

PDF-Version der Druckfassung von:

Daniel Thym: Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht.

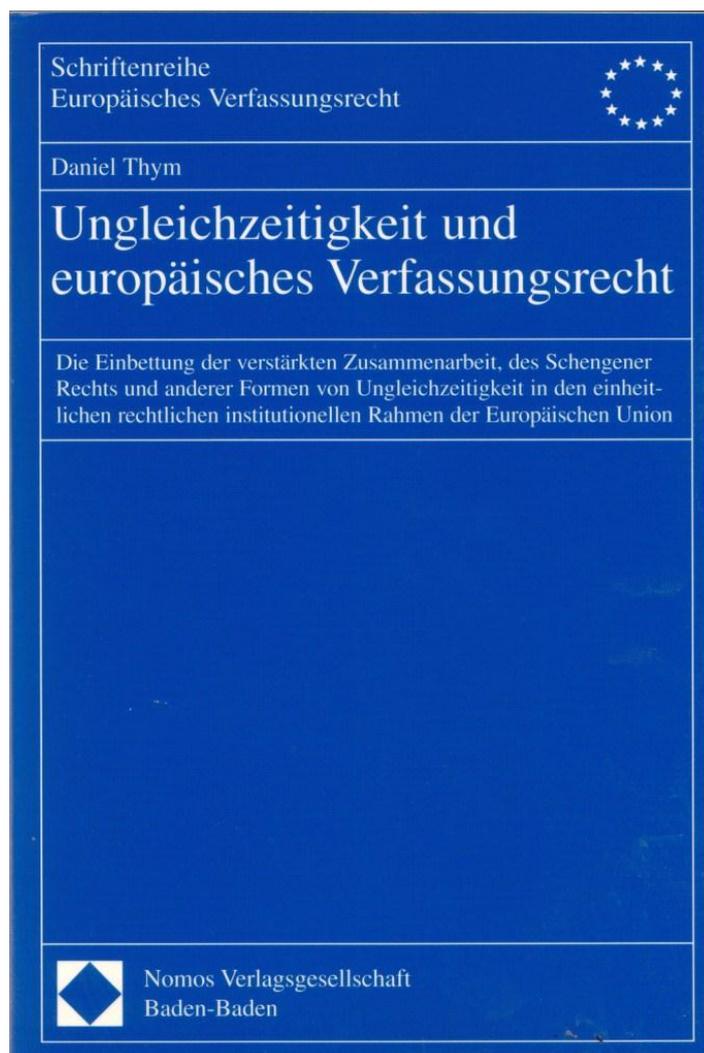
Die Einbettung des Schengener Rechts, der verstärkten Zusammenarbeit und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union

Nomos: Baden-Baden, 2004.

ISBN 3832905111

Die Veröffentlichung der Originaldateien erfolgt mit Zustimmung des Verlags.

PDF-Dateien aller Kapitel erhältlich unter <http://www.ungleichzeitigkeit.de>.



Kapitel 7

EINHEITLICHER INSTITUTIONELLER RAHMEN

Als juristische Geburtsurkunde der europäischen Integration bekräftigt die Präambel des EGKS-Vertrags eine Erfolgsbedingung der europäischen Einigung, wenn sie als ein Ziel des Vertragswerks bezeichnet, „die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können“¹. Einrichtung, Zuständigkeit und Struktur der europäischen Institutionen sind ein Charakteristikum der europäischen Integration. Der ständige Diskurs der Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat und dessen Subgremien schafft die Grundlage für gegenseitiges Verständnis und Vertrauen. Kommission, Parlament und Gerichtshof führen die Summe der nationalen und innerstaatlichen Interessenlagen unter dem Dach eines europäischen Gemeinwohls zusammen. Im Hinblick auf diese Schlüsselfunktion der europäischen Institutionen werden in diesem Kapitel Einzelheiten der Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen untersucht². Die Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union ist eine wichtige Voraussetzung dafür, dass Ungleichzeitigkeit nicht im Widerspruch zur gleichzeitigen Integration gerät. Nach welchen allgemeinen Regeln sind Zusammensetzung und Beschlussfassung der Institutionen bei Ungleichzeitigkeit modifiziert?

I Rat

Ungleichzeitigkeit ist gekennzeichnet durch die Nichtgeltung von Europarecht in einzelnen Mitgliedstaaten und die Nichtbeteiligung dieser Mitgliedstaaten an der Rechtsetzung. Die modifizierten Beschlussfassungsregeln des Rates bei Ungleichzeitigkeit sind somit ein konstitutives Merkmal von Ungleichzeitigkeit³. Es überrascht nicht, dass der Rat seine Beschlüsse bei Ungleichzeitigkeit nach modifizierten Regeln fasst. Als „Staatenkammer“ verkörpert er das intergouvernementale Element der Europäischen Union. Im Rat repräsentieren die Vertreter der Mitgliedstaaten die nationalen Regierungen und damit das auf demokratischem Weg ermittelte mitgliedstaatliche Partikularinteresse. Wenn bei Ungleichzeitigkeit das Stimmrecht der nicht beteiligten Mitgliedstaaten ruht, stellt dies sicher, dass die *outs* die Annahme von ungleichzeitigen Rechtsakten nicht blockieren können. Gleichwohl wird die Einheitlichkeit der Institution Rat auch bei Ungleichzeitigkeit gewahrt. Aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit ist nämlich nur das Stimmrecht der *outs* suspendiert ist. An den Beratungen des Rats nehmen alle Mitgliedstaaten gleichberechtigt teil.

¹ Erwägungsgrund 5 der Präambel des EGKS-Vertrags.

² Der Begriff „einheitlicher institutioneller Rahmen“ wird hier im Sinn einer Zuständigkeit der EG-Organen für ungleichzeitiges Europarecht gebraucht und geht somit weiter als Art. 3 I EUV, der den Begriff auf die säulenübergreifende Zuständigkeit der EG-Organen im Rahmen des EU-Vertrags bezieht. Ganz im hier verwandten Sinn verpflichtet Art. 43 I lit. b EUV jede verstärkte Zusammenarbeit auf die Beachtung des „einheitlichen institutionellen Rahmen(s)“.

³ Hierzu bereits Kapitel 1 I (S. 21 ff.).

1 Teilnahme aller Mitgliedstaaten an den Beratungen

Eine ausdrückliche Bestimmung zu Zusammensetzung und Beschlussfassung des Rats bei Ungleichzeitigkeit enthalten die europäischen Verträge nur für die verstärkte Zusammenarbeit. Art. 44 I UAbs.1 S.2 EUV bestimmt: „Alle Mitglieder des Rates können an den Beratungen teilnehmen, jedoch nehmen nur die Vertreter der an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten an der Beschlussfassung teil.“⁴ Bei den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit ist die Frage weniger klar geregelt. Ein Überblick über die verschiedenen Regelungen zeigt jedoch, dass deren Auslegung kein anderes Ergebnis ergibt. Hieraus folgt als allgemeine Regel des Europarechts für die Zusammensetzung und Beschlussfassung des Rats bei Ungleichzeitigkeit: Alle Mitglieder des Rates nehmen an den Beratungen teil, nur das Stimmrecht der nicht beteiligten Mitgliedstaaten ist ausgesetzt.

Beim Schengener Recht ergibt sich das Teilnahmerecht der *outs* aus dessen Charakter als modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit. Soweit das Schengen-Protokoll keine speziellen Regeln enthält, finden subsidiär die Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit Anwendung⁵. Im sonstigen Regelungsbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergibt sich eine parallele Rechtslage aus dem Wortlaut und Kontext der jeweiligen Protokollbestimmungen, die durch den Vertrag von Amsterdam ins europäische Primärrecht eingefügt wurden⁶. Hiernach nehmen das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark auch dann an den Beratungen des Rats für Justiz und Inneres teil, wenn die erörterten Rechtsakte ihren ungleichzeitigen Sonderpositionen unterfallen. Gleiches gilt für die Teilnahme Dänemarks an Beratungen des Rats für allgemeine Angelegenheiten und Außenbeziehungen bei Fragen mit verteidigungspolitischen Bezügen. Dänemark nimmt zwar nicht „an der Annahme dieser Maßnahmen“ teil, ist aber an den Beratungen beteiligt⁷. Dagegen setzt die konstruktive Enthaltung in Abweichung von den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit ihrem Wesen nach eine Teilnahme an den Beratungen *und* der Abstimmung voraus⁸.

Bei Ratsbeschlüssen über währungspolitische Maßnahmen, die nur die *ins* der Währungsunion betreffen, „ruht“ das Stimmrecht der *outs* aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des Art. 122 V EGV. Die Teilnahme der *outs* an den Beratungen wird hierdurch nicht berührt⁹.

⁴ Entsprechen Art. I-43 III UAbs.1 VVE-E.

⁵ Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

⁶ Art. 1 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und Art. 1 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) bestimmen: Keine Beteiligung „an der Annahme von Maßnahmen durch den Rat“. Eine grammatikalische Interpretation legt nahe, dass die *outs* von den „Beratungen“ als Minus zur „Annahme“ nicht ausgeschlossen sind. Zudem wurden die beiden Protokolle zeitgleich mit dem Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit in das Primärrecht eingeführt, das in Art. 44 I EUV (1997) ebenfalls das Stimmrecht des *outs* bei der „Annahme“ von Rechtsakten suspendierte und hierbei ausdrücklich ein Teilnahmerecht an den Beratungen umfasste. Anders ohne näher Begründung *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/865 f.

⁷ Wortlaut und historischer Kontext von Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) sprechen ebenfalls für eine Suspension nur des Stimmrechts. Wenn das Protokoll zusätzlich von einer Nichtbeteiligung „an der Ausarbeitung und Durchführung“ spricht, bezieht sich dies auf die operationelle Planung in militärischen Fachgremien wie dem EU-Militärstab.

⁸ Sie ist nach Art. 23 I UAbs.2 EGV gekennzeichnet durch eine Enthaltung bei der Abstimmung in Verbindung mit einer förmlichen Erklärung über die konstruktive Enthaltung; Kapitel 5 I 1 (S. 152 ff.).

⁹ Ebenso Grabitz/Hilf-R. *Bandilla*, Art. 109k EGV (1997) Rn. 18 sowie *J. Usher*, *EMU*, *C.Y.E.L.S.* 1 (1998), 39/44 f. und entsprechend nunmehr Art. III-91 IV VVE-E. Aufgrund der umfassenderen Sonderposition des Vereinigten Königreichs, die auch Art. 122 V EGV umfasst, enthält Nr. 7 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992) eine eigene Regelung, die die Teilnahme an den Beratungen ebenfalls nicht ausschließt: „Das *Stimmrecht* des Vereinigten König-

Bei den informellen Treffen der Minister der Euro-Gruppe im Vorfeld von Tagungen des Rats für Wirtschaft und Finanzen unter Ausschluss der *outs* handelt es sich dagegen um eine Kooperation außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Es besteht gerade keine europarechtliche Ungleichzeitigkeit und die Annahme von ungleichzeitigem Sekundärrecht ist nicht möglich. Die informellen Treffen der Euro-Gruppe stehen somit nicht im Widerspruch zur allgemeinen europarechtlichen Regel eines Teilnahmerechts der *outs* an den Beratungen des Rats bei Ungleichzeitigkeit. Die Fortentwicklung der Euro-Gruppe kann innerhalb der Verträge nur auf Grundlage einer verstärkten Zusammenarbeit erfolgen, die ihrerseits die *outs* nicht von den Beratungen ausschließen dürfte¹⁰.

Ein Sonderfall war die Tätigkeit des Rats aufgrund des Sozialabkommens, da das Sozialprotokoll eine Teilnahmerecht des Vereinigten Königreichs an den Ratssitzungen gerade nicht gewährte¹¹. Dies kann man jedoch mit der besonderen Rechtskonstruktion des Sozialabkommens erklären, das letztlich als ein eigenständiger völkerrechtlicher Vertrag neben dem EG-Vertrag eingestuft werden muss, auf dessen Grundlage die Gemeinschaftsorgane im Rahmen einer Organleihe tätig wurden¹². Wenn die anderen Mitgliedstaaten dem Vereinigten Königreich freiwillig gleichwohl die Teilnahme an den Beratungen des Rates gestatteten, bestand in der Praxis kein Unterschied zu anderen Formen von Ungleichzeitigkeit¹³. *Kampmeyer* weist darauf hin, dass die Teilnahme des Vereinigten Königreichs an den Beratungen zur Folge hatte, dass die gemeinschaftsweite Rechtsetzung aufgrund des gleichzeitigen Sozialkapitels der Art. 117 ff. EGV (1992) der ungleichzeitigen Rechtsetzung nach dem Sozialabkommen vorgezogen wurde¹⁴. Ungeachtet des historischen Beispiels des Sozialabkommens gilt bei den aktuellen Formen von Ungleichzeitigkeit als allgemeine Regel des Europarechts, dass die *outs* an den Beratungen des Rats umfassend beteiligt sind und nur ihr Stimmrecht suspendiert ist.

Die Ausübung der Ratspräsidentschaft ist bei keiner anderen Form von Ungleichzeitigkeit gesondert geregelt. Da der Vorsitz des Rats ist in Art. 203 II EGV primärrechtlich verankert ist und hiernach von den Mitgliedstaaten „nacheinander für je sechs Monate“ ausgeübt wird, gilt diese allgemeine Regel des Europarechts in Ermangelung einer *lex specialis* auch bei Ungleichzeitigkeit. Ein *out* führt den Vorsitz im Rat auch dann, wenn die erörterten Rechtsakte für ihn nicht gelten. Diese Regelung überzeugt: Die Rolle der Ratspräsidentschaft ist in erster Linie eine administrative Leitfunktion. Sie ist zuständig für die mittelfristige Terminplanung, den Vorschlag der Tagungsordnung, die Leitung der Beratungen und Abstimmungen sowie

reichs ... wird ausgesetzt“ (eigene Hervorhebung).

¹⁰ Näher Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

¹¹ Nr. 2 Sozialprotokoll: „Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland ist *nicht beteiligt*, wenn der Rat über die Vorschläge, welche die Kommission aufgrund dieses Protokolls und des genannten Abkommens unterbreitet, *berät und diese annimmt*“ (eigene Hervorhebung). Hierauf gründen die Abwesenheit eines Teilnahmerechts *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/184 ff.; *O. Schulz*, Sozialpolitik (1996), in Fn. 10; *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 137; *A. Dashwood*, Enlargement, in: ders. (1996), S. 145/149; *P. Watson*, Social, CML Rev. 30 (1993), 481/493; *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 79 ff.; *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 114 ff.; *D. Curtin*, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/54; *C. Barnard*, Flexibility, in: de Búrca/Scott (2000), S. 202. *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 264; *H. Bribosia*, Differentiation, C.D.E. 36 (2000), 57/62 und *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/361.

¹² Siehe Kapitel 6 IV 1 (S. 195 ff.).

¹³ Näher *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 339; *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/5 und umfassend *Kliemann* ebd. 79 ff.

¹⁴ *Kampmeyer* ebd. 114 ff.: Vorteil, „dass das sozialpolitische Vorgehen zunächst unter allen fünfzehn Mitgliedstaaten abgestimmt werden und soweit wie möglich gemeinsam auf Basis des EG-Vertrags erfolgen könnte.“

die Unterzeichnung der angenommenen Rechtsakte¹⁵. Soweit ein Fachrat gleichzeitiges und ungleichzeitiges Recht in derselben Sitzung erörtert, würde ein Austausch der Ratspräsidentschaft zu einer Komplikation des Beratungsablaufs führen und die Effektivität des Rats beeinträchtigen. Ganz in diesem Sinn führten die zuständigen dänischen Minister während der dänischen Präsidentschaft im zweiten Halbjahr 2002 den Vorsitz im Rat der Justiz- und Innenminister¹⁶.

