

Schriftenreihe
Europäisches Verfassungsrecht



Daniel Thym

Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht

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



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht

herausgegeben von Prof. Dr. Ingolf Pernice

Band 14

Daniel Thym

Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht

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



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2003

ISBN 3-8329-0511-1

1. Auflage 2004

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Ich danke der Studienstiftung des deutschen Volkes für die finanzielle Unterstützung,
dem Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht und seinen Mitarbeitern
für den akademischen Rahmen
sowie meinem Doktorvater Professor Ingolf Pernice für die wissenschaftliche Betreuung.*

VORWORT DES HERAUSGEBERS

Die Europäische Union befindet sich im Umbruch. Spätestens seit Maastricht entwickelt sie sich von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union. Jetzt steht ihre Erweiterung auf fünfundzwanzig bis dreißig Mitgliedstaaten bevor. Beides zwingt zu einer grundlegenden Reform, die der Union zusätzliche Legitimation vermittelt und sie für die Zukunft handlungsfähig erhält. Seit der Humboldt-Rede von Joschka Fischer, seit Nizza spätestens gewann der Wille zur Vereinfachung des Vertragswerks, zu mehr Transparenz und mehr Demokratie an Bedeutung. In der Erklärung von Laeken sprechen auch die Staats- und Regierungschefs erstmals von „Verfassung“. Der von ihnen einberufene Konvent über die Zukunft der Europäischen Union hat im Juli 2003 den Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vorgelegt. Jetzt tagt die Regierungskonferenz von Rom, um über diesen Entwurf zu verhandeln und ihn noch vor Ende des Jahres zu verabschieden.

Es kann hierbei nicht um eine Neu-Begründung der Union, auch nicht um Verfassungsgebung im klassischen Sinne einmaliger Setzung gehen. In einem „postnationalen“ Sinne sind die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften seit eh und je ihre „Verfassung“, die sukzessiven Vertragsrevisionen können als Schritte in einem Prozess verstanden werden, in denen supranationale öffentliche Gewalt verfasst wird. So entsteht, von den Bürgern der Mitgliedstaaten ausgehend, die Verfassung der Union als eine den Verfassungen der Mitgliedstaaten komplementäre Ordnung – auf ihnen aufbauend und mit ihnen zu einem einheitlichen Rechtssystem verbunden. Im europäischen Verfassungsverbund steht die für eine gemeinsame Politik in bestimmten Bereichen notwendige Einheit der Vielfalt der Ordnungen der Mitgliedstaaten gegenüber. Hier das richtige Gleichgewicht zu finden, zu strukturieren und entsprechend den wechselnden Anforderungen und neuen Zielen jeweils neu zu bestimmen, ist das Kernproblem der „europäischen Verfassung als Prozess“.

Dabei wurde einem dem Integrationsprozess eigenen Phänomen bislang wenig Rechnung getragen: Der Tatsache, dass europäisches Recht nicht in allen Teilen der Union in gleicher Weise gilt und gerade „diese Vielfalt in der Zeit“ wesentliche Fortschritte der Integration erlaubt hat, ja künftig wohl im verstärkten Umfang die Union prägen wird. Dies ist es, was *Daniel Thym* in seiner vorliegenden Berliner Dissertation mit dem Begriff der „Ungleichzeitigkeit“ thematisiert und verfassungsrechtlich einzuordnen sucht. In ihr zeigt sich die von der formalen Starrheit klassischer Staatsverfassungen grundlegend verschiedene Dynamik der Unionsverfassung. Es ist das Verdienst der vorliegenden Arbeit, diese Besonderheit nicht nur auf den Begriff zu bringen, sondern als integralen Bestandteil des europäischen Verfassungsrechts zu erklären. Dabei geht es nicht nur darum, ob und unter welchen Bedingungen die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit mit den Grundsätzen der europäischen Rechtsordnung und dem Konzept einer Verfassung der Union vereinbar sind. In akribischer und vielfach origineller Weise analysiert der Autor vielmehr nach einer theoretisch-begrifflichen Grundlegung die einzelnen Erscheinungsformen der Ungleichzeitigkeit: verstärkte Zusammenarbeit, Schengener Recht, Wirtschafts- und Währungsunion, Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die Sonderform der völkerrechtlichen Verträge einzelner Mitgliedstaaten, um für sie gemeinsame normative Grundsätze herauszuarbeiten. Damit kommt er zu Ergebnissen, die sowohl für die Theorie des europäischen Verfassungsrechts als auch für das Verständnis und die Praxis der unterschiedlichen Formen der Ungleichzeitigkeit weit über die aktuelle Reform der Verfassung der Union hinaus wegweisend sein dürften.

Berlin, den 6. Oktober 2003

Ingolf Pernice

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung

Kapitel 1 Grundlegung

Erster Teil Formen von Ungleichzeitigkeit

Kapitel 2 Verstärkte Zusammenarbeit

Kapitel 3 Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Kapitel 4 Wirtschafts- und Währungsunion

Kapitel 5 Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik

Kapitel 6 Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten

Zweiter Teil Allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit

Kapitel 7 Einheitlicher institutioneller Rahmen

Kapitel 8 Grundprinzipien des Europarechts

Kapitel 9 Externe Dimension

Kapitel 10 Völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten

Dritter Teil Verfassungstheoretische Einordnung

Kapitel 11 Europäische Verfassung? Eine Standortbestimmung

Kapitel 12 Ungleichzeitigkeit und europäische Verfassungstheorie

Zusammenfassung in Thesen

English Summary

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	17
Kapitel 1 Grundlegung	21
I Rechtliche Ungleichzeitigkeit	21
1 Gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung	23
2 Assoziierung von Drittstaaten.....	26
II Politische Integrationskonzepte.....	28
1 Europa <i>à la carte</i>	29
2 Kerneuropa	32
3 Pragmatische Umsetzung.....	38
III Fazit.....	40
Erster Teil: Formen von Ungleichzeitigkeit	41
Kapitel 2 Verstärkte Zusammenarbeit	43
I Anwendungsbereich	44
II Verfahren.....	47
1 EG-Vertrag	48
a Grundbeschluss.....	48
b Befassung des Europäischen Rats	50
c Dichte des Grundbeschlusses	52
d Herstellung von Gleichzeitigkeit	54
2 Zusammenarbeit in Strafsachen.....	58
3 Richterliche Überprüfung	60
III Die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit	62
1 Integrationsfortschritt	63
2 Beachtung der Verträge und des einheitlichen institutionellen Rahmens	64
3 Wahrung des Besitzstands	65
4 Kompetenzabgrenzung.....	65
5 Binnenmarkt und Solidarität	68
6 Verbot von Handelsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen	69
7 Mindestteilnehmerzahl	72
8 Schutz der <i>outs</i>	74
9 Schengener Recht.....	76
10 Offenheit	76
IV Fazit.....	76
Anhang: Synopse der Vertragsartikel in den Verträgen von Nizza und Amsterdam sowie dem Verfassungsentwurf	78

Kapitel 3	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	79
I	Anwendungsbereich	80
1	Schengener Recht.....	81
2	EU-Vertrag	85
3	EG-Vertrag	86
4	Abgrenzung der Sonderpositionen.....	87
II	Vereinigtes Königreich und Irland	90
1	Leitmotiv: Wahlfreiheit	90
2	Übernahme des Schengener Rechts	92
a	Übernahmebeschlüsse.....	93
b	Teilnahmepflicht bei Änderungen.....	94
3	Beteiligung an der Rechtsetzung.....	95
a	Schengener Recht.....	96
b	EG-Vertrag	99
4	Spätere Übernahme	100
5	Herstellung von Gleichzeitigkeit.....	102
III	Dänemark.....	103
1	Leitmotiv: keine Vergemeinschaftung	103
2	Problem: Unionsrecht – Völkerrecht.....	105
3	Integriertes Schengener Recht.....	107
4	Weiterentwicklung des Schengener Rechts	110
5	Herstellung von Gleichzeitigkeit.....	114
IV	Beitritt neuer Mitgliedstaaten	114
V	Fazit.....	118
	Anhang: Liste ungleichzeitiger Rechtsakte	119
Kapitel 4	Wirtschafts- und Währungsunion	131
I	Rechtsstellung der <i>outs</i>	132
1	Nichterfüllung der Konvergenzkriterien	132
2	Politische Freistellung.....	134
3	Rechtliche und institutionelle Anbindung.....	136
4	Herstellung von Gleichzeitigkeit.....	139
II	Kooperation der <i>ins</i>	141
1	Stabilitätspakt.....	141
2	Euro-Gruppe	143
3	Fortentwicklung: europäische Wirtschaftsregierung?	145
III	Fazit.....	149
Kapitel 5	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik	151
I	Konstruktive Enthaltung	151
1	Verfahren	152
2	Anwendung bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen?.....	155
3	„Spontane“ Ungleichzeitigkeit	156

II	Verstärkte Zusammenarbeit	159
1	Verfahren	159
2	Anwendungsbereich	163
3	Militärische oder verteidigungspolitische Bezüge	167
III	Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik	169
1	Allgemeine Regeln	170
2	Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents	173
3	Dänische Ausnahme	176
IV	Fazit	179
Kapitel 6 Sonderfall: Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten		181
I	Zusammenarbeit in Strafsachen	182
1	Vorläufige Anwendung	184
2	„Ungleichzeitiges“ Inkrafttreten	185
3	Ausblick	186
II	Verteidigungspolitik: Union <i>vs.</i> Allianz?	187
III	Praxis der Bundesrepublik Deutschland (1995-2000)	191
IV	Sozialabkommen	194
1	Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht	195
2	Modell Sozialabkommen?	197
V	Benelux	198
1	Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht	199
2	Modell Benelux?	200
VI	Fazit	202
Zweiter Teil: Allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit		203
Kapitel 7 Einheitlicher institutioneller Rahmen		205
I	Rat	205
1	Teilnahme aller Mitgliedstaaten an den Beratungen	206
2	Abstimmungsmodi	210
3	Ungleichzeitiger Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen?	214
II	Parlament und Kommission	216
III	Europäische Gerichtsbarkeit	217
1	Asymmetrische Zuständigkeit	218
2	„Ungleichzeitige“ Rechtsprechung?	219
3	Klage- und Interventionsrecht der <i>outs</i>	221
4	Rolle und Funktion des Gerichtshofs	223
IV	Finanzierung	225
V	Fazit	232

Kapitel 8	Grundprinzipien des Europarechts	233
I	Einheit der Rechtsordnung.....	234
1	Ungleichzeitiges Europarecht	234
2	Einheitliche Geltung – einheitliche Anwendung – <i>effet utile</i>	236
3	Kohärenzgebot.....	238
4	Rückgriff auf eine gleichzeitige Rechtsgrundlage?	241
5	Nachträgliche Ungleichzeitigkeit?.....	244
II	„Unionstreue“.....	246
III	Binnenmarkt	250
IV	Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.....	254
V	Subsidiaritätsprinzip.....	258
VI	<i>Acquis communautaire</i> : Beitritt neuer Mitgliedstaaten	261
VII	Grundprinzip Ungleichzeitigkeit?.....	265
VIII	Fazit.....	267
Kapitel 9	Externe Dimension	269
I	Auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft.....	269
1	Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze.....	270
2	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	274
3	Notwendige Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr	280
II	Rechtsstellung der <i>outs</i>	282
1	Gemeinschaftsrechtliche Schranken	282
2	Völkerrechtliche Anbindung?	285
III	Dennoch: einheitliches Auftreten?	287
1	Externe Gleichzeitigkeit trotz interner Ungleichzeitigkeit?	287
2	Gemischte Abkommen bei Ungleichzeitigkeit	290
IV	Fazit.....	295
Kapitel 10	Völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten	297
I	Ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft	298
II	Konkurrierende Zuständigkeit.....	299
1	Verträge aller Mitgliedstaaten	299
2	Verträge einiger Mitgliedstaaten.....	304
a	Verstärkte Zusammenarbeit als Argument?.....	305
b	„Fünf Gebote“ für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten ...	308
(1)	Subsidiarität gegenüber europäischer Rechtsetzung.....	309
(2)	Vorrang des Gemeinschaftsrechts.....	311
(3)	Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft.....	312
(4)	Offenheit.....	314
(5)	Organleihe.....	315
III	Ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten	318
IV	Fazit.....	320

Dritter Teil: Verfassungstheoretische Einordnung	321
Kapitel 11 Europäische Verfassung? Eine Standortbestimmung	323
I Verfassungsfunktionen.....	323
II Rechtliches Verfassungsverständnis.....	324
III „Postnationaler“ Verfassungsbegriff.....	329
1 Verfassung ohne Staat?	329
2 Europäischer Gesellschaftsvertrag.....	331
3 Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht.....	333
IV Demokratisches Verfassungsverständnis	335
1 Gestufter Bürgerstatus und doppelte demokratische Legitimation.....	336
2 Europäisches Bürgerbewusstsein?.....	338
V Fazit.....	340
Kapitel 12 Ungleichzeitigkeit und europäische Verfassungstheorie	341
I „Nous coalisons des États“	342
1 Vom funktionalen Zweckverband zur politischen Union	342
2 Wahrung nationaler Interessen und Identität	345
3 Asymmetrischer „Föderalismus“	349
4 Einheitlicher institutioneller Rahmen	353
II Völkerrechtliche Kooperationen im europäischen Verfassungsverbund	355
1 Kerneuropa: „constitutional heart attack“?.....	359
2 Alternative: Reform von Ungleichzeitigkeit?	361
III Ungleichzeitigkeit und europäische Demokratie.....	363
1 Rechtsstatus der Unionsbürger	363
2 Europäisches Parlament.....	365
3 Verständlichkeit und Bürgernähe	367
4 <i>Identity Building</i>	370
IV Rechtliche Einheit der Verfassung	374
1 Vorrang der Verfassung.....	374
2 Wahrung europarechtlicher Grundprinzipien	378
V Fazit.....	380
Zusammenfassung in Thesen	381
English Summary	387
Abkürzungsverzeichnis	393
Literaturverzeichnis	399

EINLEITUNG

Als der französische Mathematiker und Philosoph *Blaise Pascal* den Sternenhimmel betrachtete, galt seine besondere Bewunderung dessen „Ungleichzeitigkeit“. Dem unbefangenen Betrachter erscheint der Sternenhimmel als Abbild desselben Augenblicks, der die derzeitige Situation und Leuchtkraft der Himmelskörper widerspiegelt. Tatsächlich entstammen die Bilder der Sterne, die wir sehen, unterschiedlichen Zeitpunkten. Wegen der Dauer des Lichttransports kann ein Stern, der uns noch als schwaches Licht erscheint, inzwischen zu einer mächtigen Sonne angewachsen sein – und umgekehrt. Wenn die Sterne der Europafahne die Mitgliedstaaten darstellten, könnte man dieses Bild modifiziert auf die Europäische Union übertragen: Was auf den ersten Blick als ein gleiches Nebeneinander erscheint, ist in Wirklichkeit das Abbild eines Integrationsprozesses, an dem nicht alle Mitgliedstaaten im Gleichschritt teilhaben. Mehrfach sind Mitgliedstaaten „ungleichzeitig“ von der Annahme und Geltung europäischer Rechtsakte ausgenommen. Ungleichzeitigkeit in diesem Sinn soll der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.

Ungleichzeitigkeit ist ein neues Rechtsinstitut, das zur Verwirklichung der Währungsunion erstmals in die europäischen Verträge eingefügt wurde. Es stellt sich daher die Frage, ob Ungleichzeitigkeit mit den hergebrachten Grundsätzen der europäischen Rechtsordnung in Einklang steht. Dies wird nachfolgend in drei Schritten untersucht: Ausgangspunkt ist die Analyse der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit. Hierauf aufbauend sind allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit zu entwickeln, die gemeinsame Rechtsfragen einer einheitlichen Behandlung zuführen. Abschließend ist Ungleichzeitigkeit mit den Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie in Bezug zu setzen. Es wird zu zeigen sein, dass die Ausgestaltung der jeweiligen Vertragsbestimmungen, die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit und die verfassungstheoretische Einordnung die These stützen, dass Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union eingebettet ist. Ungleichzeitigkeit steht nicht im Widerspruch zur europäischen Integration, sondern ist ein integraler Bestandteil des europäischen Verfassungsrechts. Trotz der inneren Gesamthese ist die Struktur der Arbeit bewusst so konzipiert, dass jeder Leser nach Maßgabe des eigenen Interessenschwerpunkts gegebenenfalls auch einzelne Kapitel für sich betrachten und verstehen kann.

In der Grundlegung des ersten Kapitels sind die Reichweite des Rechtskonzepts Ungleichzeitigkeit näher zu bestimmen und politische Integrationskonzepte vorzustellen, auf denen die europarechtliche Ungleichzeitigkeit teilweise beruht. Auf dieser Grundlage wird im ersten Teil die rechtliche Tragweite der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit erörtert. Es geht darum, den Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen und ihre Handhabung in der Rechtspraxis aufzuzeigen. Eine besondere Bedeutung kommt den jeweils normierten Voraussetzungen und Verfahren für die Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit zu. Sie verdeutlichen bereits, dass die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit keine Fremdkörper in der europäischen Rechtsordnung sind, sondern vielmehr in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert sind. Als rechtlich bedeutendste Formen von Ungleichzeitigkeit seien bereits an dieser Stelle der

umfangreiche ungleichzeitige Besitzstand des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die bislang noch nicht angewandten Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit genannt. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zeigt, dass sich das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in absehbarer Zukunft nicht wandeln wird. Auf die Reichweite und Implikationen der Vorschläge des Konvents ist in den einzelnen Kapiteln jeweils gesondert hinzuweisen.

Es gibt eine Vielzahl von Rechtsfragen, die sich bei den verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in gleicher Weise stellen. Im zweiten Teil werden daher allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit entwickelt. Diese allgemeinen Regeln beruhen auf den speziellen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit und allgemeinen europarechtlichen Erwägungen. Sie bereiten gleich gelagerte Rechtsfragen systematisch auf und führen sie gegebenenfalls einer einheitlichen Betrachtung zu. Es geht etwa um die Anwendbarkeit und Modifikation der institutionellen Regeln. Zudem wird zu zeigen sein, dass Ungleichzeitigkeit sich harmonisch mit den Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung verbindet und etwa das Subsidiaritätsprinzip oder das Diskriminierungsverbot nicht in Frage stellt. Besondere Beachtung verdienen auch die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten. Diese sind zwar kein Bestandteil der europäischen Rechtsordnung, bieten aber eine Alternative zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Allgemein wird der Begriff „Europarecht“ als Sammelbegriff für das Gemeinschaftsrecht nach dem EG-Vertrag und das Unionsrecht des EU-Vertrags verwandt. Mitgliedstaaten, die an einem ungleichzeitigen Integrationsschritt nicht teilhaben, werden als „outs“ bezeichnet. Dagegen bezieht sich der Begriff „ins“ auf Mitgliedstaaten, die an einer Ungleichzeitigkeit beteiligt sind.

Die Debatte im Europäischen Konvent und der nachfolgenden Regierungskonferenz befasst sich mit der Annahme des „Vertrags über eine Verfassung für Europa“. Unabhängig hiervon kommt die verfassungstheoretische Analyse zu dem Schluss, dass die europäischen Verträge ihrem Wesen nach schon heute als Verfassung zu qualifizieren sind. Die Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie, auf denen die Ergebnisse des dritten Teils beruhen, sind gesondert aufzuzeigen. Auf dieser Grundlage kann abschließend die Frage untersucht werden, welche Wechselwirkung zwischen den Einzelaspekten europäischer Verfassungstheorie und Ungleichzeitigkeit besteht und ob Ungleichzeitigkeit dem Verfassungscharakter der europäischen Verträge entgegensteht. Die verfassungstheoretische Einordnung von Ungleichzeitigkeit führt zurück zur Ausgangsfrage des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht. Auch in verfassungstheoretischer Perspektive bestätigt sich die Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht stehen in keinem Spannungsverhältnis, sondern sind in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung miteinander verbunden.

Ungleichzeitigkeit wird bis heute vielfach aus einer politischen Perspektive diskutiert. Diese Debatte ist legitim und notwendig, da die Umsetzung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit dem politischen Prozess überlassen ist und ihre Existenz in der politischen Debatte hinterfragt werden kann. Als rechtswissenschaftliche Arbeit versteht sich diese Untersuchung aber nur am Rande als ein Beitrag zu der politischen Diskussion. Ausgehend von der Entscheidung des Vertragsgebers für die Einführung von Ungleichzeitigkeit steht die rechtliche Analyse des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht im Vordergrund. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zeigt, dass diese

Analyse in absehbarer Zukunft ihre Aktualität bewahren wird. Allerdings hat auch mancher Europarechtler wegen der Abkehr von der gleichzeitigen Gesetzmäßigkeit der Integration politische Vorbehalte gegen Ungleichzeitigkeit, die die rechtliche Analyse überlagern. Es sei daher einleitend an eine Äußerung *Hans-Peter Ipsens* erinnert. Sein Verweis auf die nicht immer notwendige „Einheit ihrer Rechtserscheinung“ erscheint im Rückblick wie ein Vorgriff auf die Existenz von Ungleichzeitigkeit drei Jahrzehnte später:

„Perspektiven der Verfassungspolitik der Gemeinschaft sind regelmäßig – und allzu oft präjudiziell-voreilig – auf ihre künftige oder gar endgültige Gestaltform gerichtet: auf die Einheit ihrer Rechtserscheinung, wie sie sich aus der Gesetzlichkeit ihres Aufbaues und ihrer Aufgaben ergebe oder ergeben müsse. Aussagen hierüber werden gestützt auf die ... vorgeformte und zeitgestufte Abfolge von Integrationsschritten, aus denen – gespeist auch aus präambulierenden Absichts- und Zielvorstellungen der Verträge – auf eine aus dem Integrationsprozess erwachsende Gesamtqualität, eine Gestaltform der Gemeinschaft gefolgert werden dürfe... Denkbar und geboten sind insoweit nur zwei als maßgeblich erkennbare, weil realiter unbestreitbare Umstände und Erkenntnisse: einmal die Einsicht in die unter und in der Integration zunehmende Entflechtung der Staatlichkeit, und zum anderen die Folgerung, dass die Gestaltform der Gemeinschaft offen ist und offen zu halten bleibt.“¹

¹ *H.-P. Ipsen*, *Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 1050 f. Die zitierte Passage dient im Originalkontext als Einleitung für die Diskussion der endgültigen „Gestaltform“ der Gemeinschaften als Bundesstaat oder Staatenbund.

Kapitel 1

GRUNDLEGUNG

Das Rechtsinstitut der Ungleichzeitigkeit ist gekennzeichnet durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts auf die beteiligten Mitgliedstaaten (*ins*) und die Aussetzung des Stimmrechts der nicht beteiligten Mitgliedstaaten (*outs*) im Rat. Ungleichzeitigkeit ist hiernach zu unterscheiden von anderen Formen einer unterschiedlichen Behandlung der Mitgliedstaaten. In dieser Grundlegung ist eine Trennlinie zwischen Ungleichzeitigkeit und derartigen Beispielen einer „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ zu ziehen. Darüber hinaus sind politische Integrationskonzepte aufzuzeigen, die der Entstehung von Ungleichzeitigkeit zu Grunde liegen und verfassungspolitischen Perspektiven ihrer Fortentwicklung den Weg weisen. Hierbei zeigt sich, dass die normierten Formen von Ungleichzeitigkeit in den europäischen Verträgen unterschiedlichen Motivationslagen entspringen. Sie sind kein Ausdruck eines Masterplans, sondern stellen regelmäßig einen „pragmatischen“ Kompromiss zwischen teils widerstreitenden Integrationskonzepten dar. Die rechtswissenschaftliche Analyse des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht in den folgenden Kapiteln löst sich schon deshalb von der verfassungspolitischen Debatte und konzentriert sich auf die rechtliche Dimension von Ungleichzeitigkeit.

I Rechtliche Ungleichzeitigkeit

Rechtliche Ungleichzeitigkeit ist gekennzeichnet durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts auf die *ins* und die Aussetzung des Stimmrechts der nicht beteiligten Mitgliedstaaten bei der Annahme und Änderung der Rechtsakte im Rat. Ungleichzeitigkeit liegt somit immer dann vor, wenn einzelne Mitgliedstaaten von der Annahme und Geltung einzelner Sekundärrechtsakte ausgenommen sind. Der Begriff „Ungleichzeitigkeit“ wird in der europarechtlichen Literatur bislang nicht verwandt und soll als Sammelbegriff den speziellen Gegenstand dieser Untersuchung kennzeichnen. Ansonsten wird der Begriff der Ungleichzeitigkeit vor allem in der Geisteswissenschaft gebraucht und bezeichnet dort regelmäßig ein Nebeneinander verschiedener geistiger Strömungen¹. Hierbei zeigt die verbreitete Formel der „Ungleichzeitigkeit des Gleichzeitigen“, dass der Begriff der Ungleichzeitigkeit in seiner üblichen Verwendung zwar das Element der Zeit aufgreift. Er meint damit aber das Nebeneinander verschiedener Zustände und Ideen im Augenblick und keine lineare Abfolge von Ereignissen, die notwendig in ein gleichförmiges, gleichzeitiges Ergebnis münden. Dies ist bei europarechtlicher Ungleichzeitigkeit nicht anders: Die *outs* können zur Integrationsvorhut aufschließen, müssen dies aber nicht².

¹ Vgl. etwa *W. Schäfer*, Ungleichzeitigkeit (1994); *K. Mittag*, Ungleichzeitigkeit (1995) und *D. Kim*, Moderne (1993). Als Beispiel sei die Anziehungskraft esoterischer und mystischer Ideen in modernen Gesellschaften erwähnt, die ihrem Selbstverständnis nach eigentlich rational ausgerichtet sind.

² Siehe aber das lineare Verständnis bei *P. Häberle*, Schweiz, JöR N.F. 34 (1985), 305, der in seiner Analyse neuer Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz auf die Bedeutung von „Ungleichzeitigkeit“ verweist: „(Es) sei daran erinnert, dass es im Lichte einer kulturellen Bundesstaatstheorie, die auf Vielfalt setzt, verfassungspolitisch wünschenswert ist, wenn die bundes- und gliedstaatlichen Verfassungen nach ih-

In der rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur gab es in den vergangenen Jahren verschiedene Versuche, die vielfältigen Beispiele einer differenzierten Behandlung der Mitgliedstaaten einer einheitlichen Kategorisierung zuzuführen. Hierbei wird der Gegenstand der Systematisierung meist weiter gefasst als bei der vorliegenden Untersuchung. Politische Analysen gehen regelmäßig über den rechtlichen Status quo hinaus und zeigen politische Integrationskonzepte auf, die sich als Überlegungen *de lege ferenda* nicht als Ordnungsrahmen für eine rechtswissenschaftliche Analyse eignen. Dagegen beschränken sich die rechtlichen Überlegungen anderer Autoren zumeist auf die isolierte Betrachtung einer bestimmten Form von Ungleichzeitigkeit oder wählen einen Bezugsrahmen, der über Ungleichzeitigkeit im Sinn dieser Untersuchung hinausreicht. Dieser weite Ansatz umfasst regelmäßig auch Beispiele einer „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“, die aufgrund primärrechtlich garantierter oder sekundärrechtlich gewährter Sonderregeln zugunsten einzelner Mitgliedstaaten zwar ein differenziertes europarechtliches Rechtsfolgenregime errichten, den betroffenen Mitgliedstaat aber nicht ungleichzeitig von der Annahme und Geltung des Europarechts ausnehmen³.

In der rechtswissenschaftlichen Debatte, und hier insbesondere in der englischsprachigen Literatur, ist der Oberbegriff der „Differenzierung“ (*differentiation*) der wohl am häufigsten gebrauchte Terminus für diesen umfassenden Ansatz unter Einschluss gleichzeitiger Rechtsfolgendifferenzierungen⁴. In der französischen, deutschen und spanischen Literatur ist zudem der Begriff der „Flexibilität“ (*flexibilité, flexibilidad, flexibility*) weit verbreitet. Hierbei wird der Begriff der Flexibilität in seiner üblichen Verwendung regelmäßig auf die verstärkte Zusammenarbeit oder eine andere Form von Ungleichzeitigkeit begrenzt⁵. Er weist insoweit eine

rer Rechtsentstehung und Fortschreibung zeitlich ‚gestaffelt‘ entstehen. *Ungleichzeitigkeit* ist insofern ein verfassungspolitisches Postulat“ (übernommene Hervorhebungen). Der Gerichtshof verwandte den Begriff „gleichzeitig“ soweit ersichtlich nur in einer einzigen Entscheidung als Bezeichnung für die notwendige einheitliche Anwendung des Europarechts; vgl. EuGH, Rs. 34/73, Slg. 1973, 981 Rz. 10 – *Variola*. „Eine gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht (die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts nicht zu vereiteln, Anm. d. Verf.) ist eine unerlässliche Voraussetzung für die *gleichzeitige* und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft“ (eigene Hervorhebung). Die Nichtbeachtung des Vorrangs begründet keine Form von Ungleichzeitigkeit, da Ungleichzeitigkeit nur europarechtlich zulässige Beschränkungen des räumlichen Geltungsbereichs umfasst; siehe Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.). In der französischen Sprachfassung des Urteils wird von der notwendigen „application simultanée et uniforme des règlements communautaires“ gesprochen; in Englisch entsprechend von der „simultaneous and uniform application“.

³ Hierzu Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

⁴ Neben *D. Hanf*, *Differentiation* (2002) und *F. Tuynschaever*, *Differentiation* (1999) wird er allgemein auch verwandt von *G. de Búrca*, *Differentiation*, in: dies./Scott (2000), S. 133; *B. Martenczuk*, Amsterdam, ZEuS 1998, 447; *ders.*, *Differenziert*, in: Scholz (1999), S. 187; *ders.*, *Struktur*, EuR 2000, 351; *U. Becker*, *Differenzierungen*, EuR Beih. I/1998, 29; *ders.*, *Übergangsregelungen* (1999); *J. Janning*, *Differenzierung*, in: Weidenfeld (1998), S. 203; *L. Krämer*, *Environmental*, EEL Rev 2001, 133; *R. Priebe*, *Agrarpolitik*, in: FS Steinberger (2002), S. 1347; *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57; *A. Stubb*, *Categorisation*, JCMSt. 34 (1996), 283; *N. Walker*, *Differentiated*, ELJ 4 (1998), 355 sowie *C.D. Ehlermann*, *Differentiation*, ELJ 4 (1998), 246, der freilich auch den Begriff der Flexibilität gebraucht. Siehe auch *M. Egeberg/J. Trondal*, Norway, JCMSt. 37 (1999), 137 und *H. Krämer*, *Assoziation*, in: GS Grabitz (1995), S. 307, die unter den Begriff der Differenzierung auch die Assoziierung von Drittstaaten fassen.

⁵ Siehe etwa *J. Martín/P. de Naulares*, *Flexibilidad*, Rev.der.com.eur. 1998, 105; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, JCMSt. 37 (1999), 87; *ders./M. Sie Dhian Ho*, *Governance*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 299; *J. Scott*, *Environmental*, in: de Búrca/dies. (2000), S. 259; *J. Shaw*, *Flexibility*, ELJ 4 (1998), 63; *J. Ziller*, *Scope*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 113; *N. Arndt*, *Flexibilität*, in: Scholz (1999), S. 179; *P. Huber*, *Flexibilität*, EuR 1996, 347; *N. Walker*, *Metaconstitutional*, de Búrca/Scott (2000), S. 9; *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: ebd. 31; *C. Barnard*, *Flexibility*, in: ebd. 197; *J. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quevedo*, *Flexibilidad*, Rev.der.com.eur. 1997, 9; *A. Duff*, Amsterdam (1997), S. 181; *G. Gaja*, *Flexibility*, CML Rev. 35 (1998), 855; *C. Giering*, *Flexibilisie-*

Parallele zu Ungleichzeitigkeit im Sinn dieser Untersuchung auf. Gleichwohl überschreitet seine übliche Verwendung den Gegenstand dieser Untersuchung, da die Verwendung des Begriffs der Flexibilität häufig auch „flexible“ Regelungsregime wie Rahmenrichtlinien oder europäische Mindeststandards umfasst und zudem die politische Debatte über das Für und Wider von Flexibilität einbezieht⁶.

Vor diesem Hintergrund soll die eigene Begrifflichkeit „Ungleichzeitigkeit“ den begrenzten Untersuchungsgegenstand und die inhaltliche Ausrichtung der vorliegenden Arbeit hervorheben. Es geht um die rechtliche Analyse der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit. Daneben liegt ein besonderer Schwerpunkt auf der Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit und der verfassungstheoretischen Einordnung von Ungleichzeitigkeit. Insbesondere die allgemeinen Regeln des zweiten Teils knüpfen an die Nichtbeteiligung einzelner Mitgliedstaaten an der Rechtsetzung und die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts an und gelten somit nur für Ungleichzeitigkeit im Sinn dieser Untersuchung, nicht aber für andere Beispiele einer differenzierten Integration. Die engere Definition des Rechtskonzepts Ungleichzeitigkeit erlaubt eine Konzentration auf Rechtsfragen, die bei einem umfassenderen Untersuchungsansatz und gleichem Umfang nur in einer geringeren rechtswissenschaftlichen Tiefe erörtert werden könnten.

1 Gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung

Schon vor der erstmaligen Begründung von Ungleichzeitigkeit erlaubten die verschiedenen Beispiele einer „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ eine unterschiedliche Behandlung der Mitgliedstaaten aufgrund primärrechtlich garantierter oder sekundärrechtlich gewählter Ausnahmen und Sonderregeln. Gemeinsam ist ihnen, dass sie die betroffenen Mitgliedstaaten nicht generell von der Annahme und Geltung des Europarechts ausnehmen, sondern ein differenziertes Rechtsfolgenregime errichten, an dessen Annahme und Änderung alle Mitgliedstaaten gleichberechtigt beteiligt sind. Die Sonderregeln gründen auf dem Inhalt des Rechtsakts und nicht auf dessen genereller Nichtanwendbarkeit in einem Mitgliedstaat. Deshalb sind gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierungen keine Form von Ungleichzeitigkeit im Sinn dieser Untersuchung. Dies betont trotz seines umfassenden Untersuchungsansatzes im Ergebnis auch *Tuytschaever*: „(T)he characteristics of ... post-Maastricht differentiation are radically different from those prevailing in the pre-TEU legal order.“⁷

Die Literatur unternahm in den vergangenen Jahren verschiedene Ansätze, die vielfältigen Beispiele einer gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung einer einheitlichen Kategorisierung zuzuführen. *Grabitz* unterschied schon 1984 zwischen Differenzierungen „vollständiger“ und „unvollständiger“ Integration, für die er den Sammelbegriff der „abgestuften Integration“ prägte⁸. Dagegen sieht *Stubb* einen Dreiklang von Differenzierungen nach Zeit, Raum und Sachgebiet⁹. In jüngster Vergangenheit entwickelten insbesondere *Tuytschaever* und *Hanf* ein viel-

rungskonzepte, Integration 1997, 72; *J. Janning*, Zwangsjacke, Integration 1997, 285; *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 331; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713; *J. Usber*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 253; *D. Llan Noguera*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1139; *N. Ost*, Flexibilität, DÖV 1997, 495; *H. Wallace*, Flexibility, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 175.

⁶ Siehe die Verweise ebd.

⁷ *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 24.

⁸ *E. Grabitz/C. Iliopoulos*, Typologie, in: Grabitz (1984), S. 33 ff.

⁹ *A. Stubb*, Categorisation, JCMSt. 34 (1996), 283. Kritisch hinsichtlich der Unterscheidbarkeit der Kategorien

schichtiges System verschiedener Abstufungen von „actual and potential“, „inter-state and intra-state“, „temporary and non-temporary“, „general and specific“ sowie „positive and negative differentiation“¹⁰. Auch im Hinblick darauf, dass die verschiedenen Begriffe nicht einheitlich verwendet werden, besteht Einigkeit vor allem dahingehend, dass die typologische Vielfalt Ausdruck davon ist, dass die „conceptual debate was replete with terminological and semantic confusion“¹¹. Die verschiedenen Beispiele einer gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung werden daher an dieser Stelle ohne weitergehende Systematisierung nur aufgeführt.

Beispiele für gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierungen gibt es in nahezu allen Sachbereichen des Europarechts aufgrund unterschiedlicher Rechtskonstruktionen. Gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierungen ergeben sich etwa aus den zahlreichen Protokollen, die den europäischen Verträgen beigefügt sind¹² und aus der Bestimmung des Art. 307 EGV zum Bestandsschutz völkerrechtlicher „Altverträge“ der Mitgliedstaaten¹³. Darüber hinaus ordnet das Gemeinschaftsrecht für einzelne Regionen differenzierte Rechtsfolgen an, die von der generellen Nichtgeltung des Gemeinschaftsrechts bis zur Zulässigkeit spezieller Sonderregeln reichen¹⁴. Selbst die Ausübung eines materiellen Vorbehalts des nationalen Verfassungsrechts kann faktisch eine differenzierte Geltung des Europarechts bewirken, soweit die nationalen Behörden und Gerichte eine vom nationalen Verfassungsgericht festgestellte Nichtanwendbarkeit des Europarechts befolgen¹⁵. Eine derartige Rechtsfolgendifferenzierung beruhte auf keiner Anordnung des europäischen Primärrechts und würde daher von diesem weder angeordnet noch generell gestattet¹⁶.

Die qualitativ und quantitativ bedeutendste Untergruppe gleichzeitiger Rechtsfolgendifferenzierung sind jedoch unterschiedliche Behandlungen der Mitgliedstaaten im europäischen Sekundärrecht. Es handelt sich hierbei um ein ausgefächertes Regelungsregime, das von speziellen Übergangsfristen über generelle Ausnahmen für einzelne Mitgliedstaaten bis hin zu dauerhaft modifizierenden Regelungen reicht¹⁷. Besonders häufig sind derartige gleichzeitige

etwa U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/33.

¹⁰ F. Tuyschaever, Differentiation (1999), S. 116 ff. und D. Hanf, Differentiation (2002), S. 239 ff.

¹¹ E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/88; ähnlich V. Constantinesco, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/752: „confusions conceptuelles“.

¹² Kritisch zur „protocollarization“ des Vertrags von Maastricht etwa der viel beachtete Artikel über ein „Europe of bits and pieces“ von D. Curtin, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17.

¹³ Näher zur statischen Begrenzung des Art. 307 EGV auf den Zeitpunkt des Beitritts und zur uneingeschränkten Mitwirkung aller Mitgliedstaaten an der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts D. Thym, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/281 f.

¹⁴ Zum Geltungsbereich des EG-Vertrags allgemein Art. 299 EGV und speziell zum Aspekt der „Differenzierung“ J. Ziller, Geographical Scope, in: de Bürca/Scott (2000), S. 113. Zu Sonderregeln für die französischen Überseedepartements etwa I. Omarjee, DOM, RTD eur. 34 (1998), 515.

¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht betont, dass der von ihm postulierte grundgesetzliche Verfassungsvorbehalt sich nicht gegen die Geltung des Gemeinschaftsrechts an sich richtet, sondern nur seine Anwendbarkeit in der Bundesrepublik betrifft: Das Gemeinschaftsrecht werde nicht „in Frage gestellt, wenn ausnahmsweise das Gemeinschaftsrecht sich gegenüber zwingendem Verfassungsrecht nicht durchsetzen lässt“; BVerfGE 37, 271/278 – Solange I.

¹⁶ Gleichwohl betrachtet Kirchhof die nunmehrige Ungleichzeitigkeit der europäischen Rechtsordnung als ein (faktisches) Argument dafür, dass eine Nichtanwendung des Europarechts in Deutschland dem Postulat einer generellen Einheitlichkeit des Europarechts nicht entgegensteht; so *ders.* in der Diskussion im Anschluss an seinen Vortrag „Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen“ im Rahmen des Forum Constitutionis Europae des Walter-Hallstein-Instituts für Europäisches Verfassungsrecht am 25. Mai 1998 an der Humboldt-Universität zu Berlin; vgl. M.-O. Pahl, Bericht, in: FCE Bd. 2 (2000), S. 60.

¹⁷ Zusammenfassend der Überblick bei F. Tuyschaever, Differentiation (1999), S. 116 ff. und D. Hanf, Differen-

Rechtsfolgendifferenzierungen im europäischen Umweltrecht¹⁸, im Bereich der Sozialpolitik¹⁹ und bei der Harmonisierung indirekter Steuern²⁰. Derartige gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierungen erfassen sogar die Gemeinsame Agrarpolitik²¹ und Kernbereiche des europäischen Binnenmarktrechts²². Die Vielfalt sekundärrechtlicher Differenzierungen ist sachlich noch umfassender und erstreckt sich auf weitere zentrale Bereiche der europäischen Rechtsordnung, wenn man sogar die Möglichkeit der nationalen Schutzverstärkung²³, besondere primär- und sekundärrechtliche Schutzklauseln und Bereichsausnahmen²⁴ sowie Umsetzungsspielräume bei der Durchführung von Richtlinien²⁵ als besondere Beispiele einer Rechtsfolgendifferenzierung begreift. Bei dieser weiten Definition der gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung kann man große Teile der europäischen Rechtsordnung als Ausdruck einer „differenzierten Integration“ im weitesten Sinn verstehen.

Im Hinblick auf die anstehende Erweiterung der Europäischen Union sei gesondert darauf hingewiesen, dass die zahlreichen Übergangsbestimmungen in der Beitrittsakte 2003 keine Ungleichzeitigkeit im Sinn dieser Untersuchung begründen, sondern ebenfalls ein Beispiel für eine gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung darstellen. Dies gilt etwa für die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Aufgrund einer komplexen Übergangsbestimmung können die bisherigen Mitgliedstaaten ihren Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer aus den Kandidatenländern im Ergebnis für bis zu sieben Jahre nach dem EU-Beitritt verschließen²⁶. Diese Regelung besitzt den Charakter von Primärrecht²⁷. Die europäischen Institutionen können die Übergangsfristen weder einseitig abkürzen noch verlängern²⁸. Soweit den Institutionen oder Mitgliedstaaten eine be-

tiation (2002), S. 239 ff.

¹⁸ Hierzu J. Scott, Environmental, in: de Búrca/dies. (2000), S. 259; U. Weinstock, Umweltpolitik, in: Grabitz (1984), S. 301 und D. Hanf, Differentiation (2002), S. 185 ff.

¹⁹ Näher C. Barnard, Competitive Federalism, in: Shaw (2000), S. 49; dies., Flexibility, in: de Búrca/Scott (2000), S. 197; Hanf ebd. 179 ff. und M. Rodríguez-Piñero Royo, Labour, in: de Búrca/Scott (2000), S. 219.

²⁰ Siehe Hanf ebd. 170 ff.; F. Franzmeyer, Steuergrenzen, in: Grabitz (1984), S. 197; H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/61 und G. de Búrca, Differentiation, in: dies./Scott (2000), S. 133.

²¹ Näher R. Pribe, Agrarpolitik, in: FS Steinberger (2002), S. 1347 ff.

²² Umfassende Nachweise bei Hanf ebd. 107-169 und de Búrca ebd. Siehe auch die besondere Ermächtigung des Art. 15 EGV für „Ausnahmeregelungen vorübergehender Art“ sowie allgemein Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

²³ Vgl. insbesondere Art. 95 IV-IX, 137 V, 141 IV, 152 IV lit.a, 153 IV, 176 EGV. Speziell Art. 95 EGV ist für C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/365 ein „erstes Beispiel für ein einseitiges ‚opting out‘, das sich mit traditionellen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts nicht mehr rechtfertigen lässt.“

²⁴ Siehe die Vielzahl verschiedener Schutzklauseln und Bereichsausnahmen, die von nationalen Maßnahmen aufgrund der Art. 30, 39 III, 45 f., 55, 58, 64 I, 295 ff. EGV bis zu besonderen gemeinschaftsrechtlichen Schutz- oder Überwachungsverfahren aufgrund der Art. 60, 64 II, 119, 134 EGV sowie besonderer sekundärrechtlicher Normierungen reichen. Hierin sehen ganz allgemein ein Beispiel für „differenzierte Integration“ Ehlermann ebd. 364; N. Ost, Flexibilität, DÖV 1997, 495/497 ff.; U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/38; D. Hanf, Differentiation (2002), S. 45-62; F. Tnytschaever, Differentiation (1999), S. 118.

²⁵ Dies gilt insbesondere für europäische Mindeststandards. Die Gemeinschaft kann aufgrund des Art. 137 II EGV in der Sozialpolitik und des Art. 63 Nr.1, 2 EGV in der Asyl- und Flüchtlingspolitik nur Mindeststandards setzen, die höhere nationale Standards generell erlauben. Auch in anderen Politikbereichen wird regelmäßig auf das Instrument der Mindestvorschriften zurückgegriffen. Näher zum Aspekt der „Differenzierung“ Hanf ebd. 179 ff. und Tnytschaever ebd. 125 ff.

²⁶ Das komplexe Verfahren mit verschiedenen Zwischenschritten ist für die neuen Mitgliedstaaten in gesonderten Anhängen zur Beitrittsakte aufgeführt; vgl. etwa zu Litauen Art. 2 des Anhangs VII zur Beitrittsakte. Siehe auch U. Becker, Arbeitnehmerfreizügigkeit (1999).

²⁷ Nach Art. 60 Beitrittsakte 2003 sind die Anhänge Bestandteil der Beitrittsakte, die ihrerseits nach Art. 1 II Beitrittsvertrag 2003 ein integraler Bestandteil desselben ist. Beitrittsvertrag, Beitrittsakte und die Anhänge hierzu stehen somit hierarchisch auf derselben Ebene des europäischen Primärrechts.

²⁸ So ausdrücklich EuGH, Rs. 31 & 35/86, Slg. 1988, 2185 Rz. 12 – LAISA: „Die Anpassungen in Anhang I

grenzte Konkretisierung überantwortet ist, überprüft der Gerichtshof, ob die Vorgaben des Beitrittsvertrags eingehalten sind²⁹. Nach dem Ablauf der Übergangsfrist findet das Europarecht gleichsam automatisch Anwendung. Die neuen Mitgliedstaaten sind an eventuellen Änderungsbeschlüssen schon vorher mit vollem Stimmrecht beteiligt. Aufgeschoben ist nicht die Geltung, sondern nur die Anwendung des Europarechts. Übergangsbestimmungen suspendieren dessen Rechtsfolgen für einen festgelegten Zeitraum. Dies hat zur Folge, dass die Grundgedanken der verfassungstheoretischen Einordnung im dritten Teil für Übergangsbestimmungen nicht gelten und insbesondere die im zweiten Teil entwickelten allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit keine Anwendung finden.

2 Assoziierung von Drittstaaten

In keinem Fall erlaubt eine gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung einem Mitgliedstaat die generelle Nichtteilnahme an einzelnen Politikbereichen. Staaten, die Ziele und Methoden der europäischen Integration nicht teilen, waren insofern auf die Möglichkeit einer Assoziierung verwiesen. Diese ist ebenfalls keine Form rechtlicher Ungleichzeitigkeit, erlaubt aber gleichwohl eine differenzierte politische Anbindung an Einzelaspekte der europäischen Integration. Auch die Assoziierungsverträge der Gemeinschaft bilden keine einheitliche Kategorie, sondern sind aufgrund unterschiedlicher politischer Motive rechtlich variabel ausgestaltet. Sie reichen von der Assoziierung nichteuropäischer Drittstaaten über die „Beitrittsersatzassoziiierung“ im Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums bis hin zu den Europa-Abkommen mit den mittel- und osteuropäischen Beitrittskandidaten und den Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit den Staaten Südosteuropas³⁰.

Wenn ein assoziierter Drittstaat „zumindest teilweise am Gemeinschaftssystem teilhaben muss“³¹ und das Assoziierungsvölkerrecht in unterschiedlicher Intensität inhaltlich mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts übereinstimmt, entsteht ein erweiterter Integrationsraum, in dem Drittstaaten mittelbar an der europäischen Integration teilhaben. Rechtlich handelt es sich jedoch um eine völkerrechtliche und nicht um eine europarechtliche Anbindung – auch wenn der Unterschied in der Praxis verschwimmt, weil völkerrechtliche Verträge nach der Rechtsprechung des Gerichtshof einen „integrierenden Bestandteil des Gemeinschaftsrechts“ bilden³². Dieser Unterschied wird vor allem dann deutlich, wenn wortgleiche Bestimmungen

der Beitrittsakte sind daher Gegenstand des Abkommens zwischen den Mitgliedstaaten und dem antragstellenden Staat gemäß Artikel 237 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 48 EUV, Anm. d. Verf.). Sie sind kein Rechtsakt des Rates, sondern primärrechtliche Bestimmungen, die ..., soweit darin nicht etwas anderes vorgesehen ist, nur nach den für die Revision der ursprünglichen Verträge vorgesehenen Verfahren ausgesetzt, geändert oder aufgehoben werden können.“

²⁹ Siehe EuGH, Urteil vom 11.9.2003, Rs. C-445/00 (noch nicht amtlich veröffentlicht) – *Österreich/Rat*. Dies gilt etwa für die Entscheidungen über die zeitliche Suspension der Arbeitnehmerfreizügigkeit bis zur maximalen Grenze von sieben Jahren.

³⁰ Siehe statt vieler die Darlegungen bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-A. Weber, Art. 238 EGV; T. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 812 ff. und I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett, External (1996), S. 348 ff., 367 ff. Zu den sieben bilateralen Einzelabkommen mit der Schweiz, die am 1.6.2002 in Kraft traten (ABl. 2002 L 114, 418) H. Salmeden, Suisse, RMC 1999, 696. Näher zu den Rechtsbeziehungen der Gemeinschaft mit den europäischen Mikrostaaten Andorra, Monaco, San Marino und dem Vatikanstaat V. Stapper, Mikrostaaten (1999).

³¹ EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 Rz. 9 – *Demirel*.

³² So erstmals zu Assoziierungsrecht EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 Rz. 7 – *Demirel*. Allerdings können wortgleiche Bestimmungen des Gemeinschafts- und Assoziierungsrechts eine unterschiedliche rechtliche Bedeutung erlangen; hierzu unter explizitem Verweis auf den Verfassungscharakter der europäischen Verträ-

im Gemeinschafts- und Assoziierungsrecht eine unterschiedliche Bedeutung besitzen³³. Die Assoziierung von Drittstaaten umfasst auch Bereiche, an denen gemeinschaftsintern nicht alle Mitgliedstaaten teilhaben. Welche Wechselwirkung in derartigen Fällen zwischen der gemeinschaftsinternen Ungleichzeitigkeit und der völkerrechtlichen Anbindung von Drittstaaten besteht, wird in Kapitel 9 näher untersucht. Es seien an dieser Stelle bereits die völkerrechtlichen Verträge über die Anbindung Norwegens und Islands an das Schengener und Dubliner Recht erwähnt, die in der Zukunft auf die Schweiz ausgeweitet werden sollen³⁴.

Die Möglichkeit einer Assoziierung war ursprünglich im Hinblick auf das Vereinigte Königreich eingeführt worden, das Methode und Umfang der europäischen Integration nicht mitzutragen bereit war³⁵. Schon früh entschied sich das Vereinigte Königreich jedoch gegen eine Assoziierung und für einen Beitritt mit den einhergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Gestaltung europäischer Politik. Dänemark und Irland folgten dem britischen Schritt und gemeinsam vollzogen die drei Länder den Beitritt am 1. Januar 1973 bei³⁶. Es fällt auf, dass sich viele ungleichzeitige Sonderpositionen des Europarechts noch heute auf die drei Mitgliedstaaten der ersten Erweiterung beziehen. *Walter Hallstein*, dessen zweite Amtszeit als Präsident der Kommission von den Geburtswehen des britischen EWG-Beitritts überschattet wurde, beobachtete auf britischer Seite:

„... eine Neigung, starke Bindungen durch die Gemeinschaftsinstitutionen zu vermeiden... Auch die unerlässliche Einsicht in die dynamische Natur der Integration fällt offenbar nicht leicht, und noch weniger ihre rückhaltlose Akzeptierung, d.h. die Bereitschaft, anzuerkennen, dass die weitere Entwicklung nicht durch den Beitritt neuer Mitglieder blockiert werden darf... Das bedeutet, dass die bloße Übernahme der für diese Union bereits beschlossenen Regeln ... nicht genügt, um den Fortgang der Integration im bisherigen Sinn und im bisherigen Tempo zu sichern.“³⁷

Auch die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration dient dem Ausgleich zwischen unterschiedlichen integrationspolitischen Zielvorstellungen. Auch wenn es keine historischen Monokausalitäten und Zwangsläufigkeiten gibt, kann man in der Rückschau argumentieren, dass zu Zeiten des britischen Beitritts der Wurzelboden für Ungleichzeitigkeit bereitet wurde. Ungleichzeitigkeit ersetzt die Möglichkeit einer differenzierten politischen Anbindung aufgrund einer völkerrechtlichen Assoziierung durch eine gemeinschaftsinterne „neue Flexibilität“. Im Zeitalter von Ungleichzeitigkeit müssen Drittstaaten, die Einzelaspekte der europäischen Integration ablehnen, nicht notwendig auf die Alternative einer differenzierten politischen Anbindung durch eine völkerrechtliche Assoziierung verwiesen werden. Vielmehr könnten sie aufgrund ungleichzeitiger Ausnahmen von Einzelaspekten der europäischen Integ-

ge in Abgrenzung zum Assoziierungsvölkerrecht EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 14 – *EWRI*. Darüber hinaus wird der völkerrechtliche Charakter des Assoziierungsrechts unter anderem daran deutlich, dass Drittstaaten grundsätzlich nicht verpflichtet sind, die Rechtsprechung des Gerichtshof zu übernehmen, und der Geltungsrang des Assoziierungsrechts in den Rechtsordnungen der Drittstaaten sich nach deren Verfassungsrecht richtet.

³³ So unter explizitem Verweis auf den Verfassungscharakter der europäischen Verträge in Abgrenzung zum Assoziierungsvölkerrecht, EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 14 – *EWRI*. Zum Beispiel der Erschöpfungslehre der Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 270/80, Slg. 1982, 329 Rz. 18 – *Polydor*.

³⁴ Näher Kapitel 9 I (S. 269 ff.).

³⁵ Siehe *P. Pescatore*, *Relations extérieures*, in: *Académie de droit international* 103 (1961), S. 139.

³⁶ Näher zur Geschichte der ersten Erweiterungsrunde etwa *P. Gerbet*, *Construction*, 3. Aufl. 1999, S. 250 ff.

³⁷ *W. Hallstein*, *Der unvollendete Bundesstaat* (1969), S. 209 und 212.

ration ausgenommen werden³⁸. Ungleichzeitigkeit kann somit auch in Zukunft dazu beitragen, den vermeintlichen Gegensatz zwischen Erweiterung und Vertiefung zu überbrücken.

II Politische Integrationskonzepte

Die Debatte über eine differenzierte Fortentwicklung der europäischen Integration suchte zu Zeiten des britischen EWG-Beitritts einen Ausweg aus der damals häufig diagnostizierten „Eurosklерose“. In seiner Pariser Rede vom November 1974 vertrat *Willy Brandt* die Auffassung, dass angesichts der „starken Unterschiede in der wirtschaftlichen Situation ... eine mechanistische Gleichbehandlung aller Mitglieder bei ihren Rechten und Lasten den Zusammenhalt der Neun jetzt ernsthaft gefährden (würde). Die Gemeinschaft sollte sich deshalb die Einsicht zu eigen machen, dass sie nicht geschwächt, sondern gestärkt wird, wenn die ihrer Wirtschaftslage nach objektiv stärkeren Länder die wirtschaftliche Integration voranbringen, während andere Länder ... zunächst in Abstufungen teilnehmen.“³⁹ Im Jahr darauf entwickelte *Leo Tindemans* die Blaupause für eine ungleichzeitige Verwirklichung der Währungsunion⁴⁰.

Gemeinsam ist beiden Konzeptionen, dass sie eine Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund vermeintlich objektiver Kriterien als bloßes Übergangsphänomen betrachten, bei dem es sich „keineswegs um eine ‚Abkoppelung‘ handel(t)“⁴¹, da „nur die Durchführung ... zeitlich auseinander gezogen (ist)“⁴². Es besteht insoweit ein Europa der „verschiedenen Geschwindigkeiten“, in dem das zu erreichende Ziel von allen Mitgliedstaaten geteilt wird. Die allen gemeinsamen Ziele werden nur zeitverzögert umgesetzt⁴³. Hiernach entscheidet nicht der mangelnde Integrationswille eines Mitgliedstaats, sondern das vermeintlich objektive Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit über die Differenzierung der Integration. Dieser Differenzierungsansatz ist ein Ausfluss der funktionalistischen Logik der Binnenmarktintegration, die den Integrationsfortschritt auf die entpolitisierte Logik volkswirtschaftlicher *spill overs* gründet, mit der eine politische Freistellung gerade wegen ihres politischen Charakters nicht vereinbar ist⁴⁴. Ganz in diesem Sinn entnahm die wohl herrschende Meinung dem seinerzeit geltenden Primärrecht ein Verbot dauerhafter Beschränkungen des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts⁴⁵.

³⁸ Hierzu Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

³⁹ *W. Brandt*, Rede, EA 1975, D33/36.

⁴⁰ Siehe *L. Tindemans*, Bericht, EA 1976, D53/67.

⁴¹ *Brandt* ebd. D36.

⁴² *Tindemans* ebd. D67.

⁴³ Dass beim Konzept der „verschiedenen Geschwindigkeiten“ das Ziel und die Notwendigkeit einer europäischen Regelung grundsätzlich von allen Mitgliedstaaten geteilt werden, heben allgemein hervor *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/290; *F. de la Serre*, *Coopération*, in: *Magnette* (2000), S. 162; *P. Hall*, *Flexibilität*, in: *Bergmann/Lenz* (1998), S. 332; *U. Becker*, *Differenzierungen*, *EuR Beih.* I/1998, 29/29 und *A. Dashwood*, *Enlargement*, in: *ders.* (1996), S. 145/159.

⁴⁴ Näher hierzu Kapitel 1 II 1 (S. 29 ff.) und Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

⁴⁵ Siehe die grundlegende Untersuchungen von *E. Grabitz/C. Iliopoulos*, *Typologie*, in: *Grabitz* (1984), S. 31 und *B. Langeheine*, *Abgestuft*, *EuR* 1983, 227. Im Ergebnis ebenso *H. Bribosia*, *Différenciation*, *C.D.E.* 36 (2000), 57/61; *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/363 und, modifizierend, *ders.*, „Two Speeds“, *Michigan Law Review* 82 (1984), 1274/1291 f. Siehe auch den Verweis auf Ausnahmeregelungen „vorübergehender Art“ in Art. 15 EGV und die Auslegung des Art. 227 II UAbs.3 EWGV (1957) bei EuGH, Rs. C-212/96, Slg. 1998 I-743 Rz. 37 und 41 – *Chevassus-Marthe*: „keine allgemeinen oder systematischen Befreiungsregelung“; „nur unbedingt erforderliche und zeitlich begrenzte Ausnahmen“.

In der Praxis wurde das Integrationskonzept der verschiedenen Geschwindigkeiten nur in der Währungsunion umgesetzt, deren Konvergenzkriterien die Verwirklichung des allen gemeinsamen Ziels zeitlich staffeln⁴⁶. Dagegen stellen die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit auf den politischen Teilnahmewillen der Mitgliedstaaten ab. Ungleichzeitigkeit ist insofern ein Ausdruck des schrittweisen Übergangs von der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts zur politischen Union, mit der die Kompetenzfelder der Außen-, Sozial-, Justiz- und Innenpolitik als sachlicher Hauptgegenstand von Ungleichzeitigkeit besonders eng verbunden sind⁴⁷. Wenn der Integrationswille der Mitgliedstaaten maßgebliches Kriterium für Ungleichzeitigkeit ist, ist es folgerichtig, dass Ungleichzeitigkeit nicht automatisch in eine Integration aller Mitgliedstaaten mündet. Die vertraglichen Normierungen zu Ungleichzeitigkeit enthalten zwar regelmäßig Klauseln über die Herstellung von Gleichzeitigkeit. Ungleichzeitigkeit kann jedoch fortbestehen, solange die betroffenen Mitgliedstaaten dies wünschen⁴⁸.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend zwei Integrationskonzepte vorgestellt, bei denen der erstrebte Ausgleich zwischen unterschiedlichen integrationspolitischen Zielvorstellungen besonders deutlich zu Tage tritt: die Errichtung eines Europa *à la carte* und die Perspektive eines Kerneuropas. Es handelt sich um eine bewusst verkürzte Darstellung von zwei Extrempositionen, die nicht mit bestimmten Mitgliedstaaten verbunden werden sollten. In keinem Mitgliedstaat existiert ein monolithischer europapolitischer Grundkonsens aller Bürger und Politiker, der mit einem der aufgezeigten Integrationskonzepte übereinstimmt. Auch innerhalb der Integrationskonzepte bestehen verschiedene Abstufungen und Deutungsmöglichkeiten. Zudem erheben die zu Grunde gelegten Äußerungen europäischer Politiker nicht den Anspruch, eine Vorgabe für die Redaktion juristischer Vertragsentwürfe zu sein. Rechtliche Umsetzungsmodalitäten bleiben somit oft unklar. Die vorgestellten Integrationskonzepte hatten einen, wenn auch begrenzten, Einfluss auf die Einführung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit und zeigen Perspektiven ihrer Fortentwicklung auf.

1 Europa *à la carte*

Das Integrationskonzept des Europa *à la carte* wird vor allem von konservativen britischen Politikern vertreten und fand eine modifizierte Unterstützung durch den gaullistischen französischen Premierminister *Balladur*. In seiner Rede „zur künftigen Gestalt Europas“ vom September 1994 versuchte der britische Premierminister *Major* die britische „Euroskepsis“ in einen konstruktiven Vorschlag umzuwandeln. Es sei nicht richtig, „die Opposition Großbritanniens gegen einige Politiken als ‚antieuropäisch‘ darzustellen... Unsere Sichtweise ist nicht schon deshalb falsch, weil die sich von anderen unterscheidet.“⁴⁹ Ausdrücklich anerkennt er, dass die Vision der Gründungsväter sich „als richtig erwies für ihr Zeitalter. Aber sie ist nun veraltet. Sie reicht nicht mehr aus... Wenn wir versuchen, alle Länder in die gleiche Form zu pressen, werden wir am Ende diese Form zerbrechen.“⁵⁰ Die Pluralität politischer Vorstellun-

⁴⁶ Siehe Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.).

⁴⁷ Näher Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

⁴⁸ Dies betonen allgemein *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/88; *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/41; *E. Vranes*, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/382; *A. Boixereu Carrera/J.M. Carpi Badià*, Amsterdam (2000), S. 184 f. und *A. Toth*, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 247; Maastricht „broke with the previous tradition of allowing exemptions and derogations only on a temporary basis.“

⁴⁹ *J. Major*, Rede, EA 1994, D547.

⁵⁰ Ebd. D548 f.

gen über Fortgang und Finalität der Integration müsse anerkannt werden. Ein Europa *a la carte* ermöglicht für ihn einen Ausgleich zwischen den divergierenden Zielvorstellungen.

Die Begrifflichkeit des „Europa *à la carte*“ wird von *Major* und den anderen Vertretern dieses Integrationskonzepts nicht verwandt. Stattdessen spricht *Major* allgemein von „Flexibilität“⁵¹ und *Balladur* von „cercles concentriques“⁵². Der frühere Schatten-Außenminister der britischen Konservativen *Maude* verwendet den Begriff des „network Europe“⁵³. Grund für die andere Terminologie sind die negativen Konnotationen, die mit dem Begriff des Europa *à la carte* verbunden sind. Sie beziehen sich auf die unterstellte Aufgabe des Status quo. Die alternative Begrifflichkeit soll dieser Kritik vorbeugen. Wenn der Begriff des Europa *à la carte* hier gleichwohl verwandt wird, soll dies die Ausrichtung des Integrationskonzepts am politischen Integrationswillen der Mitgliedstaaten hervorheben. Die Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten ist nicht als ein zeitlich begrenztes Übergangsphänomen konzipiert, das mit dem Wegfall des objektiven Differenzierungsgrundes in eine gleichförmige Integration mündet⁵⁴. Vielmehr ist es der freien Entscheidung eines jeden Mitgliedstaats überlassen, ob und gegebenenfalls wann er sich an einem neuen Integrationsschritt „à la carte“ beteiligt⁵⁵.

Die generelle Kritik am Integrationskonzept eines Europa *à la carte* ist auch nicht gerechtfertigt. Vielmehr betonen die Vertreter des Integrationskonzepts ausdrücklich, dass die freie Wahlmöglichkeit den erreichten Integrationsstand nicht in Frage stellt. Dies gilt insbesondere für das Binnenmarktrecht, einschließlich komplementärer Politiken etwa im Bereich des Umweltschutzes. Diese sollen als gleichzeitiger Besitzstand aller Mitgliedstaaten bewahrt und ausgebaut werden⁵⁶. Der Vorwurf, das Europa *à la carte* wolle die Europäische Union auf eine erweiterte Freihandelszone reduzieren und den Mitgliedstaaten eine „völlige Wahlfreiheit“ überlassen, trifft insoweit nicht zu⁵⁷. Flexibilität soll stattdessen vor allem in neuen Sachberei-

⁵¹ Ebd. D549.

⁵² *E. Balladur*, zitiert nach *F. Alain*, Pour un nouveau traité de l'Elysée : L'Europe prudente de M. Balladur, *Le Monde* vom 30.11.1994.

⁵³ *F. Maude*, Networks, in: FCE Bd. 3 (2002), Rn. 40; ebenso der seinerzeitige Parteichef der Konservativen *W. Hague*, Flexibility, in: Rosenbaum (2001), S. 289: „Each country would be able to get together with others in different combinations and for different purposes and to a different extent – a ‘network Europe’.“

⁵⁴ So aber die erwähnten Konzepte einer differenzierten Integration in den 70er-Jahren; Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

⁵⁵ Eine näher Untersuchung und Abgrenzung der unterschiedlichen Begrifflichkeiten findet sich bei *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 2 ff.; *R. Torrent*, ECB, CML Rev. 36 (1999) 1229/1233; *C.D. Ehlermann*, ‘Two Speeds’, *Michigan Law Review* 82 (1984), 1274; *D. Freiburghaus/E. Eberharter/M. Spiesberger*, Besonderheiten, in: *Cottier/Koppe* (1998), S. 139; *C. Giering*, Flexibilisierungskonzepte, *Integration* 1997, 72; *B. Langeheine/U. Weinstock*, Abgestuft, EA 1984, 26; *P. Leslie*, Asymmetry, in: *Neunreither/Wiener* (2000), S. 192 und die in der nachfolgenden Fn. 57 genannten Autoren.

⁵⁶ *J. Major*, Rede, EA 1994, D549: „Für viele Bereiche ist Konformität richtig und erforderlich, so z.B. wenn es um Regeln zur Steuerung des internationalen Handels, des Binnenmarkts und des Umweltschutzes geht“; *F. Maude*, Networks, in: FCE Bd. 3 (2002), Rn. 41 ff. unterstützt ausdrücklich „the completion of the single market“ und einen Ausbau umweltpolitischer Kooperationen.

⁵⁷ So aber *R. Hofmann*, Flexibilität, *EuR* 1999, 713/718. Die Kritik ist in sich schlüssig, weil sie sich auf ein Konzept des Europa *à la carte* bezieht, das zuvor im Sinn umfassender Wahlfreiheit definiert wird. Man kann jedoch fragen, welchen Zweck eine Fundamentalkritik an einem Integrationskonzept verfolgt, das so nicht einmal von besonders integrationskritischen konservativen britischen Politikern vertreten wird. Es liegt die Vermutung nahe, dass jede Flexibilisierung durch den unzutreffenden Pauschalvorwurf einer Aufgabe der bisherigen Integration entlegitimiert werden soll. Siehe auch *B. Martenczuk*, Struktur, *EuR* 2000, 351/353, der kritisiert, dass „die theoretischen Grundannahmen, auf denen diese Ablehnung beruht, ... meist nicht deutlich gemacht (werden)“. Ähnlich wie *Hofmann* auch *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, *EuR* 1997, 362/364; „absolute Wahlfreiheit“; *F. Chaltiel*, Clarification, *RMC* 1995, 5/6: „laisse la plus grande latitude aux États membres“ und *J. Janning*, Geschwindigkeiten, EA 1994, 527/534: „beinahe beliebig“.

chen der europäischen Integration möglich sein, wie sie die Verträge von Maastricht und Amsterdam bei der Währungsunion, dem Sozialabkommen, im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik erlauben⁵⁸. In einem Europa *à la carte* wird hiernach die gleichzeitige Integrationsmethode für den Status quo ante Maastricht gewahrt.

Dagegen besitzen die Mitgliedstaaten bei neuen Integrationsschritten eine Wahlfreiheit. Diese gründet nicht nur auf verschiedenen Vorstellungen über Fortgang und Finalität der Integration. Vertreter des Europa *à la carte* gehen zumeist auch davon aus, dass es kein „föderalistisches“ Endstadium geben wird. So betont *Major* indirekt die Überlegenheit seines Konzepts gegenüber einem föderalistischen Gedankenspiel, das als „futuristischer großer Plan ... nie über das Reißbrettstadium hinauskommt“⁵⁹. *Balladur* sagt gar explizit, dass „l'Europe à venir ne saurait être 'fédérale'“⁶⁰. Ein Europa *à la carte* kann sich aber auch mit föderalistischen Tendenzen verbinden. Der wechselseitige Respekt vor den unterschiedlichen Zielvorstellungen könnte im Sinn praktischer Konkordanz dadurch gewahrt werden, dass einige Mitgliedstaaten eine flexible bzw. ungleichzeitige Föderation gründen, während andere Mitgliedstaaten *à la carte* auf dem Integrationsstand der bisherigen Union verweilen. Das Europa *à la carte* verbindet sich hier mit der nachfolgend erörterten Konzeption des Kerneuropa⁶¹. In seiner Antwort auf die Humboldt-Rede *Fischers* anerkennt *Maude* ausdrücklich:

“I think it is time that in Britain we accepted that among much of the political class on the continent the federalist drive towards full political union is alive and well... There is nothing dishonourable or evil in such a desire. It is simply a desire that very few in Britain share. A modern European Union must accommodate those who wish to retain their nationhood, while accepting that others may wish to abandon their own... So greater flexibility would reduce the constant tension between those countries which feel the process of integration is going too slowly and that others are holding them back, and those which feel they are being dragged against their will into a superstate. In short, a diverse and flexible Europe would be a Europe able at last to be at ease with itself.“⁶²

⁵⁸ *J. Major*, Rede, EA 1994, D547/550 und 552 nennt ebenso wie *Balladur*, oben Fn. 52 (S. 30), ausdrücklich die Währungsunion und die Verteidigungspolitik. *F. Maude*, Networks, in: FCE Bd. 3 (2002), Rn. 52 ff. nennt zusätzlich das Schengener Recht und das Sozialabkommen.

