV an.<sup>1328</sup> Auf geschriebene Kerngehalte können sich nicht nur die geschriebenen Vorbehalte beziehen, sondern auch die Ungeschriebenen. Dies veranschaulicht der Bezug der in ihrer Vorbehaltswirkung gegenüber dem Unionsrecht ungeschriebenen Identitätskontrolle zu Art. 79 Abs. 3 GG. Schwieriger ist dagegen die Bestimmung der Kerngehalte als geschützte Inhalte des Vorbehalts, wenn eine ausdrückliche Bestimmung von „tragenden“, „notwendigen“ oder nicht änderbaren Grundsätzen einer Rechtsordnung nicht vorliegt.

Das gilt auch für die vom *EuGH* über die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte gesicherten „grundlegende[n] Bestimmung[en]“ nach *Eco Swiss*.<sup>1329</sup> Durch diese werden die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte gerade im Bereich der Anerkennung von Schiedssprüchen um gewisse Kerngehalte des Unionsrechts aufgeladen.<sup>1330</sup> Wie genau die grundlegenden Bestimmungen anhand der Verträge indes zu konkretisieren sind, bleibt dabei aber offen.<sup>1331</sup> Nach *Eco Swiss* ist das Kartellverbot eine grundlegende Bestimmung. Denn sie sei „für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich“. <sup>1332</sup> In *Mostaza Claro* sichert der *EuGH* über die mitgliedstaatlichen ordre public Vorbehalte gegenüber Schiedssprüchen letztlich sekundärrechtlich verankerte Regelungen zum Schutz von Verbrauchern ge-

1326 Vgl. zur Identitätskontrolle supra Kapitel E. I. 1. c).

1327 BVerfGE 123, 267, 353, Rn. 240 – *Vertrag von Lissabon*; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – Rn. 43 – *Europäischer Haftbefehl*; kritisch zum Begriff der Identität wegen dessen Variierbarkeit *Ingold*, AÖR 2015, S. 1, 28.

1328 Zur Rolle der Werte des Art. 2 EUV für die Unionsrechtsordnung *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. A., Art. 2 EUV, Rn. 7–11.

1329 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 37; unter Bezugnahme auf *Eco Swiss* *EuGH*, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421, Rn. 35 ff.

1330 *Supra* Kapitel E. II. 3. a).

1331 Ähnlich *Koehler/Müller*, in: *Leible/Terhechte*, *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 26, Rn. 80.

1332 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 37.

gen missbräuchliche Klauseln.<sup>1333</sup> In beiden Urteilen fällt die Begründung für die Zugehörigkeit der geschützten Regelungen zum geschützten Kernbereich zwar knapp aus. Gerade in *Eco Swiss* wird aber deutlich, dass das Kartellverbot deshalb als grundlegend eingestuft wird, weil es durch seine Verbotswirkung im Binnenmarkt diesen mitdefiniert. Dies folgt schon aus Art. 101 AEUV gemeinsam mit der Beschreibung des funktionierenden Binnenmarktes nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV.<sup>1334</sup> Dadurch wird wiederum deutlich, dass es für die Konkretisierung der geschützten Kerngehalte – auch wenn diese über die mitgliedstaatlichen Vorbehalte wirken – auf die Verknüpfung der Kerngehalte mit dem geschriebenen Recht besonders ankommt.

#### IV. Bilden die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze einen ordre public Vorbehalt?

Auf Grundlage der herausgefilterten gemeinsamen Merkmale der ordre public Vorbehalte soll es im Folgenden darum gehen, inwieweit die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze mit dem Begriff eines ordre public Vorbehalts zutreffend und hilfreich zu bezeichnen sind. Dafür kann zunächst das erstinstanzliche Urteil des *EuG* in den Blick genommen werden. Denn bereits darin wird ausdrücklich von der Anwendung eines ordre public als Vorbehalt gegenüber dem Recht der UN gesprochen (1.). Anschließend sollen die herausgearbeiteten Merkmale der ordre public Vorbehalte mit den Charakteristika der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze verglichen werden (2.). Anknüpfend daran geht es dann um die Auffälligkeiten bei einer Behandlung der Verfassungsgrundsätze als ordre public Vorbehalt (3.).

##### 1. Einordnung der Aussagen des *EuG* in *Kadi I*

Das *EuG* prüft in *Kadi I* die Rechtmäßigkeit der Verordnung, die die Sanktionen des UN-Sicherheitsrates umsetzt, nur im Hinblick auf das *ius*

---

1333 EuGH, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421, Rn. 35 ff.

1334 Zur Bedeutung des Kartellverbots für den funktionierenden Binnenmarkt EuGH, Rs. 6/72 (*Continental Can/Kommision*), ECLI:EU:C:1973:22, Slg. 1973, 215, Rn. 25.

cogens.<sup>1335</sup> Die Prüfung anhand des *ius cogens* leitet das *EuG* daraus ab, dass es eine Verordnung, die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus der UN-Charta umsetzt, grundsätzlich nicht prüfen könne.<sup>1336</sup> Demgegenüber sieht das *EuG* aber die Möglichkeit des Eingreifens eines *ordre public* Vorbehalts, wenn es davon spricht, anhand des *ius cogens* zu prüfen. Das *ius cogens* versteht das *Gericht* „als internationaler *Ordre public*, der für alle Völkerrechtssubjekte einschließlich der Organe der UNO gilt und von dem nicht abgewichen werden darf“.<sup>1337</sup>

Mithin prüft das *EuG* konzeptionell anhand eines Vorbehalts, der zugunsten bestimmter, unabweichbarer Regelungen andere Regelungen verdrängt. Dabei scheint das *EuG* zwischen dem *ordre public*, der öffentlichen Ordnung auf der Ebene des Völkerrechts als solcher, und dem Konzept des Vorbehalts zugunsten des *ordre public* zu unterscheiden. Die Anlegung des *ius cogens* als *ordre public* ist auf eine Kollision zwischen unabweisbarem *ius cogens* und anderem Recht zugeschnitten. Darüber hinaus verwendet das *EuG* den Begriff „*ordre public*“ auch als Ausdruck der von Amtswegen bei der Prüfung eines Rechtsaktes durchzuführenden Zuständigkeitsprüfung.<sup>1338</sup> Der damit gemeinte *ordre public* ist im Unterschied zur ersten Nennung nicht der völkerrechtliche, sondern der unionsrechtliche.

Für den *ordre public* Vorbehalt in *Kadi I* greift das *Gericht* auf den völkerrechtlichen *ordre public* Vorbehalt (*ordre public international*, *body of higher rules of public international law*) zurück<sup>1339</sup> und überträgt ihn inso-

---

1335 *EuG*, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 277; *EuG*, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 226; dazu *supra* Kapitel B. I. 1. b).

1336 *EuG*, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 276; *EuG*, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 225.

1337 *EuG*, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 277, *EuG*, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 226; „[...] au regard du *jus cogens*, entendu comme un *ordre public international* qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger“; „[...] with regard to *jus cogens*, understood as a *body of higher rules of public international law* binding on all subjects of international law, including the bodies of the United Nations, and from which no derogation is possible“.

1338 *EuG*, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 61.

1339 *EuG*, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 277; *EuG*, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 226.



weit auf die Ebene der unionsrechtlichen Prüfung.<sup>1340</sup> Allerdings bezieht sich die Vorbehaltswirkung laut seiner Beschreibung nur auf den Teil des völkerrechtlichen ordre public, der das ius cogens enthält.<sup>1341</sup> Das entspricht weitgehend der Annahme in der Literatur, die auch lediglich die Menschenrechte des ius cogens und unter gewissen Bedingungen dispositive Menschenrechte zum völkerrechtlichen ordre public zugunsten des Völkerrechts zählt.<sup>1342</sup> Festzuhalten bleibt mit Blick auf den Vergleich des Begriffs des ordre public Vorbehalts mit den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen des *EuGH*, dass schon das *EuG* in *Kadi I* einen völkerrechtlichen ordre public Vorbehalt hat greifen lassen.

## 2. Vergleichbare Merkmale

Die beleuchteten ordre public Vorbehalte haben einige gemeinsame Merkmale.<sup>1343</sup> Diese sollen im Folgenden mit den Charakteristika der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, wie sie in Kapitel C herausgearbeitet wurden, verglichen werden. Vorweg ist dabei zu bemerken, dass sich die Rechtsfigur der ordre public Vorbehalte nach den obigen Ergebnissen nicht auf den Bereich der staatlichen Rechtsordnungen beschränkt. Der Vergleich der Rechtsfigur ist daher gerade im Kontext der Unionsrechtsordnung zulässig.