Auch die politische Vermittlungsfunktion der Ratspräsidentschaft kann durch einen *out* wahrgenommen werden – dies gilt jedenfalls dann, wenn der Fachminister und seine Berater die Materie gut genug kennen, um einen Kompromissvorschlag zu unterbreiten. Die Nichtbeteiligung könnte die Überzeugungskraft des Vorschlags sogar erhöhen, weil der *out* aufgrund seiner Sonderposition nicht durch direkte Eigeninteressen geleitet wird¹⁷. In Sonderfällen kann eine amtierende Ratspräsidentschaft zudem freiwillig auf die Wahrnehmung ihrer Rechte verzichten und wird dann durch die nachfolgende Präsidentschaft ersetzt¹⁸. Dies kommt insbesondere in der zweiten Säule in Betracht, wo der Ratspräsidentschaft derzeit noch die Außenvertretung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik obliegt¹⁹. So verzichtete Dänemark während seiner Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2002 auf den Vorsitz des Rats für allgemeine Angelegenheiten und Außenbeziehungen im Anwendungsbereich der dänischen Ausnahme von der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik²⁰. Auch der Vorsitz der Euro-Gruppe geht während der Ratspräsidentschaft eines *out* auf die nachfolgende Präsidentschaft über. Aufgrund ihrer informellen Natur ist die Organisation des Vorsitzes aber ohnehin in das freie Ermessen der Euro-Gruppe gestellt und soll nach dem Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zukünftig durch eine zweieinhalbjährige Wahlpräsidentschaft ausgeübt werden²¹.

Nicht geregelt ist bei allen Formen von Ungleichzeitigkeit die Zusammensetzung und Beschlussfassung von Subgremien des Rates. Dies gilt für Komitologie-Ausschüsse²² ebenso wie

¹⁵ Art. 1 II, 3, 11, 15, 20 GO Rat.

¹⁶ Siehe etwa Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 14./15.10.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 12895/02 (Presse 308), die von der dänischen Justizministerin *Lene Espersen* und dem Minister für Flüchtlinge, Einwanderer und Integration *Bertel Haarder* geleitet wurde.

¹⁷ Anders jedoch *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, JCMSt. 37 (1999), 87/94. Die dänische Ratspräsidentschaft leistete im zweiten Halbjahr 2002 trotz ihrer Nichtbeteiligung einen wichtigen Beitrag zur Annahme verschiedener Rechtsakte zur Flüchtlings-, Asyl- und Einwanderungspolitik; zu den zahlreichen angenommenen Rechtsakten die Übersicht im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

¹⁸ Im Ergebnis ebenso *Philippart/Edwards* ebd. und *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 118.

¹⁹ Art. 18, 24 EUV. Anders nach dem Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, wenn der Außenminister der Union nach Art. I-23 II, 27 VVE-E den Vorsitz des Rats für auswärtige Angelegenheiten übernimmt.

²⁰ Der Verzicht war von Dänemark zugesichert worden; vgl. Erklärung des Europäischen Rats betreffend der Verteidigung, Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Teil B, Anlage 2: „Der Europäische Rat nimmt zur Kenntnis, dass Dänemark in jedem Fall, in dem es um die Ausarbeitung und Durchführung von Beschlüssen und Maßnahmen der Union mit verteidigungspolitischen Bezügen geht, auf sein Recht auf Ausübung des Vorsitzes der Union verzichtet, es gelten die normalen Regeln für die Ersetzung des Präsidenten im Falle seiner Verhinderung.“ In Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) wurde die Bestimmung nicht übernommen.

²¹ Belgien trat schon während der schwedischen Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 2001 als Vorsitzender der Euro-Gruppe auf und Griechenland übte diese Funktion bereits während der dänischen Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2002 aus. Näher zu den Reformvorschlägen des Konvents Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

²² Beratende Ausschüsse, Verwaltungsausschüsse und Regelungsausschüsse gemäß Beschluss 468/1999/EG des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse vom 28.6.1999 (ABl. 1999 L 184, 23).

für den Ausschuss der Ständigen Vertreter²³, den Wirtschafts- und Finanzausschuss²⁴, besondere Ratsausschüsse bei Vertragsverhandlungen mit Drittstaaten²⁵, die gemeinsame Kontrollinstanz des Schengener Rechts²⁶, den Koordinierungsausschuss für die Zusammenarbeit in Strafsachen²⁷, das Politische und Sicherheitspolitische Komitee²⁸, den Militärausschuss²⁹ und alle formellen und informellen Arbeitsgruppen des Rates. Da die meisten Ausschüsse Entscheidungen des Rates vorbereiten oder Aufgaben wahrnehmen, die der Rat ihnen übertrug, sollte die allgemeine Regel des Europarechts für Zusammensetzung und Beschlussfassung des Rates auf seine Subgremien übertragen werden: Die *outs* sind an den Beratungen beteiligt, während bei Abstimmungen ihr Stimmrecht ruht. Durch die Teilnahme der *outs* an den Beratungen wird gewährleistet, dass die technische Ausgestaltung von Rechtsakten mit den Verwaltungsstrukturen und Rechtssystemen der *outs* soweit möglich vereinbar ist. Hierdurch wird vermeidbaren Komplikationen vorgebeugt, die ein späteres Aufschließen erschweren könnten. Dies gilt insbesondere für die Aufgaben der Komitologie-Ausschüsse, die jüngst durch ungleichzeitige Rechtsakte errichtet wurden³⁰.

Der Einfluss der *outs* auf die Gestaltung ungleichzeitiger Rechtsakte kann man als tieferen Sinn ihres Teilnahmerechts im Sinn einer prozeduralen Sicherung der Herstellung von Gleichzeitigkeit begreifen. Dies gilt nicht nur für die Subgremien des Rates und den Einfluss auf die technische Ausgestaltung der Rechtsakte, sondern auch für Ratssitzungen auf Ministerienebene. Zwar sollte die Einflussmöglichkeit der *outs* auf die politische Ausgestaltung von ungleichzeitigen Rechtsakten nicht überschätzt werden³¹. Dennoch schafft die Teilnahme der Minister der *outs* ein Bewusstsein für den Inhalt der ungleichzeitigen Regelung und unterstützt gegebenenfalls den Erkenntnisprozess, dass eine europäische Regelung einen Mehrwert gegenüber einzelstaatlichem Handeln darstellt. Auf der Grundlage dieser Erfahrung wird der Minister eines *out* in seinem Kabinett und der nationalen Öffentlichkeit eventuell für eine

²³ Art. 207 I EGV.

²⁴ Eine Suspension des Stimmrechts der Vertreter der *outs* sieht die Satzung nicht vor (ABl. 1999 L 5, 72). Allerdings beziehen sich die meisten Zuständigkeiten des Ausschusses gemäß Art. 114 EGV auf gleichzeitige Aspekte der Wirtschafts- und Währungsunion; einzig die Aufgaben in Bezug auf Art. 104 IX-XI, 106, 111 EGV betreffen nur die *ins*.

²⁵ Art. 300 I UAbs.1 S.2 EGV.

²⁶ Art. 115 Schengen II.

²⁷ Art. 36 EUV.

²⁸ Art. 25 EUV. Es wird bei EU-geführten Krisenbewältigungseinsätzen als ständiges Gremium die politische Kontrolle und strategische Leitung ausüben; Kapitel 5 III 1 (S. 170 ff.).

²⁹ Im EU-Militärausschuss EUMC kommen die Stabschefs der Streitkräfte der Mitgliedstaaten oder deren Vertreter zusammen. An der Wahl des Vorsitzenden nahm Dänemark trotz seiner Ausnahme von der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik teil; näher Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

³⁰ Vgl. Art. 23 Eurodac-Verordnung; Art. 27 Dublin-II-Verordnung; Art. 12 Verordnung 290/2001/EG des Rates vom 12.2.2001 (ABl. 2001 L 43, 1); Art. 5 VO 2424/2001/EG des Rates vom 6.12.2001 (ABl. 2001 L 328, 4); Art. 6 Beschluss 886/2001/JI des Rates vom 6.12.2001 (ABl. 2001 L 328, 1); Art. 1 II VO 334/2002/EG des Rates vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 7); Art. 12 VO 743/2002/EG des Rates vom 25.4.2002 (ABl. 2002 L 115, 1); Art. 13 Entscheidung 463/2002/EG des Rates vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 161, 11); Art. 17 RL 8/2003/EG des Rates vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 26, 41). Näher zu den einzelnen Rechtsakten die Übersicht in Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

³¹ Der vermeintlich fehlende Einfluss wird von britischen Beobachtern regelmäßig als Argument für die Herstellung von Gleichzeitigkeit vorgebracht; so das House of Lords, 31st Report 1997/98, Rz. 92: „We are concerned that, by virtue of our opt-out, the United Kingdom may be unable to influence and shape future European policy in such critical areas as asylum and immigration, and may find itself having to adopt in due course rules agreed by others“ und das Wahlmanifest der Labour Party, Ambitions (2001), S. 38: „We face a very simple question. Do we want to be part of the change, influencing its direction?“

Herstellung von Gleichzeitigkeit eintreten. Das Vereinigte Königreich hätte von seinem *opt-in* im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wohl nicht nahezu umfassend Gebrauch gemacht, wenn der britische Minister von den Beratungen des Rates ausgeschlossen gewesen wären³². Die Teilnahme an den Ratssitzungen hat hier die Herstellung von Gleichzeitigkeit tatsächlich begünstigt.

Die Teilnahme aller Mitgliedstaaten an den Beratungen des Rats begünstigt nicht nur die Herstellung von Gleichzeitigkeit, sondern befördert durch den ständigen politischen Diskurs auch die Vermeidung von Konflikten zwischen *ins* und *outs*. Hierdurch wird einer Zerrüttung des politischen Vertrauensverhältnisses vorgebeugt und die harmonische Einordnung von Ungleichzeitigkeit in den Verfassungsrahmen der Europäischen Union ermöglicht. Anders als bei den informellen Treffen der Wirtschafts- und Finanzminister der Euro-Gruppe sollte bei Ungleichzeitigkeit daher auch nicht vom „conseil de la coopération renforcée“³³ oder dem „Schengen-Rat“ gesprochen, sondern die allgemeine Begrifflichkeit „Rat“ fortgeführt werden. Die unveränderte Bezeichnung „Rat“ hebt die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union auch terminologisch hervor. Die bei allen Formen von Ungleichzeitigkeit garantierte Teilnahme der *outs* an den Beratungen des Rates unterstreicht als allgemeine Regel des Europarechts, dass der Rat der Europäischen Union trotz der Suspension des Stimmrechts der *outs* immer ein Rat aller Mitgliedstaaten ist.

2 Abstimmungsmodi

Die Aussetzung des Stimmrechts der *outs* bei Ungleichzeitigkeit erfordert eine Modifikation der Abstimmungsmodi des Rats. Soweit die Verträge eine einstimmige Beschlussfassung vorschreiben, bereitet dies keine Probleme. Die Einstimmigkeit bezieht sich dann „allein auf die betroffenen Mitglieder des Rates.“³⁴ Hiernach können die *outs* die Annahme des einstimmigen Beschlusses nicht durch ihr Veto blockieren. Bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit ist die Rechtslage dagegen komplexer. Allgemein gilt bei Ungleichzeitigkeit als qualifizierte Mehrheit „derselbe Anteil der gewogenen Stimmen und derselbe Anteil der Anzahl der betreffenden Mitglieder des Rates, der in Artikel 205 Absatz 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ... festgelegt ist“³⁵. Die Umsetzung dieser Regelung wirft praktische Anwendungsfragen auf, die grundsätzlich aufgrund mathematischer Rechenvorgänge geklärt werden können. Einzig in der Währungsunion gilt nach Art. 122 V EGV derzeit noch eine eigene Zwei-Drittel-Mehrheit. Dies erleichtert qualifizierte Mehrheitsentscheidungen, weil das Stimmenquorum unter den gewöhnlichen Anforderungen liegt³⁶. Der Verfassungs-

³² Zum weitreichenden *opt-in* Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

³³ So aber *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/71.

³⁴ Art. 44 I UAbs.1 S.4 EUV. Entsprechend nunmehr Art. III-43 III UAbs.2 S.1 VVE-E.

³⁵ Art. 44 I UAbs.1 EUV S.3 (2001) sowie nunmehr Art. III-43 III UAbs.2 S.1 VVE-E. Entsprechend Art. 1 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) sowie Art. 1, 3 I Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997). Für das Schengener Recht gilt Art. 44 EUV; siehe Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.). In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gilt – soweit Mehrheitsbeschlüsse überhaupt vorgesehen sind – nach Art. 27c, 23 II UAbs.2, 3 EUV zusätzlich die Möglichkeit eines Vetos aus wichtigen Gründen der nationalen Politik; hierzu Kapitel 5 II 1 (S. 159 ff.).

³⁶ Nach dem Vertrag von Maastricht lag das Stimmenquorum für qualifizierte Mehrheitsentscheidungen nach Art. 148 II EGV (1992) bei 54 von 76 Stimmen und erforderte mit 71,1% etwa 5% mehr Zustimmung als im Rahmen der Währungsunion. Es ist nicht ersichtlich, ob diese Privilegierung vom Vertragsgeber beabsichtigt war oder dem Wunsch nach einer einfachen Regelung unter Umgehung mathematischer Rechenvorgänge entsprang.

entwurf des Europäischen Konvents sieht nunmehr jedoch eine Angleichung qualifizierter Mehrheitsentscheidungen an das Regime der verstärkten Zusammenarbeit vor³⁷.

Stimmenquorum

Nach Art. 205 II EGV ist zur Annahme eines Rechtsakts mit qualifizierter Mehrheit die Erreichung eines Stimmenquorums erforderlich. Dieses liegt derzeit bei ca. 71,3%³⁸, wird nach der Erweiterung vorübergehend auf knapp 71,0% abgesenkt³⁹ und am 1. November 2004 auf knapp 72,3% erhöht⁴⁰. Bei Ungleichzeitigkeit kann die Höhe der Sperrminoritäten mathematisch wie folgt ermittelt werden: Stimmenquorum bei Ungleichzeitigkeit $S_2 = \text{Gesamtstimmenzahl der ins } G_2 \text{ multipliziert mit dem gewöhnlichen Stimmenquorum } S_1 \text{ dividiert durch die Gesamtstimmenzahl aller Mitgliedstaaten } G_1$. Wenn etwa die zwölf derzeitigen Mitglieder der Euro-Gruppe nach der Erweiterung im Jahr 2005 eine verstärkte Zusammenarbeit begründeten, läge das Stimmenquorum für die Annahme ungleichzeitiger Rechtsakte im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit bei 138,04 Stimmen⁴¹. Eine Maßnahme wäre hiernach angenommen, soweit die zustimmenden Mitgliedstaaten zusammen über mindestens 139 Stimmen verfügen. Dagegen reichen 138 oder weniger Stimmen nicht für eine qualifizierte Mehrheit aus. Für andere Konstellationen gilt dieser Rechenvorgang entsprechend.

Mitgliedstaatenquorum

Soweit der Rat nicht auf Vorschlag der Kommission tätig wird, ist neben dem Stimmenquorum ein Mitgliedstaatenquorum einzuhalten, das derzeit die Zustimmung von 10 Mitgliedstaaten verlangt und nach der Erweiterung allgemein bei zwei Dritteln der Ratsmitglieder liegt⁴². Auch das Mitgliedstaatenquorum muss bei Ungleichzeitigkeit an die Suspension des Stimmrechts der *outs* angepasst werden⁴³. Hierbei gilt etwa für eine Fortentwicklung der gemeinsamen Visums-Politik, die nach Art. 67 II EGV auf dem Vorschlag eines Mitgliedstaats beruht und an der das Vereinigte Königreich und Irland nicht teilhaben, ein Mitgliedstaatenquorum von zwei Drittel der 13 beteiligten Mitgliedstaaten, das heißt von 8,67 Mitgliedstaaten. Dies bedeutet bei logischer Interpretation, dass das Mitgliedstaatenquorum bei einer Zustimmung

³⁷ Art. III-91 IV VVE-E folgt der Regelung des Art. III-43 III UAbs.2 VVE-E.