⁵⁹ *Major* ebd. D548.

⁶⁰ *Balladur*, oben Fn. 52 (S. 30). Weiter heißt es, dass Europa aus französischer Sicht auch deswegen im Sinn konzentrischer Kreise flexibel ausgestaltet sein müsse, um nicht „faire perdre à la France la place géographique centrale qu'elle occupe dans l'Union européenne ... pour éviter d'être marginalisée.“ Im Hinblick auf die absehbare Osterweiterung solle Frankreich „nouer des liens plus étroits avec l'Italie et l'Espagne, en mettant l'accent sur le rôle des pays méditerranéens.“

⁶¹ Ein potentieller Konflikt besteht nur insoweit, als das Kerneuropakonzept grundsätzlich von der Exklusivität des „Kerns“ ausgeht. Die *outs* sollen nur insgesamt – und nicht nur teilweise – aufschließen können; näher hierzu im folgenden Abschnitt.

⁶² *F. Maude*, Networks, in: FCE Bd. 3 (2002), Rn. 50-55. Die allgemeine Ablehnung britischer Sonderpositionen in der Europapolitik der britischen *Labour*-Regierung unter Premierminister *Blair* beruht dagegen auf der Zielvorstellung, ihre eher intergouvernementale Vorstellung vom Fortgang der Integration mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten umzusetzen; so *T. Blair*, Future (2001): „The blunt truth is that British policy towards the rest of Europe over half a century has been marked by gross misjudgements... At each stage, Britain thought it won't possibly happen and held back. And at each stage it did happen and we were faced with the choice: catching up or staying out.“ Allgemein zur britischen Regierungspolitik des „constructive engagement“ *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/358 f.

Wenn in einem Europa *à la carte* einem jeden Mitgliedstaat die Teilnahme an weiteren Integrationsschritten politisch freigestellt ist, beinhaltet dies auch keine Aufgabe der Rechtsgemeinschaft oder der supranationalen Integrationsmethode. Soweit ein Mitgliedstaat sich in einem Europa *à la carte* für die Teilnahme entscheidet, soll er an das gesetzte Recht ohne Einschränkung gebunden sein. *Major* betont ausdrücklich, dass er mit Flexibilität „natürlich nicht ein nonkonformistisches Chaos (meint). Unsere Union beruht auf der Rechtsstaatlichkeit. Sind Länder Verpflichtungen eingegangen, so müssen sie diesen nachkommen. Tun sie dies nicht, so müssen sie erforderlichenfalls dazu gezwungen werden.“⁶³

Aufgrund welcher rechtlicher Instrumentarien ein Europa *à la carte* verwirklicht werden sollte, wird von den vorgestellten Politikern nicht näher erläutert. Ihre Darlegungen beschränken sich meist auf die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit, die im nachfolgenden ersten Teil dieser Untersuchung umfassend erörtert werden⁶⁴. Einzig *Maude* schlug weitergehend die Einführung einer einseitigen *opt-out*-Klausel vor, die es einzelnen Mitgliedstaaten jenseits des Binnenmarktrechts erlauben soll, bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit neue Gesetzgebungsakte nicht mitzutragen⁶⁵. Darüber hinaus würde ein flexibles Europa *à la carte* wohl durch völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten umgesetzt. Insofern besteht eine Nähe zum Integrationskonzept des Kerneuropas, das nach der Vorstellung einiger Befürworter ebenfalls auf völkerrechtlicher Grundlage verwirklicht werden soll. Bei einem Europa *à la carte* handelte es hierbei aber nicht um einen festen Kern, sondern um ein nach Politikbereichen differenziertes Arrangement verschiedener Integrationsgruppen.

2 Kerneuropa

Es ist kein Zufall, dass das Kerneuropakonzept im vergangenen Jahrzehnt vor allem von deutschen und französischen Politikern propagiert wurde. Die absehbare Erweiterung und der Vertrag von Maastricht legten die Vermutung nahe, dass der Fortschritt der europäischen Integration nicht im Gleichschritt aller Mitgliedstaaten zu verwirklichen sei. Die Verständigung in Maastricht wurde nur durch ungleichzeitige Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs ermöglicht und schien nach dem ersten dänischen Referendum auch für Dänemark das Maximum an Integrationstiefe darzustellen. Daher sollte der Fortgang der Integration notfalls durch das Voranschreiten eines Kerneuropas verwirklicht werden. Dies soll sich um die deutsch-französische Achse als „Kern des Kerns“ bilden⁶⁶ und ist als eine „initiative by the founding members ... and some other willing and determined candidates“ konzipiert⁶⁷. Insofern beruhen die Überlegungen der CDU-Politiker *Schäuble* und *Lamers*, des ehemaligen Kommissionspräsidenten *Delors*, des deutsch-französischen Tandems der 70er-Jahre *Schmidt*

⁶³ *J. Major*, Rede, EA 1994, D547/549.

⁶⁴ Siehe hierzu bereits die Verweise in Fn. 58 (S. 31).

⁶⁵ *F. Maude*, Networks, in: FCE Bd. 3 (2002), Rn. 68: „In addition, outside the areas of the single market and core elements of an open, free-trading and competitive EU, the Government should also press for a new Treaty provision which would allow countries not to participate in new legislative actions at a European level which they wish to handle at a national level.“ Kritisch *T. Blair*, Future (2001): „The Conservative Party manifesto also proposes to renegotiate Britain’s essential terms of EU membership to pick and choose European legislation. Again, not one other EU nation agrees to it. Again, humiliation or exit would be the consequence for Britain.“ Zur de lege lata bereits bestehenden Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik Kapitel 5 I (S. 151 ff.).

⁶⁶ *W. Schäuble/K. Lamers*, Überlegungen I (1994), S. 8.

⁶⁷ *V. Giscard d’Estaing/H. Schmidt*, Euro-Europe, International Herald Tribune vom 11.4.2000, S. 4.

und *Giscard d'Estaing* sowie des Bundesaußenministers *Fischer* und des französischen Staatspräsidenten *Chirac* auf einem gemeinsamen Fundament: dem Wunsch nach der Verwirklichung der meist nicht näher definierten Zielvorgabe des *Schuman*-Plans, der die Montanunion als „erste Etappe der europäischen Föderation“ begriff⁶⁸.

Schon die Zusammensetzung des Kerns nach politisch-historischen Kriterien zeigt, dass das Kerneuropakonzept ebenso wie das *Europa à la carte* auf die unterschiedliche politische Integrationsbereitschaft der Mitgliedstaaten abstellt – und nicht auf wirtschaftliche Unterschiede. Beim Kerneuropa sollen die unterschiedlichen Zielvorstellungen der Mitgliedstaaten jedoch nicht in wechselnde Integrationsgruppen münden, sondern durch eine Zweiteilung verwirklicht werden, die den „föderalistischen“ Kern um die Gründungsmitglieder vom erweiterten Integrationsrahmen der anderen Mitgliedstaaten abgrenzt. Bei einem Kerneuropa strenger Lesart gibt es nur ein Wahlrecht für oder gegen die Föderation. Diese soll nach dem (nunmehr) ausdrücklichen Bekunden aller Befürworter zwar allen Mitgliedstaaten offen stehen⁶⁹; ein *pick and choose* einzelner Politiken soll es aber nicht geben⁷⁰. Das Kerneuropakonzept ist insofern eine Fortsetzung der historischen Integrationsmethode, indem es der fehlenden Integrationsbereitschaft einiger Mitgliedstaaten durch einen abgestuften Mitgliedschaftsstatus Rechnung trägt, für das Gravitationszentrum um die Gründungsmitglieder aber an der Zielvorgabe einer „Föderation“ und dem Grundsatz deren „gleichzeitiger“ Verwirklichung festhält.

Wie soll das Kerneuropakonzept rechtlich umgesetzt werden? Die Vorstellungen hierzu sind weitaus pragmatischer als es die generelle Zielvorgabe eines „föderalen Kerns“ vermuten lässt. So zielten die Vorschläge *Schäuble* und *Lamers* im Jahr 1994 in erster Linie auf die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit und im Jahr 1999 auf die Beseitigung der Vetomöglichkeit beim Grundbeschluss über die Errichtung derselben⁷¹. Diese Forderungen wurden in

⁶⁸ R. *Schuman*, Erklärung (1950), in: Europa-Recht, 12. Aufl. 1993, S. 196. Der Wunsch nach der Verwirklichung einer „europäischen Föderation“ erwähnen ausdrücklich als Grundlage ihrer jeweiligen Kerneuropakonzeption *Schäuble/Lamers* ebd. 5: „... muss sich am Modell ‚föderaler Bundesstaat‘ und am Subsidiaritätsprinzip orientieren“; *Giscard d'Estaing/Schmidt* ebd.: „federative approach“; *J. Delors*, *Fédération*, *Le Monde des Débats* vom Juli/August 2000, S. 5: „Fédération d'États-nations“; *J. Fischer*, *Föderation*, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 56: „Europäische Föderation“. Modifizierend *J. Chirac*, Bundestag (2000), der unter wohl bewusster Umgehung des Begriffs „Föderation“ einzig das Ziel einer „Constitution européenne“ aufzeigt und zudem offen lässt, ob diese für alle Mitgliedstaaten oder die nachfolgend vorgestellte „Pioniergruppe“ gelten soll. Allgemein zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden des Kerneuropakonzepts auch *C. Deubner*, *Kerneuropa* (1995); *J. Janning*, *Geschwindigkeiten*, EA 1994, 527; *R. Toulemon*, *Kerneuropa*, *Integration* 1995, 61; *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 3 und *C. Giering*, *Flexibilisierungskonzepte*, *Integration* 1997, 72/77.

⁶⁹ In ihrem ursprünglichen Vorschlag sprachen *Schäuble/Lamers* ebd. 7 von einem „festen Kern der Fünf“ (Deutschland, Frankreich, Benelux) und plädierten damit für einen anfänglichen Ausschluss nicht nur Italiens. Dieser Ausschluss bestimmter Mitgliedstaaten war wohl der politische „Geburtsfehler“ (so *Fischer* ebd. 46) ihres Kerneuropakonzepts und erklärt die politische Ablehnung, die es in den „protektionismus-anfälligen“ (*Schäuble/Lamers* ebd.) südeuropäischen Mitgliedstaaten erfuhr. Siehe nunmehr aber *dies.*, *Überlegungen II* (1999), S. 7: „Der Kern darf nicht abgeschlossen, muss hingegen für jedes Mitglied offen sein.“ Die Offenheit des Kerneuropa für alle Mitgliedstaaten heben allgemein hervor *Fischer* ebd. 52 und *Chirac* ebd. Ausdrücklich bezieht die Offenheit auch auf die neuen Mitgliedstaaten *Jacques Delors* in einem Gespräch mit *Vaclav Havel*, *Die Zeit* vom 1.2.2001, S. 7: „Wenn die neuen EU-Mitglieder bei der nächsten Stufe der Integration mitmachen wollen ... dann könnte zum Beispiel die Tschechische Republik gleich am ersten Tag ihrer Mitgliedschaft zur Avantgarde dazustoßen.“

⁷⁰ So ausdrücklich *Chirac* ebd.: „composition du ‚groupe pionnier‘ : non pas sur une base arbitraire, mais par la volonté des pays qui décideront de participer à l'ensemble des coopérations“ und *Schäuble/Lamers* ebd. 22: „Heute mehr noch als vor vier Jahren sind wir von der Richtigkeit der Idee eines festen – nicht barten – Kerns überzeugt.“

⁷¹ *W. Schäuble/K. Lamers*, *Überlegungen I* (1994), S. 6: „Hierfür sollte die Methode der ‚variablen Geometrie‘ oder ‚mehreren Geschwindigkeiten‘ trotz erheblicher rechtlicher und praktischer Schwierigkeiten soweit

den Verträgen von Amsterdam und Nizza umgesetzt⁷². Hierauf aufbauend gehen auch *Delors*, *Fischer* und *Chirac* davon aus, dass der Grundstein für die Verwirklichung des Kerneuropakonzepts durch einen wiederholten Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit gelegt wird⁷³. Die Frage nach der finalen Verwirklichung des Kerneuropa wird somit aufgeschoben und in einem Zwischenschritt auf das vorhandene Institut der verstärkten Zusammenarbeit zurückgegriffen. Dies erlaubt den *ins* zwar eine engere Kooperation gegen den Willen der *outs*, gewährt den Letzteren aber auch ein freies Teilnahmerecht⁷⁴. Wegen des freien Teilnahmerechts besteht in dieser ersten Stufe kein grundsätzlicher Unterschied zum Europa *à la carte*. Ein exklusives und abgeschlossenes Kerneuropa wird durch die verstärkte Zusammenarbeit gerade nicht verwirklicht⁷⁵.

Die potentielle Bedeutung der verstärkten Zusammenarbeit für die Herausbildung eines Kerneuropa wird an späterer Stelle am Beispiel einer möglichen Fortentwicklung der Währungsunion zu einer europäischen Wirtschaftsregierung aufgegriffen, die regelmäßig als sachliches Herzstück eines möglichen Kerneuropa genannt wird⁷⁶. Darüber hinaus wurde nicht nur von *Habermas* angesichts der „Spaltung“ Europas während des Irak-Kriegs im Jahr 2003 wiederholt auf die Bedeutung des Kerneuropakonzepts für die Verwirklichung einer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik verwiesen⁷⁷. Auf die derzeitige und zukünftige Bedeutung ungleichzeitiger Regelungsinstrumente zur Verwirklichung derselben wird im Rahmen der späteren Untersuchung ebenfalls gesondert einzugehen sein⁷⁸. Wie das Kerneuropa nach einem wiederholten Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit weiterentwickelt werden soll, wird unterschiedlich beurteilt. Im Folgenden wird zwischen dem „Modell *Chirac*“ und dem „Modell *Fischer*“ nach Maßgabe ihrer Vorschläge aus dem Frühjahr 2000 unterschieden. Während *Chirac* eine völkerrechtliche Ergänzung der bestehenden Union anstrebt, schlug *Fischer* die Begründung einer Parallelorganisation mit einem eigenen rechtlichen und institutionellen Unterbau vor.

möglich durch den Unionsvertrag ... sanktioniert und institutionalisiert werden“; *dies.*, Überlegungen II (1999), S. 22: Abschaffung des Vetos; „(a)ndernfalls würden sich mit Sicherheit außerhalb des Vertragsdachs entsprechende Konstellationen entwickeln.“

⁷² Siehe zur verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 (S. 43 ff.).

⁷³ *J. Delors*, *Fédération*, *Le Monde des Débats* vom Juli/August 2000, S. 6: „C’est en vertu de cette même ligne d’action que je souhaite que l’on expérimente les coopérations renforcées.“ *J. Fischer*, *Föderation*, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 49: „Zunächst dem Ausbau verstärkter Zusammenarbeit“ und *J. Chirac*, *Bundestag* (2000): „Diese Gruppe würde die Rolle eines Wegbereiters spielen, indem sie auf das in der Regierungskonferenz festgelegte neue Verfahren zur verstärkten Zusammenarbeit zurückgreift.“

⁷⁴ Siehe Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

⁷⁵ Aus diesem Grund und angesichts der strengen rechtlichen Vorgaben der Verträge erachtet die verstärkte Zusammenarbeit als ungeeignet für einen Einstieg in ein Kerneuropa *J. Janning*, *Zweiter Anlauf*, in: Weidenfeld (2001), S. 158 f.: „(D)er große Sprung oder die qualifizierte Vertiefung der Integration, die in den Positionen von Joschka Fischer und Jacques Chirac anklagen, werden mit dem Vertrag von Nizza und dessen verstärkter Zusammenarbeit nicht erreicht werden... (D)ie verstärkte Zusammenarbeit nach dem Vertrag von Nizza ist kein Königsweg... Die Bündelung von Ergebnissen der verstärkten Zusammenarbeit in einem ‚Gravitationszentrum‘ dürfte auf das kommende Jahrzehnt hin zu wenig Masse zusammenbringen, um Gravitation zu erzeugen.“ Auch für *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 13 eignet sich die verstärkte Zusammenarbeit nicht als „levier d’intégration“ für die *Föderation*.

⁷⁶ Siehe Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

⁷⁷ Statt vieler *J. Habermas/J. Derrida*, *Nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 31.4.2003, S. 12.

⁷⁸ Hierzu umfassend Kapitel 5 (S. 151 ff.).

Chirac fordert konkret, dass „à l’initiative de ces pays ... qui souhaitent aller plus ou plus vite“ eine Vertiefung der politischen Union voran getrieben werden müssen „en nouant, si nécessaire, des coopérations hors Traité.“⁷⁹ Eine derartige völkerrechtliche Ergänzung der Europäischen Union hat aus Sicht des geltenden Europarechts den Charme, dass sie eine Mehr an Zusammenarbeit erlaubt „sans jamais remettre en cause la cohérence et l’acquis de l’Union.“⁸⁰ Ausdrücklich warnt *Chirac* vor *Fischers* Vorschlag einer institutionellen und rechtlichen Neugründung: „Faut-il que ces États concluent entre eux un nouveau Traité et se dotent d’institutions sophistiquées ? Je ne le crois pas. Soyons conscients que ce serait ajouter un niveau supplémentaire à une Europe qui en compte déjà beaucoup. Et évitons de figer des divisions de l’Europe.“⁸¹ Im Rahmen der allgemeinen Regeln des Europarechts wird später zu zeigen sein, dass die engere völkerrechtliche Zusammenarbeit einiger Mitgliedstaaten nach dem Modell *Chirac* grundsätzlich mit dem geltenden Europarecht vereinbar ist und somit aus Sicht der europäischen Verträge ohne Vertragsänderung realisiert werden könnte⁸².

Eine beinahe notwendige Folge des völkerrechtlichen Charakters engerer Kooperationen nach dem Modell *Chirac* ist, dass diese nicht auf der rechtlichen und institutionellen Supranationalität des Europarechts gründen. Ausdrücklich führt *Chirac* hinsichtlich des institutionellen Unterbaus der „groupe pionnier“⁸³ aus: „Il faudrait plutôt envisager un mécanisme de coordination souple, un secrétariat chargé de veiller à la cohérence des positions et des politiques des membres de ce groupe.“⁸⁴ Der Verwirklichung des „föderalistischen Endziels“ der europäischen Integration würde das Modell *Chirac* somit allenfalls dann dienen, wenn es ein Experimentierfeld darstellt, das nach dem Vorbild des Schengener Rechts später in den Rahmen der Europäischen Union überführt wird⁸⁵. Derzeit ist die Verwirklichung des Modells *Chirac* allerdings nicht absehbar. So wurde der 40. Jahrestag des Elysée-Vertrags im Januar 2003 der gesamteuropäischen Verfassungsdebatte im Europäischen Konvent gewidmet anstatt, wie von *Chirac* ursprünglich vorgesehen, eine deutsch-französische Initialzündung zur Errichtung des Kerneuropa vorzubereiten⁸⁶.

Welche Zuständigkeiten könnte eine Pioniergruppe nach dem Modell *Chirac* wahrnehmen? Regelmäßig wird hierbei auf Politiken verweisen, die wie die Umwelt-, Sozial-, Wirtschafts-, Einwanderungs- und Asylpolitik oder die Zusammenarbeit in Strafsachen bereits europäischen Zuständigkeiten unterfallen⁸⁷. Sie könnten daher entweder im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit als ungleichzeitiges Europarecht oder auf völkerrechtlicher Grundlage jen-

⁷⁹ *J. Chirac*, Bundestag (2000).

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ebd.

⁸² Zu den allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten Kapitel 10 (S. 297 ff.) und zusammenfassend in verfassungstheoretischer Perspektive Kapitel 12 II 1 (S. 359 ff.).

⁸³ *J. Chirac*, Bundestag (2000); in der deutschen Fassung der Rede wird von „Avantgarde-Gruppe“ gesprochen.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ Zur Integration des Schengener Rechts Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

⁸⁶ In diesem Sinn *J. Chirac*, Discours (2002): „La France et l’Allemagne fêteront, en 2003, le 40^{ème} anniversaire du Traité de l’Élysée. Elles devraient saisir cette occasion pour conclure un nouveau pacte fondateur, qui prévoirait un saut qualitatif dans la coopération entre (nous deux pays).“ Dieser Vorschlag wurde von führenden französischen Sozialisten unterstützt: *J.-N. Jeanneney/P. Lamy/H. Nallet/D. Strauss-Kahn*, Europe: pour aller plus loin, *Le Monde* vom 20.6.2001: „Il s’agirait d’abord d’offrir à l’Allemagne, en réinsufflant l’énergie de l’élan initial, une union à deux renforcée.“

⁸⁷ Hierzu die Nachweise zum Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit in Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

seits der europäischen Verträge geregelt werden⁸⁸. Darüber hinaus könnten auf völkerrechtlicher Grundlage Sachbereiche geregelt werden, die den Kompetenzrahmen der Europäischen Union überschreiten. Hierbei ist insbesondere zu denken an eine Koordinierung der Wirtschaftspolitiken jenseits der kompetentiellen Grenzen des Primärrechts⁸⁹, ein umfassendes europäisches Schuld- bzw. Vertragsrecht⁹⁰, eine gemeinsame Bildungs- und Kulturpolitik⁹¹, der Ausbau von Europol, die Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft und Grenzpolizei⁹², die Einrichtung gemeinsamer konsularischer Vertretungen etwa zur Ausgabe von Schengen-Visa über die gemeinsame Internetpräsenz hinaus⁹³ oder die Zusammenlegung diplomatischer Vertretungen⁹⁴.

Auch im Bereich der Verteidigungspolitik liegt der Ausbau bestehender völkerrechtlicher Kooperationen über gemeinsame Brigaden auf dem Weg zu einer „europäischen Armee“ und eine Koordinierung der militärischen Ausrüstungs- und Beschaffungspolitik im Bereich des politisch Möglichen. Gerade in diesem Bereich hat der Europäische Konvent ambitionierte Reformvorschläge zu Ungleichzeitigkeit unterbreitet⁹⁵. Soweit eine Verständigung auf der Regierungskonferenz oder die Ratifikation des Verfassungsvertrags scheitert, könnte dies die Attraktivität völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten wieder erhöhen. Als Alternative zu einem völkerrechtlichen Kerneuropa nach dem Modell *Chirac* könnten die genannten Integrationsschritte auch durch völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten in wechselnder Zusammensetzung realisiert werden – ganz im Sinn des Europa *à la carte*. Die theoretischen Unterschiede zwischen den verschiedenen Integrationskonzepten verschwimmen insoweit bei der praktischen Umsetzung.

Dagegen liegt der Schwerpunkt des Modells *Fischer*, das der deutsche Außenminister im Mai 2000 an der Humboldt-Universität zu Berlin vorstellte, weniger auf der Ausweitung europäischer Zuständigkeiten⁹⁶. Vielmehr betont *Fischer* die Bedeutung der institutionellen Reform und fordert einen „bewussten politischen Neugründungsakt Europas“⁹⁷, durch den „wir

⁸⁸ Näher zu Zulässigkeit und Grenzen völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Gemeinschaftskompetenzen Kapitel 10 II (S. 299 ff.).

⁸⁹ Näher Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

⁹⁰ So CDU/CSU, Vorschläge (2001), S. 24 f.

⁹¹ Hierzu Kapitel 10 III (S. 318 f.).

⁹² Der Europäische Konvent hat in Art. III-166, 175, 177 VVE-E entsprechende Vorschläge unterbreitet, gegen die das Vereinigte Königreich jedoch teilweise seinen Widerstand auf der Regierungskonferenz angekündigt hat. Dies könnte der Frage nach ihrer völkerrechtlichen Verwirklichung erneute Aktualität verleihen.

⁹³ Die Schengen-Gruppe einschließlich Norwegen und Island informiert potentielle Besucher seit Herbst 2002 über die Anforderungen an die Ausstellung eines Schengen-Visums unter <www.eurovisa.info>. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents fordert eine stärkere Kooperation der konsularischen Vertretungen, sieht aber keine gemeinsamen Einrichtungen vor; siehe Art. III-207 VVE-E.

⁹⁴ So der „spontane“ Gedanke der Kommissare *Lamy* und *Verbeugen* bei einer Veranstaltung im Januar 2002; *C. Wernicke*, Von der Loire bis an die Oder, *Süddeutsche Zeitung* vom 23.1.2002. Die deutsch-französische (Verwaltungs-)Vereinbarung über die Zusammenarbeit ihrer diplomatischen Missionen in Kap Verde vom 3.7.1997 (BGBl. 1997 II 1592) könnte insoweit ein erster Schritt sein. Der vom Europäischen Konvent vorgeschlagene Europäische Auswärtige Dienst ist eine bloße Koordinierung der Einrichtungen des Rats, der Kommission und der Mitgliedstaaten und kein originärer *corps diplomatique européen*; Art. III-197 III VVE-E i.V.m. der vorgeschlagenen Erklärung über die Einrichtung eines Europäischen Auswärtigen Dienstes.

⁹⁵ Näher Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.).

⁹⁶ Siehe *J. Fischer*, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 38: „Dies wäre eine schlanke und zugleich handlungsfähige Europäische Föderation.“

⁹⁷ Ebd. 41.

den letzten Baustein in das Gebäude der europäischen Integration einfügen, nämlich die politische Union⁹⁸. Nach seinen Vorstellungen wird:

„... getrieben durch den Druck der Verhältnisse und der von ihnen ausgelösten Krisen, die EU innerhalb der nächsten Dekade irgendwann vor der Alternative stehen: Springt eine Mehrheit der Mitgliedstaaten in die volle Integration und einigt sich auf einen europäischen Verfassungsvertrag zur Gründung einer Europäischen Föderation? Oder, wenn dies nicht geschieht, wird eine kleinere Gruppe von Mitgliedstaaten als Avantgarde diesen Weg vorausgehen, d.h. ein Gravitationszentrum aus einigen Staaten bilden, die aus tiefer europäischer Überzeugung heraus bereit und in der Lage sind, mit der politischen Integration voranzuschreiten?“⁹⁹

Der *Quermonne*-Bericht des französischen Commissariat Général du Plan, dem weite Teile der Humboldt-Rede *Fischers* entlehnt sind, unterschied noch zwischen einem Gravitationszentrum einer kleinen Gruppe von Mitgliedstaaten ähnlich dem Modell *Chirac* und einem neuen Grundvertrag einer Mehrheit von Mitgliedstaaten¹⁰⁰. *Fischer* hebt diese Unterscheidung auf. Stattdessen will er auch das Gravitationszentrum einer kleinen Zahl an Mitgliedstaaten auf einer eigenen rechtlichen und institutionellen Grundlage verwirklichen. Zwischen dem sofortigen Übergang zur „Europäischen Föderation“ und der „Realisierung des Projekts einer europäischen Verfassung“¹⁰¹ durch eine *Mehrheit* der Mitgliedstaaten und der Begründung eines Gravitationszentrums durch eine *kleinere Gruppe* von Mitgliedstaaten besteht bei *Fischer* kein substantieller Unterschied mehr. In beiden Fällen sind nicht alle Mitgliedstaaten beteiligt und es wird ein eigener rechtlicher und institutioneller Rahmen begründet, dessen Verhältnis zur Europäischen Union unklar bleibt¹⁰². *Fischer* sind:

„... die institutionellen Probleme im Hinblick auf die jetzige EU durchaus bewusst, die ein solches Gravitationszentrum mit sich bringen würde. Deshalb würde es entscheidend darauf ankommen, sicherzustellen, dass ... Mechanismen entwickelt werden, die eine Mitarbeit des Gravitationszentrums in der größeren EU ohne Reibungsverluste erlauben.“¹⁰³

Doch wie sollen derartige Mechanismen aussehen, wenn das Gravitationszentrum einzelner bzw. die Föderation einer Mehrheit von Mitgliedstaaten eigene Institutionen umfasst und sich kompetentiell nicht auf eine Ergänzung der Europäischen Union beschränkt, sondern in ein Konkurrenzverhältnis zu derselben tritt? Anders als die völkerrechtliche Pioniergruppe des Modells *Chirac* oder die durch Art. 306 EGV geschützte Benelux-Integration¹⁰⁴, soll die Integrationsvorhut des Modells *Fischer* nicht zu einem späteren Zeitpunkt gleichzeitig oder ungleichzeitig in den Rahmen der Europäischen Union überführt werden. Die Föderation des Gravitationszentrums soll umgekehrt die bestehende Europäische Union ersetzen. Der einheitliche rechtliche und institutionelle Rahmen der Europäischen Union würde dann durchbrochen und die Föderation auf eine neue legitimatorische Basis gestellt. Es wird in der ab-

⁹⁸ Ebd. 7.

⁹⁹ Ebd. 47.

¹⁰⁰ Commissariat Général du Plan, *Quête* (2000), S. 75 ff.

¹⁰¹ *Fischer* ebd. 47 und 41. Die Begriffe „Verfassung“; „Verfassungsvertrag“ und „Grundvertrag“ werden von *Fischer* ohne inhaltliche Unterschiede parallel verwandt.

¹⁰² Auch das Gravitationszentrum einiger Mitgliedstaaten soll sich auf Grundlage eines „europäischen Grundvertrags ... eigene Institutionen geben“ und ist als „Nukleus einer Verfassung der Föderation“ konzipiert; ebd. 50.

¹⁰³ Ebd. 51.

¹⁰⁴ Hierzu Kapitel 6 V (S. 198 ff.).

schließenden verfassungstheoretische Einordnung zu untersuchen sein, ob die derzeitige Verfassungsordnung der Europäischen Union diesem Schritt rechtlich zuließe¹⁰⁵.

Vermutlich sollte das Modell *Fischer* von Anbeginn an nicht als eine Blauphase für die Verwirklichung eines Kerneuropa dienen, sondern bezweckte den Anstoß einer Debatte über den Fortgang der europäischen Integration. *Fischer* befreite sich aus der „bisweilen beengende(n) Rolle des deutschen Außenministers und Mitglieds der Bundesregierung“¹⁰⁶ auch dadurch, dass seine Entwurf nicht den Anspruch erhob, für alle Mitgliedstaaten gelten zu müssen. Dies erlaubte ihm ein Aufzeigen einer „persönliche(n) Zukunftsvision“¹⁰⁷ jenseits der politischen Zwänge der laufenden Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Nizza. In der Rückschau lenkte das Kerneuropakonzept nicht von der gleichzeitigen Fortentwicklung der Integration ab. Im Gegenteil: Die Vorschläge *Fischers* waren eine wichtige Initialzündung für die Verfassungsdebatte im Europäischen Konvent und wurden von ihm seither nicht wiederbelebt¹⁰⁸. Die Konzentration der Diskussion auf die Reform der bestehenden Europäischen Union zeigt, dass das Kerneuropakonzept anders als die historische Debatte um die „klein-“ oder „großdeutsche“ Lösung in der Frankfurter Paulskirche den Erfolg des Gesamtvorhabens nicht grundsätzlich gefährdet.

Gleichwohl könnte das Kerneuropakonzept in den kommenden Jahren einen neuen Auftrieb erhalten, wenn die Ratifikation des Vertrags über eine Verfassung für Europa scheitert oder sein Ergebnis als unbefriedigend empfunden wird. Ebenso könnte hierbei das Modell des *Europa à la carte* aufgegriffen werden. Eine umfassende Verwirklichung würde vermutlich aber weder das eine noch das andere Integrationskonzept erfahren. Stattdessen dürfte wie bei den bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit ein „pragmatischer“ Kompromiss gesucht werden, der Elemente des Kerneuropa und des *Europa à la carte* vereint und nach dem Vorbild der bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert.

3 Pragmatische Umsetzung

Die im ersten Teil dieser Untersuchung umfassend erörterten Formen von Ungleichzeitigkeit entspringen keinem Masterplan, der den Mitgliedstaaten die Teilnahme an neuen Integrationschritten nach Maßgabe des *Europa à la carte* generell freistellt oder einer geschlossenen Integrationsvorhut die Verwirklichung eines Kerneuropa erlaubt. Vielmehr sind die vertraglichen Normierungen zu Ungleichzeitigkeit Ausdruck eines verfassungspolitischen Pragmatismus, der in erster Linie die notwendige Einstimmigkeit für Vertragsänderungen sicherte und die ungleichzeitige Fortentwicklung der europäischen Integration auf besondere Konstellationen des Einzelfalls beschränkt. Hierbei werden Elemente der vorgestellten politischen Integrationskonzepte aufgegriffen, ohne sie umfassend zu verwirklichen.

¹⁰⁵ Siehe Kapitel 12 II (S. 355 ff.).

¹⁰⁶ *J. Fischer*, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 3.

¹⁰⁷ Ebd. 26.

¹⁰⁸ In einem Interview mit der *Financial Times* nahm er ausdrücklich von einer Föderation unter Ausschluss des Vereinigten Königreichs Abstand: „As I see Britain as an essential part of Europe and the EU, my question was: how should an integrated Europe be constituted, so that even England could cross this bridge?“, zitiert nach *H. Simonian*, *Fischer Predicts the EU Will Become a Federation*, *Financial Times* vom 16.5.2001, S. 8. Auch das Kerneuropamodell des *Schäuble/Lamers*-Papiers übte auf potentielle *outs* der Währungsunion politischen Druck zur Erfüllung der Konvergenzkriterien aus und trug so zur weitgehend gleichzeitigen Verwirklichung der Währungsunion bei; so die Analyse von *J. Janning*, *Geschwindigkeiten*, EA 1994, 527/533.

Der verfassungspolitische Pragmatismus zeigt sich schon bei der Ausgestaltung der Währungsunion, die als historisch erste Form von Ungleichzeitigkeit in der europäischen Verfassungsgeschichte die rechtliche Wasserscheide zwischen der gleichzeitigen Integrationsmethode der ersten Dekaden und Ungleichzeitigkeit begründet. Weder die Kontinentaleuropäer noch das Vereinigte Königreich oder Dänemark strebten die politische Freistellung der beiden letzteren Mitgliedstaaten als Selbstzweck an: Die Kontinentaleuropäer forderten nach Maßgabe der Konvergenzkriterien eine Verwirklichung der Währungsunion in allen Mitgliedstaaten; die Briten lehnten die Währungsunion eigentlich ganz ab – auch unter der Maßgabe von Ungleichzeitigkeit. Im Ergebnis entschied sich die Regierungskonferenz bewusst gegen eine Entscheidungsfreiheit aller Mitgliedstaaten und beschränkte die politische Freistellung *à la carte* auf das Vereinigte Königreich und Dänemark. Dieser Kompromiss erlaubte einen pragmatischen Ausgleich der widerstreitenden Positionen und war nicht Ausdruck oder Folge eines neuen, visionären Integrationskonzepts¹⁰⁹.

Ähnlich wurde bei der dänischen Ausnahme von der Verteidigungspolitik¹¹⁰ und den verschiedenen Sonderpositionen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verfahren. Aufgrund der später dargelegten politischen Vorbehalte Dänemarks, des Vereinigten Königreichs und Irlands wurde eine Freistellung nur dieser drei Mitgliedstaaten vereinbart. Der Fall Dänemarks verdient hierbei besondere Beachtung. Es ist die einzige Form von Ungleichzeitigkeit, die nicht auf einer politischen Ablehnung der europäischen Kooperation beruht, sondern sich gegen die Anwendung der supranationalen Gemeinschaftsmethode richtet. Es ist insoweit konsequent, dass Dänemark seine Sonderposition nur generell aufgeben und nicht im Einzelfall über seine Teilnahme an der supranationalen Rechtsetzung entscheiden kann¹¹¹. Dagegen können das Vereinigte Königreich und Irland jederzeit ihr *opt-in* in den laufenden Rechtsetzungsprozess erklären. Diese Wahlfreiheit ist die bislang weitgehendste Verwirklichung einer – wenn auch auf zwei Mitgliedstaaten beschränkten – Beliebigkeit der Integration nach Maßgabe des Europa *à la carte*. Auch hier wäre ohne den „Preis“ von Ungleichzeitigkeit die für eine Vergemeinschaftung weiter Teile der Justiz- und Innenpolitik erforderliche Einstimmigkeit nicht erreicht worden¹¹².

Die verstärkte Zusammenarbeit besitzt dagegen keinen fest definierten Mitgliederkreis und ist ihrem Wesen nach nicht auf bestimmte Politikbereiche beschränkt. Als „abstrakte“ Ungleichzeitigkeit gestattet sie vielmehr ein Voranschreiten einzelner Mitgliedstaaten in grundsätzlich allen Gemeinschafts- und Unionspolitiken. Das entscheidend Neue der verstärkten Zusammenarbeit ist ihre sachliche und geographische Offenheit. Die Definition des sachlichen Gegenstands und des Teilnehmerkreises ist dem politischen Entscheidungsprozess überlassen. Dies erscheint auf den ersten Blick als eine weitreichende Aufgabe der gleichzeitigen Integrationsmethode. Tatsächlich umfasst das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit jedoch umfassende Sicherungen, die den Fortgang der Integration nicht dem freien politischen Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen. Die vertraglich normierten Verfahrensvorschriften und materiellrechtlichen Vorgaben stellen vielmehr sicher, dass die verstärkte Zusammenarbeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der europäi-

¹⁰⁹ Näher Kapitel 4 I 2 (S. 134 f.).

¹¹⁰ Siehe Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

¹¹¹ Hierzu Kapitel 3 III (S. 103 ff.).

¹¹² Siehe Kapitel 3 II (S. 90 ff.).

schen Verträge integriert ist¹¹³. Ähnliches gilt für Ungleichzeitigkeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, deren Vorgaben ein politisches Auseinanderfallen der europäischen Außenpolitik in divergierende Kooperationsrahmen verhindert¹¹⁴. Die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit in den rechtlichen und institutionellen Rahmen betont auch der belgische Premierminister *Verhofstadt*:

„It should not be an instrument to create a two-speed Europe... I believe that it can be a means to speed up integration and to involve Member States, which did not join in during the first phase. In other words, enhanced co-operation can never be a mechanism to withdraw oneself from the Union. It is an instrument to strengthen the Union from within, an instrument of integration, not exclusion.“¹¹⁵

Die Entscheidung des Vertragsgebers für die Einführung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit ist eine juristische Realität, deren politische Zweckmäßigkeit nicht Gegenstand der rechtlichen Analyse sein soll. Gleichwohl kann die rechtswissenschaftliche Analyse zu einer Versachlichung der Debatte über eine differenzierte Integration beitragen, indem sie die rechtlichen Vorgaben der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit klärt und Möglichkeiten und Grenzen ihrer Anwendung aufzeigt. Soweit die nachfolgende Untersuchung ergibt, dass die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit den Grundannahmen der europäischen Integration nicht widersprechen und inhaltlich so ausgestaltet sind, dass sie in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert sind, kann dies in der politischen Diskussion freilich als ein Argument für die Beibehaltung und Umsetzung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den derzeitigen Verträgen und dem künftigen Verfassungsvertrag dienen.

III Fazit

Ungleichzeitigkeit ist gekennzeichnet durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts und die Aussetzung des Stimmrechts der *outs* bei der Annahme und Änderung von Rechtsakten im Rat. Ungleichzeitigkeit ist zu unterscheiden von den vielfachen Formen der gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung und der differenzierten politischen Anbindung von Drittstaaten durch Assoziierungsverträge, auf die insbesondere die im zweiten Teil entwickelten allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit keine Anwendung finden. Die verfassungspolitische Diskussion konzentrierte sich in den vergangenen Jahren auf die Integrationskonzepte des Europa *à la carte* und des Kerneuropa. Die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit in den europäischen Verträgen entspringen jedoch einem „pragmatischen“ politischen Kompromiss und bewirken keinen Einstieg in die umfassende Verwirklichung eines der beiden Integrationskonzepte. Die Untersuchung des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht sollte sich schon deshalb von der politischen Debatte lösen und sich auf die rechtliche Dimension von Ungleichzeitigkeit konzentrieren.

¹¹³ Umfassend zur verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 (S. 43 ff.).

¹¹⁴ Näher Kapitel 5 (S. 151 ff.).

¹¹⁵ G. *Verhofstadt*, *Vision* (2000).

Erster Teil

FORMEN VON UNGLEICHZEITIGKEIT

In diesem ersten Teil werden die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit vorgestellt, die in den vergangenen Jahren Eingang in die europäischen Verträge fanden. Es geht darum, den Anwendungsbereich der jeweiligen vertraglichen Normierungen und ihre Bedeutung für die Rechtspraxis aufzuzeigen. Hierbei wird deutlich, dass Ungleichzeitigkeit keine abstrakte Möglichkeit, sondern gelebte Realität ist. Die Untersuchung zeigt bereits, dass Ungleichzeitigkeit kein Fremdkörper in der europäischen Rechtsordnung ist. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen und verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit sind so ausgestaltet, dass die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert sind. In den folgenden Kapiteln des ersten Teils stehen Rechtsfragen zur Auslegung und Anwendung der einzelnen Vertragsbestimmungen im Vordergrund. Allgemeine Regeln des Europarechts für die gemeinsame Behandlung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit werden im zweiten Teil entwickelt. Die Erörterung der speziellen Vertragsbestimmungen ist insofern Grundlage und Ausgangspunkt für die Bestimmung des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht.

Die verstärkte Zusammenarbeit ist die potentiell bedeutendste Form von Ungleichzeitigkeit. Sie erlaubt den europäischen Organen, in nahezu allen Politikbereichen in Einzelfällen ungleichzeitiges Europarecht mit Wirkung für einige Mitgliedstaaten zu setzen (Kapitel 2). Nicht weniger instruktiv sind die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Auf ihrer Grundlage entwickelte sich durch die Integration des Schengener Rechts und den Erlass neuer Rechtsakte in den vergangenen Jahren ein quantitativ umfassender ungleichzeitiger Besitzstand (Kapitel 3). Die Ungleichzeitigkeit der Wirtschafts- und Währungsunion ist zwar der breiteren Öffentlichkeit bekannt, wirft aber in erster Linie spezielle Rechtsprobleme auf, die auf der besonderen institutionellen und rechtlichen Struktur dieses Rechtsgebiets gründen (Kapitel 4). In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik steht die erlaubte Ungleichzeitigkeit in einem politischen Spannungsverhältnis zu dem Wunsch nach einem möglichst einheitlichen Auftreten der Europäischen Union gegenüber Drittstaaten. In diesem Bereich besitzen die Reformvorschläge des Europäischen Konvents eine besondere Bedeutung (Kapitel 5). Schließlich ist auf den ungleichzeitigen Sonderfall völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten einzugehen, die aufgrund vertraglicher Normierungen eine besonders enge Verbindung mit dem Europarecht aufweisen (Kapitel 6).

Kapitel 2

VERSTÄRKTE ZUSAMMENARBEIT

Die verstärkte Zusammenarbeit nimmt in der politischen und rechtlichen Debatte über Ungleichzeitigkeit eine Sonderstellung ein, da sie weder sachlich auf einen bestimmten Politikbereich noch geographisch auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt ist. Aufgrund dieses allgemeinen Charakters symbolisiert sie mehr als alle anderen Formen von Ungleichzeitigkeit die potentielle Abkehr von der Gleichzeitigkeit als einer bisherigen Grundannahme der europäischen Integration. Vielleicht gerade auch wegen ihrer großen Symbolkraft hat die verstärkte Zusammenarbeit in den ersten Jahren ihrer Existenz keine praktische Bedeutung erlangt, während aufgrund der Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein umfangreicher ungleichzeitiger Rechtskorpus entstand¹. Die von *Dehousse* prognostizierte „révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne“² aufgrund der verstärkten Zusammenarbeit ist in der Rechtspraxis bislang ausgeblieben.

Die Initialzündung für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit ging von einem gemeinsamen Brief von *Helmuth Kohl* und *Jacques Chirac* an den Präsidenten des Europäischen Rats im Vorfeld der Regierungskonferenz der Jahre 1996/97 aus. Die nachfolgend zitierte Passage fasst die verschiedenen Motivationslagen zusammen, die den Konsens zur Einführung der verstärkten Zusammenarbeit im Vertrag von Amsterdam letztendlich trugen. In ihr kommt die im ersten Kapitel aufgezeigte „Pragmatik“ der verstärkten Zusammenarbeit zum Ausdruck, die weder ein abgeschlossenes Kerneuropa noch eine generelle Beliebigkeit der europäischen Integration im Sinn einer Integration *à la carte* bewirken soll³. Die verstärkte Zusammenarbeit will vielmehr den politischen Integrationswille einiger Mitgliedstaaten mit der zögernden Haltung anderer Mitgliedstaaten in Einklang bringen. Der Verweis auf die anstehende Erweiterung als einem wichtigen Anlass für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit hat auch im Jahr 2003 seine Aktualität nicht verloren:

„Dans une Union élargie, nous voulons que tous les États membres puissent participer de la même façon aux progrès de la construction européenne. Mais les difficultés momentanées de l'un des partenaires à suivre la marche en avant ne devraient pas faire obstacle à la capacité d'action et de progrès de l'Union. Pour cette raison, nous jugeons souhaitable et possible, à la lumière de l'expérience et des exemples existants, d'introduire dans le Traité une clause de caractère général permettant aux États qui en ont la volonté et la capacité de développer entre eux des coopérations renforcées, dans le cadre institutionnel unique de l'Union.“⁴

Die prozeduralen und materiellen Vorgaben des Vertrags von Amsterdam für die verstärkte Zusammenarbeit wurden von der überwiegenden Mehrzahl der Kommentatoren als zu rigide

¹ Siehe Kapitel 3 (S. 79 ff.).

² R. *Dehousse*, zitiert nach *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/752.

³ Siehe bereits Kapitel 1 II 3 (S. 38 ff.).

⁴ Brief von Bundeskanzler *Helmuth Kohl* und Staatspräsident *Jacques Chirac* an den Präsidenten des Europäischen Rats vom 6.12.1995, zitiert nach *J.-F. Favret*, *Amsterdam*, C.D.E. 33 (1997), 555/596; ebenfalls erhältlich unter <www.europa.eu.int/en/agenda/igc-home/ms-doc/state-fr/kohlchir.htm>.

eingestuft. *Janning* sprach von einer „Dynamik in der Zwangsjacke“⁵ und *Gaja* forderte einen „more flexible general mechanism of flexibility“⁶. Während der Regierungskonferenz des Jahres 2000 wurde daraufhin eine Reform des in der Praxis noch nie angewandten Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit erörtert und partiell vereinbart⁷. Zusätzlich unterzog der Vertrag von Nizza die vertraglichen Regelungen einer redaktionellen Reorganisation und Neunummerierung. Doch auch diese Vertragsfassung könnte wiederum nur ein Zwischenspiel sein. Ein halbes Jahr nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Nizza verständigte sich nämlich der Europäische Konvent auf eine erneute redaktionelle Überarbeitung des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit. Die erneute Neunummerierung und Reformulierung erschwert die praktische Arbeit mit den Vertragsbestimmungen. Der Übersicht im Anhang zu diesem Kapitel können die wesentlichen Änderungen entnommen werden.

Während der Vertrag von Amsterdam das Institut der verstärkten Zusammenarbeit als solches in den integrationspolitischen Grundkonsens einfügte, sollte der Vertrag von Nizza seine praktische Anwendbarkeit erleichtern. Im welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen dies gelang und die verstärkte Zusammenarbeit hiernach das Potential für eine nachhaltige Anwendung in der Zukunft besitzt, ist anhand der einzelnen Bestimmungen zu erörtern. Die überwiegende Mehrheit der Beobachter nimmt generell eine Erleichterung der Einstiegsbedingungen durch den Vertrag von Nizza an⁸. Demgegenüber bewirken die Reformvorschläge des Europäischen Konvents für den Regelfall einer verstärkten Zusammenarbeit im Anwendungsbereich des derzeitigen EG-Vertrags nur eine sehr begrenzte Änderung der Rechtslage. Soweit der Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa nicht nur eine redaktionelle Überarbeitung darstellt, sondern zugleich eine inhaltliche Reform vornimmt, wird hierauf im Einzelnen hinzuweisen sein.

I Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ist nicht auf bestimmte Politiken beschränkt. Die Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam entschied sich bewusst gegen eine Positivliste, welche die verstärkte Zusammenarbeit nur in bestimmten Politikbereichen für zulässig erklärt. Stattdessen verständigte man sich auf „negative“ Voraussetzungen, die derzeit in Art. 43 EUV normiert sind und auch im künftigen Verfassungsver-

⁵ *J. Janning*, Zwangsjacke, *Integration* 1997, 285.

⁶ *G. Gaja*, Flexibility, *CML Rev.* 35 (1998), 855/870; siehe aber *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38: „Dass die Klauseln über die verstärkte Zusammenarbeit praktisch prohibitiv wirken, dürfte kein Zufall sein – nur so waren sie konsensfähig.“

⁷ Zum Verlauf der Verhandlungen *J. Cloos*, *Coopérations*, *RMC* 2000, 512/513-515; *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/154-158; *T. Wiedmann*, *Nizza*, *EuR* 2001, 185/209 ff. oder *C. Giering/J. Janning*, *Katalysator*, *Integration* 2001, 146/146 ff.

⁸ So etwa *J. Shaw*, *Constitutional*, *EPL* 7 (2001), 195/202: „the hurdles ... are lowered somewhat“; *F.J. Quel López*, *Espacio*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 117/135: „flexibilización de las condiciones comunes a cualquier cooperación“; *S. Rodrigues*, *Nice*, *RMC* 2001, 11/14: „rationalisation et ... concentration du système“; *T. Jäger*, *Nice*, *EFA Rev.* 7 (2002), 297/313: „viable and clear-cut framework“ und *Giering/Janning* ebd. 154: „Die Zwangsjacke ist der verstärkten Zusammenarbeit in Nizza abgenommen worden.“ Teilweise anders *J. Janning*, *Zweiter Anlauf*, in: *Weidenfeld* (2001), S. 146: „Dynamisierung der Integrationswirkung ... kaum anzunehmen“; *A. Hatje*, *Prüfstand*, *EuR* 2001, 143/161: „bleibt abzuwarten“; *M. Wind*, *Neo-Medieval*, in: *Weiler/dies.* (2003), S. 117: „hard to predict“; *W. Wessels*, *Erweiterungsreife*, *Integration* 2001, 8/15 und *Wiedmann* ebd. 209: „Zweifel..., ob in der Summe viel gewonnen ist“; *W. Hummer/W. Obwexer*, *Nizza* (2001), S. 36: „manche Bedingungen verschärft.“

trag enthalten sein werden⁹. Hiernach ist die verstärkte Zusammenarbeit überall dort zulässig, wo die Voraussetzungen des Art. 43 EUV nicht entgegenstehen und die Institutionen die Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit für wünschenswert erachten. Aufgrund einer kursorischen Betrachtung der Voraussetzungen, die etwa ausschließliche EG-Zuständigkeiten und weitgehend integrierte Politikbereiche vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ausnehmen¹⁰, kann gleichwohl eine Liste von Politikbereichen erstellt werden, in denen die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit rechtlich zulässig und politisch besonders wahrscheinlich ist.

Im Anwendungsbereich des EG-Vertrags wird immer wieder auf die Vertiefung der wirtschaftspolitischen Kooperation der Euro-Gruppe als einem zentralem Anwendungsfeld der verstärkten Zusammenarbeit verwiesen. Als *spill over* der Währungsunion könnte sich die verstärkte Zusammenarbeit hier insbesondere als ein geeignetes Instrument für eine engere Koordinierung der Steuer- und Sozialpolitik erweisen¹¹. Die Harmonisierung indirekter Steuern erscheint hierbei als mögliches „Paradebeispiel“ einer verstärkten Zusammenarbeit, da die erforderliche Einstimmigkeit nach Art. 93 EGV den Charakter der verstärkten Zusammenarbeit als Mittel zur Umgehung eines Vetos besonders deutlich hervorhebt. Soweit die prozeduralen und materiellrechtlichen Vorgaben der Verträge erfüllt sind, könnten einzelne *outs* der Währungsunion wie das Vereinigte Königreich eine ungleichzeitige europäische Rechtsetzung grundsätzlich nicht verhindern, soweit die anderen Mitgliedstaaten bereit sind, insoweit den Weg einer verstärkten Zusammenarbeit zu beschreiten¹². Auf das Entwicklungspotential der verstärkten Zusammenarbeit für die engere wirtschaftspolitische Kooperation der Euro-Gruppe wird im Kapitel über die Wirtschafts- und Währungsunion gesondert eingegangen¹³.

Regelmäßig wird auch auf die große Wahrscheinlichkeit umweltpolitischer verstärkter Zusammenarbeiten verwiesen¹⁴ – etwa wenn nach der EU-Erweiterung ein gleichzeitiger Integrationsfortschritt aufgrund politischer Widerstände der neuen Mitgliedstaaten politisch nicht durchsetzbar ist¹⁵. Im Einzelfall wird hier besonders gründlich zu prüfen sein, ob das Verbot von Handelsdiskriminierungen nach Art. 43 lit.f EUV auch ungleichzeitige Produktstandards erlaubt oder ob ungleichzeitige umweltpolitische Kooperationen auf Produktionsstandards begrenzt werden müssen¹⁶. Die notwendige Einstimmigkeit für steuerrechtliche Regelungen nach Art. 175 II EGV führte im zweiten Halbjahr 2000 zu einer politischen Diskussion, ob das drohende spanische Veto gegen eine europäische Energiesteuer durch eine verstärkte Zusammenarbeit der übrigen Mitgliedstaaten umgangen werden sollte. Die entsprechenden For-

⁹ Zu Art. 43 EUV und den Vorschlägen des Europäischen Konvents in Kapitel 2 II 3 (S. 60). Kritisch hinsichtlich der getroffenen Regelung C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/376.

¹⁰ Zum Ausschluss ausschließlicher Zuständigkeiten Art. 43 lit.d EUV und zur Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf den Besitzstand Art. 43 lit.c EUV.

¹¹ So etwa E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/96; H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/104 f.; R. Barents, Nice, MJ 8 (2001), 121/131; F. Thytschaever, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 191 und die Nachweise in Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

¹² Zur Funktion der verstärkten Zusammenarbeit als Mittel zur Überwindung politischer Blockadesituationen Kapitel 1 II 3 (S. 38 ff.).

¹³ Siehe Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

¹⁴ So die Mitarbeiter von Ecologic S. Bär/I. von Homeyer/A. Kläsing, Fit?, EEL Rev 2001, 212/217 ff.; I. von Homeyer, Environmental, in: Green Cowles/Smith Bd. 5 (2000), S. 347 sowie J. Scott, Environmental, in: de Búrca/dies. (2000), S. 259 und D. Hanf, Differentiation (2002), S. 361-369.

¹⁵ So ausdrücklich J. Cloos, Coopérations, RMC 2000, 512/515.

¹⁶ Hierzu näher Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

derungen von Kommissarin *Margot Wallström* und des Europäischen Umweltbüros nach einem „Öko-Schengen“ führten zwar zu einer Flexibilisierung der spanischen Position und einem Abweichen von der Veto-Drohung¹⁷. Dennoch wurde eine europäische Energiesteuer in der unmittelbaren Folgezeit weder als gleichzeitiges noch als ungleichzeitiges Gemeinschaftsrecht verwirklicht.

Die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird nicht etwa durch die bestehenden Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks ausgeschlossen. Vielmehr tritt die verstärkte Zusammenarbeit ergänzend neben diese hinzu. Wenn etwa – rein hypothetisch – Italien und Deutschland nicht bereit wären, einen Rechtsakte zur Verwirklichung des europäischen Asyl- und Flüchtlingsrechts mitzutragen, könnten die anderen Mitgliedstaaten insoweit auf die verstärkte Zusammenarbeit zurückgreifen. Aufgrund der allgemeinen Regeln wäre Dänemark nicht zu beteiligen, während das Vereinigte Königreich und Irland frei über ihre Teilnahme entscheiden könnten¹⁸. Wegen der politischen Sensibilität der Rechtsmaterie erwarten viele Beobachter, dass die Verwirklichung des Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Rahmen des Titels IV EG-Vertrag ein „prime candidate for closer co-operation“ ist¹⁹. Tatsächlich existiert insoweit mit dem Schengener Recht bereits ein umfassender ungleichzeitiger Besitzstand, der nach Maßgabe des Schengen-Protokolls als eine modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit konzipiert ist²⁰.

Zudem könnte die verstärkte Zusammenarbeit nach Auffassung der meisten Beobachter im Bereich der „ergänzenden“ Gemeinschaftszuständigkeiten eine bedeutende Rolle spielen und etwa zur Fortentwicklung der Politikbereiche Kultur, allgemeine und berufliche Bildung oder Gesundheitswesen beitragen²¹. Wie bei jeder verstärkten Zusammenarbeit sind insoweit freilich die materiellen Voraussetzungen des Art. 43 EUV zu beachten. Insbesondere kann im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit nur eine ungleichzeitige Kompetenzwahrnehmung unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips erfolgen. Eine Überschreitung des kompetentiellen Rahmens des EG-Vertrags ist unzulässig. Nicht nur in der Bildungs-, Kultur- und Gesundheitspolitik gelten für die verstärkte Zusammenarbeit dieselben rechtlichen Grenzen wie für jede gleichzeitige Kompetenzwahrnehmung aufgrund des regulären Rechtsetzungsverfahrens²².

Ein besonderes Gewicht könnte der verstärkten Zusammenarbeit auch bei der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Rahmen der dritten Säule nach Art. 29 ff. EUV zukommen²³. Zum einen besteht in diesem neuen Sachbereich der europäischen

¹⁷ Siehe Europas Umweltschützer fordern „Öko-Schengen“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.8.2000, S. 23 und die Äußerung der Kommissarin nach *T. Schäfer*, Spanien flexibler bei der EU-Energiesteuer, *Financial Times Deutschland* vom 11.10.2001, S. 13.

¹⁸ Siehe Kapitel 3 I 3 (S. 86 f.).

¹⁹ *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 59. Ähnlich *R. Hofmann*, Flexibilität, *EuR* 1999, 713/725; *S. Langrish*, Amsterdam, *EL Rev.* 23 (1998), 3/6; *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 19 ff; *C.D. Eblermann*, Zusammenarbeit, *EuR* 1997, 362/395; *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 54 und *J. de Zwaan*, Movement, *C.Y.E.L.S.* 1 (1998), 107/117.

²⁰ Hierzu Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

²¹ So *H. Kortenber*, Cooperation, *CML Rev.* 35 (1998), 833/849; *Lenz-C.-O. Lenz*, Art. 11 EGV Rn. 15; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, *JCMSt.* 37 (1999), 87/96 und *H. Bribosia*, Différenciation, *C.D.E.* 36 (2000), 57/67. Umfassend zur differenzierten Kulturpolitik *S. Weatherbill*, Culture, in: de Búrca/Scott (2000), S. 237.

²² Zu Art. 43 lit.d EUV näher in Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.).

²³ Dies sehen ebenso *M. den Boer*, Third Pillar (1998), S. 37; *D. von Kyan*, Herausforderung, in: *FCE* Bd. 2 (2000), Rn. 20; *J.-F. Favret*, Amsterdam, *C.D.E.* 33 (1997), 555/599; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility,

Integration bislang ein vergleichsweise geringer Integrationsfortschritt. Auf den ersten Blick steht Art. 43 EUV in keinem Sachgebiet der ungleichzeitigen Umsetzung des Vertrags entgegen, soweit der gleichzeitige Status quo beachtet wird. Zudem kann die verstärkte Zusammenarbeit hier wegen der grundsätzlich einstimmigen Beschlussfassung des Rats nach Art. 34 II EUV ihre Funktion als „Vetobrecher“ besonders deutlich entfalten: entweder durch eine ungleichzeitige Rechtsetzung unter Ausschluss des zögernden Mitgliedstaats oder als Druckmittel, um einen Mitgliedstaat zur Aufgabe seines Vetos zu bewegen. Im letzteren Sinn wirkte die verstärkte Zusammenarbeit bereits bei der Diskussion um den europäischen Haftbefehl im Dezember 2000, als das angedrohte italienische Veto unter anderem durch die Erwägung einer ungleichzeitigen Kooperation überwunden wurde²⁴.

Wenn die verstärkte Zusammenarbeit bis Herbst 2003 noch nicht angewandt wurde, so liegt dies einerseits an den sehr rigiden Verfahrensvorschriften der Amsterdamer Fassung, die bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Nizza am 1. Februar 2003 jedem Mitgliedstaat ein Veto gegen die Errichtung verlieh. Darüber hinaus scheint die verstärkte Zusammenarbeit eine Symbolkraft zu besitzen, die ihre Anwendung hemmt. Ob eine erstmalige Einrichtung einer verstärkten Zusammenarbeit der Überwindung einer psychologischen Hürde gleichkommt, die den Weg für eine weitreichende Anwendung des Instituts auf einige oder alle der vorstehend aufgeführten Sachbereiche bereitet, kann nicht abgeschätzt werden. Dies entspricht der verfassungspolitischen Logik der verstärkten Zusammenarbeit, deren Einführung gerade keine generelle Neuausrichtung der Integrationsmethode bezweckt, sondern einen pragmatischen Ausweg aus noch nicht absehbaren politischen Blockadesituation weisen soll, die sich in den kommenden Jahren ergeben können – oder auch nicht.

II Verfahren

Das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit greift die Säulenstruktur der Europäischen Union auf: In besonderen Vertragsbestimmungen zu den drei Säulen werden jeweils unterschiedliche Verfahren für die Begründung der verstärkten Zusammenarbeit und die spätere Teilnahme der *outs* normiert. Die Verfahrensregeln für die erste und dritte Säule werden nachfolgend besprochen. Dagegen werden die Sonderregeln für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik im Kontext der Darlegungen zur Ungleichzeitigkeit in diesem Politikbereich in Kapitel 5 behandelt. Die Vorschläge des Europäischen Konvents lassen die Verfahrensbestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit im Anwendungsbereich des EG-Vertrags in der Substanz unberührt und erstrecken sie auf die derzeitige dritte Säule. Allgemein waren und sind Verfahren in der Europäischen Union nie etwas Zufälliges oder Beliebiges. Dies gilt gerade auch bei Ungleichzeitigkeit, wo eine Gemengelage divergierende Interessen der *ins*, der *outs* und des gesamteuropäischen Gemeinwohls besteht. Die Verfahrensbestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit strukturieren den Diskurs der politischen Akteure und versuchen einen Ausgleich ihrer jeweiligen Interessen zu begünstigen.

JCMSt. 37 (1999), 87/101; B. Hall, *Flexible* (2000), S. 14 ff. und F.J. *Quel López*, *Espacio*, Rev.der.com.eur. 2001, 117/137.

²⁴ Siehe R. Koch, EU-Haftbefehl notfalls ohne Italien, *Financial Times* Deutschland vom 10.12.2001, S. 14.

1 EG-Vertrag

Es entspricht dem Charakter der Europäischen Union als einer „Rechtsgemeinschaft“, dass die vertraglichen Vorgaben für die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit und den Aufschluss der *outs* rechtlich normiert und nicht der Spontaneität des politischen Verhandlungsprozesses überlassen sind. Zweckmäßig unterscheiden die europäischen Verträge hierbei zwischen der Annahme des Grundbeschlusses zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit und dem Teilnahmebeschluss über den Aufschluss vorerst nicht beteiligter Mitgliedstaaten. Im Anwendungsbereich des EG-Vertrags werden hierbei Charakteristika der Gemeinschaftsmethode aufgegriffen, zugleich jedoch einige bemerkenswerte Abweichungen normiert. Die prozeduralen Sonderregeln beschränken sich jedoch auf die Errichtung der verstärkten Zusammenarbeit und die Teilnahme anfänglicher *outs*. Für die Annahme einzelner Rechtsakte im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit gelten die regulären Rechtssetzungsverfahren. Die Regeln über Zusammensetzung und Beschlussfassung der Organe sind hier nur in Randaspekten modifiziert²⁵.

a Grundbeschluss

Eine Besonderheit des Verfahrens über den Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit zeigt sich schon beim Initiativrecht. Das endgültige Vorschlagsrecht obliegt zwar der Kommission; diese kann hiervon jedoch erst Gebrauch machen, nachdem die kooperationswilligen Mitgliedstaaten einen entsprechenden Antrag stellten²⁶. Der Antrag der kooperationswilligen Mitgliedstaaten ist eine notwendige Verfahrensvoraussetzung und stellt sicher, dass ein Mitgliedstaat nicht gegen seinen Willen zur Teilnahme an einer verstärkten Zusammenarbeit gezwungen werden kann²⁷. Das Antragserfordernis muss dabei nicht zwangsläufig als eine Schwächung der Kommission verstanden werden. Diese hatte die Einschränkung ihres Initiativrechts sogar selbst gefordert, weil sie eine Beeinträchtigung ihrer unabhängigen Stellung als Sachwalterin des Gemeinschaftsinteresses vermeiden wollte, die sich aus einer politischen Konfliktlage ergeben könnte, in der ihr der „Schwarze Peter“ für die von manchen Mitgliedstaaten geforderte und von anderen abgelehnte Ungleichzeitigkeit zugeschoben würde²⁸.

Wenn kooperationswillige Mitgliedstaaten einen Antrag an die Kommission richten, ist diese nicht zur Vorlage einer entsprechenden Initiative verpflichtet. Vielmehr kommt ihr ein Ermessen zu, ob sie einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet und welchen Inhalt dieser gegebenenfalls besitzt²⁹. Ein späteres Abweichen vom Kommissionsvorschlag bedarf nach

²⁵ Näher Kapitel 7 (S. 205 ff.).

²⁶ Dass die Kommission einen Vorschlag nur auf Antrag einer Gruppe von Mitgliedstaaten vorlegen kann, ergibt sich nunmehr eindeutig aus der Formulierung des Art. 11 I, II EGV. Nach Art. 11 I, II EGV (1997) war unklar, ob die Kommission auch ohne vorherigen Antrag eigenständig die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit vorschlagen konnte; hierzu *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 58 f. Art. III-325 I UAbs.1 S.1 VVE-E übernimmt die Einschränkung des Initiativrechts der Kommission.

²⁷ Die Fassung des Vertrags von Amsterdam konnte so gedeutet werden, dass die Teilnahme gegen den Willen eines Mitgliedstaats möglich war; vgl. *Tuytschaever* ebd. 61 und *C. von Buttlar*, *Nizza*, ZEuS 2001, 649/671. Praktisch hätte dies durch eine hier zweifellos berechnete Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ und die folgende Vetomöglichkeit nach Art. 11 II UAbs.2 EGV (1997) jederzeit verhindert werden können.

²⁸ So *Tuytschaever* ebd. 58 f.

²⁹ Dass Ermessen ergibt sich eindeutig aus der Verwendung des Begriff „kann“ in Art. 11 I EGV (ebenso Art.

Art. 250 I EGV der einstimmigen Zustimmung des Rates und muss somit von den nicht beteiligten Mitgliedstaaten mitgetragen werden. Soweit sich die Kommission gegen die Vorlage eines Vorschlags entscheidet, sind den betroffenen Mitgliedstaaten die Gründe hierfür mitzuteilen³⁰. Hierdurch wird ein begrenztes politisches Moment zugunsten der verstärkten Zusammenarbeit erzeugt. Die Kommission muss die Ablehnung des Antrags einer „Koalition der Willigen“ gesondert begründen. Zugleich bewirkt die Begründungspflicht aber auch eine Versachlichung des Diskurses über die Zweckmäßigkeit der verstärkten Zusammenarbeit. Dies beugt der Unterminierung des politischen Vertrauensverhältnisses in der Gemeinschaft vor, das drohte, wenn die Kommission einen Antrag einfach ignorierte.

Im Rahmen ihres Ermessens prüft die Kommission auch, ob ein Vorschlag mit den materiellen Vorgaben des Art. 43 EUV übereinstimmt. In Fortführung ihrer allgemeinen Funktion als „Hüterin der Verträge“ ist dies eine erste prozedurale Sicherung der Voraussetzungen der verstärkten Zusammenarbeit in komplementärer Ergänzung der möglichen richterlichen Kontrolle³¹. Das Ermessen der Kommission beschränkt sich jedoch nicht auf die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen. Vielmehr kann, und soll, die Kommission vor allem die politische Opportunität der verstärkten Zusammenarbeit prüfen und kann deren Einleitung aus allgemeinen integrationspolitischen Erwägungen auch dann ablehnen, wenn die rechtlichen Vorgaben erfüllt sind³². Auch bei der Entscheidung über den Grundbeschluss ist die Kommission institutionelle Verkörperung des Gemeinschaftsinteresses, dessen Definition und Wahrung bei Ungleichzeitigkeit besondere Schwierigkeiten aufwirft, da die komplexe Gemengelage aus nationalen Interessen der *ins* und *outs* unter dem abstrakten Nenner eines umfassenden Gemeinschaftsinteresses zusammengeführt werden muss. Auch beim Grundbeschluss über die Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit beugt das Initiativmonopol der Kommission politischen Friktionen zwischen den Mitgliedstaaten vor und garantiert die Ausrichtung einzelner Rechtsakte am Gemeinschaftsinteresse.

Wenn sich die Kommission für die Vorlage eines Vorschlags entscheidet, ist die Einleitung der verstärkten Zusammenarbeit nach dem Vertrag von Nizza nicht mehr allein dem Rat überlassen. Vielmehr muss nach Art. 11 II S.2 EGV auch das Europäische Parlament konstitutiv zustimmen, wenn eine verstärkte Zusammenarbeit sich auf Rechtsakte bezieht, deren Annahme dem Mitentscheidungsverfahren unterliegt³³. Falls im Rahmen der verstärkten Zu-

III-325 I UAbs.1 S.2 VVE-E). Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 16 bemerkt zutreffend, dass die Kommission nicht strikt an den Antrag der Mitgliedstaaten gebunden ist, sondern einen eigenen Gestaltungsspielraum besitzt, der allenfalls dort überschritten ist, „wo der Vorschlag keinerlei Bezug mehr zu dem Antrag aufweist.“

³⁰ Art. 11 I S.2 EGV (entsprechend Art. III-325 I UAbs.1 S.3 VVE-E). Die Nichtvorlage eines Vorschlags ohne begründete Ablehnung kann, wie *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/51; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 61 und *J. Sham*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/75 zutreffend anmerken, im Wege einer Untätigkeitsklage nach Art. 231 EGV gerügt werden.