### a) Kollisionslage als Ausgangspunkt für die Kollisionsregel

Zunächst ist sowohl für die ordre public Vorbehalte als auch für die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze die Ausgangslage relevant, in der sie jeweils zur Anwendung gelangen. Im Fall der bisher beleuchteten ordre

---

1340 Vgl. *Kotzur*, EuGRZ 2006, S. 29, 24.

1341 EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf u. Al Barakaat), ECLI:EU:T:2005:331, Slg. 2005, II-3533, Rn. 277; EuG, Rs. T-315/01 (*Kadi I*), ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649, Rn. 226. Zur Einschätzung, dass der Begriff des völkerrechtlichen ordre public weiter ist als der des völkerrechtlichen ius cogens supra Kapitel E. II. 2. Kritisch zur Begrenzung allein auf das ius cogens und zur Nichtberücksichtigung prozeduraler Garantien *Kotzur*, EuGRZ 2006, S. 29, 24 f.

1342 Vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 79 f.; 89 f.; supra Kapitel E. III. 2. d).

1343 Supra Kapitel E. III.

public Vorbehalte geht es dabei überwiegend um die Kollision zwischen dem durch den Vorbehalt geschützten ordre public und dem anderen, meist fremden Recht. Die ordre public Vorbehalte zeigen dabei die Grenze auf, bis zu der Rechtsordnungen aufeinander einwirken können.<sup>1344</sup> Die Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts sind wegen ihrer abweichungsfesten Wirkung und dem damit geschützten abweichungsfesten Kern gegenüber dem Völkerrecht letztlich ebenfalls Kollisionsregelungen.<sup>1345</sup> Dabei nehmen sie die Sichtweise der Rechtsordnung an, der sie entstammen, also der des autonomen Unionsrechts.

Im Einzelnen wird die Kollisionslage insbesondere in der *Kadi*-Konstellation relevant, in der die Verfassungsgrundsätze auch zuvorderst Anwendung finden. Dabei geht es um die Umsetzung von Völkerrecht durch Unionsrechtsakte in einer Situation, in der die Primärrechtsbindung gelockert ist.<sup>1346</sup> In anderen Situationen, in denen das Völkerrecht dem Unionsrecht gegenüber tritt, gehen die Verfassungsgrundsätze im Primärrecht auf.<sup>1347</sup> In der *Kadi*-Konstellation entsteht die Kollisionslage dadurch, dass die zur Umsetzung des Völkerrechts erlassenen Unionsrechtsakte wegen Art. 351 AEUV oder Art. 347 AEUV eigentlich von der Primärrechtsbindung befreit sind. Kommt es wie in *Kadi I* allerdings zu einem Verstoß gegen einen Verfassungsgrundsatz, liegt insoweit doch keine Befreiung von der Bindung an das Primärrecht vor.<sup>1348</sup> Die typische Kollisionslage in der *Kadi*-Konstellation ergibt sich mithin aus der Kollision zwischen dem von der Primärrechtsbindung befreiten Rechtsakt zur Umsetzung des Völkerrechts und dem Verfassungsgrundsatz. Art. 351 AEUV oder Art. 347 AEUV übernehmen bei dieser Kollision die Rolle der Vorschriften, die im Fall der Vorbehalte des IPR oder IZVR das Recht aus fremder Quelle zur An-

---

1344 Zur Vorbehaltswirkung supra Kapitel E. III. 1. a). Im Fall der Vorbehaltswirkung des völkerrechtlichen ordre public Vorbehalts zugunsten völkervertragsrechtlicher Regelungen geht es nicht um die Abgrenzung zwischen Rechtsordnungen sondern um die unabänderlichen Gehalte der Völkerrechtsordnung, vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 76.

1345 Auch in der Rezeption des Urteils *Kadi I* werden die Verfassungsgrundsätze in der Literatur häufig mit core principles oder Kernelementen der Unionverfassung bezeichnet, *Halberstam*, GLJ 2015, S. 105, 110f. („core principles of EU constitutional law“); *Kämmerer*, EuR 2009, S. 114, 119 („Kernelemente“, „Kernprinzipien“).

1346 Supra Kapitel C. II. 2.

1347 Supra Kapitel C. III. 2.

1348 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303–308; supra Kapitel C. III. 1.

wendung oder Anerkennung in der eigenen Rechtsordnung berufen. In dieser Kollisionslage wirken die Verfassungsgrundsätze gegenüber dem unionalen Umsetzungsrechtsakt. Wie die ordre public Vorbehalte wirken sie gegenüber dem eigenen Recht, das das fremde Recht umsetzt, indem es dieses zur Anwendung oder Anerkennung beruft. Mit Blick auf den Notstandsvorbehalt aus Art. 347 AEUV passt dies auch wegen der als ordre public Vorbehalt bezeichneten Notstandsklauseln in völkerrechtlichen Verträgen. Diese räumen den Vertragsparteien, wie Art. 347 AEUV, einen Vorbehalt zur Vertragsabweichung ein.<sup>1349</sup>

Folglich sind die Ausgangspunkte der bisher untersuchten ordre public Vorbehalte und der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze vergleichbar. Beide treffen als Kollisionsregelungen die Entscheidung darüber, dass ihr geschützter Inhalt im Fall einer Kollision mit dem anderen Recht für die eigene Rechtsordnung vorgeht. Gleichzeitig sind sie kein Ausdruck einer protektionistischen Abschirmung der eigenen Rechtsordnung. Grundlage sowohl der beleuchteten ordre public Vorbehalte als auch der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts ist vielmehr die Verwobenheit und Offenheit zwischen den beteiligten Rechtsordnungen.<sup>1350</sup> Beide Kollisionsregelungen bringen dabei lediglich zum Ausdruck, dass die verschiedenen Rechtsordnungen trotz ihrer Verwobenheit unterschiedlich sind und es daher eng begrenzte, restriktiv ausgelegte Bereiche einer Rechtsordnung gibt, die die Offenheit gegenüber der anderen Rechtsordnung eingrenzen.<sup>1351</sup> Ohne die Offenheit der verfassten Rechtsordnung aufzugeben, ermöglicht es die Limitierung sowohl durch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als auch durch die beleuchteten ordre public Vorbehalte, gewisse Kerninhalte der jeweiligen Rechtsordnung zu wahren.

---

1349 Supra Kapitel E. II. 2. a). Zu Notstandsklausel als völkervertragsrechtliche ordre public Vorbehalte *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 27 f. Als Beispiel für Notstandsklauseln nennt er Art. 4 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.2.1966 (BGBl 1973 II, S. 1534) und Art. 15 EMRK.

1350 Für die Unionsrechtsordnung siehe nur Art. 3 Abs. 5 EUV, Art. 21 Abs. 1 EUV, Art. 205 ff. AEUV.

1351 Zur restriktiven Auslegung und begrenzenden Funktion der ordre public Vorbehalte supra Kapitel E. III. 1. a), d) und e). Zur restriktiven Auslegung und begrenzenden Funktion der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze supra Kapitel C. III. und V. 3.

b) Vorbehaltswirkung

Eine Wirkung als Vorbehalt lässt sich nicht nur für die *ordre public* Vorbehalte, sondern auch für die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze feststellen.

Die *ordre public* Vorbehalte schützen einen bestimmten Teil der Rechtsordnung vor der Anwendung oder Umsetzung des Rechts einer anderen Rechtsquelle oder auch dem eigenen Recht. Der geschützte Teil der Rechtsordnung darf durch die Geltung des anderen Rechts nicht beeinträchtigt werden.<sup>1352</sup> Auch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze wenden sich typischerweise gegen die Anwendung beziehungsweise Umsetzung völkerrechtlicher Regelungen in der Unionsrechtsordnung.<sup>1353</sup> Dabei dürfen die Verfassungsgrundsätze ebenfalls nicht „beeinträchtigt“ werden.<sup>1354</sup> Dadurch sind sie die Voraussetzung für das Abweichen vom Primärrecht zur Umsetzung von Völkerrecht und werden folglich als abweichungsfest umschrieben. Mithin sind sich beide Konzepte hinsichtlich ihrer der durch sie ausgelösten Vorbehaltswirkung sehr ähnlich. Anders formuliert wirken auch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt zugunsten der Verfassungsgrundsätze, deren Geltung durch Sekundärrecht, auch solches im Bereich ohne Primärrechtsbindung nach Art. 351 AEUV, nicht beeinträchtigt werden darf. Beiden Konzepten kommt daher funktional die Rolle des repressiven Schutzes besonders wesentlicher Gehalte der jeweiligen Rechtsordnung zu.<sup>1355</sup>

Die Ähnlichkeit hinsichtlich der Vorbehaltswirkung lässt sich auch bei der Rechtsfolge konstatieren. Denn die *ordre public* Vorbehalte haben in ihrer Anwendung zur Folge, dass die Regelung, die gegen die durch den Vorbehalt geschützte Regelung verstößt, anders als vorgesehen, nicht angewendet wird. Ähnlich dazu ist es die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen einen Verfassungsgrundsatz im Rahmen der Überprüfung eines Unions-

---

1352 Vgl. zu dieser allgemeinen Definition supra Kapitel E. III. 1. a); zur ähnlichen Definition im Bereich nationaler *ordre public* Vorbehalte *Jaenicke*, in: Kaiser/von Münch/Jaenicke/Wiethölter (Hrsg.), Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 7, 1967, S. 77, 78.

