

herausgearbeiteten Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze wurde aufgezeigt, dass dem nicht notwendigerweise so ist. Eine ausdifferenzierte Prüfung der Verfassungsgrundsätze schließt die Einbeziehung völkerrechtlicher Wertungen vielmehr mit ein. Damit geht das Konzept über die teilweise pauschalen Aussagen der Rechtsprechung hinaus, die zunächst nur auf die Wirkung der Verfassungsgrundsätze zielen.¹⁴²⁸ Es wurde deutlich, dass es bei der Prüfung anhand der Verfassungsgrundsätze durchaus Raum für erhebliche völkerrechtliche Belange gibt.¹⁴²⁹ Wird dieser Raum genutzt, unterstreicht dies den von *Thiemann*¹⁴³⁰ geforderten Ausnahmecharakter der Verfassungsgrundsätze.

I. Konzeption der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze

Das vorgeschlagene Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze¹⁴³¹ wurde basierend auf einer Analyse der *Kadi*-Rechtsprechung und der Rechtsprechung zum Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht entwickelt. Dementsprechend ist der Begriff der Verfassungsgrundsätze der Rechtsprechung entnommen. Die in der Rechtsprechung konturarm umschriebene Wirkung wird durch das Attribut *abweichungsfest* präzisiert und in Ergänzung zur Rechtsprechung definiert. Abweichungsfest sind die Verfassungsgrundsätze wegen ihrer unbedingten Prüfung als Rechtmäßigkeitsmaßstab, auch wenn der geprüfte Rechtsakt im Bereich der gelockerten Primärrechtsbindung ergeht. Abgeleitet aus der Rechtsprechung fallen unter die Verfassungsgrundsätze die grundlegenden Gehalte des Primärrechts, durch welche das Einwirken des Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung begrenzt wird. Danach stellen die Verfassungsgrundsätze einen abweichungsfesten Teil des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht dar, der als Prüfungsmaßstab herangezogen wird. Zur Bestimmung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze wurden drei Kriterien herausgearbeitet.

1428 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. 285, 303, 304.

1429 Supra Kapitel C. II. 7. b).

1430 *Thiemann*, Kooperation und Verfassungsvorbehalt im Ausgleich, 2016, S. 153.

1431 Abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts lassen sich übersetzen mit *principes constitution-nels inaliénables* du droit de l'union européenne und *non-derogable constitutional principles* of the law of the European Union.

1. Kriterien

Zu diesen Kriterien gehört zunächst – und angelehnt an den Wortlaut – der Verfassungsrang des Grundsatzes. Ein Verfassungsgrundsatz muss, um im Anschluss an die *Kadi*-Rechtsprechung abweichungsfeste Wirkung zu entfalten, aus der *Unionsverfassung* nach dem Verständnis des Gerichtshofs stammen. Zudem muss der Grundsatz in der Prüfung konkret aufgrund eines hinreichenden normativen Gehalts zur Überprüfung eines Rechtsaktes herangezogen werden können. Erforderlich ist also eine gewisse dogmatische Tiefe hinter den politischen Leitprinzipien.¹⁴³² Als drittes Kriterium muss der Grundsatz im Fall seiner Verletzung die abweichungsfeste Wirkung entfalten und damit als äußerstes Mittel die Umsetzung oder Anwendung des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung verhindern. Abweichungsfest sind die Verfassungsgrundsätze wegen ihrer unbedingten Prüfung als Rechtmäßigkeitsmaßstab. Das gilt auch für den Fall der gelockerten Primärrechtsbindung nach Art. 347 AEUV und Art. 351 AEUV. Dabei ist die unbedingte Prüfung nicht mit der Frage danach zu verwechseln, ob der einzelne Grundsatz nach seiner jeweiligen Dogmatik überhaupt verletzt ist.

Darüber hinaus, und als Kontrollüberlegung des Ausnahmecharakters, können die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie die Autonomie der Unionsrechtsordnung reflektieren. Schließlich wird die Autonomie von der Rechtsprechung zur Abgrenzung zum Völkerrecht herangezogen. Dazu müssen die Verfassungsgrundsätze unionsrechtlich autonom ausgelegt werden. Daneben müssen sie in den Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofs fallen.