³¹ Ebenso *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/846; allgemein zur Bedeutung des Initiativmonopols für die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/481 und zusammenfassend Kapitel 2 II 3 (S. 60).

³² Ebenso *F.J. Quel López*, Espacio, Rev.der.com.eur. 2001, 117/138; *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/291; *T. Wiedmann*, Nizza, EuR 2001, 185/210; *S. Rodrigues*, Nice, RMC 2001, 11/15; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/179; *J. Martín/P. de Nanclares*, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1998, 105; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 11 EGV Rn. 2; Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 15 und *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 59. Eine Prüfung nur der rechtlichen Kriterien erwägt dagegen *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/51 und wird angenommen von *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 115. Differenzierend nach den unterschiedlichen Geboten *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 11 EGV Rn. 3.

³³ Soweit sich ein Grundbeschluss auf mehrere Rechtsakte bezieht, von denen nur einige dem Mitentschei-

sammenarbeit das Mitentscheidungsverfahren keine Anwendung findet, wird das Parlament dagegen nur angehört³⁴. Die Intensität der Beteiligung des Parlaments spiegelt somit seine Rolle im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit wieder und erscheint daher grundsätzlich sachgerecht. Gleichwohl hätte man erwägen können, die notwendige Zustimmung des Europäischen Parlaments auch in Sachbereichen vorzusehen, die nicht dem Mitentscheidungsverfahren unterfallen³⁵. Hierdurch wäre neben der Kommission dem Parlament als zweiter „supranationaler“ Gemeinschaftsinstitution ein umfassendes Kontrollrecht über die politische Zweckmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit gewährt und zugleich die demokratische Legitimation des Grundbeschlusses gestärkt worden³⁶. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents geht nunmehr diesen Schritt, wenn er in Art. III-325 I UAbs.2 VVE-E-E für einen jeden Grundbeschluss die Billigung durch das Europäische Parlament fordert.

Die endgültige Entscheidung über die Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit obliegt dem Rat. Dieser entscheidet hierbei nach Art. 11 II EGV auch dann mit qualifizierter Mehrheit, wenn die Annahme von Rechtsakten im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit Einstimmigkeit erfordert. Wenn die potentiellen *ins* zusammen über keine qualifizierte Mehrheit verfügen, bedarf die Annahme des Grundbeschlusses somit der positiven Zustimmung jedenfalls einiger zukünftiger *outs*. Es ist dies eine weitere prozedurale Sicherung, die gewährleistet, dass eine verstärkte Zusammenarbeit nicht im Widerspruch zu allgemeinen integrationspolitischen Erwägungen steht. Eingeschränkt wird das Letztentscheidungsrecht des Rates mit qualifizierter Mehrheit unter Geltung des Vertrags von Nizza jedoch durch die mögliche Befassung des Europäischen Rats.

b Befassung des Europäischen Rats

Die wohl bedeutendste Reform des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Nizza ist die Abschaffung des faktischen Vetorechts eines jeden Mitgliedstaats gegen die Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit. Nach Art. 11 II UAbs.2 EGV (1997) konnte jeder Mitgliedstaat eine Abstimmung über den Grundbeschluss mit qualifizierter Mehrheit durch eine Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ verhindern. In der Folge konnte der Rat mit qualifizierter Mehrheit allenfalls verlangen, dass die Frage zur einstimmigen Beschlussfassung an den Rat in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs verwiesen wird. Diese Kodifizierung einer modifizierten Fassung des

dungsverfahren unterfallen, ist nach Art. 11 II S.2 EGV gleichwohl die konstitutive Zustimmung des Parlaments zum gesamten Grundbeschluss erforderlich. Dies ergibt sich aus der einleitenden Formulierung „*Betrifft* die verstärkte Zusammenarbeit einen Bereich ...“ (eigene Hervorhebung). Nach dem Vertrag von Amsterdam wurde das Parlament gemäß Art. 45 EUV (1997) nur „regelmäßig“ über die Entwicklung der verstärkten Zusammenarbeit „unterrichtet“; seine Vorrechte bei der Annahme von ungleichzeitigen Sekundärrechtsakten im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit blieben hiervon freilich unberührt.

³⁴ Art. 11 II S.1 EGV.

³⁵ Eine solches erweitertes Zustimmungsrecht bezöge sich vor allem auf Bereiche, die eine einstimmige Beschlussfassung im Rat erfordern und zugleich regelmäßig nicht dem Mitentscheidungsverfahren unterfallen. Aufgrund der Wahrscheinlichkeit politischer Blockadekonstellationen im Rat bei einstimmigen Beschlüssen ist die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit hier besonders häufig zu erwarten; Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

³⁶ Diese Forderung bekräftigt Ausschuss für konstitutionelle Fragen des Europäischen Parlaments: Bericht über die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union, 21.11.2001, EP-Dok. A5-0409/2001, Rz. 32: Das Parlament „vertritt die Auffassung, dass die ihm verliehene Rolle im Zusammenhang mit der Zustimmung zu einer verstärkten Zusammenarbeit unzulänglich und undemokratisch ist.“

Kompromisses von Luxemburg im EG-Vertrag war teils heftig kritisiert worden³⁷. In der Rechtspraxis der verstärkten Zusammenarbeit zeigte die bloße Existenz der Vorschrift eine faktische Blockadewirkung, als Spanien im Frühsommer 2000 das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft nicht nur ablehnte, sondern auch die Überlegungen über einen Alleingang der anderen Mitgliedstaaten im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit unter Verweis auf seine Vetomöglichkeit im Keim erstickte. Das formale Beschlussverfahren des Art. 11 II EGV (1997) wurde daraufhin nicht eingeleitet³⁸.

Der Vertrag von Nizza streicht die Vetomöglichkeit und ersetzt sie durch ein Verfahren „de manière quelque peu byzantine.“³⁹ Nach Art. 11 II UAbs.2 EGV kann ein Mitgliedstaat bei der qualifizierten Mehrheitsentscheidung über den Grundbeschluss im Rat „verlangen, dass der Europäische Rat befasst wird.“ Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm „befasst“ sich der Europäische Rat allerdings nur mit der Frage. Der anrufende Mitgliedstaat besitzt gerade keine rechtliche Möglichkeit mehr, die spätere Annahme des Grundbeschlusses durch den Rat mit qualifizierter Mehrheit zu verhindern⁴⁰. Die Befassung des Europäischen Rats ist folglich mit der notwendigen Anhörung des Europäischen Parlaments im gewöhnlichen Rechtsetzungsverfahren vergleichbar. Das Fehlen der Befassung ist eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften und somit ein hinreichender Grund für eine Nichtigkeitsklage gegen den Grundbeschluss⁴¹. Eine Pflicht zur Einigung im Europäischen Rat besteht jedoch nicht. Vor diesem Hintergrund ist es kein weitreichender Reformvorschlag, wenn der Europäische Konvent die mögliche Einschaltung des Europäischen Rats streichen möchte⁴².

Wenn man die Befassung des Europäischen Rats nicht als bloßen Formelkompromiss abtun möchte, der der britischen Regierung den Verzicht auf die Vetomöglichkeit erleichterte, kann man sie als eine weitere prozedurale Sicherung der politischen Zweckmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit begreifen⁴³. Deutsche Juristen werden der Befassung des Europäischen Rats wegen der fehlenden rechtsförmlichen Blockademöglichkeit regelmäßig keine große Aufmerksamkeit widmen. Vor dem Hintergrund der britischen Verfassungstradition erscheint der bloße Verfahrensschritt jedoch in einem anderen Licht. In der britischen Verfassungstradition kommt der politischen Regulierung potentieller Verfassungskonflikte allgemein jedoch eine große Bedeutung zu⁴⁴. Hiernach erscheint als Zweck der Einschaltung des

³⁷ Siehe etwa C.D. Ehlermann, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/377; A. Dashwood, *External*, CML Rev. 35 (1998), 1019/1035 und F. Debouze, *Amsterdam*, C.D.E. 33 (1997), 265/267.

³⁸ Vgl. C. Wernicke, *Der hässliche Europäer*, *Die Zeit* vom 14.9.2000, S. 12 f.

³⁹ S. Rodrigues, *Nice*, RMC 2001, 11/15.

⁴⁰ Art. 11 II UAbs.2 S.2 EGV: „Nach dieser Befassung kann der Rat gemäß Unterabsatz 1 beschließen.“ Eine Erörterung der Wirtschaftspolitik durch den „Europäischen Rat“ im Vorfeld einer förmlichen Beschlussfassung durch den Rat sieht auch Art. 99 II UAbs.2 EGV vor.

⁴¹ So zur unterlassenen Anhörung des Parlaments EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333 Rz. 33-37 – *Roquette Frères*.

⁴² Vielmehr entscheidet der Rat nach Art. III-325 I i.V.m. I-22 III VVE-E immer direkt mit qualifizierter Mehrheit und nach Billigung durch das Europäische Parlament über den Grundbeschluss. Allerdings weist der Entwurf des Präsidiums: *Die verstärkte Zusammenarbeit*, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 24 darauf hin, dass eine solche Befassung „in der Praxis ohnehin erfolgen (können), wenn die Aufnahme der verstärkten Zusammenarbeit für einen Mitgliedstaat ein erhebliches Problem darstellt.“

⁴³ Die gefundene Lösung war tatsächlich ein Kompromiss zwischen dem Vereinigten Königreich und den anderen Mitgliedstaaten während der Regierungskonferenz 2000; vgl. P. Manin, *Amsterdam*, Columbia JEL 4 (1998), 1/21 in Fn. 91 und F.J. Quel López, *Espacio*, Rev.der.com.eur. 2001, 117/139. Schon im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam hatte die britische Regierung auf der Möglichkeit des seinerzeit vereinbarten Vetos beharrt, das entsprechend auch „Mr. Blair’s caveat“ genannt wurde; F. Tuyschaever, *Differentiation* (1999), S. 93.

⁴⁴ Näher etwa D. Thym, *Superpower*, *Integration* 2001, 356/361-363.

Europäischen Rats, dass auf höchster politischer Ebene eine Diskussion über die politische Opportunität des ungleichzeitigen Integrationsschritts erfolgt. Dieser Telos kommt indirekt in der europapolitischen Grundsatzrede von Premierminister *Tony Blair* wenige Wochen vor dem Abschluss der Regierungskonferenz in Nizza zum Ausdruck. Hier heißt es:

„The European Council, bringing together all the Heads of Government, is the final court of appeal from other Councils of Ministers unable to reconcile national differences. That is a vital role.“⁴⁵

Tatsächlich könnte das generelle Konsensdenken im Europäischen Rat dazu führen, dass der Staats- oder Regierungschef des potentiellen *out* die versammelten Kollegen auf seine Seite zieht und eine politische Verständigung erreicht, die verstärkte Zusammenarbeit nicht oder zu anderen Bedingungen durchzuführen⁴⁶. Gerade ein großer Mitgliedstaat wie das Vereinigte Königreich wird auf Ebene der Staats- und Regierungschefs regelmäßig über den nötigen Einfluss verfügen, um den Lauf der Dinge in seinem Sinn zu beeinflussen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn seine ablehnende Haltung auf überzeugenden Argumenten und nicht auf einer generellen Integrationskepsis beruht. Ein förmliches Vetorecht besitzt der opponierende Mitgliedstaat jedoch nicht und der Rat kann den Grundbeschluss letztlich auch gegen seinen Willen mit qualifizierter Mehrheit annehmen.

c Dichte des Grundbeschlusses

Von der Rechtswissenschaft weitgehend unbeachtet und von der Rechtspraxis mangels Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit bislang nicht erörtert ist die Frage nach der notwendigen Dichte des Grundbeschlusses. Es sind hierbei zwei Extrempositionen denkbar: Zum einen könnte sich ein Grundbeschluss einzig auf die Annahme eines bestimmten Rechtsakts beziehen. Zum anderen könnte ein Grundbeschluss auch ganze Politikfelder umfassen und etwa sinngemäß festlegen, dass einige Mitgliedstaaten im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit im Einzelnen nicht näher bestimmte gemeinschaftsrechtliche Umweltschutzmaßnahmen zur Verwirklichung bestimmter Ziele des Art. 174 I EGV annehmen – etwa zur Bekämpfung der Erderwärmung. Ein Blick auf die Bestimmung des Art. 43a EUV erlaubt eine Annäherung an die notwendige Dichte des Grundbeschlusses.

Art. 43a EUV normiert die Subsidiarität der verstärkten Zusammenarbeit gegenüber der gleichzeitiger Kompetenzwahrnehmung. Eine verstärkte Zusammenarbeit kann hiernach nur „als letztes Mittel“ aufgenommen werden, „wenn der Rat zu dem Schluss gelangt ist, dass die mit dieser Zusammenarbeit angestrebten Ziele unter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Verträge nicht in einem vertretbaren Zeitraum verwirklicht werden können.“ Die Neufassung dieser Bestimmung durch den Vertrag von Nizza beseitigte die meisten Unsicherheiten der Vorgängerbestimmung im Vertrag von Amsterdam, die von den meisten Kommentatoren als unklar und Quelle potentieller Konflikte kritisiert worden war⁴⁷. Insbe-

⁴⁵ *T. Blair*, Warschau (2000).

⁴⁶ Der förmliche Beschluss über die Ablehnung des Grundbeschlusses oder dessen Abänderung muss freilich durch den Rat gefasst werden. Anders als von *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 123 erwogen, kommt dem Europäischen Rat insoweit keine Beschlusskompetenz zu.

⁴⁷ Art. 43 I lit.c EUV (1997) kritisierten allgemein *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/845; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/723; *S. Bär/I. von Homeyer/A. Kläsing*, Fit?, EEL Rev 2001, 212/217 und *F. Thytschaever*, Differentiation (1999), S. 53. Auslegungsvarianten, wann hiernach ein Scheitern der gleichzeitigen Rechtsetzung angenommen werden könne, erörtern insbesondere *U. Becker*, Differenzierungen, EuR

sondere der Bezug auf die Nichtverwirklichung der gleichzeitigen Rechtsetzung „in einem vertretbaren Zeitraum“ stellt klar, dass das formale Scheitern des Gesetzgebungsverfahrens nicht notwendig ist⁴⁸. Vielmehr ist es grundsätzlich dem politischen Ermessen des Rats überantwortet, wann er „zu dem Schluss gelangt“, dass eine gleichzeitige Rechtsetzung nicht möglich und damit ein Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit gestattet ist⁴⁹. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents sieht insoweit keine Änderung vor – trotz einer unglücklichen Formulierung der deutschen Sprachfassung⁵⁰.

Welche Rückschlüsse können hieraus für die notwendige Dichte des Grundbeschlusses gezogen werden? Die Feststellung, dass eine Maßnahme nicht in einem vertretbaren Zeitraum verwirklicht werden kann, verlangt regelmäßig eine individuelle Prüfung einzelner Gesetzesvorhaben und kann nicht pauschal und summarisch für ein ganzes Politikfeld erfolgen. Ein umfassender Grundbeschluss – etwa über eine generelle verstärkte Zusammenarbeit zur Verwirklichung des Art. 174 I EGV – würde daher gegen die ultima ratio-Klausel des Art. 43a EUV verstoßen und könnte vom Gerichtshof aus diesem Grund für nichtig erklärt werden⁵¹. Im Regelfall wird der Grundbeschluss sich daher auf einen einzelnen Gesetzgebungsakt beziehen. Dies illustrierten in der Praxis bereits die Diskussionen um die ungleichzeitige Begründung einer europäischen Energiesteuer, das Statuts der europäischen Aktiengesellschaft und den Rahmenbeschluss über den europäischen Haftbefehl⁵².

Dies bedeutet freilich nicht, dass ein Grundbeschluss sich notwendig nur auf einen einzelnen Gesetzgebungsakt beziehen darf. Hiervon geht offenbar schon der Wortlaut des Art. 43a EUV aus, wenn er auf die Verwirklichung der „mit dieser Zusammenarbeit angestrebten Ziele“ und nicht auf die Annahme eines konkreten Gesetzgebungsvorhabens abstellt. Darüber hinaus würde eine Beschränkung des Grundbeschlusses auf einen Rechtsakt die Unterscheidung zwischen dem Grundbeschluss und der Annahme des ungleichzeitigen Rechtsakts im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit überflüssig machen. Anstelle der Verankerung des

Beih. I/1998, 29/48; C. von Buttlar, Nizza, ZEuS 2001, 649/665 f.; E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/92 und P. Hall, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 336.

⁴⁸ So ausdrücklich Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43a EUV Rn. 2; Bär/v.Homeyer/Kläsing ebd. 218; K. Bradley, Nice, CML Rev. 38 (2001), 1095/1115; S. Rodrigues, Nice, RMC 2001, 11/14 und, ihm folgend, F.J. Quel López, Espacio, Rev.der.com.eur. 2001, 117/136. In der französischen Sprachfassung bewirkt nach Léger-F. Anton, Art. 43-45 EUV Rn. 14 schon der Übergang vom Konjunktiv („ne pourraient être atteints“) zum Indikativ („ne peuvent être atteints“) die Möglichkeit einer strengeren juristischen Auslegung.

⁴⁹ Schon nach der Amsterdam Fassung wurde vielfach ein weiter „Beurteilungsspielraum“ des Rats bei der Auslegung des Art. 43 I lit.c EUV (1997) angenommen; Schwarze-A. Hatje, Art. 43 EUV Rn. 19; Calliess/Ruffert-M. Ruffert, Art. 43a EUV Rn. 1; Anton ebd. 14; H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/69 und J. Janning, Zwangsjacke, Integration 1997, 285/287.

⁵⁰ In der deutschen Version des Art. I-43 II VVE-E wird nunmehr von einer „Feststellung“ des Rats gesprochen, was als Erfordernis eines förmlichen Beschlusses ausgelegt werden könnte. Eine Sprachvergleich bestätigt diesen Befund jedoch nicht: In der englischen und die französische Version des Art. I-43 II VVE-E wird der bisherige Wortlaut des Art. 43a EUV übernommen und gerade keine formale Beschlussfassung verlangt („has been established“; „a été établi“). Auch der Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 18 weist darauf hin, dass ein Scheitern eines vorherigen Rechtsetzungsverfahrens nicht erforderlich sein und die Feststellung der Voraussetzung des letzten Mittels vom Rat im Grundbeschluss selbst getätigt werde.

⁵¹ So bereits F. Tuyschaever, Differentiation (1999), S. 64 und Bribosia ebd. 74. Die Überlegungen von U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/49 f. beruhen auf einem Missverständnis der verstärkten Zusammenarbeit, wenn er erwägt, dass der Grundbeschluss den beteiligten Mitgliedstaaten die Bestimmungen des Inhalts der Zusammenarbeit und des anwendbaren Abstimmungsverfahrens überlassen könne.

⁵² Hierzu die Nachweise in Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

komplexen Verfahrens der verstärkten Zusammenarbeit hätte der Vertragsgeber die Institutionen einfach ermächtigen können, Rechtsakte mit Wirkung für einzelne Mitgliedstaaten anzunehmen. Die verstärkte Zusammenarbeit soll offenbar einen mittelfristigen Diskussions- und Beschlussprozess ermöglichen, dessen Richtung zwar durch den Grundbeschluss vorgegeben ist, dessen genauer Inhalt von den beteiligten Institutionen jedoch erst im Laufe der Zeit festgelegt wird – gegebenenfalls auch in verschiedenen Rechtsakten.

Als Beispiel hierfür kann das Dubliner Recht dienen, das mit der Dublin-II-Verordnung und der Eurodac-Verordnung zwei formal eigenständige Rechtsakte umfasst, die jedoch eine politische Einheit bilden⁵³. Wäre das Dubliner Recht im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit verwirklicht worden, hätte rechtlich ein einheitlicher Grundbeschluss ergehen können. Ähnliches gilt für das Schengener Recht, für welches das Schengen-Protokoll die Existenz eines bzw. mehrerer Grundbeschlüsse annimmt⁵⁴. Unabhängig davon, ob ein Grundbeschluss sich auf einen einzelnen oder mehrere zusammenhängende Rechtsakte bezieht, umfasst er die Ermächtigung für den Erlass „tertiärrechtlicher“ Durchführungsmaßnahmen⁵⁵ und für die spätere Änderung der im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit angenommenen Rechtsakte. Im letzteren Fall ist eine Grenze allenfalls dort anzunehmen, wo die Änderung eines Rechtsakts eine grundlegende Umgestaltung und Ausweitung des Regelungsgehalts bewirkt, die nicht mehr vom Grundbeschluss gedeckt ist. Der Grundbeschluss grenzt durch seine notwendige Dichte den Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ein, erlaubt jedoch zugleich eine dynamische Entwicklung derselben.

d Herstellung von Gleichzeitigkeit

Jede verstärkte Zusammenarbeit steht bei ihrer Begründung nach Art. 43b S.1 EUV allen Mitgliedstaaten offen. Wenn ein Mitgliedstaat sich – aus welchen Gründen auch immer – gegen die anfängliche Teilnahme an einer verstärkten Zusammenarbeit entscheidet, kann er dieser zudem „jederzeit“ beitreten⁵⁶. Das hierdurch verkörperte und gewährleistete „essentielle Prinzip der Offenheit“⁵⁷ ist ein grundlegender Unterschied zwischen dem „pragmatischen“ Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit und dem politischen Integrationskonzept des Kerneuropa, dem unausgesprochen oder offen ein Element der Exklusivität zu Grunde liegt⁵⁸. Dagegen steht der Teilnehmerkreis der verstärkten Zusammenarbeit nicht von Anfang an fest und kann sich im Laufe der Zeit wandeln. Die Entscheidung über Umfang und Fortentwicklung der verstärkten Zusammenarbeit ist den europäischen Institutionen nach Maßgabe der vertraglich normierten Verfahren überantwortet.

Das Verfahren zum Aufschluss anfänglicher *outs* ist hierbei so ausgestaltet, dass es die Herstellung von Gleichzeitigkeit begünstigt. Im Anwendungsbereich des EG-Vertrags entschei-

⁵³ Siehe auch Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

⁵⁴ Vgl. Art. 1 Schengen-Protokoll und Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.). Es sei dahingestellt, ob eine verstärkte Zusammenarbeit über den Gegenstand des Schengener Rechts wegen dessen umfassenden Regelungsgehalts und säulenübergreifenden Charakters heute durch einen einzigen Grundbeschluss begründet werden könnte oder ob es mehrerer Grundbeschlüsse über verschiedene Maßnahmenbündel bedürfte.

⁵⁵ Etwa im Rahmen des Komitologieverfahrens, soweit ein ungleichzeitiger Sekundärrechtsakt dies vorsieht; zu Beispielen Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁵⁶ Art. 43b S.2 EUV. Entsprechend Art. III-324 I UAbs.1 VVE-E.

⁵⁷ C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/373 und R. Hofmann, Flexibilität, EuR 1999, 713/723.

⁵⁸ Hierzu bereits Kapitel 1 II 3 (S. 38 ff.).

det die Kommission allein über den Teilnahmeantrag eines *out*⁵⁹. Das Antragserfordernis stellt wiederum sicher, dass ein Mitgliedstaat nicht gegen seinen Willen zur Teilnahme gezwungen werden kann⁶⁰. Eine förmliche Beteiligung der anderen Organe ist dagegen nicht vorgesehen. Zwar leitet die Kommission dem Rat vor ihrer endgültigen Entscheidung eine Stellungnahme zu und gibt diesem damit die Möglichkeit zu einer Meinungsäußerung; ein notwendiger Verfahrensschritt ist die Reaktion des Rates jedoch nicht⁶¹. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents schafft diesen Zwischenschritt der Stellungnahme nunmehr ab und konzentriert sich ganz auf die Entscheidung der Kommission⁶².

Die alleinige Zuständigkeit der Kommission überrascht wegen der „verblüffenden“⁶³ Abweichung vom Verfahren über den Grundbeschluss. Dieses ist mit dem Vorschlagsrecht der Kommission und dem Entscheidungsrecht des Rates unter Einschaltung des Parlaments dem Normalfall der Gemeinschaftsmethode nachgebildet⁶⁴. Was bewog den Vertragsgeber zu dieser Konstruktion? Zum einen erlaubt die alleinige Zuständigkeit der Kommission schon zeitlich regelmäßig eine schnelle Entscheidung, als wenn Rat und Parlament im Rahmen des regulären Gesetzgebungsprozesses tätig werden⁶⁵. Auch sollen die *ins* die Teilnahme nicht durch eine Blockadehaltung im Rat verhindern können⁶⁶. Vor allem aber ist die Zuständigkeit der Kommission eine prozedurale Sicherung der Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit. Als neutrale Vermittlerin zwischen mitgliedstaatlichen Interessenlagen und Hüterin des Gemeinschaftsinteresses wird sich die Kommission im Zweifel für die Herstellung von Gleichzeitigkeit durch einen positiven Bescheid des Teilnahmeantrags entscheiden.

Es überrascht, dass der Europäische Konvent die potentielle Bedeutung von Teilnahme-kriterien für den Aufschluss anfänglicher *outs* hervorhebt. An zwei Stellen verweisen die vorgeschlagenen Vertragsbestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit ausdrücklich auf „etwaige Beteiligungsvoraussetzungen“. Diese sollen gegebenenfalls im Grundbeschluss festge-

⁵⁹ Art. 11a EGV; ebenso Art. III-326 I VVE-E.

⁶⁰ Entsprechendes gilt für das Antragserfordernis beim Grundbeschluss; Kapitel 2 II 1 a (S. 48 ff.).

⁶¹ So auch *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 70; *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/183; *A. Boixereu Carrera/J.M. Carpi Badia*, *Amsterdam* (2000), S. 295; *C. Thun-Hohenstein*, *Amsterdam* (1997), S. 121 und *Hofmann* ebd. 725. Sie erklären die überraschende Regelung, dass die Kommission dem Rat ihre Meinung vorträgt, obwohl die Entscheidung über die spätere Teilnahme ihr selbst zukommt und eine Stellungnahme des Rates nicht vorgesehen ist, mit der Entstehungsgeschichte, die ursprünglich in Parallelität zum Grundbeschluss eine Entscheidung des Rates auf Vorschlag der Kommission vorsah, auf den sich die Stellungnahme bereits im Vorfeld des Kommissionsvorschlags beziehen sollte. Infolge „poor legislative drafting“ (*Tuyschaever* ebd. 70) wurde hieran auch nach der Übertragung der alleinigen Zuständigkeit auf die Kommission festgehalten und auch durch den Vertrag von Nizza nicht beseitigt. Anders *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/378; *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/861 und *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, *JCMSt.* 37 (1999), 87/98, für die sich aus zeitlichen Abfolge der Verfahrensschritte eine „notwendige“ Anhörung des Rates ergibt. Auch das Parlament wird nach *Ehlermann* ebd. 378 auf eine „fakultative“ Anhörung drängen.

⁶² Art. III-326 I VVE-E.

⁶³ So *Ehlermann* ebd. 378.

⁶⁴ Siehe Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

⁶⁵ Siehe auch die nunmehrige Vier-Monats-Frist in Art. III-326 I UAbs.2 VVE-E.

⁶⁶ Auch wenn das abweichende Verfahren für die Übernahme des Schengener Recht und die entsprechende Praxis des Rates zeigen, dass auch eine Zuständigkeit des Rates die Herstellung von Gleichzeitigkeit fördern kann; Kapitel 3 II 2 (S. 92 ff.). *Philippart/Edwards* ebd. 91 zudem eine Gewähr dafür, dass vermeintlich sachfremde Erwägungen – wie im Fall des Schengener Rechts der Dissens über Gibraltar – aus der Entscheidung über den Teilnahmebeschluss herausgehalten werden.

schrieben oder von der Kommission der Teilnahmeentscheidung zu Grunde gelegt werden⁶⁷ – eine Möglichkeit die in Abwesenheit eines entsprechenden Hinweises im Vertrag auch heute schon besteht⁶⁸. Der Konvent hatte hier offenbar die Konvergenzkriterien der Währungsunion vor Augen, nach deren Vorbild der Teilnehmerkreis künftiger Ungleichzeitigkeiten an objektiven Kriterien ausgerichtet werden soll. Allerdings steht nicht zu erwarten, dass künftig vermeintlich objektive Kriterien der volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Strukturunterschiede den Ausschlag für den Teilnehmerkreis geben werden. Vielmehr wird auch weiterhin regelmäßig der politische Teilnahmewille eines Mitgliedstaats das zentrale Kriterium für oder gegen eine Teilnahme an der verstärkten Zusammenarbeit sein.

Das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit ist so ausgestaltet, dass die Ungleichzeitigkeit der Integration keine Rückwirkungen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten hat. Weder darf die verstärkte Zusammenarbeit den Binnenmarkt nach Art. 14 II EGV beeinträchtigen noch darf sie zu Handelsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten führen⁶⁹. Soweit eine verstärkte Zusammenarbeit rechtlich zulässig ist, wird die Kommission im Rahmen ihres Ermessens über den Vorschlag eines Grundbeschlusses einen solchen regelmäßig nur dann vorschlagen, wenn wirtschaftliche Disparitäten im Binnenmarkt nicht geschaffen oder verstärkt werden⁷⁰. Auch die Entstehungsgeschichte der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit zeigt, dass es in erster Linie auf den politischen Teilnahmewillen der Mitgliedstaaten ankommt⁷¹. Die Konvergenzkriterien der Währungsunion sind daher eher Ausnahme denn Vorbild für die Abgrenzung zwischen *ins* und *outs*⁷². Zentrales Kriterium für den Mitgliederkreis der verstärkten Zusammenarbeit wird weiterhin der politische Teilnahmewille der Mitgliedstaaten sein.

In der Literatur wird teilweise erwogen, dass den *outs* ein Teilnahmerecht zusteht, das sie im Konfliktfall vor dem Gerichtshof einklagen könnten, wenn die Kommission ihren Teilnahmeantrag negativ bescheidet⁷³. Auch der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents

⁶⁷ So zum Grundbeschluss Art. III-324 I VVE-E und zur Teilnahmeentscheidung der Kommission Art. III-326 I VVE-E. Soweit der Grundbeschluss keine Beteiligungsvoraussetzungen festlegt, könnte die Kommission ihrer Entscheidung gleichwohl eigene Kriterien zu Grunde legen, wie dies heute bereits möglich ist.

⁶⁸ Der Vertrag enthält keinen Hinweis, dass die Kommission ihrer Entscheidung über den Antrag keine „objektiven“ Kriterien zu Grunde legen oder ein Grundbeschluss solche normieren darf. Auf die Möglichkeit solcher Kriterien weisen allgemein hin C. Thun-Hohenstein, Amsterdam (1997), S. 114; N. Arndt, Flexibilität, in: Scholz (1999), S. 179; C. Haguenau-Moizard, Amsterdam, RMC 1998, 240/244; Schwarze-A. Hatje, Art. 43 EUV Rn. 2; F. de la Serre, Coopération, in: Magnette (2000), S. 166 und F. Vibert, British, in: Hazell (1999), S. 57. Näher zur finanziellen Solidarität bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 12 I 3 (S. 349 ff.).

⁶⁹ Siehe Art. 43 lit.e, f EUV und die Darlegungen in Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.) und Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

⁷⁰ Zum Ermessen der Kommission Kapitel 2 II 1 a (S. 48 ff.).

⁷¹ Siehe Kapitel 1 II 3 (S. 17 ff.). Die Reformvorschläge des Europäischen Konvents beruhen auf keiner umfassenden Diskussion im Plenum oder einer Arbeitsgruppe, sondern wurden vom Präsidium einseitig entwickelt und vorgeschlagen; vgl. Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03 und der Synthesebericht über die Plenartagung 15. und 16. Mai 2003 in Brüssel, 27.5.2003, Konvents-Dok. 748/03, aus dem sich ergibt, dass die Frage im Plenum nicht diskutiert wurde.

⁷² Ebenso F. Tuytschaever, Differentiation (1999), S. 241: „It is highly unlikely that the Commission will ever submit a proposal to authorise closer cooperation in cases of objective differences between the Member States, especially now that the provisions on closer cooperation do not provide for *ad hoc* measures to assist the non-participating Member States“; U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/55; F. de la Serre/H. Wallace, Idée (1997), S. 10; G. Gaja, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/858; S. Weatherbill, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 21; H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/62 und V. Constantinesco, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/753.

⁷³ So, wenn auch ohne Erörterung der nachfolgend ausgeführten Sonderkonstellationen, Grabitz/Hilf-V. Rö-

deutet in diese Richtung⁷⁴. Allerdings ist – jedenfalls theoretisch – eine Sonderkonstellation denkbar, in der die Annahme eines Teilnahmeanspruchs zu kurz greift. Dies bezieht sich auf den Fall einer „tödliche Umarmung“ der verstärkten Zusammenarbeit durch einen *out*, der dieser einzig beitreten möchte, um mit seinem Stimmrecht die Annahme von Beschlüssen innerhalb der verstärkten Zusammenarbeit zu blockieren⁷⁵. Der Wortlaut der Verträge⁷⁶ und eine teleologische Interpretation des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit⁷⁷ sprechen dafür, jedenfalls in dieser Sonderkonstellation kein umfassendes Teilnahmerecht der *outs* anzunehmen. Dies fügt sich auch in die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit⁷⁸. Im Regelfall wird die Kommission im Interesse einer möglichst umfassenden Geltung des Gemeinschaftsrechts die Teilnahme eines *out* jedoch befürworten, so dass insoweit von einem prozedural gesichertem Teilnahmerecht unter Genehmigungsvorbehalt gesprochen werden kann⁷⁹.

Nach einem Beitritt zur verstärkten Zusammenarbeit ist ein Mitgliedstaat verpflichtet, „dem Grundbeschluss und den in jenem Rahmen gefassten Beschlüssen nach(zu)kommen.“⁸⁰ Zudem entscheidet die Kommission im Rahmen des Teilnahmebeschlusses „über eventuelle spezifische Regelungen, die sie für notwendig hält.“⁸¹ Dies meint notwendige Anpassungen von Rechtsakten und technische Regelungen, wie sie der Beschluss zur Teilnahme des Vereinigten Königreichs am Schengener Recht hinsichtlich des SIS enthält⁸². Ob darüber hinaus auch eine inhaltliche Änderung der ungleichzeitigen Rechtsakte möglich ist, erscheint fraglich⁸³.

ben, Art. 40 EUV (1999) Rn. 19; F.J. *Quel López*, *Espacio*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 117/140; C. von *Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/672 ff.; U. *Becker*, *Differenzierungen*, *EuR Beih.* I/1998, 29/42 und X. *Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/167.

⁷⁴ In Art. III-326 I VVE-E spricht ausdrücklich von einer „Bestätigung“ der Teilnahme durch die Kommission und sieht eine Ablehnung nur bei der Nichterfüllung etwaiger Beteiligungsvoraussetzungen vor.

⁷⁵ Diese Konstellation ist insbesondere dann zu erwarten, wenn im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit Einstimmigkeit gilt, während über den Grundbeschluss nach Art. 11 EGV mit qualifizierter Mehrheit abgestimmt wird; näher zur möglichen Obstruktion C. von *Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/672 ff. und G. *Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/860.

⁷⁶ Nach Art. 43b S.2 EUV steht eine verstärkte Zusammenarbeit jedem Mitgliedstaat jederzeit „nach Maßgabe ... des Artikels 11a (EGV) offen“. Die Teilnahme steht damit offenbar unter dem Vorbehalt des in Art. 11a EGV geregelten Verfahrens, das der Kommission die Bescheidung des Teilnahmeantrags überantwortet.

⁷⁷ Sinn und Zweck der verstärkten Zusammenarbeit ist unter anderem die Ermöglichung einer ungleichzeitigen Kooperation, wenn eine gleichzeitige Beschlussfassung nicht möglich ist; einzelne Mitgliedstaaten können die Annahme des Grundbeschlusses gerade nicht durch ihr Veto blockieren. Durch ein unbegrenztes Teilnahmerecht und die folglich mögliche „tödliche Umarmung“ würde indirekt doch wieder eine Blockademöglichkeit eröffnet, die der Vertrag von *Nizza* beseitigte.

⁷⁸ Näher Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁷⁹ Ebenso im Ergebnis G. *Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/860; Léger-F. *Rouchereau*, Art. 40 EUV Rn. 15 und Schwarze-A. *Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 31, der das angenommene grundsätzliche Teilnahmerecht einem Kontrollvorbehalt der Kommission unterstellt: „Sie muss gewährleisten, dass die Gemeinschaftsinteressen gewahrt werden und die (verstärkte Zusammenarbeit) funktionsfähig bleibt.“

⁸⁰ Art. 43b S.2 EUV. Entsprechend Art. III-324 I VVE-E.

⁸¹ Art. 11a EGV und entsprechend für die dritte Säule Art. 40b EUV. Nunmehr auch Art. III-326 I VVE-E.

⁸² Art. 6 II Beschluss 365/2000/EG des Rates vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 131, 43). Es besteht insoweit eine Parallele zum Beitritt neuer Mitgliedstaaten und den in den Beitrittsakten niedergelegten notwendigen Anpassungen des Europarechts. Als notwendige Anpassung sei beispielhaft die Auflistung innerstaatlicher Zuständigkeitsvorschriften in Anhang I EuGV-Verordnung erwähnt.

⁸³ So angedeutet bei H. *Kortenberger*, *Cooperation*, *CML Rev.* 35 (1998), 833/852; G. *Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/868 in Fn. 23 und C.D. *Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/389. Grabitx/Hilf-H.-J. *Blanke*, Art. 11a EGV spricht von einem „nicht zu unterschätzendem Beurteilungsspielraum“ der Kommission. Ablehnend Schwarze-A. *Hatje*, Art. 11 EGV in Rn. 33.

Inhaltliche Änderungen, die über notwendige Anpassungen hinausgehen, sollten dem regulären Rechtsetzungsverfahren vorbehalten bleiben und im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit von Rat und Parlament auf Vorschlag der Kommission entschieden werden. Dies wird nunmehr auch im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents klargestellt⁸⁴.

Die Ungleichzeitigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit endet mit der Teilnahme aller Mitgliedstaaten. Die nunmehrige Gleichzeitigkeit ist nicht nur eine faktische, sondern zugleich auch eine rechtliche. Der Grundbeschluss wird „gleichsam automatisch“⁸⁵ hinfällig. Das im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit angenommene Sekundärrecht unterfällt ex nunc den üblichen Regeln der Verträge und gewährt allen Mitgliedstaaten gleiche Rechte bei den Beratungen und Abstimmungen im Rat⁸⁶. Diese Feststellung ist auf den ersten Blick offensichtlich, bewirkt aber insoweit eigenständige Rechtsfolgen, als neue Mitgliedstaaten nicht länger frei über ihre Teilnahme entscheiden können⁸⁷. Mit dem Ende der verstärkten Zusammenarbeit verwirklicht sich auch die Zielvorgabe des Art. 43b EUV, wonach die Kommission und die *ins* dafür Sorge tragen, „dass eine möglichst große Zahl von Mitgliedstaaten zur Beteiligung angeregt wird.“ Die prozedural begünstigte Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit unterstreicht den Charakter der verstärkten Zusammenarbeit als einem Übergangsregime, das den Weg zu einer gleichzeitigen Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags ebnet.

2 Zusammenarbeit in Strafsachen

Für eine verstärkte Zusammenarbeit in der dritten Säule zur polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen enthalten Art. 40, 40a und 40b EUV eigene Verfahrensvorschriften, die sich teils von den Vorgaben der Art. 11 f. EGV unterscheiden. Der Europäische Konvent möchte diese Sonderregeln abschaffen und auf eine verstärkte Zusammenarbeit in Strafsachen dieselben Verfahrensregeln anwenden, die für eine verstärkte Zusammenarbeit nach dem derzeitigen EG-Vertrag gelten. Dies ist folgerichtig, weil der Verfassungsentwurf die bisherige dritte Säule auch ansonsten grundsätzlich denselben Regeln unterwirft wie die anderen Gemeinschaftspolitiken⁸⁸. Bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags behalten die bisherigen Regelungen jedoch ihre Gültigkeit. Ihre Anwendung erscheint hierbei wegen der geringen Integrationsdichte in diesem neuen Sachbereich der Integration und dem vorherrschenden Einstimmigkeitserfordernis besonders wahrscheinlich⁸⁹.

Die Regeln der Art. 40 ff. EUV zur Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit in der dritten Säule und den Aufschluss anfänglicher *outs* greifen die intergouvernementale Ausrichtung der Zusammenarbeit in Strafsachen auf und übertragen sie auf die verstärkte Zusammenarbeit. Der Rat besitzt auch hier eine herausgehobene Stellung, während die Rolle von

⁸⁴ Dieser ermächtigt die Kommission in Art. III-326 I VVE-E zum Erlass von „Übergangsmaßnahmen zur Anwendung der im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit bereits erlassenen Rechtsakte“ und schließt damit deren grundlegende Änderung aus.

⁸⁵ C. Thun-Hohenstein, Amsterdam (1997), S. 127. Ebenso Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43b EUV Rn. 4.

⁸⁶ Ebenso Thun-Hohenstein ebd. 127; C. von Buttlar, Nizza, ZEuS 2001, 649/685 f.; Hatje ebd. 34; U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/55 und X. Pons Rafols, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/173.

⁸⁷ Hierzu Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

⁸⁸ Dies ergibt sich aus den Abschnitten 4 und 5 des Kapitel IV im dritten Teil des Verfassungsentwurfs (Art. III-171 ff. VVE-E). Nach Art. I-41 VVE-E bestehen nur einige wenige Besonderheiten fort, die eine Sonderbehandlung im Hinblick auf die verstärkte Zusammenarbeit nicht rechtfertigen, wie dies bei der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Fall ist; Kapitel 5 II (S. 159 ff.).

⁸⁹ Hierzu bereits Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

Kommission und Parlament abgeschwächt ist. Dies zeigt sich schon beim Verfahren zur Annahme des Grundbeschlusses – auch wenn dieses durch den Vertrag von Nizza den Regelungen des Art. 11 EGV angenähert wurde. Insoweit bestehen nach 40a EUV zwei Unterschiede fort: Erstens ist das Europäische Parlament immer nur anzuhören; seine positive Zustimmung zur Einleitung der verstärkten Zusammenarbeit ist in keinem Fall erforderlich⁹⁰. Zweitens besitzt die Kommission nach dem Antrag der kooperationswilligen Mitgliedstaaten kein Initiativmonopol, sondern nur ein erstes Zugriffsrecht. Soweit sie sich gegen einen Vorschlag entscheidet, können die potentiellen *ins* einen eigenen Vorschlag an den Rat richten⁹¹.

Das Verfahren des Art. 40a EUV bewirkt eine Schwächung des supranationalen Elements in der Entscheidung über den Grundbeschluss. In der ersten Säule kann die Kommission aufgrund ihres Initiativmonopols die Einleitung einer verstärkten Zusammenarbeit aus Gründen der politischen Inopportunität verhindern. Dagegen besteht diese Möglichkeit in der dritten Säule nicht. Die kooperationswilligen Mitgliedstaaten können durch einen eigenen Vorschlag das negative Votum der Kommission umgehen und somit auch eine von dieser als politisch unzweckmäßig erachtete verstärkte Zusammenarbeit vorschlagen. Die endgültige Entscheidung über den Grundbeschluss erfordert freilich auch bei der Zusammenarbeit in Strafsachen eine qualifizierte Mehrheit in Rat. Die mögliche Befassung des Europäischen Rats hat wie in der ersten Säule nur eine suspensive Wirkung und begründet kein Vetorecht gegen den Grundbeschluss⁹².

Die Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit für andere Mitgliedstaaten richtet sich in der dritten Säule nach den Vorgaben des Art. 40b EUV. Spätestens vier Monate nach einem entsprechenden Antrag des beitragswilligen *out* an die Kommission und den Rat gilt dieser als angenommen, soweit der Rat nicht mit qualifizierter Mehrheit eine begründete und befristete Zurückstellung des Antrags beschließt. Diese Annahmefiktion ist auf vertraglicher Ebene bislang einzigartig und findet eine Entsprechung allenfalls im Komitologieverfahren⁹³. Hierbei wirft die Anwendung der Bestimmung rechtliche Detailprobleme hinsichtlich der Mehrheitsanfordernisse im Rat⁹⁴ und der Stellungnahme der Kommission auf⁹⁵, die bei Streitigkeiten

⁹⁰ Nach Art. 40 II EUV (1997) wurde der Antrag auf Errichtung der verstärkten Zusammenarbeit dem Europäischen Parlament nur „zugeleitet“ – eine Verpflichtung, der Callies/Ruffert-*W. Brechmann*, Art. 40 EUV (1. Aufl. 2000) Rn. 3 bereits eine Anhörungspflicht unterstellte.

⁹¹ In Ermangelung klarer zeitlicher Vorgaben für das Vorschlagsrecht der Kommission, wie sie etwa Art. 40b EUV für den Teilnahmebeschluss enthält, bleibt unklar, inwiefern die Kommission durch die absichtliche Nichtvorlage eines Vorschlags oder dessen Ablehnung das nachrangige Vorschlagsrecht der Mitgliedstaaten blockieren kann. Nach Art. 40 II EUV (1997) besaß die Kommission kein Initiativrecht, geschweige denn ein Initiativmonopol; der Vertrag von Nizza weitet insoweit die Vorrechte der Kommission aus.

⁹² Siehe bereits Kapitel 2 II 1 b (S. 50 ff.).

⁹³ Art. 4 IV, 5 VI, 6 lit.c 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).

⁹⁴ Unklar bleibt, mit welcher Mehrheit der Rat vor der Ablauf der Vier-Monats-Frist positiv über den Teilnahmebeschluss entscheiden kann. Gilt hier wie beim Grundbeschluss nach Art. 40a II EUV und wie beim Rückstellungsbeschluss nach Art. 40b EUV die qualifizierte Mehrheitsregel (so *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 124), Einstimmigkeit nach Art. 34 II EUV (so *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/851) oder gar das Erfordernis einer einfachen Mehrheit nach Art. 34 IV EUV für „Verfahrensfragen“?

⁹⁵ Unklar bleibt, ob die Fiktion der Annahme gegebenenfalls die Empfehlungen der Kommission hinsichtlich „spezifischer Regelungen“ in ihrer Stellungnahme umfasst, über die der Rat bei der Annahmefiktion nie positiv entschied; so *Thun-Hohenstein* ebd. und, etwas unklar, *Schwarze-A. Hatje*, Art. 40 EUV Rn. 3; ablehnend *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 40 EUV (1999) Rn. 19; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 97 und *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/188.

einer Klärung zugeführt werden müssen. Ungeachtet dessen ist die Annahmefiktion jedoch eine prozedurale Gewährleistung der Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit⁹⁶. Da die notwendige Sperrminorität zur Verhinderung einer Teilnahme in den meisten Fällen nicht zu erreichen sein wird, begünstigt die Annahmefiktion die Herstellung von Gleichzeitigkeit.

3 Richterliche Überprüfung

Die Verfahrensregeln der verstärkten Zusammenarbeit umfassen verschiedene prozedurale Vorkehrungen, im Rahmen derer die europäischen Organe über die politische Zweckmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit entscheiden. Im Anwendungsbereich des EG-Vertrags kommt hierbei dem Initiativmonopol der Kommission für den Grundbeschluss, der möglichen Befassung des Europäischen Rats, der Beteiligung des Europäischen Parlaments und der alleinigen Entscheidung der Kommission über den Teilnahmeantrag eines *out* eine besondere Bedeutung zu. Anders als bei völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten ist die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit einer ungleichzeitigen Zusammenarbeit insoweit nicht allein den kooperationswilligen Mitgliedstaaten überlassen⁹⁷. Selbst wenn eine verstärkte Zusammenarbeit alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt, kommt sie nur zu Stande, wenn die europäischen Institutionen nach Maßgabe der vertraglich normierten Verfahren ihre Zustimmung erteilen. Dies unterstreichen die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union.

Die prozeduralen Sicherungen betreffen nicht nur die politische Opportunität einer verstärkten Zusammenarbeit, sondern auch die Einhaltung der später untersuchten materiellrechtlichen Voraussetzungen des Art. 43 EUV. Hierdurch wird eine konsensuale Lösung potentieller Konflikte begünstigt und deren Zuspitzung in einer gerichtlichen Auseinandersetzung vorgebeugt⁹⁸. Gleichwohl wird im Konfliktfall der Gerichtshof entscheiden müssen, ob die Verfahrensregeln und die materiellen Vorgaben des Art. 43 EUV eingehalten wurden. Bei Ungleichzeitigkeit besteht hierbei eine Gemengelage von legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und des gesamteuropäischen Gemeinwohls, die über die herkömmlichen politischen Konfliktlinien des europäischen Integrationsprozesses hinausreicht. Die rechtliche Vermittlung zwischen diesen Interesslagen bei Ungleichzeitigkeit könnte einen Beitrag zum Wandel des Selbstverständnisses des Gerichtshofs leisten⁹⁹.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für Klagen hinsichtlich der Grund- und Teilnahmebeschlüsse folgt bei einer verstärkten Zusammenarbeit im Anwendungsbereich des EG-Vertrags den Vorschriften der Art. 220 ff. EGV. In Betracht kommt vor allem die Nichtigkeitsklage eines *out* gegen den Grundbeschluss. Art. 46 lit.c EUV stellt dabei klar, dass im Rahmen einer derartigen Nichtigkeitsklage nicht nur die im EG-Vertrag niedergelegten Verfahrensanforderungen der Art. 11 f. EGV sondern auch die materiellen Vorgaben des Art. 43 EUV überprüft werden können¹⁰⁰. Darüber hinaus ist eine Untätigkeitsklage potentieller *ins* gegen die

⁹⁶ Ebenso *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/6 und *Hatje* ebd. 4: „anschlussfreudig“.

⁹⁷ Näher zu völkerrechtlichen Kooperationen Kapitel 10 II 2 b (1) (S. 309 ff.).

⁹⁸ *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/667 f. betont allgemein, dass die juristische Unbestimmtheit vieler Voraussetzungen den positiven Nebeneffekt habe, den politischen Verhandlungsprozess über die Sinnhaftigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit zu stärken.

⁹⁹ Näher hierzu Kapitel 7 III 4 (S. 223 ff.).

¹⁰⁰ Art. 46 lit.c EUV erstreckt die Zuständigkeit des Gerichtshof auf die Bestimmungen des Titels VII EUV „nach Maßgabe der Art. 11 und 11a (EGV) und des Art. 40 (EUV)“, die ihrerseits nur unter den Vorausset-

Kommission wegen der Nichtvorlage eines Vorschlags über den Grundbeschluss trotz eines entsprechenden Antrags nach Art. 11 I EGV denkbar. Bei der Entscheidung muss der Gerichtshof freilich das grundsätzliche politische Ermessen der Kommission hinsichtlich der (Nicht-)Vorlage beachten und kann nur die ordnungsgemäße Ausübung desselben überprüfen¹⁰¹. Bei Rechtsstreitigkeiten über Sekundärrechtsakte, die im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit erlassen werden, finden die üblichen Verfahrensvorschriften des EG-Vertrags Anwendung. Den *outs* steht hierbei nach allgemeinen Regeln ein unbegrenztes Klage- und Interventionsrecht im Hinblick auf ungleichzeitiges Sekundärrecht zu¹⁰².

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob die materiellen Voraussetzungen des Art. 43 EUV nur auf den Grundbeschluss Anwendung finden oder auch Rechtsmaßstab für die Überprüfung von ungleichzeitigem Sekundärrecht im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit sind¹⁰³. Die Begrenzung des Art. 43 EUV auf den Grundbeschluss hätte zur Folge, dass seine Missachtung nur während der Zwei-Monats-Frist des Art. 230 V EGV gerügt werden könnte. In der Rechtspraxis ist der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen jedoch gering. Es wird in der späteren Untersuchung zu zeigen sein, dass die meisten Vorgaben des Art. 43 EUV eine deklaratorische Wiedergabe allgemeiner europarechtlicher Regeln sind, die – wie etwa der Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung – unabhängig von Art. 43 EUV bei jeder Kompetenzwahrnehmung zu beachten sind¹⁰⁴. Darüber hinaus muss das Sekundärrecht der verstärkten Zusammenarbeit mit den Vorgaben des Grundbeschlusses in Einklang stehen. Soweit Art. 43 EUV direkt nur für den Grundbeschluss gilt, bewirkt die notwendige Vereinbarkeit ungleichzeitigen Sekundärrechts mit dem Grundbeschluss, dass Art. 43 EUV insofern mittelbar als rechtlicher Prüfungsmaßstab herangezogen werden kann¹⁰⁵.

In der zweiten Säule besitzt der Gerichtshof auch bei der Begründung oder Ausweitung einer verstärkten Zusammenarbeit keine Zuständigkeit¹⁰⁶. Beachtenswert ist jedoch die Regelung des Art. 40 III EUV für eine verstärkte Zusammenarbeit in der dritten Säule. Nach Art. 40 III EUV finden die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Zuständigkeit des Gerichtshofs auf den Grund- und Teilnahmebeschluss Anwendung. Ein Grundbeschluss kann somit nach Maßgabe der Art. 220 ff. EGV angefochten werden, während für ungleichzeitige Sekundärrechtsakte im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit die Zuständigkeit des Gerichtshofs nach Art. 35 EUV begrenzt ist¹⁰⁷. Diese Entscheidung des Vertragsgebers ist zu

zungen des Art. 43 EUV eine verstärkte Zusammenarbeit erlauben, so dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs die Adjudikation des Art. 43 EUV umfasst; ebenso *F. Thytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 62 f. und *C. von Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/678.

¹⁰¹ So auch *Thytschaever* ebd. 61; *von Buttlar* ebd. 677; *C. Lyons*, *Court*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 105 und *J. Sham*, *Flexibility*, *ELJ* 4 (1998), 63/75; zum Beurteilungsspielraum der Kommission Kapitel 2 II 1 a (S. 48 ff.).

¹⁰² Näher Kapitel 7 III 3 (S. 221 ff.).

¹⁰³ Für eine umfassende Kontrolle ungleichzeitiger Sekundärrechtsakte, wenn auch größtenteils ohne nähere Erläuterung, *J. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quecedo*, *Flexibilidad*, *Rev.der.com.eur.* 1997, 9/25; *A. Albors-Llorens*, *Jurisdiction*, *CML Rev.* 35 (1998), 1273/1284; *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/865; *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/175 und *H. Bribosia*, *Différenciation*, *C.D.E.* 36 (2000), 57/79.

¹⁰⁴ Näher hierzu im Folgenden.

¹⁰⁵ So auch *Bribosia* ebd. 80: „De toute façon, elle (la Cour, Anm. d. Verf.) devrait être compétente pour confronter ces actes aux limites imposées par la décision d'autorisation.“

¹⁰⁶ Siehe Art. 46 EUV und Kapitel 5 II 1 (S. 159 ff.).

¹⁰⁷ Ebenso Schwarze-*A. Hatje*, Art. 40 EUV Rn. 6 und *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/391. Es sei hier dahingestellt, ob das Gericht eines Mitgliedstaats, der Vorabentscheidungsverfahren in der dritten Säule nach Art. 35 II, III EUV nicht anerkennt, durch eine Vorlage nach Art. 234 EGV über die Auslegung des Grundbeschlusses mittelbar eine Klärung der von ihm erwünschten Rechtsfrage erreichen kann; hierzu

begrüßen. In der dritten Säulen umfassen die Verfahrensbestimmungen der Art. 40 ff. EUV weniger prozedurale Sicherungen als die entsprechenden Vorgaben für die erste Säule. Die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen *ins* und *outs* über die Rechtmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit ist daher größer, weil die politische Kontrolle durch Kommission und Parlament im Vergleich zum EG-Vertrag reduziert ist. Die Anwendung der Art. 220 ff. EGV anstelle des Art. 35 EUV stellt sicher, dass eine gerichtliche Entscheidung des Konflikts dennoch möglich und die verstärkte Zusammenarbeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der europäischen Rechtsordnung eingebettet ist.

III Die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit

Der Vertrag von Nizza beseitigt das Nebeneinander verschiedener materiellrechtlicher Voraussetzungen für die verstärkte Zusammenarbeit in der ersten und dritten Säule und normiert in Art. 43 EUV einheitliche horizontale Voraussetzungen für alle drei Säulen. Sie bilden ein säulenübergreifendes Dach gemeinsamer Grundregeln, welche die Verständlichkeit des Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit erleichtern¹⁰⁸. Das säulenübergreifende Dach gemeinsamer Grundregeln normiert in Art. 43 lit.a-j EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza nunmehr zehn materiellrechtliche Anforderungen: die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit¹⁰⁹. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents behält diese zehn Gebote im Grundsatz bei. Während der Vertrag von Nizza zahlreiche materiellrechtliche Änderungen vornahm, beschränkt sich der Konvent im Wesentlichen auf die Übernahme der Nizzaer Bestimmungen¹¹⁰. Allerdings normiert der Verfassungsentwurf die zehn Gebote nicht länger in einem einzigen Artikel, sondern fasst sie in mehreren getrennten Bestimmungen zusammen. Der Synopse im Anhang zu diesem Kapitel kann der Regelungsort der einzelnen Gebote in den verschiedenen Vertragsfassungen entnommen werden¹¹¹.

N. Fennelly, Coherence, MJ 2 (1998), 185/188 und M. Pechstein, Justitiabilität, EuR 1999, 1/12.

¹⁰⁸ Soweit in Art. 40 I EUV und Art. 27a I EUV formal besondere Anforderungen an eine verstärkte Zusammenarbeit in der zweiten und dritten Säule fortbestehen, besitzen sie keine eigenständige rechtliche Bedeutung, die über die allgemeinen Vorgaben des Art. 43 EUV hinausgeht. In der dritten Säule besteht die in Art. 40 I EUV gesondert aufgeführte Pflicht zur Achtung der Zuständigkeiten der Gemeinschaft schon nach Art. 43 lit.b EUV i.V.m. Art. 47 EUV, die Verpflichtung zur Achtung der Ziele der dritten Säule korrespondiert mit den Vorgaben des Art. 43 lit.a, b, c EUV und die Forderung einer „rascheren“ Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch die verstärkte Zusammenarbeit entspricht der Regelung des Art. 43 lit.a, c EUV. Näher zu Art. 27a EUV in Kapitel 5 II 1 (S. 159 ff.).

¹⁰⁹ Begriff nach B. de Witte, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 57 und K. Bradley, Nice, CML Rev. 38 (2001), 1095/1114: „ten commandments' for intra-EU closer cooperation.“ Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43 EUV Rn. 4 spricht von „zehn Regulativen“. Andere Formulierungen im Hinblick auf die Rechtslage nach dem Vertrag von Amsterdam finden sich etwa bei H. Kortenbergh, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/845: „general provision“; R. Hofmann, Flexibilität, EuR 1999, 713/721: „horizontal wirkende gemeinsame Regelung“; C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/371: „horizontale Grundsatzregelung“; L. Corrado, L'intégration, RMC 1999, 342/343: „dispositions horizontales“; Hatje ebd. 1: „Rahmenregelung“. Kritisch zur fehlenden Einheitlichkeit der Voraussetzungen nach dem Vertrag von Amsterdam, auf dem die vorstehenden Äußerungen basieren, S. Rodrigues, Nice, RMC 2001, 11/12: „... ne paraît pas devoir être considéré réellement comme un cadre général pour la coopération renforcée.“

¹¹⁰ Einzig bei der Mindestteilnehmerzahl schlägt der Europäische Konvent nach eigener Einschätzung die materielle Änderung eines Gebots vor; hierzu Kapitel 2 III 7 (S. 72 ff.).

¹¹¹ Siehe S. 78.

1 Integrationsfortschritt

Das erste Gebot des Alten Testaments bekräftigt den Monotheismus und fasst die Grundannahme des christlich-jüdischen Glaubens in einen Satz, der als Substrat und Leitgedanke der ganzen Schrift verstanden werden kann: „Ich bin der Herr, dein Gott... Neben mir gibt es für dich keine anderen Götter.“¹¹² Die europäischen Verträge greifen diese redaktionelle Methode indirekt auf und normieren in Art. 43 lit.a EUV (Art. I-43 I VVE-E-E) die Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf den europäischen Integrationsprozess als Leitgedanken der verstärkten Zusammenarbeit: Eine verstärkte Zusammenarbeit muss als integraler Bestandteil des Integrationsprozesses darauf ausgerichtet sein, „die Ziele der Union und der Gemeinschaft zu fördern, ihre Interessen zu schützen und diesen zu dienen und ihren Integrationsprozess zu stärken.“

Dieser Satz ist eine Zusammenfassung der wesentlichen politischen Motive, die die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit trugen. Die verstärkte Zusammenarbeit soll den potentiellen Gegensatz zwischen Erweiterung und Vertiefung auflösen und allgemein verhindern, dass der fehlende politische Integrationswille in einzelnen Mitgliedstaaten zu einer Handlungsunfähigkeit der Europäischen Union führt. Dadurch soll auch vorgebeugt werden, dass einige Mitgliedstaaten gegebenenfalls auf völkerrechtlicher Grundlage außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge zusammenarbeiten¹¹³. Die zentrale Bedeutung des Integrationsgedankens wird durch die ausdrückliche Verwendung des Begriffs „Integration“ unterstrichen, der bislang nur peripher im Wortlaut der Verträge niedergelegt war¹¹⁴.

Zur Verdeutlichung der integrationsfördernden Funktion der verstärkten Zusammenarbeit hätten verschiedene Autoren die Begrifflichkeit „verstärkte Integration“ vorgezogen¹¹⁵. Die Bezeichnung „verstärkte Integration“ hätte in der Wahrnehmung der Bürger das intergouvernementale Element der verstärkten Zusammenarbeit zurückgedrängt, das in der Verwendung des Begriffs „Zusammenarbeit“ zum Ausdruck kommt – auch wenn das qualifizierende Adjektiv „verstärkt“ einen mittelbaren Bezug zum Integrationsfortschritt ausdrückt¹¹⁶. In der englischen Sprachfassung des Vertrags von Nizza wird die vormalige *closer cooperation* in *enhanced cooperation* umbenannt und damit eine größere Parallelität zu den anderen Sprachfassungen hergestellt. Das Adjektiv *enhanced* besitzt – anders als das Adjektiv *closer* – regelmäßig keinen örtlichen Bezug, sondern bezieht sich auf eine final-funktionale Fortentwicklung, hier der europäischen Integration¹¹⁷.

Ob die Vorgabe des Art. 43 lit.a EUV ein eigenes rechtliches Kriterium für die Beurteilung der Zulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit darstellt, ist fraglich. Die Verpflichtung

¹¹² Exodus 20, 2-3; Übersetzung nach Deutsche Bibelgesellschaft/Evangelisches Bibelwerk (Hrsg.): Die Bibel, 2. Aufl. 1982.

¹¹³ Näher bereits Kapitel 1 II 3 (S. 38 ff.).

¹¹⁴ Art. 121 I EGV spricht im Rahmen der Währungsunion von der „Integration der Märkte“ und Art. 191 EGV stellt fest: „Politische Parteien auf europäischer Ebene sind wichtig als Faktor der Integration in der Union.“ Der Begriff wird auch in den Erwägungsgründen 1, 8 und 13 der Präambel des EU-Vertrags verwandt.

¹¹⁵ So („intégration renforcée“ bzw. „integración reforzada“) J.M. Gil Robles, Flexibilität, EuZW 1997, 353; V. Constantinesco, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/752; J. Martín/P. de Nanclares, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1998, 105/106; X. Pons Rafols, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/160.

¹¹⁶ Näher zur schon begrifflich intergouvernementalen Ausrichtung Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

¹¹⁷ Entsprechend schon vor Nizza die „verstärkte Zusammenarbeit“ der deutschen Sprachfassung, die französische „coopération renforcée“ und die spanische „cooperación reforzada“.

der verstärkten Zusammenarbeit auf die Vertragsziele ist eine Selbstverständlichkeit, da jedes gleichzeitige und ungleichzeitige Gemeinschaftsrecht diese selbst dann beachten muss, wenn die Möglichkeit richterlicher Kontrolle begrenzt ist¹¹⁸. Der Verpflichtung auf die Vertragsziele kommt daher ein deklaratorischer Charakter zu, der die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit nicht eigenständig begrenzt¹¹⁹. Allerdings könnte man der Verpflichtung auf die Förderung des Integrationsprozesses eine eigenständige rechtliche Bedeutung beimessen. Diese Vorgabe wurde durch den Vertrag von Nizza neu eingeführt und war bislang allenfalls von der allgemeinen Verpflichtung des Art. 10 EGV umfasst.

Es scheint aber zu weit gegriffen, in der Vorgabe der Förderung des Integrationsprozesses eine richterlich überprüfbare Eingangshürde für die verstärkte Zusammenarbeit zu sehen. Die Frage, ob eine verstärkte Zusammenarbeit den Integrationsprozess fördert, ist primär eine politische Beurteilung, die grundsätzlich den politischen Organen vorbehalten bleiben sollte¹²⁰. Die Erörterung des Verfahrens über den Grundbeschluss hat verschiedene prozedurale Garantien aufgezeigt, die sicherstellen, dass die politische Zweckmäßigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit überprüft wird. Nach einem positivem Ausgang dieses Verfahrens ist die Förderlichkeit der verstärkten Zusammenarbeit für die Integration zu unterstellen. Die Einschätzung der „politischen“ Institutionen sollte nicht durch eine richterliche Einschätzung überlagert werden. Darüber hinaus konkretisieren die meisten anderen „Gebote“ die abstrakte Vorgabe der Förderung des Integrationsprozesses und machen es in ihren speziellen Ausprägungen teils auch einer richterlichen Überprüfung zugänglich. Das „erste Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit ist – wie das erste Gebot des Alten Testaments – Leitgedanke der nachfolgenden speziellen Normierungen.

2 Beachtung der Verträge und des einheitlichen institutionellen Rahmens

Die Pflicht zur Beachtung der Verträge nach Art. 43 lit.b EUV ist ebenfalls eine deklaratorische Wiedergabe einer allgemeinen Regel des Europarechts, die auch im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents fortgeführt wird¹²¹. Wenn die ungleichzeitige Wahrnehmung von Zuständigkeiten im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit mit den vorrangigen Bestimmungen des Primärrechts ebenso in Einklang stehen muss wie eine gleichzeitige Kompe-

¹¹⁸ Hierzu allgemein Grabitz/Hilf-*A. von Bogdandy*, Art. 2 EGV (2000) Rn. 4 ff.

¹¹⁹ Es sei unterstellt, dass die Verpflichtung auf die „Ziele“ der Union und der Gemeinschaft die positivrechtlichen vertraglichen Normierungen in Art. 2 EUV, Art. 2 EGV und nicht etwa weitergehende politische Integrationsziele meint. Die Verpflichtung auf die Ziele der Union *und* der Gemeinschaft muss im Wege der logischen Auslegung so verstanden werden, dass eine verstärkte Zusammenarbeit in der ersten Säule an Art. 2 EGV zu messen ist, während Art. 2 EUV einer verstärkten Zusammenarbeit in der zweiten oder dritten Säule inhaltliche Ausrichtung gibt.

¹²⁰ Ebenso *F.J. Quel López*, *Espacio*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 117/136: „Ciertamente, semejante previsión no pocas incertidumbres y críticas.“ Anders angedeutet bei *W. Hummer/W. Obwexer*, *Nizza* (2001), S. 36. Auch im Rahmen des Art. 227 II E(W)GV (1957) nahm EuGH, Rs. 58/86, Slg. 1987, 1525 Rz. 14, 17 – *Coopérative agricole* ein Ermessen der Kommission und des Rates hinsichtlich der „Notwendigkeit“ einer Fördermaßnahme zugunsten der französischen Überseedepartements an und lehnte eine strenge richterliche Überprüfung des Kriteriums ab. Das in Auslegung der Vorschrift von *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 187 angenommene Rückschrittsverbot wird durch die Verpflichtung auf den Besitzstand nach Art. 43 lit.c EUV konkretisiert; Kapitel 2 III 3 (S. 65).

¹²¹ Der Begriff des einheitlichen institutionellen Rahmens wird im Verfassungsentwurf nicht mehr wörtlich genannt, ist aber in der Verpflichtung zur „Anwendung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen“ (Art. I-43 I VVE-E) sowie zur Achtung der Verfassung (Art. III-322 VVE-E) enthalten.

tenzwahrnehmung, unterstreicht dies die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit in die europäische Rechtsordnung. Die verstärkte Zusammenarbeit ist nicht etwa ein Sonderrecht der *ins* außerhalb der europäischen Rechtsordnung, sondern ein integraler Bestandteil derselben. Die europäischen Verträgen sind auch bei Ungleichzeitigkeit die höchste Ebene der europäischen Rechtsordnung, die ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in gleicher Weise umfasst¹²². Art. 43 lit.b EUV umfasst dabei nach dem nunmehr eindeutigen Wortlaut alle Vertragsbestimmungen¹²³. Darüber hinaus verpflichtet Art. 43 lit.b, 44 I UAbs.1 EUV die verstärkte Zusammenarbeit auf den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Die Bedeutung dieser Vorgabe wird in Kapitel 7 umfassend untersucht.

3 Wahrung des Besitzstands

Art. 43 lit.c EUV verpflichtet die verstärkte Zusammenarbeit zur Wahrung des „Besitzstands der Gemeinschaft und (der) nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen der genannten Verträge getroffenen Maßnahmen“¹²⁴. Dies stellt sicher, dass die ungleichzeitige Kompetenzwahrnehmung im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit den erreichten Status quo der gleichzeitigen Integration nicht verdrängt. Die Änderung von gleichzeitigen Rechtsakten erfolgt im regulären Rechtsetzungsverfahren unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten. Das ungleichzeitige Sekundärrecht der verstärkten Zusammenarbeit ist keine *lex posterior*, der ein Anwendungsvorrang vor früherem Gemeinschaftsrecht aller Mitgliedstaaten zukommt. Als praktische Folge des „dritten Gebots“ ist der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit auf Sachbereiche beschränkt, die nicht durch bestehendes Sekundärrecht ausgefüllt sind. Detailfragen des Schutzes des Besitzstands werden im Rahmen der allgemeinen Regeln des Europarechts für Ungleichzeitigkeit erörtert, wenn Kollisionsregeln für das Verhältnis von gleichzeitigem und ungleichzeitigem Europarecht entwickelt werden¹²⁵.