1353 Supra Kapitel C. II. 1. c) und III.

1354 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285.

1355 Zur Schutzfunktion der *ordre public* Vorbehalte staatlicher Rechtsordnungen *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 13.

rechtsaktes, dass der Rechtsakt, insoweit er gegen die Verfassungsgrundsätze verstößt, unionsrechtlich nichtig ist.<sup>1356</sup> Die Auswirkung der Verfassungsgrundsätze bleibt also auf das Unionsrecht beschränkt. Ebenso wirken sich die beleuchteten ordre public Vorbehalte jeweils nur im Rahmen der Rechtsordnung aus, zu deren Gunsten sie gewährt wird.

Die Vergleichbarkeit ergibt sich darüber hinaus auch mit Blick auf die Stellung der fremden Rechtsregeln in der Rechtsordnung, zu deren Gunsten im Kollisionsfall der ordre public Vorbehalt greift. Im Fall der ordre public Vorbehalte gegenüber dem Recht aus einer anderen, fremden Rechtsordnung liegt der Anwendung der Vorbehalte häufig die Situation zugrunde, dass das fremde Recht angewendet oder eine Entscheidung auf seiner Grundlage anerkannt werden soll. Zu dieser Anwendung oder Anerkennung hat sich die Rechtsordnung des Vorbehalts geöffnet, ihren Regelungsanspruch diesbezüglich zurückgenommen. Durch die Anwendung des ordre public Vorbehalts wird diese Öffnung wieder eingeschränkt. Ebenso geht es im typischen Fall der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, den Art. 351 AEUV und Art. 347 AEUV. Es geht um Fälle, in denen die Primärrechtsbindung gerade nicht besteht. Die Lösung von der Primärrechtsbindung in diesen Fällen wird durch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze wieder eingeschränkt.<sup>1357</sup> Wie die verschiedenen ordre public Vorbehalte so gleicht auch die Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze den „Sprung ins Dunkle“ aus, der durch die Lösung von der Primärrechtsbindung für das Unionsrecht entsteht.

Noch kein eindeutiger Unterschied zwischen den Merkmalen der ordre public Vorbehalte und den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen liegt darin begründet, dass letztere in ihrer Vorbehaltswirkung in der Unionsrechtsordnung nicht eindeutig normiert sind. Denn auch die ordre public Vorbehalte werden mitunter in ungeschriebener Form angewandt.<sup>1358</sup>

Auch hinsichtlich der rechtspolitischen Auswirkungen ist die Anwendung der ordre public Vorbehalte und der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze vergleichbar. Denn die Vorbehaltswirkung führt in beiden Fällen dazu, dass auf die fremde Rechtsordnung Druck ausgeübt wird. Da-

---

1356 Supra Kapitel C. IV.

1357 Spura Kapitel C. II. 2.

1358 Supra Kapitel E. III. 1. d).

durch entsteht ein Anreiz für die fremde Rechtsordnung, ihre Regelungen hinsichtlich des Grundes für den Vorbehalt anzupassen.<sup>1359</sup>

c) Ergebniskontrolle im Einzelfall

Darüber hinaus werden beide Konzepte auch hinsichtlich der Art und Weise ihrer Anwendung gleich ausgelegt. Bei der Prüfung der beleuchteten ordre public Vorbehalte und damit insbesondere bei der Konkretisierung und Überprüfung anhand des Vorbehalts kommt es auf den Einzelfall und den jeweiligen geschützten Gehalt an.<sup>1360</sup> Ebenso ist für die Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze zu verlangen, dass es auf die Dogmatik des jeweiligen Verfassungsgrundsatzes ankommt. Erst wenn ein Verfassungsgrundsatz nach seiner üblichen Auslegung im Einzelfall verletzt ist, wirken die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt.<sup>1361</sup> Die Betonung der Einzelfallkontrolle liegt zum einen in der Weite und notwendigen Konkretisierung der in beiden Konzepten geschützten Gehalte begründet. Zum anderen werden die ordre public Vorbehalte und auch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nach Kapitel C als Ergebniskontrollen verstanden.

Dazu passen die Aussagen von Generalanwältin *Kokott* in ihrer Stellungnahme zum Gutachten bezüglich des geplanten EMRK Beitritts. *Kokott* lehnt darin für den Kollisionsfall zwischen Unionsrechtsordnung und Völkerrecht den richterrechtlichen Ausspruch eines antizipierten ordre public Vorbehaltes ab.<sup>1362</sup> Sie begründet dies insbesondere mit dem Charakter der EMRK, die im Verhältnis zur Unionsrechtsordnung keinen Vorrang oder unmittelbare Wirkung in den internen Rechtsordnungen der Vertragsparteien beanspruche.<sup>1363</sup> Sollte es im Fall des Beitritts zur EMRK dazu kommen, „dass ein Urteil des EGMR Zweifel hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit grundlegenden Prinzipien der Unionsrechtsordnung oder mit Strukturmerkmalen des institutionellen Gefüges der Union aufwirft“,

---

1359 Zur Anreizwirkung und dem „Luxemburg effect“ im Fall der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze supra Kapitel C. V. 2. Zur Anreizwirkung durch ordre public Vorbehalte *Mills*, ICLQ 2016, S. 541, 572.

1360 Supra Kapitel E. III. 1. a) und e).

1361 Supra Kapitel C. II. 7. b).

1362 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 168 ff.

1363 GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 170.

so sei es am Gerichtshof, den politischen Organen und den EU-Mitgliedstaaten „eine angemessene Lösung zu suchen“.<sup>1364</sup> Damit verweist die *Generalanwältin* auf eine Kontrolle solcher Kollisionslagen im Einzelfall. Diese Einzelfallprüfung entspricht der auf die Ergebniskontrolle im Einzelfall ausgerichteten ordre public Vorbehalte. Ebenso entspricht sie der Kontrolle anhand der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, wie sie aus der Rechtsprechung, insbesondere dem Fall *Kadi I* in Kapitel C, abgeleitet wurden. Den Maßstab für die Einzelfallkontrolle leitet die *Generalanwältin* offenbar aus der Formulierung des Urteils *Kadi I* ab, aus der in Kapitel C die Wesensmerkmale des Konzepts der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze abgeleitet wurden: der Aussage des *EuGH* in Rn. 285, dass „Verpflichtungen aufgrund einer internationalen Übereinkunft nicht die Verfassungsgrundsätze“ beeinträchtigen können.<sup>1365</sup> Die Ablehnung der gerichtlichen Aussprache eines antizipierten Vorbehalts, verbunden mit dem Hinweis auf eine Lösung im Einzelfall durch die Verfassungsgrundsätze, kann damit als Hinweis auf einen unionsrechtlichen ordre public Vorbehalt in Form der Verfassungsgrundsätze gedeutet werden. Dieser Vorbehalt ist nicht antizipiert, sondern wie die Verfassungsgrundsätze in *Kadi I* als Ergebniskontrolle im Einzelfall anzuwenden.

d) Bestimmung des durch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze geschützten Gehalts

Die Bestimmung der durch den Vorbehalt geschützten Gehalte der jeweiligen Rechtsordnung ist in vielen geschriebenen ordre public Vorbehalten sehr weit ausgestaltet und damit letztlich der Rechtsprechung und Literatur überlassen.<sup>1366</sup> Noch schwieriger gestaltet sich die Konkretisierung der geschützten Gehalte, wenn den ordre public Vorbehalten eine geschriebene Anknüpfung fehlt. Demgegenüber sind die abweichungsfesten Verfas-

---

1364 GA Kokott, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171.

1365 GA Kokott, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171, Fußnote 114 mit Verweis auf *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285.