³⁸ Art. 205 II EGV fordert derzeit die Zustimmung von Mitgliedstaaten mit 62 der insgesamt 87 Stimmen.

³⁹ Gemäß Art. 26 Beitrittsakte 2003 erfordert eine qualifizierte Mehrheit nach der Erweiterung 88 der dann insgesamt 124 Stimmen.

⁴⁰ Nach dem Protokoll über die Erweiterung der Europäischen Union (2001) sollte Art. 205 II EGV im Jahr 2005 neu gefasst werden. Allerdings werden dessen Bestimmungen nunmehr durch Art. 12 Beitrittsakte 2003 überlagert, die die Stimmengewichtung für die neuen Mitgliedstaaten und die zukünftige Sperrminorität verbindlich festlegen und in Geltung ab 1.11.2004 vorsehen. Hiernach beträgt die Gesamtstimmenzahl 321 Stimmen und das Stimmenquorum liegt bei 232 Stimmen.

⁴¹ Gesamtstimmenzahl der *ins* (191) multipliziert mit dem gewöhnlichen Stimmenquorum (232) dividiert durch die Gesamtstimmenzahl aller Mitgliedstaaten (321).

⁴² Art. 205 II UAbs.2 Sps.2 EGV. Art. 12, 26 Beitrittsakte 2003 ersetzen die konkrete Formulierung „Zustimmung von mindestens zehn Mitgliedern“ durch die abstrakte Formulierung „Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder“ des Rats.

⁴³ Die entsprechende Anwendung des Mitgliedstaatenquorum wird für die verstärkte Zusammenarbeit seit dem Vertrag von Nizza in Art. 44 I EUV ausdrücklich angeordnet. Entsprechend nunmehr Art. I-43 III UAbs.2 S.3 VVE-E. Art. 44 I EUV (1997) und die entsprechenden Normierungen der Protokolle zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts enthielten keinen entsprechenden Verweis. Es handelte sich hierbei aber wohl um ein redaktionelles Versehen, so dass die Bestimmungen ergänzend auszulegen sind.

von neun Mitgliedstaaten erfüllt ist, während die Zustimmung von acht Mitgliedstaaten nicht ausreicht⁴⁴. Für andere Konstellationen gilt diese Überlegung wiederum entsprechend.

Bevölkerungsquorum

Am 1. November 2004 soll nach dem Inkrafttreten der Beitrittsverträge ein neuer Art. 205 IV EGV eingeführt werden⁴⁵. Hiernach kann ein Mitgliedstaat beantragen, dass überprüft wird, ob die qualifizierte Mehrheit 62% der Gesamtbevölkerung der Europäischen Union repräsentiert. Soweit diese Bedingung nicht erfüllt ist, kommt der Beschluss nicht zustande. Bei Ungleichzeitigkeit gilt dies Bevölkerungsquorum entsprechend⁴⁶. Nach den Vorschlägen des Europäischen Konvents soll das Bevölkerungsquorum ab November 2009 zu einer zentralen Säule qualifizierter Mehrheitsentscheidungen im Rat aufgewertet werden. Eine qualifizierte Mehrheit soll nach dem Konzept der „doppelten Mehrheit“ immer dann vorliegen, wenn eine einfache Mehrheit der Mitgliedstaaten für einen Rechtsakt stimmt und hierbei zugleich drei Fünftel der Bevölkerung der Union repräsentiert⁴⁷. Zwar ist derzeit noch nicht absehbar, ob die Regierungskonferenz diese von Spanien und Polen kritisierte Regelung übernimmt. Da als Alternative jedoch die Beibehaltung des Nizzaer Kompromisses erwogen wird, steht zu erwarten, dass das Bevölkerungsquorum in jedem Fall Eingang in die europäische Rechtssetzungspraxis erlangen wird. Sei es aufgrund des Vertrags von Nizza und des Beitrittsvertrags oder nach Maßgabe des vorgeschlagenen oder abgeänderten Verfassungsvertrags.

Rechnerisch bereitet die Anwendung des Bevölkerungsquorums bei Ungleichzeitigkeit keine größeren Probleme: Soweit ein Mitgliedstaat einen entsprechenden Antrag stellt, muss berechnet werden, ob 62% der Bürger der an der Ungleichzeitigkeit beteiligten Mitgliedstaaten (hier nicht der Gesamtbevölkerung der Europäischen Union) durch die qualifizierte Mehrheit repräsentiert sind⁴⁸. Die Einführung des Bevölkerungsquorums war jedoch ein politischer Kompromiss der Regierungskonferenz 2000, um das Stimmengewicht Deutschlands zu erhöhen, ohne die grundsätzliche Stimmenparität zwischen Deutschland und Frankreich aufzugeben. Tatsächlich ist der Schwellenwert von 62% so gewählt, dass in einer Europäischen Union mit fünfzehn Mitgliedstaaten nur Deutschland hiervon im Sinn einer Aufwertung des eigenen Stimmgewichts „profitiert“. Eine Situation, in der das Stimmenquorum erfüllt ist und das Bevölkerungsquorum verfehlt wird, kann auch nach der Erweiterung regel-

⁴⁴ Die Annahme von *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93, dass eine entsprechende Anwendung des Art. 205 II EGV bei ungeraden Zahlen nicht möglich sei, trifft insofern nicht zu.

⁴⁵ Art. 12 Beitrittsakte 2003. Art. 3 Protokoll über die Erweiterung der Europäischen Union (2001) sah die Einführung des Art. 205 IV EGV noch zum 1.1.2005 vor.

⁴⁶ Nach Art. 44 I UAbs.1 S.1 EUV gelten für die Annahme von Rechtsakten im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit „die einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ der Verträge. Entsprechendes gilt nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen für die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit. Da in der Währungsunion nach Art. 122 V EGV ein besonderes Stimmenquorum gilt, ist eine entsprechende Anwendung des Bevölkerungsquorums hier jedoch nicht angezeigt; ebenso *John Usber*, Assessment of Nice, Conference „The Treaty of Nice“, United Kingdom Association for European Law, 3.5.2001, Senate House, London.

⁴⁷ Art. I-24 I VVE-E. Für eine verstärkte Zusammenarbeit gilt die doppelte Mehrheit gemäß Art. I-43 III UAbs.2 VVE-E und für die Währungsunion nach Art. III-91 IV VVE-E. In beiden Fällen wird anders als beim derzeitigen Art. 44 I UAbs.1 S.1 EUV nicht auf die allgemeinen Regeln der qualifizierten Mehrheitsentscheidung verwiesen, so dass die doppelte Mehrheit bei einer isolierten Betrachtung der Art. I-43, III-91 VVE-E bei Ungleichzeitigkeit schon vor November 2009 gelten würde. Allerdings wird man insoweit Art. I-24 III VVE-E zum späteren Inkrafttreten der doppelten Mehrheit entsprechend anwenden müssen.

⁴⁸ Entsprechend unter Verweis auf das 60%-Quorum Art. I-43, III-91 VVE-E.

mäßig nur dann eintreten, wenn Deutschland zu denjenigen Mitgliedstaaten gehört, die gegen eine Maßnahme stimmen⁴⁹.

Die faktische Bedeutung des Bevölkerungsquorums beruht auf der Balance zwischen kleineren und großen Mitgliedstaaten, die der Stimmengewichtung des Art. 205 EGV zu Grunde liegt. Soweit diese Balance bei Ungleichzeitigkeit eine andere ist, besitzt das Bevölkerungsquorum eine entsprechend größere Bedeutung oder kann jeglicher Bedeutung beraubt sein. Dies soll anhand zweier Konstellationen demonstriert werden. Gedacht sei eine sicherheitspolitische verstärkte Zusammenarbeit, an der alle derzeitigen Mitgliedstaaten teilnehmen und nur Dänemark und der „neutralen Block“ von Finnland, Irland, Österreich und Schweden Außen vor bleibt (in dieser verstärkten Zusammenarbeit sind die großen Mitgliedstaaten überrepräsentiert). Zweitens sei die ungleichzeitige Einführung einer neuen umweltpolitischen Maßnahme angenommen, die von allen derzeitigen Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und den „Südstaaten“ Spanien, Italien und Portugal mitgetragen wird (hier nehmen besonders viele kleinere Mitgliedstaaten an der verstärkten Zusammenarbeit teil).

In der ersten Konstellation gibt es keine Situation, in der eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit zwar das Stimmenquorum erfüllt, jedoch am Bevölkerungsquorum scheitert. Die „bevölkerungsreichste“ Minderheit ohne Sperrminorität bestünde hier aus Deutschland, den Niederlanden und Griechenland, die zusammen über 54 Stimmen verfügen, jedoch nur 31,5% der an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Bevölkerung vertreten⁵⁰. Eine qualifizierte Mehrheit repräsentiert hier somit immer mindestens 62% der Bevölkerung und das Bevölkerungsquorum besitzt keine eigenständige Bedeutung. Dagegen bestünde in der zweiten Konstellation eine entgegengesetzte Situation: Da vor allem größere Mitgliedstaaten nicht an der verstärkten Zusammenarbeit teilhaben, besitzt Deutschland ein überproportionales Gewicht. Da die *ims* zusammen 205,6 Millionen Einwohner haben, beträgt der Bevölkerungsanteil Deutschlands 39,5%. Dies bedeutet, dass ohne eine deutsche Zustimmung das Bevölkerungsquorum nicht erfüllt ist. Deutschland (und nur Deutschland) besäße in einer solchen Konstellation aufgrund des Bevölkerungsquorums ein faktisches Veto, obwohl das Stimmenquorum eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung auch gegen Deutschland zulässt⁵¹. In anderen Konstellationen bestünde ein solches faktisches Veto Deutschlands ebenfalls, soweit vor allem größere Mitgliedstaaten nicht an der verstärkten Zusammenarbeit teilhaben.

Wegen der zugegeben konstruierten Natur der vorstehend aufgeführten Beispiele besteht ein derartiges faktisches Vetorecht Deutschlands nur in Ausnahmefällen. Soweit die Balance zwischen kleineren und großen Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit in ungefähr der gleichzeitigen Integration entspricht, bewirkt die Anwendung des Bevölkerungsquorums keine her-

⁴⁹ Die einzige Konstellation, in der trotz der deutschen Zustimmung das Stimmenquorum erreicht und das Bevölkerungsquorum verfehlt wird, ist nach der Erweiterung auf 25 Mitgliedstaaten die positive Zustimmung *aller* Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Frankreichs und Italiens. Soweit Deutschland einem Rechtsakt zustimmt, beinhaltet die Unterschreitung des Bevölkerungsquorums in allen anderen Konstellationen rechnerisch zugleich die Unterschreitung auch des Stimmenquorums. Die Berechnungen dieses Abschnitts beruhen auf der Stimmengewichtung nach Art. 12 Beitrittsakte 2003; die Bevölkerungszahlen sind *D. Vignes*, Nice, RMC 2001, 81/84 entnommen.

⁵⁰ Die Mindeststimmenzahl liegt hier bei 141,66 der insgesamt 196 Stimmen, so dass die Sperrminorität 55 Stimmen beträgt.

⁵¹ Das Stimmenquorum beträgt hier angesichts der Gesamtstimmenzahl von 137 Stimmen 99,01 Stimmen. Die 29 deutschen Stimmen bilden insofern keine Sperrminorität. Auch in dieser Konstellation ist das Bevölkerungsquorum eine *lex teutonica*, da bei einer Zustimmung Deutschlands das Bevölkerungsquorum rechnerisch keine eigenständige Bedeutung neben dem Stimmenquorum besitzt.

vorgehobene Sonderstellung Deutschlands⁵². Die Vetomöglichkeit in Ausnahmesituationen zeigt jedoch, dass Ungleichzeitigkeit auch dort, wo man es zuerst nicht vermuten würde, unvorhersehbare Folgewirkungen haben kann. Da der Sinn qualifizierter Mehrheitsentscheidungen untergraben würde, wenn einem Mitgliedstaat ein Vetorecht zustünde, sollte der Antrag auf Berechnung der Bevölkerungsmehrheiten nach Art. 205 IV EGV (2005) in solchen Konstellationen als Verstoß gegen den Grundsatz gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens nach Art. 10 EGV gewertet werden. Grundsätzlich gilt das Bevölkerungsquorum auch bei Ungleichzeitigkeit, ein Mitgliedstaat darf jedoch nicht als *primus inter pares* die Handlungsfähigkeit des Rats im Alleingang blockieren können.

3 Ungleichzeitiger Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen?

Die Bewahrung und Steigerung der Handlungsfähigkeit der Europäischen Union ist ein wesentliches Motiv für die Proliferation von Ungleichzeitigkeit im europäischen Primärrecht⁵³. Die Handlungsfähigkeit der Europäischen Union könnte zusätzlich gesteigert werden, wenn im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit ein ungleichzeitiger Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen ermöglicht würde. Beim Sozialabkommen war dies der Fall: Soweit aus der Sicht des Vertrags von Maastricht eine Parallelität der Gesetzgebungskompetenzen nach dem EG-Vertrag und dem Sozialabkommen bestand, ermöglichte Letzteres Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit im Rat, wo der EG-Vertrag noch Einstimmigkeit vorschrieb⁵⁴. Darüber hinaus erlaubt derzeit allenfalls die Evolutivklausel des Art. 67 II Sps.2 EGV zur Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens im Titel IV EGV einen ungleichzeitigen Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen im Rat, wenn man diese Bestimmung vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit umfasst sieht⁵⁵. Die Vergemeinschaftung der Zusammenarbeit in Strafsachen aufgrund der *passerelle* des Art. 42 EUV ist der verstärkten Zusammenarbeit dagegen entzogen⁵⁶.

Bei der ungleichzeitigen Kompetenzzuweisung im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit ist der ungleichzeitige Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen unter Geltung des Vertrags von Nizza in allen anderen Fällen durch Art. 44 I UAbs.1 EUV ausgeschlossen. Hiernach gelten für die Annahme von Rechtsakten und Beschlüssen zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit „die einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ der Verträge. Auch wenn der Rat über den Grundbeschluss zur Einleitung der verstärkten Zusammenarbeit mit qualifizierter Mehrheit abstimmt, gilt hiernach für die Annahme von

⁵² So liegt der Bevölkerungsanteil Deutschlands in der derzeitigen Euro-Gruppe bei 26,8% und im Rahmen der „kleinen“ Schengen-Gruppe der bisherigen Mitgliedstaaten ohne dem Vereinigten Königreich, Irland und Dänemark bei 27,3%. Damit ist das deutsche Gewicht deutlich geringer als in der obigen Vetokonstellation mit 39,5%.

⁵³ Hierzu bereits Kapitel 1 II 3 (S. 38 ff.).

⁵⁴ Siehe Art. 2 II, III Sozialabkommen sowie bereits Kapitel 6 IV 2 (S. 197 ff.).

⁵⁵ Den Art. 43 ff. EUV, 11 f. EGV kann kein Ausschluss des Art. 67 II EGV vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit entnommen werden. Da potentielle *outs* Inhalt und Annahme des Grundbeschlusses zur Einleitung der verstärkten Zusammenarbeit nicht generell blockieren können, scheint es somit möglich, dass ein Grundbeschluss den ungleichzeitigen Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen umfasst. Praktische Bedeutung besitzt dies vor allem für die Bestimmung des Status von Drittstaatsangehörigen nach Art. 63 Nr.4 EGV, da hier ein gleichzeitiger Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen bislang nicht absehbar ist; Kapitel 3 I 3 (S. 86 f.).

⁵⁶ Der Wortlaut des Art. 40 II EUV ist insoweit eindeutig: „Für eine verstärkte Zusammenarbeit nach diesem Titel gelten die Artikel 29 bis 39 und die Artikel 40a, 40b und 41“. Art. 42 EUV ist gerade nicht umfasst.

ungleichzeitigem Sekundärrecht im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit Einstimmigkeit, sofern das Primärrecht dies vorsieht⁵⁷. So muss etwa der Rat über die ungleichzeitige Harmonisierung indirekter Steuern im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit ebenso mit Einstimmigkeit beschließen wie bei einer gleichzeitigen Rechtsetzung⁵⁸.

Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents sieht nunmehr den ungleichzeitigen Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen vor. Das Präsidium schlug diese Flexibilisierung der verstärkten Zusammenarbeit vor der letzten Plenardebatte des Konvents am 9. Juli 2003 vor. Sie fand ohne eine nähere Debatte Eingang in den endgültigen Verfassungsentwurf⁵⁹. Art. III-328 UAbs.1 VVE-E bestimmt wörtlich:

„Wenn nach einer Bestimmung der Verfassung, die im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit angewendet werden könnte, der Rat einstimmig beschließen muss, kann der Rat gemäß den Modalitäten des Artikels I-43 Absatz 3 von sich aus einstimmig beschließen, dass er mit qualifizierter Mehrheit beschließt.“

Ergänzt wird die Regelung um einen Unterabsatz 2, der es dem Rat gestattet, im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit durch einen einstimmigen Beschluss der *ims* die gleichberechtigte Mitgesetzgebung von Rat und Parlament auf Sachbereiche auszudehnen, in denen die Verfassung ansonsten ein anderes Gesetzgebungsverfahren vorsieht und etwa nur die Anhörung des Parlaments verlangt.

Der Grund, warum diese Bestimmung ohne nähere Diskussion in den Verfassungsentwurf übernommen wurde, ist vermutlich, dass Art. III-328 VVE-E im Wesentlichen der allgemeinen Normierung des Art. I-23 IV VVE-E entspricht, die eine entsprechende Regelung für die gleichzeitige Integration aller Mitgliedstaaten enthält. Die gesonderte Erwähnung im Vertragskapitel zur verstärkten Zusammenarbeit stellt zuerst einmal klar, dass auch ein ungleichzeitiger Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen möglich ist. Man hätte ansonsten nämlich argumentieren können, dass Art. I-23 IV VVE-E nur allen Mitgliedstaaten den Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen erlaubt – mit der Folge, dass einem jeden Mitgliedstaat ein Veto gegen diesen Integrationsschritt zukäme und etwa das Vereinigte Königreich verhindern könnte, dass die Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe eine verstärkte Zusammenarbeit zur ungleichzeitigen Steuerharmonisierung mit qualifizierter Mehrheit vereinbaren⁶⁰. Aufgrund des III-328 VVE-E steht außer Zweifel, dass die *ims* einer verstärkten Zu-

⁵⁷ Insoweit unzutreffend U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/50 ff., wenn er unterstellt, dass es dem Grundbeschluss überlassen bleibe, aufgrund von „Spielräume(n) für die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens“ das anzuwendende Abstimmungsverfahren zu normieren; insbesondere im Hinblick auf „Wahlmöglichkeiten...“, ob der Rat einstimmig oder mit qualifizierter Mehrheit beschließt.“ Der von ihm besprochene Art. 44 I EUV (1997) war in diesem Punkt mit dem zitierten Art. 44 I UAbs.1 EUV identisch.

⁵⁸ Dies ergibt sich in beiden Fällen aus Art. 93, 94, 95 II EGV.

⁵⁹ Der spätere Art. III-328 VVE-E wurde erstmals vorgeschlagen im Entwurf des Präsidiums: Entwurf der Verfassung, Band II, 8.7.2003, Konvents-Dok. CONV 847/03 und wurde auf der letzten Plenardebatte des Europäischen Konvents nicht substantiell erörtert; siehe den Synthesebericht über die Plenartagung am 9. und 10. Juli 2003 in Brüssel, 23.7.2003, Konvents-Dok. 853/03.

⁶⁰ Art. I-43 I VVE-E verpflichtet die verstärkte Zusammenarbeit zur „Anwendung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen“, die in Abwesenheit des Art. III-328 VVE-E solange eine einstimmige Beschlussfassung im Rat verlangen, bis der Europäische Rat unter Einschluss *aller* Mitgliedstaaten nach Art. I-23 IV, 20 IV VVE-E im Konsens feststellt, dass nunmehr eine qualifizierte Mehrheit möglich ist.

sammenarbeit die ungleichzeitige Ausweitung qualifizierter Mehrheitsentscheidungen eigenständig beschließen dürfen, ohne dass ein *out* sie hieran hindern kann⁶¹.

Der Vorschlag des Präsidiums in letzter Minute könnte auf einem zusätzlichen Hintergedanken beruhen. Es war seinerzeit bereits absehbar, dass das Vereinigte Königreich auf der Regierungskonferenz den Art. I-23 IV VVE-E nicht mittragen und im Zweifel sein Veto einlegen würde⁶². Vielleicht hatte das Präsidium die Hoffnung, den Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen als Kompromiss wenigstens im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit über die Regierungskonferenz hinaus zu bewahren⁶³. Hierdurch würde zwar die notwendige Parallelität der Beschlussfassung bei gleichzeitigem und ungleichzeitigem Europarecht aufgegeben. Zugleich würde jedoch der durch Ungleichzeitigkeit bezweckte Integrationsfortschritt gemehrt. Dies gilt insbesondere für eine wirtschafts-, sozial und steuerpolitische Ergänzung der Währungsunion, die auch im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit ansonsten das vertragliche Einstimmigkeitserfordernis nicht aufheben kann. Der ungleichzeitige Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen würde aber nicht nur die Verfassung der Europäischen Union flexibilisieren, sondern zugleich dem extrakonstitutionellen Druck eines völkerrechtlichen Kerneuropas einer kleinen Zahl von Mitgliedstaaten außerhalb des einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union vorbeugen⁶⁴.

II Parlament und Kommission

Parlament und Kommission beraten und entscheiden bei Ungleichzeitigkeit in unveränderter Zusammensetzung. Dies ergibt sich schon aus der Abwesenheit besonderer vertraglicher Bestimmungen zu einer variierten Zusammensetzung oder Beschlussfassung sowie aus dem Verweis des Art. 44 I EUV auf die „einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ der Verträge. Es gilt somit als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit, dass das Stimmrecht der „Vertreter“ eines *out* in Parlament und Kommission anders als im Rat nicht suspendiert ist⁶⁵. Soweit ersichtlich, gelangte die Frage einer variierten Zusammensetzung von

⁶¹ Nach dem Wortlaut des Art. III-328 VVE-E kann der Rat die Ausweitung qualifizierter Mehrheitsentscheidungen „von sich aus“ beschließen. Dies legt nahe, dass der Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen nicht im Grundbeschluss vorgesehen sein muss, sondern zu einem jeden Zeitpunkt im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit initiiert werden kann.

⁶² So nunmehr in höflicher Formulierung The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, A Constitutional Treaty for the EU – The British Approach to the European Union Intergovernmental Conference, September 2003, Nr. 62, 66: „An important proposal is for greater use of Qualified Majority Voting (QMV) for decision-making in the Council of Ministers. There is also a proposal for a clause which would allow the European Council to vote by unanimity to move any Treaty article to QMV. We oppose anything which would undermine the role of national parliaments in Treaty change... But we will insist that unanimity remain for Treaty change.“

⁶³ Die italienische Ratspräsidentschaft schlug in Regierungskonferenz-Dok. CIG 52/03, S. 38, 55 zuletzt eine Abschaffung der Art. I-23 IV, III-328 VVE-E und deren Zusammenführung in einem neuen Art. IV-7bis VVE-E vor, der als besondere Form der Vertragsänderung der verstärkten Zusammenarbeit entzogen sein dürfte, soweit die Bestimmung die Regierungskonferenz überhaupt überdauert.

⁶⁴ Näher hierzu im Rahmen der abschließenden verfassungstheoretischen Einordnung Kapitel 12 II 2 (S. 361 ff.).

⁶⁵ Ebenso Grabitz/Hilf-H.-J. *Blanke*, Art. 44 EUV Rn. 3; J.-V. *Louis*, CIG, C.D.E. 32 (1996), 249/254 J. *Usher*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/46 f. im Kontext der Währungsunion; E. *Wagner*, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/36 zum Schengener Recht und zum Sozialprotokoll K. *Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 137; A. *Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 81 f.; P. *Watson*, Social, CML Rev. 30 (1993), 481/504; C. *Barnard*, Flexibility, in: de Búrca/Scott (2000), S. 202; U. *Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 117; G. *Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/185. Entsprechendes gilt für den Rechnungshof als fünftem EU-Organ neben Rat, Parlament, Kommission und Gerichtshof. Zur EZB Kapitel 4 I 3 (S. 136 ff.).

Parlament und Rat nicht auf die Tagesordnung der letzten Regierungskonferenzen. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung des Europäischen Parlaments wurde in der Literatur vielfach kritisiert⁶⁶. Dagegen erwägen nur einzelne Stimmen eine veränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der Kommission⁶⁷. Tatsächlich überzeugt die Entscheidung des Vertragsgeber für eine unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der Kommission bei Ungleichzeitigkeit:

Während der Rat als „Staatenkammer“ das intergouvernementale Element der Europäischen Union verkörpert und die Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat das auf demokratischem Weg ermittelte mitgliedstaatliche Partikularinteresse in den europäischen Entscheidungsprozess einbringen, soll die Kommission „das reine Gemeinschaftsinteresse ... verkörpern“⁶⁸. Die in Art. 213 II EGV verankerte Unabhängigkeit von nationalen Weisungen entbindet die Kommissare von der Vertretung mitgliedstaatlicher Partikularinteressen – ungeachtet der regelmäßig zu beobachtenden faktischen Einflussnahme⁶⁹. Wenn etwa die britischen, dänischen und irischen Kommissare über Initiativen zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts mitbestimmen, ist dies ein institutioneller Ausdruck der Verpflichtung jeder Ungleichzeitigkeit auf das gesamteuropäische Gemeinwohl⁷⁰. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der Kommission stellt als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit sicher, dass die kumulierten Partikularinteressen der *ins* nicht im Widerspruch zum gesamteuropäischen Gemeinwohl geraten. Sie unterstreicht in besonderem Maße die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union.

III Europäische Gerichtsbarkeit

Die Unabhängigkeit der Judikative ist ein Grundpfeiler neuzeitlicher Verfassungssysteme. Dementsprechend garantiert auch der EG-Vertrag die Unabhängigkeit des Gerichtshofs und gestaltet ihn als „einzig wirklich unabhängiges Gemeinschaftsorgan“ aus⁷¹. Die europäischen Richter müssen „jede Gewähr für Unabhängigkeit“⁷² bieten und sind schon deshalb nicht ein Vertreter mitgliedstaatlicher Interessen. Es ist insoweit folgerichtig, wenn der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz auch bei Ungleichzeitigkeit in unveränderter Zusammensetzung tagen und die Richter mit der Staatsangehörigkeit eines *outs* nicht von den Beratungen und Beschlüssen ausgenommen sind⁷³. Diese allgemeine Regel entspricht auch organisatorischen Ü-

⁶⁶ Hierzu Kapitel 12 III 2 (S. 365 ff.).

⁶⁷ So *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 14 und *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/292, die de lege lata eine mögliche Transformation auch der „supranationalen“ Organe andeuten, ohne dies weiter auszuführen.

⁶⁸ *W. Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat* (1969), S. 56.

⁶⁹ Zur mitgliedstaatlichen Personalpolitik in der Kommission *T. Oppermann*, Präsenz, in: FCE Bd. 3 (2002), S. 43.

⁷⁰ Eine Blockade von Initiativen durch Kommissare der *outs* ist schon wegen der Beschlussfassung der Kommission mit einfacher Mehrheit nach Art. 219 UAbs.2 EGV nahezu ausgeschlossen.

⁷¹ *Grabitz/Hilf-I. Pernice* Art. 164 EGV (1995) Rn. 3.

⁷² Art. 223 I EGV.

⁷³ Nach Auskunft des ehemaligen deutschen Richters *Manfred Zuleeg* in einem Gespräch mit dem Verfasser erörterten die Richter des Gerichtshofs Mitte der 90er-Jahre den nie eingetretenen Fall, wie zu verfahren sein, wenn der Gerichtshof einen Fall zum Sozialabkommen zu entscheiden gehabt hätte. Nach seiner Erinnerung kamen sie mehrheitlich zu dem Schluss, dass der britische Kollege an der Entscheidung nicht teilhaben könne. Die rechtswissenschaftliche Literatur stützte dies jedoch nicht und nahm eine unveränderte Zusammensetzung des Gerichtshofs an; vgl. *G. Schuster*, *Sozialpolitik*, EuZW 1992, 178/186; *K. Hailbronner*, *EG-Sozialpolitik*, in: *GS Grabitz* (1995), S. 137; *A. Kliemann*, *Sozialintegration* (1997), S. 81 f.; *P. Watson*, *Social*, *CML Rev.* 30 (1993), 481/504; *C. Barnard*, *Flexibility*, in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 202; *U. Kampmeyer*,

berlegungen: Im Gerichtshof werden einzelne Rechtssachen seit Längerem von Kammern behandelt, in denen nicht alle Richter vertreten sind⁷⁴. Mit dem Vertrag von Nizza wird die Entscheidung von Rechtssachen im Plenum nunmehr zur Ausnahme⁷⁵. Auch beim Gericht erster Instanz entscheiden Einzelrichter oder Kammern⁷⁶. Schon bei Gleichzeitigkeit besteht somit keine Gewähr, dass eine Entscheidung mit Bezug zu einem bestimmten Mitgliedstaat unter Beteiligung dessen „nationalen“ Richters zu Stande kommt. Dies gilt bei Ungleichzeitigkeit entsprechend. Trotz dieser allgemeinen Regel einer unveränderten Zusammensetzung der europäischen Gerichtsbarkeit verdienen Einzelaspekte ihrer Funktionsweise im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit eine besondere Beachtung.

1 Asymmetrische Zuständigkeit

Aufgrund besonderer vertraglicher Bestimmungen ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts derzeit noch asymmetrisch verschränkt. In der ersten Säule können nach Art. 68 I EGV nur letztinstanzliche nationale Gerichte ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten und Art. 68 II EGV entzieht als *lex Schengen* die Überprüfung einer vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen nach Art. 2 II Schengen II weitgehend der Zuständigkeit des Gerichtshofs⁷⁷. Auch wenn dies auf den ersten Blick als eine besondere Form von Ungleichzeitigkeit erscheinen mag, besteht bei näherer Betrachtung kein direkter Zusammenhang⁷⁸. Die Beschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit nach Art. 68 EGV gilt nämlich für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen und kann auch nach der Herstellung von Gleichzeitigkeit fortbestehen. Die Regelung des Art. 68 EGV ist somit keine direkte Folge der Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Komplexer ist die Rechtslage in der dritten Säule, da hier nicht nur modifizierte Verfahren gelten, sondern die Zulässigkeit von Vorabentscheidungsverfahren zusätzlich durch die Anerkennung durch jeden Mitgliedstaat bedingt ist⁷⁹. Aufgrund entsprechender Erklärungen können de lege lata nationale Gerichte aus Deutschland und elf anderen Mitgliedstaaten dem Gerichtshof Vorlagefragen unterbreiten; nur nationalen Gerichten aus dem Vereinigten Königreich, Dänemark und Irland ist die Möglichkeit einer Vorlage derzeit versperrt⁸⁰. Dass insoweit diejenigen Mitgliedstaaten mit einer Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit

Sozialpolitik (1998), S. 118. Auch hier könnte ein von den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit abweichendes Ergebnis im Hinblick auf das Sozialabkommen mit der rechtlichen Sonderkonstruktion des Sozialabkommens erklärt werden; vgl. Kapitel 6 IV 1 (S. 195 ff.) und Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁷⁴ Art. 9 VfO EuGH.

⁷⁵ Art. 223 II, III EGV sowie Art. 16 f. EuGH-Satzung.

⁷⁶ Art. 2 Beschluss 591/88/EGKS, EWG, Euratom des Rates zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 24.10.1988 (ABl. 1988 L 319, 1) mit nachfolgenden Änderungen. Soweit der Rat besondere gerichtliche Kammer nach Art. 225a EGV einrichtet, entscheidet er im Errichtungsbeschluss über deren Zusammensetzung.