4 Kompetenzabgrenzung

Art. 43 lit.d EUV und entsprechend Art. I-43 I VVE-E-E konkretisieren die Pflicht zur Beachtung des Primärrechts dahingehend, dass die verstärkte Zusammenarbeit den Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung beachten muss. Hierdurch wird klargestellt, dass die verstärkte Zusammenarbeit als ungleichzeitige Kompetenzwahrnehmung keine Ausweitung europäischer Zuständigkeiten erlaubt. Die vertikale Kompetenzabgrenzung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union wird durch die verstärkte Zusammenarbeit nicht in Frage gestellt. Darüber hinaus darf sich eine verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 43

¹²² Näher hierzu auch Kapitel 8 I 1 (S. 234 ff.).

¹²³ Art. 43 I lit.b EUV (1997) verpflichtete die verstärkte Zusammenarbeit nur zur Beachtung der „Grundsätze der genannten Verträge“, wobei unklar blieb, ob sich dies ebenfalls auf die „(t)otality of the rules constituting the legal order of the Union or the Community“ (*H. Kortenberg*, *Cooperation*, *CML Rev.* 35 (1998), 833/845; ebenso *P. Hall*, *Flexibilität*, in: *Bergmann/Lenz* (1998), S. 337 und *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/164) oder nur auf einige nicht näher definierte Grundprinzipien wie die Einheit der Rechtsordnung bezog; so *V. Constantinesco*, *Coopération*, *RTD eur.* 33 (1997), 751/758 und *Hummer/Obwexer* ebd. 37.

¹²⁴ Entsprechend Art. III-322 UAbs.1 EUV, wenn er die verstärkte Zusammenarbeit die Verpflichtung zur Achtung des „Rechts der Union“ auferlegt. In Abgrenzung zu der zuvor gesondert genannten „Verfassung“ meint das „Recht der Union“ bei systematischer Auslegung den sekundärrechtlichen Besitzstand. Im Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 20 wurde noch vom „Besitzstand der Union“ gesprochen. Die spätere Änderung erfolgte offenbar aus sprachlichen Gründen.

¹²⁵ Siehe Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

lit.d EUV nicht auf Bereiche erstrecken, die der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft zuzuordnen sind. Eine ungleichzeitige Wahrnehmung ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten würde eine partielle Rückübertragung von Zuständigkeiten auf die jeweiligen *outs* bedeuten. Dies würde ebenfalls die vertikale Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verändern. Auch in kompetentieller Hinsicht ist die verstärkte Zusammenarbeit somit in den rechtlichen Rahmen der europäischen Rechtsordnung eingeordnet und darf die Kompetenzabgrenzung weder zu Lasten der Mitgliedstaaten noch zu Lasten der Gemeinschaft variieren¹²⁶.

Die Anwendung der Bestimmung wirft keine neuartigen Probleme auf. Bei ihrer Auslegung kann auf die allgemeine europarechtliche Dogmatik zurückgegriffen werden. So finden bei der Bestimmung des Umfangs ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten im Sinn des Art. 43 lit.d EUV die Überlegungen der Europarechtswissenschaft zu Art. 5 II EGV entsprechende Anwendung¹²⁷. Allerdings ist der Umfang ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten bislang nicht abschließend geklärt. Ausdrücklich anerkannt hat der Gerichtshof eine ausschließliche Verbandskompetenz der Gemeinschaft bisher nur in den Bereichen der Außenhandelspolitik, der Fischereipolitik und Aspekten des Euratom-Vertrags¹²⁸. Es ist unklar, welche anderen Gemeinschaftspolitiken noch der Kategorie ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen zuzuordnen sind. Dies gilt insbesondere für die Rechtsharmonisierung nach Art. 95 EGV. Soweit man die Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV mit Generalanwalt *Fennelly* und entgegen neuer Signale des Gerichtshof als eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit betrachtet, wäre der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit erheblich reduziert¹²⁹. Die Praxis der verstärkten Zusammenarbeit könnte hierbei zu einer höchst richterlichen Klarstellung der Rechtslage beitragen, wenn der Gerichtshof aufgrund einer Klage gegen einen Grundbeschluss zur Reichweite ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten Stellung beziehen muss¹³⁰.

¹²⁶ Ähnlich *H. Kortenbergh*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/848: „Logical, considering that not only is solely the EC empowered to act, but also that the EC is obliged to act – thus leaving no room for action by certain Member States.“

¹²⁷ So ausdrücklich *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 43 EUV Rn. 7; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 15; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 6; *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/66; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/96; *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 265; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 56; *V. Constantinesco*, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/760; *J. Shaw*, European Union (1996), S. 79.

¹²⁸ So zur Außenhandelspolitik EuGH, Gutachten 1/75, Slg. 1975, 1355 – *Lokale Kosten*, zu Aspekten des Euratom-Vertrags EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 – *Kernmaterialübereinkommen* und zur Gemeinsamen Fischereipolitik EuGH, Rs. 3, 4 & 6/76, Slg. 1976, 1279 – *Kramer* und EuGH, Rs. C-25/94, Slg. 1996 I-1469 Rz. 41 – *Kommission/Rat*.

¹²⁹ Generalanwalt *Fennelly*, Rs. C-376/98, Slg. 2000 I-2247 Rz. 142 – *Tabakwerbung*: „Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die Ausübung der Gemeinschaftskompetenz nach den Artikeln 100a und 57 Absatz 2 EGV ihrem Wesen nach ausschließlich ist und das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung findet.“ Die Ausschließlichkeit der Gemeinschaftszuständigkeit würde sich hierbei freilich nur den finalen Aspekt einer einheitlichen Rechtslage in den Mitgliedstaaten betreffen. Innerstaatlich könnten die Mitgliedstaaten den Gegenstand weiterhin eigenständig regeln; *Fennelly* ebd. 137. Anders EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001 I-7079 Rz. 30 ff. – *Niederlande/Parlament und Rat*, wenn er im Rahmen des Art. 95 EGV das Subsidiaritätsprinzip prüft und damit offenbar vom konkurrierenden Charakter der Kompetenznorm ausgeht. Die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit im Anwendungsbereich des Art. 95 EGV befürworten ohne nähere Erörterung allgemein *Lenz-C.-O. Lenz*, Art. 11 EGV Rn. 15 und *J.M. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quecedo*, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1997, 9/17.

¹³⁰ Siehe auch *C. Lyons*, Court, in: de Búrca/Scott (2000), S. 108: „The handling of the review of the operation

De constitutione ferenda führt der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents die Frage nach dem Umfang ausschließlicher Zuständigkeiten der Union einer positiv-rechtlichen Klärung zu, wenn er in Art. I-12 I VVE-E-E eine enumerative Auflistung derselben vorsieht. Da hierbei die Rechtsharmonisierung des bisherigen Art. 95 EGV nicht aufgeführt wird, bedeutet dies, dass dieser zentrale Sachbereich der europäischen Integration der verstärkten Zusammenarbeit nicht verschlossen bleibt, soweit die andern Gebote eingehalten sind. Auch die vom Vertrag von Amsterdam noch ausdrücklich verbotene ungleichzeitige Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft nach Art. 22 EGV ist nach der Konzeption des Verfassungsvertrags nunmehr eindeutig zulässig¹³¹. Hiernach könnte etwa die Begründung eines Unionsbürgerwahlrechts bei nationalen Parlamentswahlen nach einem Aufenthalt von mindestens fünf Jahren ungleichzeitig für einige Mitgliedstaaten umgesetzt werden¹³². Freilich ist insoweit das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten. Hiernach muss auch Unionsbürgern mit der Staatsangehörigkeit eines *out*, die dauerhaft im Staatsgebiet eines *in* wohnen, das Wahlrecht zu dessen nationalen Parlamentswahlen gewährt werden¹³³.

Im Bereich der nicht-ausschließlichen Zuständigkeiten ist grundsätzlich keine Zuständigkeit der Gemeinschaft oder der Union vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ausgenommen¹³⁴. Insbesondere kann im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit auch auf die subsidiäre Kompetenz des Art. 308 EGV zurückgegriffen werden¹³⁵. Hierbei gilt freilich das Subsidiaritätsprinzip ebenso wie bei der gleichzeitigen Rechtsetzung¹³⁶. Allerdings bezieht sich die verstärkte Zusammenarbeit als ungleichzeitige Kompetenzwahrnehmung nur auf die Umsetzung des Vertrags. Die Verpflichtung des „vierten Gebots“ auf die Achtung des Kompetenzrahmens der Verträge schließt auch aus, dass eine Vertragsänderung aufgrund einer verstärkten Zusammenarbeit ungleichzeitig nach der Ratifikation durch einige Mitgliedstaaten in Kraft tritt. Die Vertragsänderung ist als Ausübung der verfassungs- bzw. vertragsgebenden Gewalt gerade keine „Zuständigkeit“ der Gemeinschaft oder der Union, sondern konstituiert diese erst¹³⁷. In den Worten *Constantinesco*: „la ‘flexibilité’ s’arrête à la rigidité de la ‘constitution’ communautaire.“¹³⁸

of enhanced cooperation will be an extremely delicate exercise at many levels. It will reveal the longstanding uncertainties embedded in the Treaty system, fundamental concepts of the EC/EU legal order the meaning of which is still uncertain, such as exclusive competence.“

¹³¹ Art. III-13 VVE-E als Nachfolgebestimmung des Art. 22 EGV ist nach Art. I-12 I, 13 I VVE-E eine konkurrierende Unionszuständigkeit. So bereits unter Geltung des Vertrags von Nizza X. *Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/178 und *W. Hummer/W. Obwexer*, Nizza (2001), S. 37 unter Verweis auf die Streichung des früheren Art. 11 I lit.c EGV (1997).

¹³² Es sei unterstellt, dass ein derartiger Integrationsschritt von Art. 22 EGV gedeckt ist. Im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit gilt freilich auch das besondere Annahmeverfahren des Art. 22 EGV mit der notwendigen Zustimmung der Mitgliedstaaten „gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften“.

¹³³ Näher Kapitel 8 IV (S. 254 ff.).

¹³⁴ Wenn Art. 43 lit.d EUV von Zuständigkeiten „der Union“ spricht, mag dies eine redaktionelle Unachtsamkeit sein, die aber auch als Argument für die Völkerrechtspersönlichkeit der Union gewertet werden könnte. Eigene „Zuständigkeiten“ setzen rechtstheoretisch die Existenz einer Rechtspersönlichkeit voraus. Art. 40 I EUV (1997) umging noch den Bezug auf „Zuständigkeiten der Union“ und verpflichtete die verstärkte Zusammenarbeit in der dritten Säule einzig auf die „Wahrung ... der in diesem Titel festgelegten Ziele“.

¹³⁵ Ebenso *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/863; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 119 und *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/172.

¹³⁶ Auf die allgemeine Bedeutung von Ungleichzeitigkeit für die Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips wird in Kapitel 8 V (S. 258 ff.) gesondert eingegangen.

¹³⁷ Im Ergebnis ebenso *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 10 und 17; *Pons Rafols* ebd. 164; *Léger-I. Pingel-Lenuzzi*, Art. 11 EGV Rn. 7; *N. Arndt*, Flexibilität, in: Scholz (1999), S. 184; *P. Hall*, Flexibilität, in: Berg-

Die Begrenzung der verstärkten Zusammenarbeit auf den Grundsatz der enumerativen Einzelmächtigung erscheint auf den ersten Blick als „eine Selbstverständlichkeit“¹³⁹. Verfassungspolitisch war und ist diese Vorgabe aber keinesfalls selbstverständlich. Aufgrund dieser Beschränkung hätten in der Vergangenheit weder das Sozialabkommen noch das Schengener Recht im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit verwirklicht werden können, da sie jedenfalls teilweise über den damaligen europäischen Kompetenzrahmen hinausgingen. Auch die verschiedenen Ausprägungen des verfassungspolitischen Konzepts des Kerneuropa fordern regelmäßig die gemeinsame Wahrnehmung von Zuständigkeiten, die bislang nicht auf die europäische Ebene übertragen wurden¹⁴⁰. Diese Möglichkeit gewährt die verstärkte Zusammenarbeit aber gerade nicht. Soweit einige Mitgliedstaaten neue Zuständigkeiten gemeinsam wahrnehmen wollen, sind sie de lege lata auf völkerrechtliche Kooperationen außerhalb der rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge beschränkt¹⁴¹.

5 Binnenmarkt und Solidarität

Der Vertrag von Nizza fügte den materiellrechtlichen Vorgaben für die verstärkte Zusammenarbeit die Verpflichtung des Art. 43 lit.e EUV hinzu. Hiernach darf eine verstärkte Zusammenarbeit weder „den Binnenmarkt im Sinne des Artikels 14 Absatz 2 (EGV)“ noch den „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt nach Titel XVII (EGV)“ beeinträchtigen. Die erste Beschränkung stellt hierbei sicher, dass der Binnenmarkt als bedeutendste Errungenschaft der europäischen Integration durch Ungleichzeitigkeit nicht in Frage gestellt wird. Auch bei Ungleichzeitigkeit soll ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Uniformität und Gleichheit im Binnenmarkt gewahrt bleiben. Zwar können zentrale Fragen des Binnenmarktrechts wie das Umweltrecht oder die Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Gegenstand von Ungleichzeitigkeit sein. Die spätere Analyse ergibt jedoch, dass aus dem fünften Gebot des Art. 43 lit.e EUV im Ergebnis eine Verpflichtung der Gemeinschaft folgt, dass eine verstärkte Zusammenarbeit die Grundfreiheiten des Binnenmarkts nicht aufhebt¹⁴².

Die zweite Vorgabe des Art. 43 lit.e EUV gewährleistet den Fortbestand der finanziellen Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit. Der ausdrückliche Verweis auf den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt „nach Titel XVII (EGV)“ legt nahe, in dieser Bestimmung eine Gewährleistung der Gleichzeitigkeit des Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung EFRE zu sehen, der im Titel XVII des EG-Vertrags seine primärrechtliche Grundlage findet und folglich nicht Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit sein kann¹⁴³. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents führt den Verweis auf die Rechtsgrundlagen des EFRE im Ergebnis fort, wenn er in Art. III-322 VVE-E-E allgemein

mann/Lenz (1998), S. 335; H. Bribosia, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/107 in Fn. 128; T. Giegerich, *Konstitutionalisierungsprozess* (2003), S. 253 und A. Dashwood, *States*, EL Rev. 23 (1998), 201/211.

¹³⁸ V. Constantinesco, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/761. Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43 EUV Rn. 4 gründet dasselbe Ergebnis auf das erste Gebot.

¹³⁹ C. Thun-Hohenstein, *Amsterdam* (1997), S. 119; ähnlich Gaja ebd. 862: „self-evident“.

¹⁴⁰ Siehe Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

¹⁴¹ Im Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten sind diese regelmäßig zulässig; Kapitel 10 III (S. 318 f.).

¹⁴² Näher zur Auslegung des Binnenmarktkriteriums des Art. 43 lit.e EUV in Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

¹⁴³ Ebenso Callies/Ruffert-M. Ruffert, Art. 43 EUV Rn. 16. Siehe für die derzeitige Programmperiode des EFRE VO 1260/99/EG des Rates mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds vom 21.6.1999 (ABl. 1999 L 161, 1) mit Durchführungsverordnungen.

den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“ garantiert¹⁴⁴. Ärmere Mitgliedstaaten können hiernach auch weiterhin nicht von den Begünstigungen des EFRE ausgeschlossen werden. Das Institut der verstärkten Zusammenarbeit soll reicheren Mitgliedstaaten keinen Vorwand liefern, nicht am EFRE teilzunehmen. Eine Überführung des EFRE in eine verstärkte Zusammenarbeit hätte nämlich zur Folge, dass dessen Finanzierung dem regulären Haushaltsrecht entzogen wäre und auf die beteiligten Mitgliedstaaten verteilt würde¹⁴⁵.

6 Verbot von Handelsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen

Der Vorgabe des Art. 43 lit.f EUV kommt unter den „zehn Geboten“ der verstärkten Zusammenarbeit auf den ersten Blick eine besondere Bedeutung zu. Anders als die meisten anderen Voraussetzungen scheint das „sechste Gebot“ sich nicht auf die Bestätigung allgemeiner europarechtlicher Grundsätze zu beschränken, wenn es das für die Entwicklung der europäischen Integration so bedeutsame Verbot von Handelsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen aufgreift und auf die verstärkte Zusammenarbeit überträgt. Nach dem Wortlaut des Art. 43 lit.f EUV ist eine verstärkte Zusammenarbeit nur zulässig, soweit sie „keine Behinderung oder Diskriminierung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt und die Wettbewerbsbedingungen zwischen diesen nicht verzerrt.“ Dies konkretisiert die Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Achtung des Binnenmarkts nach Art. 43 lit.e EUV und bewirkt nach der Einschätzung einiger Beobachter eine „entscheidende Einschränkung“¹⁴⁶ des Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit. Ist dieser Annahme zuzustimmen?

Verbot von Handelsbeschränkungen

Der Vertrag von Amsterdam griff in Art. 11 I lit.d EGV (1997) noch ausdrücklich die *Dassonville*-Formel des Gerichtshof auf, wenn er eine verstärkte Zusammenarbeit für unzulässig erklärte, soweit sie eine „Diskriminierung oder Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ bewirkt¹⁴⁷. In der Literatur bestand Einigkeit, dass diese Vorgabe sich auf die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshof zu Art. 28 EGV bezieht. Eine verstärkte Zusammenarbeit ist hiernach unzulässig, soweit die Maßnahme gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrags verstößt¹⁴⁸. Konkret bedeutet dies etwa, dass umweltrechtliche Produktions-

¹⁴⁴ Und sich damit offenbar auf den Verfassungsabschnitt mit denselben Namen bezieht: nämlich Teil III, Kapitel III, Abschnitt 3 (Art. III-116 ff. VVE-E), auf dem der EFRE künftig beruhen wird. Die Streichung des Querverweises auf einen mit Nummern bezeichneten Abschnitt soll wohl in erster Linie die Lesbarkeit des Texts verbessern. Auch aus dem Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 20 ergibt sich, dass insoweit keine Änderung der Rechtslage bezweckt war.

¹⁴⁵ Zur Finanzierung Kapitel 7 IV (S. 225 ff.) und allgemein zur Solidarität der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 12 I 3 (S. 349 ff.).

¹⁴⁶ Schwarze-A. *Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 11: „entscheidend einschränkt“.

¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rz. 7 – *Dassonville*: „weder ein Mittel zur willkürlichen *Diskriminierung* noch eine verschleierte *Beschränkung des Handels* zwischen den Mitgliedstaaten“ (eigene Hervorhebung).

¹⁴⁸ So H. *Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/849; S. *Langrish*, *Amsterdam*, EL Rev. 23 (1998), 3/6; Callies/Ruffert-M. *Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 17 und V. *Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/761. Die Überlegung von R. *Hofmann*, *Flexibilität*, EuR 1999, 713/724, ob der Begriff „Diskriminierung“ sich eventuell nicht auf das Substantiv „Handel“ beziehe, sondern als eigenständiger Verweis auf Art. 12 EGV zu verstehen sei, überzeugt jedenfalls im Lichte der englischen Sprachfassung des späteren Vertrags von Nizza nicht, da der Zusammenhang zwischen Handel und Diskriminierung hier grammatikalisch zwingend ist: „barrier to or discrimination of trade.“ Mit S. *Weatherhill*, *Cooperation*, in: O’Keefe/Twomey (1999), S. 31 ist anzunehmen, dass nicht nur das Beschränkungsverbot des Art. 28 EGV sondern auch die

standards im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit regelmäßig nicht gegen Art. 43 lit.f EUV verstoßen, während ungleichzeitige Produktstandards nur dann zulässig sind, wenn sie auch als einzelstaatliche Maßnahme nicht gegen Art. 28 EGV verstießen¹⁴⁹. Inwieweit der Vertrag von Nizza eine Änderung der Rechtslage bezweckte, wenn er die *Dassonville*-Formulierung der „Handelsbeschränkung“ durch das Verbot einer „Handelsbehinderung“ ersetzt und sich hiermit – auch in der englischen Sprachfassung – begrifflich von der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshof absetzt, bleibt auf den ersten Blick unklar¹⁵⁰.

Meines Erachtens handelt es sich bei der Änderung um ein redaktionelles „Missverständnis“. Die französische Sprachfassung des Vertrags von Amsterdam griff – anders als die deutsche und die englische Version – nicht den Wortlaut der *Dassonville*-Formel auf. Während der Gerichtshof sich auf „une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres“¹⁵¹ bezog, untersagte Art. 11 I lit.d EGV (1997) „une entrave aux échanges entre les États membres“¹⁵² – eine Divergenz, die von der französischsprachigen Literatur gleichwohl auf Art. 28 EGV bezogen wurde¹⁵³. Der Vertrag von Nizza verwendet in seiner französischen Sprachfassung immer noch dieselben Begriffe wie der Vertrag von Amsterdam und vertauscht nur ihre semantische Anordnung¹⁵⁴. Als die französische Ratspräsidentschaft im Herbst 2000 eine Reorganisation des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit vorschlug, auf die sich die Regierungskonferenz in Nizza schließlich verständigte, wollte sie den Inhalt des heutigen Art. 43 lit.f EUV somit offenbar nicht ändern.

Die Änderung in der deutschen und englischen Version beruht vermutlich auf einer Intervention der Sprachjuristen, die die bestehenden Sprachdivergenzen beseitigt und hierbei die französische Sprachfassung des von der französischen Ratspräsidentschaft vermittelten Vertrags von Nizza als Ausgangspunkt nahm. In der sprachlichen Änderung des Vertrags von Nizza sollte daher keine inhaltliche Änderung gesehen werden. Eine verstärkte Zusammenarbeit ist weiterhin nur zulässig, wenn sie mit der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist. Gleiches gilt für die deutsche Sprachversion des Verfassungsentwurfs, der in Art. III-322 VVE-E-E wiederum eine sprachliche Korrektur vornimmt und nunmehr vom Verbot eines „Hindernis“ für den Handel anstelle einer „Behinderung“ desselben spricht. Offensichtlich wurde hier der deutsche Terminus der „Behinderung“ für unzutreffend erachtet. In der englischen und französischen Sprachfassung des Verfassungsentwurfs wird dagegen die Begrifflichkeit des Vertrags von Nizza fortgeführt, die sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit bezieht¹⁵⁵.

Rechtfertigungsmöglichkeiten aufgrund der *Cassis*-Formel und des Art. 30 EGV zu berücksichtigen sind.

¹⁴⁹ So *S. Bär/I. von Homeyer/A. Klasing*, *Fit?*, EEL Rev. 2001, 212/217 ff.; *I. von Homeyer*, *Environmental*, in: *Green Cowles/Smith* Bd. 5 (2000), S. 347; *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: *O’Keeffe/Twomey* (1999), S. 31 und *D. Hanf*, *Differentiation* (2002), S. 361-369.

¹⁵⁰ In der englischen Sprachfassung wird die *Dassonville*-Formulierung „restriction of trade“ durch „barrier to trade“ ersetzt. Eine Erleichterung der Voraussetzungen nehmen an *Bär/v.Homeyer/Klasing* ebd. 218: „It seems that this change of wording has eased the requirement.“ *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 43 EUV Rn. 8 verweist allgemein auf die unterschiedliche Terminologie, die so ähnlich sei, dass sie wohl keine Änderung bewirke.

¹⁵¹ So die französische Fassung von EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rz. 7 – *Dassonville*.

¹⁵² Art. 11 I lit.d EGV (1997).

¹⁵³ So *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/761.

¹⁵⁴ Art. 43 lit.f EUV lautet nunmehr: „ne constitue ni une entrave ni une discrimination aux échanges entre les États membres“.

¹⁵⁵ So die englische Fassung des Art. III-322 VVE-E: „It shall not constitute a barrier to or discrimination in trade...“ Ebenso die französische Entscheidung: „Elles ne peuvent constituer ni une entrave ni une discrimi-“

Bedeutet die Verpflichtung auf die Warenverkehrsfreiheit eine entscheidende Einschränkung des Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit? Zuerst ist hierzu festzustellen, dass das Recht einer verstärkten Zusammenarbeit mit einzelstaatlichen Maßnahmen gleichgestellt wird, die Art. 28 EGV ebenfalls beachten müssen. Insoweit besteht keine „Schlechterstellung“ der verstärkten Zusammenarbeit im Vergleich zu nationalen Maßnahmen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Grundfreiheiten nicht nur die Handlungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers beschränken. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind vielmehr auch die Gemeinschaftsorgane bei der Annahme von Sekundärrecht grundsätzlich an die Grundfreiheiten als allgemeine Rechtsgrundsätze gebunden¹⁵⁶. Das ungleichzeitige Sekundärrecht der verstärkten Zusammenarbeit wird hiernach nicht schlechter gestellt als das gleichzeitige Gemeinschaftsrecht. Auch das „sechste Gebot“ des Art. 43 lit.f EUV ist somit bei näherer Betrachtung eine deklaratorische Bestätigung allgemeiner Grundsätze des Europarechts und bewirkt keine eigenständige Einschränkung des Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit.

Verbot von Handelsbeschränkungen und Wettbewerbsverzerrungen

Darüber hinaus erlaubt Art. 43 lit.f EUV eine verstärkte Zusammenarbeit nur, wenn sie „die Wettbewerbsbedingungen zwischen (den Mitgliedstaaten) nicht verzerrt“¹⁵⁷. Die Auslegung dieser Vorgabe kann auf keine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückgreifen. Klarheit besteht in der Literatur bislang nur dahingehend, dass es sich um ein unklares Prinzip handelt, das Anlass für Auslegungsstreitigkeiten geben wird¹⁵⁸ – und bei einer strikten Auslegung den Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit erheblich einschränken könnte¹⁵⁹. So wurde die Diskussion über die Einführung einer europäischen Aktiengesellschaft im Wege der verstärkten Zusammenarbeit unter anderem wegen spanischen Vorbehalten einer „discrimination intolérable contre le *Standort* espagnol“ zurückgestellt¹⁶⁰. Häufig wurde auch die Kritik geführt, dass die ungleichzeitige Geltung des Sozialabkommens dem Vereinigten Königreich unlautere Wettbewerbsvorteile gewährt und somit als verstärkte Zusammenarbeit eventuell gegen Art. 43 lit.f EUV verstoßen hätte¹⁶¹.

Die rechtliche Auslegung des Verbots einer „Verzerrung“ von Wettbewerbsbedingungen sollte als Ausgangspunkt nehmen, dass nicht jede Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen zugleich eine „Verzerrung“ darstellt. Dies gilt insbesondere für ungleichzeitige Rechtsharmo-

mination aux échanges...“

¹⁵⁶ Siehe etwa EuGH Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 Rz. 9 – *ADBHU*: „Die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs ... stellen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts dar, über deren Einhaltung der Gerichtshof wacht. Die erwähnten Vorschriften der Richtlinie sind also anhand dieser Grundsätze zu prüfen.“ Allgemein auch *P. Poiars Maduro*, *We, the Court* (1998), S. 77; *D. Hanf*, *Differentiation* (2002), S. 295 f.; *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 105 ff. und *W. Freng*, *Grundfreiheiten*, *EuR* 2002, 603. Einschränkung jedoch *A. von Bogdandy*, *Grundrechtsgemeinschaft*, *JZ* 2001, 157/166: Verbot lediglich von „offensichtliche(n) Verstöße gegen die Grundsätze des Gemeinsamen Marktes“

¹⁵⁷ Entsprechend nunmehr Art. III-322 VVE-E, wenn auch in der substantivierten Sprachform des „Verbots von Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten.“

¹⁵⁸ So *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/376.

¹⁵⁹ So *H. Kortenber*, *Cooperation*, *CML Rev.* 35 (1998), 833/849 und *C. Thun-Hohenstein*, *Amsterdam* (1997), S. 119 f.: „Bei strikter Auslegung könnte das Ergebnis eintreten, dass jede verstärkte Zusammenarbeit eine Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen unter den (Mitgliedstaaten) bewirkt.“

¹⁶⁰ *J. Cloos*, *Coopérations*, *RMC* 2000, 512/514.

¹⁶¹ Zur seinerzeitigen Debatte um das Sozialabkommen *K. Hailbronner*, *EG-Sozialpolitik*, in: *GS Grabitz* (1995), S. 140; *M. Coen*, *Abgestufte*, *EuZW* 1995, 50/52 und *H. Konzen*, *Arbeitsrecht*, *EuZW* 1995, 39.

nisierungen nach Art. 95 EGV oder den vertraglichen Ermächtigungen der Umwelt-, Sozial- oder Verbraucherschutzpolitik. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshof ist die „Beseitigung der Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen“ jedoch ein hinreichender Grund für die Einschlägigkeit des Art. 95 EGV¹⁶². Im Vergleich hierzu erfordert eine Wettbewerbsverzerrung schon sprachlich ein qualifizierendes Element, das über Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen hinausgeht. Dies Ergebnis wird mittelbar durch Art. 96 EGV bestätigt, der ausdrücklich auf die Existenz einer „Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen“ abstellt und gerade einen engeren Anwendungsbereich als Art. 95 EGV besitzt¹⁶³. Ungleichzeitige Rechtsharmonisierungen zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen bewirken daher nicht zwangsläufig eine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu den *outs*. Eine ungleichzeitige Rechtsharmonisierung kann sogar einen binnenmarktähnlicheren Zustand herstellen, als wenn 15 verschiedene nationale Regelungen gleichen oder ähnlichen Inhalts fortbestehen.

Das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit umfasst prozedurale Garantien, die sicherstellen, dass eine ungleichzeitige Rechtsharmonisierung im Regelfall keine Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen zwischen den *ins* und den *outs* bewirkt. Eine zentrale Rolle kommt hierbei dem Initiativmonopol der Kommission für den Grundbeschluss zu. Soweit die Kommission einen Vorschlag unterbreitet und die sonstigen prozeduralen Voraussetzungen einschließlich der möglichen Befassung des Europäischen Rats und der Beteiligung der Europäischen Parlaments erfüllt sind, wird man regelmäßig davon ausgehen können, dass die verstärkte Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung bewirkt¹⁶⁴. Wenn im Konfliktfall der Gerichtshof gleichwohl über die Existenz einer Wettbewerbsverzerrung entscheiden muss, steht zu erwarten, dass er richterliche Zurückhaltung üben wird. Die Analyse von Wettbewerbsbedingungen erfordert eine komplexe volkswirtschaftliche Wertung, die nicht durch strenge rechtliche Kriterien ersetzt werden kann. In Anlehnung an seine Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht sollte der Gerichtshof daher verlangen, dass die Kommission bei ihrer Entscheidung für oder gegen die Unterbreitung eines Vorschlags im Einzelnen aufführt, aufgrund welcher Tatsachen und Erwägungen sie eine Wettbewerbsverzerrung annimmt oder verneint. Die gerichtliche Nachprüfung „der schwierigen Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte“ beschränkt sich dann im Wesentlichen „auf die Richtigkeit der diesen Wertungen zugrunde liegenden Tatsachen“¹⁶⁵.

7 Mindestteilnehmerzahl

Eine der wichtigsten Reformen des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Nizza war die Änderung der Teilnahmekorums von der „Mehrheit der Mitgliedstaaten“¹⁶⁶ auf „acht Mitgliedstaaten“¹⁶⁷. Während die beiden Quoren bei 15 Mitgliedstaaten auf dasselbe Ergebnis einer Mindestteilnehmerzahl von acht Mitgliedstaaten hinauslaufen,

¹⁶² EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991 I-2867 Rz. 13 – *Titandioxid*.

¹⁶³ Siehe Groeben/Thiesing/Ehlermann-A. *Bardenhever/I. Pipkorn*, Art. 101 EGV Rn. 8 ff. und Schwarze-H.-H. *Herrfeld*, Art. 96/97 EGV Rn. 2.

¹⁶⁴ Ähnlich C. *Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 129: „Billigt die Kommission den Vorschlag, ist dies ein Indiz (wenn auch keine Garantie), dass die betreffende Flexibilität vor dem EuGH ... standhält.“

¹⁶⁵ Vgl. EuGH, Rs. 56/64, Slg. 1966, 322 – *Consten & Grundig*. Eine verstärkte Zusammenarbeit in der zweiten und dritten Säule, wo die Kommission über kein Initiativmonopol verfügt, wird wegen der umfassten Sachmaterien regelmäßig keine Wettbewerbsverzerrung bewirken.

¹⁶⁶ Art. 43 I lit.d EUV (1997).

¹⁶⁷ Art. 43 lit.g EUV.

bewirkt die Reform nach der Erweiterung eine Erleichterung der verstärkten Zusammenarbeit durch eine faktische Herabsetzung der Mindestteilnehmerzahl. In einer erweiterten Europäischen Union mit 25 Mitgliedstaaten hätten nach der Amsterdamer Version immer mindestens 13 Mitgliedstaaten an einer verstärkten Zusammenarbeit teilnehmen müssen, während die Nizzaer Fassung nunmehr die Teilnahme von mindestens acht Mitgliedstaaten verlangt. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents normiert in Art. I-43 II VVE-E-E nunmehr eine Mindestteilnehmerzahl von einem Drittel der Mitgliedstaaten. Dies bewirkt im Ergebnis eine geringfügige Änderung der Nizzaer Regelung, da ein Drittel von 25 Mitgliedstaaten erst bei einer Teilnehmerzahl von 9 Mitgliedstaaten erreicht wird¹⁶⁸.

Rechtlich bereitet die Anwendung des Quorums einer Mindestteilnehmerzahl keine Probleme. Wenn nach der Erweiterung und unter Geltung des Vertrags von Nizza weniger als die Hälfte der Mitgliedstaaten einer verstärkten Zusammenarbeit angehören, verhindert das Teilnahmequorum zwar nicht länger, dass sich zwei divergierende Gruppen mit jeweils weniger als der Hälfte der Mitgliedstaaten zu demselben Thema bilden¹⁶⁹. Eine solche Konkurrenz widersprüchlicher verstärkter Zusammenarbeiten würde jedoch gegen das Kohärenzgebot des Art. 45 EUV verstoßen¹⁷⁰. Selbst unter der unwahrscheinlichen Annahme, dass die Kommission zwei entgegengesetzte Vorschläge unterbreitet und eine qualifizierte Mehrheit der Mitgliedstaaten sowie gegebenenfalls das Europäische Parlament den beiden Grundbeschlüssen zustimmen, könnte ein solches Nebeneinander zweier rivalisierender Integrationsgruppen somit vor dem Gerichtshof erfolgreich angefochten werden. Hierbei kann das Nebeneinander von Schengener Recht und britisch-irischer *Common Travel Area* nicht etwa als Beispiel für eine gespaltene EU-Integration dienen, da es sich bei Letzterer um keine europarechtliche Regelung, sondern um eine völkerrechtliche Kooperation außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union handelt¹⁷¹.

Der Vertragsgeber entschied sich bei der Mindestteilnehmerzahl für ein gleiche Gewichtung aller Mitgliedstaaten. Anders als bei der konstruktiven Enthaltung spielt die Größe der *ins* bei der Erfüllung des Teilnahmequorums keine Rolle¹⁷². Theoretisch können somit auch acht kleinere Mitgliedstaaten im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit kooperieren, die nur einen Bruchteil der Gesamtbevölkerung der Europäischen Union beträfe¹⁷³. Allenfalls das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im Rat bei der Abstimmung über den Grundbeschluss stellt insoweit eine faktische Hürde dar¹⁷⁴. Allgemein sieht *Barents* im Teilnahmequo-

¹⁶⁸ Mathematisch gesehen liegt ein Drittel von 25 bei achteindrittel. Hieraus folgt, dass acht Mitgliedstaaten weniger als ein Drittel sind und daher die Mindestteilnehmerzahl nicht erfüllen. Der Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 19 begründet den Vorschlag mit einer „Anlehnung an den Vertrag von Nizza“ und der Notwendigkeit im Hinblick auf eventuelle weitere Erweiterungen eine abstrakte Regelung zu finden.

¹⁶⁹ Dies war ein wesentlicher Zweck der Amsterdamer Regelung für *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/90; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/373; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 20; *N. Arndt*, Flexibilität, in: Scholz (1999), S. 185 und *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/69.

¹⁷⁰ Ebenso nach *Nizza T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/311. Zum Kohärenzgebot Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.). *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 11 EGV Rn. 3 gründet dasselbe Ergebnis auf das erste Gebot.

¹⁷¹ Siehe aber *F. de la Serre/H. Wallace*, Idée (1997), S. 9: „il y a donc actuellement juxtaposition et coexistence de plusieurs régimes.“ Allgemein zur *Common Travel Area* Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

¹⁷² Zur konstruktiven Enthaltung Kapitel 5 I (S. 151 ff.).

¹⁷³ Kritisch *J.M. Gil Robles*, Flexibilität, EuZW 1997, 353; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/90 und *C. Giering/J. Janning*, Katalysator, Integration 2001, 146/152. *V. Constantinesco*, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/756 sieht hierin eine Garantie, dass sich kein *directoire* größerer Mitgliedstaaten bildet.

¹⁷⁴ So auch *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/48 f. und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 20.

rum von acht Mitgliedstaaten eine „implicit reference to the old six and some other Member States“ und gründet hierauf die Warnung vor „nothing less than a continental ‘core’ Europe“¹⁷⁵. Diese Warnung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die prozeduralen und materiellrechtlichen Vorgaben der Verträge umfassen zahlreiche Sicherungen, die unabhängig von der Zahl der *ins* die Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit gewährleisten und ihre institutionelle und rechtliche Einbindung in die europäische Verfassungsordnung garantieren. Ein Kerneuropa wird auch durch die verstärkte Zusammenarbeit einer kleinen Zahl von Mitgliedstaaten nicht begründet.

8 Schutz der *outs*

Das „achte Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit sichert die „Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten“ der *outs* bei der Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit. Die heutige Bestimmung des Art. 43 lit.h EUV weicht dabei in zweifacher Hinsicht von der Amsterdamer Normierung ab: Eine verstärkte Zusammenarbeit ist nunmehr zulässig, soweit die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs* „beachtet“ werden, während der Vertrag von Amsterdam eine verstärkte Zusammenarbeit jede „Beeinträchtigung“ verbot¹⁷⁶. Darüber hinaus schützte der Vertrag von Amsterdam zusätzlich die „Interessen“ der *outs* vor einer Beeinträchtigung durch eine verstärkte Zusammenarbeit. Der Vertrag von Nizza streicht dieses Kriterium ersatzlos. Beide Reformschritte des Vertrags von Nizza beseitigen Zweifel über die Anwendung des „achten Gebots“. Sie gelten entsprechend für den Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, der in Art. III-323 VVE-E-E die Nizzaer Formulierung übernimmt.

Insbesondere das Interessen-Kriterium hätte unter Geltung des Vertrags von Amsterdam als salvatorische Generalklausel einer jeden verstärkten Zusammenarbeit entgegengehalten werden können. Der Gerichtshof wäre bei der Adjudikation dieser Voraussetzung in eventuelle politische Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten hineingezogen worden und hätte diese schwerlich durch eine abstrakte und neutrale rechtliche Würdigung des Interessenkriteriums entschärfen können. Die ersatzlose Streichung des Interessenkriteriums vermeidet solche Probleme¹⁷⁷. Darüber hinaus stellt die nunmehrige Pflicht zur „Beachtung“ der Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs* anstelle des vorherigen Verbots einer „Beeinträchtigung“ klar, dass Überlegungen einer mittelbaren Beeinträchtigung, wie sie insbesondere aus der Dogmatik der Grundfreiheiten bekannt sind, bei der Auslegung des Art. 43 lit.h EUV keine Berücksichtigung finden. Eine verstärkte Zusammenarbeit verstößt nur gegen die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs*, soweit diese in einem direkten Konflikt mit ungleichzeitigen Gemeinschaftsrecht im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit stehen¹⁷⁸.

¹⁷⁵ R. Barents, Nice, MJ 8 (2001), 121/131. Ähnlich bereits H. Labayle, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/5.

¹⁷⁶ Art. 43 I lit.f EUV (1997) unter Verwendung des Verbs „beeinträchtigt“.

¹⁷⁷ Allgemein zur Auslegung des Interessenkriteriums H. Labayle, Espace, RTD eur. 33 (1997), 813/880; V. Constantinesco, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/762; J. Usher, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 264 und G. Simpson, Asylum, EPL 5 (1999), 91/117: „the term ‘interests’ sticks out like a sore thumb.“ Der Gerichtshof hätte freilich argumentieren können, dass die besonderen prozeduralen Sicherungen des damaligen Begründungsverfahrens (insbesondere die Rolle der Kommission und die damals noch mögliche einstimmige Beschlussfassung auf der Ebene des Europäischen Rats aus „wichtigen Gründe der nationalen Politik“) die Interessen der *outs* umfassend schützen und das Interessenkriterium nach der Annahme des Grundbeschlusses keine eigenständigen Rechtswirkungen mehr entfaltet.

¹⁷⁸ Auch K. Bradley, Nice, CML Rev. 38 (2001), 1095/1115 spricht insoweit von einer „subtle relaxation of the rules“ und J. Shaw, Constitutional, EPL 7 (2001), 195/202 nimmt an, dass infolge des Wechsels vom „negati-

Die „Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten“ der *outs* werden teils durch spezielle Normierungen in anderen Vertragsbestimmungen konkretisiert. So bestimmt Art. 44a EUV die Pflicht der *outs*, über den EG-Haushalt die Verwaltungskosten der Organe auch dann mitzutragen, wenn diese ungleichzeitiges Europarecht ausführen¹⁷⁹. Art. 44 II EUV normiert ein allgemeines Obstruktionsverbot als besondere Ausprägung des Grundsatzes der Unionstreue bei Ungleichzeitigkeit¹⁸⁰. Im Gegenzug verbürgen andere Vertragsbestimmungen spezielle Rechte der *outs*. So garantiert Art. 43b EUV die Offenheit jeder verstärkten Zusammenarbeit¹⁸¹, Art. 44 I EUV sichert ihnen ein Teilnahmerecht an den Ratssitzungen ohne Stimmrecht zu¹⁸² und Art. 43 lit.f EUV verbietet eine verstärkte Zusammenarbeit, die zu Handelsbeschränkungen oder Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu den *outs* führt¹⁸³. In all diesen Fällen tritt die allgemeine Vorgabe des „achten Gebots“ hinter die vorrangigen Spezialbestimmungen zurück. Ein *out* kann nicht etwa unter Verweis auf Art. 43 lit.h EUV argumentieren, dass seine Beteiligung an den Verwaltungskosten vertragswidrig sei und eine entsprechende verstärkte Zusammenarbeit nicht errichtet werden dürfe.

Darüber hinaus werden die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs* durch die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit umfassend geschützt. Es gibt verschiedene Rechtsfragen, bei denen die Normierung des „achten Gebots“ als ein Argument für die Annahme einer bestimmten Rechtsfolge dient – auch wenn allgemeine rechtliche Erwägungen meist zu demselben Ergebnis gelangen und die positive Regelung des Art. 43 lit.h EUV insoweit nur eine deklaratorische Bedeutung besitzt. So dient die garantierte Beachtung der „Zuständigkeiten“ der *outs* als ein Argument für die Begrenzung der AETR-Zuständigkeit auf die *ins* einer Ungleichzeitigkeit¹⁸⁴ und kann als Unterstützung für die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten anstelle einer verstärkten Zusammenarbeit herangezogen werden¹⁸⁵. Das „achte Gebot“ bestätigt auch die Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs des ungleichzeitigen Sekundärrechts auf die *ins*. Das ungleichzeitige Europarecht bewirkt keine Einschränkungen der innerstaatlichen oder völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der *outs*¹⁸⁶. Es sind dies nur einige Beispiele. Weitere Konfliktsituationen können auf gleiche Weise einer rechtlichen Lösung zugeführt werden. In allen Fällen verhindert das „achte Gebot“ nicht als rechtlicher Hinderungsgrund die Entstehung einer verstärkten Zusammenarbeit, sondern dient als Grundlage für allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit zur Einordnung der verstärkten Zusammenarbeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union.

ven“ Kriterium des Beeinträchtigungsverbots hin zur „positiven“ Beachtungsverpflichtung der Nachweis einer Vereinbarkeit könne „presumably be fulfilled in a variety of more creative ways“. Unter Geltung des Vertrags von Amsterdam erachtete Schwarze-*A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 21 „berechtigte Zweifel über die Tragweite des gemeinsam beschlossenen Rechts“ für die Annahme einer Unzulässigkeit als ausreichend.

¹⁷⁹ Näher Kapitel 7 IV (S. 225 ff.).

¹⁸⁰ Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

¹⁸¹ Siehe Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und Kapitel 2 III 10 (S. 76).

¹⁸² Hierzu Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

¹⁸³ Siehe Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

¹⁸⁴ Hierzu Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

¹⁸⁵ Siehe Kapitel 10 II 2 a (S. 305 ff.).

¹⁸⁶ Näher Kapitel 9 II 1 (S. 282 ff.) und Kapitel 10 II 2 b (2) (S. 311 ff.).

9 Schengener Recht

Art. 43 lit.i EUV normiert die Spezialität des Schengen-Protokolls gegenüber dem Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit. Zwar ist das Schengener Recht grundsätzlich als ein Anwendungsfall der verstärkten Zusammenarbeit konzipiert. Als spezielle Regelung enthält das Schengen-Protokoll jedoch eine Vielzahl von Bestimmungen, die als *leges speciales* das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit überlagern. Es ist daher zutreffend, wenn der Europäische Konvent in der vorgeschlagenen Abschaffung des Art. 43 lit.i EUV keine materiellrechtliche Änderung sieht, da „der besondere und abweichende Charakter des Schengen-Protokolls ... in diesem selbst bereits zum Ausdruck (kommt).“¹⁸⁷ Aufgrund der zahlreichen Sonderregelungen begründet das Schengen-Protokoll nur eine modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit und wird wegen des Sachzusammenhangs im Kapitel über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gesondert behandelt (Kapitel 3 III 1; S. 81 ff.).

10 Offenheit

Das in Art. 43 lit.j, 43b EUV verankerte „zehnte Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit garantiert schließlich die Offenheit einer jeden verstärkten Zusammenarbeit. Der Aufschluss der anfänglichen *outs* zur Vorhut der verstärkten Zusammenarbeit richtet sich nach den speziellen Normierungen des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit. Für den EG-Vertrag ist das Teilnahmeverfahren in Art. 11a EGV (Kapitel 2 II 1 d; S. 54 ff.) und für die Zusammenarbeit in Strafsachen in Art. 40b EUV normiert (Kapitel 2 II 2; S. 58 ff.). Allgemein kann man die Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit als „Ausdruck des integrationspolitischen Axioms der völligen Gleichberechtigung aller Mitgliedstaaten“ betrachten¹⁸⁸. Sie ist zudem eine besondere Ausprägung des umfassenden Grundsatzes der „Unionstreue“ zwischen den *outs*, den *ins* und der gesamten Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit¹⁸⁹. Man Die Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit stellt zugleich sicher, dass das ungleichzeitige Europarecht der verstärkten Zusammenarbeit sich nicht dauerhaft vom gleichzeitigen Besitzstand der Europäischen Union abkoppelt. Insoweit unterstreicht auch die jederzeit mögliche Herstellung von Gleichzeitigkeit die tatsächliche Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit in die einheitliche Rechts- und Verfassungsordnung der Europäischen Union.

IV Fazit

Der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit erstreckt sich grundsätzlich auf den gesamten Regelungsbereich des EG- und EU-Vertrags. Eine praktische Bedeutung wird die verstärkte Zusammenarbeit aber nur in denjenigen Sachbereichen entfalten, in denen noch kein umfassender gleichzeitiger Besitzstand existiert und politische Blockadesituation aufgrund einer einstimmigen Beschlussfassung im Rat besonders wahrscheinlich sind. Die Verfahren über den Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit und die spätere Teilnahme anfänglicher *outs* umfassen zahlreiche prozedurale Sicherungen, die das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen integrieren. Selbst wenn eine verstärkte Zusammenarbeit alle rechtlichen Voraussetzungen

¹⁸⁷ Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 28.

¹⁸⁸ Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43 EUV Rn. 13.

¹⁸⁹ Siehe Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

erfüllt, kommt sie nur zu Stande, wenn die europäischen Institutionen ihre politische Zweckmäßigkeit bejahen und nach Maßgabe der einschlägigen Verfahren ihre Zustimmung erteilen. Im Konfliktfall muss der Gerichtshof entscheiden, ob eine verstärkte Zusammenarbeit tatsächlich mit den Vorgaben der europäischen Verträge übereinstimmt.

Die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit sind größtenteils eine deklaratorische Bekräftigung allgemeiner europarechtlicher Grundsätze. Sie unterstreichen, dass das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit auch in rechtlicher Hinsicht in die europäische Rechtsordnung eingebettet ist und an die Vorgaben des Primärrechts in gleicher Weise gebunden ist wie das gleichzeitige Europarecht. Nur in einigen Randaspekten umfasst Art. 43 EUV besondere rechtliche Vorgaben, die den Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit einschränken und über die Vorgaben für gleichzeitiges Europarecht hinausreichen. Soweit der politische Wille zur Umsetzung einer verstärkten Zusammenarbeit besteht, erscheinen weder die Verfahrensvorschriften noch die „zehn Gebote“ als eine übermäßige Beschränkung der verstärkten Zusammenarbeit, die als rechtliches Korsett verhindern, dass diese ihr integrationspolitisches Potential entfaltet. Die verstärkte Zusammenarbeit ist kein Wundermittel für den zukünftigen Erfolg der europäischen Integration, sondern ein pragmatisches neues Rechtsinstitut, das in Einzelfällen einen begrenzten ungleichzeitigen Integrationsfortschritt innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge erlaubt, soweit dies politisch erwünscht ist.

Anhang: Synopse der Vertragsartikel in den Verträgen von Nizza und Amsterdam sowie dem Verfassungsentwurf

Vertrag von Nizza	Verfassungsentwurf	Vertrag von Amsterdam
Art. 27a, b EUV	–	–
Art. 27c EUV	Art. III-325 II VVE-E	–
Art. 27d EUV	Art. III-324 II VVE-E	–
Art. 27e EUV	Art. III-326 II VVE-E	–
Art. 40-40b EUV	–	Art. 40 EUV
Art. 43 lit.a EUV	Art. I-43 I UAbs.2 VVE-E	Art. 43 I lit.a EUV
Art. 43 lit.b EUV	Art. I-43 I, III-322 VVE-E	Art. 43 I lit.b EUV
Art. 43 lit.c EUV	Art. III-322 UAbs.1 VVE-E	Art. 43 I lit.c EUV
Art. 43 lit.d EUV	Art. I-43 I UAbs.1 VVE-E	Art. 11 I lit.a, d EGV
–	–	Art. 11 I lit.b, c EGV
Art. 43 lit.e EUV	Art. III-322 UAbs.2 VVE-E	–
Art. 43 lit.f EUV	Art. III-322 UAbs.2 VVE-E	Art. 11 I lit.e EGV
Art. 43 lit.g EUV	Art. I-43 II VVE-E	Art. 43 I lit.d EUV
Art. 43 lit.h EUV	Art. III-323 VVE-E	Art. 43 I lit.f EUV
Art. 43 lit.i EUV	(Schengen-Protokoll)	Art. 40 V EUV, 11 V EGV
Art. 43 lit.j EUV	Art. I-43 I UAbs.2 VVE-E	Art. 43 I lit.g EUV
Art. 43a EUV	Art. I-43 II VVE-E	Art. 43 I lit.c EUV
Art. 43b EUV	Art. III-324 I VVE-E	Art. 43 I lit.g EUV
–	–	Art. 43 I lit.h EUV
Art. 44 I UAbs.1 EUV	Art. I-43 I, III VVE-E	Art. 44 I EUV
Art. 44 I UAbs.2 EUV	Art. I-43 IV VVE-E	–
Art. 44 II EUV	Art. I-43 IV, III-323 VVE-E	Art. 43 II EUV
Art. 44a EUV	Art. III-327 VVE-E	Art. 44 II EUV
Art. 45 EUV	Art. III-329 VVE-E	–
–	–	Art. 45 EUV
Art. 11 EGV	Art. III-325 I VVE-E	Art. 11 II EGV
Art. 11a EGV	Art. III-326 I VVE-E	Art. 11 III EGV
–	Art. III-328 VVE-E	–

Kapitel 3

RAUM DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS

Von der europäischen Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet hat der Vertrag von Amsterdam der europäischen Integration eine neue Dimension eröffnet. Nach der Errichtung des Gemeinsamen Marktes, dem Binnenmarktprogramm und der Einführung des Euro soll die Europäische Union sich nunmehr zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ entwickeln, der in juristischen Fachkreisen vielfach noch als „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“ bekannt ist¹. Die Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist in dreifacher Hinsicht beachtenswert: Zum einen integriert der Vertrag von Amsterdam mit dem Schengener Recht und dem internationalen Privatrecht bislang völkerrechtlich geregelte Formen der Zusammenarbeit in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Zum anderen stellt die Union in Ergänzung der wirtschaftlichen Integration nunmehr „den Mensch in den Mittelpunkt ihres Handelns“². In den Worten des Europäischen Rats von Tampere:

„Die ... Herausforderung besteht nunmehr darin sicherzustellen, dass Freiheit, die das Recht auf Freizügigkeit in der gesamten Union beinhaltet, in einem Rahmen der Sicherheit und des Rechts in Anspruch genommen werden kann, der für alle zugänglich ist. Dieses Vorhaben geht auf die von den Bürgern häufig geäußerten Anliegen ein und hat unmittelbare Auswirkungen auf ihr tägliches Leben.“³

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts besitzt für die Analyse von Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung. Die zu seiner Verwirklichung angenommenen Rechtsakte sind dem Volumen nach das bislang bedeutendste Beispiel für Ungleichzeitigkeit im Europarecht. Ungleichzeitigkeit ist hier kein abstraktes Integrationskonzept, sondern Gegenstand der alltäglichen Rechtspraxis. Der ungleichzeitige Besitzstand des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dient über die isolierte Bedeutung hinaus als Illustration und Bestätigung der allgemeinen europarechtlichen Behandlung von Ungleichzeitigkeit. Allerdings erschwert die Komplexität der Ausnahmeregelungen die Darstellung: Es bestehen nicht nur zwei gesonderte Regime für das Vereinigte Königreich und Irland auf der einen und Dänemark auf der anderen Seite. In beiden Fällen erfolgt vielmehr eine weitere Differenzierung zwischen dem Schengener Recht und anderen Regelungsbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Die Unterscheidung dieser vier Kategorien wird schließlich durch die fortbestehenden Divergenzen zwischen der ersten und dritten Säule und die Sonderregeln für den Beitritt neuer Mitgliedstaaten erschwert.

¹ So die Überschrift des Titel VI EUV (1992). Seit dem Vertrag von Amsterdam bezeichnet der Begriff „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ säulenübergreifend die Regelungen in den Art. 29 ff. EUV und Art. 61 ff. EGV.

² So Erwägungsgrund 2 der Präambel zu Teil II des Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa. Die Präambel der Charta der Grundrechte hatte sich sprachlich auf die „Person“ als Mittelpunkt des Handelns bezogen.

³ Europäischer Rat in Tampere am 15./16.10.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 2.

I Anwendungsbereich

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist mehr als eine abstrakte Zielvorgabe. Binnen fünf Jahren nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam soll er bis zum 1. Mai 2004 nach dem Vorbild des Binnenmarktprogramms in seinen Grundzügen verwirklicht sein⁴. Die neuen Rechtsetzungsvorhaben gewinnen hierbei gegenüber dem Schengener Recht, dessen Integration in den Rahmen der Europäischen Union eine bis heute vielfach unterbelichtete Errungenschaft des Vertrags von Amsterdam darstellt, zunehmend ein eigenständiges Gewicht: Vom der einheitlichen Visums-Politik über die Verordnungen zum internationalem Privatrecht und die Anfänge einer europäischen Flüchtlings-, Asyl- und Einwanderungspolitik bis hin zur polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen ist der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts heute bereits sekundärrechtliche Realität. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents hebt den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nunmehr auf eine neue Stufe seiner Verwirklichung.

Allerdings konzentrieren sich die Reformvorschläge des Konvents auf die Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der europäischen Justiz- und Innenpolitik und beziehen sich nicht speziell auf den Aspekt der Ungleichzeitigkeit. Die Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks klammerte der Europäische Konvent sogar gänzlich aus seinen Beratungen aus. Weder die Arbeitsgruppe zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts noch die umfangreiche Diskussion des Verfassungsentwurfs im Plenum oder die Vorschläge des Präsidiums gingen näher auf die Thematik ein⁵. Der abschließende Vorschlag beschränkt sich in Art. IV-6 VVE-E auf die Übernahme des Art. 311 EGV, wonach die beigefügten Protokolle Bestandteil des Vertrages sind. In seinen Erläuterungen verweist der Konvent auf die Regierungskonferenz⁶. Fest steht insoweit, dass das Vereinigte Königreich und Irland auf ihre Sonderpositionen nicht verzichten werden⁷. Auch Dänemark wird an seiner Ungleichzeitigkeit im Grundsatz festhalten, erwägt jedoch eine Anpassung an das weniger starre

⁴ Zur Fünf-Jahres-Frist siehe Art. 61 lit.a EGV, 30 II EUV und das *chapeau* der Art. 62 f. EGV. Ein informeller „Gesetzgebungsplan“ kann den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats in Tampere am 15./16.10.1999 und dem *scoreboard* der Kommission vom 24.3.2000 entnommen werden (KOM(2000) 167). Die Europäischen Räte von Sevilla am 21./22.6.2002, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 26-39 und Thessaloniki am 19./20.6.2003, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 8-35 erneuerten und konkretisierten diese Verpflichtungen.

⁵ Das Thema wird nicht einmal am Rande berührt im Schlussbericht der Gruppe X „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, 2.12.2002, Konvents-Dok. CONV 326/02, dem Entwurf des Präsidiums: Artikel 31 des Teils I und von Artikeln des Teils II, 14.3.2003, Konvents-Dok. CONV 614/03, der Übersicht über die Änderungsvorschläge betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2.4.2003, Konvents-Dok. CONV 644/03 und dem Synthesebericht über die Plenartagung 3. und 4. April 2003 in Brüssel, 9.4.2003, Konvents-Dok. 677/03.

⁶ Präsidium des Konvents: Textentwurf für Teil IV mit Kommentaren, 26.5.2003, Konvents-Dok. CONV 728/03, S. 9: „Der Konvent sollte den Europäischen Rat darauf hinweisen, dass vor Abschluss der RK darüber beraten werden muss, was mit den Protokollen geschieht, die dem derzeitigen Vertrag beigefügt sind.“

⁷ So ausdrücklich 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. 84: „The Government will not give up the UK’s right to carry out frontier controls and the Protocol’s which safeguard the UK’s position.“ Irland wird dem britischen Schritt zum Erhalt der *Common Travel Area* wiederum folgen (Kapitel 3 II 1; S. 90 ff.). Dementsprechend sieht Regierungskonferenz-Dok. CIG 41/03 eine Fortführung der Sonderpositionen im künftigen Schengen-Protokoll sowie dem reformulierten Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich der Politik betreffend Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung sowie hinsichtlich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen vor, das auf den derzeitigen Titel IV EG-Vertrags beschränkt bleibt.

britisch-irische Regelungssystem⁸. Das Inkrafttreten des Verfassungsvertrags wird hiernach die Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht beseitigen. Bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags findet das aktuelle Regime ohnehin Anwendung.

1 Schengener Recht

Im September 2000 wurde der Schengen-Besitzstand auf 473 Seiten erstmals in allen Amtssprachen im Amtsblatt veröffentlicht und ist seither greifbarer Ausdruck der durch den Vertrag von Amsterdam bewirkten Integration des Schengener Rechts in den Rahmen der Europäischen Union⁹. Die hierdurch bewirkte „Familienzusammenführung“, die das fünfzehnjährige „Schisma“¹⁰ zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Zielvorgabe des Binnenmarkts als einem „Raum ohne Binnengrenzen“ (Art. 14 EGV) und der völkerrechtlichen Verwirklichung durch die Schengener Übereinkommen beendet, konnte jedoch nur durch Sonderregeln für drei Familienmitglieder erreicht werden: Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind in unterschiedlicher Weise nicht an der Integration des Schengener Rechts beteiligt und auch nach der Erweiterung wird das Schengener Recht in den neuen Mitgliedstaaten nicht unmittelbar in Kraft gesetzt.

Das rechtliche Rückgrat des Schengener Rechts ist auch nach seiner Integration in den Rahmen der Europäischen Union das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990 (Schengen II). Als sich die Regierungskonferenz von Amsterdam im Juni 1997 auf die Integration des Schengener Rechts verständigte, hatten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und Irland alle Mitgliedstaaten einschließlich Dänemark Beitrittsübereinkommen unterzeichnet¹¹. Mit der Inkraftsetzung des Schengener Rechts am 25. März 2001 in Schweden, Finnland und Dänemark sowie den assoziierten Staaten Norwegen und Island wurden vor der Erweiterung der Europäischen Union die letzten Binnengrenzkontrollen im Schengen-Raum aufgehoben¹².

⁸ Siehe die Erklärung vom dänischen Premierminister *Anders Fogh Rasmussen* am 17.9.2003; siehe *Teknisk tilpasning af det retlige forbehold*, Presseerklärung des dänischen Staatsministeriums vom 17.9.2003 <www.stm.dk>. Zudem wird erwogen, die Bevölkerung in einem „Big Bang“ zusammen mit der Ratifikation des Verfassungsvertrags über die Beibehaltung der Sonderpositionen in der Justiz-, Innen-, Verteidigungs- und Währungspolitik abstimmen zu lassen; Kapitel 3 III 5 (S. 114 ff.). Eine Wahlfreiheit der dänischen Bevölkerung setzt voraus, dass die Sonderpositionen in den Verfassungsvertrag übernommen werden. Die dänische Ungleichzeitigkeit soll nach Presidency, IGC 2003: Naples Ministerial Conclave – Presidency Proposal, 25 November 2003, doc. CIG 52/03 in einem neuen Protokoll betreffend Dänemark auf die Zusammenarbeit in Strafsachen ausgeweitet werden (Art. 1 des ersten Teil) und um eine *opt-in*-Variante nach britischem Vorbild ergänzt werden (Art. 3 des Anhangs zum Protokoll).

⁹ ABl. 2000 L 239 vom 22.9.2000.

¹⁰ So die offizielle Website der Kommission in ihrer Version des Jahres 2000 <www.europa.eu.int/comm/dg15/fr>: „schisme“.

¹¹ Übereinkommen vom 27.11.1990 über den Beitritt Italiens (BGBl. 1993 II 1902), in Kraft getreten am 1.7.1997 (BGBl. 1997 II 1530); Übereinkommen vom 25.6.1991 über den Beitritt Spaniens und Portugals (BGBl. 1993 II 1902), in Kraft getreten am 1.3.1994 (BGBl. 1996 II 242); Übereinkommen vom 6.11.1992 über den Beitritt Griechenlands (BGBl. 1996 II 2542) sowie Übereinkommen vom 28.4.1995 über den Beitritt Österreichs (BGBl. 1997 II 966), beide in Kraft getreten am 1.7.1997 (BGBl. 1998 II 1968); Übereinkommen vom 19.12.1996 über den Beitritt von Dänemark, Finnland, Schweden (ABl. 2000 L 239, 97 ff.), die nie ratifiziert, aber durch den Vertrag von Amsterdam in das Schengener Recht überführt wurden (Kapitel 3 III 1; S. 103 ff.).

¹² Zur abgestuften Inkraftsetzung Kapitel 3 IV (S. 114 ff.) und zur Assoziierung Norwegens und Islands Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

Der Inhalt des Schengener Rechts beschränkt sich nicht auf die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen und ein gemeinsames Außengrenzkontrollregime, sondern umfasst auch flankierende Maßnahmen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit, der Visums-Politik und des Informationsaustauschs im Rahmen des Schengen-Informationssystems SIS und des Sirene-Netzwerks, die vor allem Daten über Drittstaatsangehörige umfassen¹³. Die Verständlichkeit des Schengener Rechts und seine Anwendung durch die juristische Praxis leidet noch heute unter Strukturdefiziten der intergouvernementalen Kooperation aufgrund der Schengener Übereinkommen. Der aus nationalen Ministern besetzter Schengen-Exekutivausschuss und weitere Sub-Gremien konkretisierten das Schengener Recht in Durchführungsbeschlüssen, die seinerzeit nicht systematisch übersetzt und veröffentlicht wurden und bis heute schwer zu überblicken sind¹⁴. Die hierin gründenden Demokratie-, Rechtsschutz- und Transparenzdefizite der ursprünglichen Schengener Übereinkommen wurden in der Literatur teils heftig kritisiert und waren eine wichtige Motivation für die Integration des Schengener Rechts in den Rahmen der Europäischen Union¹⁵.

Rechtstechnisch erfolgte die Integration des Schengener Rechts durch das Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (Schengen-Protokoll), das der Vertragsgeber aufgrund des säulenübergreifenden Charakters des Schengener Rechts dem EG- und dem EU-Vertrag beifügte. Das Schengen-Protokoll regelt nur allgemeine rechtliche Grundsätze, einschließlich der Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks. Die Festlegung von Einzelheiten der Integration des Schengener Rechts wurde dem Rat übertragen. Die Ausführungsbeschlüsse wurden im Mai 1999 nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam und seiner Ratifikation durch die nationalen Parlamente angenommen¹⁶. In einem ersten Schritt bestimmte der Rat den sachlichen Umfang des zu integrierenden Schengen-Besitzstands¹⁷. Auf dieser Grundlage wies der Rat die einzelnen Bestimmungen des Schengener Rechts – mit Ausnahme der Regeln über das SIS hinsichtlich derer keine Einigung erzielt wurde – einer Rechtsgrundlage in der ersten (hauptsächlich Art. 61-69 EGV) und der dritten Säule (Art. 29 ff. EUV) zu¹⁸. Die Normen des Schengener Rechts haben seither grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen wie andere Sekundärrechtsakte der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union¹⁹.

¹³ Siehe die umfassende Kommentierung der Bestimmungen von Schengen II bei Groeben/Thiesing/ Ehlermann-H.-C. Taschner, Schengener Übereinkommen.

¹⁴ Zur Frage, inwieweit die fortbestehende Vertraulichkeit weiter Teile der drei Handbücher zu Fragen der Visaerteilung, des Sirene-Netzwerks und der Überwachung der Außengrenzen mit den Transparenzvorschriften der Europäischen Union vereinbar sind, D. Thym, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/221-226. Der sonstige Schengen-Besitzstand wurde, wie bereits erwähnt, in ABl. 2000 L 239 veröffentlicht. Eine Übersicht zu den fortgeltenden Beschlüssen des Schengen-Exekutivausschusses kann der Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel entnommen werden (S. 119 ff.).

¹⁵ Siehe nur die Kritik von D. Curtin/H. Meijers, Retrogression, CML Rev. 32 (1995), 391.

¹⁶ Kritisch House of Lords, 31st Report 1997/98, Rz. 100: „(W)e are astonished that national ratification of the Amsterdam Treaty will have been completed in most, if not all, Member States before a definitive list of the Schengen *acquis* has been established and made available to national Parliaments in their own languages.“

¹⁷ Beschluss 435/99/EG des Rates vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 1); korrigiert durch Beschluss 645/2000/EG des Rates vom 17.10.2000 (ABl. 2000 L 272, 24).

¹⁸ Beschluss 436/99/EG des Rates vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 17); geändert durch Beschluss 645/2000/EG des Rates vom 17.10.2000 (ABl. 2000 L 272, 24). Ein Überblick über das integrierte Schengener Recht und die zugewiesenen Rechtsgrundlagen ergibt sich auch aus der Liste im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹⁹ Näher D. Thym, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/234 ff.

Für die Festlegung der Rechtsgrundlagen war im Rat die Einstimmigkeit aller 15 Mitgliedstaaten erforderlich, also auch die Zustimmung des Vereinigten Königreichs und Irlands²⁰. Diese Beteiligung aller Mitgliedstaaten ist verfassungspolitisch als Vorgriff auf eine spätere Beteiligung der *outs* am Schengener Recht gerechtfertigt, wie sie dem Vereinigten Königreich und Irland mittlerweile in Teilen genehmigt wurde²¹. In Ermangelung einer Festlegung gelten die Regeln über das SIS derzeit noch auf Titel VI EUV gestützt²². Auch im Fall der Nichtzuweisung einer Rechtsgrundlage unterliegen Richtlinien, Verordnungen und andere Rechtsakte zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts den einschlägigen Bestimmungen der Verträge. Die allgemeinen Regeln des Europarechts für die Wahl der Rechtsgrundlage, das Rechtssetzungsverfahren und die Zuständigkeit des Gerichtshofs finden somit auf das Schengener Recht uneingeschränkt Anwendung²³.

Das Schengener Recht ist grundsätzlich als eine verstärkte Zusammenarbeit der „Schengen-Gruppe“²⁴ konzipiert. Allerdings findet nach der ausdrücklichen Anordnung in Art. 43 lit. i EUV das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit auf das Schengener Recht nur insoweit Anwendung, als das Schengen-Protokoll keine abweichende Regelung trifft. Tatsächlich überlagern die *leges speciales* des Schengen-Protokolls das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit weitgehend, so dass allenfalls von einer modifizierten Form der verstärkten Zusammenarbeit gesprochen werden kann²⁵. Die Spezialvorschriften des Schengen-Protokolls verdrängen insbesondere die Verfahren zur Errichtung der verstärkten Zusammenarbeit und die spätere Teilnahme der *outs*:

Anstelle eines gesonderten Grundbeschlusses ordnet das Schengen-Protokoll die Zulässigkeit der ungleichzeitigen Kooperation primärrechtlich an. Nach Art. 1 Schengen-Protokoll gilt die Schengen-Gruppe als „ermächtigt, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit ... zu begründen“. Entsprechendes gilt für die Weiterentwicklung des Schengener Rechts gemäß Art. 5 I UAbs. 2 Schengen-Protokoll. Auch hier „gilt ... die Ermächtigung nach Artikel 11

²⁰ Art. 2 I UAbs. 2 S. 2 Schengen-Protokoll, der anders als Satz 1 nicht auf die „in Artikel 1 genannten Mitglieder“ der Schengen-Gruppe verweist, und damit den Rat in regulärer Zusammensetzung meint.

²¹ So auch *H. Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/841; *R. Debouze*, *Amsterdam*, C.D.E. 33 (1997), 265/270 und *E. Wagner*, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/14.

²² Dies ergibt sich aus Art. 2 I UAbs. 4 Schengen-Protokoll. Für Einzelaspekte des SIS wurde Anfang 2002 eine tragfähige Rechtskonstruktion paralleler Beschlüsse der ersten und dritten Säule gefunden, welche die bisherigen Probleme beseitigt; näher *D. Thym*, *Schengen*, ELJ 8 (2002), 218/241 f.