2. Geschützte Gehalte

Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze dienen insbesondere der Auslegung von Vorschriften über Ausnahmen von der Primärrechtsbindung nach Art. 351 AEUV und Art. 347 AEUV. Primärrechtlich sind die Verfassungsgrundsätze in Art. 2 S. 1 EUV zumindest teilweise begrifflich verankert, soweit sie die vorgenannten Anforderungen erfüllen. Bereits aus der *Kadi*-Rechtsprechung ergibt sich, dass der unionale Grundrechtsschutz

1432 „Ein Grundsatz ist umso überzeugender, weil besser anwendbar, je konkreter der identifizierte normative Gehalt ist [...]“ (Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 603).

zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zählt. In Kapitel D wurde untersucht, welche weiteren verfassungsrechtlichen Gehalte der Unionsrechtsordnung zu den abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen zählen können.

Demnach sind einzelne Subprinzipien des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit ebenso abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze wie der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Die Grundsätze der Freiheit und Gleichheit sind insbesondere in dem Umfang als abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze einzustufen, als ihre Gehalte schon als Grundrechte geschützt sind. Hervorzuheben ist die abweichungsfeste Wirkung der primärrechtlich festgeschriebenen Merkmale der Demokratie in der Unionsrechtsordnung. Außerdem sind die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze. Hinzu kommt, dass die Strukturmerkmale des Binnenmarktes abweichungsfest sind, soweit die freiheitliche, offene Marktordnung angetastet wird.

3. Auswirkungen auf das Verhältnis der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht

Das herausgearbeitete Konzept der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze hat einen erheblichen Einfluss auf die äußeren Grenzen des Verhältnisses zwischen der Unionsrechtsordnung und dem Völkerrecht. Schließlich wird durch das Konzept ein abweichungsfester Teil des Unionsrechts beschrieben. Dies wirkt sich nach innen hin innerhalb der Unionsrechtsordnung ebenso aus wie nach außen hin zum Völkerrecht. Nach innen sollen die Verfassungsgrundsätze zuvorderst gewährleisten, dass die Unionsrechtsordnung nicht im Selbstwiderspruch eine Ausnahme von sich selbst erlaubt, die gegen ihre Grundprämissen verstößt. Methodisch wichtig sind die Verfassungsgrundsätze also zur internen Widerspruchsfreiheit der Unionsrechtsordnung. Dies hat GA *Szpunar* jüngst hervorgehoben.¹⁴³³ Darüber hinaus ergeben sich durch die Konzeption abweichungsfester Verfassungsgrundsätze und ihrer Anwendung noch weitere Auswirkungen.

1433 GA *Szpunar*, SchlA Rs. C-641/18 (Rina), ECLI:EU:C:2020:3, Rn. 140, 141.

a) Positionierung der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht

Durch die abweichungsfeste Wirkung wird die Völkerrechtsfreundlichkeit der Union ebenso limitiert, wie die außenpolitischen Kompetenzen der Union eingeengt. Denn wenn die Unionsrechtsordnung bestimmte völkerrechtliche Verpflichtungen innerunional nicht umsetzen kann, dann beeinträchtigt das auch ihre völkerrechtliche Handlungsfähigkeit. Eingeschränkt wird dieser für die Offenheit der Union und das Völkerrecht negative Effekt durch eine ausführliche Einstellung völkerrechtlicher Wertungen. Das geschieht erstens vorgelagert bei der Frage danach, ob ein abweichungsfester Grundsatz vorliegt, der grundsätzlich die Offenheit der Unionsrechtsordnung zum Völkerrecht überwiegt. Zweitens ist dann bei der Prüfung, ob eine Verletzung des jeweiligen Verfassungsgrundsatzes vorliegt, die Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung zu beachten.