1366 *Supra* Kapitel E. III. 2. a).

sungsgrundsätze in ihrer abweichungsfesten Wirkung ebenfalls das Ergebnis der Auslegung, insbesondere durch die Rechtsprechung des *EuGH*.<sup>1367</sup>

Eine herausragende Stellung nimmt bei der Bestimmung des geschützten Inhalts der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze Art. 2 EUV ein. Einzelne Verfassungsgrundsätze können nach Auslegung der Rechtsprechung jedenfalls begrifflich und teilweise aus Art. 2 EUV entnommen werden.<sup>1368</sup> Auch der Gesichtspunkt, dass *ordre public* Vorbehalte sich aus Regelungen schöpfen, denen eine Begründungs- und Ordnungsfunktion für die Rechtsordnung zukommt, stützt die Anknüpfung an Art. 2 EUV. Denn schon vom Wortlaut der Vorschrift her sollen die Werte die Grundlage sein, auf die sich die Unionsrechtsordnung stützt. Damit bietet Art. 2 EUV eine Anknüpfungsmöglichkeit für die inhaltliche Konkretisierung des Vorbehalts. Aus Art. 2 EUV lässt sich aber lediglich die Bezeichnung der potentiell geschützten Kerngehalte entnehmen. Inwiefern der Grundrechtsschutz sowie der Schutz der Freiheit, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit durch die Verfassungsgrundsätze gerade als Vorbehalt gegenüber dem zur Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen erlassenen Sekundärrecht nach Art. 351 AEUV gilt, ergibt sich aus Art. 2 EUV nicht.<sup>1369</sup> Darüber hinaus bleibt auch fraglich, welche eigenständige Stellung dem gesondert zum Grundrechtsschutz aufgezählten Schutz der Menschenwürde und der Gleichheit zuzuschreiben ist. Schließlich ist der Menschenwürde und der Gleichheit im Rahmen der Grundrechtecharta jeweils ein Titel und ein eigener Artikel gewidmet (Titel I. Würde des Menschen, Titel III. Gleichheit, Art. 1 GRC Würde des Menschen, Art. 20 GRC Gleichheit vor dem Gesetz). Damit gleicht Art. 2 EUV den Regelungen, aus denen einige der beleuchteten *ordre public* Vorbehalte abgeleitet werden.<sup>1370</sup> Denn auch durch diese kann einerseits begrifflich an einzelne geschützte Inhalte der Vorbehalte angeknüpft werden. Andererseits bleibt dabei die Bezeichnung des geschützten Inhalts als *ordre public* weit und unpräzise.<sup>1371</sup>

---

1367 Supra Kapitel C. II. 2., *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285.

1368 Supra Kapitel C. II. 4.

1369 Zu einzelnen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen supra Kapitel D.

1370 Eine solche Regelung ist – im begrenztem Umfang – beispielsweise Art. 79 Abs. 3 GG im Fall des daraus interpretierten Identitätsvorbehaltes. Zur begrenzten Vergleichbarkeit von Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 2 EUV als Anknüpfungspunkte für *ordre public* Vorbehalte der jeweiligen Rechtsordnung siehe infra Kapitel E. IV. 3. b).

1371 Supra Kapitel E. III. 2. a) und b).



Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze folgen bei der Bestimmung der geschützten Gehalte darüber hinaus den beleuchteten ordre public Vorbehalten auch, soweit es um die Rechtsquelle geht, aus der sich die geschützten Gehalte ergeben.<sup>1372</sup> Wie die beleuchteten ordre public Vorbehalte ergeben sich die Verfassungsgrundsätze aus der geschützten Rechtsordnung. Sie ergeben sich also aus dem Unionsverfassungsrecht, beziehungsweise den Verträgen.<sup>1373</sup> Dies wird durch die Verankerung im Primärrecht durch Art. 2 EUV deutlich.

Ein weiterer vergleichbarer Punkt bei der Bestimmung des geschützten Inhalts von abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen und ordre public Vorbehalten ist die ausdrückliche Nennung des Grundrechtsschutzes. Grundrechte werden in *Kadi I* nicht nur als einzige Verfassungsgrundsätze ausführlich geprüft, sondern durch die Verknüpfung mit der Vorgängervorschrift zu Art. 2 EUV und der Grundrechtecharta auch mit dem Primärrecht verknüpft.<sup>1374</sup> Wie im Fall der beleuchteten ordre public Vorbehalte nimmt mithin der Grundrechtsschutz im Rahmen der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze eine besonders klare Rolle zugunsten des Individualrechtsschutzes ein.<sup>1375</sup>

Die Schöpfung der geschützten Gehalte eines ordre public Vorbehalts der Verfassungsgrundsätze aus Art. 2 EUV passt auch mit Blick auf weitere Merkmale, die bei der Bestimmung des geschützten Inhalts von ordre public Vorbehalten anzutreffen sind. Das betrifft nicht nur die oft verwandte Kernmetapher, sondern auch die Beschreibung des geschützten Inhalts als ordre public selbst. Denn die Werte des Art. 2 EUV werden häufig ebenfalls als „harter Kern“ der Unionsrechtsordnung ausgelegt.<sup>1376</sup> Die Auslegung als harter Kern entspricht dabei der Entstehungsgeschichte und dem Telos der Vorschrift, die Kriterien für die der Union und den Mitgliedstaaten „gemeinsamen Ordnungsprinzipien im Sinne eines *ordre public*“ dar-

---

1372 Supra Kapitel E. III. 2. c).

1373 Supra Kapitel C. II. 1. a) und 4.

1374 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285, 303–308, 316 f., 326, 333 ff., 354 ff.

1375 Supra Kapitel E. III. 2. d).

1376 Vgl. dazu *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 11; *von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 28. Zur Vorgängervorschrift Art. 6 EUV (Nizza), auch mit Blick auf *Kadi I Lavranos*, in: Fontanelli/Martinico/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 126 ff.

stellen soll.<sup>1377</sup> Die Werte des Art. 2 EUV sollen eine identitätssichernde Funktion für die Union als Rechtsgemeinschaft ausüben.<sup>1378</sup> Wichtig ist bei dieser Auslegung des Art. 2 EUV allerdings, dass sich die Verwendung der Kernmetapher wohl nicht primär auf eine mögliche Vorbehaltswirkung bezieht. Anders als im Rahmen der ordre public Vorbehalte, bei denen mit der Kernmetapher der geschützte Inhalt der Vorbehalte beschrieben werden soll, deutet die Umschreibung der Werte des Art. 2 EUV als Kern zunächst nur auf die allgemeine Rolle der Werte für die Unionsrechtsordnung hin. Demgegenüber erscheint die Heranziehung der Vorschrift gerade zur Bestimmung des geschützten Inhalts der Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt als weitergehende Interpretation. Allerdings kann die erweiterte Interpretation mit Blick auf die Auslegung der Vorgängernorm begründet werden. Der *EuGH* verbindet in *Kadi I* die eingrenzende Wirkung der Verfassungsgrundsätze gegenüber Art. 351 AEUV mit den heute teilweise in Art. 2 EUV geschützten Werten.<sup>1379</sup> Übertragen auf die gegenwärtige Rechtslage kann daher die Vorbehaltswirkung, die den Verfassungsgrundsätzen in *Kadi I* zukommt, mit den in Art. 2 EUV normierten Werten der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Grundrechte verknüpft werden.<sup>1380</sup> Geht man weiter davon aus, dass sich die weiteren Werte des Art. 2 EUV in ihrer Rolle für die Unionsrechtsordnung von den Werten der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Grundrechte nicht unterscheiden, können alle Werte des Art. 2 EUV zur Bestimmung des geschützten Inhalts des Vorbehalts der Verfassungsgrundsätze herangezogen werden.

Darüber hinaus macht die Verknüpfung mit Gehalten des Art. 2 EUV deutlich, dass die Verfassungsgrundsätze gerade als Vorbehalte zur Rechtsanwendung konkretisiert werden müssen. Das Beispiel des Grundrechtsschutzes als geschützter Gehalt profitiert dabei, sowohl im Fall der be-

---

1377 *Hilf/Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, 65. EL, Art. 2 EUV, Rn. 12 mit Verweis auf den Entwurf der Artikel 1 bis 16 des Verfassungsvertrages vom 6.2.2003, CONV 528/03; ähnlich *Potacs*, *EuR* 2016, S. 164, 170 ff.

1378 *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, *Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 33.

1379 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 301–304.

1380 *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 301–304. Zum Charakter der Verfassungsgrundsätze „als Kernelemente der primärrechtlichen Ordnung“ auch *Kämmerer*, *EuR* 2009, S. 114, 119.

leuchteten ordre public Vorbehalte als auch bei den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen als Vorbehalt, von seiner bereits bestehenden hohen dogmatischen Durchdringung.

Insgesamt zeigt die offene, an Kerngehalten orientierte Bestimmung der durch die Verfassungsgrundsätze geschützten Gehalte also die Charakterzüge der Konkretisierung, auf die es auch für die Bestimmung der geschützten Gehalte der ordre public Vorbehalte ankommt.