⁷⁷ Näher hierzu *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/231-234.

⁷⁸ Die Regelungen der Art. 35 EUV, 68 EGV erörtern im Rahmen allgemeiner Abhandlungen zur differenzierten Integration etwa *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/392 f.; *A. Ward*, Limits, in: Kilpatrick u.a. (2000), S. 227; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 40 EUV Rn. 1 und *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 53.

⁷⁹ Vgl. Art. 35 II, III EUV.

⁸⁰ Gemäß ABl. 1999 L 114, 56 haben insgesamt elf Mitgliedstaaten die Zuständigkeit des Gerichtshof für Vorabentscheidungsverfahren anerkannt: Belgien, Deutschland, Griechenland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal, Finnland, Schweden für alle Gerichte; Spanien nur für höchstinstanzliche Gerichte. Belgien, Deutschland, Spanien, Italien, Luxemburg, die Niederlande und Österreich verpflichteten ihre höchstinstanzlichen Gerichte in Übereinstimmung mit dem Rechtsgedanken des Art. 234 EGV zur Vorlage.

und des Rechts die Zuständigkeit des Gerichtshofs für Vorabentscheidungsverfahren nicht anerkennen, gründet auf allgemeinen politischen Vorbehalten dieser Mitgliedstaaten gegen die Zusammenarbeit in Strafsachen und ist rechtlich keine zwingende Folge der ungleichzeitigen Sonderpositionen. Theoretisch hätten auch umfassend am Schengener Recht beteiligte Mitgliedstaaten die Zuständigkeit des Gerichtshofs nicht anerkennen können, wohl aber das Vereinigte Königreich, Irland oder Dänemark. Die asymmetrische Zuständigkeit des Gerichtshofs ist auch hier keine Form oder Folge von Ungleichzeitigkeit.

Die asymmetrische Zuständigkeit des Gerichtshofs für Vorabentscheidungsverfahren in der dritten Säule birgt aber offensichtliche Gefahren für die einheitliche Anwendung des Europarechts. Gerade wegen der Unsicherheiten über Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Unionsrecht der dritten Säule im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und klassischem Völkerrecht⁸¹ und der Abwesenheit einer gefestigten Rechtsprechung zur Auslegung des Besitzstands, kann die fehlende Vorlagemöglichkeit eine divergierende Auslegung des Europarechts bewirken⁸². Es ist auch nicht auszuschließen, dass nationale Gerichte den europarechtlichen Bezug eines Falls mangels Vorgaben aus Luxemburg ganz außer Acht lassen und ihn einzig auf der Grundlage des nationalen Rechts entscheiden⁸³. Die asymmetrische Zuständigkeit des Gerichtshofs könnte somit de facto zu einer „Re-Nationalisierung“ vereinheitlichten Rechts⁸⁴ führen. Diese Gefährdung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Europarechts durch die asymmetrische Zuständigkeit des Gerichtshofs ist jedoch tatsächlicher Natur. Auch ohne Vorlagemöglichkeit sind nationale Behörden und Gerichte rechtlich zur Anwendung des Europarechts verpflichtet⁸⁵. Die asymmetrische Zuständigkeit stellt die Mitgliedstaaten gerade nicht von der *Bindung* an das Europarecht frei, welche die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit als Gegenstand dieser Untersuchung kennzeichnet.

2 „Ungleichzeitige“ Rechtsprechung?

Wenn Europarecht ungleichzeitig nur für einige Mitgliedstaaten gilt, berät und beschließt die europäische Gerichtsbarkeit nach allgemeinen Regeln in unveränderter Zusammensetzung. Die möglichen Verfahrensarten, aufgrund derer die europäische Gerichtsbarkeit bei Un-

⁸¹ Hierzu Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

⁸² So auch *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/114: „Given the Court’s jurisdiction, the Community faces the prospect of divergent case law and variance in judicial protection of individuals“; *A. Albers-Lorens*, Jurisdiction, CML Rev. 35 (1998), 1273/1285: „This complex state of affairs is bound to create an even greater degree of confusion on the scope of the judicial protection of EU citizens“ und *H. Labayle*, Espace, RTD eur. 33 (1997), 813/862: „régression de contrôle juridique.“

⁸³ Zur parallelen Problematik bei Art. 68 EGV in der ersten Säule *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/231 ff.

⁸⁴ So *M. Zuleeg*, Rechtsangleichung, ZEuP 7 (1998), 506/519. Kritisch auch *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/360: „Diese Differenzierungen und Einschränkungen der Zuständigkeit des Gerichtshofs sind der Einheit der Rechtsordnung in der Europäischen Union sicherlich nicht dienlich. Denn die Rechtseinheit muss nicht nur die einheitliche Geltung, sondern auch die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts umfassen, und dazu bedarf es einer einheitlich zuständigen gerichtlichen Instanz“ und *A. Albers-Lorens*, Jurisdiction, CML Rev. 35 (1998), 1273/1276 „merits of such a system remain doubtful.“

⁸⁵ Die Argumentation von *A. Ward*, Limits, in: Kilpatrick u.a. (2000), S. 217, dass die Verpflichtung zur Anwendung von Europarecht sich auf *actes claires* beschränke, beruht auf einem Missverständnis der *acte claire*-Doktrin, die nur die Verpflichtung letztinstanzlicher Gerichte zur Vorlage einer Auslegungsfrage an den Gerichtshof begrenzt; EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 – *CILFIT*. Auch in der Abwesenheit einer unmittelbaren Anwendung, die bei Rechtsakten nach Art. 34 EUV ausdrücklich ausgeschlossen ist, müssen nationale Behörden und Gerichte das nationale Recht in Übereinstimmung mit dem Europarecht auslegen und anwenden; hierzu EuGH, Rs. C-91/92, Slg. 1994 I-3325 Rz. 25 – *Favini Dori* und *Grabitz/Hilf-I. Pernice* Art. 164 EGV (1995) Rn. 32.

gleichzeitigkeit angerufen werden kann, unterscheiden sich nicht von gleichzeitigem Europarecht. Dies ergibt sich bei der verstärkten Zusammenarbeit schon aus dem Verweis auf die „einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ der Verträge in Art. 44 I EUV und bei den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit aus dem Fehlen einer gesonderten Regelung über die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Dies bedeutet, dass eine Richtlinie im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 220 ff. EGV überprüft werden kann, mögliche Vorlagen nationaler Gerichte zum Schengener Recht der ersten Säule sich nach Art. 68 EGV richten und ein Beschluss im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit der dritten Säule nach Maßgabe des Art. 35 EUV vor den Gerichtshof gelangen kann. In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs bei Ungleichzeitigkeit ebenso ausgeschlossen wie bei Gleichzeitigkeit.

Nach Art. 220 EGV sichert die europäische Gerichtsbarkeit „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ der Verträge. Nach der Konzeption der europäischen Rechtsordnung kommt dem Gerichtshof somit eine rechtserkennende Funktion zu. Entscheidungen der europäischen Gerichtsbarkeit bewirken grundsätzlich keine konstitutive Fortentwicklung des europäischen Rechts, an die spätere Gerichtsentscheidungen aufgrund einer rechtstheoretischen *rule of precedent* gebunden wären, welche das Richterrecht im *common law* trägt⁸⁶. Gerade bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze hat der Gerichtshof in den ersten Jahrzehnten der europäischen Integration zwar immer wieder die Grenze zwischen „konkretisierender Rechtsfortbildung“ und „freier ‚Rechtsschöpfung‘“ tangiert⁸⁷. Im Ergebnis kann man diese Rechtsprechung aber als dynamische Rechtserkenntnis qualifizieren, die grundsätzlich dem Primärrecht entspringt und nicht konstitutiv durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs begründet wird⁸⁸. Wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Praxis gleichwohl eine faktische Bindungswirkung entfaltet, weil der Gerichtshof gleiche Rechtsfragen grundsätzlich gleich entscheidet und von einer früheren Auslegung in der Regel nicht abweicht, besteht insoweit kein Unterschied zur Rechtspraxis in anderen Rechtsordnungen, in denen die höchstrichterliche Rechtsprechung das rechtliche Alltagsleben auch dann prägt, wenn richterliche Entscheidungen anders als im *common law* keine formelle Präcedenzwirkung entfalten, sondern bloße Rechtserkenntnis sind.

Diese abstrakten Überlegungen sind für die Rechtsprechungstätigkeit der europäischen Gerichte bei Ungleichzeitigkeit von Bedeutung. Der gemeinsame Art. 2 der Protokolle über die Position Dänemarks, des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bestimmt ausdrücklich, dass Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen ungleichzeitiges Gemeinschaftsrecht ausgelegt wird, für die betroffenen Mitgliedstaaten „nicht bindend oder anwendbar“ sind. Bei der verstärkten Zusammenarbeit und anderen Formen von Ungleichzeitigkeit folgt dasselbe als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit aus dem Wesen ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts: Da ungleichzeitiges Europarecht die *outs* nicht bindet, gilt dies ebenso für dessen Auslegung durch die europäischen Gerichte⁸⁹. Wenn Entscheidungen der europäischen Gerichtsbarkeit eine

⁸⁶ Hierzu etwa H. Schermers/D. Waelbroeck, Protection, 4. Aufl. 1987, S. 356 ff.

⁸⁷ Terminologie nach Grabitz/Hilf-I. Pernice Art. 164 EGV (1995) Rn. 14.

⁸⁸ Hierzu Pernice ebd. 21 f. und Groeben/Thiesing/Ehlermann-H. Krück, Art. 164 EGV Rn. 22 ff. jeweils m.w.N. auch zu kritischen Stimmen. BVerfGE 75, 223/242 ff. – *Kloppenburger* anerkennt im Hinblick auf die rechtliche Qualifizierung von Richtlinien ausdrücklich das „Ergebnis wie die Methode der Rechtsfindung des Gerichtshofs.“

⁸⁹ Ebenso speziell zu Gerichtsentscheidungen J. Usher, Geometry, ICLQ 46 (1997), 243/271 f.; ders., EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/48 ff.; A. Albers-Llorens, Jurisdiction, CML Rev. 35 (1998), 1273/1276 und G. Schus-

echte Präcedenzwirkung zukäme, bedeutete dies, dass Entscheidungen zu ungleichzeitigem Europarecht keine rechtliche Folgewirkung für gleichzeitiges Gemeinschaftsrecht für einen nicht an der Ungleichzeitigkeit beteiligten Mitgliedstaat hätten. Soweit man Urteile der europäischen Gerichte dagegen als Rechtserkenntnis qualifiziert und der Gerichtshof in späteren Entscheidungen eine parallel gelagerte Rechtsfrage gleich entscheidet, gründet letztere Entscheidung rechtlich nicht auf dem ungleichzeitigen Präcedenzfall, sondern auf einer theoretisch neuen, ergebnisgleichen Auslegung des Europarechts⁹⁰. Der Vorschlag des britischen *Foreign Office* für die Formulierung der zitierten Protokollbestimmung läuft insofern ins Leere und ist offenbar von der britischen *common law*-Tradition geprägt.

Aufgrund der faktischen Folgewirkung von Urteilen der europäischen Gerichtsbarkeit zu ungleichzeitigem Europarecht besitzen die *outs* bei Ungleichzeitigkeit ein legitimes Interesse an einem frühzeitigen Einfluss auf die Rechtsprechung. Dies kann an einem Beispiel verdeutlicht werden: Die erste Vorlage eines nationalen Gerichts zum Schengener Recht bezieht sich auf die Auslegung des in Art. 54 Schengen II normierten *ne bis in idem*-Grundsatzes⁹¹. Die Entscheidung des Gerichtshofs kann die spätere Rechtsprechung zu ähnlich gelagerten gleichzeitigen Fällen aufgrund des Auslieferungsübereinkommens und des Rahmenbeschlusses zum europäischen Haftbefehl beeinflussen, in deren Zusammenhang der *ne bis in idem*-Grundsatz ebenfalls auszulegen sein wird⁹². Auch wenn man argumentieren könnte, dass die fehlende rechtliche Präcedenzwirkung einer Entscheidung zu Art. 54 Schengen II eine Nichtbeteiligung der *outs* des Schengener Rechts an dem Verfahren rechtspolitisch rechtfertigt, werden die betroffenen Mitgliedstaaten wegen der faktischen Folgewirkungen dennoch auf einer Teilnahmemöglichkeit bestehen. Im Fall von Vorabentscheidungsverfahren betrifft dies die Möglichkeit einer Intervention⁹³. Bei einer ungleichzeitigen Rechtsetzung – etwa einer Änderung des Art. 54 II Schengen II – werden die betroffenen Mitgliedstaaten im Konfliktfall auch auf die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV nicht verzichten wollen.

3 Klage- und Interventionsrecht der *outs*

Ob den *outs* ein Klage- und Interventionsrecht bei ungleichzeitigen Rechtsakten zusteht, ist bislang nicht abschließend geklärt. Zwar findet sich im Wortlaut der Verträge kein Hinweis auf eine Entprivilegierung des Klage- und Interventionsrechts der *outs* und es liegt insoweit die Annahme nahe, dass der Vertragsgeber bewusst auf eine Modifikation verzichtete⁹⁴.

ter, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/186.

⁹⁰ Die faktische Parallelität betont im Hinblick auf das Sozialabkommen auch *Schuster* ebd. 186: „... mag es schwer fallen, sich bei der Judizierung von Rechtsfragen aus dem Recht der Elf von den aus der Beschäftigung mit dem EWG-Vertrag bekannten Maßstäben, Interpretationen und Begrifflichkeiten zu lösen.“

⁹¹ Siehe EuGH, Rs. C-187/01 & C-385/01, Urteil vom 11.2.2003 (noch nicht veröffentlicht) – *Gözjtok und Brügge*.

⁹² Siehe zum Auslieferungsübereinkommen Kapitel 6 I (S. 182 ff.) und zum europäischen Haftbefehl Rahmenbeschluss 584/2002/JI des Rates vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 190, 1).

⁹³ Art. 40 EuGH-Satzung.

⁹⁴ Vielmehr heißt es in Art. 44 I EUV zur verstärkten Zusammenarbeit ausdrücklich, dass insoweit die „einschlägigen institutionellen Bestimmungen“ der Verträge gelten und auch Art. 122 IV EGV zur Währungsunion ordnet gerade nicht an, dass der Begriff „Mitgliedstaaten“ in Art. 230 II EGV und Art. 40 I EuGH-Satzung sich bei Ungleichzeitigkeit nur auf Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung beziehe. Auch der gemeinsame Art. 2 der Protokolle über die Position Dänemarks, des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts umfasst keine Ausnahme von Art. 220 ff. EGV. In der Formulierung des Art. 44 EUV sieht etwa *J. Usher*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/49 ein Argument für ein unverändertes Klage- und Interventionsrecht der *outs*.

Gleichwohl wird teilweise argumentiert, dass die Nichtgeltung von Rechtsakten in einem Mitgliedstaat eine Entprivilegierung des Klagerechts mit sich bringe. Ohne nähere dogmatische Einordnung wird postuliert, dass *outs* nach Art. 230 EGV nur klagen dürften, wenn der rechtliche Rahmen einer Ungleichzeitigkeit überschritten werde, weil ein Sekundärrechtsakt *ultra vires* über den Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit hinausgeht⁹⁵ oder die „Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten“ der *outs* nicht gewahrt sind⁹⁶. *Usher* spezifiziert den Gedankengang mit der Erwägung, dass eine Klageerhebung der *outs* bei Ungleichzeitigkeit durch ein berechtigtes Interesse gedeckt sein müsse; das Klagerecht würde insoweit demjenigen von Regionen angenähert, die mangels Privilegierung nur bei einer unmittelbaren und individuellen Betroffenheit nach Maßgabe des Art. 230 IV EGV klagen können⁹⁷.