²³ Art. 5 I S. 1, II Schengen-Protokoll bestimmt eindeutig, dass Rechtsakte zur Weiterentwicklung „den einschlägigen Bestimmungen der Verträge“ unterliegen. Näher wiederum *Thym* ebd. 226-228 und 237 ff.

²⁴ Der Begriff bezieht sich im Folgenden auf die in Art. 1 Schengen-Protokoll genannten 13 Mitgliedschaften, die im Sommer 1997 die Schengener Übereinkommen oder Beitrittsübereinkommen hierzu unterzeichnet hatten. Er umfasst trotz der später zu beschreibenden Sonderposition nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 1 Schengen-Protokoll auch Dänemark.

²⁵ So auch *E. Wagner*, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/38: „Schengen-form of closer cooperation“; *G. Simpson*, *Asylum*, EPL 5 (1999), 91/106: „specific form of closer cooperation“; *M. Hedemann-Robinson*, *Area*, in: *O’Keeffe/Twomey* (1999), S. 289/296: „special form of flexibility“; *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/89: „variante au mécanisme de droit commun (de la coopération renforcée)“ und *Léger-I. Pingel-Lenuzza*, Art. 11 EGV Rn. 10. Die undifferenzierte Bezeichnung des Schengener Rechts als einem Anwendungsfall der verstärkten Zusammenarbeit ist insofern unzutreffend; so aber *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Vor Art. 29 EUV (1999) Rn. 6 ff.; *P. Kuijper*, *Problems*, CML Rev. 37 (2000), 345/350; *Y. Gauthier*, *Schengen*, *Europe* 8-9/1998, 3/6; *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713/725; *S. Langrish*, *Amsterdam*, *EL Rev.* 23 (1998), 3/11; *P. Manin*, *Amsterdam*, *Columbia JEL* 4 (1998), 1/18 in Fn. 79; *L. Corrado*, *L’intégration*, *RMC* 1999, 342/344; *J. de Zwaan*, *Movement*, *C.Y.E.L.S.* 1 (1998), 107/112; *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 24 und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 40 EUV Rn. 6.

(EGV) und Artikel 40 (EUV) als erteilt.“ Für die Beteiligung des Vereinigten Königreichs und Irlands gelten ebenfalls besondere Verfahren, die in wesentlichen Punkten von den Vorgaben der verstärkten Zusammenarbeit abweichen²⁶. Es verbleibt insoweit kein Raum für die Anwendung der Verfahrensvorschriften der verstärkten Zusammenarbeit, da diese grundsätzlich umfassend durch die Spezialvorgaben des Schengener Rechts überlagert sind²⁷.

Aufgrund der primärrechtlichen Anordnung der Zulässigkeit der verstärkten Zusammenarbeit der Schengen-Gruppe ist das Schengener Recht auch nicht in jedem Einzelfall an den „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit zu messen. Als „primary Union-law form of closer cooperation“²⁸ wird die Zulässigkeit der verstärkten Zusammenarbeit in Art. 1, 5 I UAbs.2 Schengen-Protokoll vielmehr unmittelbar angeordnet. Freilich ist die praktische Bedeutung dieser Freistellung insoweit relativiert, als die meisten „zehn Gebote“ ohnehin eine deklaratorische Bestätigung allgemeiner europarechtlicher Regeln sind²⁹. Ergänzend sanktioniert das Binnengrenzkontrollen-Protokoll die Beibehaltung von gemeinschaftsinternen Grenzkontrollen ausdrücklich³⁰. Zu den wenigen Vorschriften der verstärkten Zusammenarbeit, die mangels spezieller Regelung im Schengen-Protokoll auch auf das Schengener Recht Anwendung finden, gehören vor allem die Finanzierungsbestimmung des Art. 44a EUV, die Regeln über Zusammensetzung und Beschlussfassung der Organe nach Art. 44 I EUV und das Kohärenzgebot des Art. 45a EUV³¹.

Der hier verwandte Begriff „Schengener Recht“ setzt sich terminologisch vom „Schengen-Besitzstand“ ab, der im Schengen-Protokoll für die Bestimmungen des Schengener Völkerrechts zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Amsterdam verwandt wird. Der Schengen-Besitzstand umfasst in diesem Sinn nicht die Weiterentwicklung durch europäisches Sekundärrecht im Rahmen der europäischen Verträge nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam. Stattdessen bezieht sich der Begriff „Schengener Recht“ auf die Summe von Schengen-Besitzstand und dessen Weiterentwicklung durch europäisches Sekundärrecht im Rahmen der ersten und dritten Säule. Eine Übersicht über die derzeit geltenden Rechtsakte des Schengener Rechts findet sich im Anhang zu diesem Kapitel. Die unterschiedliche Rechtsnatur der ersten und der dritten Säule bewirken, dass die ursprüngliche rechtliche Einheit des Schengen-Besitzstands materiellrechtlich beendet ist. Im Hinblick auf den Aspekt der Ungleichzeitigkeit besteht das Schengener Recht als eigenständige Kategorie jedoch fort.

²⁶ Umfassend Kapitel 3 II (S. 90 ff.).

²⁷ Missverständnislich *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/747, wenn er zu den Verfahrensvorschriften der verstärkten Zusammenarbeit schreibt, dass „these procedures may be particularly important after the incorporation of the Schengen acquis“ (eigene Hervorhebung).

²⁸ *Wagner* ebd. 38. Ähnlich *de Zwaan* ebd. 112: „form of flexibility which has been laid down in primary law“ und *Bribosia* ebd. 88: „avant-garde prédéterminée“.

²⁹ Zu den „zehn Geboten“ Kapitel 2 II 3 (S. 60 ff.). Ihre Nichtanwendbarkeit auf das Schengener Recht wird durch das neunte Gebots des Art. 43 lit.i EUV bestätigt, wonach die zuvor normierten Gebote „die Bestimmungen des Protokolls zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union unberührt (lassen).“ Anders *N. Fennelly*, Coherence, MJ 2 (1998), 185/197, der nur das Verfahrensbestimmungen überlagert sieht. Zur umstrittenen Verpflichtung des integrierten Schengener Rechts auf das europäische Primärrecht *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/234 ff.

³⁰ Hierzu Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

³¹ Näher zur Finanzierung Kapitel 7 IV (S. 225 ff.), zum einheitlichen institutionellen Rahmen Kapitel 7 (S. 205 ff.) und zum Kohärenzgebot Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

2 EU-Vertrag

Im Anwendungsbereich des EU-Vertrags sind die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs und Irlands sachlich auf den Gegenstand des Schengener Rechts beschränkt. Dänemark besitzt insoweit sogar überhaupt keine Ausnahme³². Die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Art. 1 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und des Art. 1 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jenseits des Schengener Rechts beziehen sich nach dem eindeutigen Wortlaut nur auf Titel IV EGV. Die drei Mitgliedstaaten sind somit an der Annahme von Rechtsakten auf Grundlage der Art. 29 ff. EUV gleichberechtigt beteiligt, soweit diese über den sachlichen Anwendungsbereich des Schengener Rechts hinausgehen. Trotz der grundlegenden Reform der dritten Säule durch den Vertrag von Amsterdam betrachten diese Mitgliedstaaten das Unionsrecht der dritten Säule weiterhin als eine intergouvernementale Kooperationsform im Gegensatz zur supranationalen Gemeinschaftsmethode nach dem EG-Vertrag und beantragten daher keine Ausnahme.

Tatsächlich gilt das Unionsrecht der dritten Säule heute weitgehend gleichzeitig in allen 15 Mitgliedstaaten, da das Vereinigte Königreich und Irland in der Zwischenzeit nahezu alle Bestimmungen des Schengener Rechts der dritten Säule übernommen haben. Nur für die polizeiliche Nacheile, den SIS-Datenaustausch über Drittausländer und, im Fall Irlands, für die grenzüberschreitende Observation beantragten sie keine Teilnahme³³. Der gleichzeitige Besitzstand der dritten Säule umfasst wesentliche Errungenschaften der Zusammenarbeit in Strafsachen wie das Europol-Übereinkommen, Eurojust, den europäischen Haftbefehl oder die ersten Harmonisierungen des materiellen Strafrechts etwa zur Bekämpfung des Terrorismus³⁴. Allenfalls durch die vorläufige Anwendung und das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von völkerrechtlichen Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV³⁵ und die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit bei der Annahme einzelner Rechtsakte³⁶ kann im Einzelfall eine Ungleichzeitigkeit begründet werden, deren Teilnehmerkreis jedoch nicht im Voraus feststeht.

Die grundsätzliche Gleichzeitigkeit der Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem EU-Vertrag beinhaltet eine gewisse Ironie: Lange Zeit wurde die Gleichzeitigkeit der europäischen Integration als ein Charakteristikum der Gemeinschaftsmethode verstanden und die Mitgliedstaaten waren bei einem Dissens über die Zweckmäßigkeit eines Integrationsschritts auf das Instrument einer völkerrechtlichen Kooperation jenseits des Primärrechts verwiesen. Die Schengener Übereinkommen sind das prominenteste Beispiel hierfür. Dagegen gilt heute die vermeintlich intergouvernemental-völkerrechtliche Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem EU-Vertrags nahezu umfassend in allen Mitgliedstaaten, während die supranationale Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Rahmen des Titel IV EGV durch ungleichzeitige Sonderpositionen gekennzeichnet ist.

³² Zur dänischen Stellung zum Schengener Recht Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

³³ Siehe Kapitel 3 II 2 (S. 92 ff.) und im Einzelnen die Auflistung ungleichzeitiger Rechtsakte im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

³⁴ Rahmenbeschluss 584/2002/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 190, 1); Beschluss 187/2002/JI des Rates über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität vom 28.2.2002 (ABl. 2002 L 63, 1); Rahmenbeschluss 475/2002/JI des Rates zur Terrorismusbekämpfung vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 164, 3) und das Europol-Übereinkommen.

³⁵ Näher Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

³⁶ Siehe Kapitel 2 II 2 (S. 58 ff.).

3 EG-Vertrag

Der Vertrag von Amsterdam überführte weite Teile der Maastrichter dritten Säule in den neuen Titel IV EG-Vertrag. Die Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist seither ein säulenübergreifendes Vorhaben, das bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags den reformierten Regeln der verbliebenen dritten Säule und teilweise der Gemeinschaftsmethode nach Maßgabe der Art. 61 ff. EGV unterfällt³⁷. Gegenstand des Titel IV EGV sind die Visa-, Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik und die Harmonisierung des internationalen Privatrechts. Die Rechtswirkungen der zur Verwirklichung dieser Politiken angenommenen Verordnungen, Richtlinien und anderen Rechtsakte folgen den allgemeinen Regeln des Gemeinschaftsrechts. Einzig die Zuständigkeit des Gerichtshofs ist nach Art. 68 EGV beschränkt³⁸. Auch ist die einstimmige Beschlussfassung des Rats ist derzeit noch die Regel³⁹. Allerdings wurde in Nizza eine schrittweise Ausweitung qualifizierter Mehrheitsentscheidungen im Rat vereinbart, die den gemeinschaftsrechtlichen Teil des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unabhängig vom Erfolg des aktuellen Verfassungsprozesses tiefer in der Gemeinschaftsmethode verwurzelt⁴⁰.

Die Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Anwendungsbereich des EG-Vertrags wird auch jenseits des sachlichen Gegenstands des Schengener Rechts durch ungleichzeitige Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks geprägt. Nur um den „Preis“ der Ungleichzeitigkeit waren die drei Mitgliedstaaten in Amsterdam bereit, der Vergemeinschaftung weiter Teile der Justiz- und Innenpolitik zuzustimmen. Dänemark kann hierbei auf seine Sonderposition nur insgesamt verzichten und ist demnach an Rechtsakten, die nicht dem sachlichen Gegenstand des Schengener Rechts unterfallen, in keiner Weise beteiligt⁴¹. Dem Vereinigten Königreich und Irland wurde dagegen ein einseitiges Wahlrecht für oder wider eine Beteiligung im Einzelfall gewährt⁴². Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass diese einseitige Wahlmöglichkeit der Teilnahme der beiden Mitgliedstaaten am gemeinschaftsrechtlichen Teil des Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht generell entgegensteht.

So beteiligen sich das Vereinigte Königreich und Irland an den zahlreichen Verordnungen zur Harmonisierung des internationalen Privatrechts und den Verordnungen des Dubliner Rechts zur Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen. In welchem Umfang die beiden Mitgliedstaaten auch an der Entwicklung des europäischen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungsrechts teilnehmen, ist derzeit noch nicht absehbar. Die Teilnahme des Vereinigten Kö-

³⁷ Der Europäische Konvent schlägt vor, dass die Zusammenarbeit in Strafsachen mit einigen Ausnahmen denselben Regeln unterfallen soll wie der sonstige Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; vgl. Art. I-41 VVE-E sowie das Kapitel IV des dritten Teils des Verfassungsvertrags (Art. III-158-178 VVE-E).

³⁸ Hierzu *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/231 ff.

³⁹ Qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Rat gibt es derzeit nur bei Einzelaspekten der gemeinsamen Visa-Politik nach Maßgabe des Art. 67 III EGV.

⁴⁰ Nach der Umsetzung des im Vertrag von Nizza angelegten Integrationsprogramms sollen spätestens ab 1. Mai 2004 qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Rat die Regel werden für die gemeinsame Visumpolitik (Art. 62 II lit.b EGV), die Asyl- und Flüchtlingspolitik (Art. 63 Nr.1, 2 lit.a EGV; mit Ausnahme der „wesentlichen Grundsätze“), die Harmonisierung des internationalen Privatrechts mit Ausnahme familienrechtlicher Aspekte (Art. 65 EGV) sowie die Verwaltungskooperation der Mitgliedstaaten, die weite Teile des SIS umfasst (Art. 66 EGV). Dies ergibt sich im Einzelnen aus Art. 67 III-V EGV, dem Protokoll zu Artikel 67 EGV (2001) und der gemeinsamen Erklärung zu Art. 67 EGV (2001).

⁴¹ Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

⁴² Näher Kapitel 3 II 3 (S. 95 ff.).

nigreichts – nicht aber Irlands – an der Richtlinie über die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber weist zwar auf einen begrenzten Teilnahmewillen hin⁴³. Nach dem Bekunden der britischen Regierung soll hierdurch jedoch das vergleichsweise liberale britische Asylrecht „europäisiert“ werden, während die Einwanderungspolitik in der alleinigen nationalen Verantwortung verbleibt⁴⁴. Da der Status von Drittstaatsangehörigen als Bestandteil der Einwanderungspolitik nach Art. 63 Nr.4 EGV einen besonders engen Bezug zur Verwirklichung des Binnenmarkts besitzt, wäre die Ungleichzeitigkeit in diesem Bereich politisch besonders zu bedauern. Jüngste Entwicklungen deuten jedoch auch in diesem Sachgebiet eine begrenzte Teilnahmebereitschaft des Vereinigten Königreichs und Irlands an⁴⁵. Diesem Kapitel ist als Anhang eine Auflistung ungleichzeitiger Rechtsakte beigelegt, die bis zum 1. November 2003 angenommen oder vorgeschlagen wurden. Hierbei wird auf die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks jeweils gesondert hingewiesen⁴⁶.

4 Abgrenzung der Sonderpositionen

Die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts unterscheiden sich in einigen Punkten von ihrer jeweiligen Stellung bei der Verwirklichung des sonstigen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Es ist daher erforderlich, eine rechtliche Trennlinie zwischen dem Schengener Recht und den anderen Regelungsbereichen des Titel IV EGV zu ziehen. Dänemark ist im Anwendungsbereich des EG-Vertrags generell nicht an der Annahme von Rechtsakten beteiligt, während es bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts durch eine freiwillige Durchführungsentscheidung eine „Verpflichtung nach dem Völkerrecht“ begründen kann⁴⁷. Das Vereinigte Königreich und Irland haben in der ersten Säule bislang nur einzelne Bestimmungen des Schengener Rechts übernommen und die Teilnahmeverfahren bei der Neuannahme von Rechtsakten unterscheiden sich im Detail⁴⁸. Bei der Zusammenarbeit in Strafsachen im Rahmen besitzt die Abgrenzung der Sonderpositionen wegen der weitgehenden Gleichzeitigkeit dagegen eine geringe praktische Bedeutung⁴⁹.

In der Literatur wird vielfach bezweifelt, ob in jedem Einzelfall eindeutig festgestellt werden kann, ob ein neuer Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Schengener Rechts darstellt

⁴³ RL 9/2003/EG des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 31, 18), die für das Vereinigte Königreich, nicht aber Irland, gilt.

⁴⁴ Siehe hierzu etwa *T. Blair, Future* (2001): „For example, we need common asylum rules that are enforced in an equal and fair way across all EU countries... It is true that British governments have shared sovereignty over some decisions. But we have retained control over our immigration policy ... – and will continue to do so.“

⁴⁵ Die beiden Mitgliedstaaten beteiligen sich nach Erwägungsgrund 18 an der VO 859/2003/EG des Rates zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) 574/72 auf Staatsangehörige aus Drittländern, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen vom 14.5.2003 (ABl. 2003 L 124, 1). Zu anderen Rechtsakten und Vorschlägen der Kommission auf Grundlage des Art. 63 Nr.4 EGV die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.). Zu der hier wegen des Binnenmarktbezugs besonders interessanten Frage, ob die Ungleichzeitigkeit des Titel IV EGV durch den Rückgriff auf eine „gleichzeitige“ Rechtsgrundlage umgangen werden kann Kapitel 8 I 4 (S. 241 ff.). Allgemein zum Verhältnis von Binnenmarkt und Ungleichzeitigkeit Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

⁴⁶ Siehe S. 119 ff.

⁴⁷ Näher Kapitel 3 III 4 (S. 110 ff.).

⁴⁸ Siehe Kapitel 3 II (S. 90 ff.).

⁴⁹ Hierzu bereits Kapitel 3 I 2 (S. 85 f.).

oder nicht⁵⁰. Dies soll am Beispiel des Visa-Regimes verdeutlicht werden: Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Amsterdam gab es zwei Verordnungen des Rates, die zuvor auf Grundlage des Art. 100c EGV (1992) erlassen worden waren und für alle Mitgliedstaaten gleichzeitig galten⁵¹. Ergänzt wurde das Gemeinschaftsrecht durch weitergehende Bestimmungen des Schengener Völkerrechts⁵². Als der Rat im März 2001 eine neue Verordnung zum Drei-Monats-Visum annahm, qualifizierte er diese umfassend als Weiterentwicklung des Schengener Rechts und gewährte dem Vereinigten Königreich und Irland ein umfassendes Wahlrecht *à la carte*. Die beiden Mitgliedstaaten entschieden sich gegen eine Teilnahme, obgleich sie zuvor an der nunmehr aufgehobenen Teilharmonisierung aufgrund der früheren EG-Verordnung nach Art. 100c EGV (1992) beteiligt waren⁵³. Dieser Vorgang wiederholte sich im Februar 2002 bei der Änderung der Verordnung über die einheitliche Visagegestaltung, bei deren Annahme sich das Vereinigte Königreich für ein *opt-in* entschied, während Irland Außen vor blieb⁵⁴. Eine parallel angenommene Verordnung zur Ergänzung des Visa-Regimes, an der wiederum nur das Vereinigte Königreich teilnimmt, wird ebenfalls als Weiterentwicklung des Schengener Rechts qualifiziert, obwohl insoweit bislang keine Regeln des Schengener Rechts existierten⁵⁵.

Die Weiterentwicklung des Visa-Regimes ist freilich durch einen atypischen Sonderfaktor gekennzeichnet. Grundsätzlich können das Vereinigte Königreich und Irland nicht bei jeder Änderung eines Rechtsakts erneut von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen, sondern müssen ihre Entscheidung für oder gegen eine Teilnahme bei der Änderung von Rechtsakten konsequent fortführen⁵⁶. Im Fall des Visa-Regimes ist dies ausnahmsweise anders. Hier rechtfertigt das Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam nach der Annahme der früheren Verordnung auf Grundlage des Art. 100c EGV (1992) eine nachträgliche Berufung auf die Wahlmöglichkeit *à la carte*. Unabhängig hiervon illustriert das Beispiel des Visa-Regimes jedoch, dass die rechtliche Grenzziehung zwischen dem Schengener Recht und sonstigen Regelungsbereichen des Titel IV EGV nicht in jedem Fall eindeutig erfolgen kann. Eine Grauzone an Über-

⁵⁰ Vgl. P. Kuijper, Problems, CML Rev. 37 (2000), 345/352: „But what is the mysterious category of subjects ‘building upon the Schengen acquis?’“; G. Simpson, Asylum, EPL 5 (1999), 91/118: „a problem that promises to open a Pandora’s box“; G. Gaja, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/861 f.: „incoherent procedural distinction“; E. Wagner, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/39: „This construction will lead to disputes on the distinguishing“; H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/89: „La lecture de l’ensemble apparaîtra sans doute quelque peu indigeste“; C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/386; H. Kortenber, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/843; K. Hailbronner, Immigration and Asylum (2000), S. 54 ff. und M. Hedemann-Robinson, Area, in: O’Keefe/Twomey (1999), S. 289/291: „considerable intellectual challenge to any legal scholar let alone any unsuspecting members of the public that happen to come across them.“

⁵¹ VO 1683/95/EG des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung vom 29.5.1995 (ABl. 1995 L 164, 1) und VO 574/99/EG des Rates zur Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen vom 12.3.1999 (ABl. 1999 L 72, 2).

⁵² Siehe die Nachweise in der Auslistung im Anhang zur Rechtsgrundlage des Art. 62 Nr.2 EGV (S. 119 ff.).

⁵³ Zur Nichtteilnahme Erwägungsgründe 3 f. VO 539/2001/EG des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind vom 15.3.2001 (ABl. 2001 L 81, 1).

⁵⁴ Erwägungsgründe 12 ff. VO 334/2002/EG des Rates zur Änderung der Verordnung 1683/95/EG über eine einheitliche Visagegestaltung vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 7).

⁵⁵ Erwägungsgründe 10 ff. VO 333/2002/EG des Rates über die einheitliche Gestaltung des Formblatts für die Anbringung eines Visums, das die Mitgliedstaaten den Inhabern eines von dem betreffenden Mitgliedstaat nicht anerkannten Reisedokuments erteilen vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 4).

⁵⁶ Siehe Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.).

schneidungen besteht vor allem dort, wo bislang sehr allgemeine Rahmenregelungen des Schengener Rechts in ein detailliertes gemeinschaftsrechtliches Regelwerk überführt werden und man insofern auch von einer Neuregelung sprechen kann. Den europäischen Organen sollte in diesen Fällen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden, ob sie einen Rechtsakt als Weiterentwicklung des Schengener Rechts qualifizieren oder nicht. Aufgrund der möglichen Anbindung Dänemarks ohne gesonderten völkerrechtlichen Vertrag und der Beteiligung Norwegens und Islands scheint die Tendenz zu bestehen, einen Rechtsakt im Zweifel dem Schengener Recht zuzuordnen⁵⁷. Falls entsprechende Klagen angestrengt werden, wird im Konfliktfall jedoch der Gerichtshof entscheiden müssen, ob diese Praxis mit den Vorgaben des Primärrechts übereinstimmt.

Vermutlich werden sich im Laufe der Zeit verschiedene Kategorien der Rechtsetzung herausbilden, die jeweils in ihrer Gesamtheit den ungleichzeitigen Sonderpositionen des Schengener Rechts oder des sonstigen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugeordnet werden. Dem Schengener Recht unterfällt hierbei neben dem erwähnten Visa-Regime (Art. 62 Nr.2 lit.b EGV) auch das Außengrenzkontrollregime (Art. 62 Nr.2 lit.a EGV), während die Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik nach Art. 63 EGV ebenso wie die Harmonisierung des internationalen Privatrechts nach Art. 65 EGV in ihrer Gesamtheit dem sonstigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zuzurechnen sind. Dies gilt auch für das Dubliner Recht, das seinerseits zwar auf Bestimmungen des Schengener Rechts aufbaut, wegen des Inkrafttretens des Dubliner Übereinkommens vor dem Vertrag von Amsterdam aber keine Weiterentwicklung des Schengener Rechts im Sinn der ungleichzeitigen Sonderpositionen darstellt⁵⁸. Für die abgestufte Inkraftsetzung des Schengener Rechts in den neuen Mitgliedstaaten enthält Anlage I zur Beitrittsakte eine rechtsverbindliche Festsetzung derjenigen Bestimmungen des Schengener Rechts, die als unmittelbare Folge des Beitritts anwendbar sind und beugt damit Unsicherheiten über die Geltung einzelner Rechtsakte vor⁵⁹.

Die Vielschichtigkeit und Komplexität der ungleichzeitigen Sonderpositionen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist von Fachjuristen teils heftig beklagt worden. Für *Barents* sind sie „shocking“⁶⁰ und *Peers* sieht „much confusion“⁶¹. Für sich genommen ist das Verständnis eines einzelnen Verfahrens keine besondere intellektuelle Herausforderung. Die Komplexität und Verwirrung ergibt sich erst aus der Vielzahl von ähnlichen, im Detail aber dennoch verschiedenen Regelungen. Der Gesamtüberblick soll durch eine getrennte

⁵⁷ Es sei insoweit auf die später in Fn. 98 (S. 98) aufgeführten Rechtsakte verwiesen, die vielfach nur in Einzelaspekten Bestimmungen des Schengener Rechts fortentwickeln und ansonsten eher eine Neuregelung darstellen. Zur Anbindung Dänemarks Kapitel 3 III 4 (S. 110 ff.) und zu Norwegen und Island Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

⁵⁸ Der Begriff „Dubliner Recht“ soll sich auf das Dubliner Übereinkommen und die Eurodac-Verordnung beziehen (nähere Nachweise im Abkürzungsverzeichnis). Als Übereinkommen aller Mitgliedstaaten ersetzte das Dubliner Übereinkommen bei seinem Inkrafttreten am 1.9.1997 nach Maßgabe des Art. 142 II Schengen II die Art. 28-38 Schengen II, die somit zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Amsterdam nicht mehr zum anwendbaren Schengener Recht gehörten und nicht durch das Schengen-Protokoll in den Rahmen der Europäischen Union integriert wurden.

⁵⁹ Siehe Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

⁶⁰ *R. Barents*, Amsterdam, MJ 4 (1997), 332/342.

⁶¹ *S. Peers*, *Caveat Emptor?*, C.Y.E.L.S. 2 (1999), 87/87. Siehe auch Editorial Comments, Amsterdam, CMLRev. 34 (1997), 767/770: „bizarre“; *A. Albers-Lorens*, Jurisdiction, CML Rev. 35 (1998), 1273/1290: „idiosyncratic“; *A. Duff*, Amsterdam (1997), S. 31: „particularly problematic“; *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: *O’Keefe/Twomey* (1999), S. 289/302: Gefahr einer „constitutional heart attack“; *F. Trytschaever*, Differentiation (1999), S. 101: „illogical“. Für *Y. Gauthier*, Schengen, Europe 8-9/1998, 3/4 bleibt das Schengen-Protokoll „une affaire de spécialistes perpétuant une tradition de secret byzantinisme juridique.“

Darstellung der Regelungsmodelle für die verschiedenen Mitgliedstaaten erleichtert werden. Hierbei liegt der Schwerpunkt auf den Verfahren und Rechtsfolgen der Ungleichzeitigkeit des Schengener Rechts, vor deren Hintergrund Parallelen und Abweichungen in den anderen Regelungsbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts aufgezeigt werden.

II Vereinigtes Königreich und Irland

Die Nichtteilnahme des Vereinigten Königreichs am Schengener Recht findet ihren Ursprung in den 80er-Jahren. Seinerzeit lehnte die britische Regierung unter *Margaret Thatcher* die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen im Rahmen des EG-Vertrags unter Hinweis auf die vermeintlich fehlende Verbandskompetenz der Gemeinschaft ab. Dies veranlasste die ursprünglichen Schengen-Staaten zur völkerrechtlichen Kooperation außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens des EG-Vertrags. Die neugewählte britische Regierung unter *Tony Blair* war während der Regierungskonferenz in Amsterdam zwar bereit, einer Integration des Schengener Rechts in den Rahmen der Europäischen Union zuzustimmen. Eine sofortige Teilnahme des Vereinigten Königreichs lehnte sie aber weiterhin ab.

1 Leitmotiv: Wahlfreiheit

Die britische Regierung ließ sich in Amsterdam nicht nur seine Nichtteilnahme am Schengener Recht bestätigen, sondern sicherte sich zugleich ein *opt-out* vom gesamten Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Anwendungsbereich des EG-Vertrags. Die Nichtteilnahme ist jedoch nicht generalisiert. Anders als Dänemark, das auf seine ungleichzeitige Sonderposition zum Schengener Recht und den sonstigen Regelungsbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nur insgesamt verzichten kann⁶², wurde dem Vereinigten Königreich ein einseitiges Wahlrecht für oder wider eine Beteiligung an einzelnen Rechtsakten gewährt. Bei neuen Rechtsakten kann das Vereinigte Königreich aufgrund politischer Zweckmäßigkeitserwägungen von Fall zu Fall frei entscheiden, ob es sich an der Annahme beteiligt oder nicht. Auch die durch den Vertrag von Amsterdam in das Europarecht integrierten Bestimmungen des Schengener Rechts kann das Vereinigte Königreich teilweise oder in ihrer Gesamtheit übernehmen, soweit die anderen Mitgliedstaaten ihre Zustimmung erteilen. Leitmotiv der britischen Ungleichzeitigkeit ist hiernach die Bewahrung der politischen Wahlfreiheit für oder gegen die Teilnahme im Einzelfall.

Die Ausübung des Wahlrechts richtet sich nach den nachfolgend erörterten Verfahren und ist rechtlich grundsätzlich nicht beschränkt. Das Vereinigte Königreich muss nicht darlegen, warum es sich beteiligen möchte oder ungleichzeitig Außen vor bleibt. Umgekehrt hat die Gemeinschaft keine rechtliche Handhabe, das Vereinigte Königreich zur Teilnahme zu zwingen. Im innenpolitischen Diskurs werden die politischen Gründe für oder gegen eine Teilnahmeentscheidung gleichwohl diskutiert. So rechtfertigt die britische Regierung die Nichtteilnahme an der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen mit zwei sachlichen Argumenten jenseits einer allgemeinen Euroskepsis: Zum einen erlaube die Insellage des Vereinigten Königreichs eine effektive Bekämpfung von illegaler Einwanderung und organisierter Kriminalität durch Grenzkontrollen, die auf dem Kontinent ihre Wirksamkeit verloren hätten. Zum anderen gestatte die Kontrolle an den Außengrenzen das weitgehende Unterlassen von Iden-

⁶² Hierzu Kapitel 3 III 5 (S. 114 f.).

titätskontrollen im Vereinigten Königreich, was ein hohes Maß an persönlicher Freiheit sichere und einen stabilisierenden Effekt auf die *race relations* habe⁶³.

Diese Sicht der britischen Regierung wird unter anderem vom *House of Lords Select Committee on the European Communities* nicht geteilt. Dieses kritisiert einerseits, dass die Regierung es nicht habe überzeugen können, dass die Aufrechterhaltung systematischer Grenzkontrollen im gemeinschaftlichen Binnenverkehr „is the most effective use of resources to control illegal immigration or is focused on the main sources of illegal immigration.“⁶⁴ Darüber hinaus befürwortet das Komitee die Teilnahme am Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit dem einhergehenden Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung dieses neuen Sachbereichs der europäischen Integration: „We consider that it is practically difficult, and *politically unwise*, for the United Kingdom to isolate itself from the continuing development of European Union-wide policies in such sensitive areas, and that the United Kingdom has an important contribution to make in proposing measures for the effective preservation of civil liberties. We therefore conclude that it would be prudent for the Government to plan for a change in policy.“⁶⁵

Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass die britische Wahlmöglichkeit nicht nur die euphemistische Umschreibung eines generellen *opt-out* nach dem Vorbild des Sozialabkommens ist. Vielmehr entschied sich das Vereinigte Königreich für eine Übernahme weiter Teile des Schengener Rechts – wenn auch mit Ausnahme des symbolträchtigen Grenzkontrollregimes – und beteiligt sich an zahlreichen Rechtsakten zur Verwirklichung des sonstigen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Aufgrund der politischen Überzeugungskraft erfolgreicher Integrationsprojekte münden die ungleichzeitigen Sonderpositionen in einer zunehmenden Gleichzeitigkeit. Einzig an der gemeinsamen Einwanderungspolitik wird das Vereinigte Königreich in absehbarer Zukunft wohl nicht umfassend teilhaben⁶⁶. Ganz im Sinn des vor allem von konservativen britischen Politikern vertretenen Integrationskonzepts des Europa *à la carte* vermeidet die Wahlmöglichkeit somit eine „föderale“ Zwangsläufigkeit und wahrt stattdessen die „souveräne“ politische Wahlfreiheit. Die Entscheidung für eine Teilnahme an einer Vielzahl neuer Rechtsakte zeigt dennoch, dass auch diese weitreichende Verwirklichung des Integrationskonzepts des Europa *à la carte* integrationsfreundlicher wirkt, als es auf den ersten Blick erscheint – zumal die Alternative zur Wahlfreiheit *à la carte* vermutlich eine umfassende und grundsätzliche Nichtbeteiligung nach dänischem Vorbild gewesen wäre. Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gilt insoweit die Einschätzung des historischen Kontexts des Schuman-Plans durch *Monnet* fort: „L’Europe est en mouvement. Le choix des Anglais sera leur choix.“⁶⁷

Irland ist mit dem Vereinigten Königreich in einer *Common Travel Area* verbunden, in deren Rahmen 70% der Ein- und Ausreisen von und nach Irland ohne Passkontrolle über das Vereinigte Königreich erfolgen⁶⁸. Der verständliche Wunsch für eine Aufrechterhaltung der *Common Travel Area* hinderte Irland in der Vergangenheit an einem Beitritt zu den Schengener

⁶³ So das Weißbuch der britischen Regierung zur Einwanderungs- und Asylpolitik von 1998, zitiert nach House of Lords, 7th Report 1998/99, Rz. 13 f. Zur Motivation des Vereinigten Königreichs auch *A. Wiener*, ‘No’ (2000), Abschnitt 3.

⁶⁴ Ebd. 45.

⁶⁵ Ebd. 58 (eigene Hervorhebung).

⁶⁶ Hierzu bereits die kursorische politische Analyse in Kapitel 3 I 3 (S. 86 f.) und die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

⁶⁷ *J. Monnet*, *Mémoires* (1976), S. 362.

⁶⁸ Zahlen nach *G. Simpson*, *Asylum*, EPL 5 (1999), 91/100.

Übereinkommen, da dieser die Einführung von Grenzkontrollen zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich einschließlich Nordirland zur Folge gehabt hätte. Aufgrund dieses Umstands wurden Irland in Amsterdam dieselben Sonderpositionen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugestanden wie dem Vereinigten Königreich⁶⁹. Allerdings erklärte Irland in einer einseitigen Erklärung zu Art. 3 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997), „dass es beabsichtigt, sein Recht nach Artikel 3 des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, sich an der Annahme von Maßnahmen nach Titel IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zu beteiligen, so weit wahrzunehmen, wie dies mit der Aufrechterhaltung des zwischen ihm und dem Vereinigten Königreich bestehenden einheitlichen Reisegebiets vereinbar ist.“

Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine politische Selbstverpflichtung. Obwohl es möglich gewesen wäre, das irische *opt-out* einzig auf das Grenzkontrollregime des Schengener Rechts zu beziehen, folgt das irische *opt-out* dem Britischen ohne Einschränkung und umfasst auch die sonstigen Regelungsbereiche des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einschließlich der Harmonisierung des internationalen Privatrechts und der Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik. Tatsächlich hat Irland sich nicht an allen Rechtsakten zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beteiligt, obwohl sich teilweise sogar das Vereinigte Königreich für eine Teilnahme entschied⁷⁰. Die ungleichzeitige Sonderposition Irlands überschreitet daher in der Rechtswirklichkeit das zur Aufrechterhaltung der *Common Travel Area* notwendige Mindestmaß an Ungleichzeitigkeit und gewinnt eine eigenständige Bedeutung. Irland nutzt seine Wahlfreiheit aufgrund eigenständiger politischer Zweckmäßigkeitserwägungen und folgt nicht in allen Fällen der Entscheidung seines britischen Nachbarn.

Wenn man die ungleichzeitigen Sonderposition des Vereinigten Königreichs und Irlands im Detail betrachtet, sind vier Konstellationen zu unterscheiden: (1) die Übernahme von Bestimmungen des Schengener Rechts, die durch den Vertrag von Amsterdam in das Europarecht integriert wurden, und an denen sich das Vereinigte Königreich und/oder Irland nachträglich beteiligen; (2) die Ausübung der politischen Wahlfreiheit für eine Beteiligung an Rechtsakten zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts und zur Verwirklichung der sonstigen Regelungsbereiche des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; (3) die spätere Übernahme von Rechtsakten, die nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam angenommen wurden und an deren Annahme sich das Vereinigte Königreich und/oder Irland anfänglich nicht beteiligten sowie (4) die Herstellung von Gleichzeitigkeit durch den Verzicht auf die ungleichzeitige Sonderposition.

2 Übernahme des Schengener Rechts

Nach Art. 4 Schengen-Protokoll können das Vereinigten Königreich und Irland „jederzeit beantragen, dass einzelne oder alle Bestimmungen (des integrierten Schengener Rechts) auch auf sie Anwendung finden sollen.“ Ursprünglich war das Schengener Recht als eine politische Paketlösung konzipiert, welche die flankierenden Maßnahmen der polizeilichen und justitiel-

⁶⁹ Ebenso H. Kortenberg, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/837; S. Langrish, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/9; J. de Zwaan, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/108; Simpson ebd. 99 f.; K. Hailbronner/C. Thiery, Vergemeinschaftung, EuR 1998, 583/600.

⁷⁰ Siehe im Einzelnen die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

len Kooperation sowie das SIS als einen Ausgleich für die im Gegenzug wegfallenden Binnengrenzkontrollen verstand. Das „Mehr“ an bürgerlicher Freiheit im Schengen-Raum sollte durch ein „Mehr“ staatlicher Kontrollmöglichkeiten ergänzt und kompensiert werden. Wenn dem Vereinigten Königreich und Irland nunmehr die Übernahme von *einzelnen* Bestimmungen gestattet wird, gewinnen die flankierenden Maßnahmen eine eigenständige Bedeutung. Dies kann man aus politischen Gründen zu Recht kritisieren⁷¹. Vom Wortlaut des Schengen-Protokolls ist diese Möglichkeit aber eindeutig gedeckt und wurde bei der Abstimmung über die Teilübernahme des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich und Irland von keinem Ratsmitglied als Anlass für ein Veto verwandt.

a Übernahmebeschlüsse

Die Übernahme einzelner Bestimmungen des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich oder Irland erfordert nach Art. 4 Schengen-Protokoll einen einstimmigen Beschluss der Schengen-Gruppe unter Einschluss des antragstellenden Mitgliedstaats. Das Einstimmigkeitserfordernis war während der Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam umstritten und wurde abschließend erst auf einer Sitzung des Ausschusses der Ständigen Vertreter im Juli 1997 vereinbart, nachdem die Entscheidung in Amsterdam angeblich offen geblieben war⁷². Es dürfte dies das einzige Beispiel in der europäischen Verfassungsgeschichte sein, in dem das Vereinigte Königreich gegen die anderen Mitgliedstaaten eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit forderte – und hierauf letztlich verzichtete⁷³. Die notwendige Einstimmigkeit ist eine prozedurale Erschwernis der Übernahme, die im Gegensatz zum Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit und den sonstigen Regelungsbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts steht⁷⁴. Die politische Triebkraft hinter dem Einstimmigkeitserfordernis war Spanien, das seinerseits ein Veto für die Aufhebung der Grenzkontrollen zwischen Gibraltar und Spanien bewahren wollte⁷⁵. Auf einen Antrag der beiden Mitgliedstaaten hin gestattete der Rat dem Vereinigten Königreich am 29. Mai 2000 und Irland am 28. Februar 2002 eine Teilübernahme des Schengener Rechts⁷⁶.

Konkret entschied sich das Vereinigte Königreich für eine Teilnahme an den Bestimmungen zur polizeilichen Zusammenarbeit, der Rechtshilfe in Strafsachen, der Bekämpfung des

⁷¹ Für *L. Corrado*, *L'intégration*, RMC 1999, 342/344 ist es ein „scénario assez paradoxal ... ces mesures, à l'origine justifié par le « noble objectif » de créer un espace de libre circulation de personnes, deviendrait donc une fin en elles-mêmes“. *Simpson* ebd. 118 betrachtet die Teilübernahme als „questionable“ und *M. den Boer*, *Complexity*, MJ 4 (1997), 310/313 merkt an: „(The balance) seems to have got lost in the negotiation process.“

⁷² So jedenfalls die Ansicht der britischen Regierung, die dem von der Präsidentschaft festgehaltenem Einstimmigkeitserfordernis widersprach, vgl. *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/93; *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 101 sowie *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Vor Art. 61 EGV (1999) Rn. 6.

⁷³ Das Einstimmigkeitserfordernis wurde dem Vereinigten Königreich durch eine gemeinsame Erklärung zu Artikel 4 Schengen-Protokoll (1997) versüßt, wonach sich die Mitgliedstaaten „nach besten Kräften“ für dessen Teilnahme einsetzen.

⁷⁴ Bei einer verstärkten Zusammenarbeit in der ersten Säule und bei sonstigen Rechtsakten im sonstigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird die Teilnahme durch eine Kommissionsentscheidung nach Art. 11a EGV ermöglicht; siehe Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und Kapitel 3 II 3 b (S. 99 ff.).

⁷⁵ Hierzu *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/838; *M. den Boer*, *Complexity*, MJ 4 (1997), 310/311; *A. Duff*, *Amsterdam* (1997), S. 27; *E. Wagner*, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/39.

⁷⁶ Beschluss 365/2000/EG des Rates zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 131, 43) und Beschluss 192/2002/EG des Rates zum Antrag Irlands auf Anwendung einzelner Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf Irland vom 28.2.2002 (ABl. 2002 L 64, 20).

Drogenhandels, der Erleichterung der Auslieferung und dem SIS⁷⁷. Nur an den umstrittenen Bestimmungen zum Datenaustausch über Drittausländer im Rahmen des SIS nach Art. 96 Schengen II⁷⁸ und der polizeilichen Nacheile⁷⁹ beteiligt sich das Vereinigte Königreich auf eigenen Wunsch hin ebenso wenig wie am gemeinsamen Grenzkontrollregime und der gemeinsamen Visums-Politik⁸⁰. Der Antrag Irlands und in seiner Folge der Übernahmebeschluss des Rates entsprechen grundsätzlich dem aufgeführten britischen Beispiel. Einzig die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Observation nach Maßgabe des Art. 40 Schengen II gilt für Irland anders als für das Vereinigte Königreich nicht⁸¹. Der Grund hierfür sind verdeckte Ermittlungen der britischen Polizei in Nordirland, die in den britischen Medien wegen ihrer rechtsstaatlichen Bedenklichkeit kritisiert werden und die Irland nicht auf seinem Staatsgebiet fortgesetzt sehen möchte⁸². Die Inkraftsetzung der übernommenen Bestimmungen wird auch beim Vereinigten Königreich und Irland vom Rat zu einem späteren Zeitpunkt beschlossen, der im Herbst 2003 noch nicht feststand⁸³. Aufgrund der Übernahmeentscheidungen ist die Ungleichzeitigkeit des Schengener Rechts teilweise beendet, während sie in Einzelaspekten fortbesteht und insbesondere das Grenzkontrollregime weiterhin umfasst.

b Teilnahmepflicht bei Änderungen

Es überrascht, dass das Schengen-Protokoll und die Literatur keine Aussage zu der Frage enthalten, ob das Vereinigte Königreich und Irland sich an der Änderung einer Bestimmung des Schengener Rechts beteiligen müssen, wenn sie diese zuvor übernommen haben. Zwar könnte man Art. 5 Schengen-Protokoll so lesen, dass sich das Vereinigte Königreich und Irland jedes Mal von Neuem für oder gegen eine Teilnahme an der Rechtsetzung entscheiden können.⁸⁴ Eine solche Interpretation hätte jedoch zur Folge, dass ein mehrfach gestaffeltes Integrationssystem entsteht, in dem für das Vereinigte Königreich oder Irland die ursprüngliche Fassung eines Beschlusses gilt, während die anderen Mitgliedstaaten an die geänderte Fas-

⁷⁷ Siehe im Einzelnen die Auflistung in Art. 1 Beschluss 365/2000/EG, oben Fn. 76 (S. 93), und die Übersicht im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

⁷⁸ Siehe das Urteil des französischen *Conseil d'Etat* vom 9.6.1999, Rs. 190384 *M c/ Mme Forabosc*, in dem dieser die deutsche Praxis, abgelehnte Asylbewerber als unerwünschte Personen nach Art. 96 Schengen II in das SIS einzugeben, für rechtswidrig erachtet. Vgl. auch die Entscheidung der Kommission, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien einzuleiten wegen der Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung für Familienangehörige von Unionsbürgern aus Drittstaaten aufgrund eines Eintrags im SIS; Pressemitteilung der Kommission vom 27.6.2002; Kom.-Dok. IP/02/940. Siehe des Weiteren den Protest von Greenpeace-Aktivisten gegen eine Eintragung ins SIS durch Belgien nach einer Einreiseverweigerung infolge von Protesten gegen den Irak-Krieg, deren Vereinbarkeit mit Art. 10 f. EMRK bezweifelt wird; Mitteilung von Statewatch vom 27.2.2003 <www.statewatch.org>. Allgemein zu Art. 96 Schengen II auch Justice, SIS (2000), S. 34 ff.

⁷⁹ Art. 41 ff. Schengen II.

⁸⁰ Die nicht übernommenen Bestimmungen ergeben sich im Umkehrschluss aus Art. 1 Beschluss 365/2000/EG, oben Fn. 76 (S. 93), und sind in der Auflistung ungleichzeitigen Sekundärrechts im Anhang zu diesem Kapitel aufgeführt (S. 119 ff.). Siehe zur Nichtteilnahme an der gemeinsamen Visum-Politik bereits Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

⁸¹ Art. 1 Beschluss 192/2002/EG, oben Fn. 76 (S. 93).

⁸² Hierzu *N. Hopkins/R. Cowan*, Shadowy Unit's Infiltration Role, *The Guardian* vom 14.6.2002, S. 1.

⁸³ Zur abgestuften Inkraftsetzung des Schengener Rechts Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

⁸⁴ Art. 5 I Schengen-Protokoll: Die anderen Mitgliedstaaten sind zur Rechtsetzung ohne dass Vereinigte Königreich und/oder Irland ermächtigt, sofern diese „dem Präsidenten des Rates nicht innerhalb eines vertretbaren Zeitraums schriftlich mitgeteilt haben, dass sie sich beteiligen möchten.“ Diese Bestimmung gilt grundsätzlich für Rechtsakte zur Weiterentwicklung von Bestimmungen des Schengener Rechts, die das Vereinigte Königreich und/oder Irland zuvor nicht übernehmen.

sung gebunden sind. Dies Ergebnis einer asymmetrischen Ungleichzeitigkeit, bei der es nicht nur zwei Möglichkeiten einer Beteiligung oder einer Nichtgeltung, sondern abgestufte Zwischenlösungen gibt, würde die systematische Kohärenz des Europarechts untergraben. Sie wäre daher nicht mit dem Kohärenzgebot der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 44a EUV vereinbar, das auch für das Schengener Recht als einer modifizierten Form der verstärkten Zusammenarbeit gilt⁸⁵. Die Praxis der Rechtsetzung bestätigt diesen Befund:

Es ist zu begrüßen, dass die Beschlüsse des Rates zur Teilübernahme des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich und Irland diese ausdrücklich zur Teilnahme an der Änderung von Bestimmungen des Schengener Rechts verpflichten, die sie zuvor übernommen haben. Rechtlich konstruiert ist die Teilnahmepflicht als unwiderrufliche Notifikation des Teilnahmewunsches⁸⁶. Es gibt bereits verschiedene Beispiele für die Umsetzung dieser Teilnahmepflicht bei der Weiterentwicklung übernommener Bestimmungen des Schengener Rechts⁸⁷. Nur im Fall der Änderung der Verordnung über eine einheitliche Visagegestaltung ist Irland – anders als das Vereinigte Königreich – seiner Teilnahmepflicht nicht nachgekommen⁸⁸. Dies steht im Widerspruch zum Kohärenzgebot der verstärkten Zusammenarbeit und der Teilnahmepflicht aufgrund des Übernahmebeschlusses. Die Wahlfreiheit des Vereinigten Königreichs und Irlands endet, wenn sie sich aus freien Stücken für eine Übernahme einzelner Bestimmungen des Schengener Rechts entschieden haben. Sie sind dann an der Änderung dieser Rechtsakte beteiligt und besitzen hierbei dieselben Rechte und Pflichten wie alle anderen Mitgliedstaaten – einschließlich möglicher Blockaderechte.

3 Beteiligung an der Rechtsetzung

Das Leitmotiv der Wahlfreiheit für oder gegen eine Beteiligung an Rechtsakten zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist bei der Annahme neuer Rechtsakte besonders deutlich ausgeprägt. Grundsätzlich können das Vereinigte Königreich

⁸⁵ Näher zum Kohärenzgebot des Art. 44a EUV in Kapitel 8 I 5 (S. 244 ff.) und zum Schengener Recht als einem modifizierten Beispiel der verstärkten Zusammenarbeit bereits Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

⁸⁶ So zum Vereinigten Königreich Art. 8 II Beschluss 365/2000/EG und zu Irland Art. 6 II Beschluss 192/2002/EG, oben Fn. 76 (S. 93): „Ab dem Zeitpunkt der Annahme dieses Beschlusses gilt die Mitteilung Irlands an den Präsidenten des Rates nach Artikel 5 des Schengen-Protokolls, dass es sich an allen Vorschlägen und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands nach Artikel 1 beteiligen will, als unwiderruflich erfolgt.“

⁸⁷ Vgl. Erwägungsgrund 7 Entscheidung 586/2000/JI (ABl. 2000 L 248, 1): „The United Kingdom will take part in this Decision, in accordance with Article 8(2) of Council Decision 2000/365/EC of 29 May 2000.“ Entsprechend Beschluss 886/2001/JI (ABl. 2001 L 328, 1); Rahmenbeschluss 946/2002/JI (ABl. 2002 L 328, 1); Beschluss 170/2003/JI (ABl. 2003 L 67, 27). Folgende Beschlüsse greifen dagegen nicht auf die Rechtskonstruktion der vorherigen irreversiblen Notifikation zurück, sondern verweisen auf eine gesonderte Notifizierung, die freilich kein anderes Ergebnis bewirkt: RL 51/2001/EG (ABl. 2001 L 187, 45); RL 40/2001/EG (ABl. 2001 L 149, 34) und VO 2424/2001/EG (ABl. 2001 L 328, 4). In Erwägungsgrund 7 RL 90/2002/EG (ABl. 2002 L 328, 17) heißt es einfach: „Das Vereinigte Königreich und Irland beteiligen sich im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der Verträge an der Annahme und der Anwendung dieser Richtlinie.“ Der Rahmenbeschluss 584/2002/JI über den Europäischen Haftbefehl (ABl. 2002 L 190, 1) geht wie selbstverständlich von einer Teilnahme des Vereinigten Königreichs und Irlands aus, die beide die Regeln der Art. 59, 61-69 Schengen II umfassend übernommen haben, und erwähnt keinen Grund für die Teilnahme. Näher zu den einzelnen Rechtsakten die Übersicht im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

⁸⁸ Nach Erwägungsgrund 14 VO 334/2002/EG des Rates zur Änderung der Verordnung 1683/95/EG über eine einheitliche Visagegestaltung vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 7) beteiligt sich Irland nicht an der Annahme, obwohl die geänderte VO 1683/95/EG des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung vom 29.5.1995 (ABl. 1995 L 164, 1) für Irland gilt. An der Verordnung über die einheitliche Visagegestaltung nehmen das Vereinigte Königreich und Irland anders als an der Verordnung über das Drei-Monats-Visum teil; Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

und Irland bei jedem neuen Rechtsetzungsvorhaben frei entscheiden, ob sie sich an der Annahme beteiligen oder nicht. Beim Schengener Recht ergänzt diese Wahlfreiheit bei der Weiterentwicklung das vorstehend erörterte Übernahmeverfahren für den integrierten Besitzstand. Bei den sonstigen Regelungsbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Anwendungsbereich des EG-Vertrags umfasst die Wahlfreiheit dagegen die Gesamtheit der Regelungen, da in diesen Bereichen vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam kein europarechtlicher Besitzstand existierte. Hier sind alle Rechtsetzungsvorhaben eine originäre Neuregelung, bei denen das Vereinigte Königreich und Irland erstmals über ihre Beteiligung entscheiden. Das Integrationskonzept des Europa *à la carte* ist damit in einer integrationsgeschichtlich bislang einmaligen Art und Weise verwirklicht.

a Schengener Recht

Die Wahlfreiheit des Vereinigten Königreichs und Irlands im Hinblick auf neue Rechtsakte zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts ist in Art. 5 I S.2 Schengen-Protokoll normiert. Anders als bei der Übernahme integrierter Bestimmungen des Schengener Rechts oder dem Aufschluss anfänglicher *outs* zu einer verstärkten Zusammenarbeit müssen die anderen Mitgliedstaaten oder die Kommission der Beteiligung hiernach nicht zustimmen. Das Schengen-Protokoll verlangt einzig eine empfangsbedürftige einseitige Notifikation des Teilnahmewunsches durch das Vereinigte Königreich oder Irland⁸⁹. Nach der Notifikation des Teilnahmewunsches nehmen das Vereinigte Königreich oder Irland mit denselben Rechten und Pflichten wie die anderen Mitgliedstaaten an der Rechtsetzung teil und können die Beschlussfassung der Schengen-Gruppe durch ihre Ablehnung verzögern oder gegebenenfalls blockieren. Eine entsprechende Anwendung des nachfolgend erörterten Obstruktionsverbots für die sonstigen Regelungsbereiche des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts scheidet wegen des ausdrücklich normierten Vorrangs des Schengen-Protokolls aus⁹⁰.

Die rechtliche Konstruktion des Art. 5 I S.2 Schengen-Protokoll knüpft an das Wesen des Schengener Rechts als einer modifizierten Form der verstärkten Zusammenarbeit an und formuliert im Hinblick auf den notwendigen Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit, dass dieser auch im Hinblick auf das Vereinigte Königreich oder Irland als erteilt gilt, „sofern Irland oder das Vereinigte Königreich oder beide Länder dem Präsidenten des Rates ... *innerhalb eines vertretbaren Zeitraums* schriftlich mitgeteilt haben, dass sie sich beteiligen möchten“⁹¹. Vor allem im Hinblick auf die Beteiligung des Europäischen Parlaments können sich bei einer späten Notifikation des Teilnahmewunsches prozedurale Komplikationen ergeben. Soweit das Gesetzgebungsverfahren sich bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befindet, hatte der Rat die ersten Beschlüsse noch als Rat der Schengen-Staaten

⁸⁹ K. Hailbronner/C. Thiery, *Vergemeinschaftung*, EuR 1998, 583/598 sprechen insofern von einer „Opt-in-Mitteilung“, während sie bei der Übernahme früherer Rechtsakte wegen der Zustimmungsbedürftigkeit von einem „Opt-in-Antrag“ sprechen. Entsprechend K. Hailbronner, *Immigration and Asylum* (2000), S. 103 f.: „initial“ und „subsequent opt-in“.

⁹⁰ Art. 7 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997); ebenso C.D. Ehlermann, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/385 und K. Hailbronner, *Immigration and Asylum* (2000), S. 105. Allerdings könnte die Schengen-Gruppe eine weitere verstärkte Zusammenarbeit durch qualifizierte Mehrheit nach Art. 11 EGV, 40a EUV begründen und dadurch eine Blockade verhindern; hierzu Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

⁹¹ Eigene Hervorhebung. Der Vertrag von Nizza passte die Verweise auf Art. 11 EGV (1997) – nunmehr Art. 11a EGV – und Art. 40 EUV (1997) – nunmehr Art. 40b EUV – im Schengen-Protokoll nicht an die Neu Nummerierung des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit an. Sie müssen entsprechend umgedeutet werden.

ohne Beteiligung des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemark gefasst, wird nunmehr aber um das Vereinigte Königreich und/oder Irland erweitert. Dies könnte die Frage aufwerfen, ob eine Anhörung des Parlaments wiederholt werden muss oder das Mitentscheidungsverfahren von Anfang an neu beginnt, wenn das Vereinigte Königreich oder Irland ihren Teilnahmewunsch nach Abschluss der ersten Verfahrensschritte erklären⁹².

Allgemein könnte man aus der Formulierung „innerhalb eines vertretbaren Zeitraums“ gegebenenfalls eine Unzulässigkeit einer zu späten Notifikation ableiten. Allerdings ist eine allgemeingültige rechtliche Auslegung dieses Erfordernisses wohl kaum möglich, sondern muss nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden⁹³. Um Problemen vorzubeugen, ist es daher empfehlenswert, dass die Kommission vor der Unterbreitung ihres Vorschlags das Vereinigte Königreich und Irland inoffiziell konsultiert und diese ihren Beteiligungswunsch in einem frühen Stadium noch vor der erstmaligen Beteiligung des Europäischen Parlaments notifizieren⁹⁴. In diesem Zusammenhang ist es unverständlich, dass der Teilnahmewunsch nach Art. 5 I Schengen-Protokoll gegenüber dem Präsidenten des Rats erklärt werden muss, obwohl der Kommission nach Art. 67 II Sps.1 EGV ab dem 1. Mai 2004 auch im Titel IV EGV ein Initiativmonopol zukommt. Durch die vorgeschlagene frühe Konsultation kann eine juristische Zuspitzung der prozeduralen Komplikationen vermieden werden.

Literatur und Praxis haben bislang auch die Frage umgangen, ob Art. 5 Schengen-Protokoll mit seiner einseitigen Notifikation des Teilnahmewunsches auch für solche Rechtsakte gilt, die eine Regel des existierenden Schengener Rechts ändern, die vom Vereinigten Königreich oder Irland bislang nicht nach Maßgabe des Art. 4 Schengen-Protokoll übernommen wurde. Im Wege einer logisch-systematischen Reduktion muss man eine freie Teilnahmemöglichkeit nach Art. 5 Schengen-Protokoll dann ablehnen, wenn eine Änderung des bestehenden Schengener Rechts rechtlich nicht eigenständig existieren kann, weil ihre Anwendung den Rechtsrahmen von Vorschriften voraussetzt, die vom Vereinigten Königreich und Irland gerade noch nicht übernommen wurden⁹⁵. Zur Illustration des Problems sei auf die neuen Verordnungen zur Änderung von Bestimmungen des Schengener Rechts für das Überwachungs- und Kontrollregime an den Außengrenzen verwiesen, die durch den Vertrag von Amsterdam in das Europarecht integriert wurden. Da das Vereinigte Königreich und

⁹² Derzeit ist die Anhörung des Parlaments bei einer Weiterentwicklung des Schengener Rechts nach Art. 39 I EUV, Art. 67 I EGV noch die Regel. Im Titel IV EGV wird das Mitentscheidungsverfahren jedoch schrittweise ausgeweitet; vgl. Kapitel 3 I 3 (S. 86 f.).

⁹³ Auch *J. de Zwaan*, *Movement*, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/114 kommt, wenn auch ohne nähere Erläuterung der potentiellen Probleme, zu dem Schluss, dass die Frage „in the light of the circumstances of each individual case“ zu beurteilen sei. Man könnte das Erfordernis eines „vertretbaren Zeitraums“ nach Art. 5 Schengen-Protokoll allenfalls im Lichte des Art. 3 I Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) auslegen und die dort normierte Drei-Monats-Frist entsprechend anwenden; Kapitel 3 II 3 b (S. 99 ff.).

⁹⁴ Die Annahme der RL 40/2001/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 149, 34) kann insofern als Modell dienen: Das Vereinigte Königreich erklärte seine Teilnahmeabsicht laut Erwägungsgrund 6 am 18.10.2000 weniger als zwei Monate nach dem französischen Vorschlag und vor der Stellungnahme des Europäischen Parlaments am 13.3.2001.

⁹⁵ Wenn *A. Toth*, *Protocols*, in: Heukels u.a. (1998), S. 237 das Zustimmungserfordernis des Art. 4 Schengen-Protokoll auf Art. 5 übertragen will, erkennt er zwar das Problem des Verhältnisses der beiden Bestimmungen. Seine Auffassung geht aber insofern zu weit, als er keinen eigenständigen Anwendungsbereich für das einseitige Wahlrecht des Art. 5 lässt. Dies ist nicht mit dem Wortlaut des Art. 5 vereinbar, der sich eindeutig auf alle „Vorschläge und Initiativen“ zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts bezieht, auf die sich das Zustimmungsbedürfnis nach Art. 4 gerade nicht bezieht.

Irland die Grundregeln des Außengrenzkontrollregimes nicht übernommen haben, waren sie auch an der Annahme der Änderungsrechtsakte nicht zu beteiligen. Die jüngste Rechtssetzungspraxis greift dies zutreffend auf⁹⁶. Der Weg für eine nachträgliche Beteiligung des Vereinigten Königreichs und Irlands an diesen Rechtsakten ist die Übernahme der integrierten Bestimmungen des Schengener Rechts in Verbindung mit einer Übernahme der zwischenzeitlich zu ihrer Änderung angenommenen Rechtsakten⁹⁷.

Einzig bei solchen Weiterentwicklungen des Schengener Rechts, die eigenständig angewandt werden können, eröffnet Art. 5 Schengen-Protokoll somit eine freie Beteiligungsmöglichkeit. In der bisherigen Rechtssetzungspraxis gibt es hierfür vier Beispiele: (1) die Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen; (2) die Richtlinie zur Harmonisierung der Geldbußen und Geldstrafen für Beförderungsunternehmen, die Staatsangehörige dritter Länder ohne die für die Einreise erforderlichen Dokumente in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verbringen; (3) die Verordnung über einheitliche Gestaltung des Formblatts für die Anbringung eines Visums bei nicht anerkannten Reisedokumenten und (4) die Verordnung zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige. In all diesen Fällen entschied sich nur das Vereinigte Königreich für eine Teilnahme, während Irland sich entgegen seinem ursprünglichen Wunsch nach einer möglichst weitreichenden Mitwirkung am Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gegen eine Beteiligung entschied⁹⁸.

Bei einer näheren Betrachtung ist der Anwendungsbereich der freien Wahlmöglichkeit des Vereinigten Königreichs und Irlands nach Art. 5 Schengen-Protokoll enger, als es auf den ersten Blick erscheint. Bei jeder Weiterentwicklung des Schengener Rechts, das vom Vereinigten Königreich oder Irland nach Art. 4 übernommen wurde, sind die beiden Mitgliedstaaten an der Änderung zu beteiligen⁹⁹. Dagegen sind Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts, die eine vorherige Übernahme des rechtlichen Rahmens erfordern, der freien Beteiligungsmöglichkeit notwendig entzogen. Die Wahlfreiheit des Art. 5 Schengen-Protokoll ist somit auf Rechtsakte zur Weiterentwicklung des Schengener beschränkt, die eigenständig angewandt werden können. Im Regelfall wird die Beteiligung des Vereinigten Königreichs und Irlands am Schengener Recht damit den Weg eines Übernahmeantrags nach Art. 4 Schengen-Protokoll gehen. Die freie Beteiligungsmöglichkeit nach Art. 5 Schengen-

⁹⁶ So erstmals Entscheidung 454/2003/EG des Rates vom 13.6.2003 (ABl. 2003 L 152, 82) in Erwägungsgrund 5: „Diese Entscheidung stellt eine Weiterentwicklung der Bestimmungen des Schengen-Besitzstands dar, an denen sich das Vereinigte Königreich ... nicht beteiligt; das Vereinigte Königreich beteiligt sich *daher* nicht an der Annahme dieser Entscheidung“ (eigene Hervorhebung). Entsprechend zu Irland Erwägungsgrund 6 sowie nunmehr auch VO 1295/2003/EG des Rates vom 15.7.2003 (ABl. 2003 L 183, 1); Entscheidung 585/2003/EG des Rates vom 28.7.2003 (ABl. 2003 L 198, 13); Entscheidung 586/2003/EG des Rates vom 28.7.2003 (ABl. 2003 L 198, 15). Dagegen enthielten Beschluss 751/2000/EG des Rates vom 30.11.2000 (ABl. L 303, 29) und VO 790/2001/EG des Rates vom 24.4. 2001 (ABl. 2001 L 116, 5) noch überhaupt keinen Verweis auf das Vereinigte Königreich und Irland.

⁹⁷ Zum Letzteren nachfolgend Kapitel 3 II 4 (S. 100 ff.).

⁹⁸ Zu (1) RL 40/2001/EG (ABl. 2001 L 149, 34) ergänzt Art. 19 ff. Schengen II; (2) RL 51/2001/EG (ABl. 2001 L 187, 45) erweitert Art. 25 Schengen II; (3) VO 333/2002/EG (ABl. 2002 L 53, 4) ergänzt das Visa-Regime; (4) VO 1030/2002/EG (ABl. 2002 L 157, 1) ergänzt ebenfalls Art. 25 Schengen II. In all diesen Fällen wird trotz des zuvor im Hinblick auf Norwegen und Island festgestellten Bezugs zum Schengener Recht zu Unrecht auf Art. 3 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) anstatt auf Art. 5 Schengen-Protokoll verwiesen. Näher zu den einzelnen Rechtsakten wiederum die Übersicht im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

⁹⁹ Hierzu bereits Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.).

Protokoll wird anders als die Schwestervorschrift für den sonstigen Regelungsbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts keine zentrale Bedeutung erlangen.

b EG-Vertrag

Die Vergemeinschaftung von Kernbereichen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Art. 61 ff. EGV und die Integration des Schengener Rechts in den Rahmen der Europäischen Union wurden in Amsterdam von zwei verschiedenen Arbeitsgruppen betreut¹⁰⁰. Dies ist vermutlich die Ursache dafür, dass die Verfahren für die Beteiligung des Vereinigten Königreichs und Irlands sich von denjenigen des Schengener Rechts unterscheiden. Während die Beteiligung an Rechtsakten zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts in Art. 5 Schengen-Protokoll geregelt ist, normiert Art. 3 I Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) die Beteiligung der beiden Mitgliedstaaten an Maßnahmen nach Art. 61 ff. EGV, die nicht dem sachlichen Regelungsbereich des Schengener Rechts unterfallen¹⁰¹. Im sonstigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts besitzt die Beteiligung an der Rechtsetzung eine größere Bedeutung, weil hier beim Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam noch kein umfassender Besitzstand existierte. Für die Harmonisierung des internationalen Privatrechts, die europäische Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik und gilt hiernach:

„Das Vereinigte Königreich oder Irland kann dem Präsidenten des Rates innerhalb von drei Monaten nach der Vorlage eines Vorschlags oder einer Initiative gemäß Titel IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beim Rat schriftlich mitteilen, dass es sich an der Annahme und Anwendung der betreffenden Maßnahme beteiligen möchte, was dem betreffenden Staat daraufhin gestattet ist.“¹⁰²

Die Anwendung dieser Bestimmung bereitet insofern weniger praktische Probleme als die entsprechende Normierung des Schengen-Protokolls, weil ausdrücklich festgelegt ist, dass die Notifikation des Teilnahmewunsches „innerhalb von drei Monaten“ nach der Vorlage eines Vorschlags erfolgen muss. Ebenso wie bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts bedarf die Teilnahme des Vereinigten Königreichs oder Irlands auch im sonstigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einzig einer einseitigen Notifikation und gewährt mithin ein umfassendes Wahlrecht für oder wider die Beteiligung im Einzelfall¹⁰³. In der Rechtsetzungspraxis enthalten die Vorschläge der Kommission inzwischen zwei standardisierte Formulierungsalternativen in den Erwägungsgründen, die in Übereinstimmung mit der (Nicht-)Notifikation später vervollständigt werden¹⁰⁴.

¹⁰⁰ F. *Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 99.

¹⁰¹ Zur Abgrenzung der Sonderpositionen bereits Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

¹⁰² Art. 3 I S.1 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997).

¹⁰³ Die Auffassung von *A. Duff*, *Amsterdam* (1997), S. 27 f., die Beteiligung nach Art. 3 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) bedürfe einer konstitutiven und zudem einstimmigen Zustimmung des Rates, ist offenbar eine Verwechslung mit Art. 4 Schengen-Protokoll.

¹⁰⁴ Exemplarisch Erwägungsgrund 18 des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (KOM(2002) 159): „[Das Vereinigte Königreich und Irland wirken gemäß den Artikeln 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands an der Annahme dieser Verordnung nicht mit. Diese Verordnung ist daher für diese Staaten nicht verbindlich und ihnen gegenüber nicht anwendbar.]/[Das Vereinigte Königreich und Irland haben gemäß Artikel 3 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Ver-

Allerdings wird die Wahlfreiheit nach Art. 3 I Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) anders als im Anwendungsbereich des Schengen-Protokolls durch eine Schutzklausel ergänzt. Hiernach kann der Rat die Maßnahme mit Wirkung für die anderen zwölf Mitgliedstaaten annehmen, wenn eine Annahme unter Einschluss des Vereinigten Königreichs oder Irlands „nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums“ möglich ist¹⁰⁵. Das Vereinigte Königreich und Irland anerkennen somit das legitime Interesse der anderen Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und können ihre Wahlfreiheit nicht zu einer Blockade des Rechtsetzungsprozesses „missbrauchen“. Die politische und juristische Zuspitzung eines Konflikts über die Anwendung dieses Obstruktionsverbots ist wegen des persönlichen und politischen Vertrauensverhältnisses der nationalen Minister im Rat der Justiz- und Innenminister unwahrscheinlich – und wegen der negativen Folgewirkungen für die politische Kultur in der Europäischen Union auch nicht wünschenswert¹⁰⁶. Wenn das Vereinigte Königreich oder Irland nur einen Teil des Gesetzgebungsvorhabens mittragen möchten, kann die Teilung des Vorschlags gegebenenfalls einen Ausweg aus der Blockadesituation weisen¹⁰⁷. Nach der Entscheidung für eine Teilnahme sind sie verpflichtet, an späteren Änderungen eines Rechtsakts mitzuwirken und können sich nicht erneut auf ihre Wahlfreiheit berufen¹⁰⁸.