#### e) Zusammenfassung

Der Vergleich hat erstens gezeigt, dass die beleuchteten ordre public Vorbehalte und die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts beide Kollisionsregeln darstellen. Zweitens weisen die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze eine Vorbehaltswirkung auf, wie sie für ordre public Vorbehalte typisch ist. Die Anwendung der Verfassungsgrundsätze erfolgt drittens im Einzelfall in einer Ergebniskontrolle – ebenfalls wie viele der beleuchteten ordre public Vorbehalte. Die Vergleichbarkeit beider Instrumente wird viertens abgerundet mit der ähnlich konkretisierungsbedürftigen Bestimmung der durch die ordre public Vorbehalte und die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalte geschützten Gehalte. Zu dieser Bestimmung kann an Art. 2 EUV angeknüpft werden. Dadurch übernimmt die Vorschrift eine ähnliche Funktion wie die Vorschriften, anhand derer die beleuchteten ordre public Vorbehalte bestimmt werden. Darüber hinaus verdeutlicht die Bestimmung des geschützten Gehaltes, dass die Unionsrechtsordnung, als im hohen Grade organisierte Rechtsgemeinschaft, derart homogen ist, dass sie nach der Definition *Moslers*<sup>1381</sup> einen ordre public aufweist. Dessen kollisionsrechtlicher Teil wird insbesondere

---

1381 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532: „In jeder Rechtsgemeinschaft muss es ein Minimum an Homogenität geben, das zur Erhaltung dieser Rechtsgemeinschaft notwendig ist. Diese Homogenität kann sich beziehen auf Rechtswerte, die als Ziel der Gemeinschaft aufgestellt sind, auf Rechtsgrundsätze, zu deren Verwirklichung die an der Gemeinschaft Beteiligten verpflichtet sind, und auf Rechtsnormen, die als Vorschriften innerhalb der Gemeinschaft gelten. Diese drei Gruppen, die Gradunterschiede der Homogenität ausdrücken, werden im Folgenden mit dem Sammelbegriff „Gemeinschaftsregeln“ bezeichnet. Die Gemeinschaftsregeln [...] kann man in ihrer Gesamtheit „Ordre public commun“, „Gemeinschaftlicher Ordre public“ nennen. Man muss sich dann allerdings darüber im klaren sein, dass der kollisionsrechtliche Aspekt nur einen Teil des Ordre public ausmacht.“

mit Blick auf völkerrechtlich determinierte Unionsrechtsakte durch die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt geschützt.

Insgesamt lässt der Vergleich zwischen den gemeinsamen Merkmalen der beleuchteten *ordre public* Vorbehalte und dem Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze nach *Kadi I* also den Schluss zu, letztere ebenfalls als *ordre public* Vorbehalt zu begreifen. Die Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts bilden demnach einen *ordre public* Vorbehalt zulasten des in der Unionsrechtsordnung umzusetzenden Völkerrechts. Sie wirken zugunsten der Kerngehalte der Unionsrechtsordnung.

### 3. Auffälligkeiten

Neben diesen Übereinstimmungen offenbart der Vergleich der beleuchteten *ordre public* Vorbehalte und der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze aber auch die besonderen Schwierigkeiten und Unterschiede bei der Behandlung der Verfassungsgrundsätze als *ordre public* Vorbehalt. Dies betrifft die Konkretisierung des geschützten unionsrechtlichen Inhalts des Vorbehalts der Verfassungsgrundsätze und die Qualität des Art. 2 EUV in der Unionsrechtsordnung.

#### a) Konkretisierung des durch die Verfassungsgrundsätze geschützten kollisionsrechtlichen Teils des unionsrechtlichen *ordre public*

Wie sich bereits *Moslers* Definition entnehmen lässt, ist der kollisionsrechtliche Aspekt des *ordre public* einer Rechtsgemeinschaft eben nur ein Teil des *ordre public*.<sup>1382</sup> Für die Konkretisierung der über die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt geschützten Gehalte ergibt sich daher die Schwierigkeit, die kollisionsrechtlichen Aspekte des unionsrechtlichen *ordre public* zu identifizieren.

Die Identifizierung gestaltet sich im Fall des unionsrechtlichen *ordre public* schon deshalb als schwierig, da unter dieser Bezeichnung auch Konstellationen gefasst werden, in denen inhaltlich kein reiner unionsrechtlicher *ordre public* mit eigenständiger Vorbehaltsfunktion geschützt wird. So werden unter der Bezeichnung auch Fälle erfasst, in denen das Unionsrecht als Rechtsquelle den Mitgliedstaaten einen Vorbehalt zugunsten des mitgliedstaatlichen *ordre public* gewährt. Die Auslegung dieses Vorbehalts

---

1382 *Mosler*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, S. 523, 532.

ist dann auch durch den *EuGH* beeinflusst. Der Inhalt des Vorbehalts schöpft sich aber aus der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.<sup>1383</sup> Außerdem werden auch ordre public Vorbehalte, die den Mitgliedstaaten durch nicht unionale Rechtsquellen wie das Völkerrecht oder das nationale Recht gewährt werden, in Folge der *EuGH*-Rechtsprechung unionsrechtlich aufgeladen. Das zeigt sich in den Fällen *Eco Swiss*<sup>1384</sup> und *Mostaza Claro*<sup>1385, 1386</sup>. In den Fällen dieser unionsrechtlichen Aufladung handelt es sich jedoch nicht um einen genuin unionsrechtlichen ordre public Vorbehalt. Denn ohne die den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gewährten Vorbehalte hätten beispielsweise das Unionskartellrecht und das EU-Verbraucherschutzrecht in *Eco Swiss* und *Mostaza Claro* schon verfahrensrechtlich keine Anknüpfungspunkte, um Vorbehaltswirkung zu entfalten. Aus der Argumentation des Gerichtshofs in den Fällen folgt alleine nämlich noch keine Vorbehaltswirkung, sondern lediglich, dass die jeweiligen Gehalte zum mitgliedstaatlich geschützten ordre public gehören.<sup>1387</sup> Die Stellung, die die geschützten Gehalte aus *Eco Swiss* und *Mostaza Claro* im Binnenmarkt und wegen des Anwendungsvorrangs in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und deren ordre public nach dem *EuGH* einnehmen, ist daher noch nicht identisch mit der Stellung des kollisionsrechtlichen Teils des unionalen ordre public.<sup>1388</sup> Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass die Vorbehaltswirkung des kollisionsrechtlichen Teils des unionalen ordre public, anders als im Fall der geschriebenen mitgliedstaatlichen Vorbehalte, gerade nicht normiert ist. Für die Frage, ob einzelne Aspekte, die nach dem *EuGH* zum geschützten Gehalt mitgliedstaatlicher ordre public Vor-

---

1383 Supra Kapitel E. II. 3. a).

1384 *EuGH*, Rs. C-126/97 (*Eco Swiss*), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055; betroffen war der ordre public Vorbehalt aus dem New Yorker UN-Übereinkommen (UNÜ) über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, United Nations Treaty Series Volume 330, No 4739. Zu diesem Urteil supra Kapitel B. V. 5. c).

1385 *EuGH*, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro/Centro Móvil*), ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006, I-10421; betroffen war ein nationaler ordre public Vorbehalt.

1386 Im Fall *Eco Swiss* ging es um die beim staatlichen Gericht beantragte Aufhebung eines Schiedsspruchs, der in einem Schiedsgerichtsverfahren aufgrund der Regeln des Niederlande Arbitrage Instituut ergangen war. Im Fall *Mostaza Claro* ging es um die beim staatlichen Gericht beantragte Aufhebung eines Schiedsspruchs, der in einem Schiedsgerichtsverfahren nach den Regelungen des Europäischen Verbands für Schieds- und Billigkeitsentscheidungen ergangen war.

1387 Supra Kapitel E. II. 3. a).

1388 Mit Blick auf *Eco Swiss* ebenso *Tietje/Wackernagel*, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, S. 201, 207 f.

behalte gehören, auch über die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt geschützt werden, kommt es also auf eine eigenständige Argumentation an.

b) Unterschiede zwischen den Verfassungsgrundsätzen und der Identitätskontrolle

Der Vergleich zwischen den beleuchteten ordre public Vorbehalten und den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen verdeutlicht die grundsätzliche Parallelität zwischen den Verfassungsgrundsätzen als Vorbehalt und dem Identitätsvorbehalt des *Bundesverfassungsgerichts*. Während der *EuGH* den Verfassungsgrundsätzen aus *Kadi I* eine Vorbehaltswirkung zugunsten des Primärrechts gegenüber den Akten zur Umsetzung des Völkerrechts beimisst, versteht das *BVerfG* die Identitätskontrolle als Vorbehalt zugunsten des deutschen Verfassungsrechts und gegenüber dem Unionsrecht. Damit kommt beiden Vorbehalten eine Vorbehaltswirkung gegenüber dem Recht einer anderen Quelle im Mehrebenensystem zu. Ebenso schöpft sich der geschützte Gehalt beider Vorbehalte aus einem Bereich der eigenen Rechtsordnung, der mit der Kernmetapher und unter Hinweis auf die Identität der Rechtsordnung umschrieben wird.<sup>1389</sup> Weiterhin lassen sich beide Vorbehalte zur ihrer inhaltlichen Konkretisierung an Vorschriften knüpfen, die vom Wortlaut her nicht als Vorbehaltswirkungen gegenüber fremdem Recht einer anderen Ebene angelegt sind. Eine Vorbehaltswirkung des abweichungsfesten Kerns in Art. 79 Abs. 3 GG in Form der Identitätskontrolle folgt erst aus der teleologischen und systematischen Auslegung dieser Vorschrift gemeinsam mit Art. 23 Abs. 1 GG durch die Rechtsprechung.<sup>1390</sup> Auch die Anknüpfungsmöglichkeit an Art. 2 EUV für

---

1389 Zum Identitätsvorbehalt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts supra Kapitel E. II. 1. c), 2. b); BVerfGE 123, 267, 353, Rn. 240 ff. – *Vertrag von Lissabon*; zu Parallelen zwischen der Anwendung der Verfassungsgrundsätze und der Identitätskontrolle auch *Lavranos*, in: Fontanelli/Martini-co/Carrozza (Hrsg.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, 2009, S. 119, 128 ff. *Canor* zufolge schützt der *EuGH* in *Kadi I* die „European constitutional identity“ von den Interferenzen des Völkerrechts, *Canor*, in: Callies (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 487; ähnlich schon *Uerpmann-Witzack*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. A., 2009, S. 177, 215; außerdem hätten ordre public Vorbehalte und Identitätsvorbehalte gemeinsam, dass sie als „systemic exceptions“ für Rechtsordnungen existentiell seien, *Canor*, a. a. O., S. 457, 492 f.