Durch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze kommt es jedoch nicht nur zu einem Druck auf die Union hinsichtlich ihrer völkerrechtlichen Anschlussfähigkeit. Auch das Völkerrecht selbst gerät gegebenenfalls unter einen gewissen Anpassungsdruck. Dieser wurde in Anlehnung an ähnliche Effekte durch legislative Maßnahmen, die den *Brussels effect*¹⁴³⁴ hervorrufen, oben als *Luxemburg effect* bezeichnet.¹⁴³⁵ Gemeint sind damit die starken Anreize, die durch die Durchsetzung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts durch den *EuGH* in Luxemburg auf anderen Rechtsebenen entstehen. Der *Luxemburg effect* verdeutlicht die Folgen der Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Er sollte nicht nur durch die restriktive Anwendung des Konzepts selbst eingegrenzt werden, sondern auch prozedural. Bis zum Abschluss der meist sachnäheren Verfahren auf der völkerrechtlichen Ebene könnte eine gerichtliche Prüfung des unionalen Umsetzungsaktes auch ausgesetzt werden.¹⁴³⁶ Insgesamt – das zeigt gerade die Problematik der UN-Sanktionen – lassen sich Kollisionen und damit die begrenzende Wirkung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze aber nicht ausschließen. Die Anwendung der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze kann mithin als Teil eines Prozesses angesehen werden, in dem auf lange Sicht die Balance im Mehrebenensystem durch Auflösung der Kollisionslage erreicht werden kann. Das Konzept der Verfassungsgrundsätze kann Instrument sein, um

1434 *Bradford*, Northwestern Univ. Law Rev. 2012, S. 1 ff, S. 3.

1435 *Supra* Kapitel C. V. 2.

1436 *Supra* Kapitel C. V. 2. b).

das Ausbalancieren von Kollisionslagen im Mehrebenensystem anzustoßen.

- b) Bessere Einordnung der verfassungsrechtlichen Terminologie der Rechtsprechung und größere Rechtssicherheit

In seiner Rechtsprechung verdeutlicht der Gerichtshof immer wieder, dass er die Unionsrechtsordnung inklusive seiner Rolle in dieser verfassungsrechtlich begreift. Nicht selten, das zeigt die Nennung der Verfassungsgrundsätze in der *Kadi*-Rechtsprechung, wird mit verfassungsrechtlichen Begriffen operiert. Dabei bleibt deren dogmatische Unterfütterung schemenhaft. Das herausgearbeitete Konzept ist daher ein Vorschlag für einen rechtssichereren Umgang mit Verfassungsgrundsätzen an den Schnittstellen zum Völkerrecht. Schließlich werden die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze in ihrer Genese und ihren Rechtsfolgen genauer definiert. Damit sollen sie zum einen die Unionsverfassung präzisieren und zum anderen den Umgang mit Kollisionslagen aus der unionsrechtlichen Sicht aufzeigen.

Für die verfassungsrechtliche Einordnung des aufgezeigten Konzepts ist es dabei von besonderer Relevanz, dass die geschützten Gehalte unter Umständen durch völkerrechtliche und mitgliedstaatliche Gehalte aufgeladen werden können.¹⁴³⁷ Das betrifft nicht die autonome Bestimmung der einzelnen abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze durch den EuGH, sondern die Einsicht, dass bei der Bestimmung völkerrechtliche oder mitgliedstaatliche Gehalte mit einfließen. Die Berücksichtigung von Gehalten aus anderen Ebenen passt zum übergreifend verstandenen und nicht nur auf das Unionsrecht konzentrierten gemeineuropäischen Verfassungsrecht. *Häberle* und *Kotzur* beschreiben das unabgeschlossene Konzept des gemeineuropäischen Verfassungsrechts als entwicklungsoffene Verfassung, die sich auf den weit verstandenen europäischen Kulturraum bezieht.¹⁴³⁸ Es speist sich dabei aus dem Gemeinrecht „als rechtswissenschaftliche[r] Kategorie und seiner Prinzipienstruktur“, einem „Reservoir an Europas juristische[n] Klassikertexte[n]“, dem EU-Recht, dem nationalen Europaverfassungsrecht, allgemeinen Rechtsgrundsätzen, paralleler Verfassungsfortbildung und den Entwicklungswegen und Verfahren der Rechtsgewin-

1437 Supra Kapitel E. IV. 3. c).

1438 *Häberle/Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 240.

nung auf gemeineuropäischer Ebene.¹⁴³⁹ Damit ähneln die Inhalte des gemeineuropäischen Verfassungsrechts, was den Grundrechtsschutz und die Rechtsstaatlichkeit angeht,¹⁴⁴⁰ denen der zuvor herausgearbeiteten abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts.