4 Spätere Übernahme

Falls das Vereinigte Königreich und Irland sich gegen die Beteiligung an Rechtsakten zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf Grundlage der Art. 61 ff. EGV jenseits des Schengener Rechts entscheiden, ist ihnen die Möglichkeit einer späteren Übernahme eröffnet. Art. 4 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) verweist insoweit auf die Amsterdamer Regelung des Art. 11 III EGV (nunmehr Art. 11a EGV¹⁰⁹) zum Aufschluss anfänglich nicht beteiligter Mitgliedstaaten zu einer verstärkten Zusammenarbeit. Der Vertragsgeber überantwortet damit der Kommission die alleinige Verantwortung für den Übernahmeantrag, den diese im Interesse einer möglichst umfassenden Geltung des Gemeinschaftsrechts regelmäßig positiv bescheiden wird¹¹⁰. Beim Schengen-Protokoll bleibt dagegen unklar, nach welchem Verfahren das Vereinigte König-

trag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands schriftlich mitgeteilt, dass sie sich an der Annahme und Anwendung dieser Verordnung beteiligen möchten.]“

¹⁰⁵ Art. 3 II Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997). Dass die Bestimmung des „vertretbaren Zeitraums“ grundsätzlich dem Rat obliegt und von der Komplexität des Themas abhängt, betonen allgemein *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 104: „The determination of the period of time, however, is not subject to precise legal conditions, but implies a wide margin of political discretion“ und *ders./C. Thiery*, *Vergemeinschaftung*, *EuR* 1998, 583/599.

¹⁰⁶ Zur Bedeutung des Dialogs der politischen Akteure im einheitlichen institutionellen Rahmen bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 (S. 205 ff.). Mit der schrittweisen Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens und der einhergehenden Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit im Rat verliert die Bestimmung an Bedeutung.

¹⁰⁷ Dass die Wahlfreiheit sich nur auf einen Vorschlag als Ganzes bezieht, betonen allgemein *H. Labayle*, *Espace*, *RTD eur.* 33 (1997), 813/842; *K. Hailbronner/C. Thiery*, *Vergemeinschaftung*, *EuR* 1998, 583/598 und *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 104. Die Mitgliedstaaten oder die Kommission werden regelmäßig zu einer Neuvorlage zwei getrennter Vorschläge nach Art. 67 EGV bereit sein.

¹⁰⁸ Die Darlegungen in Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.) gelten insoweit entsprechend.

¹⁰⁹ Dieser Verweis wurde durch den Vertrag von Nizza nicht an die Reorganisation des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit angepasst, muss jedoch entsprechend umgedeutet werden.

¹¹⁰ Näher zu Art. 11a EGV in Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.).

reich und Irland einen Rechtsakt zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts übernehmen können, an dessen Annahme sie sich ursprünglich nicht beteiligten. Art. 4 Schengen-Protokoll findet hier keine direkte Anwendung, da sich sein Wortlaut nur auf die Übernahme des „Schengen-Besitzstands“ bezieht, der im Anhang zum Schengen-Protokoll als Summe der Rechtsakte definiert ist, die beim Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam in das Europarecht integriert wurden.

Die Literatur diskutiert im Anschluss an *Kortenber* zwei Varianten: eine entsprechende Anwendung des Art. 4 Schengen-Protokoll mit seiner Anordnung einer einstimmigen Zustimmung des Rates¹¹¹ oder ein Rückgriff auf die Regelungen der verstärkten Zusammenarbeit mit ihren grundsätzlich übernahmefreundlicheren Verfahrensvorgaben¹¹². Der von der wohl herrschenden Meinung favorisierte Rückgriff auf die Bestimmungen der verstärkten Zusammenarbeit überzeugt auf den ersten Blick durchaus: Er steht im Einklang mit der allgemeinen Feststellung, dass das Schengener Recht eine modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit ist, deren Regeln Anwendung finden, wenn das Schengen-Protokoll keine Sonderbestimmungen enthält¹¹³. Auch setzt der Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit, auf den ersten Blick, die systematische Unterscheidung des Schengen-Protokolls fort, das die Übernahme des integrierten Schengener Rechts nach Art. 4 erschwert, die gleichzeitige Geltung seiner Weiterentwicklung nach Art. 5 jedoch erleichtert¹¹⁴. Ganz in diesem Sinn entschied jüngst die Kommission über einen irischen Teilnahmeantrag zur Richtlinie über den Massenzustrom von Vertriebenen¹¹⁵. In anderen Konstellationen wirft der Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit jedoch erhebliche Probleme auf. Er hätte nämlich zur Folge, dass für das integrierte Schengener Recht und Rechtsakte zu dessen Weiterentwicklung unterschiedliche Verfahren gelten, obwohl eine Weiterentwicklung des Schengener Rechts regelmäßig des rechtlichen Kontexts der fortbestehenden alten Regelungen bedarf.

So besteht für die grenzüberschreitende Observation nach der Annahme der belgisch-spanisch-französischen Initiative zur Änderung der Art. 40 I und VII Schengen II ein Nebeneinander alter Schengen-Regelungen und eines Beschlusses der dritten Säule¹¹⁶. Irland nimmt derzeit an der grenzüberschreitenden Observation nicht teil¹¹⁷. Wenn es sich zu einem späteren Zeitpunkt jedoch für die Übernahme entscheiden sollte, wäre es nicht sachgerecht, ein

¹¹¹ Hierzu bereits Kapitel 3 II 2 (S. 92 ff.).

¹¹² Zur verstärkten Zusammenarbeit in der ersten Säule Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und zur Zusammenarbeit in Strafsachen Kapitel 2 II 2 (S. 58 ff.).

¹¹³ Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

¹¹⁴ Der Rückgriff auf die verstärkte Zusammenarbeit wird als Möglichkeit erwogen von *H. Kortenber*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/842 und in Fortführung seiner Darlegungen ausdrücklich befürwortet von *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 105 und *S. Peers*, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 58. Im Ergebnis ebenso *A. Toth*, *Protocols*, in: Heukels u.a. (1998), S. 237 f., der nicht direkt auf Art. 11a EGV zurückgreift, sondern auf Art. 5 I Schengen-Protokoll verweist, wonach jede Weiterentwicklung des Schengener Rechts den „normalen“ Vorschriften der Verträge unterliege, weshalb nach Art. 4 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) mit seinem Verweis Art. 11a EGV angewandt werden müsse (da diese Bestimmungen nur für Titel IV EGV gelten, gibt diese Lösung keine Antwort auf die Frage, wie eine spätere Übernahme von weiterentwickeltem Schengener Recht der dritten Säule zu behandeln ist).

¹¹⁵ Entscheidung 690/2003/EG der Kommission zum Antrag Irlands auf Annahme der Richtlinie 2001/55/EG des Rates über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen vom 2.10.2003 (ABl. 2003 L 251, 23).

¹¹⁶ Beschluss 725/2003/JI des Rates zur Änderung der Art. 40 I, VII Schengen II vom 2.10.2003 (ABl. 2003 L 260, 37).

¹¹⁷ Näher Kapitel 3 II 2 a (S. 93 f.).

doppeltes Verfahren nach Art. 4 Schengen-Protokoll für den integrierten Besitzstand der Art. 40 I, VII Schengen II und nach Art. 40b EUV für den Ratsbeschluss der dritten Säule durchzuführen. Die Lücke hinsichtlich der späteren Übernahme einer Weiterentwicklung des Schengener Rechts sollte daher durch die entsprechende Anwendung des Art. 4 Schengen-Protokoll geschlossen werden. Dies begründet ein einheitliches Verfahren für die spätere Übernahme einzelner oder aller Bestimmungen des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich und Irland¹¹⁸. Der Ratsbeschluss zur Übernahme einzelner Bestimmungen des Schengener Rechts durch Irland bestätigt dieses Ergebnis, wenn er auch die Übernahme einzelner Rechtsakte zur Fortentwicklung des Schengener Recht durch Irland regelt, an deren Annahme sich Irland nicht beteiligt hatte¹¹⁹. Anstelle eines Rückgriffs auf die Bestimmungen der verstärkten Zusammenarbeit wurde hier ein einheitliches Verfahren für die spätere Übernahme des Schengener Rechts praktiziert.

5 Herstellung von Gleichzeitigkeit

Dem Schweigen des Schengen-Protokolls zur Herstellung von Gleichzeitigkeit kann nicht etwa entnommen werden, dass eine umfassende Gleichzeitigkeit diesseits einer Vertragsänderung unmöglich sei. Im Gegenteil: Der Anwendungsbereich des Schengen-Protokolls ist sachlich auf das integrierte Schengener Recht und dessen Weiterentwicklung begrenzt. Soweit das Vereinigte Königreich und Irland alle Bestimmungen des Schengener Rechts übernehmen, ist ihre ungleichzeitige Sonderposition wegen der Teilnahmepflicht bei der Änderung übernommener Rechtsakte hinfällig¹²⁰. In naher Zukunft ist eine umfassende Übernahme des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich und Irland wegen der politischen Symbolik einer Aufhebung der Binnengrenzkontrollen aber nicht zu erwarten. Möglich ist sie nach dem Schengen-Protokoll jedoch jederzeit. Ergänzend kann Irland bei Rechtsakten auf Grundlage der Art. 61 ff. EGV, die nicht dem Anwendungsbereich des Schengen-Protokolls unterfallen, auf seine ungleichzeitige Sonderposition jederzeit verzichten¹²¹. Diese Möglichkeit wird dem Vereinigten Königreich nicht eröffnet. Dies heißt, dass eine rechtsförmliche Aufgabe der britischen Ungleichzeitigkeit nur im Rahmen einer Vertragsänderung möglich ist. Allerdings steht es dem Vereinigten Königreich frei, seine Wahlfreiheit bei jedem Gesetzgebungsvorhaben

¹¹⁸ Es scheint, dass die Literatur diese an sich nahe liegende Variante vor allem aufgrund einer Verwechslung *Kortenbergs* nicht weiterverfolgte. Dieser verwechselte offenbar Art. 4 Schengen-Protokoll mit Art. 4 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) und unterstellt ihm den Regelungsgehalt des Art. 4 Schengen-Protokoll, d.h. Einstimmigkeit im Rat anstelle des dort normierten Verweises auf Art. 11a EGV; vgl. *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/842: „Or should one rather invoke the provisions of the Protocol concerning Title IV, which would require unanimous agreement to allow the participation of Ireland and the United Kingdom.“ Richtigerweise erwägen eine analoge Anwendung des Art. 4 Schengen-Protokoll, auch wenn sie die Idee später ablehnen, *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 105 und *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 58.

¹¹⁹ Siehe Art. 2, 5 Beschluss 192/2002/EG, Fn. 76 (S. 93). Der frühere Beschluss zum Vereinigten Königreich enthält keine entsprechende Regelung, da es zu den vom Vereinigten Königreich übernommenen Sachbereichen seinerzeit noch keine Rechtsakte zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts gab.

¹²⁰ Zur Teilnahmepflicht Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.).

¹²¹ Art. 8 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997). Anders als in Art. 7 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) findet sich dort kein Verweis auf einen Verzicht „im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ und eine Verpflichtung zur Anwendung „sämtliche(r) ... Maßnahmen, die bis dahin in Kraft getreten sind.“ Im Ergebnis gilt insoweit aber nichts Anderes; ebenso *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: *O’Keeffe/Twomey* (1999), S. 289/299 und *N. Fennelly*, Coherence, MJ 2 (1998), 185/196; anders *J. de Zwaan*, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/111: „the Irish position is more flexible.“

zugunsten einer Beteiligung an der Rechtsetzung auszuüben und dadurch umfassend an der Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts teilzunehmen.

III Dänemark

Die politische Motivation und rechtliche Konstruktion der dänischen Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unterscheidet sich grundsätzlich von derjenigen des Vereinigten Königreichs. Das Vereinigte Königreich hält aufgrund seiner Insellage eine Teilnahme an der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen für nicht hilfreich und entscheidet im Einzelfall aufgrund politischer Zweckmäßigkeitserwägungen über die Teilnahme an einzelnen Rechtsakten. Dänemark hat dagegen im Grundsatz nichts gegen die Entwicklung eines europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einzuwenden und richtet sich stattdessen gegen die Integrationsmethode. Ein intergouvernementaler Ansatz, der die dänische Souveränität vermeintlich unberührt lässt, wird der supranationalen Gemeinschaftsmethode vorgezogen. Der dänische Verhandlungsführer in Amsterdam hat die Sonderposition in diesem Sinn als „political opt-in“ und „legal opt-out“ bezeichnet¹²² – oder in den Worten *Hedemann-Robinsons*: Teilnahmekriterium ist „methodology rather than ideology“¹²³.

1 Leitmotiv: keine Vergemeinschaftung

Die Ablehnung der Gemeinschaftsmethode in der Justiz- und Innenpolitik setzt die Kompromisslinie nach der Ablehnung des Vertrags von Maastricht im ersten dänischen Referendum fort. Seinerzeit hatte Dänemark im Beschluss des Europäischen Rats von Edinburgh seine umfassende Teilnahme an der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres im Rahmen des EU-Vertrags zugesichert, zugleich aber in einer einseitigen Erklärung seine ablehnende Haltung gegenüber jeder Vergemeinschaftung des Politikbereichs ausgedrückt¹²⁴. Wegen der politischen Sensibilität der dänischen Referenden zur Annahme von Vertragsänderungen waren die anderen Mitgliedstaaten in Amsterdam ohne weitere Diskussion bereit, der Fortsetzung dieser Kompromisslinie zuzustimmen. Die Befürwortung der als intergouvernemental verstandenen Kooperation in der dritten Säule bei gleichzeitiger Ablehnung einer Vergemeinschaftung prägt die dänische Sonderbeziehung zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als Leitmotiv bis heute.

Besonders deutlich wird das dänische Leitmotiv bei Rechtsakten zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jenseits des Schengener Rechts. Dänemark nimmt hier an der Zusammenarbeit in Strafsachen und der gemeinsamen Visa-Politik umfassend teil. Letztere war schon zu Zeiten des Vertrags von Maastricht Gegenstand einer supranationalen Regelung nach Maßgabe des Art. 100c EGV (1992)¹²⁵. Dagegen ist es an der An-

¹²² Zitat nach *M. den Boer*, Complexity, MJ 4 (1997), 310/311.

¹²³ *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/297.

¹²⁴ Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Teil B, Anhang 1, Abschnitt D und Anhang 3. Der Vorbehalt gegen eine Vergemeinschaftung bezog sich seinerzeit auf die *passerelle* des Art. K.7 EUV (1992). Umfassend zum rechtlichen und politischen Kontext der Edinburgher Beschlüsse und Erklärungen *G. Schuster*, Dänemark, EuZW 1993, 177; *D. Howarth*, Denmark, CML Rev. 31 (1994), 765; *E. Glistrup*, Denmark, RMC 1994, 9; *D. Curtin/R. van Ooik*, Edinburgh, in: O’Keeffe/Twomey (1994), S. 349 und *T. Worre*, Referendums, JCMSt. 33 (1995), 235.

¹²⁵ In Fortführung des Art. 100c EGV (1992), der von der dänischen Bevölkerung im zweiten Referendum gebilligt worden war, bestimmt Art. 4 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) die Beteiligung an

nahme von Rechtsakten zur Verwirklichung der gemeinsamen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik sowie der Harmonisierung des internationalen Privatrechts nicht beteiligt. Anders als dem Vereinigten Königreich und Irland ist ihm auch nicht die Möglichkeit eines *opt-in* in Einzelfällen eröffnet¹²⁶. In Fortführung der Kompromisslinie nach dem dänischen Referendum von 1992 obliegt es den dänischen Bürgern, über die Aufgabe oder Beibehaltung der dänischen Sonderposition in einem erneuten Referendum zu entscheiden¹²⁷. In der Zwischenzeit kann Dänemark allenfalls aufgrund eines gesonderten völkerrechtlichen Vertrags an das ungleichzeitige Gemeinschaftsrecht des Titel IV EGV angebunden werden, die derzeit für die EuGV-Verordnung und das Dubliner Recht erörtert werden¹²⁸.

Beim Schengener Recht gestaltet sich die dänische Sonderposition komplizierter. Noch vor der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam hatten sich die damalige Schengen-Gruppe mit den Ländern der Nordischen Passunion auf einen Beitritt der EU-Mitgliedstaaten Dänemark, Finnland und Schweden zu Schengen II soweit eine Assoziierung Norwegens und Islands verständigt. Die Ratifizierung der am 19. Dezember 1996 unterzeichneten Beitritts- bzw. Assoziierungsübereinkommen wurde nach der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam allerdings nicht weitergeführt. Die Geltung des Schengener Rechts wurde für Dänemark und die anderen nordischen EU-Mitgliedstaaten somit rechtlich erst durch den Vertrag von Amsterdam begründet, der diese Mitgliedstaaten konstitutiv zu Mitgliedern der Schengen-Gruppe erklärt¹²⁹ – warum die Bundesrepublik die hinfälligen Beitritts- und Assoziierungsübereinkommen über ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam dennoch ratifizierte, ist nicht ersichtlich¹³⁰. Als Mitglied der Schengen-Gruppe ist Dänemark trotz seiner nachfolgend dargelegten Sonderposition an allen Beschlüssen beteiligt, die der Rat unmittelbar auf der Grundlage des Schengen-Protokolls trifft und wird auch über die Inkraftsetzung des Schengener Rechts in den neuen Mitgliedstaaten mitwirken¹³¹.

Allerdings bestand Dänemark auch im Hinblick auf das Schengener Recht auf der Fortführung der Kompromisslinie, die den dänischen Unionsbürger die Zustimmung zum Vertrag von Maastricht im zweiten Referendum erleichterte: Teilnahme an der vermeintlich intergou-

Maßnahmen nach Art. 62 Nr.2 (ii), (iv) EGV. Im Detail besitzt Art. 62 EGV freilich einen Anwendungsbereich der geringfügig weiter ist als derjenige des Art. 100c EGV (1992); hierzu *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 60 und *Hedemann-Robinson* ebd. 299.

¹²⁶ Art. 2 S.1 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) ist insoweit eindeutig: „Vorschriften des Titels IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, nach jenem Titel beschlossene Maßnahmen, Vorschriften internationaler Übereinkünfte, die von der Gemeinschaft nach jenem Titel geschlossen werden, sowie Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen solche Vorschriften oder Maßnahmen ausgelegt werden, sind für Dänemark nicht bindend oder anwendbar.“

¹²⁷ Zur Herstellung von Gleichzeitigkeit Kapitel 3 III 5 (S. 114 f.).

¹²⁸ Hierzu Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹²⁹ Siehe Art. 1 Schengen-Protokoll. Insofern ist es rechtlich nicht korrekt von einer bloßen „Integration“ bestehenden Schengener Rechts durch den Vertrag von Amsterdam zu sprechen. Die völkerrechtlich nie in Kraft getretenen Beitrittsübereinkommen vom 19.12.1996 werden erst aufgrund des Schengen-Protokolls zu einem rechtswirksamen Bestandteil des Schengen-Besitzstands.

¹³⁰ Siehe Gesetz vom 1.9.2000 (BGBl. 2000 II 1106). Das Assoziierungsübereinkommen des Rates mit Norwegen und Island war seinerzeit ebenfalls längst in Kraft; vgl. Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Die überflüssige Ratifizierung beruht wohl auf einem Missverständnis des Vertrags von Amsterdam durch das zuständige Ministerium und/oder die verantwortlichen Gremien des Deutschen Bundestags. In der Bekanntmachung „über das Inkrafttreten“ der Beitrittsübereinkommen vom 27.2.2002 (BGBl. 2002 II 627) heißt es später zutreffend, dass diese mit dem Vertrag von Amsterdam am 1.5.1999 in Kraft traten bzw. als Europarecht wirksam wurden.

¹³¹ Zum Beitritt neuer Mitgliedstaaten Kapitel 3 IV (S. 114 ff.). Die Rechtsakte des Rates auf Grundlage des Schengen-Protokolls sind im Anhang zu diesem Kapitel aufgelistet (S. 119 ff.).

vernementalen Kooperation der dritte Säule, nicht aber an der supranationalen Integration der Art. 61 ff. EGV. Dementsprechend ist Dänemark ohne Sonderstellung an denjenigen Normen des Schengener Rechts gebunden, die durch den Vertrag von Amsterdam in den Rahmen der Europäischen Union integriert und der dritten Säule als Rechtsgrundlage zugewiesen wurden¹³². Das Schengener Recht der dritten Säule gilt in Dänemark somit in der gleichen Weise wie in den anderen beteiligten Mitgliedstaaten¹³³. Auch an seiner Weiterentwicklung ist Dänemark mit gleichen Rechten und Pflichten beteiligt¹³⁴.

An der Vergemeinschaftung des Schengener Rechts der ersten Säule wollte Dänemark dagegen ebenso wenig teilhaben wie an der gemeinsamen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik oder der Harmonisierung des internationalen Privatrechts. Dieser Vorbehalt wurde von der dänischen Verhandlungsdelegation nach einer Regierungskonferenz von mehr als einem Jahr Dauer erst in Amsterdam selber vorgebracht. Dies hatte zur Folge, dass die Sonderpositionen in aller Eile konstruiert werden mussten¹³⁵. Diese Eile ist vermutlich die Ursache dafür, dass die ungleichzeitige Sonderposition Dänemarks zum Schengener Recht der ersten Säule unklar bleibt und zwischen dem integrierten Schengen-Besitzstand und Rechtsakten zu dessen Weiterentwicklung unterschieden wurde. Da ein Großteil des Schengener Rechts den Art. 61 ff. EGV unterfällt und auch jenseits des Schengener Rechts eine immer größere Zahl von Rechtsakten zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts der ersten Säule angenommen wird, besitzen die nachfolgenden Überlegungen eine große praktische Bedeutung¹³⁶.

2 Problem: Unionsrecht – Völkerrecht

Das Leitmotiv der dänischen Ungleichzeitigkeit beruht auf dem Unterschied zwischen der supranationalen Integrationsmethode des EG-Vertrags und der als intergouvernemental wahrgenommenen Kooperation im Rahmen der dritten Säule. Die spätere Erörterung zeigt, dass die dänische Verhandlungsdelegation in Amsterdam offenbar der Auffassung war, dass kein grundsätzlicher Unterschied zwischen einem herkömmlichen völkerrechtlichen Vertrag und Rechtsakten der Europäischen Union im Rahmen der dritten Säule besteht. Aufgrund der dualistischen Sicht der dänischen Verfassungsordnung gelten völkerrechtliche Verträge in Dänemark nur aufgrund des parlamentarischen Transformationsgesetzes¹³⁷. Die Rechtswirkungen der übernommenen Verpflichtungen richten sich nach den Vorgaben des innerstaatlichen Rechts, das auch den Rechtsschutz – einschließlich des Grundrechtsschutzes – gegenüber nationalen Durchführungsmaßnahmen gewährleistet. In Ermangelung einer besonderen

¹³² Dies sind insbesondere die Bestimmungen zur polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit nach Art. 39 ff. Schengen II sowie zahlreiche Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses; siehe im Einzelnen die Anhänge zu Beschluss 436/1999/EG des Rates zur Festlegung der Rechtsgrundlagen vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 17) sowie die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹³³ Die Teilnahme Dänemarks am integrierten Schengener Recht der dritten Säule ergibt sich aus Art. 3 II Schengen-Protokoll, der normiert, dass Dänemark insofern „dieselben Rechte und Pflichten wie die übrigen Unterzeichnerstaaten der Schengener Übereinkommen“ besitzt. Die Auffassung von G. Simpson, *Asylum*, EPL 5 (1999), 91/107, die Ungleichzeitigkeit nach Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) erstreckte sich auf den EU-Vertrag, übersieht dessen eindeutigen Wortlaut.

¹³⁴ Siehe zur Rechtspraxis wiederum die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹³⁵ F. Tjytschaever, *Differentiation* (1999), S. 99.

¹³⁶ Siehe im Einzelnen im Anhang zu diesem Kapitel aufgeführt sind (S. 119 ff.).

¹³⁷ Siehe hierzu § 19 (1) der dänischen Verfassung sowie I. Dübbeck, *Einführung* (1996), S. 26.

internationalen Gerichtsbarkeit sind die dänischen Gerichte zur autonomen Auslegung der völkerrechtlichen Verträge berufen und Dänemark kann im Regelfall von seinen Vertragspartnern gerichtlich nicht zur Beachtung seiner Verpflichtungen angehalten werden¹³⁸.

Der Vertrag von Amsterdam unterzog die verbleibende dritte Säule zur Zusammenarbeit in Strafsachen einer strukturellen Reform, die den Rechtscharakter der dritten Säule der supranationalen Gemeinschaftsmethode annähert. Dies gilt nicht nur für zentrale Aspekte des Rechtsetzungsverfahrens¹³⁹, sondern vor allem für die Zuständigkeit des Gerichtshofs und die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze: Nach Art. 35 EUV besitzt der Gerichtshof eine Zuständigkeit zur Adjudikation des Unionsrechts der dritten Säule, auch wenn diese im Hinblick auf Vorabentscheidungsvorlagen asymmetrisch beschränkt ist¹⁴⁰. Beschlüsse und Rahmenbeschlüsse der dritten Säule sind nach der ausdrücklichen Anordnung des Art. 34 II EUV zwar nicht unmittelbar anwendbar. Gleichwohl besteht wohl eine Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts und die europäischen Grundrechte sind als vorrangiger Rechtmäßigkeitsmaßstab für das Unionsrecht und nationale Umsetzungsmaßnahmen heranzuziehen¹⁴¹. Darüber hinaus entfalten völkerrechtliche Verträge der Union nach Art. 28, 24 EUV als „integrierender Bestandteil“ des Unionsrechts vermutlich dieselben Rechtswirkungen wie Beschlüsse und Rahmenbeschlüsse und auch das Subsidiaritätsprinzip sowie der Grundsatz der „Unionstreue“ sind in der dritten Säule grundsätzlich zu beachten¹⁴².

In seiner ersten Entscheidung zum Schengener Recht der dritten Säule bestätigt der Gerichtshof, dass das Unionsrecht der dritten Säule sich von klassischen völkerrechtlichen Regelungsstruktur entfernt hat. Den „Willen der Vertragsparteien“ weist der Gerichtshof allein deshalb als Auslegungsmethode zurück, weil er „zeitlich vor der Einbeziehung des Schengen-Besitzstands (liegt).“¹⁴³ Sein Ergebnis eines grenzüberschreitenden Strafklageverbrauchs

¹³⁸ Dies bezieht sich auf den – in der heutigen Völkerrechtsgemeinschaft freilich immer öfter überschrittenen – Regelfall eines völkerrechtlichen Vertragsschlusses durch Staaten mit einer dualistischen Sicht des Verhältnisses von nationalem Recht und Völkerrecht. Siehe hierzu etwa *D. Nguyen Quoc/P. Daillier/A. Pellet*, *Droit international*, 5. Aufl. 1994, S. 226 ff. und *A. Verdross/B. Simma*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 538 ff.

¹³⁹ Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam wird das Europäische Parlament nach Art. 39 EUV angehört und die Kommission teilt sich mit den Mitgliedstaaten ein Initiativrecht, das unter dem Vertrag von Maastricht für die Zusammenarbeit in Strafsachen den Mitgliedstaaten vorbehalten war. Nach Art. 41 II, III EUV gehen zudem operative Ausgaben grundsätzlich zu Lasten des Gemeinschaftshaushalts. Allerdings verlangt Art. 34 EUV immer eine einstimmige Beschlussfassung im Rat.

¹⁴⁰ Näher hierzu in Kapitel 7 III 1 (S. 218 f.).

¹⁴¹ Zur „rahmenschlusskonformen“ Auslegung *A. von Bogdandy/J. Bast/F. Arndt*, *Handlungsformen*, *ZaöRV* 62 (2002), 78/111 f. und zum Grundrechtsschutz *D. Thym*, *Charter*, *FYBIL* XI (2000), 11/24-30. Zudem kann man erwägen, die gemeinschaftsrechtlichen Regeln zur Umsetzung von Richtlinien auf Rahmenbeschlüsse nach Art. 34 EUV anzuwenden; insbesondere bei der Gewährung subjektiver Rechte würden Verwaltungsvorschriften und der allgemeine rechtliche Rahmen hiernach nicht länger ausreichen, welche die Umsetzung des Schengener Rechts in Deutschland früher prägten; vgl. *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 72.

¹⁴² Zu völkerrechtlichen Verträgen *S. Peers*, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 52. Ob auch die AETR-Grundsätze für die dritte Säule gelten, erscheint dagegen fraglich. Näher zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der Unionstreue *R. Wessel*, *Multi-Level*, in: *de Witte* (2004 i.E.), Abschnitte 3.2.2 f.; *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 302 ff. und Kapitel 8 II (S. 246 ff.). Näher zur Anwendung der Art. 202, 211 EGV zur Übertragung „tertiärer“ Durchführungsrechtsetzung auf die Kommission nach Maßgabe des Komitologie-Beschlusses *D. Thym*, *Schengen*, *ELJ* 8 (2002), 218/229 f.

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 11.2.2003, verb. Rs. C-187/01 & C-385/01 (noch nicht amtlich veröffentlicht) Rz. 46 – *Gözütok und Brügger*. Dagegen kann der Wille der Vertragsparteien bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge trotz der objektiven Ausrichtung des Art. 31 WVK nicht generell unberücksichtigt bleiben; vgl. *A. Verdross/B. Simma*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 491 f.

rechtfertigt der Gerichtshof unter anderem mit dem der Vertiefung der europäischen Integration als Ziel des Schengen-Protokolls. In offenbar bewusster Anlehnung an den Auslegungsgrundsatz des *effet utile* heißt es, Art. 54 Schengen II könne nur bei dieser Auslegung „zur vollständigen Verwirklichung dieses Zieles ... wirksam beitragen.“¹⁴⁴ Dies zeigt, dass der Gerichtshof grundsätzlich bereit ist, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und Auslegungsregeln des Gemeinschaftsrechts auf das Unionsrecht der dritten Säule zu übertragen. Man mag das Unionsrecht weiterhin als „intergouvernementale“ oder „völkerrechtliche“ Regelungsstruktur definieren. Dies ändert jedoch nicht die strukturelle Reform des Vertrags von Amsterdam, der eine neue Stufe bei der schrittweisen Metamorphose des Unionsrecht von klassischem Völkerrecht zu supranationalem Gemeinschaftsrecht darstellt. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents vollendet diesen Wandlungsprozess nunmehr, wenn er de constitutione ferenda die Einbeziehung der Zusammenarbeit in Strafsachen in die allgemeinen Verfassungsstrukturen vorschlägt¹⁴⁵.

Wenn der Unterschied zwischen der ersten und dritten Säule schon heute zunehmend verschwimmt, begründet dies Zweifel an der verfassungspolitischen Konsistenz der dänischen Sonderposition, die auf dem strukturellen Unterschied zwischen der als intergouvernemental wahrgenommenen Zusammenarbeit in Strafsachen und dem supranationalen EG-Vertrag beruht. Sind die Unterschiede zwischen den Säulen noch so groß, dass sie die volle Beteiligung an der Zusammenarbeit in Strafsachen und die umfassende Nichtbeteiligung am Titel IV EGV rechtfertigen? Und wird Dänemark bei der anstehenden Regierungskonferenz auf eine Ausweitung seiner ungleichzeitigen Sonderposition auf die Zusammenarbeit in Strafsachen bestehen, wenn diese nunmehr denselben Regeln unterfällt, wie der sonstige Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts? Für Juristen hat die Antwort auf diese Frage nach der verfassungspolitischen Konsistenz einer Vertragsbestimmung keine direkten Konsequenzen, weil auch eine verfassungspolitisch zweifelhafte Norm als juristische Realität akzeptiert werden muss – bevor ein eventuelles Inkrafttreten des Verfassungsvertrags die dänische Ungleichzeitigkeit auf die vergemeinschaftete Zusammenarbeit in Strafsachen erstreckt¹⁴⁶. Deswegen ungeachtet prägt derzeit noch die Divergenz zwischen der klassisch intergouvernementalen Wahrnehmung der dritten Säule und ihrer reformierten Realität die dänische Sonderbeziehung zum Schengener Recht der ersten Säule.

3 Integriertes Schengener Recht

Eine besondere Bedeutung besitzt der Unterschied zwischen klassischem Völkerrecht und Unionsrecht bei der Qualifizierung der dänischen Sonderbeziehung zum völkerrechtlichen Schengen-Besitzstand, der durch das Schengen-Protokoll in den Rahmen der Europäischen Union integriert wurde und vom Rat einer Rechtsgrundlage im EG-Vertrag zugewiesen wur-

¹⁴⁴ EuGH ebd. 38. Auf französische entsprechend: „utilement contribuer à la réalisation complète de cet objectif“. Siehe auch *D. Thym*, Anmerkung, NStZ 2003, 334-335.

¹⁴⁵ Die Zusammenarbeit in Strafsachen soll zukünftig grundsätzlich denselben Regeln unterfallen wie der sonstige Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Art. I-41 VVE-E sowie Art. III-158-178 VVE-E.

¹⁴⁶ Die dänische Ungleichzeitigkeit soll nach Presidency, IGC 2003: Naples Ministerial Conclave – Presidency Proposal, 25 November 2003, doc. CIG 52/03 in einem neuen Protokoll betreffend Dänemark auf die Zusammenarbeit in Strafsachen ausgeweitet (Art. 1 des ersten Teil) und um eine *opt-in*-Variante nach britischem Vorbild ergänzt werden (Art. 3 des Anhangs zum Protokoll).

de¹⁴⁷. Für das integrierte Schengener Recht der ersten Säule bestimmt Art. 3 I Schengen-Protokoll:

„Im Anschluss an die Festlegung nach Artikel 2 Absatz 1 Unterabsatz 2 behält Dänemark in bezug auf diejenigen Teile des Schengen-Besitzstands, für die Titel IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgrundlage festgelegt ist, dieselben Rechte und Pflichten im Verhältnis zu den übrigen Unterzeichnern der Schengener Übereinkommen wie vor dieser Festlegung.“

Bestimmungen wie diese haben den Ruf des Schengen-Protokolls in juristischen Fachkreisen stark in Mitleidenschaft gezogen. Es sei hier nur *Bribosia* zitiert, für den die Bestimmungen sich auszeichnen durch eine „complexité, illisible pour un citoyen ordinaire, et que les juristes n’ont pas fini de décortiquer“¹⁴⁸. In diesem speziellen Fall sind zwei unterschiedliche Auslegungsvarianten denkbar. Die dänische Sonderbeziehung zum integrierten Schengener Recht der ersten Säule kann entweder als Unionsrecht der dritten Säule oder als eine europarechtliche Verpflichtung sui generis charakterisiert werden, welche die völkerrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Vertragsparteien der Schengener Übereinkommen vor dem Vertrag von Amsterdam nachempfunden. Angesichts des dargelegten Unterschieds zwischen Unionsrecht und klassischem Völkerrecht bedeutete die Annahme einer völkerrechtlichen Bindung insbesondere, dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs generell ausgeschlossen wäre und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts, die für das Unionsrecht der dritten Säule gelten, keine Anwendung fänden.

Ein Beispiel: Der Rat wies die Schutzklausel des Art. 2 II Schengen II zur vorübergehenden Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und nationalen Sicherheit zu Recht Art. 62 Nr.1 EGV als Rechtsgrundlage zu¹⁴⁹. Seither hat die Bestimmung in den anderen Mitgliedstaaten die Rechtswirkungen einer Verordnung, die das unmittelbare anwendbare Recht der Unionsbürger auf Überschreitung der Binnengrenzen ohne Personenkontrollen nach Art. 2 I Schengen II begrenzt. Hierbei können nationale Schutzmaßnahmen in Anwendung des Art. 2 II Schengen II vom Gerichtshof in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 30 EGV überprüft werden¹⁵⁰. In Dänemark sind die Rechtswirkungen des Art. 2 Schengen II dagegen durch die aufgeführte Sonderposition bestimmt. Bei der Annahme einer unionsrechtlichen Bindung könnten somit andere Mitgliedstaaten bei einer Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch Dänemark ein „Vertragsauslegungsverfahren“ nach Art. 35 VII EGV anstrengen und die dänischen Gerichte wären verpflichtet, die einschlägigen nationalen Rechtsnormen im Lichte der unionsrechtlichen Verpflichtung einschließlich der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen und anzuwenden – Verpflichtungen, die bei einer völkerrechtlichen Bindung an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule nicht notwendig bestünden¹⁵¹.

¹⁴⁷ Umfang und Rechtskonstruktion des integrierten Schengener Rechts der ersten Säule wurden in Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.) bereits dargelegt. Zu den einzelnen Rechtsakten die Übersicht im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹⁴⁸ *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/101.

¹⁴⁹ Siehe Anhang A zu Beschluss 436/99/EG des Rates (ABl. 1999 L 176, 17).

¹⁵⁰ Bei einer generellen Überschreitung des Anwendungsbereichs der Schutzklausel ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs auch nicht durch die besondere Normierung des Art. 68 II EGV ausgeschlossen, die nur die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit ausschließt. Näher zu all dem *D. Thyss*, *Schengen*, *ELJ* 8 (2002), 218/233 f.

¹⁵¹ Siehe hierzu die Darlegungen zum Rechtscharakter von Unionsrecht und klassischem Völkerrecht im vorstehenden Abschnitt. Während der dänischen Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2002 wurden die Binnengrenzkontrollen zumindest vorübergehend wieder eingeführt, ohne dass hierbei – soweit ersichtlich –

Für die Annahme einer unionsrechtlichen Bindung spricht der Wortlaut der Vorschrift: Eine wörtliche Auslegung muss den Verweis auf die Rechtslage „vor dieser Festlegung“ auf die ausdrückliche genannten Bestimmung des Art. 2 I UAbs.2 Schengen-Protokoll beziehen. Nach dieser Bestimmung obliegt es dem Rat nach der Integration des Schengener Rechts durch einen einstimmigen Beschluss die einzelnen Bestimmungen des Schengener Rechts einer Rechtsgrundlage im EG- oder EU-Vertrag zuzuweisen. Soweit eine derartige Festlegung nicht erfolgt, wie sie im Hinblick auf die Regeln des SIS bis heute nicht existiert, ordnet Unterabsatz vier eine vermutete Zugehörigkeit zum Unionsrecht der dritten Säule an¹⁵². Konkret heißt es dort, dass vor der Festlegung nach Unterabsatz zwei „die Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, ... als Rechtsakte (gelten), die auf Titel VI des Vertrags über die Europäische Union gestützt sind.“ Wenn man den Wortlaut und die systematische Verweisteknik des Art. 3 I Schengen-Protokoll ernst nimmt, gilt das integrierte Schengener Recht der ersten Säule in Dänemark somit als Unionsrecht der dritten Säule¹⁵³.

Einige Stimmen in der Literatur gehen auf die Verweisteknik des Schengen-Protokolls nicht näher ein und qualifizieren die dänische Sonderbeziehung zum integrierten Schengener Recht der ersten Säule pauschal als „völkerrechtlich“ und meinen hiermit insbesondere einen Ausschluss der Zuständigkeit des Gerichtshofs¹⁵⁴. Für diese Auslegung spricht, neben einem unterstellten „volonté des rédacteurs“¹⁵⁵, allenfalls die Formulierung einer Pflicht „im Verhältnis zu den übrigen Unterzeichnerstaaten der Schengener Übereinkommen“, was als Verweis auf eine völkerrechtliche Verpflichtung verstanden werden könnte¹⁵⁶. Vermutlich übertrug jedoch mancher Autor die eindeutig formulierte „völkerrechtliche“ Bindung Dänemarks an die Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule unbesehen auf den integrierten Schengen-Besitzstand¹⁵⁷. Hierbei sollte aber beachtet werden, dass das integrierte Schengener Recht der ersten Säule nicht notwendig dieselben Rechtswirkungen entfalten muss, wie dessen Weiterentwicklung¹⁵⁸. Nicht nur wurde die ursprüngliche rechtliche Einheit des Schengener Rechts durch die Festlegung von Rechtsgrundlagen im EG- und EU-Vertrag

Klagen von Einzelpersonen oder gar eines anderen Mitgliedstaats angestrengt wurden; vgl. die Mitteilung von Statewatch vom 3.7.2002 <www.statewatch.org/news/2002/jul/07dk.htm>.

¹⁵² Hierzu bereits Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

¹⁵³ So auch, ohne weitere Erörterung, unter Hinweis auf den Wortlaut *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 53; *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/842; *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 100, 102; *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/300 und wohl ebenso, wenn auch zweideutig, *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 69 EGV (1999) Rn. 16: „steht Dänemark wie die anderen Vertragsparteien, da es die JIZ als völkerrechtlich bindend versteht.“ Anders ebd.-ders., Vor Art. 61 EGV (1999) Rn. 6: „völkerrechtliche Wirkung außerhalb des Unionsrahmens.“

¹⁵⁴ So *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/842; *N. Fennelly*, Coherence, MJ 2 (1998), 185/197; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/107; *K. Hailbronner/C. Thiery*, Vergemeinschaftung, EuR 1998, 583/613; *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 56 f.; *A. Toth*, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 240; *H. Labayle*, Espace, RTD eur. 33 (1997), 813/840: „de droit international et non pas de droit communautaire“; *E. Wagner*, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/40: „will fall under the specific public international law created by the Schengen Agreements“; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Vor Art. 61 EGV (1999) Rn. 6.

¹⁵⁵ *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/92 f. will diesen stärker gewichten als den auch nach seiner Auffassung eindeutigen Wortlaut.

¹⁵⁶ Allerdings verwendet Art. 3 II Schengen-Protokoll für das integrierte Schengener Recht der dritten Säule dieselbe Terminologie, ohne dass hierbei die unionsrechtliche Bindung Dänemarks bestritten wird.

¹⁵⁷ Zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts im Folgenden.

¹⁵⁸ So aber offenbar *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 102, der ohne Antwort fragt, ob eine Weiterentwicklung des Schengener Rechts eine andere rechtliche Bindungswirkung besitzen könne als der ursprüngliche Rechtsakt.

beendet. Vor allem nimmt Dänemark am Schengener Recht der dritten Säule ohne Sonderposition teil. Die Annahme einer völkerrechtlichen Bindung an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule würde daher insbesondere dann ein verzerrtes rechtliches Regime begründen, wenn einzelne Bestimmungen einer doppelten Rechtsgrundlage im EG- und EU-Vertrag zugewiesen wurden¹⁵⁹. Das Parallelitätsargument unterstützt somit die Annahme einer völkerrechtlichen Bindung nicht.

Hailbronner hat zwei weitere Argumente gegen eine unionsrechtliche Bindung vorgebracht, die jedoch bei einer näheren Betrachtung ebenfalls nicht überzeugen, da sie alternativ mit den Grundsätzen der Integration des Schengener Rechts erklärt werden können: Das Fehlen einer Rechtsgrundlage für das Schengener Recht der ersten Säule im EU-Vertrag steht einer unionsrechtlichen Bindung insofern nicht entgegen, als das Schengen-Protokoll primärrechtlichen Charakter besitzt und somit aus eigener Kraft wirksam anordnen kann, dass das Schengener Recht der ersten Säule für Dänemark eine unionsrechtliche Bindungswirkung entfaltet¹⁶⁰. Auch der Verweis auf Art. 30 IV lit.b WVK mit seiner Garantie einer Fortgeltung eines früheren Vertrags im Hinblick auf diejenigen Vertragsstaaten, die nicht an einem späteren Vertrag über denselben Gegenstand teilhaben, überzeugt nicht¹⁶¹. Dänemark war zu keinem Zeitpunkt Vertragspartei der Schengener Übereinkommen, da die Ratifikation des dänischen Beitrittsübereinkommen nach der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam nicht weiterverfolgt wurde¹⁶². Der Vertrag von Amsterdam begründet die Bindung Dänemarks an das Schengener Recht somit erstmals und originär. Aus dem Wortlaut und der Verweisteknik des Art. 3 I Schengen-Protokoll folgt hierbei, dass Dänemark an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule als Unionsrecht der dritten Säule gebunden ist.

4 Weiterentwicklung des Schengener Rechts

Das Leitmotiv der Nichtbeteiligung Dänemarks an der Vergemeinschaftung der Justiz- und Innenpolitik setzt sich bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts im Anwendungsbe-
reich des EG-Vertrags fort. Um Dänemark die Teilnahme an der dynamischen Fortentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule zu ermöglichen, wählte der Vertragsgeber eine Rechtskonstruktion unterhalb der Schwelle einer Vergemeinschaftung. Allerdings normierte

¹⁵⁹ Derzeit gilt eine doppelte Rechtsgrundlage im EG- und EU-Vertrag insbesondere für das Teile des SIS (Kapitel 3 III 1; S. 81 ff.), Art. 126 ff. Schengen II zum Datenschutz und den Beschluss SCH/Com-ex (98) 17 des Schengen-Exekutivausschusses zur Vertraulichkeit von Dokumenten sowie die nunmehr aufgehobenen Art. 27 Schengen II zur Bekämpfung von Menschenhandel. Die Zuweisung einer doppelten Rechtsgrundlage ist als Übergangsphänomen zulässig, bei der Weiterentwicklung der Bestimmungen muss jedoch zwischen den Säulen unterschieden werden und gegebenenfalls eine parallele Rechtsetzung erfolgen; näher *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/241 f.

¹⁶⁰ Anders *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 75. Im Hinblick auf das Schengener Recht, das keiner Rechtsgrundlage zugewiesen wurde und daher für die gesamte Schengen-Gruppe nach Art. 2 I Schengen-Protokoll als Unionsrecht gilt spricht *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Vor Art. 29 EUV (1999) Rn. 11 zutreffend von einer „Rechtsfolgenverweisung“.

¹⁶¹ *Hailbronner* ebd. 75 will diesen freilich nicht direkt anwenden, sondern verweist auf die vermeintlich parallele Rechtslage: Art. 3 Schengen-Protokoll sei „modelled upon Article 30 (4) (b) of the Convention of the Law of Treaties and maintains the legal validity of the *acquis*“; ähnlich schon *ders./C. Thiery*, *Vergemeinschaftung*, EuR 1998, 583/594.

¹⁶² Siehe Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.). Selbst wenn Dänemark Vertragspartei der Schengener Übereinkommen gewesen wäre, fände Art. 30 IV lit.b WVK keine direkte Anwendung, da Dänemark zugleich Vertragspartei des späteren Vertrags von Amsterdam ist und somit vorrangig an diesen gebunden wäre – einschließlich des Art. 3 Schengen-Protokoll mit seiner Anordnung einer unionsrechtlichen Bindung.

er diese, anders als die zuvor dargelegte Sonderbeziehung zum integrierten Schengener Recht der ersten Säule, im Protokoll über die Position Dänemarks (1997). Während Art. 3 I Schengen-Protokoll eine unionsrechtliche Bindung Dänemarks an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule anordnet, heißt es in Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997), dass Dänemark „innerhalb von 6 Monaten, nachdem der Rat über einen Vorschlag oder eine Initiative zur Ergänzung des Schengen-Besitzstands nach den Bestimmungen des Titels IV (EGV) beschlossen hat, (beschließt), ob es diesen Beschluss in einzelstaatliches Recht umsetzt.“ Soweit es einen Umsetzungsbeschluss fasst, „begründet dieser eine Verpflichtung nach dem Völkerrecht zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten“ sowie gegebenenfalls dem Vereinigten Königreich und Irland¹⁶³. Was ist unter einer derartigen „Verpflichtung nach dem Völkerrecht“ zu verstehen?

Die meisten Stimmen in der Literatur qualifizieren die Beziehung Dänemarks zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule allgemein als „völkerrechtlich“ und verstehen hierunter insbesondere einen Ausschluss der Zuständigkeit des Gerichtshofs¹⁶⁴. Ergänzend sollte insoweit bedacht werden, dass es sich dem Rechtsgrund bei der „völkerrechtlichen“ Beziehung zwischen Dänemark und den übrigen beteiligten Mitgliedstaaten nicht etwa um einen eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag oder eine einseitige Verpflichtung Dänemarks handelt¹⁶⁵. Vielmehr regelt Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) die Natur der Rechtsbeziehung zwischen Dänemark und den übrigen beteiligten Mitgliedstaaten abschließend und überlässt sie keiner eigenständigen völkerrechtlichen Handlung im Anschluss an jede Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule. Die Position Dänemarks stellt mithin eine Rechtsbeziehung sui generis des europäischen Primärrechts dar, die rechtlich dem Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) entspringt und inhaltlich einer Verpflichtung aufgrund eines „regulären“ völkerrechtlichen Vertrags entspricht¹⁶⁶.

Die Rechtswirkungen von Verordnungen, Richtlinien und anderen Rechtsakten zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts in der ersten Säule folgen als „völkerrechtliche“ Verpflichtung in Dänemark somit den Regeln der dänischen Rechtsordnung über die Geltung

¹⁶³ Für das Vereinigte Königreich und/oder Irland gilt das betreffende Schengener Recht im Falle einer Teilnahme als Gemeinschaftsrecht (Kapitel 3 II; S. 90 ff.). Die Verpflichtung besteht mithin – abhängig von der Beteiligung des Vereinigten Königreichs und/oder Irlands – gegenüber zwölf, 13 oder 14 Mitgliedstaaten. Fortan wird aus Gründen der Einfachheit von den „übrigen beteiligten Mitgliedstaaten“ gesprochen.

¹⁶⁴ *A. Duff*, Amsterdam (1997), S. 31; *H. Kortenbergh*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/843; *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/299; *S. Langrish*, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/10; *J. Monar*, JHA, in E.L.Rev. 23 (1998), 320/334; *J. de Zwaan*, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/112: „sovereign acts of the Danish authorities, to be assessed only by national courts and tribunals“; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Vor Art. 61 EGV (1999) Rn. 6; ebd.-ders., Art. 69 EGV (1999) Rn. 19 und wohl auch *A. Zimmermann*, Asylrecht, NVwZ 1998, 450/453. Die Ansicht von *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 54 f., dass es systemwidrig sei, eine in einem Protokoll unionsrechtlich geregelte Verpflichtung nicht als unionsrechtlich unter Ausschluss der Zuständigkeit des Gerichtshofs zu qualifizieren, überzeugt nicht. Die ausdrückliche Verwendung des Begriffs „Völkerrecht“ und das Fehlen jeglichen Hinweises auf eine Zuständigkeit des Gerichtshofs bedeutet, dass entgegen seiner Auffassung keine unionsrechtliche Bindung vorliegt – zumal er übersieht, dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs nicht der einzige Unterschied zwischen Unions- und Völkerrecht ist.

¹⁶⁵ Ein eigenständiger völkerrechtlicher Vertragsschluss im Anschluss an jede Rechtsetzung der Gemeinschaft müsste von Dänemark und den anderen beteiligten Mitgliedstaaten bzw. der Gemeinschaft in Übereinstimmung mit dem jeweiligen Verfassungsrecht regelmäßig ratifiziert werden, was Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997) gerade nicht vorsieht. Eine einseitige Verpflichtung Dänemarks könnte nach den Regeln des allgemeinen Völkerrechts zwar jederzeit begründet, zugleich aber auch widerrufen werden.

¹⁶⁶ Im Ergebnis ebenso *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 105: „fiction of a treaty relationship“.

von Völkerrecht. Eine Zuständigkeit des Gerichtshof ist weder nach Art. 220 ff. EGV noch nach Art. 35 EUV gegeben¹⁶⁷. Insoweit besteht sogar eine geringere rechtliche Bindung als bei der Weiterentwicklung des Schengener Rechts der dritten Säule und beim integrierten Schengener Recht der ersten Säule, an das Dänemark jeweils als Unionsrecht gebunden ist¹⁶⁸. Die Regelung des Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997) gewinnt hierbei schrittweise an Bedeutung, da die Zahl der Rechtsakte, die das Schengener Recht in der ersten Säule fortentwickeln, beständig zunimmt¹⁶⁹. Anders als die ebenfalls völkerrechtlich angebotenen Drittstaaten Norwegen und Island nimmt Dänemark in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit jedoch an den Beratungen des Rates ohne Stimmrecht teil und besitzt damit einen faktischen Einfluss auf die Ausrichtung des Gemeinschaftsrechts¹⁷⁰. In den Erwägungsgründen der entsprechenden Rechtsakte findet sich ein inzwischen standardisierter Verweis auf die dänische Sonderposition:

„Nach den Artikeln 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beteiligt sich Dänemark nicht an der Annahme dieser Richtlinie, die daher für Dänemark nicht bindend oder anwendbar ist. Da diese Richtlinie auf die Ergänzung des Schengen-Besitzstands nach den Bestimmungen des Titels IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft abzielt, beschließt Dänemark gemäß Artikel 5 des genannten Protokolls innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Rat diese Richtlinie erlassen hat, ob es sie in einzelstaatliches Recht umsetzt.“¹⁷¹

Unstimmig ist die Regelung des Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997) bei genauerer Betrachtung insoweit, als sie von einer Verpflichtung „zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten“ spricht. Da sie sich auf das Schengener Recht der ersten Säule bezieht, dürfen die Mitgliedstaaten nach den AETR-Grundsätzen hier auch bei Ungleichzeitigkeit grundsätzlich nicht mehr eigenständig völkerrechtlich neben der Gemeinschaft auftreten¹⁷². Überzeugend wäre es insoweit gewesen, von einer völkerrechtlichen Verpflichtung Dänemarks gegenüber der Gemeinschaft sprechen¹⁷³.

Soweit Dänemark sich gegen die Übernahme einer Maßnahme entscheidet, sieht Art. 5 II Protokoll über die Position Dänemarks (1997) vor, dass die Mitglieder der Schengen-Gruppe „prüfen, welche Maßnahmen zu treffen sind.“ Die vage Formulierung soll nach *Kortenberg* die eigentliche Zielrichtung der Norm verschleiern, die diskret auf die Nichtübernahme eines gemeinschaftlichen Regimes für Drittstaatsangehörige durch Dänemark ziele, was eine Wiedereinführung der Grenzkontrollen zwischen der Gemeinschaft und Dänemark aufgrund dieser Vorschrift erfordern könnte¹⁷⁴. Dies überzeugt einerseits politisch nicht, weil im

¹⁶⁷ Hierzu bereits Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

¹⁶⁸ Zur unmodifizierten Teilnahme Dänemarks an der Weiterentwicklung des Schengener Rechts der dritten Säule Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.) und zur unionsrechtlichen Bindung an das integrierte Schengener Recht der ersten Säule Kapitel 3 III 3 (S. 107 ff.).

¹⁶⁹ Siehe im Einzelnen die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel, in der die in diesem Abschnitt beschriebene dänische Sonderposition als „SP2“ bezeichnet wird (S. 119 ff.).

¹⁷⁰ Hierzu Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

¹⁷¹ Erwägungsgrund 9 RL 51/2001/EG des Rates zur Ergänzung der Regelungen nach Artikel 26 Schengen II (ABl. 2001 L 187, 45).

¹⁷² Näher Kapitel 9 I (S. 269 ff.).

¹⁷³ Ebenso *L. Corrado*, *L'intégration*, RMC 1999, 342/344. Zur völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks an gleichzeitiges Gemeinschaftsrecht Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹⁷⁴ So *H. Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/840; ihm folgend *G. Simpson*, *Asylum*, EPL 5

Schengen-Raum die Binnengrenzkontrollen derzeit abgeschafft sind, ohne dass ein einheitliches Regime für Drittstaatsangehörige besteht. Eine Nichtteilnahme Dänemarks am gemeinsamen Regime bedeutete gegenüber dem Status quo somit keine Veränderung¹⁷⁵. Eine dauerhafte Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen zwischen den anderen Mitgliedstaaten und Dänemark auf Grundlage des Art. 5 II Protokoll über die Position Dänemarks (1997) wäre aber auch aus rechtlichen Gründen nicht zulässig:

Die anderen Mitglieder der Schengen-Gruppe, darunter der dänische Nachbarstaat Deutschland, sind zur grundsätzlichen Unterlassung von Binnengrenzkontrollen nunmehr durch gemeinschaftliches Sekundärrecht der ersten Säule verpflichtet¹⁷⁶. Diese Verpflichtung kann wie jede gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung nur aufgrund einer ausdrücklichen Schutzklausel oder infolge einer Änderung des Sekundärrechts ausgesetzt werden. Eine Schutzklausel aber ist Art. 5 II schon mangels rechtlicher Klarheit nicht. Weder bezieht sich die Norm dem Wortlaut nach auf eine Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen noch normiert sie ein Beschlussverfahren, nach Maßgabe dessen Schutzmaßnahmen getroffen werden können¹⁷⁷. Wenn die Schengen-Gruppe einschließlich Dänemark prüfen soll, welche Maßnahmen zu treffen sind, zielt dies vielmehr auf einen politischen Dialog zur politischen Lösung des Problems¹⁷⁸. Die eigentlichen Maßnahmen können jedoch nicht aufgrund dieser Vorschrift getroffen werden, sondern werden im Rahmen des normalen Gesetzgebungsverfahrens beschlossen und können hierbei von Dänemark wegen der Aussetzung seines Stimmrechts rechtlich nicht verhindert werden.

Es fehlen allgemein zugängliche Informationen, in welchem Umfang Dänemark sich nach Maßgabe des Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) zur Umsetzung der bislang angenommenen Rechtsakte zur Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule verpflichtet hat. Das Protokoll sieht keine entsprechende Notifikationspflicht Dänemarks vor – auch wenn man eine solche wohl aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EGV ableiten kann. Da Dänemark im Fall einer freiwilligen Entscheidung für die Umsetzung eine europarechtliche Verpflichtung mit den Rechtswirkungen eines völkerrechtlichen Vertrags zur Anwendung des Schengener Rechts obliegt, wäre es begrüßenswert, wenn die entsprechende Notifikation im Amtsblatt (Serie C) veröffentlicht würde. Die europäischen Institutionen, die anderen Mitgliedstaaten und Vertreter der Zivilgesellschaft, einschließlich wissenschaftlicher Beobachter, könnten dann die Entwicklung des Schengener Rechts mit seinen

(1999), 91/101; M. Hedemann-Robinson, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/299; ähnlich J. de Zwaan, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/112 und Corrado ebd. 344: „situation assez délicate“.

¹⁷⁵ Siehe zu den nunmehr vorliegenden Vorschlägen der Kommission für die Harmonisierung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen die Auflistung im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹⁷⁶ Art. 2 I Schengen II wurde vom Rat zu Recht Art. 62 Nr.1 lit.a EGV zugewiesen und ist unmittelbar anwendbar; hierzu bereits oben Fn. 150 und begleitender Text (S. 108).

¹⁷⁷ Zur notwendigen Bestimmtheit von Schutzklauseln und ähnlichen Bestimmungen schon EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*: „Wo der Vertrag den Staaten das Recht zu einseitigem Vorgehen zugestehen will, tut er das durch klare Bestimmungen.“ Die hinreichend bestimmte ausdrückliche Schutzklausel des Art. 2 II Schengen II gestattet nur die vorübergehende Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen „(w)enn die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit es ... erfordern“ und deckt damit nicht die dauerhafte Einführung gegenüber Dänemark wegen der Nichtübernahme einzelner Rechtsakte.

¹⁷⁸ Ohne nähere Erörterung weisen allgemein auf den notwendigen politischen Dialog hin J. de Zwaan, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/112 und K. Hailbronner, Immigration and Asylum (2000), S. 106: Die Mitgliedstaaten „will have to solve problems and disagreements through political compromise.“

weitreichenden Implikationen für die Rechtsstellung der Bürger in seiner Gesamtheit besser verfolgen. Die notwendige Publizität des Rechts wäre gewährleistet.

5 Herstellung von Gleichzeitigkeit

Dänemark kann seine Sonderbeziehung zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 7 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) jederzeit beenden. Aus der Formulierung „insgesamt oder zum Teil“ ergibt sich, dass Dänemark hierbei auch eine schrittweise Teilnahme beschließen und etwa nur am Schengener Recht oder der Harmonisierung des internationalen Privatrechts, nicht aber an der gemeinsamen Asyl-, Flüchtlings- oder Einwanderungspolitik teilnehmen kann¹⁷⁹. Wenn es von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, muss es „sämtliche im Rahmen der Europäischen Union getroffenen einschlägigen Maßnahmen, die bis dahin in Kraft getreten sind, in vollem Umfang anwenden.“ Innerstaatlich haben sich die dänischen Politiker festgelegt, dass die Herstellung von Gleichzeitigkeit der Zustimmung der Bevölkerung in einem Referendum bedarf¹⁸⁰. In der politischen Debatte häufen sich die Hinweise, dass im Jahr 2004 oder 2005 ein erneutes Referendum anberaumt wird, bei dem die dänischen Bürger in einem „Big Bang“ mit vier getrennten Fragen über die Annahme des Verfassungsvertrags und die Aufgabe der ungleichzeitigen Sonderpositionen zur Währungsunion, der Verteidigungspolitik und dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts entscheiden¹⁸¹. Aktuelle Entwicklungen deuten zudem darauf hin, dass Dänemark seine ungleichzeitige Sonderposition im neuen Verfassungsvertrag an diejenige des Vereinigten Königreichs und Irlands anpassen möchte. Die vorstehenden Erörterungen würden dann nur auf den umfassenden Besitzstand des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts weiterhin Anwendung finden, während neue Rechtsakte dem Rechtsregime des Vereinigten Königreichs und Irlands entsprechend unterfielen¹⁸².

IV Beitritt neuer Mitgliedstaaten

Das Schengener Recht ist als eine modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit konzipiert¹⁸³. Wenn neue Mitgliedstaaten der Europäischen Union beitreten, stellt Art. 44 I UAbs.2 EUV ihnen ausdrücklich frei, ob sie sich an einer bestehenden verstärkten Zusammenarbeit beteiligen möchten oder nicht. Gleichwohl bestimmt Art. 8 Schengen-Protokoll als *lex specialis*, dass das Schengener Recht bei den Beitrittsverhandlungen „als ein Besitzstand (gilt), der von allen Staaten, die Beitrittskandidaten sind, vollständig zu übernehmen ist.“ Dies unterstreicht, dass die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks zum Schengener Recht ein Privileg von Mitgliedstaaten ist, deren notwendige

¹⁷⁹ Ebenso *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 60. Anders *A. Toth*, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 241, der die Formulierung nur auf die einzelnen Bestimmungen des Protokolls (Schengener Recht, sonstiger Titel IV EGV, Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik) bezieht.

¹⁸⁰ Siehe etwa Danish EU Paper from the Danish Government, the Social Democratic Party and the Social Liberal Party: The Convention on the Future of the EU “One Europe. More effective, inclusive and democratic”, March 2003 <www.um.dk>, Section V: „The opt-outs are not in Denmark’s interest today. It is at the same time imperative that Danish EU policy in these areas rests on the necessary popular foundation. Abolishing the opt-outs will require a new referendum.“

¹⁸¹ So die Information von Professor *Hjalte Rasmussen* von der Universität Kopenhagen in einem Gespräch mit dem Verfasser am 25. Januar 2003.

¹⁸² Siehe den Hinweis oben in Fn. 8 (S. 81).

¹⁸³ Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

Zustimmung zu einer Vertragsänderung nur durch die Gewährung einer ungleichzeitigen Ausnahme erreicht werden konnte. Dagegen werden neue Mitgliedstaaten zur Übernahme des gesamten Besitzstands verpflichtet¹⁸⁴. In Übereinstimmung mit Art. 8 Schengen-Protokoll normiert Art. 3 I Beitrittsakte 2003:

„Die Bestimmungen des Schengen-Besitzstands, der durch das (Schengen-Protokoll) in den Rahmen der Europäischen Union einbezogen wurde, und die darauf aufbauenden oder anderweitig damit zusammenhängenden Rechtsakte, die in Anhang I zu dieser Akte aufgeführt werden, sowie alle weiteren vor dem Tag des Beitritts erlassenen Rechtsakte dieser Art sind ab dem Tag des Beitritts für die neuen Mitgliedstaaten bindend und in ihnen anzuwenden.“

Eine Anwendbarkeit des Schengener Rechts mit dem Beitritt besteht hiernach nur für die in Anlage I enumerativ aufgeführten Bestimmungen des Schengener Rechts¹⁸⁵. Dagegen ist die Anwendbarkeit aller anderen Rechtsnormen des Schengener Rechts dem Beitritt zeitlich nachgelagert und bedarf einer gesonderten Inkraftsetzung durch den Rat. Die abgestufte Inkraftsetzung des Schengener Rechts ist keine Innovation für die anstehende Erweiterungsrunde. Schon das völkerrechtliche Inkrafttreten der Schengener Übereinkommen bewirkte keine automatische Abschaffung der Binnengrenzkontrollen zwischen den Vertragsstaaten. Vielmehr wurden die Regeln durch eine einstimmigen Entscheidung des Schengen-Exekutiv Ausschuss zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt¹⁸⁶. Nach der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht übernahm der Rat diese Funktion. Dementsprechend wurde das Schengener Recht bis zum 26. März 2000 in Griechenland und zum 25. März 2001 in Dänemark, Finnland und Schweden sowie den assoziierten Staaten Norwegen und Island in Kraft gesetzt¹⁸⁷. Im Hinblick auf das Vereinigte Königreich und Irland wurden die Inkraftsetzungsbeschlüsse für die übernommenen Bestimmungen bis Herbst 2003 noch nicht gefasst¹⁸⁸. Für die neuen Mitgliedstaaten normiert Art. 3 II UAbs.1 Beitrittsakte 2003:

„Die Bestimmungen des (Schengener Rechts), die nicht in Absatz 1 genannt werden, sind zwar für einen neuen Mitgliedstaat ab dem Tag des Beitritts bindend, sie sind aber in diesem neuen Mitgliedstaat nur gemäß einem entsprechenden Beschluss des Rates anzuwenden, den der Rat nach einer gemäß den geltenden Schengen-Evaluierungsverfahren durchgeführten Prüfung der Frage, ob die erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendung aller Teile des betreffenden Besitzstands in diesem neuen Mitgliedstaat gegeben sind, und nach Anhörung des Europäischen Parlaments gefasst hat.“

¹⁸⁴ Allgemein zu Ungleichzeitigkeit beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten Kapitel 8 VII (S. 265 ff.).

¹⁸⁵ Siehe auch die Auflistung von Rechtsakten im Anhang zu diesem Kapitel (S. 119 ff.).

¹⁸⁶ In den Benelux-Staaten, Deutschland, Portugal, Spanien wurden die Schengener Übereinkommen am 26.3.1995 in Kraft gesetzt (BGBl. 1996 II 242), in Italien am 26.10.1997 und in Österreich am 1.12.1997 (jeweils BGBl. 1998 II 1968). Die abgestufte Inkraftsetzung ergab sich aus der gemeinsamen Erklärung zu Art. 139 Schengen II und entsprechenden Erklärungen zu den Beitrittsverträgen. Hiernach sollte eine Inkraftsetzung beschlossen werden, „wenn die Voraussetzungen der Anwendung des Übereinkommens ... gegeben sind und die Kontrollen an den Außengrenzen tatsächlich durchgeführt werden.“

¹⁸⁷ Im Fall Griechenlands wurde eine mehrfach gestufte Inkraftsetzung beschlossen; vgl. Beschluss des Schengen-Exekutiv Ausschusses vom 7.10.1997 SCH/Com-ex (97) 29, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 135) und Beschluss 848/99/EG des Rates vom 13.12.1999 (ABl. 1999 L 327, 58); zu den nordischen Staaten Art. 2 II Schengen-Protokoll und Beschluss 777/2000/EG des Rates vom 1.12.2000 (ABl. 2000 L 309, 24).

¹⁸⁸ Die abgestufte Inkraftsetzung im Bezug auf das Vereinigte Königreich und Irland ist Art. 6 I Beschluss 365/2000/EG und Art. 4 III Beschluss 192/2002/EG, oben Fn. 76 (S. 93), ausdrücklich vorgesehen. Ein politisches Einvernehmen über die Inkraftsetzung erzielte die Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 13.6.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 9820/02 (Presse 175).

Die ausdrückliche Normierung zur abgestuften Inkraftsetzung des Schengener Rechts in den neuen Mitgliedstaaten ist zu begrüßen, weil sie Unsicherheiten über Rechtsnatur und Umfang ihrer Bindung an das Schengener Recht vorbeugt. Ausdrücklich heißt es, dass alle Bestimmungen des Schengener Rechts „für einen neuen Mitgliedstaat ab dem Tag des Beitritts bindend (sind)“. Dies bestätigt, dass die abgestufte Inkraftsetzung keine Ungleichzeitigkeit im Sinn einer Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs und der Aussetzung des Stimmrechts des betroffenen Mitgliedstaats im Rat bewirkt. Vielmehr wird eine „gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung“ errichtet, die keine Form von Ungleichzeitigkeit darstellt¹⁸⁹. Die neuen Mitgliedstaaten besitzen keine politische Wahlfreiheit, ob und in welchem Umfang sie am Schengener Recht teilhaben oder ungleichzeitig Außen vor bleiben. Vielmehr werden die mit dem EU-Beitritt zu gleichberechtigten Mitgliedern der Schengen-Gruppe und sind hiernach an jeder Änderung des Schengener Rechts mit denselben Rechten und Pflichten wie die anderen Mitgliedstaaten beteiligt.

Maßgebliches Kriterium für die abgestufte Inkraftsetzung des Schengener Rechts in den neuen Mitgliedstaaten ist, dass „die erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendung aller Teile des betreffenden Besitzstands ... gegeben sind.“¹⁹⁰ Evaluiert werden die Fortschritte der neuen Mitgliedstaaten durch einen bereits vorhandenen Bewertungsausschuss, den der Rat bei der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht in seinem Verantwortungsbereich ansiedelte und nicht etwa der Kommission als Hüterin des Gemeinschaftsinteresses unterstellte¹⁹¹. Die eigentliche Inkraftsetzung erfolgt durch einen einstimmigen Beschluss des Rats in Zusammensetzung der derzeitigen Schengen-Gruppe, die gegebenenfalls um das Vereinigte Königreich und Irlands erweitert wird¹⁹². Die neuen Mitgliedstaaten haben hierbei trotz ihrer grundsätzlichen Zugehörigkeit zur Schengen-Gruppe nur dann ein Stimmrecht, wenn die betroffenen Bestimmungen für sie bereits in Kraft gesetzt wurden oder die Inkraftsetzung für sie zur Entscheidung steht. Der Grund für diese Regelung ist die Befürchtung, dass die vorzeitige Inkraftsetzung des Schengener Rechts in einzelnen neuen Mitgliedstaaten von anderen Neumitgliedern blockiert werden könnte, wenn diese nicht bereit sind, eine spätere Inkraftsetzung im Bezug auf sie zu akzeptieren.