Wenn *Usher* dies mögliche Ergebnis auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtsache *Tessili* zu gründen erwägt, sollte die besondere Konstellation des Falls berücksichtigt werden: Der Gerichtshof ging hier davon aus, dass dem Vereinigten Königreich bei einer Vorabentscheidung zum EuGVÜ, dem das Vereinigte Königreich seinerzeit auf völkerrechtlichem Weg noch nicht beigetreten war, kein privilegiertes Interventionsrecht zusteht⁹⁸. Vielmehr stützte er das Interventionsrecht auf das „berechtigte Interesse“ der seinerzeit neuen Mitgliedstaaten, „ihre Auffassung zu äußern, wenn der Gerichtshof um die Auslegung eines Übereinkommens ersucht wird, dem beizutreten sie verpflichtet sind.“⁹⁹ Diese Nichtanwendung des privilegierten Interventionsrechts kann man jedoch damit begründen, dass es sich beim EuGVÜ gerade nicht um ungleichzeitiges Sekundärrecht, sondern um einen völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten handelt, auf den die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts über Klageerhebung und Intervention nur aufgrund einer besonderen Anordnung Anwendung finden, an der das Vereinigte Königreich völkerrechtlich gerade noch nicht teilhatte¹⁰⁰. Bei europarechtlicher Ungleichzeitigkeit gelten die vertraglichen Vorgaben über die Zuständigkeit des Gerichtshofs dagegen aufgrund der Zugehörigkeit eines Mitgliedstaats zur Europäischen Union und somit grundsätzlich auch bei Ungleichzeitigkeit.

⁹⁵ So ausdrücklich *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/867: Nicht beteiligte Mitgliedstaaten „should arguably not be entitled to challenge the validity of those measures ... except for the reason that they go beyond what the Council could authorize or had in fact authorized“; ihm folgend *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/176 in Fn. 89.

⁹⁶ Auf Art. 43 lit.h EUV verweist ausdrücklich *F. Tnytschaever*, Differentiation (1999), S. 68: „On any reasonable view, these provisions seem to import that a non-participating Member State can contest the validity of an implementation decision (on these grounds)“; ebenso *J. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quecedo*, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1997, 9/27 und *E. Wagner*, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/37: „Consequently non-participating Member States may not challenge measures which are adopted under a legally established closer cooperation and do not contravene the aforementioned principles.“

⁹⁷ Dies erwägen ohne abschließende Entscheidung *J. Usher*, Geometry, ICLQ 46 (1997), 243/271 f.; *ders.*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/49 und ihm folgend *A. Albors-Llorens*, Jurisdiction, CML Rev. 35 (1998), 1273/1276. *Usher* verweist ausdrücklich auf EuGH, Rs. C-298/89, Slg. 1993 I-3605 – *Gibraltar/Rat*; weitere Nachweise zum begrenzten Klagerecht der Regionen bei *Schwarze-J. Schwarze*, Art. 230 EGV Rn. 6. *Tnytschaever* ebd. 67 verweist ohne nähere Erläuterung auf das Hinderungsverbot in Art. 44 II S.3 EUV und deutet damit ebenfalls das Erfordernis eines legitimen Interesses an.

⁹⁸ Nach Art. 40 I EuGH-Satzung besitzen Mitgliedstaaten grundsätzlich ein unbedingtes Interventionsrecht; nur für Stellungnahmen „anderer Personen“ nach dem jeweiligen Absatz 2 ist das Vorliegen eines „berechtigten Interesses“ erforderlich.

⁹⁹ EuGH, Rs. 12/76, Slg. 1976, 1473 Rz. 6 – *Tessili*. Zur Beitrittspflicht des Vereinigten Königreichs zum EuGVÜ Art. 3 II Beitrittsakte 1972.

¹⁰⁰ Zu einem ähnlichen Ergebnis kann man hinsichtlich des Sozialabkommens gelangen, wenn man dies als völkerrechtliche Kooperation versteht; vgl. *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/186.

Zu gleichzeitigem Gemeinschaftsrecht hat der Gerichtshof ausdrücklich ausgeführt, dass Art. 230 II EGV den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumt, Gemeinschaftsrechtsakte „durch eine Nichtigkeitsklage anzufechten, ohne dass die Ausübung dieses Rechts davon abhängt, dass ein Rechtsschutzinteresse dargetan wird.“¹⁰¹ Das Klagerecht kann „nicht von früheren Versäumnissen oder Irrtümern der Klägerin abhängen“¹⁰² und besteht auch dann, wenn ein Mitgliedstaat im Rat zuvor für den Rechtsakt stimmte¹⁰³. Es steht einem jeden Mitgliedstaat frei, jederzeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen anderen Mitgliedstaat einzuleiten, ohne dass er eine eigene Beschwer durch die vermeintliche Vertragsverletzung darlegen muss¹⁰⁴. Es sind dies nur einige Beispiele die den zentralen Gedanken des privilegierten Klagerechts illustrieren: Wenn die Mitgliedstaaten und europäischen Organe grundsätzlich jeden Rechtsakt unabhängig von einem besonderen Eigeninteresse auf seine Rechtskonformität überprüfen lassen können, ermöglichen sie dem Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Das privilegierte Klagerecht dient der Wahrung der Integrität der rechtlichen Verfassungsordnung der Europäischen Union. Dies gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Es mag politisch inopportun sein, wenn ein *out* ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen *in* einleitet oder gegen einen ungleichzeitigen Sekundärrechtsakt eine Nichtigkeitsklage wegen eines bloßen Verfahrensfehlers erhebt; rechtlich ausgeschlossen ist dies jedoch nicht¹⁰⁵. Den *outs* steht nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit ein unmodifiziert privilegiertes Klage- und Interventionsrechts zu¹⁰⁶.

4 Rolle und Funktion des Gerichtshofs

Das vom Eigeninteresse losgelöste Klage- und Interventionsrecht der *outs* bindet die *outs* umfassend in die europäische Gerichtsarchitektur ein. Dies unterstreicht und sichert die Wahrung der rechtlichen Verfassungsordnung der Europäischen Union bei Ungleichzeitigkeit. Ungleichzeitiges Europarecht ist ein integraler Bestandteil der durch die Verträge errichteten europäischen Rechtsordnung, die auch dann von allen Mitgliedstaaten und Bürgern zugleich getragen wird, wenn einzelne Vertragsbestimmungen oder Sekundärrechtsakte wegen Ungleichzeitigkeit in einem Teil der Union keine Anwendung finden. Das unbegrenzte Klage- und Interventionsrecht der *outs* bei Ungleichzeitigkeit dient der Wahrung der Integrität der rechtlichen Verfassungsordnung in ihrer Gesamtheit und verhindert Friktionen, die den rechtlichen und politischen Zusammenhalt der Europäischen Union gefährdeten. Es ist

¹⁰¹ EuGH, Rs. 131/86, Slg. 1988, 905 Rz. 6 – *Vereinigtes Königreich/Rat*. In EuGH, Rs. 45/86, Slg. 1987, 1493 Rz. 3 – *Kommission/Rat* und EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 Rz. 38 – *Kommission/Deutschland* kommt er hinsichtlich des privilegierten Klagerechts der Kommission zu demselben Ergebnis.

¹⁰² EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 63/64 – *AETR*.

¹⁰³ So EuGH, Rs. 166/78, Slg. 1979, 2575 Rz. 5 f. – *Italien/Rat*. „Artikel 173 Absatz 1 des Vertrages eröffnet jedem Mitgliedstaat das Recht, mittels einer Aufhebungsklage die Rechtmäßigkeit einer jeden Ratsverordnung anzufechten, ohne dass die Ausübung dieses Rechts von der Haltung abhinge, die die im Rat versammelten Vertreter der Staaten bei der Annahme der fraglichen Verordnung eingenommen haben.“

¹⁰⁴ Art. 227 EGV sowie mittelbar Art. 95 IX, 68 III EGV, 35 VII EUV.

¹⁰⁵ Ohne näher Begründung erwägen für derartige Fälle eine Einschränkung des Klagerechts des *outs* selbst dann, wenn man das Klagerecht der *outs* ansonsten nicht beschränkt, F. *Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 68 und H. *Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/82: „problèmes de plus en plus délicate.“

¹⁰⁶ Im Ergebnis ebenso M. *Hedemann-Robinson*, *Area*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/301 und ohne abschließende Entscheidung erwogen von J. *Usher*, *Geometry*, ICLQ 46 (1997), 243/271 f.; *ders.*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/49 und A. *Albors-Llorens*, *Jurisdiction*, CML Rev. 35 (1998), 1273/1276.

damit ein Beitrag zur einheitsstiftenden Funktion der Verfassung als rechtlichem Dach des ungleichzeitigen und des gleichzeitigen Europarechts¹⁰⁷.

Die Folgen von Ungleichzeitigkeit für die materielle Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs können bislang nur in ihren Grundzügen abgeschätzt werden. Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts haben die begrenzte und teilweise asymmetrische Zuständigkeit des Gerichtshofs und die Unübersichtlichkeit des integrierten Schengener Rechts bislang verhindert, dass nationale Gerichte umfassende Vorabentscheidungsverfahren initiierten. Es bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof diesen neuen Teilbereich des Europarechts auslegt und ob die weitgehende Ungleichzeitigkeit der Rechtsmaterie ihn davon abhält, eine dynamische Rechtsfortbildung zu betreiben und seine Rolle als „Motor der Integration“ fortzuführen. Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts würde eine solche „integrationsfreundliche“ Rechtsprechung weniger die Ausweitung von Gemeinschaftskompetenzen zu Lasten der Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben, sondern vielmehr die Stärkung der Rechte von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen gegenüber europäischer und nationaler Hoheitsgewalt¹⁰⁸. Der sich abzeichnende Konsens für die Abschaffung nahezu aller Sonderregeln für die Zuständigkeit des Gerichtshofs im künftigen Verfassungsvertrag würde die Grundlagen für eine verantwortungsbewusste Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs ausbauen¹⁰⁹.

Die Adjudikation der Verfahrensregeln und Voraussetzungen für die Begründung und Fortentwicklung von Ungleichzeitigkeit stellt den Gerichtshof vor neue Herausforderungen. Im Konfliktfall ist hier ein umfassender Ausgleich der legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und des gesamteuropäischen Gemeinwohls erforderlich, der über die herkömmlichen politischen Konfliktlinien des europäischen Integrationsprozesses hinausreicht. Um nicht übermäßig in den politischen Verhandlungsprozess über die Zweckmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit einbezogen und hierbei „zwischen den Fronten“ zerrieben zu werden, muss der Gerichtshof die streitschlichtende Funktion abstrakter rechtlicher Regelungen stärken¹¹⁰. Seine Rechtsprechungstätigkeit – oder die bloße Möglichkeit seiner Anrufung – übt dann eine Schlichtungsfunktion aus, die befriedend auf den politischen Verhandlungsprozess einwirkt. Die rechtliche Vermittlung zwischen Interessen der *ins*, der *outs* und denjenigen Gesamteuropas bei Ungleichzeitigkeit könnte dabei einen Beitrag zum Wandel von Funktion und Selbstverständnis des Gerichtshofs leisten, der sich nach 50 Jahren europäischer Integration zu-

¹⁰⁷ Näher hierzu in verfassungstheoretischer Perspektive Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

¹⁰⁸ Hierzu *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/231 ff.

¹⁰⁹ In Art. III-258 ff. VVE-E werden die bisherigen Sonderregeln aufgegeben. Einzig die Bestimmung des Art. 35 V EUV zu Einzelfallentscheidungen der Strafverfolgungsbehörden wird in Art. III-283 VVE-E fortgeführt.

¹¹⁰ Ebenso *C. Lyons*, Court, in: de Búrca/Scott (2000), S. 108: Die verstärkte Zusammenarbeit „may promote a more mature and structured role for the Court leading to a new phase where it will not have the freedom of its glory days to interpret EC law in to new dimensions, a phase in which the Court becomes a more constrained agent but under which it may be granted a different kind of freedom to act within clearer and more obvious confines, thus freeing it from the charge of excessive abuse of power.“ Offen *J. Shaw*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/80: „The future role of the Court of Justice and its likely approach to new challenges remain moot points but are of considerable interest nonetheless“ und *S. Langrish*, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/6: „could proof a difficult balance to strike“. Eine besondere Bedeutung sieht *D. Curtin*, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/62: „One result of a weak basic political consensus among the political powers is an enhanced role of the law.“

nehmend vom bisweilen einseitigem Förderer europäischer Interessen zu einem „neutralen“ Schiedsrichter wandelt¹¹¹.

Ungleichzeitigkeit erfordert eine rechtswissenschaftliche Ausdifferenzierung europarechtlicher Grundprinzipien, mit der sich bei entsprechenden Klagen auch der Gerichtshof auseinandersetzen wird müssen. Dies gilt insbesondere für europarechtliche Grundprinzipien wie die Einheit der Rechtsordnung, das Kohärenzgebot, das Binnenmarktkonzept und den *acquis communautaire*, die immer wieder als Grundpfeiler der europäischen Rechtsordnung bezeichnet werden, deren konkrete rechtliche Reichweite bislang aber eine geringe praktische Relevanz besaß. Darüber hinaus sind im Lichte von Ungleichzeitigkeit neue Facetten und Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu entwickeln. Allgemeine Rechtsgrundsätze wie der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht und die europäischen Grundrechte gelten bei Ungleichzeitigkeit dagegen ebenso wie bei Gleichzeitigkeit, so dass insofern keine Fortentwicklung des Europarechts infolge von Ungleichzeitigkeit zu erwarten ist. Die modifizierende Wechselwirkung von Ungleichzeitigkeit und den Grundprinzipien des Europarechts wird in Kapitel 8 untersucht¹¹². Es ist hierbei zu beachten, dass die unveränderte Zusammensetzung, Zuständigkeit und Beschlussfassung des Gerichtshofs bei Ungleichzeitigkeit nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen eine wichtige Garantie für die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in die europäische Rechtsordnung darstellt. Als institutionelle Verkörperung und Garant der europäischen Rechtsordnung sichert der Gerichtshof auch bei Ungleichzeitigkeit die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge.

IV Finanzierung

Die Einbettung ungleichzeitiger Ausgaben in das Haushaltsrecht der Europäischen Union bereitet Schwierigkeiten. Die Vorgaben der europäischen Verträge beschränken sich im Wesentlichen auf die allgemeine Bestimmung des Art. 44a EUV zur verstärkten Zusammenarbeit. Hiernach werden die „sich aus der Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit ergebenden Ausgaben, mit Ausnahme der Verwaltungskosten der Organe, ... von den beteiligten Mitgliedstaaten finanziert, sofern der Rat nicht nach Anhörung des Europäischen Parlaments durch einstimmigen Beschluss sämtlicher Ratsmitglieder etwas anderes beschließt.“¹¹³ Entsprechendes gilt für die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit¹¹⁴. Einzig bei der kon-

¹¹¹ *F. Mancini/D. Keeling*, Democracy, ML Rev. 57 (1994), 175/186 bezeichneten die integrationsfreundliche Rechtsprechung des Gerichtshofs noch als „genetic code transmitted to the Court of Justice by the founding fathers.“

¹¹² S. 233 ff.

¹¹³ Entsprechend Art. III-327 VVE-E.

¹¹⁴ Auf das Schengener Recht findet Art. 44a EUV wegen dessen Charakters als modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit entsprechend Anwendung; so ausdrücklich *H. Labayle*, Espace, RTD eur. 33 (1997), 813/835 und *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/228 sowie allgemein Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.). Entsprechendes gilt für die anderen ungleichzeitigen Sonderpositionen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 5 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und Art. 3 Protokoll über die Position Dänemarks (1997), die jedoch anders als Art. 44a EUV keine gleichzeitige Kostentragung durch den EU-Haushalt infolge eines einstimmigen Ratsbeschlusses vorsehen. Bei der Währungsunion erübrigt sich eine Regelung, da die ungleichzeitigen Zuständigkeiten der *ims* grundsätzlich keine operativen Ausgaben bewirken; Kapitel 4 II 1 (S. 141 f.). Soweit eine Weiterentwicklung der Währungsunion aufgrund einer verstärkten Zusammenarbeit erfolgte (Kapitel 4 II 3; S. 145 ff.), richtete sich die Finanzierung nach Art. 44a EUV. Siehe auch Art. 6 S.3 Protokoll über die Position Dänemarks (1997): „Dänemark ist nicht verpflichtet, zur Finanzierung operativer Ausgaben beizutragen, die als Folge solcher Maßnahmen anfallen.“

struktiven Enthaltung ist ein *out* trotz seiner Nichtbeteiligung regelmäßig an der Finanzierung der Kosten zu beteiligen. Allerdings kann er durch die Drohung mit einem Veto anstelle der konstruktiven Enthaltung erreichen, dass der Rat durch einen einstimmigen Beschluss nach Art. 28 III UAbs.1 EUV eine alternative Finanzierung ohne seine Beteiligung beschließt¹¹⁵. Wie kann das „principe du financement national“¹¹⁶ als allgemeine Regel des Europarechts für die Finanzierung ungleichzeitiger Ausgaben in der Praxis umgesetzt werden?