Das von Häberle und Kotzur beschriebene gemeineuropäische Verfassungsrecht dient als Instrument von „Verflechtungsprozessen“.¹⁴⁴¹ Auch wenn diese Verflechtungsprozesse primär auf das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen zueinander, zum Unionsverfassungsrecht sowie zum Europarecht im weiteren Sinne zugeschnitten scheinen, so kann auch das Verhältnis des Völkerrechts zum Unionsrecht hinzugedacht werden. Für die Verflechtung zwischen Unionsrecht und Völkerrecht stellen die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze Hilfsmittel zum Umgang mit Kollisionen dar.

Das „konstitutionelle Europa lebt nach außen in politischen Räumen, die von wechselseitigen Verflechtungen, Verschränkungen, Überlagerungen, kurz einem komplexen *Verwobensein* von Interessen, wichtiger noch, von *überkomplexen Abhängigkeiten* in der Handlungs- und Gestaltungsmacht, geprägt sind“.¹⁴⁴² Zu diesem Verwobensein gehören auch die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze, die durch verschiedene Teilverfassungen des europäischen Rechtsraumes und das Völkerrecht aufgeladen werden. Sie illustrieren damit den Charakterzug des europäischen Verbundsystems, das durch „Rezeptionsvorgänge und Wechselbeziehungen“¹⁴⁴³ geprägt ist.

- c) Bestimmung des primärrechtlichen Prüfungskatalogs des *EuGH* mit Blick auf das Völkerrecht

Ein weiterer Vorzug des herausgearbeiteten Konzepts über die angestrebte Rechtssicherheit für das Unionsverfassungsrecht hinaus ist die klarere Bestimmung des Prüfungskatalogs für die Einschränkung der Lockerung der Primärrechtsbindung. Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze beschreiben durch die Einschränkung der Lockerung der Primärrechtsbindung nach Art. 351 AEUV und Art. 347 AEUV einen besonderen Prü-

1439 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 240.

1440 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 264.

1441 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 266.

1442 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 394.

1443 Häberle/Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. A., 2016, Rn. 394.

fungskatalog. Die mit dem Begriff der Verfassungsgrundsätze in *Kadi I* und der folgenden Rechtsprechung zu Sanktionen verbundene Stärkung der Primärrechtsbindung lässt sich aus dem Primärrecht *prima facie* nicht entnehmen. Der Kriterienkatalog zur Bestimmung einzelner abweichungsfester Verfassungsgrundsätze macht daher diese Begrenzung besser operabel. Indem in Gutachten und Urteilen zu Sanktionen und zum Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht immer wieder auf die Verfassungsgrundsätze der *Kadi I*-Rechtsprechung verwiesen wird,¹⁴⁴⁴ wird deutlich, wie wichtig ein genaues Bild von der Anwendung dieser Verfassungsgrundsätze ist. Die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung zu EU-Sanktionen, bei der eine Prüfung von Umsetzungsrechtsakten an den Grundrechten stattfindet,¹⁴⁴⁵ verdeutlicht daher die Relevanz der Verfassungsgrundsätze im Sinne von *Kadi I*. Die Anzahl weiterer abweichungsfester Verfassungsgrundsätze aus dem Katalog des Art. 2 EUV, ebenso wie der Umstand, dass auch die institutionellen und marktorientierten Strukturmerkmale abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze bilden, hebt den möglichen Umfang des herausgearbeiteten Konzepts hervor.

II. Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als *ordre public* Vorbehalt

Die besondere Wirkung der innerunional angewandten abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze lässt an andere Fälle an Schnittstellen zwischen Rechtsordnungen denken. Kommt es an solchen Schnittstellen zu Kollisionen, ohne, dass eine *ex ante* Kollisionsregel besteht, behelfen sich Rechtsordnungen in unterschiedlichsten Konstellationen mit *ordre public* Vorbehalten. Die Untersuchung in Kapitel E untermauert, dass der Begriff des *ordre public* Vorbehalts auch für die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze des Unionsrechts treffend ist. Deren Konzeption passt als einseitige Kollisionsregel zu anderen *ordre public* Vorbehalten auf staatlicher, europarechtlicher und auch auf völkerrechtlicher Ebene. Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze lösen die Kollision einseitig zugunsten ihres

1444 EuGH, verb. Rs. C-584/10 P, C-593/10 P u. C-595/10 P (*Kadi II*), ECLI:EU:C:2013:518, Rn. 65–68, 97; EuGH, Gutachten 2/13 (*EMRK II*), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 169, 170, 183, 201; EuGH, Gutachten 1/15 (*Flugpassdaten Kanada*), ECLI:EU:C:2017:592, Rn. 67; EuGH, Rs. C-266/16 (*Western Sahara Campaign*), ECLI:EU:C:2018:118, Rn. 46.

1445 *Supra* Kapitel B. III.

geschützten Gehalts aus der Unionsrechtsordnung. Sie wirken nur im Einzelfall als äußerste Reserve ihrer Rechtsordnung und als Ergebniskontrolle hinsichtlich der Wirkung fremden Rechts repressiv. Damit ist ihre Wirkung vergleichbar mit der von anerkannten *ordre public* Vorbehalten.¹⁴⁴⁶ Deren Begründung, der Ausgleich des „Sprung[s] ins Dunkle“¹⁴⁴⁷ zur Anwendung oder Vollziehung fremden Rechts, passt insofern auch auf die typischen Anwendungskonstellationen der gelockerten Primärrechtsbindung nach *Kadi I*. Durch die Vorbehaltswirkung kann eine Balance zwischen der Ungewissheit über das Ergebnis der Anwendung des fremden Rechts im Einzelfall und der generellen Öffnung und Völkerrechtsfreundlichkeit geschaffen werden. Die Verwobenheit und Offenheit der Rechtsordnungen zueinander machen es *ex ante* schwer, Kollisionen vollständig auszuschließen. Die eng auszulegende Einzelfallkontrolle der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze als *ordre public* Vorbehalt begegnet dieser Ungewissheit. Dabei ist die Unionsrechtsordnung die den *ordre public* Vorbehalt gewährende und durch ihn geschützte Rechtsordnung.

III. Anwendung auf aktuelle Problembereiche

Um auf völkerrechtlicher Ebene kohärent und verlässlich auftreten zu können, muss für die Union klar erkennbar sein, wozu sie sich verpflichten kann und wozu nicht. Ebenso sollten Drittstaaten erkennen können, welche völkerrechtlichen Verpflichtungen die Union, aber auch ihre Mitgliedstaaten, nach der Unionsrechtsordnung erfüllen können. Die vorstehende Konzeption der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze sucht diesem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nachzukommen. Dabei geht sie über eine bloße Analyse der *Kadi*-Rechtsprechung hinaus, indem sie Kriterien zur Definition der Verfassungsgrundsätze herausarbeitet. Eingebettet in die völkerrechtsbezogene Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben sich Merkmale, mit deren Hilfe die Verfassungsgrundsätze bestimmbarer werden. Diese Bestimmbarkeit führt an den Schnittstellen des Unionsrecht zum Völkerrecht zur besseren Handhabbarkeit aktueller Problemfälle.

1446 Vgl. zur Wirkung anderer *ordre public* Vorbehalte *Ohler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. XI, Internationale Bezüge, 3. A., 2013, § 238, Rn. 16.

1447 *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 38, 1998, S. 71, 92.

1. Sanktionen

Das zeigt sich zunächst im Gebiet der Sanktionen, mit denen völkerrechtliche Verpflichtungen umgesetzt werden. Mit klarer bestimmten und bestimmaren Verfassungsgrundsätzen lässt sich für Akteure im Mehrebenensystem von vorneherein besser erkennen, welche Sanktionsmaßnahmen unionsrechtlich umgesetzt werden können. Die Aufmerksamkeit, die die *Kadi*-Rechtsprechung in der Literatur erfahren hat, verdeutlicht, wie groß das Interesse am außenpolitischen Instrumentarium der EU ist. Die vorgeschlagene Definition der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze erlaubt es dabei, die äußeren Grenzen der Kooperationsfähigkeit der Union im Mehrebenensystem zu bestimmen. Für die gerade hinsichtlich der UN geforderte Kooperation¹⁴⁴⁸ ist die Kenntnis dieser äußeren Grenzen äußerst wichtig.