1390 Supra Kapitel E. II. 1. c), 2. b), III. 1. c). Zum unterschiedlichen Bedeutungsgelalt der Verfassungsidentität im Rahmen der Identitätskontrolle nach Art. 79

die inhaltliche Konkretisierung des Vorbehalts der Verfassungsgrundsätze gelingt gerade hinsichtlich der Vorbehaltswirkung nicht, sondern nur für die Begriffsbestimmung des geschützten Inhalts.<sup>1391</sup> Versteht man die Verfassungsgrundsätze nach *Kadi I* und die Identitätskontrolle des *BVerfG* als ordre public Vorbehalte, so zeigen beide Fälle zweierlei. Erstens sucht die Rechtsprechung durch teleologische und systematische Auslegung die Vorbehaltswirkung zu ermitteln. Damit zielt sie zweitens darauf ab, einen der homogenen Rechtsordnung inhärenten, kollisionsrechtlichen Teil des ordre public einer Rechtsordnung freizulegen.<sup>1392</sup>

Der Vergleich verdeutlicht jedoch auch Unterschiede zwischen beiden Vorbehalten. Bisher wurden nach dem Urteil *Kadi I* vor allem der Grundrechtsschutz als Verfassungsgrundsatz identifiziert.<sup>1393</sup> Während der Grundrechtsschutz in Art. 2 EUV für die Unionsrechtsordnung verankert ist, ist über Art. 79 Abs. 3 GG nur der Menschenwürdegehalt der Grundrechte des Grundgesetzes geschützt.<sup>1394</sup> Bezüglich der Anknüpfungspunkte für die geschützten Gehalte stimmen die Identitätskontrolle des *BVerfG* und die Kontrolle der Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt des *EuGH* also nicht überein. Eine andere Frage ist dann aber, inwiefern die vom *BVerfG* gegenüber dem Unionsrecht vorbehaltene Grundrechtskontrolle einen Vorbehalt bildet, der wiederum mit dem Grundrechtsschutz durch die Verfassungsgrundsätze vergleichbar ist.

Der Vergleich zwischen dem Identitätsvorbehalt und den Verfassungsgrundsätzen als Vorbehalt offenbart auch einen Unterschied hinsichtlich der Abänderbarkeit der Regelungen, an die die Vorbehalte geknüpft werden. Die geschützten Inhalte des Art. 79 Abs. 3 GG stellen schon vom Wortlaut her einen abänderungsfesten Teil der durch das Grundgesetz verfassten Rechtsordnung dar.<sup>1395</sup> Demgegenüber können nach dem Wort-

---

Abs. 3 GG und der Grundrechtskontrolle gestützt auf Art. 23 GG, *Schwerdtfeger*, EuR 2015, S. 290, 297 f.

1391 Supra Kapitel E. IV. 2. d).

1392 Zur Homogenität in diesem Zusammenhang *Mosler*, Revista Española de Derecho Internacional 1968, S. 523, 532.

1393 Zu weiteren abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen supra Kapitel D.

1394 Zu Art. 79 Abs. 3 mit Blick auf Grundrechtsschutz und Identitätskontrolle *Schwerdtfeger*, EuR 2015, S. 290, 297 f., 304; zur möglichen Gefahr, durch eine „inflationäre Heranziehung der Menschenwürde der Kontrollumfang des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Identitätskontrolle“ zu erweitern *Burchardt*, ZaöRV 2016, S. 527, 543 f.

1395 *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 77. EL, Art. 79 Rn. 60 ff.; zur Verknüpfung der Verfassungsidentität mit den verfassungsrechtlichen Grenzen für verfassungsändernde Gesetze *Ingold*, AöR 2015, S. 1, 6 f., 10.

laut und der Systematik der Verträge die Werte des Art. 2 EUV im Rahmen der Vertragsänderung nach Art. 48 EUV geändert werden.<sup>1396</sup> Auch mit Blick auf das erste EWR Gutachten<sup>1397</sup> lässt sich ein durch Art. 48 EUV unabänderbarer Kern der Unionsrechtsordnung nicht ableiten. Dass die im Gutachten aus den „Grundlagen der Gemeinschaft“ geschöpfte Autonomie in Form der Zuständigkeit des Gerichtshofs nicht durch die Herren der Verträge abänderbar ist, kann dem Gutachten schwerlich entnommen werden. Sie findet zudem auch keine Stütze im geschriebenen Recht.<sup>1398</sup> Der Unterschied hinsichtlich der Abänderbarkeit von Art. 2 EUV als Anknüpfungspunkt für einen *ordre public* Vorbehalt sollte sich im Vergleich zur Unabänderbarkeit von Art. 79 Abs. 3 GG jedoch nicht auswirken. Denn der *ordre public* Vorbehalt schützt schließlich die aktuell bestehende Rechtsordnung. Damit kommt es nicht darauf an, welche Teile der Rechtsordnung für nicht abänderbar erklärt werden, sondern lediglich auf den bestehenden *ordre public* der Rechtsordnung. Durch die Abänderbarkeit einer Vorschrift, aus der sich der kollisionsrechtliche Teil des *ordre public* Vorbehalt schöpft, ist daher auch der geschützte Gehalt des Vorbehalts änderbar.<sup>1399</sup> Hinzu kommt, dass der *ordre public* Vorbehalt als Instrument gegenüber dem Einfluss fremden Rechts häufig gar nicht im Kontext der Änderung der eigenen Rechtsordnung relevant sein dürfte. Die Relevanz der geschützten Gehalte des *ordre public* Vorbehalts, soweit sie auch einen änderungsfesten Kern ausmachen, ergäbe sich nur dann, wenn durch den Einfluss des fremden Rechts die Rechtsordnung selbst geändert würde. Dies dürfte im Fall der Anwendung fremden Rechts im Einzelfall

---

1396 Vgl. *Ohler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, 65. EL, Art. 48 EUV, Rn. 25; *Nettesheim*, EuR 2006, S. 737, 742 f.; *Herrnfeld*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. A., Art. 48 EUV, Rn. 14; änderungsfeste Gehalte identifiziert hingegen *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union, 2005, S. 665 ff.

1397 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg. 1991, I-6079. In dem Gutachten betont der *EuGH* die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung in Form seiner Zuständigkeitsregelungen gegenüber dem Völkerrecht. Dazu bezieht er sich auf die Grundlagen der Gemeinschaft selbst, dazu supra Kapitel B. V. 2.

1398 So auch *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. A., Art. 48 EUV, Rn. 6; *Nettesheim*, EuR 2006, S. 737, 743 f.; *de Witte*, in: de Búrca/Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, 2012, S. 19, 35 f.

1399 Die Verknüpfung des Identitätsvorbehalts des *BVerfG* mit Art. 79 Abs. 3 GG wird auch vor dem Hintergrund kritisiert, dass die Gehalte der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze wegen der verfassungsrechtlichen Dynamik einem Bedeutungswandel unterliegen, *Ingold*, AöR 2015, S. 1, 21 f.



oder der sekundärrechtlichen Umsetzung einzelner fremder Rechtsakte wohl selten auftreten. Versteht man den Identitätsvorbehalt des *BVerfG* als ordre public Vorbehalt, ist demnach der über Art. 79 Abs. 3 GG geschützte grundgesetzliche, kollisionsrechtliche Teil des ordre public abweichungsfest. Der durch die Verfassungsgrundsätze als ordre public Vorbehalt geschützte unionsrechtliche, kollisionsrechtliche Teil des ordre public, verknüpft mit Art. 2 EUV, ist hingegen nicht abweichungsfest.