Die Finanzierung ungleichzeitiger Ausgaben steht in einem doppeltem Spannungsverhältnis: Einerseits muss das legitime Interesse der *outs* gegen eine Beteiligung an den operativen Kosten berücksichtigt werden; andererseits stellt sich die Frage nach der Anwendung des EU-Haushaltsverfahrens mit seinen Regeln über Beteiligung und Vorrechte der Organe, insbesondere der Kommission und des Parlaments. Es sind drei verschiedene Modelle einer Finanzierung ungleichzeitiger Ausgaben denkbar, von denen die ersten beiden in der Praxis der vergangenen Jahre angewandt wurden. So wurde beim Schengener Recht lange Zeit eine nationale Finanzierung außerhalb des EU-Haushalts praktiziert (Modell 1), während bei der ungleichzeitigen Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wiederholt eine reguläre „gleichzeitige“ Finanzierung aus dem EU-Haushalt verwirklicht wurde (Modell 2). Da diese beiden Modelle einseitig entweder dem legitimen Interesse der *outs* gegen eine Kostentragung oder der Anwendung des EU-Haushaltsverfahrens den Vorzug geben, sollte in Zukunft der Rückgriff auf ein drittes Modell erwogen werden. Dieses könnte als „ungleichzeitige“ Haushaltsfinanzierung als Synthese der anderen Modelle deren jeweilige Vorteile verbinden (Modell 3).

Modell 1: Nationale Finanzierung außerhalb des EU-Haushalts

Die Finanzierung operativer Kosten bei Ungleichzeitigkeit durch nationale Beiträge außerhalb des EU-Haushalts kann am Beispiel des Schengener Rechts illustriert werden. Als völkerrechtliche Kooperation regelte das Schengener Recht vor seiner Integration in das Europarecht die Finanzierung der zentralen technischen Einrichtungen des SIS in Straßburg (C.SIS) und des Sirene-Netzwerks durch nationale Beiträge auf der Grundlage der einheitlichen Mehrwertsteuer-Bemessungsgrundlage gemäß dem EG-Eigenmittelbeschluss von 1988¹¹⁷. Dieser Finanzierungsmodus wurde nach der Integration des Schengener Rechts in den Rahmen der Europäischen Union fortgesetzt und in zwei Beschlüssen des Rates über Finanzregelungen für das C.SIS und das Sirene-Netzwerk bestätigt und aktualisiert¹¹⁸. Auf der Grundlage

¹¹⁵ Ein *out* kann somit nicht gegen seinen Willen zur Kostentragung gezwungen werden. Die grundsätzliche Kostentragungspflicht ergibt sich aus Art. 28 III UAbs.2 S.2 EUV. Soweit hiernach Maßnahmen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen nicht aus dem EU-Haushalt finanziert werden, ist dies keine besondere Folge von Ungleichzeitigkeit, sondern gilt gemäß Art. 28 III UAbs.1 EUV auch für gleichzeitige Maßnahmen. Soweit ein *out* die Kosten mitträgt, kann man dies mit *C.D. Ehlermann*, Differentiation, *ELJ* 4 (1998), 246/265; *H. Kortenberg*, Cooperation, *CML Rev.* 35 (1998), 833/853; *Calliess/Ruffert-H.-J. Cremer*, Art. 23 EUV Rn. 4 und *H. Bribosia*, Différenciation, *C.D.E.* 36 (2000), 57/84 als „solidarité financière“ betrachten, welche die allgemeine Solidaritätspflicht nach Art. 23 I UAbs.2 S.3 EUV konkretisiert; Kapitel 5 I 3 (S. 155 f.).

¹¹⁶ *S. Rodrigues*, Nice, *RMC* 2001, 11/13. Ebenso *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, *EuR* 1997, 362/375; *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 68 und *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 118: „Prinzip der Kostentragung durch die beteiligten (Mitgliedstaaten).“ Die Darlegungen der Autoren beschränken sich auf diese allgemeine Feststellung und erwägen nicht die Unterscheidung der nachfolgenden Modelle.

¹¹⁷ So zum C.SIS Art. 119 I S.2 Schengen II und zum Sirene-Netzwerk Beschluss SCH/Com-ex (97) 18 des Schengen-Exekutivsausschusses vom 7.10.1997 (ABl. 2000 L 239, 441).

¹¹⁸ Beschluss 323/1999/EG des Rates vom 3.5.1999 zum Sirene-Netzwerk und dem HelpDesk-Server (ABl. 1999 L 123, 51) und Beschluss 265/2000/EG des Rates vom 27.3.2000 zum C.SIS (ABl. 2000 L 85, 12), ge-

dieser Finanzregelungen beschloss der Rat jeweils den Umfang der nationalen Beiträge zum Budget des C.SIS und des Sirene-Netzwerks für die Jahre 2000 und 2001¹¹⁹.

Das Haushalts„verfahren“ beschränkte sich auf die ratsinterne Entscheidungsfindung, ohne dass die Kommission oder das Europäische Parlament konsultiert oder angehört wurden. Die Budgets wurden trotz ihres Charakters als europäische Ausgaben nicht im Amtsblatt veröffentlicht und vom Generalsekretariat des Rates als Nachfolger des Schengen-Sekretariats durchgeführt – nicht von der Kommission¹²⁰. Dieses Modell einer nationalen Finanzierung operativer Kosten von Ungleichzeitigkeit außerhalb des EU-Haushalts steht mit der allgemeinen Vorgabe des Art. 44a EUV in Einklang, wonach die operativen Kosten von Ungleichzeitigkeit „von den beteiligten Mitgliedstaaten finanziert (werden).“ Es könnte daher bei anderen Formen von Ungleichzeitigkeit aufgegriffen werden. Allerdings sollte hierbei eine zweifache Variation des Schengener Beispiels erwogen werden: erstens hinsichtlich des Verteilungsschlüssels und zweitens bei der Durchführung des ungleichzeitigen Sonderhaushalts.

Die Aufteilung der nationalen Beiträge könnte sich anstelle der einheitlichen Mehrwertsteuer-Bemessungsgrundlage am Bruttosozialprodukt der Mitgliedstaaten orientieren. Dieser Verteilungsschlüssel wird auch für den Anteil Norwegens und Islands am C.SIS und dem Sirene-Netzwerk,¹²¹ für die Finanzierung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik¹²² und die Verteilung von Bußgeldern im Rahmen des ungleichzeitigen Sanktionsmechanismus des Stabilitätspakts¹²³ verwandt. Er ist für die interessierte Öffentlichkeit leichter nachzuvollziehen und entspricht der zunehmenden Bedeutung des Bruttosozialprodukt-Schlüssels für die Finanzierung der Europäischen Union¹²⁴. Eine rechtlich zwingende Vorgabe besteht insoweit jedoch nicht. Die Mitgliedstaaten können anstelle des Bruttosozialprodukt-Schlüssels auch weiterhin die Mehrwertsteuer-Bemessungsgrundlage oder einen neu zu entwerfenden Alternativ-Schlüssel anwenden. Darüber hinaus könnte die Verwaltung des

ändert durch Beschluss 664/2000/EG des Rates vom 23.10.2000 (ABl. 2000 L 278, 24). Kritisch zur gewählten Rechtsgrundlage des Art. 2 I Schengen-Protokoll anstelle der einschlägigen Vertragsbestimmungen *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/226-228.

¹¹⁹ Haushaltsplan für die Errichtung und den Betrieb des C.SIS für das Jahr 2000 (Rats-Dok. 11337/99); Haushaltsplan 2000 für die Phase II des Sirene-Netzes und das HelpDesk (Rats-Dok. 12853/99); Berichtigungshaushaltsplan 2000 für die Phase II des Sirene-Netzes und das HelpDesk (Rats-Dok. 8248/00); Haushaltsplan für die Errichtung und den Betrieb des C.SIS für das Jahr 2001 (Rats-Dok. 10245/00); Haushaltsplan 2001 für die Phase II des Sirene-Netzes und das HelpDesk (Rats-Dok. 11861/00); Berichtigungshaushaltsplan 2001 für die Phase II des Sirene-Netzes und das HelpDesk (Rats-Dok. 9521/01); Berichtigungshaushaltsplan 2001 für das SISNET (Rats-Dok. 10629/01).

¹²⁰ Der Rat übernahm aufgrund der primärrechtlichen Anordnung in Art. 7 Schengen-Protokoll die Aufgaben des Schengen-Sekretariats. Wenn man Kenntnis von den Haushaltsbeschlüssen erlangen möchte, muss ein gesonderter Antrag auf Zugang zu den entsprechenden Ratsdokumenten gestellt werden. Näher zu beiden Aspekten *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/224 ff.

¹²¹ Art. 12 I UAbs.2 des Assoziierungsabkommens mit dem Schengener Recht; Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

¹²² Art. 28 III UAbs.2 S.1 EUV.

¹²³ Art. 13, 16 VO 1467/97/EG des Rates über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit vom 7. 7.1997 (ABl. 1997 L 209, 6): „Geldbußen im Sinn des Artikels 13 dieser Verordnung stellen sonstige Einnahmen gemäß Artikel 201 des Vertrags dar und werden *unter den teilnehmenden Mitgliedstaaten*, die kein übermäßiges Defizit im Sinn des Artikels 104c Absatz 6 aufweisen, *im Verhältnis zu ihrem Anteil am gesamten BSP* der in Betracht kommenden Mitgliedstaaten aufgeteilt“ (eigene Hervorhebung).

¹²⁴ Siehe Beschluss 597/2000/EG, Euratom des Rates über das System der Eigenmittel der Europäischen Gemeinschaften vom 29.9.2000 (ABl. 2000 L 253, 42), der die Bedeutung des erst 1988 eingeführten Bruttosozialprodukt-Schlüssels gegenüber den Mehrwertsteuer-Eigenmitteln weiter erhöhte.

ungleichzeitigen Nebenbudgets der Kommission übertragen werden. Der Gerichtshof hat die Zulässigkeit einer derartigen Organleihe ausdrücklich anerkannt¹²⁵.

Soweit darüber hinaus eine umfassende Finanzierung der operativen Kosten aus dem EU-Haushalt erwünscht ist, kann der Rat auf eines der beiden nachfolgend erörterten Modelle zurückgreifen. Die Entwicklung des SIS der zweiten Generation wird seit dem Jahr 2002 umfassend aus dem regulären EU-Haushalt finanziert. Grundlage hierfür sind zwei Ratsbeschlüsse aus dem Dezember 2001¹²⁶. Dieser Schritt war zwingend, da das Vereinigte Königreich und Irland nunmehr weitgehend am SIS teilnehmen¹²⁷ und auch Dänemark an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule als Unionsrecht gebunden ist¹²⁸. Durch die Herstellung von Gleichzeitigkeit entfiel auch die Grundlage für eine nationale Finanzierung operativer Ausgaben durch nationale Beiträge außerhalb des EU-Haushalts. Dementsprechend enthielt der Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union für das Jahr 2002 eine Verpflichtungsermächtigung in Höhe von 950.000 € für die Entwicklung des SIS der zweiten Generation¹²⁹. Für das Sirene-Netzwerk finden die früheren Finanzierungsregeln dagegen weiterhin Anwendung¹³⁰.

Modell 2: Reguläre Haushaltsfinanzierung

Nach Art. 44a EUV ist die reguläre Finanzierung operativer Ausgaben aus dem EU-Haushalt bei Ungleichzeitigkeit als Ausnahme konzipiert. Grundsätzlich werden die operativen Ausgaben „von den beteiligten Mitgliedstaaten finanziert“. Eine abweichende Regelung bedarf eines einstimmigen Beschlusses *aller* Mitgliedstaaten nach Anhörung des Europäischen Parlaments¹³¹. Die Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sehen eine gleichzeitige Haushaltsfinanzierung ungleichzeitiger Ausgaben sogar nicht einmal als Möglichkeit vor¹³². Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die jüngste Praxis operative Ausgaben im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts regulär aus dem EU-Haushalt finanziert, obwohl Dänemark an keinem der Rechtsakte beteiligt ist und teilweise auch das Vereinigte König-

¹²⁵ EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 – *Parlament/Rat und Kommission* und EuGH, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625 Rz. 41 – *Parlament/Rat*. Siehe auch Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.).

¹²⁶ VO 2424/2001/EG des Rates über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) vom 6.12.2001 (ABl. 2001 L 328, 4) sowie Beschluss 886/2001/JI des Rates über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) vom 6.12.2001 (ABl. 2001 L 328, 1).

¹²⁷ Hierzu Kapitel 3 II 2 a (S. 93 f.).

¹²⁸ Nach Art. 41 III EUV werden operative Kosten der dritten Säule grundsätzlich aus dem EU-Haushalt finanziert. Diese Einbindung Dänemarks in das Haushaltsrecht kennzeichnet die vorstehend angenommene unionsrechtliche Bindung Dänemarks an das Schengener Recht der ersten Säule und unterscheidet diese von einer rein völkerrechtlichen Verpflichtung, wie sie von anderen Autoren angenommen wird; Kapitel 3 III 3 (S. 107 ff.).

¹²⁹ Die Zahlungsermächtigung für 2002 umfasst 500.000 €; vgl. Kapitel B 5-8 4 Endgültige Feststellung des Gesamthaushaltsplans der Europäischen Union für das Haushaltsjahr 2002 (ABl. 2002 L 29, 1/1054).

¹³⁰ Siehe Haushaltsplan 2002 für das SIRENE-Netz (Phase II) und den HelpDesk-Server (Rats-Dok. 13265/01), der in Fortführung der früheren Praxis nicht veröffentlicht wurde.

¹³¹ Die Anhörung des Europäischen Parlaments ist eine Neuerung des Vertrags von Nizza und findet sich nicht in Art. 44 II EUV (1997). Dennoch kritisch X. *Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/171: „Más discutible es que, en este hipotético supuesto, baste la previa consulta al Parlamento Europeo cuando, como es sabido, esta institución comparte con el Consejo un amplio poder presupuestario (artículo 272 del TCE).“ Die Annahme von U. *Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/44, dass aufgrund einer verstärkten Zusammenarbeit der Gemeinschaft keine Kosten aufgebürdet werden dürften, ist insoweit unzutreffend.

¹³² Siehe Art. 5 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und Art. 3 Protokoll über die Position Dänemarks (1997).

reich und Irland gleichzeitig Außen vor bleiben. Im Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union für das Jahr 2002 waren für diese Bereiche Verpflichtungsermächtigungen in Höhe von anteilig 51,5 Millionen € vorgesehen¹³³, wovon allein gut 45 Millionen € auf den Europäischen Flüchtlingsfonds entfielen¹³⁴.