2. EMRK-Beitritt und weitere völkerrechtliche Abkommen

Ein Anwendungsfeld für die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze ergibt sich zudem aus dem durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV weiterhin vorgeschriebenen Beitritt zur EMRK. Nachdem der Beitritt im Gutachten 2/13¹⁴⁴⁹ erneut durch den *EuGH* abgelehnt wurde, müssten zunächst die im Gutachten angesprochenen Bedenken ausgeräumt werden. Was dabei die vorgebrachten Problempunkte des Kernbereichs der Unionsverfassung betrifft, so ließen sich diese jedoch auch nach einem Beitritt berücksichtigen. Denkbar erscheint dabei der unter Umständen auch ungeschriebene *ordre public* Vorbehalt in Gestalt der abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze. Der von *Generalanwältin Kokott* mit Verweis auf die Verfassungsgrundsätze aus *Kadi I* vorgeschlagene Mechanismus ähnelt einem solchen Vorbehalt.¹⁴⁵⁰ Die Schwierigkeiten um den Beitritt zur EMRK könnten durch die definierten Verfassungsgrundsätze als *ordre public* Vorbehalt entschärft werden. Indem sich die Unionsrechtsordnung einen eng und restriktiv definierten *ordre public* in Gestalt der Verfassungsgrundsätze vorbehält, könnte sie sich deutlicher zur EMRK hin öffnen. Die Begrün-

1448 *Avbelj/Roth-Isigkeit*, GLJ 2016, S. 153, 175.

1449 *EuGH*, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454.

1450 Vgl. GA *Kokott*, Stellungnahme zum Gutachtenverfahren 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 171 und Fußnote 114.

dung für die *ordre public* Vorbehalte, den „Sprung ins Dunkle“¹⁴⁵¹ auszugleichen, würde insofern auch für den Beitritt zur EMRK passen. Dabei wäre der Vorbehalt nicht antizipiert auszusprechen, das ginge wegen dessen Charakters als Einzelfallkontrolle schon nicht. Vielmehr sollte der Vorbehalt nur als enge Ergebniskontrolle in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen. Mit Blick auf die Folgen des ausgesprochenen Vorbehalts, einem möglichen Völkerrechtsbruch, könnte der Gebrauch des Vorbehalts auf wenige Extremfälle konditioniert werden.

Darüber hinaus ließe sich ein eng begrenzter Vorbehalt auch in weiteren völkerrechtlichen Beitrittsabkommen der Union verwenden, sofern die Abkommen ansonsten an der restriktiven Rechtsprechung des *EuGH* zur Autonomie und seiner Zuständigkeit zu scheitern drohen. Die nachgelagerte Prüfung anhand der Verfassungsgrundsätze würde die Union nicht nur völkerrechtliche Vertragsschlussmöglichkeiten eröffnen, sondern auch – sofern restriktiv ausgelegt – Koordination im Mehrebenensystem an den Problemstellen einfordern, die realiter entstehen. Dies erscheint gerade mit Blick auf die umfangreichen und detaillierten Handelsabkommen der Union als Möglichkeit. In der Gewissheit, dass sich trotz aller Anstrengungen wohl schwerlich alle Kollisionen *ex ante* regeln lassen, erlaubt die Konzeption von eng ausgelegten, abweichungsfesten Verfassungsgrundsätzen als Vorbehalt, die regelbasierte Kooperation im internationalen Handel voranzutreiben.

Dem Druck, dem das regelbasierte internationale Rechtssystem gegenwärtig ausgesetzt ist, kann auch dadurch begegnet werden, dass es regelkonform zu schlüssigen und effektiven Ergebnissen kommt. Die Union als Akteur im Mehrebenensystem kann die Verbindlichkeit aufgestellter Vereinbarungen umso stärker einfordern, wie sie selbst ihre Verbindlichkeiten umzusetzen vermag. Ein klar und eng definierter Vorbehalt für äußerste Einzelfälle könnte dafür besser geeignet sein als ein präventiver Ausschluss von Vertragsschlüssen zugunsten der Kerngehalte der Unionsverfassung. Dies scheint um so mehr der Fall zu sein, als der Vorbehalt kein Ergebnis einer politischen Entscheidung wäre, sondern vom *EuGH* im Einzelfall ausgesprochen würde.