Dieser Unterschied ist auch auf die unterschiedliche Stoßrichtung des Identitätsvorbehalts im Vergleich zu den Verfassungsgrundsätzen als Vorbehalt zurückzuführen. Die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt des Unionsrechts sind nach ihrer konzeptionellen Ableitung aus der Rechtsprechung des *EuGH* auf die Überprüfung von völkerrechtlich determinierten Rechtsakten ausgerichtet. Dies betrifft nach *Kadi I* insbesondere solche Rechtsakte, die grundsätzlich von der Primärrechtsbindung ausgenommen sind und durch UN-Sekundärrecht determiniert sind.<sup>1400</sup> Die Stoßrichtung der Verfassungsgrundsätze als ordre public Vorbehalt liegt daher in der nachgelagerten Prüfung, ob ein konkreter Rechtsakt in einem Einzelfall gegen Verfassungsgrundsätze verstößt. Demgegenüber ist die genaue Stoßrichtung des Identitätsvorbehalts Gegenstand unterschiedlicher Auslegung. Zunächst zielt der Identitätsvorbehalt wegen der Anknüpfung an Art. 79 Abs. 3 GG zumindest auch auf die Prüfung von Zustimmungsgesetzen zu den Gründungsverträgen.<sup>1401</sup> Dabei geht es also nicht um eine nachgelagerte Prüfung einzelner Rechtsakte sondern um die vorgelagerte Prüfung über die Änderung des Primärrechts. Allerdings wird der Identitätsvorbehalt darüber hinaus in der Rechtsprechung aber auch im Bezug auf die Überprüfung von Unionsrechtsakten relevant und ist demnach von der ultra-vires-Kontrolle abzugrenzen.<sup>1402</sup> Die an Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpfende ultra-vires-Kontrolle stellt einen besonderen Fall des Schut-

---

1400 In Frage kommen also insbesondere Fälle nach Art. 351 und 347 AEUV.

1401 *Schwerdtfeger*, EuR 2015, S. 290, 296 f., 301.

1402 *BVerfG*, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 121 – *OMT-Urteil*: „Ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG berühren, prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Identitätskontrolle [...], ob sie die Grenzen des demokratisch legitimierten Integrationsprogramms nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG offensichtlich und in strukturell bedeutsamer Weise überschreiten und dadurch gegen den Grundsatz der Volkssouveränität verstoßen, im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle [...]. Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle leiten sich aus Art. 79 Abs. 3 GG ab, sind aber eigenständige Kontrollverfahren, die unterschiedliche Maßstäbe anwenden [...]. Beide Kontrollvorbehal-

zes der grundgesetzlichen Verfassungsidentität dar und dient der Prüfung, ob das durch das Zustimmungsgesetz vorgegebene Integrationsprogramm die einzelne Unionshandlung deckt.<sup>1403</sup> Demgegenüber betrifft die Identitätskontrolle „nicht die Einhaltung der Reichweite der übertragenen Zuständigkeit“, sondern prüft die einzelne Unionshandlung in materieller Hinsicht an der „absoluten Grenze“ der Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG<sup>1404</sup>. Für die unionalen Verfassungsgrundsätze, die hier als Grenze bei der Einwirkung von Völkerrecht verstanden werden, ist daher – bei aller Vergleichbarkeit mit der Identitätskontrolle – zu beachten, dass die Identitätskontrolle des *BVerfG* durchaus auch außerhalb der nachgelagerten Überprüfung von EU-Sekundärrechtsakten erfolgt. Darauf kann auch die unterschiedliche Qualität der Regelungen zurückgeführt werden, an die der Identitätsvorbehalt einerseits und die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt andererseits geknüpft werden können.

c) Mögliche Aufladung der Verfassungsgrundsätze

Auch das Modell der völkerrechtlichen Aufladung von nationalen *ordre public* Vorbehalten über verschiedene Ebenen des Mehrebenensystems hinweg könnte auf die als *ordre public* Vorbehalt verstandenen Verfassungsgrundsätze übertragbar sein. Im Fall der völkerrechtlichen Aufladung werden das *ius cogens* und völkerrechtlich bindende Menschenrechte bei der Anwendung und Konkretisierung der nationalen *ordre public* Vorbehalte relevant.<sup>1405</sup> Die für diese Aufladung der nationalen Vorbehal-

---

te sind zurückhaltend und europarechtsfreundlich auszuüben [...].“, Rn. 139: „Die Identitätskontrolle verhindert nicht nur, dass der Europäischen Union Hoheitsrechte jenseits des für eine Übertragung offen stehenden Bereichs eingeräumt werden, sondern auch, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union umgesetzt werden, die eine entsprechende Wirkung entfalten und jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen“ Das Verhältnis der Identitätskontrolle und *ultra-vires* Kontrolle zueinander wird in der Literatur unterschiedlich eingeschätzt, dazu *Burchardt*, *ZaöRV* 2016, S. 527, 543 ff.

1403 *BVerfG*, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 153 – *OMT-Urteil*.

1404 *BVerfG*, Urteil vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13 – Rn. 153 – *OMT-Urteil*.

1405 *Supra*Kapitel E. II. 2 d); *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 92 ff., 99 ff.; *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 146 f.

te herangezogenen Regelungen könnten auch zur Aufladung des unionsrechtlichen Vorbehalts der Verfassungsgrundsätze herangezogen werden. In diesem Fall würde beispielsweise die Auslegung der unionalen Grundrechte durch völkerrechtliche Menschenrechte beeinflusst. Weiterhin hätte dies zur Folge, dass gegen das *ius cogens* und völkerrechtlich bindende Menschenrechte verstoßendes Völkerecht wegen den völkerrechtlich aufgeladenen Verfassungsgrundsätzen nicht in der Union umgesetzt werden könnte. Unter diesem Blickwinkel wird auch der Unterschied zwischen den Urteilen des *EuG* und des *EuGH* in *Kadi I* deutlich. Während das *EuG* einen völkerrechtlichen ordre public Vorbehalt hat greifen lassen, schöpft der *EuGH* die Verfassungsgrundsätze als Vorbehalt aus dem Unionsrecht. Lassen sich die Verfassungsgrundsätze jedoch völkerrechtlich um die *ius cogens* Menschenrechte aufladen, schützen die Verfassungsgrundsätze nicht nur die Unionsrechtsordnung. Sie lassen zusätzlich auch einen Schutz über die – allerdings zunächst zu bestimmenden – *ius cogens* Menschenrechte zu. Indem sich die Verfassungsgrundsätze aus dem Unionsrecht schöpfen, ist ihr Schutz zwar weitergehend als der Schutz den das *EuG* im Bezug auf die *ius cogens* Menschenrechte gewährt. Durch eine Aufladung der Verfassungsgrundsätze um die *ius cogens* Menschenrechte würden die Verfassungsgrundsätze aber jedenfalls die völkerrechtlichen Gehalte mit schützen, die schon das *EuG* in *Kadi I* schützte.<sup>1406</sup> Darüber folgt für einzelne Charta-Grundrechte, die als Verfassungsgrundsatz angewandt werden schon aus Art. 53 GRC eine völkerrechtliche Aufladung, insbesondere durch die EMRK.<sup>1407</sup> Weiterhin ist der Rechtsprechung des *EuGH* eine ebenenübergreifende Aufladung von ordre public Vorbehalten nicht fremd. Schließlich läßt er durch seine Rechtsprechung die mitgliedstaatlichen Vorbehalte auf.<sup>1408</sup>

Ebenso erscheint es möglich, dass die unionalen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze durch Gehalte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aufgeladen werden. Wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze zeigen, zieht der *EuGH* zur Bestimmung der Rechtsquellen des Primärrechts auch

---

1406 Unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Aufladung der Verfassungsgrundsätze läßt sich auch das von *Kokott* und *Sobotta* beschriebene unterschiedliche Schutzniveau zwischen dem unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Grundrechtsschutz verstehen, vgl. supra *Kokott/Sobotta*, EJIL 2012, S. 1015, 1018.

1407 Bezüglich der EMRK auch Art. 52 Abs. 3 GRC.

1408 Supra Kapitel D. II. 3. a).

die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten heran.<sup>1409</sup> Über diese Brücke könnten auch die Inhalte der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze der Union beeinflusst werden. Schließlich ist auch für die Unionsrechtsordnung zu vermuten, dass ihre „Verfassungsidentität“ durch die der Mitgliedstaaten beeinflusst ist.<sup>1410</sup>

Die Union sichert nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV die nationale Identität der Mitgliedstaaten. Dementsprechend wird anknüpfend an Art. 2 EUV gefolgert, dass auch die Union einen „absolut geschützten Kernbereich der Verfassungsidentität“ haben müsse, der sich insbesondere aus den mitgliedstaatlichen „Prinzipien der Freiheit, der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit, der Menschenrechtsbindung sowie der Solidarität“ schöpfen ließe.<sup>1411</sup> Dieser Kernbereich bezieht sich auf die unionale Definition der *nationalen* Identität wie sie nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV geschützt wird. Sein Inhalt kann daher Angesichts der Rolle der Werte des Art. 2 EUV für die Mitgliedschaft in der Union nach Art. 49 und Art. 7 EUV ein Anhaltspunkt für die Ausgestaltung einer *unionalen* Verfassungsidentität<sup>1412</sup> sein, die durch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze geschützt wird. Schon begrifflich stehen die unter die nationale Identität gefassten Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie oder des Grundrechtsschutzes im Zusammenhang mit den Werten des Art. 2 EUV.<sup>1413</sup> Art. 2 und 3 EUV spiegeln nicht zufällig die Struktur- und Zielvorgaben mitgliedstaatlicher Verfassungen, die als Homogenitätsklauseln bezüglich der Union oft ebenfalls Werte wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechts-

---

1409 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. A., 2016, Rn. 435; *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 248.