Die derzeitigen Mitgliedstaaten können dagegen jeden einstimmigen Inkraftsetzungsbeschluss durch ihr Veto blockieren¹⁹³. Diese Differenzierung zwischen alten und neuen Mit-

¹⁸⁹ Zur „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ in Abgrenzung zu Ungleichzeitigkeit bereits Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

¹⁹⁰ Art. 3 II UAbs.1 Beitrittsakte 2003. Der Rat beschloss jüngst einen Leitlinienkatalog, an dem die Umsetzungsfähigkeiten der neuen Mitgliedstaaten nach der Erweiterung gemessen werden; vgl. Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 14./15.10.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 12895/02 (Presse 308), S. 29.

¹⁹¹ Kritisch hierzu *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/230. Siehe allgemein Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 16.9.1998 bezüglich der Errichtung des Ständigen Ausschusses Schengener Durchführungsübereinkommen SCH/Com-ex (98) 26 def. (ABl. 2000 L 239, 138), den der Rat der zweifelhaften Rechtsgrundlage des Art. 66 EGV über eine Verwaltungskooperation der Mitgliedstaaten in Verbindung mit Art. 30, 31 EUV zuordnete.

¹⁹² Nach Art. 3 II UAbs.2 Beitrittsakte 2003 sind die beiden letzteren Mitgliedstaaten beteiligt, soweit sie eine betroffene Bestimmung des Schengener Rechts übernommen haben. Die vorherige Inkraftsetzung ist keine Voraussetzung für das Stimmrecht. Dänemark ist trotz seiner Sonderposition aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Schengen-Gruppe gemäß Art. 1 I Schengen-Protokoll immer beteiligt.

¹⁹³ Man könnte allenfalls erwägen, dem Verweis auf die „erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendung“ in Art. 3 II UAbs.2 Beitrittsakte 2003 eine Beschränkung des Vetorechts auf eine „objektiv“ gerechtfertigte Nichterfüllung der Voraussetzungen zu entnehmen.

gliedstaaten kann kritisiert werden, muss aufgrund der primärrechtlichen Anordnung in Art. 3 II UAbs.2 Beitrittsakte 2003 jedoch als juristische Realität akzeptiert werden. Im Interesse einer möglichst umfassenden Geltung des Schengener Rechts wird der Rat keine Einwände gegen eine möglichst frühzeitige Inkraftsetzung der meisten Bestimmungen haben, soweit diese nicht ohnehin nach Art. 3 I Beitrittsakte 2003 unmittelbar ab dem Beitritt anwendbar sind. Hiernach könnten etwa die Regeln über das SIS schon bald nach dem Beitritt in Kraft gesetzt werden¹⁹⁴. Dagegen dürfte die Aufhebung der Binnengrenzkontrollen wegen der politischen Sensibilität dieses Integrationsschritts erst einige Jahre nach dem Beitritt beschlossen werden. So könnten Deutschland und Österreich aus Furcht vor einer faktischen Arbeitnehmerfreizügigkeit ihre Zustimmung zur Aufhebung der Binnengrenzkontrollen bis zum Ablauf der maximal siebenjährigen Übergangsfrist für die Arbeitnehmerfreizügigkeit verweigern¹⁹⁵. Das Institut der abgestuften Inkraftsetzung könnte somit zu einer langjährigen Verzögerung der umfassenden Inkraftsetzung des Schengener Rechts bis in das nächste Jahrzehnt führen.

Das Schengener Recht wurde in den 80er-Jahre an der Interessenlage der beteiligten westeuropäischen Mitgliedstaaten ausgerichtet. Hierbei wurde ein striktes Außengrenzkontrollregime gegenüber dem südlichen Mittelmeer und Osteuropa vereinbart, wo seinerzeit noch der Eisernen Vorhang existierte, der das rigide Außengrenzkontrollregime weniger problematisch erscheinen ließ¹⁹⁶. Mit der Erweiterung werden diese Regelungen auf die neuen Mitgliedstaaten ausgeweitet. Die unmodifizierte Übernahme des Schengener Rechts bewirkt für diese erhebliche politische, praktische und wirtschaftliche Schwierigkeiten. Diese reichen vom weitgehenden Erliegen des zuvor regen grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsaustausches zwischen Ostpolen und Weißrussland bis zum Transitverkehr mit der künftigen EU-Enklave Kaliningrad. Probleme bereitet auch die Einführung von Grenzkontrollen und Visums-Pflicht zwischen Rumänien und Moldawien und die Trennung von ethnischen Minderheiten diesseits und jenseits der neuen Schengen-Außengrenze¹⁹⁷. Vor diesem Hintergrund hätte das britische *House of Lords* das Angebot einer ungleichzeitigen Ausnahme von politisch besonders brisanten Einzelaspekten des Schengener Rechts an die neuen Mitgliedstaaten begrüßt¹⁹⁸. Da dieser Vorschlag nicht aufgegriffen wurde, bleibt es den europäischen Institutio-

¹⁹⁴ Soweit die technischen Voraussetzungen hierfür geschaffen sind. Der Rat hat bereits die notwendigen Voraussetzungen für die Entwicklung eines SIS der zweiten Generation geschaffen, das die Verknüpfung von mehr als 18 nationalen Systemen erlaubt; vgl. Beschluss 886/2001/JI und 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, 1 und 4).

¹⁹⁵ Näher zur Frage, inwieweit während der Übergangsfrist zusätzlich zu den Personenkontrollen an den Schengen-Außengrenzen administrative Kontrollen in den Mitgliedstaaten zulässig sind *D. Thym*, *Niederlassungsfreiheit*, NVwZ 2002, 311/313.

¹⁹⁶ Die Schengener Übereinkommen waren immer auf eine umfassende Geltung in der gesamten Europäischen Gemeinschaft angelegt, die schon vor dem Vertrag von Amsterdam durch Beitrittsverträge mit allen Mitgliedstaaten außer den Inselstaaten Vereinigtes Königreich und Irland verwirklicht wurde; vgl. Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.). Die gemeinschaftsinternen Grenzkontrollen waren somit als Übergangsphänomen angelegt.

¹⁹⁷ Etwa zwischen Ungarn und Rumänien nach der Inkraftsetzung des Grenzkontrollregimes in Ungarn. Allgemein näher zu den verschiedenen Problemlagen etwa *S. Arnswald/M. Jopp*, *Baltic* (2001), S. 60 ff. und *H. Grabbe*, *Edges*, *International Affairs* 76 (2000), 529-536.

¹⁹⁸ *House of Lords*, 31st Report 1997/98, Rz. 94 f.: „The Committee would welcome clarification of the grounds justifying the insistence of all EU Member States that new members of the Union should, unlike the United Kingdom and Ireland, apply a Schengen border control regime, irrespective of their particular geographical situation or their links with ethnic minorities in non-EU countries.“

nen vorbehalten, das Schengener Europarecht im regulären Rechtsetzungsprozesses an die Herausforderungen der Zukunft anzupassen.

V Fazit

Der Schwerpunkt von Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts liegt im Anwendungsbereich des EG-Vertrags, während an der Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem EU-Vertrag zumeist alle Mitgliedstaaten teilnehmen. Die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks gründen auf verschiedenen politischen Motivationslagen, wobei Teilnahmeverfahren und Rechtsstellung in Fortführung der jeweiligen Leitmotive unterschiedlich ausgestaltet sind. Dänemark hat zwar keine politischen Einwände gegen die Zusammenarbeit, wendet sich aber gegen die Anwendung der supranationalen Gemeinschaftsmethode. Es bestehen daher verschiedene Zwischenstufen einer völker- und unionsrechtlichen Anbindung Dänemarks an das integrierte und weiterentwickelte Schengener Recht der ersten Säule und eine generelle Nichtbeteiligung an anderen Rechtsakten auf Grundlage der Art. 61 ff. EGV. Dagegen prägt die britisch-irische Sonderposition eine politische Wahlfreiheit für oder gegen die Teilnahme an Rechtsetzungsvorhaben im Einzelfall. Die teilweise Übernahme des Schengener Rechts und die Beteiligung an den meisten anderen Rechtsakten verdeutlichen, dass diese Ungleichzeitigkeit *à la carte* integrationsfreundlicher wirkt, als es auf den ersten Blick erscheint. In den neuen Mitgliedstaaten wird das Schengener Recht nach der Erweiterung nur schrittweise in Kraft gesetzt werden.

Ohne Ungleichzeitigkeit wäre es der Europäischen Union nicht möglich gewesen, sich in Amsterdam auf eine Vergemeinschaftung weiter Teile der Justiz- und Innenpolitik zu verständigen. Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark wären nicht bereit gewesen, der gleichzeitigen Einbeziehung dieser Sachbereiche in die europäische Rechtsordnung zuzustimmen. Auch das Schengener Recht ist seither ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung und unterliegt den einschlägigen Bestimmungen der Verträge. Die fortschreitende Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeigt hierbei, dass eine ungleichzeitige Rechtsetzung die rechtlichen und institutionellen Regeln der Verträge nicht generell in Frage stellt. Allerdings sind die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Wesentlichen auf Verfahrensfragen beschränkt. Es ist daher erforderlich, die untersuchten Sonderpositionen in den weiteren Kontext der allgemeinen Regeln des Europarechts für Ungleichzeitigkeit einzuordnen. Der umfassende ungleichzeitige Rechtskorpus des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kann hierbei als Illustration von Problemen und Lösungen des allgemeinen Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht dienen.

Anhang: Liste ungleichzeitiger Rechtsakte¹

Rechtsgrundlage	Geltendes Recht	DK	UK IRL	Erw.
EGV				
Art. 62 Nr.1	Schengen II: Art. 2 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 26.4.1994 bezüglich der Anpassungsmaßnahmen zur Beseitigung von Verkehrshindernissen und Aufhebung von Verkehrsbeschränkungen an den Binnengrenzen SCH/Com-ex (94) 1, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 157); vom 20.12.1995 bezüglich des Verfahrens für die Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 des Schengener Durchführungsübereinkommens SCH/Com-ex (95) 20, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 133)	SP1	–	SP3
Art. 62 Nr.2	Schengen II: Art. 3, 4 I-III, 5 mit Ausnahme von Abs. 1 lit.d, 6, 13 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 21.11.1994 bezüglich der Beschaffung der gemeinsamen Ein- und Ausreisestempel SCH/Com-ex (94) 16 rev. (ABl. 2000 L 239, 166); vom 21.4.1998 bezüglich des Tätigkeitsberichtes der Task Force SCH/Com-ex (98) 1, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 191) Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 16.12.1998 über die Einführung eines einheitlichen Dokuments zum Nachweis einer Einladung, einer Verpflichtungserklärung oder einer Aufnahmebescheinigung SCH/Com-ex (98) 57 (ABl. 2000 L 239, 299); vom 16.12.1998 bezüglich des koordinierten Einsatzes von Dokumentenberatern SCH/Com-ex (98) 59 rev. (ABl. 2000 L 239, 308); vom 28.4.1999 bezüglich der Aufhebung von Altfassungen des Gemeinsamen Handbuchs und der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion und Annahme der Neufassungen SCH/Com-ex (99) 13 (ABl. 2000 L 239, 317)	SP1	–	√
	Schengen II: 5 I lit.d, 8-12, 14-16, 17 I, II, III lit.a-f, 136 (i.V.m. Außengrenzkontrollenprotokoll) Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 22.12.1994 bezüglich der Einführung und Anwendung des Schengener Regimes auf Verkehrsflughäfen und Landeplätzen SCH/Com-ex (94) 17, 4. rev. (ABl. 2000 L 239, 168) Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses zur gemeinsamen Visapolitik ²	SP1	–	SP3

¹ Stand vom 1. November 2003. Legende: DK = Dänemark; UK = Vereinigtes Königreich; IRL = Irland; Erw. = Stellung neuer Mitgliedstaaten nach der EU-Erweiterung; √ = Rechtstellung wie ein Mitgliedstaat ohne Sonderposition, in den neuen Mitgliedstaaten mit dem Inkrafttreten des Beitrittsvertrags nach Art. 2, 3 I Beitrittsakte 2003; – = Der Rechtsakt gilt in den betroffenen Mitgliedstaaten nicht; SP1 = Dänische Sonderposition nach Art. 3 Schengen-Protokoll, deren rechtliche Charakterisierung umstritten ist (Kapitel 3 III 3; S. 107 ff.); SP2 = Dänische Sonderposition nach Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997), wonach Dänemark eine fakultative Übernahmemöglichkeit als „Verpflichtung nach dem Völkerrecht“ besitzt (Kapitel 3 III 4; S. 110 ff.); SP3 = Geltung in den neuen Mitgliedstaaten erst aufgrund eines gesonderten Inkraftsetzungsbeschlusses nach Art. 3 II Beitrittsakte 2003 (Kapitel 3 IV; S. 114 ff.). Die Rechtsgrundlagen des integrierten Schengener Rechts sind dem Beschluss 436/99/EG des Rates vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 17) entnommen.

	VO 539/2001/EG des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind vom 15.3.2001 (ABl. 2001 L 81, 1); geändert durch VO 2414/2001/EG des Rates vom 7.12.2001 (ABl. 2001 L 327, 1) und VO 453/2003/EG des Rates vom 6.3.2003 (ABl. 2003 L 69, 10)	√	–	√
	VO 1683/95/EG des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung vom 29.5.1995 (ABl. 1995 L 164, 1)	√	√	√
	VO 333/2002/EG des Rates über die einheitliche Gestaltung des Formblatts für die Anbringung eines Visums, das die Mitgliedstaaten den Inhabern eines von dem betreffenden Mitgliedstaat nicht anerkannten Reisedokuments erteilen vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 4) VO 334/2002/EG des Rates zur Änderung der Verordnung 1683/95/EG über eine einheitliche Visagegestaltung vom 18.2.2002 (ABl. 2002 L 53, 7)	√	UK: √ IRL: –	√
	VO 789/2001/EG des Rates mit der dem Rat Durchführungsbefugnisse im Hinblick auf bestimmte detaillierte Vorschriften und praktische Verfahren zur Prüfung von Visumanträgen vorbehalten werden vom 24.4.2001 (ABl. 2001 L 116, 2) VO 790/2001/EG des Rates zur Übertragung von Durchführungsbefugnissen an den Rat im Hinblick auf bestimmte detaillierte Vorschriften und praktische Verfahren für die Durchführung der Grenzkontrollen und die Überwachung der Grenzen vom 24.4.2001 (ABl. 2001 L 116, 5) VO 694/2003/EG des Rates über einheitliche Formate von Dokumenten für den erleichterten Transit (FTD) und Dokumenten für den erleichterten Transit im Eisenbahnverkehr (FRTD) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 693/2003 vom 14.4.2003 (ABl. 2003 L 99, 8) Entscheidungen des Rates zur Anpassung der Gemeinsamen Konsularischen Instruktionen und des Gemeinsamen Handbuchs auf Grundlage der VO 789&790/2001/EG ³	SP2	–	√

- ² Beschlüsse des Schengen-Exekutiv Ausschusses vom 14.12.1993 bezüglich der Verlängerung des einheitlichen Visums SCH/Com-ex (93) 21 (ABl. 2000 L 239, 151); vom 14.12.1993 bezüglich der gemeinsamen Grundsätze für die Annullierung, Aufhebung und Verringerung der Gültigkeitsdauer einheitlicher Visa SCH/Com-ex (93) 24 (ABl. 2000 L 239, 154); vom 21.11.1994 bezüglich der Einführung eines automatisierten Verfahrens zur Konsultation der zentralen Behörden gemäß Artikel 17 Absatz 2 SDÜ SCH/Com-ex (94) 15 rev. (ABl. 2000 L 239, 165); vom 22.12.1994 bezüglich des Austausches von Statistiken über die Erteilung von Sichtvermerken SCH/Com-ex (94) 25 (ABl. 2000 L 239, 173) i.V.m. Art. 66 EGV; vom 5.5.1995 bezüglich der gemeinsamen Visapolitik, aufgenommen in dem Bericht über die am 28.4.1995 in Brüssel abgehaltene Sitzung des Exekutiv Ausschusses SCH/Com-ex (95) PV 1, 1. rev. (ABl. 2000 L 239, 175); vom 27.6.1996 bezüglich der Erteilung von Schengen-Visa im Zusammenhang mit Art. 30 I lit.a SCH/Com-ex (96) 13 rev. (ABl. 2000 L 239, 180); vom 21.4.1998 über den Austausch vor Ort von statistischen Angaben zur Visumerteilung SCH/Com-ex (98) 12 (ABl. 2000 L 239, 196); vom 23.6.1998 über die Abstempelung der Pässe der Visumantragsteller SCH/Com-ex (98) 21 (ABl. 2000 L 239, 200); vom 16.12.1998 zur Schaffung eines Handbuchs visierfähiger Dokumente SCH/Com-ex (98) 56 (ABl. 2000 L 239, 207); vom 28.4.1999 zur Schaffung eines Handbuchs visierfähiger Dokumente SCH/Com-ex (99) 14 (ABl. 2000 L 239, 298).
- ³ Entscheidung 329/2001/EG des Rates zur Aktualisierung des Teils VI sowie der Anlagen 3, 6 und 13 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion sowie der Anlagen 5 a, 6 a und 8 des Gemeinsamen Handbuchs vom 24.4.2001 (ABl. 2001 L 116, 32); Entscheidung 587/2002/EG des Rates zur Übernahme des Gemeinsamen Handbuchs vom 12.7.2002 (ABl. 2002 L 187, 50).

	<p>VO 415/2003/EG des Rates über die Erteilung von Visa an der Grenze, einschließlich der Erteilung derartiger Visa an Seeleute auf der Durchreise vom 27.2.2003 (ABl. 2003 L 73, 1)</p> <p>VO 693/2003/EG des Rates zur Einführung eines Dokuments für den erleichterten Transit (FTD) und eines Dokuments für den erleichterten Transit im Eisenbahnverkehr (FRTD) sowie die Änderung der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion und des Gemeinsamen Handbuchs vom 14.4.2003 (ABl. 2003 L 99, 8)</p> <p>Verordnung 1295/2003/EG des Rates über die Maßnahmen zur Erleichterung der Verfahren zur Beantragung und Erteilung von Visa für die Mitglieder der olympischen Familie, die an den Olympischen oder Paralympischen Spielen 2004 in Athen teilnehmen vom 15.7.2003 (ABl. 2003 L 183, 1)</p> <p>Entscheidungen des Rates zur Anpassung der Gemeinsamen Konsularischen Instruktionen und des Gemeinsamen Handbuchs auf Grundlage der VO 789&790/2001/EG⁴</p>	SP2	–	SP3
Art. 62 Nr.3	<p>Schengen II: Art. 19 mit Ausnahme von Abs. 2, 20-25</p> <p>Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 23.6.1998 bezüglich der monegassischen Aufenthaltstitel SCH/Com-ex (98) 19 (ABl. 2000 L 239, 199)</p>	SP1	–	SP3
	<p>VO 1091/2001/EG des Rates über den freien Personenverkehr mit einem Visum für den längerfristigen Aufenthalt vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 150, 4); zusätzlich gestützt auf Art. 63 Nr.2 EGV</p>	SP2	–	SP3
Art. 63 Nr.1	<p>VO 2725/2000/EG des Rates über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens vom 11.12.2000 (ABl. 2000 L 316, 1); VO 407/2002/EG des Rates zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung 2725/2000/EG vom 28.2.2002 (ABl. 2002 L 62, 1)</p> <p>Beschluss 258/2001/EG des Rates über den Abschluss des Übereinkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Kriterien und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in Island oder Norwegen gestellten Asylantrags vom 15.3.2001 (ABl. 2001 L 93, 38)</p>	–	√	√

⁴ Entscheidung 420/2001/EG des Rates zur Anpassung der Teile V und VI der Anlage 13 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktionen und der Anlage 6a des Gemeinsamen Handbuchs für Visa für den längerfristigen Aufenthalt, die gleichzeitig als Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt Gültigkeit besitzen vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 150, 47); Entscheidung 44/2002/EG des Rates zur Änderung von Teil VII und der Anlage 12 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion sowie der Anlage 14a des Gemeinsamen Handbuchs vom 20.12.2001 (ABl. 2002 L 20, 5); Entscheidung 352/2002/EG des Rates zur Überarbeitung des Gemeinsamen Handbuchs Teil I vom 25.4.2002 (ABl. 2002 L 123, 47); Entscheidung 354/2002/EG des Rates zur Anpassung von Teil III und zur Schaffung einer Anlage 16 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion vom 25.4.2002 (ABl. 2002 L 123, 50); Entscheidung 586/2002/EG des Rates zur Änderung von Teil VI der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion vom 12.7.2002 (ABl. 2002 L 187, 48); Entscheidung 454/2003/EG des Rates zur Änderung der Anlage 12 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion sowie der Anlage 14a des Gemeinsamen Handbuchs betreffend Visumgebühren vom 13.6.2003 (ABl. 2003 L 152, 82); Entscheidung 585/2003/EG des Rates zur Änderung von Anlage 2 Liste A der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion sowie von Anlage 5 Liste A des Gemeinsamen Handbuchs betreffend die Visumpflicht für die Inhaber von pakistanischen Reisepässen vom 28.7.2003 (ABl. 2003 L 198, 13); Entscheidung 586/2003/EG des Rates zur Änderung von Anlage 3 Teil I der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion sowie von Anlage 5a Teil I des Gemeinsamen Handbuchs betreffend Drittstaatsangehörige, die für den Flughafentransit ein Visum benötigen vom 28.7.2003 (ABl. 2003 L 198, 15).

	<p>VO 343/2003/EG des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist vom 18.2.2003 (ABl. 2003 L 50, 1)</p> <p>Verordnung 1560/2003/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist vom 2.9.2003 (ABl. 2003 L 222, 3)</p>			
	<p>RL 9/2003/EG des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 31, 18)</p>	–	UK: √ IRL: –	√
Art. 63 Nr.2	<p>Entscheidung 596/2000/EG des Rates über die Errichtung eines Europäischen Flüchtlingsfonds vom 28.9.2000 (ABl. 2000 L 252, 12); Entscheidung 275/2001/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zur Entscheidung 2000/596/EG des Rates in Bezug auf die Zuschussfähigkeit der Ausgaben und die Berichte über die Durchführung im Rahmen der aus dem Europäischen Flüchtlingsfonds kofinanzierten Aktionen vom 20.3.2001 (ABl. 2001 L 95, 27)</p> <p>RL 55/2001/EG des Rates über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten vom 20.7.2001 (ABl. 2001 L 212, 12)</p>	–	√ ⁵	√
Art. 63 Nr.3	<p>Schengen II: Art. 26, 27 I⁶</p>	SP1	√	√
	<p>Schengen II: Art. 17 III lit.g</p> <p>Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 15.12.1997 bezüglich der Umsetzung der Gemeinsamen Maßnahme zur einheitlichen Gestaltung der Aufenthaltstitel SCH/Com-ex (97) 34 rev. (ABl. 2000 L 239, 187)</p> <p>Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 15.12.1997 bezüglich der Leitsätze für Beweismittel und Indizien im Rahmen von Rückübernahmeübereinkommen zwischen Schengen-Staaten SCH/Com-ex (97) 39 rev. (ABl. 2000 L 239, 188); vom 21.4.1998 über die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien bei der Rückführung von Drittstaaten auf dem Luftweg SCH/Com-ex (98) 10 (ABl. 2000 L 239, 193); vom 23.6.1998 bezüglich der Maßnahmen, die gegenüber Staaten zu ergreifen sind, bei denen es Probleme bei der Ausstellung von Dokumenten gibt, die die Entfernung aus dem Schengener Gemeinschaftsgebiet ermöglichen SCH/Com-ex (98) 18 rev. (ABl. 2000 L 239, 197); alle zusätzlich gestützt auf Art. 62 Nr.3 EGV</p>	SP1	–	SP3
	<p>Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 27.10.1998 bezüglich des Aktionsplans zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung SCH/Com-ex (98) 37 def. 2 (ABl. 2000 L 239, 203); Beschluss der Zentralen Gruppe vom 27.10.1998 bezüglich des Aktionsplans zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung SCH/C (98) 117 (ABl. 2000 L 239, 205); zusätzlich gestützt auf Art. 62 EGV, 30 EUV)</p>	SP1	–	√

⁵ Teilnahme Irlands an RL 55/2001/EG aufgrund Entscheidung 690/2003/EG der Kommission vom 2.10.2003 (ABl. 2003 L 251, 23).

⁶ Art. 27 I Schengen II aufgehoben durch Art. 5 Richtlinie 90/2002/EG des Rates (ABl. 2002 L 328, 17).

	<p>RL 51/2001/EG des Rates zur Ergänzung der Regelungen nach Artikel 26 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 vom 28.6. 2001 (ABl. 2001 L 187, 45)</p> <p>RL 90/2002/EG des Rates zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt vom 28.11.2002 (ABl. 2002 L 328, 17)</p>	SP2	√	√
	<p>RL 86/2003/EG des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung vom 22.9.2003 (ABl. 2003 L 251, 12)</p>	SP2	–	√
	<p>VO 1030/2002/EG des Rates zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 157, 1)</p>	SP2	UK: √ IRL: –	√
	<p>RL 40/2001/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 149, 34)</p>	SP2	√	SP3
Art. 63 Nr. 4	<p>VO 859/2003/EG des Rates zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) 574/72 auf Staatsangehörige aus Drittländern, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen vom 14.5.2003 (ABl. 2003 L 124, 1)</p>	–	√	√
Art. 65	<p>VO 1346/2000/EG des Rates über das Insolvenzverfahren vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 160, 1)</p> <p>VO 1347/2000/EG des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 160, 19); geändert durch VO 1185/2002/EG der Kommission vom 1.7.2002 (ABl. 2002 L 173, 3)</p> <p>VO 1348/2000/EG des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 160, 37); Entscheidung 781/2001/EG der Kommission zur Erstellung eines Handbuchs über die Empfangsstellen und eines Glossars über die Schriftstücke, die nach Maßgabe der Verordnung 1348/2000/EG des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten zugestellt werden können vom 25.9.2001 (ABl. 2001 L 298, 1); geändert durch Entscheidung 350/2002/EG der Kommission vom 3.4.2002 (ABl. 2002 L 125, 1)</p> <p>VO 44/2001/EG des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000 (ABl. 2001 L 12, 1)</p> <p>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)</p> <p>Entscheidung 470/2001/EG des Rates über die Einrichtung eines Europäischen Justitiellen Netzes für Zivil- und Handelssachen vom 28.5.2001 (ABl. 2000 L 174, 25)</p> <p>VO 1206/2001/EG des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen vom 28.5.2001 (ABl. 2000 L 174, 1)</p> <p>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)</p> <p>RL 8/2003/EG des Rates zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung ge-</p>	–	√	√

	meinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 26, 41) Entscheidung 93/2003/EG des Rates zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Haager Übereinkommen von 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern im Interesse der Europäischen Gemeinschaft zu unterzeichnen vom 19.12.2002 (ABl. 2003 L 48, 1)			
Art. 66	Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 16.9.1998 bezüglich der Errichtung des Ständigen Ausschusses Schengener Durchführungsübereinkommen SCH/Com-ex (98) 26 def. (ABl. 2000 L 239, 138) zusätzlich gestützt auf Art. 30, 31 EUV	SP1	√	√
	Schengen II: Art. 7 Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 20.12.1995 bezüglich eines schnelleren Austausches statistischer Daten und konkreter Angaben über an den Außengrenzen eventuell auftretende Schwierigkeiten zwischen den Schengen-Staaten SCH/Com-ex (95) 21 (ABl. 2000 L 239, 176)	SP1	–	√
	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)	SP2	√	√
	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)	–	UK: √ IRL: –	√
Art. 95	Schengen II: Art. 75, 82, 91 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 22.12.1994 bezüglich der Bescheinigung für das Mitführen von Suchtstoffen und/oder psychotropen Stoffen gemäß Artikel 75 SCH/Com-ex (94) 28 rev. (ABl. 2000 L 239, 463); vom 28.4.1999 bezüglich des illegalen Waffenhandels SCH/Com-ex (99) 10 (ABl. 2000 L 239, 469)	SP1	√ ⁷	√
	Schengen II: Art. 76, 126 III, 127, 128 II (zusätzlich gestützt auf Art. 30 I EUV)	SP1	√	√ ⁸
Art. 207	Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 14.12.1993 bezüglich der Vertraulichkeit bestimmter Dokumente SCH/Com-ex (93) 22 rev. (ABl. 2000 L 239, 129); vom 23.6.1998 bezüglich der Vertraulichkeit bestimmter Dokumente SCH/Com-ex (98) 17 (ABl. 2000 L 239, 137); vom 16.9.1998 bezüglich der Weitergabe des Gemeinsamen Handbuchs an Beitrittskandidaten SCH/Com-ex (98) 35, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 202) ⁹	SP1	–	√
	Beschluss 751/2000/EG des Rates über die Freigabe bestimmter Teile des Gemeinsamen Handbuchs, das von dem durch das Übereinkommen zur Durchführung des Schengener Übereinkommens vom 14. Juni 1985 eingesetzten Exekutivausschuss angenommen wurde vom 30.11.2000 (ABl. 2000 L 303, 29); Entscheidung 353/2002/EG des Rates über die Freigabe von Teil II des Gemeinsamen Handbuchs, das von dem durch das Übereinkommen zur Durchführung des Schengener Übereinkom-	√	–	√

⁷ Außer Art. 82, 91 Schengen II.

⁸ Diese horizontalen Vorschriften gelten für das Vereinigte Königreich, Irland und die neuen Mitgliedstaaten jeweils nur in Verbindung mit einer übernommenen anderen Bestimmung des Schengener Rechts.

⁹ Zusätzlich gestützt auf Art. 41 bzw. 42 EGV. Die Vertraulichkeitsbeschlüsse wurden im Hinblick auf das Gemeinsame Handbuch, die Gemeinsamen Konsularischen Instruktionen und das Sirene-Handbuch aufgehoben durch Beschlüsse 19/2003/EG und 353/2002/EG; näher auch *D. Thym*, Schengen, EIJ 8 (2002), 218/221 ff.

	mens vom 14. Juni 1985 eingesetzten Exekutivausschuss angenommen wurde vom 25.4.2002 (ABl. 2002 L 123, 49); Beschluss 330/2003/EG des Rates über die Freigabe des Schengener Konsultationsheftes (Pflichtenheft) vom 19.12.2002 (ABl. 2003 L 116, 22); das gemeinsame Handbuch wurde in ABl. 2002 C 313, 97 veröffentlicht; zudem wurden die Gemeinsamen Konsularischen Instruktionen in ABl. 2002 C 313, 1 veröffentlicht			
	Beschluss 19/2003/EG des Rates über die Freigabe bestimmter Teile des Sirene-Handbuchs vom 14.10.2002 (ABl. 2003 L 8, 34)	√	√	SP3
EUV				
Art. 30 ¹⁰	Schengen II: Art. 27 II, III ¹¹ , 39, 44, 46, 47 außer II lit.c und IV ¹² , Art. 71, 73, Erklärung 2 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses zur polizeilichen Zusammenarbeit in Strafsachen ¹³ Beschluss 170/2003/JI des Rates über die gemeinsame Inanspruchnahme von Verbindungsbeamten, die von den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten entsandt sind vom 27.2.2003 (ABl. 2003 L 67, 27)	√	√	√
	Schengen II: Art. 45, 47 II lit.c, 126 I, II, IV, 128 I, III, 129, 130 Beschluss des Schengen-Exekutivausschusses vom 28.4.1999 über Verbindungsbeamte SCH/Com-ex (99) 7, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 411); Beschluss der Zentralen Gruppe vom 22.3.1999 bezüglich der allgemeinen Grundsätze zur Entlohnung von Informanten und V-Personen SCH/C (99) 25 (ABl. 2000 L 239, 420)	√	–	√
Art. 31 I	Schengen II: Art. 48-69, 72; Beitrittsübereinkommen: Art. 4 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses zur justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen ¹⁴ 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) Rahmenbeschluss 584/2002/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 190, 1) Rahmenbeschluss 946/2002/JI des Rates betreffend die Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens für die Bekämpfung der Beihilfe zur un-	√	√ ¹⁵	√

¹⁰ Teilweise in Verbindung mit Art. 31 EUV.

¹¹ Art. 27 II, III Schengen II aufgehoben durch Rahmenbeschluss 946/2002/JI des Rates (ABl. 2002 L 328, 1).

¹² Aufgehoben durch Beschluss 170/2003/JI des Rates vom 27.2.2003 (ABl. 2003 L 67, 27).

¹³ Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 16.12.1998 bezüglich der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit bei der Verhütung und Aufklärung von Straftaten auf Ersuchen SCH/Com-ex (98) 51, 3. rev. (ABl. 2000 L 239, 407); vom 16.12.1998 bezüglich des Leitfadens zur grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit SCH/Com-ex (98) 52 (ABl. 2000 L 239, 408); vom 28.4.1999 bezüglich des Besitzstands Telecom SCH/Com-ex (99) 6 (ABl. 2000 L 239, 409); vom 28.4.1999 bezüglich der Entlohnung von Informanten SCH/Com-ex (99) 8, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 417); vom 28.4.1999 bezüglich der Verbesserung der polizeilichen Zusammenarbeit bei der Verhütung und Aufklärung strafbarer Handlungen SCH/Com-ex (99) 18 (ABl. 2000 L 239, 421).

¹⁴ Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 14.12.1993 bezüglich der Verbesserung der praktischen Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden bei der Bekämpfung des illegalen Handels mit Betäubungsmitteln SCH/Com-ex (93) 14 (ABl. 2000 L 239, 427); Erklärungen des Schengen-Exekutivausschusses vom 26.6.1996 zur Auslieferung SCH/Com-ex (96) decl. 6, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 435); vom 9.2.1998 bezüglich der Entführung von Minderjährigen SCH/Com-ex (97) decl. 13, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 436).

¹⁵ Außer Art. 60 Schengen II.

	erlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt vom 28.11.2002 (ABl. 2002 L 328, 1) Beschluss 273/2003/JI des Rates zur Festlegung der Bestimmungen im Übereinkommen von 1995 über das vereinfachte Auslieferungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Bestimmungen im Übereinkommen von 1996 über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands im Sinne des Übereinkommens über die Assoziierung der Republik Island und des Königreichs Norwegen bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands darstellen vom 27.2.2003 (ABl. 2003 L 67, 25)			
Art. 31, 32	Beschluss 586/2000/JI des Rates über ein Verfahren zur Änderung von Artikel 40 Absätze 4 und 5, Artikel 41 Absatz 7 und Artikel 65 Absatz 2 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 28.9.2000 (ABl. 2000 L 248, 1)	√	√ ¹⁶	√
Art. 32	Schengen II: Art. 40 i.V.m. Art. 42 f.; Beitrittsübereinkommen: Art. 2 Beschluss 725/2003/JI des Rates zur Änderung zur Änderung von Artikel 40 Absätze 1 und 7 des Übereinkommens zur Durchführung des Schengener Übereinkommens vom 14. Juni 1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 2.10.2003 (ABl. 2003 L 260, 37)	√	UK: √ IRL: –	SP3
	Schengen II: Art. 41 i.V.m. Art. 42 f.; Beitrittsübereinkommen: Art. 3	√	–	SP3
Schengen-Protokoll				
Art. 2 I UAbs.2 S.1	Beschluss 435/1999/EG des Rates zur Bestimmung des Schengen-Besitzstands zwecks Festlegung der Rechtsgrundlagen für jede Bestimmung und jeden Beschluss, die diesen Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 1); Beschluss 645/2000/EG des Rates zur Korrektur des Schengen-Besitzstands wie er in Schengenexekutiv-ausschuss SCH/Com-ex (94)15 rev. enthalten ist vom 17.10.2000 (ABl. 2000 L 272, 24)	√	–	√
	Beschluss 438/1999/EG des Rates über eine Gemeinsame Kontrollinstanz, geschaffen auf der Grundlage von Artikel 115 des Schengener Durchführungübereinkommens vom 14. Juni 1985, betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, unterzeichnet am 19. Juni 1990, vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 34) Beschluss 641/2000/JI des Rates zur Einrichtung einer Geschäftsstelle für die Gemeinsamen Kontrollinstanzen für den Datenschutz, die mit dem Übereinkommen über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), dem Übereinkommen über den Einsatz der Informationstechnologie im Zollbereich und dem Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungübereinkommen) geschaffen wurden vom 17.10.2000 (ABl. 2000 L 271, 1)	√	–	SP3

¹⁶ Nur insoweit, als das Vereinigte Königreich und Irland an den Bestimmungen des Schengener Rechts teilhaben: Das Vereinigte Königreich nimmt an Art. 40 IV, V sowie Art. 65 II Schengen II teil, Irland nur an letzterer Bestimmung.

	Finanzregelung des Sirene-Netzwerks ¹⁷			
Art. 2 I UAbs.2 S.2	Beschluss 436/1999/EG des Rates zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 17)	√	√	√
Art. 2 II	Schengen II: Erklärung 1; Beitrittsübereinkommen: Erklärung 1 Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses vom 14.12.1993 bezüglich der Erklärungen der Minister und Staatssekretäre SCH/Com-ex (93) 10 (ABl. 2000 L 239, 127); vom 22.12.1994 über das Inkraftsetzen des Schengener Durchführungsübereinkommens vom 19.6.1990 SCH/Com-ex (94) 29, 2. rev. (ABl. 2000 L 239, 130; vom Rat unzutreffend Art. 62 Nr.1 EGV zugewiesen) Beschluss 848/1999/EG des Rates über die vollständige Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstands in Griechenland vom 13.12.1999 (ABl. 1999 L 327, 58); Beschluss 777/2000/EG des Rates über die Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstands in Dänemark, Finnland und Schweden sowie in Island und Norwegen vom 1.12.2000 (ABl. 2000 L 309, 24)	√	√	√
Art. 4	Beschluss 365/2000/EG des Rates zum Antrag des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, einzelne Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf sie anzuwenden vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 131, 43) Beschluss 192/2002/EG des Rates zum Antrag Irlands auf Anwendung einzelner Bestimmungen des Schengen-Besitzstands auf Irland vom 28.2.2002 (ABl. 2002 L 64, 20)	√	–	√
Art. 6 I	Beschluss 439/1999/EG des Rates vom 17.5.1999 über den Abschluss des Übereinkommens mit der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (ABl. 1999 L 176, 35); Beschluss 437/1999/EG des Rates vom 17.5.1999 zum Erlass bestimmter Durchführungsvorschriften (ABl. 1999 L 176, 31)	√	–	√
Art. 6 II	Beschluss 29/2000/EG des Rates über den Abschluss des Übereinkommens mit der Republik Island und dem Königreich Norwegen zur Festlegung der Rechte und Pflichten zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich einerseits und der Republik Island und dem Königreich Norwegen andererseits in den für diese Staaten geltenden Bereichen des Schengen-Besitzstands vom 28.6.1999 (ABl. 2000 L 15, 2)	√	√	√
Art. 7	Entscheidung 307/1999/EG des Rates über die Einzelheiten der Eingliederung des Schengen-Sekretariats in das Generalsekretariat des Rates vom 1.5.1999 (ABl. 1999 L 119, 49) ¹⁸	√	√	√

¹⁷ Beschluss 323/1999/EG des Rates vom 3.5.1999 zur Festlegung einer Finanzregelung für die Haushaltsaspekte der vom Generalsekretär des Rates zu verwaltenden Verträge über die Einrichtung und den Betrieb des Help Desk Server der Managementeinheit und der Phase II des SIRENE-Netzes, die von ihm als Vertreter bestimmter Mitgliedstaaten geschlossen worden sind (ABl. 1999 L 123, 51); Beschluss 265/2000/EG des Rates zur Festlegung einer Finanzregelung für die Haushaltsaspekte der vom Stellvertretenden Generalsekretär des Rates zu verwaltenden Verträge über die Einrichtung und den Betrieb der Kommunikationsinfrastruktur für den Schengen-Rahmen („Sisnet“), die von ihm als Vertreter bestimmter Mitgliedstaaten geschlossen worden sind vom 27.3.2000 (ABl. 2000 L 85, 12); geändert durch Beschluss 664/2000/EG des Rates vom 23.10.2000 (ABl. 2000 L 278, 24) und Beschluss 171/2003/EG des Rates vom 27.2.2003 (ABl. 2003 L 69, 23). Diese Beschlüsse wurden vom Rat wohl zu Unrecht auf Art. 2 I Schengen-Protokoll gestützt; vgl. *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/226 ff.

¹⁸ Siehe auch Beschluss 322/1999/EG des Rates vom 3.5.1999 zur Ermächtigung des Generalsekretärs des

N.N. ¹⁹	Schengen II: Art. 92-119 Beschlüsse und Erklärungen des Schengen-Exekutiv Ausschusses zur Einrichtung und Organisation des SIS ²⁰	√ ²¹	√ ²²	SP3
Rechts- grund- lage	Vorschläge	DK	UK IRL²³	Erw.
EGV				
Art. 62	Initiative der Portugiesischen Republik im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Rates über den Zeitraum, in dem von der Visumpflicht befreite Staatsangehörige dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten Reisefreiheit genießen (ABl. 2000 C 164, 6) Initiative der Hellenischen Republik im Hinblick auf die Annahme einer Entscheidung des Rates zur Festlegung der Mindestangaben auf Schildern an Grenzübergangsstellen an Außengrenzen (ABl. 2003 C 125, 6)	SP2	– ²⁴	N.N.
	Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1683/95 des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung (KOM(2003) 217)	SP2	–	√

Rates der Europäischen Union, im Zusammenhang mit der Eingliederung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union in bezug auf den Abschluss von Verträgen über die Einrichtung und den Betrieb des Help Desk Server der Managementeinheit und des SIRENE-Netzes (Phase II) als Vertreter bestimmter Mitgliedstaaten zu handeln und solche Verträge zu verwalten (ABl. 1999 L 123, 49) sowie Beschluss 870/1999/EG des Rates vom 17.12.1999 zur Ermächtigung des stellvertretenden Generalsekretärs des Rates der Europäischen Union, beim Abschluss von Verträgen über die Einrichtung und den Betrieb der Kommunikationsinfrastruktur für den Schengen-Rahmen („SISNET“) als Vertreter bestimmter Mitgliedstaaten zu handeln und solche Verträge zu verwalten (ABl. 1999 L 337, 41).

- ¹⁹ Vgl. zur Nichtfestlegung einer Rechtsgrundlage für das SIS und das Sirene-Netzwerk und neuen Entwicklungen Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.) sowie *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/241 f.
- ²⁰ Beschlüsse des Schengen-Exekutiv Ausschusses vom 14.12.1993 bezüglich der Finanzregelung für die Einrichtung und den Betrieb des Schengener C.SIS SCH/Com-ex (93) 16 (ABl. 2000 L 239, 439); vom 7.10.1997 bezüglich des Anteils Norwegens und Islands an den Kosten für die Errichtung und den Betrieb des C.SIS SCH/Com-ex (97) 18 (ABl. 2000 L 239, 441); vom 7.10.1997 bezüglich der Entwicklung des SIS SCH/Com-ex (97) 24 (ABl. 2000 L 239, 442); vom 21.4.1998 bezüglich des C.SIS mit 15/18 Anschlüssen SCH/Com-ex (98) 11 (ABl. 2000 L 239, 452); vom 23.6.1998 bezüglich der Besenklauseil zur Abdeckung des gesamten technischen Besitzstands Schengens SCH/Com-ex (98) 29 rev. (ABl. 2000 L 239, 144); vom 28.4.1999 bezüglich des Sirene-Handbuchs SCH/Com-ex (99) 5 (ABl. 2000 L 239, 457). Erklärungen des Schengen-Exekutiv Ausschusses vom 18.4.1996 zur Bestimmung des Begriffs Drittausländers SCH/Com-ex (96) decl. 5 (ABl. 2000 L 239, 458); vom 28.4.1999 bezüglich der SIS-Struktur SCH/Com-ex (99) decl. 2 rev. (ABl. 2000 L 239, 459).
- ²¹ Solange diese Bestimmungen mangels Festlegung einer Rechtsgrundlage nach Maßgabe des Art. 2 I UAbs.3 Schengen-Protokoll als Unionsrecht der dritten Säule gelten, ist Dänemark in gleicher Weise gebunden wie alle anderen Mitgliedstaaten. Soweit für die Bestimmungen nachträglich die erste Säule jedenfalls teilweise als Rechtsgrundlage festgelegt würde, richtete sich die dänische Stellung nach „SP1“; für jede Weiterentwicklung im Rahmen der ersten Säule gilt „SP2“.
- ²² Außer Art. 96 Schengen II.
- ²³ Das Vereinigte Königreich und Irland können ihre Teilnahme nach Art. 3 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) notifizieren.
- ²⁴ Keine Beteiligung, da die beiden atlantischen Inselstaaten am Visa-Regime ebenso wenig teilnehmen wie am Außengrenzkontrollregime des Schengener Rechts.

Art. 63 Nr.1	Initiative Österreichs im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Rates zur Festlegung der Kriterien für die Bestimmung der Staaten, die zur Übernahme der Zuständigkeit für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags als sichere Drittstaaten qualifiziert werden, sowie zur Aufstellung einer Liste von europäischen sicheren Drittstaaten (ABl. 2000 C 17, 6)	–	N.N.	
Art. 63 Nr.2	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen (KOM(2001) 510)	–	N.N.	√
	Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (KOM(2002) 326)	–	UK: √ IRL: – 25	√
Art. 63 Nr.3	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit (KOM(2001) 386) Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Erteilung kurzfristiger Aufenthaltstitel für Opfer der Beihilfe zur illegalen Einwanderung und des Menschenhandels, die mit den zuständigen Behörden kooperieren (KOM(2002) 71) Initiative der Bundesrepublik Deutschland für eine Richtlinie des Rates über die Unterstützung beim Transit im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftwege (ABl. 2003 C 4, 8) Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige (KOM(2003) 218) Initiative der Italienischen Republik im Hinblick auf den Erlass einer Entscheidung des Rates betreffend die Organisation von Sammelflügen zur Rückführung von Drittstaatsangehörigen, die individuellen Rückführungsmaßnahmen unterliegen, aus dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten vom 31.10.2003 (Rats-Dok. 14205/03) Initiative der Italienischen Republik im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Rates über die Unterstützung bei der Durchbeförderung durch das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaatsangehörigen (Rats-Dok. 12206/03)	–	N.N.	√
	Vorschlag der Kommission für eine Entscheidung des Rates zur Festlegung der Kriterien und praktischen Modalitäten zum Ausgleich finanzieller Ungleichgewichte aufgrund der Anwendung der Richtlinie 2001/40/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen (KOM(2003) 49)	–	√ ²⁶	SP3 ²⁷
Art. 63 Nr.4	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie betreffend den Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (KOM(2001) 127)	–	N.N.	√

²⁵ Vgl. Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 28./29.11.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 14817/02 (Presse 375), S. 10.

²⁶ Wegen Beteiligung an RL 40/2001/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 149, 34), auf die sich der Entscheidungsvorschlag stützt.

²⁷ Da vorerst keine Anwendbarkeit der zu Grunde liegenden RL 40/2001/EG nach Art. 3 II Beitrittsakte 2003.

	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Aufnahme eines Studiums, einer Berufsbildung oder eines Freiwilligendienstes (KOM(2002) 548); zusätzlich gestützt auf Art. 63 Nr.3 EGV			
Art. 65	Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (KOM(2002) 341) Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) (KOM(2003) 168)	–	N.N.	√
	Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 in Bezug auf Unterhaltssachen (KOM(2002) 222) Initiative des Königreichs der Niederlande im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2000 C 164, 6)	–	√ ²⁸	√
Art. 66	Initiative des Königreichs Spanien im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Rates über die Einführung neuer Funktionen für das Schengener Informationssystem, insbesondere im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung (ABl. 2002 C 160, 5)	SP2	– ²⁹	SP3
Art. 71	Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen hinsichtlich des Zugangs der in den Mitgliedstaaten für die Ausstellung von Zulassungsbescheinigungen für Fahrzeuge zuständigen Dienststellen zum Schengener Informationssystem (KOM(2003) 198)	N.N.	N.N.	√ ³⁰
EUV				
Art. 30	Initiative des Königreichs Spanien im Hinblick auf die Annahme eines Beschlusses des Rates über die Einführung neuer Funktionen für das Schengener Informationssystem, insbesondere im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung (ABl. 2002 C 160, 7; zusätzlich gestützt auf Art. 31 EUV)	√	√ ³¹	SP3

²⁸ Das Vereinigte Königreich und Irland haben ihren Teilnahmewunsch hinsichtlich KOM(2002) 222 erklärt; vgl. Presseerklärung, Rats-Dok. 14817/02 (Presse 375), S. 16. An der niederländischen Initiative nehmen die beiden Mitgliedstaaten wegen der Beteiligung an VO 44/2002/EG notwendig teil.

²⁹ Nach Erwägungsgrund 10 f. nehmen das Vereinigte Königreich und Irland mangels Übernahme der geänderten Rechtsnormen nicht an der Abstimmung teil; hierzu Kapitel 3 II 3 (S. 95 ff.).

³⁰ Näher zur Problematik dieses Verordnungsvorschlags in Kapitel 8 I 4 (S. 241 ff.).

³¹ Wegen vorheriger Übernahme des geänderten Schengener Rechts zwingende Teilnahme (Kapitel 3 II 2 b; S. 94 f.), die auch in den Erwägungsgründen 9 f. zutreffend angenommen wird.

Kapitel 4

WIRTSCHAFTS- UND WÄHRUNGSUNION

Der Jurist und Ökonom *Jacques Rueff* prägte als Richter die frühe Rechtsprechung des Gerichtshofs mit und koordinierte unter Präsident *de Gaulle* die Währungsreform der fünften französischen Republik. Ihm sind die Worte zugeschrieben, dass „l'Europe se fera par la monnaie ou elle ne se fera pas“¹. Demnach müsste die europäische Integration durch die Einführung des Euro einen wesentlichen Schritt vorangekommen sein. Aber inwiefern untergräbt die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion die integrationsstiftende Funktion der gemeinsamen Währung? Hierauf wird in verfassungstheoretischer Perspektive einzugehen sein². Zunächst geht es um die rechtliche Ausgestaltung von Ungleichzeitigkeit in der Wirtschafts- und Währungsunion. Im Hinblick auf das Verhältnis von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht ist die Einbettung der Währungsunion in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union aufzuzeigen: Welche Rechtsstellung haben die *outs* und die *ins* und welche Perspektiven bestehen für eine Ergänzung der Währungsunion durch eine europäische Wirtschaftsregierung der Euro-Gruppe?

Die europäische Währungsverfassung kennzeichnet eine „relative Eigenständigkeit innerhalb der Verfassung der Gemeinschaft“³. Diese kommt insbesondere im eigenen institutionellen Rahmen zum Ausdruck. Herzstück des institutionellen „sous-système autonome“⁴ der Währungsunion ist die unabhängige EZB, neben der die regulären Gemeinschaftsorgane nur begrenzte Befugnisse besitzen. Aus diesem Grund können die Spezialregelungen der Wirtschafts- und Währungsunion nur im begrenzten Umfang zur Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit beitragen. Die Darlegungen dieses Kapitels sind auch deshalb auf allgemeine Entwicklungslinien beschränkt⁵. Anstatt den aus heutiger Sicht rechtshistorischen Entscheidungsprozess über die Einführung des Euro nachzuzeichnen, liegt der Schwerpunkt auf Gegenwart und Zukunft von Ungleichzeitigkeit in der Wirtschafts- und Währungsunion. *De lege lata* ist vor allem deren währungspolitischer Bereich ungleichzeitig ausgestaltet. *De lege ferenda* könnten einige Mitgliedstaaten jedoch eine engere wirtschaftspolitische Kooperation vereinbaren.

¹ Zitiert nach *F. Snyder*, *Constitution?*, in: *Craig/de Búrca* (1999), S. 435. Lebenslauf unter <www.academie-francaise.fr/immortels/base/academiciens/fiche.asp?param=630:>>.

² Kapitel 12 III 4 (S. 370 ff.).

³ *Grabitz/Hilf-I. Pernice*, Art. 4a EGV (1996) Rn. 2.

⁴ *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 20.

⁵ Für weiterführende Gedanken sei auf die umfassenden Arbeiten anderer Autoren verwiesen; siehe etwa *P. Beaumont/N. Walker*, *Euro*, in: dies. (1999), S. 171; *R. Jochimsen*, *Perspektiven* (1998); *F. Snyder*, *Constitution?*, in: *Craig/de Búrca* (1999), S. 417; *Louis* ebd.; *M. Selmayr*, *Rechtsgemeinschaft*, AöR 122 (1999), 357 sowie *C. Zilioli/ders.*, *External*, CML Rev. 36 (1999), 273 mit einer Erwiderung von *R. Torrent*, ECB, CML Rev. 36 (1999) 1229 und einer Replik von *dies.*, ECB, CML Rev. 37 (2000), 591.

I Rechtsstellung der outs

Die Idee einer ungleichzeitigen Verwirklichung der Währungsunion geht zurück auf den *Tindemans*-Bericht über die Europäische Union aus dem Jahr 1975. Er schlug vor, dass die Verwirklichung der Währungsunion „zeitlich auseinander gezogen“ werden solle. Ausdrücklich betont *Tindemans*, dass es hierbei „nicht um ein Europa *à la carte*“ geht. Die Differenzierung soll sich auf „als objektiv anerkannte Gründe“ stützen, die in besonderen wirtschaftlichen und finanzpolitischen Kriterien niedergelegt werden; „der Akkord aller über das gemeinschaftlich zu erreichende Ziel bindet jeden Einzelnen“⁶. Dieses ursprüngliche Modell der Währungsunion reiht sich ein in das frühe Integrationskonzept eines Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten, das eine Differenzierung nur aufgrund vermeintlich objektiver Gegebenheiten zulässt. Die abgestufte Integration ist hier ein zeitliches Übergangsphänomen, das mit dem Wegfall des Differenzierungskriteriums gleichsam automatisch endet. In den Konvergenzkriterien des Vertrags von Maastricht wurde dies Modell auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit umgesetzt.

Die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion beschränkt sich jedoch nicht auf die Nichterfüllung der Konvergenzkriterien. Vielmehr stellt der Vertrag von Maastricht dem Vereinigten Königreich und Dänemark ausdrücklich frei, ob sie sich an der Währungsunion beteiligen möchten oder nicht. Auch wenn diese Mitgliedstaaten die Konvergenzkriterien erfüllen, können sie als *outs* Außen vor bleiben. Diese politische Freistellung durchbricht das an objektiven Kriterien orientierte Differenzierungsregime. Es ist dies der Beginn des Zeitalters neuer Integrationskonzepte einer differenzierten Behandlung der Mitgliedstaaten. Maßgeblich für die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion ist kein objektives volkswirtschaftliches Kriterium, sondern der demokratisch geformte politische Beteiligungswille der Mitgliedstaaten⁷. Es überrascht, dass gerade die Währungsunion denn Dambruch für politisch motivierte Ungleichzeitigkeit bereitete. Wird doch die Währungsunion vielfach als funktionalistische Vollendung des Binnenmarkts verstanden, dessen Integrationslogik der volkswirtschaftlichen *spill over* eine politische Differenzierung eigentlich nicht zulässt⁸.

1 Nichterfüllung der Konvergenzkriterien

In den Konvergenzkriterien des Vertrags von Maastricht wurde das Modell des *Tindemans*-Berichts rechtlich umgesetzt. Hiernach können – und müssen – nur Mitgliedstaaten, die die Konvergenzkriterien (Unabhängigkeit der nationalen Zentralbank, Preisstabilität, Haushaltsdefizit, Teilnahme am Wechselkursmechanismus im Rahmen der Bandbreiten, langfristiges Zinsniveau)⁹ erfüllen, an der gemeinsamen Währung teilhaben. Mitgliedstaaten, welche die

⁶ L. *Tindemans*, Bericht, EA 1976, D53/67. Allgemein zur Entstehungsgeschichte der Währungsunion etwa Hahn ebd. 783 ff.; Jochimsen ebd. 23-57 und Snyder ebd. 421-435.

⁷ Zu den verschiedenen politischen Integrationskonzepten bereits Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

⁸ Hierzu Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

⁹ Siehe Art. 121 I EGV i.V.m. Art. 104 VI EGV und dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (1992), das die Referenzwerte auf 3% bzw. 60% des Bruttoinlandsprodukt für das jährliche Haushaltsdefizit und die Gesamtverschuldung der Mitgliedstaaten konkretisiert. Näher zur Auslegung und Anwendung der Konvergenzkriterien Grabitz/Hilf-R. *Bandilla*, Art. 109j EGV (1997); Groeben/Thiesing/Ehlermann-A. *Bothe/K. Bünger/F. von Estorff*, Art. 109j EGV; D. *Bankier*, Stabilitätskriterien, in: Rill/Griller (1998), S. 105; U. *Häde*, Griechenland, in: Papatou (1999), S. 49; ders., Währungsintegration, in: FS Hahn (1997), S. 141; E. *Vranes*, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/364-372; F. *Snyder*, Constitution?, in: Craig/de Búrca (1999), S. 444-448 und P. *Beaumont/N. Walker*, Euro, in: dies. (1999), S. 172 ff.

Kriterien nicht erfüllen, bleiben aufgrund einer Ausnahmeregelung vorerst Außen vor. Das Übergangsregime endet mit der Erfüllung der Konvergenzkriterien. Den vormaligen *outs* ist nunmehr die gleichberechtigte Teilnahme an der Währungsunion gestattet. Nach Maßgabe des vertraglich vorgesehenen Verfahrens stellte der Rat in Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs am 3. Mai 1998 fest, dass elf Mitgliedstaaten ohne politische Freistellung die Konvergenzkriterien erfüllen¹⁰. Seit dem 1. Januar 1999 nehmen diese elf Mitgliedstaaten ohne Einschränkung an der dritten Stufe der Währungsunion teil¹¹. Im Fall von Griechenland und Schweden stellte der Rat dagegen fest, dass die beiden Mitgliedstaaten wegen der Nichterfüllung einzelner Konvergenzkriterien dem besonderen Rechtsregime für „Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt“¹².

Die Gewährung einer Ausnahmeregelung für Schweden wirft besondere Probleme auf, weil Schweden die wirtschafts- und finanzpolitischen Konvergenzkriterien grundsätzlich erfüllt. Seine ungleichzeitige Sonderposition stützt sich formal einzig auf die Nichtteilnahme am Wechselkursmechanismus und die fehlende Unabhängigkeit der schwedischen Zentralbank¹³. Schweden ist gemeinschaftsrechtlich jedoch grundsätzlich zur Teilnahme am WKM II verpflichtet¹⁴ und muss auch die Unabhängigkeit seiner Notenbank gewährleisten¹⁵. Die Nichtbeachtung dieser Verpflichtungen könnte theoretisch im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens festgestellt und mit einem Zwangsgeld nach Art. 228 EGV belegt werden. Soweit Schweden in Umsetzung dieser Verpflichtungen alle Konvergenzkriterien erfüllte, hätte es „rechtlich keine Handhabe, die volle Teilnahme an der 3. Stufe einseitig auszuschlagen.“¹⁶ Mit einer qualifizierten Mehrheit nach Art. 122 II EGV könnte die Teilnahme Schwedens an der gemeinsamen Währung vom Rat letztlich auch gegen dessen Willen festgestellt werden¹⁷.

Die grundsätzliche Teilnahmepflicht Schwedens an der gemeinsamen Währung ist eine notwendige Folge der Konzeption der Ausnahmeregelung als einer an objektiven Kriterien orientierten Übergangsregelung. Eine politische Freistellung nach dem Vorbild der dänisch-britischen Regelung wurde Schweden gerade nicht gewährt und, soweit ersichtlich, während der Beitrittsverhandlungen auch nicht erörtert. Es ist Spekulation, ob die Mitgliedstaaten sich

¹⁰ Gemäß Entscheidung 317/98/EG des Rates nach Art. 109j Absatz 4 des Vertrags vom 3.5.1998 (ABl. 1998 L 139, 30) erfüllen die Konvergenzkriterien: Belgien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien

¹¹ Die unwiderrufliche Festlegung der Wechselkurse nach Art. 123 IV EGV erfolgte durch Verordnung 2866/98/EG des Rates über die Umrechnungskurse zwischen dem Euro und den Währungen der Mitgliedstaaten, die den Euro einführen vom 31.12.1998 (ABl. 1998 L 359, 1).

¹² Art. 122 I EGV.

¹³ Art. 13 Entscheidung 317/98/EG, oben Fn. 10 (S. 133): „In Schweden sind die innerstaatlichen Rechtsvorschriften einschließlich der Satzung der nationalen Zentralbank nicht mit den Artikeln 107 und 108 des Vertrags und der Satzung des ESZB vereinbar... Schwedens Währung hat zu keiner Zeit am WKM teilgenommen; in den zwei Jahren der Referenzperiode hat der Wert der Schwedischen Krone (SEK) gegenüber den am WKM teilnehmenden Währungen geschwankt, was unter anderem das Fehlen eines Wechselkurszieles widerspiegelt.“

¹⁴ Jedenfalls soweit das Konvergenzkriterium der Wechselkursstabilität den WKM II überhaupt umfasst; näher Kapitel 4 I 3 (S. 136 ff.).

¹⁵ Art. 108, 109 EGV, der auch für Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung gilt.

¹⁶ Grabitz/Hilf-R. *Bandilla*, Art. 109k EGV (1997) Rn. 11.

¹⁷ Vgl. *Bandilla* ebd. 11; Calliess/Ruffert-U. *Häde*, Art. 122 EGV Rn. 3; *H. Kortz*, Übergang (1996), S. 69 sowie *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 146 f. Es sei hier dahingestellt, ob Schweden durch die Berufung auf den nach Auffassung einer Mindermeinung gewohnheitsrechtlich anerkannten „Kompromiss von Luxemburg“ eine Abstimmung verhindern könnte.

einem EU-Beitritt Schwedens widersetzt hätten, wenn Schweden während der Verhandlungen auf einer politischen Freistellung nach dem Vorbild seines Nachbarn Dänemarks bestanden hätte¹⁸. Die Tatsache, dass dies bei Schweden und Finnland trotz ihres einseitigen Hinweises auf die notwendige Zustimmung des nationalen Parlaments zur Euro-Teilnahme nicht geschah, unterstreicht, dass ungleichzeitige Sonderpositionen bislang ein Privileg der Altmitglieder sind, deren notwendige Zustimmung zu einer Vertragsänderung nur durch die Gewährung einer ungleichzeitigen Ausnahme erreicht werden kann¹⁹. Gleichwohl gestattet die von der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten geduldete, prima facie gemeinschaftsrechtswidrige Nichterfüllung der Konvergenzkriterien Schweden faktisch eine politische Freistellung und vermeidet einen Verfassungskonflikt, der die Rechtsgemeinschaft Europa in ihren Grundfesten erschüttern würde²⁰.

2 Politische Freistellung

Während der Regierungskonferenz über den späteren Vertrag von Maastricht wurde alsbald deutlich, dass die Währungsunion nur unter der Bedingung verwirklicht werden kann, dass dem Vereinigten Königreich die Teilnahme freigestellt wird. Die hieraus resultierende Ungleichzeitigkeit wurde von keiner Seite als Selbstzweck angestrebt: Die meisten Mitgliedstaaten befürworteten eine gleichzeitige Währungsunion nach Maßgabe der Konvergenzkriterien, während das Vereinigte Königreich die europäische Währungsunion ganz ablehnte – auch unter der Maßgabe von Ungleichzeitigkeit. Die vereinbarte Regelung war somit nicht Ausfluss eines generellen politischen Integrationskonzepts der Ungleichzeitigkeit, sondern ein pragmatischer Kompromiss zur Erreichung der für eine Vertragsänderung erforderlichen Einstimmigkeit. Der Gedanke, einem jedem Mitgliedstaat die Teilnahme an der Währungsunion freizustellen, wurde bewusst verworfen²¹.

Kernstück der weitreichenden britischen Ausnahme ist die in Nr. 1 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992) normierte politische Freistellung von der Währungsunion. Auf ihrer Grundlage notifizierte die britische Regierung am 30. Oktober 1997 die beabsichtigte Nichtteilnahme²². Die Aus-

¹⁸ Rechtlich könnte eine derartige Ausnahme im Rahmen eines Beitrittsvertrags nach Art. 49 EUV wohl normiert werden; Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

¹⁹ Es sei an dieser Stelle nicht näher untersucht, ob eine einseitige Erklärung bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde als völkerrechtlicher Vorbehalt eine politische Freistellung begründen kann. Näher zum entsprechenden „Parlamentsvorbehalt“ Schwedens *M. Seidel*, Schwächen, *EuR* 2000, 861; zu demjenigen Finnlands *Louis* ebd. 146. Insoweit sei auch an die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erinnert, die der deutschen Ratifikationsurkunde zum Vertrag von Maastricht beigefügt wurde und unter ausdrücklicher Zurückweisung eines „Automatismus“ des Übergangs zur Währungsunion auf die Notwendigkeit einer „weiteren, parlamentarisch zu beeinflussenden Zustimmung der Bundesregierung“ verweist; BVerfGE 89, 155/204 – *Maastricht*.

²⁰ Siehe auch *J. Dutheil de la Rochère*, *External*, *Y.E.L.* 19 (1999/2000), 427/438: „political solutions are preferred to direct confrontation“; *P. Beaumont/N. Walker*, *Euro*, in: dies. (1999), S. 178: „political decision“ und *F. Tuytschaever*, *EMU*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 173 f.: Die absichtliche Nichterfüllung der Kriterien vermeidet eine „serious institutional crisis.“ *Louis* ebd. 147 verweist auf die „limites des considérations juridiques.“

²¹ *J.-V. Louis*, *U.E.M.*, in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 148: „Il fallait cependant éviter à tout prix l’introduction d’une formule générale d’« opting out », qui eût donné le droit à chaque Etat de ne pas participer à la troisième phase.“

²² Nr. 1 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992): „Das Vereinigte Königreich notifiziert dem Rat, ob es den Übergang zur dritten Stufe beabsichtigt.“ Zur Notifikation des Vereinigten Königreichs Erwägungsgrund 5 Entscheidung 317/98/EG, oben

nahme „la plus symbolique“²³ ist hierbei die Freistellung des Vereinigten Königreichs von der in Art. 4 II EGV konkretisierten Zielvorgabe der Einführung einer gemeinsamen Währung²⁴. Es überrascht beinahe, dass das Vereinigte Königreich sich die Möglichkeit einer Teilnahme an der Währungsunion ausdrücklich offen hielt – ohne dass hierfür wie beim Sozialprotokoll eine Vertragsänderung erforderlich ist. Nach Nr. 10 des Protokolls kann nämlich das Vereinigte Königreich die Notifikation seiner Nichtteilnahme „jederzeit ändern“. In diesem Fall wird nach dem regulären Verfahren des Art. 122 II EGV die Einhaltung der Konvergenzkriterien überprüft und über die Teilnahme des Vereinigten Königreichs entschieden. Aus Sicht des britischen Verfassungsrechts erfordert dieser Schritt einzig die Änderung des *European Communities Act* durch eine einfache Parlamentsmehrheit²⁵. Die Regierung von Premierminister Blair hat sich jedoch politisch verpflichtet, insoweit dem Ergebnis eines konsultativen Referendums zu folgen. Dies wiederum soll nur dann anberaunt werden, wenn fünf eher weit gefasste „britische Konvergenzkriterien“ einen wirtschaftlichen Vorteil durch die Teilnahme an der Währungsunion indizieren²⁶.

Die dänische Regierung vertrat während der Vertragsverhandlungen über den Vertrag von Maastricht die Auffassung, dass die dänische Verfassung vor der endgültigen Entscheidung über die dänische Teilnahme an der dritten Stufe der Währungsunion selbst dann ein erneutes Referendum verlange, wenn der Vertrag von Maastricht mit seinen zeitlichen und rechtlichen Vorgaben für die Einführung der gemeinsamen Währung zuvor durch ein Referendum gebilligt wurde²⁷. Aus diesem Grund bestimmt das Protokoll über einige Bestimmungen betreffend Dänemark (1992), dass die dänische Regierung dem Rat notifiziert, ob Dänemark an der Währungsunion teilnehmen möchte. Diese Notifikation sollte ursprünglich erst vor der Entscheidung über den Übergang zur dritten Stufe im Jahr 1998 erfolgen, wurde nach der ersten Ablehnung des Vertrags von Maastricht durch die dänische Bevölkerung jedoch vorgezogen²⁸. Aus der „option of opt-out“ wurde insoweit ein „guaranteed opt-out“²⁹, das die Zustimmung der dänischen Bevölkerung zum Vertrag von Maastricht im zweiten Referendum

Fn. 10 (S. 133).

²³ *Louis* ebd. 154.

²⁴ Nr. 5 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992).

²⁵ *D. Elles*, Maastricht, in: O’Keeffe/Twomey (1994), S. 341.

²⁶ Die „five economic tests“ der *Labour*-Regierung lauten: (1) Angleichung der Konjunkturzyklen und Wirtschaftsstrukturen, die eine einheitliche Zinsstufe rechtfertigen; (2) positive Auswirkung auf langfristige Investitionen im Vereinigten Königreich; (3) Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der britischen Finanzdienstleistungsunternehmen, insbesondere in der Londoner *city*; (4) Flexibilität innerhalb des Systems, um eventuellen Problemen zu begegnen; (5) Förderung von mehr Wachstum, Stabilität und Beschäftigung. Näher, auch zur ökonomischen Analyse und Sinnhaftigkeit dieser Kriterien, R. *Barbell/K. Dury*, *Macroeconomic*, JCMSt. 38 (2000), 625.

²⁷ Näher *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 148 und Erwägungsgrund 2 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend Dänemark (1992): „MIT RÜCKSICHT DARAUF, dass die dänische Verfassung Bestimmungen enthält, die vor der Teilnahme Dänemarks an der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion in Dänemark eine Volksabstimmung erfordern könnten...“

²⁸ Abschnitt B Nr. 1 Beschluss der im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs zu bestimmten von Dänemark aufgeworfenen Problemen betreffend den Vertrag über die Europäische Union, Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Teil B, Anhang 1: „Dänemark hat notifiziert, dass es nicht an der dritten Stufe teilnehmen wird. Diese Notifizierung wird mit Inkrafttreten dieses Beschlusses wirksam.“

²⁹ *D. Howarth*, *Denmark*, CML Rev. 31 (1994), 765/770.

beförderte. Ebenso wie das Vereinigte Königreich kann Dänemark jederzeit einen Antrag auf Teilnahme an der gemeinsamen Währung stellen³⁰.