1451 Vgl. *Kokott*, in: Coester-Waltjen/Kronke/Kokott (Hrsg.), *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Band 38, 1998, S. 71, 92; *von Hein*, in: Säckler/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), *MüKo-BGB*, Bd. 11, 7. A., Art. 6 EGBGB, Rn. 1.

3. Schiedsklauseln in bilateralen Investitionsschutzverträgen

Darüber hinaus ist die völkerrechtliche Anschlussfähigkeit der Union auch durch die restriktive Rechtsprechung des *EuGH* mit Blick auf Investitionsschutzverträge auf eine Probe gestellt. Die Ausgangslage in *Micula*¹⁴⁵² verdeutlicht dabei, dass eine Kollisionslage zwischen Schiedsspruch und Unionsrecht auch durch Koordination gelöst werden könnte.¹⁴⁵³ Bei dieser Koordination könnten die Verfassungsgrundsätze die Konfliktlinien aufzeigen – auch wenn intra-EU BIT gerade nicht zu den klassischen Anwendungsfällen der Verfassungsgrundrechte im Rahmen des Art. 351 Abs. 1 EUV gehören.¹⁴⁵⁴ Mag eine klare Kante gegenüber dem Völkerrecht im Fall von Schiedssprüchen, die aus intra-EU BIT herrühren, noch auf die Interpretationshoheit des *EuGH* zurückzuführen sein, so bleibt nach *Achmea*¹⁴⁵⁵ allerdings offen, wie die Autonomie des Unionsrechts zu Schiedsklauseln in Investitionsschutzverträgen mit Drittstaaten steht.¹⁴⁵⁶

Bereits bestehende Verträge mit Drittstaaten fielen gegebenenfalls unter Art. 351 Abs. 1 AEUV und damit in den klassischen Bereich der abweichungsfesten Wirkung der Verfassungsgrundsätze nach *Kadi I*. Neue Verträge, insbesondere solche nach Art. 207 AEUV, fielen zwar nicht unter Art. 351 AEUV. Sollten sich autonomiebezogene Bedenken hinsichtlich der Schiedsklauseln mit Drittstaaten aber ergeben,¹⁴⁵⁷ so ließe sich diesen durch das Einfügen eines restriktiv auszulegenden ordre public Vorbehalts in Form der Verfassungsgrundsätze begegnen. Die Übertragung der Figur der Verfassungsgrundsätze ließe sich jedenfalls im Ansatz auf die Annah-

1452 *Micula* (Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. AR-B/05/20). Inzwischen besteht die Kollisionslage nach dem *EuG*-Urteil nicht mehr, vgl. *EuG*, verb. Rs. T-624/15, T-694/15 u. T-704/15 (*Micula*), ECLI:EU:T:2019:423.

1453 Vgl. *Tietje/Wackernagel*, *The Journal of World Investment & Trade* 2015, S. 201, 237.

1454 Supra Kapitel C. V. 1. b).

1455 *EuGH*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158.

1456 Vgl. *Lang*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2018, Heft 156, S. 41 ff.

1457 Solche Schiedsklauseln könnten, wie im Gutachten 2/15 zum Abkommen mit Singapur angedeutet „Streitigkeiten der gerichtlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten“ entziehen und damit unter den Schutz der Autonomie wie nach *Achmea* fallen, vgl. *EuGH*, Gutachten 2/15 (Freihandelsabkommen mit Singapur), ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 292; *EuGH*, Rs. C-284/16 (*Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 55, 58. Dabei ist gleichwohl zu berücksichtigen, dass es in *Achmea* gerade nicht um Abkommen der Union ging, a. a. O. Rn. 58.

me zurückführen, dass sie, wenn sie schon im Fall der Art. 351 AEUV und Art. 347 AEUV abweichungsfest wirken, auch für zukünftige Kollisionslagen richtungsweisend sein müssen.