1410 Vgl. *Haratsch*, EuR 2016, S. 131 ff.

1411 *Haratsch*, EuR 2016, S. 131 u. 141 f.

1412 Eine *unionale* Verfassungsidentität sollte dabei als nicht änderungsfest verstanden werden. Zur problematischen Verwendung des Begriffs der Verfassungsidentität in einem antiparlamentarischen Kontext zur Zeit der Weimarer Republik *Meyer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 4, Rn. 133; *Polzin*, Der Staat 2014, S. 61, 72 ff. Der *EuGH* ist bei der Bestimmung der in ihrer Wirkung ungeschriebenen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts im Vergleich zur Legislative nur mittelbar legitimiert. Anders als die Identitätskontrolle des *BVerfG*, die mit Art. 79 Abs. 3 GG an unabänderbare Gehalte knüpft, schöpfen sich die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts allerdings aus dem änderbaren Primärrecht, *supra* Kapitel E. IV. 3. b).

1413 *Von Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, S. 701, 720 f.; *Terbechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 7, Rn. 59, 60.

schutz zu sichern suchen.<sup>1414</sup> Während der Vergleich der Verfassungsgrundsätze mit ordre public Vorbehalten eine Aufladung noch schlüssig erscheinen ließ,<sup>1415</sup> drängt sie sich aus der Warte einer europäischen Verfassungslehre mit Blick auf die zahlreichen Europaklauseln der nationalen Verfassungen gerade zu auf.<sup>1416</sup> Inwiefern die inhaltliche Ausgestaltung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze durch andere Ebenen des Mehrebenensystems beeinflusst wird, sollte daher jeweils berücksichtigt werden.

#### 4. Fazit: Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze bilden einen unionsrechtlichen ordre public Vorbehalt

Nach dem Vergleich zwischen den beleuchteten ordre public Vorbehalten und den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen des Unionsrechts lassen sich die Verfassungsgrundsätze überzeugend als ordre public Vorbehalt der Unionsrechtsordnung bezeichnen. Damit wird das Konzept des ordre public Vorbehalts nicht nur relevant im Verhältnis der staatlichen Rechtsordnungen zu fremdem Recht oder zwischen der Unionsrechtsordnung und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen,<sup>1417</sup> sondern auch zwischen der Unionsrechtsordnung und der Völkerrechtsordnung. Im Vergleich zum verwendeten völkerrechtlichen ordre public Vorbehalt durch das *EuG* in den Ausgangsrechtssachen<sup>1418</sup> hat der *EuGH* mit den Verfassungsgrundsätzen also einen unionsrechtlichen ordre public Vorbehalt an-

---

1414 Für Deutschland Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG; ausführlich zu mitgliedstaatlichen Gestaltungsvorgaben zur Homogenität hinsichtlich der EU Meyer/Wendel, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2014, § 4, Rn. 75 ff., 83; Häberle/Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. A., 2016, Rn. 147–207.

1415 Supra Kapitel E. IV. 3. c).

1416 Nicht-kumulativ finden sich in den von Häberle/Kotzur untersuchten „innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Europatexte[n]“: die nationale bzw. Europäische Identität i.V.m. „Europa-Offenheit“, Gerechtigkeit, Grundrechte, sozialer Rechtsstaat, Subsidiarität, (verstärkte) Zusammenarbeit auf Teilfeldern, Regionalismus bzw. Föderalismus, Grenzüberschreitung auf verschiedenen Ebenen (föderal, regional, kommunal) und Informations- bzw. Partizipationsrechte in Bundes- oder Regionalstaaten; Häberle/Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. A., 2016, Rn. 206.

1417 Vgl. *Canor*, in: Calliess (Hrsg.), *Liber Amicorum für Torsten Stein*, 2015, S. 475, 482.

1418 Supra Kapitel E. IV. 1.

gewandt. Von der Identitätskontrolle des *BVerfG* lassen sich die Verfassungsgrundsätze dagegen deutlich unterscheiden. Zu betonen ist, dass die Verfassungsgrundsätze dem Schutz der aktuellen, auch änderbaren Unionsrechtsordnung dienen.

Für die Anwendung der Verfassungsgrundsätze in der *Kadi*-Konstellation lassen sich aus der Behandlung als ordre public Vorbehalt mehrere Schlüsse ziehen. So muss zunächst eine Kollision vorliegen, die einer Lösung durch die Verfassungsgrundsätze als ordre public offen steht. Um die Kollisionslage zugunsten eines Verfassungsgrundsatzes als ordre public Vorbehalt auflösen zu können, muss der einzelne Verfassungsgrundsatz verletzt sein. Damit die Verfassungsgrundsätze also eine Vorbehaltswirkung entfalten, muss mit den Begriffen der ordre public Vorbehalte der kollisionsrechtliche Teil des unionsrechtlichen ordre public konkretisiert und dann geprüft werden. Wichtig ist dabei, dass der geschützte Gehalt des Vorbehalts nicht automatisch mit dem oft weit und unpräzise gebrauchten Begriff des unionsrechtlichen ordre public gleichgesetzt werden kann. Die grobe Bezeichnung des Schutzes der Grundsätze der Freiheit, der Demokratie und der Grundrechte,<sup>1419</sup> oder die Verknüpfung mit den Werten des Art. 2 EUV<sup>1420</sup> liefert nicht den Maßstab für die konkrete Prüfung eines Verfassungsgrundsatzes. Die einzelnen Werte des Art. 2 Satz 1 EUV können lediglich als Ansatzpunkt herangezogen werden. Auch in *Kadi I* hat der *EuGH* dem Rechtsakt zur Umsetzung des Völkervertragsrecht der Mitgliedstaaten, das nach Art. 351 AEUV grundsätzlich von der Primärrechtsbindung befreit ist, nicht den Grundrechtsschutz als solchen gegenüber gestellt.<sup>1421</sup> Vielmehr werden die einzelnen Grundrechte nach ihrer jeweiligen Dogmatik geprüft.<sup>1422</sup> Die Verfassungsgrundsätze wirken dann wie die beleuchteten ordre public Vorbehalte als Ergebniskontrolle.

Bei der Prüfung sind die Verfassungsgrundsätze, wie die ordre public Vorbehalte, eng und restriktiv auszulegen. Insgesamt kommt es zur Auslegung und Präzisierung der geschützten Inhalte der Verfassungsgrundsätze,

---

1419 Vgl. *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303, 304.

1420 Zur Verknüpfung mit der Vorgängernorm zu Art. 2 EUV in *Kadi*: *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 303. Außer im Bezug auf die Grundrechte ähnlich allgemein zum Bezug auf Art. 2 EUV *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. A., Art. 351 AEUV, Rn. 5.

1421 Vgl. *EuGH*, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi I*), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 333–353, 354–371.

1422 *Supra* Kapitel C. II. 1. c).

wie im Fall der beleuchteten ordre public Vorbehalte, auf die Rechtsprechung an. Der *EuGH* hat dabei den Vorteil, dass er – anders als die häufig mit ordre public Vorbehalten konfrontierte zivilgerichtliche Fachgerichtsbarkeit<sup>1423</sup> – als Verfassungsgericht auch für die letztverbindliche Auslegung von beispielsweise Grundrechten kompetent ist.<sup>1424</sup>

Auch unter dem Gesichtspunkt der Koordination im Mehrebenensystem passt die Behandlung der Verfassungsgrundsätze als ordre public Vorbehalt.<sup>1425</sup> Denn soweit die Anwendung und der geschützte Inhalt der Verfassungsgrundsätze bekannt ist, dient dies wie im Fall anderer ordre public Vorbehalte dazu, verschiedene Rechtsordnungen besser miteinander zu koordinieren. Das betrifft nicht nur die Verhandlung und Ausgestaltung völkerrechtlicher Verträge zwischen Staaten,<sup>1426</sup> sondern auch zwischen den Rechtsordnungen des Unions- und Völkerrechts.

---

1423 Vgl. dazu *von Hein*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 142.

1424 Zur Rolle des *EuGH* als Verfassungsgericht supra Kapitel C. I. 1., sowie *Halberstam*, *GLJ* 2015, S. 105, 145; *Rosas*, in: Wouters/Nollkaemper/De Wet (Hrsg.), *The Europeanisation of International Law*, 2008, S. 71, 73.

1425 Zur Koordination bereits supra Kapitel C. V. 1. b). Zuzugeben ist, dass im Rahmen der Koordination ein Vorbehalt jeweils nur als Argument aus Sicht einer der beteiligten Rechtsordnungen in die Waagschale gelegt werden kann (Vgl. *Avbelj/Roth-Isigkeit*, *GLJ* 2016, S. 153, 159). Allerdings hilft die genaue Bestimmung des durch den Vorbehalt geschützten Gehaltes das Gewicht zu bestimmen, das dem Argument des einseitigen Vorbehalts bei der Koordination beizumessen ist.

1426 *Obler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. XI, *Internationale Bezüge*, 3. A., 2013, § 238, Rn. 17.