Neben dem Europäischen Flüchtlingsfonds¹³⁵ umfasst die reguläre Haushaltsfinanzierung trotz Ungleichzeitigkeit die computergestützte Zentraleinheit aufgrund der Eurodac-Verordnung zum Abgleich von Fingerabdrücken von Asylbewerbern¹³⁶, die Förder- und Austauschprogramme für die Rechtsberufe im Bereich des Zivilrechts¹³⁷, die Maßnahmen der Gemeinschaft zur Verwirklichung des europäischen Rechtsraums in Zivilsachen¹³⁸ und das Aktionsprogramm für Verwaltungszusammenarbeit in den Bereichen Außengrenzen, Visa, Asyl und Einwanderung¹³⁹. Im Fall der Eurodac-Verordnung kann man die reguläre Haushaltsfinanzierung als Vorgriff auf die von Dänemark angestrebte völkerrechtliche Anbindung verstehen, die bislang freilich nicht verwirklicht ist¹⁴⁰. Bei den verschiedenen Förder- und Aktionsprogramme ist zu beachten, dass den Bürgern und Verwaltungsbehörden im Staatsgebiet der *outs* gleichwohl ein Antragsrecht gewährt wird. Diese sind somit trotz Ungleichzeitigkeit faktisch in den Geltungsbereich der Rechtsakte einbezogen¹⁴¹. Dies erklärt wohl die Bereitschaft der *outs*, der regulären Haushaltsfinanzierung trotz Ungleichzeitigkeit nicht zu widersprechen. Nur von den Finanzmitteln des Europäischen Flüchtlingsfonds soll definitiv kein Geld nach Dänemark fließen¹⁴². Wie ist diese Praxis rechtlich zu beurteilen?

¹³³ Die Höhe der Zahlungsermächtigungen für 2002 beträgt 47,1 Millionen €. Für die Ausbildungs-, Austausch- und Kooperationsprogramme in den Bereichen Justiz und Inneres nach Kapitel B5-8 2 0 wird eine gleichmäßige Verteilung der Ermächtigungen auf die teils gleichzeitigen, teils ungleichzeitigen Rechtsakte unterstellt; zu Eurodac Kapitel B5-8 1 2 und zum C.SIS oben Fn. 129 (S. 228). Die Zahlen sind entnommen der Endgültigen Feststellung des Gesamthaushaltsplans der Europäischen Union für das Haushaltsjahr 2002 (ABl. 2002 L 29, 1).

¹³⁴ Ebd. Kapitel B5-8 1 0.

¹³⁵ Art. 2, 11, 16 Entscheidung 596/2000/EG des Rates über die Errichtung eines Europäischen Flüchtlingsfonds vom 28.9.2000 (ABl. 2000 L 252, 12), an der ebenfalls Dänemark nicht teilhat.

¹³⁶ Art. 21 I Eurodac-Verordnung, die für Dänemark nicht gilt.

¹³⁷ Art. 10 II VO 290/2001/EG des Rates zur Verlängerung des Förder- und Austauschprogramms für die Rechtsberufe im Bereich des Zivilrechts (Grotius-Zivilrecht) vom 12.2.2001 (ABl. 2001 L 43, 1), die wiederum für Dänemark nicht gilt.

¹³⁸ Art. 7 III VO 743/2002/EG des Rates über eine allgemeine Rahmenregelung für Maßnahmen der Gemeinschaft zur Erleichterung der Verwirklichung des europäischen Rechtsraums in Zivilsachen vom 25.4.2002 (ABl. 2002 L 115, 1), die für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich nicht gilt.

¹³⁹ Art. 11 III Entscheidung 463/2002/EG des Rates über ein Aktionsprogramm für Verwaltungszusammenarbeit in den Bereichen Außengrenzen, Visa, Asyl und Einwanderung (ARGO) vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 161, 11), die für Irland und Dänemark nicht gilt, wohl aber für das Vereinigte Königreich.

¹⁴⁰ Näher Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹⁴¹ Nach Art. 8 IV VO 290/2001/EG, oben Fn. 137 (S. 229), können Bürger aus Dänemark und den Beitrittskandidaten eine Förderung beantragen. Dies ändert jedoch nicht die grundsätzliche Nichtgeltung der Verordnung für Dänemark, die in Art. 1 IV ausdrückliche niedergelegt ist und Art. 1 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) entspricht. Entsprechend Art. 6 IV VO 743/2002/EG und Art. 10 II Entscheidung 463/2002/EG, oben Fn. 138 f. (S. 229): „An den in Artikel 8 genannten Maßnahmen können sich Angehörige der einzelstaatlichen Dienststellen von Mitgliedstaaten, für die diese Entscheidung nicht verbindlich ist, beteiligen.“

¹⁴² Wegen der Nichtgeltung der Entscheidung 596/2000/EG, oben Fn. 135 (S. 229), umfassen Anträge der Mitgliedstaaten und pauschalisierten Mittelzuweisungen an die Mitgliedstaaten Dänemark nach Art. 10 nicht. Eine ausdrückliche Öffnungsklausel für Einzelpersonen enthält die Verordnung ebenfalls nicht.

In keinem der aufgeführten Fälle wurde ein separater einstimmiger Beschluss aller Mitgliedstaaten einschließlich der *outs* über die reguläre Haushaltsfinanzierung gefasst. Selbst wenn man im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Möglichkeit eines solchen Beschlusses in entsprechender Anwendung des Art. 44a EUV und gegen den Wortlaut der Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) zulässt, bestehen somit erhebliche rechtliche Zweifel an der Vertragskonformität der regulären Haushaltsfinanzierung. Auch die faktische Ausweitung auf Anträge von Bürgern im Staatsgebiet der *outs* kann das Fehlen eines gesonderten Beschlusses rechtlich nicht beseitigen. Dieses Defizit sollte bei einem zukünftigen Rückgriff auf das Modell einer regulären Haushaltsfinanzierung nicht wiederholt werden. Stattdessen sollte die reguläre Haushaltsfinanzierung durch die Annahme eines separaten und einstimmigen Beschlusses aller Mitgliedstaaten auf eine sichere rechtliche Grundlage gestellt werden. Ansonsten würde die Klage eines *out* gegen die reguläre Haushaltsfinanzierung Erfolg haben und die gewählte Konstruktion kippen. Wenn ein *out* nicht bereit ist, die reguläre Haushaltsfinanzierung durch seine Zustimmung mitzutragen, ist die Gemeinschaft gezwungen nach Alternativen zu suchen. Neben dem Rückgriff auf Modell 1 kommt hierbei eine „ungleichzeitige“ Haushaltsfinanzierung in Betracht.

Modell 3: „Ungleichzeitige“ Haushaltsfinanzierung

Das erste Modelle einer nationalen Finanzierung außerhalb des EU-Haushalts schützt zwar das legitime Interesse der *outs* gegen eine Beteiligung an den operativen Folgekosten von Ungleichzeitigkeit, ist zugleich aber nicht umfassend in das EU-Haushaltsverfahren eingebunden. Das zweite Modell einer regulären „gleichzeitigen“ Finanzierung aus dem EU-Haushalt integriert die Finanzierung von Ungleichzeitigkeit zwar in das EU-Haushaltsrecht, beinhaltet aber zugleich eine Beteiligung der *outs* an den operativen Kosten von Ungleichzeitigkeit. Auf der Suche nach einer Synthese der beiden Modellen könnte zukünftig eine „ungleichzeitige“ Haushaltsfinanzierung vereinbart werden. Diese würde das legitime Interesse der *outs* an einer Nichtbeteiligung an der Finanzierung berücksichtigen und zugleich die mit dem EU-Haushaltsverfahren einhergehenden Regeln über Beteiligung und Vorrechte der Kommission und des Parlaments beachten. Hierdurch würde die Finanzierung von Ungleichzeitigkeit umfassend in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert, ohne dass alle Mitgliedstaaten die operativen Kosten mittragen. Insbesondere das Budgetrecht als „vornehmstes Recht des Parlaments“¹⁴³ würde auf die „ungleichzeitige“ Finanzierung von operativen Ausgaben ausgeweitet.

Das ungleichzeitige Element der Finanzierung könnte auf der Einnahme- oder Ausgaben-seite verwirklicht werden: Da eine differenzierte Zahlung der Eigenmittel wegen der langjährigen Ausrichtung der Eigenmittelbeschlüsse nicht praktikabel ist, könnte die ungleichzeitige Finanzierung auf der Einnahmeseite durch nationale Beiträge nach Maßgabe des ersten Modells erfolgen, deren Zuordnung und Verwaltung sich dann nach dem regulären EU-Haushaltsverfahren richtete. Alternativ könnten die operativen Kosten bei Ungleichzeitigkeit aus dem regulären Budget der Eigenmittel geleistet und um Rücküberweisungen an die *outs* ergänzt werden. Wenn ein *out* einen Anteil von 5% an den Eigenmittelzuweisungen hat, würde er bei einer verstärkten Zusammenarbeit mit operativen Kosten in Höhe von 50 Millionen € eine Rückerstattung in Höhe von 2,5 Millionen € aus dem EU-Haushalt erhalten. Diese letztere Lösung ist wegen des geringeren Verwaltungsaufwands und der Transparenz der Re-

¹⁴³ M. Schreyer, Finanzverfassung, in: FCE Bd. 2 (2000), S. 119.

gelung vorzugswürdig. Die von *Ruffert* ganz allgemein befürchtete „erhebliche Verkomplizierung des gemeinschaftlichen Haushaltsrechts“¹⁴⁴ infolge von Ungleichzeitigkeit würde auf ein Minimum beschränkt.

Die Regelung des Art. 44a EUV zur Finanzierung der verstärkten Zusammenarbeit und die entsprechenden Regelungen für andere Formen von Ungleichzeitigkeit legen nahe, dass es dem Rat grundsätzlich freisteht, zwischen den drei aufgeführten Modellen zu wählen¹⁴⁵. Hierbei sollte sich der Rat regelmäßig für eine „ungleichzeitige“ Haushaltsfinanzierung nach Maßgabe des dritten Modells entscheiden, da hiernach der Grundsatz der „nationalen Finanzierung“ ungleichzeitiger Ausgaben umfassend in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert wird. Unabhängig hiervon sehen schon heute alle Formen von Ungleichzeitigkeit eine reguläre Finanzierung der Verwaltungskosten der Organe durch den EU-Haushalt vor¹⁴⁶. Dies ist schon aus praktischen Gründen sinnvoll, da die Berechnung des Verwaltungskostenanteils bei Ungleichzeitigkeit einen eigenen bürokratischen Aufwand verursacht, der dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung entgegensteht¹⁴⁷. Darüber hinaus unterstreicht die reguläre Finanzierung der Verwaltungskosten die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen. Die Organe der Europäischen Union sind immer die Organe aller Mitgliedstaaten und Bürger, auch wenn der geographische Geltungsbereich des von ihnen angenommenen Europarechts bei Ungleichzeitigkeit nicht das gesamte Unionsgebiet umfasst.

¹⁴⁴ Calliess/*Ruffert-M Ruffert*, Art. 44 EUV Rn. 4 und entsprechend *B. Martenczuk*, Amsterdam, ZEuS 1998, 447/463, deren Ausführungen freilich allgemein gehalten sind und sich nicht auf die hier ausgeführten Alternativmodelle beziehen.

¹⁴⁵ Die eingangs wiedergegebenen Bestimmungen enthalten nur die Feststellung, dass die *outs* keine operativen Kosten zu tragen haben. Die Überlegungen der Literatur beschränken sich auf die Feststellung dieser allgemeinen Regel der nationalen Finanzierung und bieten für die Unterscheidung der Modelle und die Auswahl zwischen ihnen keine Anhaltspunkte. *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 44a EUV Rn. 1 deutet eine notwendige Veranschlagung im EU-Haushalt an.

¹⁴⁶ So ausdrücklich Art. 44a EUV, Art. 5 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und Art. 3 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) sowie früher Nr. 2 UAbs.3 Sozialprotokoll. Wenn Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) und Art. 28 III UAbs.2 EUV für die konstruktive Enthaltung einzig operative Maßnahmen von der regulären Haushaltsfinanzierung ausnehmen, beinhaltet dies *argumentum e contrario* eine reguläre Finanzierung der Verwaltungskosten der Organe. *K. Hailbronner/C. Thierry*, Vergemeinschaftung, EuR 1998, 583/599 f. zeichnen auf dieser Grundlage das Bild eines Europa *à la carte* fort und bezeichnen die Europäische Union als Restaurant, in dem jeder Mitgliedstaat bezahlt, was er bestellt und verzehrt, während die Kosten für Räumlichkeiten und Personal von allen gemeinsam getragen werden.

¹⁴⁷ Den pauschalisierten Beiträgen Norwegens und Islands zu den Verwaltungskosten der Organe für das Schengener und Dubliner Recht kann entnommen werden, dass die Gesamtverwaltungskosten der Organe für diese beiden Rechtsbereiche jährlich etwa 12,5 Millionen € betragen; vgl. Art. 12 I des Assoziierungsabkommens mit dem Schengener Recht und Art. 9 I des Assoziierungsabkommens mit dem Dubliner Recht (Kapitel 9 I 2; S. 274 ff.). Die auf den ersten Blick überraschende Höhe der Verwaltungsausgaben ergibt sich auch daraus, dass die gemeinsame Finanzierung der Verwaltungskosten eigene Subgremien des ungleichzeitigen Rechts wie die Gemeinsame Kontrollinstanz des Schengener Rechts umfasst; siehe Art. 115 Schengen II und zur Haushaltsfinanzierung des Sekretariats Art. 5 Beschluss 641/2000/JI des Rates vom 17.10.2000 (ABl. 2000 L 271, 1).

V Fazit

Die *outs* sind nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit umfassend an den Beratungen des Rates beteiligt; jedoch ruht ihr Stimmrecht bei Abstimmungen über ungleichzeitige Rechtsakte. Die Abstimmungsmodi des Rates finden insoweit entsprechende Anwendung. Dies bereitet grundsätzlich keine Probleme, kann beim künftigen Bevölkerungsquorum jedoch unvorhergesehene Auswirkungen haben. Die ungleichzeitige Beschlussfassung des Rates erfasst nach allgemeinen Regeln auch dessen Subgremien, während die Ratspräsidentschaft grundsätzlich einheitlich ausgeübt wird. Die Suspension des Stimmrechts der *outs* erscheint als eine angemessene Modifikation des einheitlichen institutionellen Rahmens bei Ungleichzeitigkeit: In der „Staatenkammer“ Rat vertreten die nationalen Regierungen das demokratisch formulierte mitgliedstaatliche Partikularinteresse, dem bei Ungleichzeitigkeit gerade kein prägender Einfluss auf den Inhalt der ungleichzeitigen Rechtsakte zukommen soll. Auch der Grundsatz, dass operative Ausgaben bei Ungleichzeitigkeit grundsätzlich nur durch die *ins* getragen werden, ist eine angemessene Modifikation des Haushaltsrechts. Aufgrund allgemeiner Regeln kann die „ungleichzeitige“ Finanzierung operativer Ausgaben mit den Anforderungen des EU-Haushaltsverfahrens in Einklang gebracht werden.

Kommission, Parlament und Gerichtshof beraten und entscheiden bei Ungleichzeitigkeit dagegen in unveränderter Zusammensetzung. Zudem steht den *outs* auch bei Ungleichzeitigkeit ein unbeschränktes Klage- und Interventionsrecht zu, aufgrund dessen sie die europäische Gerichtsbarkeit zur Wahrung der Integrität der gesamteuropäischen Verfassungsordnung anrufen können. Der Gerichtshof sichert hiernach auch bei Ungleichzeitigkeit die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge. Eine modifizierte Zusammensetzung und Beschlussfassung von Kommission, Parlament und Gerichtshof und ein Ausschluss der *outs* auch von den Beratungen des Rates wird von den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit nicht gestattet. Dies stellt sicher, dass Ungleichzeitigkeit nicht einseitig den Interessen der *ins* folgt, sondern aufgrund des fortgesetzten Diskurses der politischen Akteure immer auch den Interessen der gesamten Europäischen Union verpflichtet bleibt. Der einheitliche institutionelle Rahmen weist auch bei Ungleichzeitigkeit dem „nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung“¹⁴⁸. Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen nach allgemeinen Regeln garantiert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration keine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt.

¹⁴⁸ So die bereits in der Einleitung zu diesem Kapitel zitierte Präambel des EGKS-Vertrags.