IV. Thesenartige Zusammenfassung

Abschließend lassen sich die Ergebnisse in folgenden Thesen zusammenfassen.

1. Bei den Verfassungsgrundsätzen, wie sie im Urteil *Kadi I* prominent zur Anwendung gelangen, handelt es sich mit Blick auf die vorherige Rechtsprechung um einen neuen Begriff.¹⁴⁵⁸ Terminologisch sind die Verfassungsgrundsätze nicht automatisch mit dem Primärrecht gleichzusetzen.¹⁴⁵⁹ Sie sind normhierarchisch lediglich Teile des Primärrechts mit einer besonderen Wirkung als Rechtmäßigkeitsmaßstab bezüglich des Völkerrechts in der Unionsrechtsordnung.¹⁴⁶⁰ Offen bleibt nach der Rechtsprechung, die auch immer wieder auf *Kadi I* und die Verfassungsgrundsätze verweist, wie die Verfassungsgrundsätze mit dieser grenzziehenden Wirkung definiert werden können.¹⁴⁶¹
2. Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze lassen sich mit drei Merkmalen definieren. Sie stammen erstens *aus der Unionsverfassung* nach dem Verständnis des Gerichtshofs und sind zweitens *prüfungstaugliche Grundsätze* mit drittens *abweichungsfester Wirkung*. Dabei sind sie *Ausdruck der Autonomie* der Unionsrechtsordnung und fallen *in die Zuständigkeit des Gerichtshofs*. Abweichungsfest sind die Verfassungsgrundsätze wegen ihrer unbedingten Prüfung als Maßstab für die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten, auch wenn der Rechtsakt im Bereich der gelockerten Primärrechtsbindung (Art. 347, 351 AEUV) ergeht.¹⁴⁶² Primärrechtlich sind diese Verfassungsgrundsätze in Art. 2 S. 1 EUV zumindest teilweise begrifflich verankert.¹⁴⁶³
3. Neben den bereits in *Kadi I* explizit identifizierten und angewendeten Grundrechten lassen sich aufgrund der herausgearbeiteten Kriterien weitere abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze identifizieren. Das

1458 Supra Kapitel B. I. 3. c) gg).

1459 Supra Kapitel B. I. 3. c) dd).

1460 Supra Kapitel B. I. 3. c) dd).

1461 Supra Kapitel B. I. 3. c) und III.

1462 Supra Kapitel C. II. 1.

1463 Supra Kapitel C. II. 4.

sind insbesondere einzelne Subprinzipien der Rechtsstaatlichkeit wie das Bestimmtheitsgebot und ne bis in idem.¹⁴⁶⁴ Abweichungsfeste Verfassungsgrundsätze bilden ebenfalls der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung,¹⁴⁶⁵ die primärrechtliche Ausgestaltung des Grundsatzes der Demokratie,¹⁴⁶⁶ die Strukturmerkmale des institutionellen Gefüges¹⁴⁶⁷ und grundsätzlich die Strukturmerkmale des Binnenmarktes.¹⁴⁶⁸ Der Grundrechtsschutz als abweichungsfester Verfassungsgrundsatz umfasst insbesondere die Rechte der Grundrechtecharta.¹⁴⁶⁹

4. Die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze sind konzeptionell ein ordre public Vorbehalt der Unionsrechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht.¹⁴⁷⁰ Schließlich charakterisiert die abweichungsfesten Verfassungsgrundsätze die typische Vorbehaltswirkung und das Bedürfnis nach der Konkretisierung des geschützten Gehalts im Einzelfall. Die geschützten Gehalte des Vorbehalts sind dabei nicht zu verwechseln mit dem breiteren Konzept des ordre public der Unionsrechtsordnung, der nicht allein auf die Vorbehaltswirkung gegenüber dem Völkerrecht zugeschnitten ist.

1464 Supra Kapitel D. III. 2.

1465 Supra Kapitel D. IV.

1466 Supra Kapitel D. VIII.

1467 Supra Kapitel D. IX.

1468 Supra Kapitel D. X.

1469 Supra Kapitel D. V.

1470 Supra Kapitel E. IV.