3 Rechtliche und institutionelle Anbindung

Nach dem Konzept des EG-Vertrags begann die dritte Stufe der Währungsunion am 1. Januar 1999 für die Gemeinschaft als Ganzes – einschließlich Griechenland und Schweden, die infolge der Nichterfüllung einzelner Konvergenzkriterien dem Rechtsregime für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung unterfielen. Diese Ausnahmeregelung bewirkt die Anwendbarkeit eines rechtlichen Sonderregimes. Hiernach sind die betroffenen Mitgliedstaaten in einigen Punkten so gestellt, als ob sie in der zweiten Stufe der Währungsunion verblieben, während einzelne Regelungen der dritten Stufe bereits gelten. Dänemark ist einem Mitgliedstaat mit Ausnahmeregelung gleichgestellt, während für das Vereinigte Königreich weitergehende Ausnahmen normiert wurden. Die rechtliche und institutionelle Anbindung der *outs* an die gemeinsame Währung ist als Vorstufe zu ihrer späteren Teilnahme eine wichtige Garantie für die Offenheit der Währungsunion für alle Mitgliedstaaten³¹. Sie garantiert darüber hinaus die Einbettung der ungleichzeitigen Währungsunion in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union.

Für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung erklärt der EG-Vertrag in Fortführung der zweiten Stufe insbesondere die Bestimmungen über den Übergang der währungspolitischen Zuständigkeiten auf das ESZB und die Gemeinschaftsorgane für nicht anwendbar. Auch die Sonderbestimmungen der zweiten Stufe zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten gelten fort und die nationalen Zentralbanken dürfen öffentlichen Einrichtungen weiterhin keine Kreditfazilitäten gewähren³². In den Vertragsbestimmungen, die nur die *ins* betreffen, spricht der EG-Vertrag zwar allgemein von den „Mitgliedstaaten“. Diese Formulierung muss im Lichte des Art. 122 IV EGV jedoch als „Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung gilt“, gelesen werden³³. Diese Verweisteknik erschwert das isolierte Verständnis der Vertragsbestimmungen, illustriert jedoch auch, dass die Währungsunion auf eine gleichzeitige Geltung in allen Mitgliedstaaten angelegt ist. Ungleichzeitigkeit wird nur im Kapitel über „Übergangsbestimmungen“ behandelt.

Hieran ändert auch der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents in der Sache nichts. Allerdings verbessert seine Redaktion die Verständlichkeit und Transparenz der Vertragsbestimmungen zur Ungleichzeitigkeit der Währungsunion. So soll die kryptische Redaktions- und Verweisteknik des derzeitigen Art. 122 EGV abgelöst werden durch eine weitaus klarere Formulierung des Art. III-91 VVE-E, in dem die Zuständigkeiten der *ins* nicht mehr

³⁰ Ebd. Nr. 4: „Zur Aufhebung der Freistellung wird das Verfahren nach Artikel 122 Absatz 2 nur dann eingeleitet, wenn Dänemark einen entsprechenden Antrag stellt.“

³¹ Im Ergebnis ebenso *J.-V. Louis*, Monetary, CML Rev. 35 (1998), 33/64: „Everything in the Treaty demonstrates that the situation of the non-participation had to be considered as a temporary one“; *Grabitz/Hilf-R. Bandilla*, Art. 109k EGV (1997) Rn. 5: „Die Ausnahmeregelung ist als vorübergehender Status angelegt“ und *E. Vranes*, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/382: „The institutional framework is also meant to ensure a smooth transition of ‘rearguard’ countries.“

³² Der Fortbestand geldpolitischer „Souveränität“ ergibt sich aus Art. 122 III EGV und Art. 43.1 ESZB-Satzung. Zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten Art. 119, 120 EGV i.V.m. Art. 122 VI EGV und zu Kreditfazilitäten Art. 101 EGV, der für alle Mitgliedstaaten nach Art. 116 II EGV seit dem Beginn der zweiten Stufe gilt.

³³ Ebenso Art. 43.4 ESZB-Satzung: „In den Artikeln ... Satzung ist der Ausdruck ‚nationale Zentralbanken‘ im Sinn von ‚Zentralbanken der Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung gilt‘ zu verstehen.“

nur durch die Nennung von Vertragsartikeln umschrieben, sondern durch ausformulierte Begriffe bezeichnet werden. Auch werden alle Bestimmungen, die nur für Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelungen gelten, nunmehr im Abschnitt zu Übergangsbestimmungen zusammengeführt anstatt an verschiedenen Stellen im Vertragstitel zur Wirtschafts- und Währungsunion verstreut geregelt zu sein³⁴. Im Übrigen änderte der Europäische Konvent die materiellrechtlichen Bestimmungen zur Wirtschafts- und Währungspolitik aber nur in Randbereichen³⁵. Für den Aspekt der Ungleichzeitigkeit ist hierbei die Stellung der Euro-Gruppe von besonderem Interesse, die an späterer Stelle erörtert wird³⁶.

Eine Regelung der dritten Stufe, die auch für Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung gilt, ist die Pflicht übermäßige Defizite zu vermeiden. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann auch für die *ims* nach dem Verfahren des Art. 104 I-VIII EGV gerügt werden³⁷. Nur soweit der Stabilitätspakt eine Konkretisierung des Sanktionsverfahrens nach Art. 104 IX, XI EGV darstellt, gilt er für Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung nicht³⁸. Darüber hinaus müssen alle Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit ihrer nationalen Zentralbank sicherstellen, deren Bilanzierungsvorschriften an die harmonisierten europäischen Vorgaben anpassen und die Unabhängigkeit und Rechtspersönlichkeit der EZB auch dann achten, wenn sie aufgrund einer Ausnahmeregelung nicht an der gemeinsamen Währung teilhaben³⁹. Im Gegenzug können sie unter denselben Voraussetzungen wie andere Mitgliedstaaten gegen Rechtsakte der EZB klagen⁴⁰.

Die Ungleichzeitigkeit des Vereinigten Königreichs geht über die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung hinaus. Für das Vereinigte Königreich gelten nämlich alle Vertragsbestimmungen nicht, die Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung ab Beginn der dritten Stufe trotz ihrer Nichtteilnahme an der gemeinsamen Währung anwenden müssen. So muss das Vereinigte Königreich sich weiterhin nur „bemühen“, ein übermäßiges Defizit zu vermeiden, darf eine besondere Kreditfazilität beibehalten und ist nicht verpflichtet, die Unabhängigkeit der *Bank of England* rechtlich zu verankern und deren Bilanzierungsvorschriften an die harmonisierten Vorgaben des Europarechts anzugleichen⁴¹. Anders als die Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung verharret das Vereinigte Königreich somit faktisch in der zweiten Stufe und vermeidet eine rechtliche Annäherung der britischen Geldordnung an die gemeinsame Währung⁴². Die britische Sonderposition ist insofern nur bedingt in den rechtlichen Rahmen der europäischen Währungsverfassung eingebettet.

³⁴ Siehe Art. III-91-96 VVE-E. Die Reform wurde dadurch ermöglicht, dass nunmehr nur noch zwischen *ims* und *outs* der Währungsunion zu unterscheiden ist und nicht länger die Abfolge der verschiedenen Stufen für alle Mitgliedstaaten geregelt werden muss, welche die Redaktionstechnik des Vertrags von Maastricht bestimmte.

³⁵ Bemerkung verdient vor allem die vorgeschlagene Stärkung der Rolle der Kommission bei der Koordinierung der Wirtschaftspolitik nach Art. III-71 VVE-E (bisheriger Art. 99 EGV) sowie der Haushaltspolitik nach Art. III-76 VVE-E (Art. 104 EGV).

³⁶ Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.).

³⁷ In der zweiten Stufe mussten die Mitgliedstaaten sich nach Art. 116 IV EGV nur „bemühen“, übermäßige Defizite zu vermeiden; Art. 104 I EGV gilt nach Art. 116 III EGV erst in der dritten Stufe.

³⁸ Näher Kapitel 4 II 1 (S. 141 f.).

³⁹ Siehe Art. 107 II, 108 f. EGV, die nach Art. 122 III EGV auch für Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung gelten, sowie Art. 26.1, 26.3 und 26.4 ESZB-Satzung.

⁴⁰ Die Art. 230 I, 232 IV EGV beschränken das Klagerecht nicht etwa auf die *ims*.

⁴¹ Siehe im Einzelnen Nr. 5 ff. Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992) sowie H. Kortz, *Übergang* (1996), S. 67 ff.; U. Häde, *Währungsintegration*, in: FS Hahn (1997), S. 145 ff. und E. Vranes, *In/Out*, Columbia JEL 6 (2000), 361/376 f.

⁴² Näher die ökonomische Analyse bei P. Nölling, *Großbritanniens* (1997).

In institutioneller Hinsicht sind die nationalen Zentralbanken der *outs* zwar ein formaler Bestandteil des ESZB⁴³. Dieser Grundsatz ist jedoch insoweit relativiert, als die Mitwirkung der *outs* im EZB-Rat und dem EZB-Direktorium ausgeschlossen ist. Anders als im Rat umfasst der Ausschluss hierbei nicht nur das Stimmrecht, sondern auch die Teilnahme an den Sitzungen⁴⁴. Auch in personeller Hinsicht bleiben die beiden Beschlussorgane des ESZB den *outs* verschlossen: Zu Mitgliedern des Direktoriums können nur Staatsangehörige der *ins* ernannt werden⁴⁵ und eine Änderung seiner Zusammensetzung ist außerhalb turnusgemäßer Neubesetzungen auch dann nicht möglich, wenn ein *out* später an der gemeinsamen Währung teilnimmt⁴⁶. Selbst die Verwaltungskosten der EZB werden nur durch die *ins* finanziert⁴⁷. Die institutionelle Einbindung der *outs* in das ESZB reicht somit weniger weit als bei den regulären Organen der Europäischen Union nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit⁴⁸. Der Grund hierfür ist die institutionelle Eigenständigkeit des ESZB als einer unabhängigen Sonderinstitution der Wirtschafts- und Währungsunion.

Dennoch ist der institutionelle Ausschluss der *outs* nicht umfassend. Es wurde ergänzend ein eigenes Gremium errichtet: der Erweiterte Rat der EZB, in dem die Zentralbankpräsidenten der *outs* mit den Mitgliedern des EZB-Rats zusammenkommen. Eine währungspolitische Beschlussfassungskompetenz kommt dem Erweiterten Rat aber nicht zu. Über die Zinsbeschlüsse und anderen währungspolitischen Entscheidungen der EZB wird er nur „informiert“ und eine Aussprache oder gar Diskussion ist nicht vorgesehen⁴⁹. Tatsächlich wurde ein Konflikt- oder Spannungsverhältnis zwischen den beiden Institutionen in den vergangenen Jahren nicht bekannt. Die Warnung von *Louis*, der eine Beeinträchtigung der währungspolitischen Unabhängigkeit des EZB-Rats befürchtet hatte, bewahrheitete sich insofern nicht⁵⁰. Der Erweiterte Rat beeinträchtigt nicht die Unabhängigkeit des EZB-Rats, sondern unterstützt vielmehr eine möglichst reibungslose spätere Teilnahme der *outs* an der gemeinsamen Währung, indem er als institutionelle Anbindung ein Klima wechselseitigen Vertrauens schafft. Der Gemeinsame Rat ist damit eine besondere Form der institutionellen Einbettung der Un-

⁴³ Art. 107 EGV gilt nach Art. 122 III EGV auch für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung. Anders jedoch die *Bank of England* nach Nr. 8 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992).

⁴⁴ Insoweit eindeutig Art. 10.1 ESZB-Satzung, dessen Verweis auf die „Präsidenten der nationalen Zentralbanken“ gemäß Art. 43.4 ESZB-Satzung als „Präsidenten der Zentralbanken der Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung gilt,“ zu verstehen ist. Eine Teilnahme der Zentralbankpräsidenten der *outs* ohne Stimmrecht wurde bewusst verworfen; *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 151.

⁴⁵ Art. 112 II lit.b i.V.m. Art. 122 IV EGV.

⁴⁶ Kritisch *J. Usher*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/41. Von der Möglichkeit einer vorübergehenden Ernennung von weniger Direktoriumsmitgliedern nach Art. 50 ESZB-Satzung wurde kein Gebrauch gemacht. Dies hätte etwa die Ernennung eines britischen Direktoriumsmitglieds nach einem britischen Euro-Beitritt ermöglicht.

⁴⁷ Obwohl die Verwaltungskosten der anderen Organe bei Ungleichzeitigkeit ansonsten aus dem regulären EU-Haushalt finanziert werden; Kapitel 7 IV (S. 225 ff.). Einen Betriebskostenzuschuss der *outs* erwägen gleichwohl *U. Häde*, Währungsintegration, in: FS Hahn (1997), S. 144 und *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 153; de lege lata besteht er nach Art. 48, 30 ESZB-Satzung jedoch nicht.

⁴⁸ Hierzu Kapitel 7 (S. 205 ff.).

⁴⁹ Art. 47.4 ESZB-Satzung. Stattdessen beschränken sich die Befugnisse des Erweiterten Rats vor allem auf statistische Aufgaben und die regelmäßige Beurteilung der Konvergenzkriterien im Hinblick auf die *outs*; Art. 44, 47 ESZB-Satzung. Auch die Überwachung des WKM II wurde dem Erweiterten Rat der EZB übertragen; Art. 16 des Abkommens vom 1.9.1998, unten Fn. 52 (S. 139).

⁵⁰ *J.-V. Louis*, U.E.M., in: *Mégret* 6, 2. Aufl. 1995, S. 151 ff.; *ders.*, Monetary, CML Rev. 35 (1998), 33/68; ihm folgend kritisch auch *Groeben/Thiesing/Ehlermann-A. Weber*, Nach Art. 109m EGV: Satzung ESZB und EZB Rn. 1-9 und *U. Häde*, Währungsintegration, in: FS Hahn (1997), S. 150.

gleichzeitigkeit der Währungsunion und unterstreicht das allgemeine Ziel einer gleichberechtigten Teilhabe aller Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung.

Der EG-Vertrag und die ESZB-Satzung enthalten keine ausdrückliche Bestimmung über die Fortführung des Wechselkursmechanismus WKM, der im Rahmen des Europäischen Währungssystems die nationalen Zentralbanken zu Stützungskäufen bei Wechselkursschwankungen verpflichtete. Der Europäische Rat verständigte sich am 26. Juni 1997 in Amsterdam dennoch auf eine „Entschließung des Europäischen Rats über die Einführung eines Wechselkursmechanismus in der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion“⁵¹. In Umsetzung dieser politischen Vorgabe schloss die EZB mit den nationalen Zentralbanken der *outs* ein Abkommen über die Funktionsweise des WKM II⁵². Es besteht Uneinigkeit darüber, ob die *outs* zur Teilnahme am WKM II verpflichtet sind und ob eine Teilnahme an der gemeinsamen Währung auch unabhängig hiervon möglich ist, solange eine reale Wechselkurskonvergenz besteht⁵³. Insbesondere das Vereinigte Königreich, das ebenso wie Schweden bislang nicht am WKM II teilnimmt, lehnt eine Teilnahmepflicht aufgrund der „traumatischen“ politischen Erfahrung mit der gescheiterten Teilnahme am WKM I zu Beginn der 90er-Jahre ab und plädiert für eine Beurteilung des Konvergenzkriteriums der Wechselkursstabilität unabhängig vom WKM II⁵⁴. Es bleibt abzuwarten, ob die neuen Mitgliedstaaten nach der Erweiterung zur Teilnahme am WKM II angehalten werden oder gegebenenfalls ohne diese besondere rechtliche Anbindung später an der gemeinsamen Währung teilnehmen⁵⁵.

4 Herstellung von Gleichzeitigkeit

Griechenland erfüllte im Mai 1998 verschiedene Konvergenzkriterien nicht und wurde vom Rat dementsprechend als Mitgliedstaat mit Ausnahmeregelung eingestuft⁵⁶. Nachdem Grie-

⁵¹ ABl. 1997 C 236, 5.

⁵² Abkommen zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen Zentralbanken der nicht dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten über die Funktionsweise eines Wechselkursmechanismus in der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion vom 1.9.1998 (ABl. 1998 C 345, 6); geändert infolge der griechischen Euro-Teilnahme durch ein Abkommen vom 14.9.2000 (ABl. 2000 C 362, 11). Kritisch zur gewählten Rechtskonstruktion C. Zilioli/M. Selmayr, External, CML Rev. 36 (1999), 273/310-313; B. Martenczuk, Europäischer Rat, EuR 1998, 151/174; R. Smits, ECB (1997), insb. S. 464-467 und E. Vranes, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/377 ff.

⁵³ Siehe hierzu die Entschließung des Europäischen Rats von Amsterdam vom 16.6.1997, oben Fn. 51 (S. 139), Punkt 1.6: „Die Teilnahme an dem Wechselkursmechanismus ist für die nicht dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten freiwillig. Allerdings kann von den Mitgliedstaaten, für die eine Ausnahmeregelung gilt, erwartet werden, dass sie sich an dem Mechanismus beteiligen. Ein Mitgliedstaat, der sich nicht von Anfang an dem Wechselkursmechanismus beteiligt, kann dies zu einem späteren Zeitpunkt tun.“

⁵⁴ Vgl. P. Nölling, Großbritanniens (1997), S. 33-50. Eine britische Euro-Teilnahme ohne vorherigen EU-Beitritt hält auch Bundesbankpräsident Welteke für möglich; vgl. M. Milner, Banker Hints at British Euro Entry without the ERM, The Guardian vom 30.5.2001, S. 26.

⁵⁵ Nähere Argumente zum Für und Wider einer Teilnahmepflicht angesichts des Schweigens des EG-Vertrags finden sich bei P. Beaumont/N. Walker, Euro, in: dies. (1999), S. 172 ff.; J.-V. Louis, U.E.M., in: Mégret 6, 2. Aufl. 1995, S. 148; J. Usber, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 258 f. sowie Grabitz/Hilf-R. Bandilla, Art. 109k EGV (1997) Rn. 7 und 19. Die italienische Ratspräsidentschaft schlug während der Regierungskonferenz zuletzt eine Positivierung der Teilnahmepflicht in Art. III-92 II VVE-E vor; vgl. Regierungskonferenz-Dok. CIG 52/03

⁵⁶ Griechenland hatte seinerzeit ein übermäßiges Haushaltsdefizit, eine zu hohe Inflationsrate und zu hohe langfristige Zinsen und trat erst im März 1998 dem WKM bei; vgl. Art. 3 Entscheidung 317/98/EG, oben Fn. 10 (S. 133) und umfassend U. Häde, Griechenland, in: Papaschinopoulou (1999), S. 49 sowie E. Vranes, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/372 f.

chenland nunmehr die Konvergenzkriterien erfüllte, beschloss der Rat im Juni 2000 nach dem Verfahren des Art. 122 II EGV die Aufhebung der Ausnahmeregelung und legte den unwiderruflichen Wechselkurs zwischen dem Euro und der griechischen Drachme fest⁵⁷. Aufgrund dieser Entscheidung nimmt Griechenland seit 1. Januar 2001 an der gemeinsamen Währung teil und führte zeitgleich mit den anderen Mitgliedstaaten das Euro-Bargeld ein. Die Aufhebung der Ausnahmeregelung für Griechenland zeigt, dass die Offenheit der Währungsunion für alle Mitgliedstaaten nach denselben Kriterien nicht nur ein theoretisches Postulat ist, sondern in der Verfassungswirklichkeit praktiziert wird.

Auf derselben Grundlage wird nach der EU-Erweiterung auch über die Teilnahme der neuen Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung entschieden werden. Bei den Beitrittsverhandlungen haben weder die Mitgliedstaaten noch die Beitrittskandidaten eine besondere Übergangsbestimmung oder eine politische Freistellung nach britisch-dänischem Vorbild beantragt. Vielmehr erhalten die neuen Mitgliedstaaten mit dem Beitritt den Status eines Mitgliedstaats mit Ausnahmeregelung⁵⁸. Sie müssen somit schon vor dem Beitritt ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit den vorstehend aufgeführten Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung in Einklang bringen und etwa die Unabhängigkeit der nationalen Zentralbank gewährleisten.

Nach dem EU-Beitritt wird wie bei Griechenland über die Teilnahme der neuen Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung entschieden werden – auch wenn angesichts der volkswirtschaftlichen Umbruchsituation in Mittel- und Osteuropa Zweifel an der ökonomischen Sinnhaftigkeit der Konvergenzkriterien geäußert werden⁵⁹ und sich bereits eine Auseinandersetzung um die Auslegung des Kriteriums der Wechselkursstabilität am Horizont abzeichnet⁶⁰. Soweit die neuen Mitgliedstaaten alle Konvergenzkriterien erfüllen, könnte der Rat schon zwei Jahre nach dem EU-Beitritt die Ausnahmeregelung für einzelne oder alle neuen Mitgliedstaaten aufheben⁶¹. Die ausgedehnte Ungleichzeitigkeit der Währungsunion nach der Erweiterung wird hiernach schrittweise in eine gleichzeitige Teilnahme einer immer größeren Zahl an Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung überführt.

⁵⁷ Entscheidung 427/2000/EG des Rates gemäss Artikel 122 Absatz 2 des Vertrages über die Einführung der Einheitswährung durch Griechenland am 1. Januar 2001 vom 19.6.2000 (ABl. 2000 L 167, 19). Der Wechselkurs zwischen der griechischen Drachme und dem Euro wurde durch Verordnung 1478/2000/EG des Rates zur Änderung der Verordnung 2866/98/EG, oben Fn. 11 (S. 133), unwiderruflich festgelegt.

⁵⁸ Ausdrücklich Art. 4 Beitrittsakte 2003: „Jeder neue Mitgliedstaat nimmt ab dem Tag seines Beitritts als Mitgliedstaat, für den eine Ausnahmeregelung im Sinne des Artikels 122 des EG-Vertrags gilt, an der Wirtschafts- und Währungsunion teil.“

⁵⁹ Teilweise wird aus Sicht der Beitrittskandidaten argumentiert, dass eine Fixierung auf Wechselkursstabilität, geringe Haushaltsdefizite und niedrige Inflationsraten den erstrebten wirtschaftlichen Aufholprozess verlangsamen könnte; vgl. *M. Brost/C. Wernicke*, Hilfe, die Kleinen kommen, *Die Zeit* vom 22.11.2001, S. 31.

⁶⁰ Hierbei geht es um die Frage, ob nach einem Beitritt zum WKM II die derzeitige Schwankungsbreite von 15 Prozent oder die „historische“ Bandbreite von 2,25 Prozent gilt, die im WKM I zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrags von Maastricht galt und nach der europäischen Wechselkurskrise im Sommer 1993 aufgegeben wurde; vgl. *A. Krost/T. Major*, Osteuropa will leichtere Euro-Spielregeln, *Financial Times Deutschland* vom 8.9.2003, S. 18. Allgemein zum WKM II in Kapitel 4 I 3 (S. 136 ff.).

⁶¹ Der für das Konvergenzkriterien der Wechselkursstabilität vorgesehene Zwei-Jahres-Zeitraum beginnt erst nach dem EU-Beitritt. Die Entscheidung der Frage, welcher Zeitraum zwischen der Erfüllung der Konvergenzkriterien und der tatsächlichen Teilnahme an der gemeinsamen Währung vergeht, liegt dagegen grundsätzlich im Ermessen des Rates; so *Grabitz/Hilf-R. Bandilla*, Art. 109k EGV (1997) Rn. 11. Anders als bei Griechenland und ebenso wie bei den elf ursprünglichen Mitgliedern der Euro-Gruppe kann die Einführung des Euros als Buchwährung und die Ausgabe des Euro-Bargelds zeitlich auseinander fallen.

Die schwedische Bevölkerung entschied sich aufgrund der rechtlich zwar zweifelhaften, politischen aber dennoch zugestandenen Wahlmöglichkeit in einem Referendum am 14. September 2003 gegen einen Euro-Beitritt in den kommenden Jahren. Hierbei fiel das Ergebnis mit einer Ablehnung von 56,1% bei einer Wahlbeteiligung von über 80% überraschend deutlich aus⁶². Dies negative Votum dürfte die Wahrscheinlichkeit eines britischen Referendums verringert haben, das Premierminister *Blair* ursprünglich für die laufende Legislaturperiode bis zum Jahr 2006 angekündigt hatte⁶³. Auch ein zweites dänisches Referendum ist vorläufig nicht absehbar⁶⁴. In einem ersten Referendum am 28. September 2000 hatten sich die Dänen bei einer Wahlbeteiligung von 88% mit einer Mehrheit von 53,1% gegen eine Teilnahme am Euro ausgesprochen⁶⁵. Allgemein verdeutlichen die politische Freistellung Dänemarks und des Vereinigten Königreichs und die Referenden in Ausübung dieser Wahlmöglichkeit allen Unionsbürgern, dass der Fortschritt der europäischen Integration kein unabwendbares Schicksal ist, sondern auf politischen Entscheidungen beruht. Die Entscheidung für oder wider eine Teilnahme einer gemeinsamen Währung liegt nach Maßgabe der Bestimmungen des nationalen Verfassungsrechts in der Hand der Bürger als dem Souverän der nationalen und der europäischen Hoheitsgewalt.

II Kooperation der ins

Der EG-Vertrag und die ESZB-Satzung regeln umfassend die Befugnisse und Verfahren für die Gestaltung der Währungspolitik durch die EZB und die europäischen Organe⁶⁶. Im Bereich der Wirtschaftspolitik beschränkt sich die Ungleichzeitigkeit dagegen auf die Sanktionierung eines übermäßigen Haushaltsdefizits. Für die Rechtsstellung der *ins* in der Währungsunion sind die Entwicklungsperspektiven einer engeren wirtschaftspolitischen Kooperation daher von besonderem Interesse. Sie haben im Stabilitätspakt und dem informellen „Rat“ der Euro-Gruppe einen ersten Ausdruck gefunden. Es stellt sich jedoch ergänzend die Frage nach rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten für den Ausbau der Währungsunion zu einer europäischen Wirtschaftsregierung *de lege ferenda*. Auch der Europäische Konvent hat sich dieser Frage angenommen und eine engere wirtschaftspolitische Kooperation der *ins* erörtert.

1 Stabilitätspakt

Noch vor dem Beginn der dritten Stufe wurde auf Drängen Deutschlands eine Konkretisierung des Verfahrens zur Überwachung der Haushaltsdisziplin vereinbart. Der Europäische Rat von Amsterdam verständigte sich im Juni 1997 auf die Verwirklichung des Projekts, das rechtlich durch zwei Verordnungen des Rates umgesetzt wurde und der breiteren Öffentlich-

⁶² 41,8% der Bevölkerung stimmten für den Euro-Beitritt, die restlichen 2,1% gaben ungültige oder keine Stimmzettel ab. Die Wahlbeteiligung betrug 81,2%.

⁶³ Näher *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/364 f. Spätestens im Frühsommer 2006 müssen die nächsten britischen Unterhauswahlen anberaumt werden.

⁶⁴ Der dänische Premierminister *Rasmussen* hatte im Januar 2003 vor der schwedischen Abstimmung noch ein zweites Referendum für 2004 oder 2005 in Aussicht gestellt; *G. Parker/J. Eaglesham/B. Benoit*, Danes Face Second Euro Referendum, *Financial Times* vom 2.1.2003, S. 7.

⁶⁵ Siehe *European Access 2000*, 8 f.

⁶⁶ Art. 122 III EGV und Art. 43.1 ESZB-Satzung über die Zuständigkeiten der *outs* kann im Umkehrschluss entnommen werden, welche Vertragsbestimmungen nur für die *ins* gelten.

keit als „Stabilitätspakt“ bekannt ist⁶⁷. Soweit der Stabilitätspakt die Vorgaben der Art. 99, 104 I-VIII, X, XII-XIII EGV zur wirtschaftspolitischen Koordinierung und Haushaltsüberwachung konkretisiert, gilt er als Pakt der *ins* und der *outs* gleichzeitig in allen Mitgliedstaaten. Nur soweit er die Regelungen der Art. 104 IX, XI EGV spezifiziert ist der Stabilitätspakt ein „Pakt der *ins*“. Er legt für die *ins* bei einem übermäßigen Haushaltsdefizit Sanktionen in Form unverzinslicher Darlehen fest, die bei einem dauerhaften Defizit in eine Geldbuße umgewandelt werden können⁶⁸.

Die Annahme des Stabilitätspakts erforderte die Zustimmung aller Mitgliedstaaten einschließlich der *outs* im Rat⁶⁹. Das gleiche gilt für eine eventuelle Änderung des Stabilitätspakts, von der in der politischen Debatte des Jahres 2003 wiederholt die Rede war – und zwar selbst dann, wenn die Änderung sich auf die Konkretisierung des Sanktionsverfahrens beschränken würde, das nur für die *ins* gilt⁷⁰. Auch die Änderung der Zusammensetzung und der Beschlussfassungsregeln des EZB-Rats erfordert nach der Evolutivklausel des Art. 10.6 ESZB-Satzung die Zustimmung aller Mitgliedstaaten. Dies gilt etwa für die Errichtung eines nach Größe der Mitgliedstaaten differenzierten Rotationssystems, auf das sich die EZB und der Rat im Frühjahr 2003 als Vorbereitung auf die anstehende Erweiterung verständigten⁷¹. Das Mitbestimmungsrecht der *outs* bei diesen institutionellen und rechtlichen Weichenstellungen ist ein Ausfluss ihrer institutionellen und rechtlichen Anbindung an die Währungsunion und stellt im Vorgriff auf ihre spätere Teilnahme an der gemeinsamen Währung sicher, dass die *ins* nicht ohne ihre Zustimmung die Ausrichtung der europäischen Währungsverfassung ändern.

Das Sanktionsverfahren des Stabilitätspakts wurde drei Jahre nach der Einführung des Euro im Herbst 2002 mit der Feststellung eines übermäßigen Defizits in Portugal, Deutschland und Frankreich erstmals eingeleitet⁷². Die von der Kommission vorgeschlagene Feststellung eines übermäßigen Defizits in Deutschland wurde nach intensiver politischer Lobbyarbeit seitens der Bundesregierung Ende November 2003 allerdings nicht bestätigt. Zuvor war bereits im Februar 2002 eine von der Kommission vorgeschlagene Defizitfrühwarnung gegenüber

⁶⁷ VO 1466/97/EG des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken vom 7.7.1997 (ABl. 1997 L 209, 1), die Art. 99 EGV konkretisiert, und 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), die Art. 104 EGV und das Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigem Defizit (1992) konkretisiert. Zur politischen Verständigung die Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17.6.1997 (ABl. 1997 C 236, 1).

⁶⁸ Dies ergibt sich aus Art. 11 ff. VO 1467/97/EG, oben Fn. 67 (S. 142). Allgemein zu Regelungsgehalt und Rechtsproblemen des Stabilitätspakts etwa *M. Sutter*, Währungsunion (2000); *P. Maillet*, *Pacte*, RMC 1997, 5; *H. Hahn*, *Stability*, CML Rev. 35 (1998), 77; *F. Snyder*, *Constitution?*, in: *Craig/de Búrca* (1999), S. 448-457 oder *V. Passalacqua*, *Stabilitätspakt* (2000).

⁶⁹ Dies folgt aus Art. 114 XIV UAbs.2 EGV und Art. 99 V EGV als Rechtsgrundlage für die Verordnungen 1466 & 1467/97/EG, oben Fn. 67 (S. 142).

⁷⁰ Dies ergibt sich aus der Gleichzeitigkeit der Rechtsgrundlagen der Art. 99 V, 104 XIV EGV, die beide für alle Mitgliedstaaten gelten.

⁷¹ Beschluss 223/2003/EG des Rates in Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs über eine Änderung des Artikels 10.2 der Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank vom 21.3.2003 (ABl. 2003 L 83, 66). Gemäß Art. 10.6 ESZB-Satzung, der durch den Vertrag von Nizza eingeführt wurde, tritt der Beschluss nach der Annahme durch *alle* Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft.

⁷² In Anwendung des Art. 104 VI EGV beschloss der Rat das Bestehen eines übermäßigen Defizits in Portugal gemäß Entscheidung 923/2002/EG vom 5.11.2002 (ABl. 2002 L 322, 30), in Deutschland durch Entscheidung 89/2003/EG vom 21.1.2003 (ABl. 2003 L 34, 16) und in Frankreich einige Monate später mit Entscheidung 487/2003/EG vom 3.6.2003 (ABl. 2003 L 165, 29).

Deutschland und Portugal vom Rat zurückgewiesen worden. Formell ging es in beiden Fällen um Entscheidungen des Rats, an deren Beratung alle Mitgliedstaaten zu beteiligen sind⁷³. Beobachter weisen jedoch darauf hin, dass die entscheidenden politischen Erörterungen allerdings schon im Vorfeld im informellen „Rat“ der Euro-Gruppe erfolgten. Der politische Kompromiss wurde vom amtierenden Vorsitz der Euro-Gruppe im Anschluss an deren Sitzung verkündet, noch bevor der Rat unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten am nächsten Morgen eine offizielle Entscheidung gefällt hatte⁷⁴. Es war dies das bislang öffentlichkeitswirksamste Auftreten der Euro-Gruppe.

2 Euro-Gruppe

Die Einrichtung eines informellen „Rats“ der Euro-Gruppe geht zurück auf die französische Forderung nach einer engeren Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Euro-Gruppe⁷⁵. Nach langen Diskussionen verständigte sich der Europäische Rat im Dezember 1997 auf eine gemeinsame politische Linie. Konkret heißt es in den Schlussfolgerungen des Vorsitzes: „Die Minister der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Staaten können in informellem Rahmen Fragen erörtern, die im Zusammenhang mit ihrer gemeinsam getragenen besonderen Verantwortung für die gemeinsame Währung stehen. Die Kommission, und gegebenenfalls die Europäische Zentralbank, werden zu diesen Zusammenkünften eingeladen.“⁷⁶ Auf dieser Grundlage kommen die Wirtschafts- und Finanzminister der Euro-Gruppe seit Einführung der gemeinsamen Währung regelmäßig zu informellen Treffen zusammen. Seit Ende 2000 hat sich für diese Formation die Bezeichnung „Euro-Gruppe“ eingebürgert, der anstelle anderer Begriffe wie „Euro-X-Gremium“, „uneigentlicher Rat“ oder „Conseil informel ‘euro 11““ auch hier verwandt wird⁷⁷.

Soweit der Europäische Rat nähere „Vorgaben“ für die Euro-Gruppe aufstellt, handelt es sich um eine deklaratorische Wiedergabe vertraglicher Regeln. Dies gilt insbesondere für die Feststellung, dass der Rat aller Mitgliedstaaten „das einzige Gremium (ist), das befugt ist, die Grundzüge der Wirtschaftspolitik, die das Hauptinstrument der wirtschaftspolitischen Koordinierung darstellen, zu formulieren und zu verabschieden.“⁷⁸ Wie oben ausgeführt, sind die Koordinierung der Wirtschaftspolitik und die Überwachung der Haushaltsdisziplin nach Art.

⁷³ Bei der Defizitfrühwarnung sogar an der Abstimmung; vgl. Art. 104 VI, IX, 122 III EGV und allgemein zur Teilnahme an den Beratungen Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.). In förmlich letzter Minute schlug die italienische Ratspräsidentschaft während der Regierungskonferenz im November 2003 eine erweiterte Suspension des Stimmrechts der *outs* vor, wobei die Zustimmung der anderen Mitgliedstaaten bei Redaktionsschluss nicht absehbar war; siehe den Formulierungsvorschlag für Art. III-92 IV VVE-E in Presidency, IGC 2003: Naples Ministerial Conclave – Presidency Proposal, 25 November 2003, Regierungskonferenz-Dok. CIG 52/03.

⁷⁴ Siehe zur abgewendeten Defizitfrühwarnung T. Klau, Coming-out der Euro-Gruppe, Financial Times Deutschland vom 13.2.2002, S. 13 und zur abgewendeten Feststellung einer Verletzung des Stabilitätspakts durch Deutschland ders., Eichels Sieg in Brüssel spaltet EU, Financial Times Deutschland vom 26.11.2003, S. 1.

⁷⁵ Zur politischen Vorgeschichte W. Schönfelder/E. Thiel, Euro-X, Integration 1998, 69/73 ff. und F. Tuyschaever, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188 f.

⁷⁶ Europäischer Rat in Luxemburg am 12./13.12.1997, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 44.

⁷⁷ Die „Euro-Gruppe“ beschloss unter französischer Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2002 die Verwendung des neuen Namens; vgl. Europäischer Rat in Nizza am 7.-9.12.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 31: „Der Europäische Rat begrüßt die hinsichtlich der Arbeitsweise der *Euro-Gruppe* und ihrer Öffentlichkeitswirkung erreichten Verbesserungen.“ Zu alternativen Begrifflichkeiten Schönfelder/Thiel ebd. 73; R. Streinz, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 262 ff. und H. Bribosia, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/105.

⁷⁸ Europäischer Rat in Luxemburg am 12./13.12.1997, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 44.

99, 104 EGV grundsätzlich eine gleichzeitige Gemeinschaftszuständigkeit. Die Euro-Gruppe muss diese gleichzeitige Koordinierung respektieren. Dies gilt auch für die Beschlussfassungsverfahren. Soweit dem Rat Entscheidungsbefugnisse zukommen, gilt Art. 203 EGV: „Der Rat besteht aus je einem Vertreter *jedes* Mitgliedstaats.“ Auch bei der Wahrnehmung ungleichzeitiger Zuständigkeiten wie der Verhängung von Sanktionen nach Art. 104 IX, XI EGV oder der Außenvertretung der Währungsunion nach Art. 111 EGV nehmen nach Art. 122 V EGV alle Mitgliedstaaten an den Beratungen teil; nur das Stimmrecht der *outs* ist ausgesetzt⁷⁹. In den Worten des Europäischen Rats von Luxemburg: „In allen Fällen, in denen ein Beschluss zu fassen ist, tut dies der Rat (Wirtschaft und Finanzen) im Einklang mit den im Vertrag vorgesehenen Verfahren.“⁸⁰

Bei den Treffen der Wirtschafts- und Finanzminister der Euro-Gruppe handelt es sich demnach um keine besondere Ratsformation, sondern um ein informelles Treffen der Euro-Gruppe ohne gemeinschaftsrechtliche Beschlussfassungs- oder Beratungsfunktion. Insoweit besteht rechtlich kein Unterschied zu „Kamingesprächen“ einiger Politiker oder den regelmäßigen deutsch-französischen Konsultationen, in denen europapolitische Themen im Vorfeld europäischer Entscheidungen gemeinsam erörtert und die jeweiligen Positionen abgestimmt werden. An der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit dieser Treffen bestehen somit keine grundsätzlichen Zweifel, solange sich die Euro-Gruppe auf informelle Konsultationen beschränkt. Allenfalls dann, wenn die Euro-Gruppe wie im aufgeführten Fall der abgewendeten Defizitfrühwarnungen aufgrund ihrer qualifizierten Mehrheit im Rat vorweg beschlossene Positionen systematisch ohne tatsächliche Einbeziehung der *outs* beschließt, könnte dies Verhalten als Verstoß gegen das EG-Recht gewertet werden⁸¹.

Die Euro-Gruppe erörtert nach eigenem Bekunden die Koordinierung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik unter Einschluss der Lohnpolitik sowie struktureller Reformen auf dem Arbeitsmarkt, im Bereich der Sozialversicherungen und in der Steuerpolitik⁸². Trotz wiederholter Beteuerungen, die Öffentlichkeitsarbeit und Sichtbarkeit der Euro-Gruppe zu verbessern, können Gegenstand und Ergebnis der Konsultationen in der Euro-Gruppe bislang nicht im Detail nachvollzogen werden. Als informelles Gremium unterliegt die Euro-Gruppe nicht den Transparenzgeboten und Verfahrensregeln des Gemeinschaftsrechts. Dies wird zu Recht kritisiert⁸³. Doch *Selmayr* erachtet die fehlende Bekanntgabe konkreter Ergebnisse nicht als die Folge eines Geheimhaltungswunsches, sondern als indirekten Ausdruck des Scheiterns der Euro-Gruppe: „Was auf den ersten Blick als Dominanz intergouvernemental-politischer Elemente erscheint, erweist sich bei näherem Hinschauen als Schwäche.“ Die Euro-Gruppe taue schon aufgrund fehlender Rechtsetzungsbefugnisse „kaum als effektives Instrument einer

⁷⁹ Näher Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁸⁰ Europäischer Rat ebd.

⁸¹ Hierauf wird im Rahmen der allgemeinen Regeln einzugehen sein; Kapitel 10 II 2 b (3) (S. 312 f.).

⁸² Vgl. die Presseerklärungen der belgischen Präsidentschaft der Euro-Gruppe unter <euro.fgov.be/eurogroup/pa/fra_index.htm> sowie *W. Schönfelder/E. Thiel*, Euro-X, Integration 1998, 69/73 ff.; *F. Tuytschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188 f.; *M. Selmayr*, Rechtsgemeinschaft, AöR 122 (1999), 357/380-385 und *B. Martenczuk*, Europäischer Rat, EuR 1998, 151.

⁸³ Siehe Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments: Bericht über die Mitteilung der Kommission über die verstärkte wirtschaftspolitische Koordinierung im Euro-Gebiet, 14.9.2001, EP-Dok. A5-0307/2001, Abschnitt II.

zentralisierten europäischen Wirtschaftspolitik oder gar als politisches Gegengewicht zur EZB.⁸⁴ Wie könnte dies in Zukunft geändert werden, soweit es politisch gewünscht ist?

3 Fortentwicklung: europäische Wirtschaftsregierung?

Die Asymmetrie zwischen den ausschließlichen währungspolitischen Kompetenzen der Gemeinschaft und der bloßen Koordinierung der nationalen Wirtschaftspolitiken wurde vielfach kritisiert. *Tietmeyer* spricht von einer „Schwäche des Maastrichter Vertrags“⁸⁵ und *Seidel* betrachtet dies als eine „konstitutionelle Schwäche der Währungsunion“⁸⁶. Vor diesem Hintergrund wird nicht nur von französischen Politikern ein „gouvernement économique de la zone euro“⁸⁷ gefordert, das ein wesentlicher Baustein für ein Kerneuropa einer Avantgarde von Mitgliedstaaten sein könnte⁸⁸. Auch der Europäische Konvent erörterte eine wirtschaftspolitische Ergänzung der Währungsunion. Die letztlich vereinbarten Reformvorschläge heben die wirtschaftspolitische Kooperation der *ins* aber nur auf den ersten Blick auf eine neue Ebene. Bei näherer Betrachtung sind die Art. III-88-90 VVE-E über „besondere Bestimmungen für die dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten“ sowie das geplante Protokoll betreffend die Euro-Gruppe eine weitgehende Bestätigung des Status quo.

Zwar anerkennt das Protokoll betreffend die Euro-Gruppe ausdrücklich die Existenz und Einrichtung derselben und stellt damit klar, dass die Beratungen der Euro-Gruppe nicht gegen das Europarecht verstoßen. Eine darüber hinausgehende Integration der Euro-Gruppe in den Rahmen der Europäischen Union oder einen Ausbau ihrer Zuständigkeiten schlägt der Konvent aber gerade nicht vor. Im Gegenteil: Art. 1 Protokoll betreffend die Euro-Gruppe unterstreicht den „informellen“ Charakter ihrer Sitzungen und verpflichtet sie zur Einladung von Kommission und EZB⁸⁹. Die Anerkennung der Euro-Gruppe beinhaltet somit zugleich eine Verfestigung des Status quo. Dies bedeutet eine implizite Absage an weitergehende Reformbestrebungen über den Ausbau der exklusiven Euro-Gruppe zu einer europäischen Wirtschaftsregierung. Eine engere wirtschaftspolitische Kooperation der *ins* muss auch weiterhin den Weg des geltenden Vertragsrechts gehen. Hiernach könnte etwa auf das Institut der verstärkten Zusammenarbeit zurückgegriffen werden.

Allerdings unternimmt das Protokoll betreffend die Euro-Gruppe einen ambitionierten Reformschritt, wenn es in Art. 2 bestimmt, dass die Minister der Euro-Gruppe für zweieinhalb Jahre einen Präsidenten wählen. Obgleich die Treffen der Euro-Gruppe auch weiterhin keine besondere Ratsformation darstellen, wird ihr Auftreten dennoch an eine reguläre Ratsformation angenähert⁹⁰. Getragen ist diese Reform von dem Wunsch der Tätigkeit der Euro-

⁸⁴ *M. Selmayr*, Rechtsgemeinschaft, AöR 122 (1999), 357/385.

⁸⁵ *H. Tietmeyer*, Modell, EA 1994, 457.

⁸⁶ *M. Seidel*, Schwächen, EuR 2000, 861/862.

⁸⁷ *L. Jospin*, Avenir (2001).

⁸⁸ Hierzu bereits Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.). Auf die Fortentwicklung der Währungsunion als Initialzündung für ein Kerneuropa verweisen ausdrücklich *W. Schäuble/K. Lamers*, Überlegungen I (1994), S. 7; *V. Giscard d'Estaing/H. Schmidt*, Euro-Europe, International Herald Tribune vom 11.4.2000, S. 4; *J. Delors*, Fédération, Le Monde des Débats vom Juli/August 2000, S. 5; *J. Chirac*, Bundestag (2000) und *J. Fischer*, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 49.

⁸⁹ Es ist dies eine in bewusste Fortführung der aufgezeigten politischen Verständigung des Europäischen Rats vom Dezember 1997; siehe Kapitel 4 II 2 (S. 143 f.).

⁹⁰ Für andere Ratsformationen soll nach Art. I-23 IV VVE-E ebenfalls eine verfestigte Präsidentschaft von mindestens einem Jahr Dauer eingeführt werden, die in der englischen Sprachfassung wie bei der Euro-

Gruppe ein Gesicht und eine Stimme zu verleihen. Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob dieses Ziel erreicht werden wird. Neben dem Präsidenten der Euro-Gruppe werden nämlich auch der Vorsitzende des regulären Wirtschafts- und Finanzrats, der Präsident der EZB sowie der Kommissar mit dem Portfolio der Wirtschafts- und Währungsunion den berechtigten Anspruch erheben, Stimme und Gesicht des Euros darzustellen⁹¹. Die anderen Protagonisten haben gegenüber dem Präsidenten der Euro-Gruppe den strategischen Vorteil, dass sie die offiziellen Beschlüsse und Entscheidungen der Europäischen Union repräsentieren, während der Vorsitzende der Euro-Gruppe grundsätzlich nur deren unverbindliche und informelle Beschlüsse vertreten kann.

Eine größere Bedeutung würde der Präsident der Euro-Gruppe dann erlangen, wenn er in Personalunion zugleich der Vorsitzende des Wirtschafts- und Finanzrates wäre und darüber hinaus nach Art. III-90 VVE-E mit der Außenvertretung des Euro im internationalen Währungssystem beauftragt würde und hiernach etwa für die Europäische Union in der Weltbank oder dem Internationalen Währungsfonds spricht und verhandelt. Die ausdrückliche Bestimmung des nach Art. III-90 VVE-E zur internationalen Vertretung des Euros ist allerdings nur auf den ersten Blick eine weitgehende Reform. Bei näherer Betrachtung konkretisiert sie ebenfalls das geltende Vertragsrecht, das in Art. 111 IV EGV dasselbe Ergebnis ermöglicht⁹². In der Begründung für die Neufassung des späteren Art. III-90 VVE-E im Schlussbericht der Konventsarbeitsgruppe zur Ordnungspolitik heißt es dementsprechend als Grund für die Neuregelung, „dass die Bestimmungen von Artikel 111 Absatz 4 EGV nicht umgesetzt wurden.“⁹³ Art. III-90 VVE-E erstrebt somit in erster Linie das Ziel, durch eine klarere Formulierung politischen Druck zur Anwendung der Bestimmung zu erzeugen.

Ähnliches gilt für die andere materielle Ausweitung der ungleichzeitigen Zuständigkeiten der *ins*. Art. III-88 I VVE-E verleiht den *ins* zwar die Zuständigkeit, die „Koordinierung der Haushaltsdisziplin und deren Überwachung zu verstärken“ sowie „Grundzüge der Wirtschaftspolitik auszuarbeiten ... und ihre Einhaltung zu überwachen“. Schon nach dem Wortlaut der Bestimmung handelt es sich hierbei jedoch nur um eine Ergänzung der haushaltspolitischen Überwachung und wirtschaftspolitischen Koordinierung, die nach Maßgabe der Art. 99, 104 EGV für die Europäische Union als Ganzes ausgeübt wird⁹⁴. Im Bereich der Haushaltspolitik ist hierbei zu bedenken, dass der Stabilitätspakt den kompetentiellen Rahmen des

Gruppe „Presidency“ genannt wird – dagegen wird in der deutschen Sprachfassung des Art. I-23 vom „Vorsitz“ gesprochen. Auch der Präsident des Europäischen Rats soll nach Art. I-21 I VVE-E für zweieinhalb Jahre ernannt werden. Der informelle Charakter der Euro-Gruppe würde ihr bereits heute gestatten, einen Präsidenten für zweieinhalb Jahre zu bestimmen.

⁹¹ Es sei unterstellt, dass der Europäische Rat nach Art. I-23 II VVE-E erneut die Einrichtung einer speziellen Formation der Wirtschafts- und Finanzminister beschließt.

⁹² Art. 111 IV EGV gilt nach Art. 122 IV EGV ebenfalls nur für die *ins* der Währungsunion. Er ist zwar knapper formuliert, erlaubt aber ebenso wie Art. III-90 I, III VVE-E die Festlegung gemeinsamer Standpunkt auf internationaler Ebene sowie die Regelung der personalen Vertretung; näher C. Zilioli/M. Selmayr, External, CML Rev. 36 (1999), 273; B. Martenczuk, Außenvertretung, ZaöRV 59 (1999), 93 und F. Granell, Euro, Rev.der.com.eur. 1998, 7.

⁹³ Schlussfolgerungen der Gruppe VI „Ordnungspolitik“, 21.10.2002, Konvents-Dok. CONV 357/02, S.8.

⁹⁴ Art. III-88 I lit.a VVE-E spricht im Hinblick auf die haushaltspolitische Überwachung ausdrücklich von einem „Verstärken“ und Art. III-88 I lit.b VVE-E verpflichtet die wirtschaftspolitische Koordinierung zur Vereinbarkeit „mit den für die gesamte Union angenommenen Grundzügen der Wirtschaftspolitik“. Die Bestimmungen der Art. 99, 104 EGV werden in Art. III-71, 76 VVE-E in die neue Verfassung überführt und durch eine Stärkung der Kommission in Einzelaspekten geändert. Dem Wortlaut nach scheint Art. III-88 VVE-E nicht über Art. 99 V, 104 XIV EGV hinauszugehen.

Art. 104 EGV bereits weitgehend ausschöpft und daher wenig Raum für eine Intensivierung der Überwachungsmechanismen aufgrund des neuen Art. III-88 I lit.a VVE-E belässt⁹⁵. Praktische Bedeutung könnte in erster Linie die Bestimmung des Art. III-88 I lit.b VVE-E erlangen, wenn auf ihrer Grundlage strengere gemeinsame Verhaltensregeln (*codes of conduct*) und effizientere Koordinierungsinstrumente eingeführt würden, insbesondere durch die Errichtung einer ex ante-Koordinierung zur Intensivierung und Konkretisierung des makroökonomischen Dialogs⁹⁶ oder aufgrund neu zu schaffender Instrumente und Verfahren⁹⁷.

Soweit der politische Wille besteht, könnte eine solche wirtschaftspolitischen Kooperation der *ins* bereits heute im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit zur Umsetzung des Art. 99 EGV verwirklicht werden. Im Unterschied zu Art. III-88 I lit.a VVE-E könnten hierbei die *outs* freilich nicht von der Teilnahme ausgeschlossen werden⁹⁸. Sowohl die Vertragsbestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit als auch der neue Art. III-88 VVE-E verpflichten die Euro-Gruppe aber zur Aufgabe ihrer bisherigen Struktur und Arbeitsweise. Die Vorgaben der Verträge sind insoweit eindeutig: „Alle Mitglieder des Rates können an den Beratungen teilnehmen.“⁹⁹ Auch das Protokoll betreffend die Euro-Gruppe lässt die Integrität des EU-Organs Rat aufgrund des Art. III-88 VVE-E unberührt¹⁰⁰. Diese Entscheidung des Konvents gegen einen Ausschluss der *outs* von den Beratungen ist zu begrüßen. Die Erfahrungen mit dem Stabilitätspakt und dem „Lissabon-Prozess“ zur wirtschaftspolitischen Koordinierung indizieren, dass ein generalisierter Ausschluss der *outs* nicht erforderlich ist.

Schon heute könnte die Euro-Gruppe aufgrund einer verstärkten Zusammenarbeit eine Intensivierung und Formalisierung ihrer Arbeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union vereinbaren, soweit dies politisch erwünscht ist. Hierauf verweist die Kommission in ihrer Mitteilung über die verstärkte wirtschaftspolitische Koordinierung im Euro-Gebiet vom 7. Februar 2001 ebenso hin wie vielfältige Stimmen in der Literatur¹⁰¹. Der notwendige Schutz der „Rechte“ und „Interessen“ der *outs* nach Art. 43 lit.h

⁹⁵ Ebenso zur ergänzenden Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit zu demselben Thema M. Selmayr, Rechtsgemeinschaft, AöR 122 (1999), 357/384: Eine solche Koordination stünde im „Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht.“

⁹⁶ Dies fordert de lege ferenda etwa die Mitteilung der Kommission über die verstärkte wirtschaftspolitische Koordinierung im Euro-Gebiet vom 7.2.2001 (KOM(2001) 82), Rz. 10 ff.; der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments, oben Fn. 83 (S. 144), Rz. 7 ff. sowie Groupement d'études et de recherches Notre Europe: Pacte pour la coordination des Politiques économiques (1997) <www.notre-europe.fr>, S. 10 ff.; W. Schäuble/K. Lamers, Überlegungen I (1994), S. 8; Groupement d'études et de recherches Notre Europe/Centro Europa Ricerche: Réussir l'Union Economique et Monétaire (1999) <www.notre-europe.fr>, S. 33 ff. und P. Jacquet/J. Pisani-Ferry, Euro-Zone (2001), S. 14 ff.

⁹⁷ Hierzu etwa G. Verbofstadt, Vision (2000): „In the first place, a socio-economic basis for the monetary union, a socio-economic policy platform which is completed each year by means of directives or recommendations and which outlines the policy to be pursued in these domains within the Union. This goes much further than GOPE (the 'grandes orientations de politiques économiques') and the annual adjustments of the Luxembourg and Lisbon guidelines.“

⁹⁸ Zur Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit für alle Mitgliedstaaten Art. 43 lit.j, 43b EUV sowie Kapitel 2 III 10 (S. 76).

⁹⁹ So zur verstärkten Zusammenarbeit Art. 44 I S.2 EUV (zukünftig Art. I-43 III VVE-E). Auch Art. III-88 II VVE-E wiederholt ausdrücklich die allgemeine Regelung des Art. III-91 IV VVE-E zur Aussetzung nur des Stimmrechts der *outs*.

¹⁰⁰ Vielmehr wird der außervertragliche Charakter der Euro-Gruppe schon sprachlich hervorgehoben, wenn in Art. 1 Protokoll betreffend die Euro-Gruppe und Art. III-89 VVE-E nur von „informellen Sitzungen“ und „Tagungen der Minister der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten gesprochen wird“.

¹⁰¹ So die Mitteilung der Kommission, oben Fn. 96 (S. 147), Rz. 26: Verwirklichung „gegebenenfalls im Rahmen

EUV steht dabei der Errichtung einer verstärkten wirtschaftspolitischen Zusammenarbeit nicht generell entgegen¹⁰². Die notwendige Offenheit der verstärkten Zusammenarbeit für die *outs* und deren Teilnahme an den Beratungen sollten dabei nicht als Vorwand für ein Unterlassen der Kooperation dienen. Eine Teilnahme der *outs* an strengeren Kooperationsregeln stärkt sogar deren Wirkungskraft wegen des größeren geographischen Geltungsbereichs. Darüber hinaus befördert sie als Heranführungsstrategie die spätere Teilnahme der *outs* an der gemeinsamen Währung. Im konkreten Fall der europäischen Bankenaufsicht wird eine verstärkte Zusammenarbeit der Euro-Gruppe unter Ausschluss des Vereinigten Königreichs sogar ausdrücklich als ineffektiv erachtet¹⁰³.

Eine zentrale Rolle bei der verstärkten wirtschaftspolitischen Zusammenarbeit dürfte der engeren Abstimmung und Harmonisierung der Steuer-, Sozial- und Beschäftigungspolitik zukommen¹⁰⁴. In diesen Fällen wird besonders gründlich zu prüfen sein, ob sie zu einer Handelsbeschränkung oder Wettbewerbsverzerrung führen und damit als verstärkte Zusammenarbeit gegen Art. 43 lit.f EUV verstoßen. Regelmäßig wird die Antwort hier jedoch zugunsten einer Zulässigkeit ausfallen, da durch eine ungleichzeitige Harmonisierung der Steuer-, Sozial- und Beschäftigungspolitik ein binnenmarktähnlicher Zustand erreicht wird, als wenn in jedem Mitgliedstaat verschiedene Regelungen fortbestehen. Eine ungleichzeitige Teilharmonisierung bewirkt ein Weniger an Unterschieden in den Wettbewerbsbedingungen als eine Vielzahl verschiedener nationaler Regelungen¹⁰⁵. Allerdings erlaubt die verstärkte Zusammenarbeit auch in der Steuer-, Sozial- und Beschäftigungspolitik nur eine ungleichzeitige Kompetenzzwahnnehmung und muss im kompetentiellen Rahmen der europäischen Verträge verbleiben¹⁰⁶. Es

der ... Bestimmungen über eine verstärkte Zusammenarbeit.“ In der Literatur, wenn auch meist ohne nähere Erörterung des Umfangs und der Modalitäten, *F. de la Serre/H. Wallace*, *Idée* (1997), S. 2, 14, 22; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, JCMSt. 37 (1999), 87/103; *C. Haguena-Moizard*, Amsterdam, RMC 1998, 240/246; *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/104 f.; *B. Hall*, *Flexible* (2000), S. 10 ff.; *J. Cloos*, *Coopérations*, RMC 2000, 512/515 und *P. Beaumont/N. Walker*, *Euro*, in: dies. (1999), S. 193 f.

¹⁰² Dies gilt jedenfalls nach der Streichung des „Interessen“-Kriteriums durch den Vertrag von Nizza. Art. 43 lit.h EUV begründet gegenüber den zehn Geboten der verstärkten Zusammenarbeit und den allgemeinen Regeln des Europarecht bei Ungleichzeitigkeit kein zusätzliches Blockaderecht, das als Generalklausel einer jeden verstärkten Zusammenarbeit entgegengesetzt werden kann; hierzu bereits Kapitel 2 III 8 (S. 74 ff.). Anders jedoch im Hinblick auf die Amsterdamer Fassung noch der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments, oben Fn. 83 (S. 144), Rz. 17; *F. Tuyschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 189 und *I. Pernice/F. Hoffmeister*, *Economic*, in: FS Ehlermann (2002), S. 380: „(T)he provisions on enhanced co-operation are not flexible enough with regard to the protection of the rights and interests of NON-EURO-States and the institutional integrity of the Community.“

¹⁰³ Nach Art. 105 VI EGV können der EZB „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen“ übertragen werden, deren Fehlen für *M. Seidel*, Schwächen, *EuR* 2000, 861/876 f. eine „konstitutionelle Schwäche der Währungsunion“ ist. Eine verstärkte Zusammenarbeit der Euro-Gruppe zur Umsetzung dieser Vorschrift wird wegen des Ausschlusses der Londoner *city* für ineffektiv gehalten. Die britische Regierung ist freilich nicht willens, der EZB Aufgaben zu übertragen, solange das Vereinigte Königreich nicht an der gemeinsamen Währung teilnimmt; *E. Crooks*, *ECB Wants Role in Banking Supervision*, *Financial Times* vom 29.1.2002, S. 4.

¹⁰⁴ Zum Ziel einer ungleichzeitigen steuerpolitischen Kooperation die Nachweise in Fn. 11 des Kapitel 2 I (S. 45). Zur beschäftigungspolitischen Ergänzung der Währungsunion etwa *W. Schönfelder/E. Thiel*, *Euro-X*, *Integration* 1998, 69/75. Zur Sozialpolitik *L. Jospin*, *Avenir* (2001): „Un véritable droit social européen fixant des normes communes ambitieuses doit être édifié.“

¹⁰⁵ Siehe Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

¹⁰⁶ Art. 43 lit.d EUV und Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.). *F. Tuyschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 190 erwartet wohl zu Recht „that it is this condition that is likely to obstruct efforts formally to develop EMU’s economic dimension on the basis of closer co-operation.“

kann im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit daher nicht etwa eine Ausdehnung der Steuerharmonisierungskompetenz auf direkte Steuern vereinbart werden¹⁰⁷.

Allerdings gestattet der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents in Art. III-328 VVE-E nunmehr den gleichzeitigen Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen¹⁰⁸. Soweit dieser Vorschlag die Regierungskonferenz überdauert, könnte er gerade im Bereich der Steuer- und Sozialpolitik einen wichtigen Beitrag zur wirtschaftspolitischen Ergänzung der Währungsunion leisten. Es ist dies jedoch der bedeutendste Reformschritt des Europäischen Konvents im Hinblick im Bereich der Währungsunion. Er alleine wird nicht den Durchbruch zu einer „europäischen Wirtschaftsregierung“ leisten können. Der Grund hierfür ist letztlich die mangelnde Einigkeit zwischen den Mitgliedstaaten über die Notwendigkeit derselben. Soweit eine engere wirtschaftspolitische Abstimmung der Euro-Gruppe erwünscht ist, sollten daher in den kommenden Jahren die Entwicklungspotentiale der verstärkten Zusammenarbeit genutzt werden. Wenn hierbei der Wunsch nach einem weiteren Fortschritt entsteht, könnte eine später Vertrags- oder Verfassungsänderung die notwendige Grundlage hierfür schaffen oder alternativ der Vorschlag einer engeren völkerrechtlichen Kooperation neue Unterstützung erhalten¹⁰⁹. Allerdings stünde eine völkerrechtliche Kooperation der Euro-Gruppe ihrem Wesen nach außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union und wäre nicht als gleichzeitiges Europarecht in diesen eingebettet.

III Fazit

Die Konvergenzkriterien der Wirtschafts- und Währungsunion folgen der Logik einer nach objektiven Gegebenheiten abgestuften Integration, die mit dem Wegfall des Differenzierungskriteriums notwendig in der Teilnahme an der gemeinsamen Währung mündet. Dagegen ist die politische Freistellung des Vereinigten Königreichs und Dänemarks die historisch erste Form von Ungleichzeitigkeit, die an den politischen Teilnahmewillen der Mitgliedstaaten anknüpft. Das griechische Beispiel zeigt, dass die Offenheit der Währungsunion für alle Mitgliedstaaten nach denselben Kriterien gelebte Realität ist. In gleicher Weise wird nach der EU-Erweiterung über die Teilnahme der neuen Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung entschieden werden. Schweden wurde eine politische Freistellung bei seinem Beitritt rechtlich nicht gewährt, faktisch in der Folgezeit jedoch zugestanden. Die Referenden in Umsetzung der politischen Freistellungen verdeutlichen allen Unionsbürgern, dass sie den Fortschritt der europäischen Integration mitbestimmen. Die ungleichzeitige Rechtsstellung der *outs* umfasst zahlreiche rechtliche und institutionelle Anbindungen, die ihren späteren Aufschluss zur gemeinsamen Währung befördern und ihnen bereits im Vorfeld Einfluss auf die Ausrichtung der europäischen Währungsverfassung sichern. Hiernach sind die vertraglichen Regeln der

¹⁰⁷ Eine Harmonisierung direkter Steuern (etwa der Lohn- und Einkommenssteuer) ist nach Art. 93 EGV nicht möglich. Einstimmigkeit ist nach Art. 93 EGV erforderlich für eine Harmonisierung indirekter Steuern und nach Art. 137 III EGV für alle Maßnahmen, welche die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz der Arbeitnehmer oder die betriebliche Mitbestimmung betreffen.

¹⁰⁸ Näher Kapitel 7 I 3 (S. 214 ff.).

¹⁰⁹ Zu Perspektiven völkerrechtlicher Kooperation *L. Jospin*, *Avenir* (2001): „Notre perspective doit être celle d'un traité social européen“ und *H. Tietmeyer*, *Modell*, EA 1994, 457/459, der auf den „interessanten“ politischen Vorschlag eines „neuen Gründungsvertrags“ einiger Mitgliedstaaten verweist. Allgemein zur europarechtlichen Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten Kapitel 10 (S. 297 ff.).

Wirtschafts- und Währungsunion in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union eingebettet.

Die Ungleichzeitigkeit der Wirtschafts- und Währungsunion konzentriert sich derzeit auf die währungspolitischen Zuständigkeiten der EZB und der europäischen Organe. Die engere wirtschaftspolitische Zusammenarbeit der *ims* ist dagegen auf die Sanktionierung übermäßiger Haushaltsdefizite nach Maßgabe des Stabilitätspakts begrenzt. Die informellen Treffen der Wirtschafts- und Finanzminister der Euro-Gruppe beruhen auf keiner vertraglichen Ermächtigung und erlauben daher keine verbindlichen europarechtlichen Beschlüsse. Auch der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Bestätigung des Status quo. Die informellen Treffen der Euro-Gruppe verbleiben außerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Union und auch innerhalb desselben soll die wirtschaftspolitische Kooperation der *ims* nur begrenzt ausgebaut werden. Allerdings könnte eine Gruppe von Mitgliedstaaten ihre Kooperation durch einen Rückgriff auf das Rechtsinstitut der verstärkten Zusammenarbeit vertiefen. Hiernach könnte insbesondere eine engere steuer-, sozial- und beschäftigungspolitische Zusammenarbeit im Rahmen der europäischen Kompetenzen vereinbart werden. Eine weitergehende Koordinierung auf dem Weg zu einer europäischen Wirtschaftsregierung innerhalb der europäischen Verträge erfordert eine Vertragsänderung.

Kapitel 5

GEMEINSAME AUSSEN- UND SICHERHEITSPOLITIK

Eine klare Mehrheit der europäischen Bürgerinnen und Bürger unterstützt die Entwicklung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Im Frühjahr 2003 sprachen sich 67% der Befragten für eine gemeinsame Außenpolitik gegenüber Drittstaaten aus. Die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Mitgliedstaaten erfährt mit einer Unterstützung von 74% sogar einen noch höheren Zuspruch¹. Tatsächlich ist die Entwicklung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in den vergangenen Jahren einen erheblichen Schritt vorangekommen und erstreckt sich mit den ersten EU-Militäreinsätzen in Mazedonien und dem Kongo nunmehr auch auf die Verteidigungspolitik. Gleichwohl hat die Europäische Union die selbstgesetzte Zielvorgabe einer „Behauptung ihrer Identität auf internationaler Ebene“² bislang nicht umfassend erreicht. Es stellt sich daher die Frage, ob Ungleichzeitigkeit die schrittweise Begründung einer europäischen Außenpolitik fördert oder ob die Charakteristika außenpolitischen Handelns notwendig ein gemeinsames Auftreten der gesamten Europäischen Union unter Einschluss aller Mitgliedstaaten verlangen.

Die Verträge von Amsterdam und Nizza griffen in der Außenpolitik erstmals ungleichzeitige Regelungsinstrumente auf. Zuvor war im Reformprozess europäischer Außenpolitik seit den Anfängen der Europäischen Politischen Zusammenarbeit immer im Konsens aller Mitgliedstaaten oder aufgrund außervertraglicher Arrangements gehandelt worden³. In Amsterdam verständigten sich die Staats- und Regierungschefs auf die Einführung der konstruktiven Enthaltung, bestätigten die dänische Nichtbeteiligung an Maßnahmen mit verteidigungspolitischen Bezügen und schufen die Voraussetzung für die Verwirklichung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik. In Nizza erstreckte der Vertragsgeber die verstärkte Zusammenarbeit auf die zweite Säule und bestätigte die Entwicklung der Verteidigungspolitik. Gerade im Bereich der Außenpolitik handelt es sich beim Vertrag von Nizza jedoch nur um ein Zwischenstadium. Der Europäische Konvent hat nunmehr eine erneute Ausdehnung von Ungleichzeitigkeit in der Außen- und Verteidigungspolitik vorgeschlagen, deren potentielle Bedeutung und Auswirkungen aufzuzeigen sind.

I Konstruktive Enthaltung

Die Regierungskonferenz konnte sich im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam weder auf eine substantielle Ausweitung qualifizierter Mehrheitsentscheidungen in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik noch auf eine Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit

¹ In allen Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich sprach sich jeweils eine absolute Mehrheit für eine gemeinsame Außen- und Verteidigungspolitik aus. Die Unterstützungsrate war infolge des Irak-Kriegs leicht angestiegen, hatte aber auch in den Jahren zuvor deutlich über 60% gelegen. In den 10 zukünftigen neuen Mitgliedstaaten unterstützten 67% eine gemeinsame Außen- und 77% eine gemeinsame Sicherheitspolitik. Näher Eurobarometer 59 vom 18.3.-30.4.2003 <europa.eu.int/comm/public_opinion>.

² Art. 2 Sps.2 EUV.

³ Vgl. etwa *M. Smith*, *Legalization*, JCMSt. 39 (2001), 79 und *H.-J. Hüwelmeier*, *GASP* (2002), S. 7-40. Näher zu außervertraglichen Arrangements speziell in der Verteidigungspolitik Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

verständigen. Stattdessen sollte das besondere Institut der konstruktiven Enthaltung eine Beschlussfassung auch dann erlauben, wenn einzelne Mitgliedstaaten nicht bereit sind, eine gemeinsame Maßnahme mitzutragen⁴. Diese Möglichkeit besteht nach der Ausweitung der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Nizza fort und wird auch vom Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents übernommen⁵. Nach einer konstruktiven Enthaltung ist ein Mitgliedstaat nach Art. 23 I UAbs.2 S.2 EUV „nicht verpflichtet, den Beschluss durchzuführen, akzeptiert jedoch, dass der Beschluss für die Union bindend ist.“

1 Verfahren

Die Einführung der konstruktiven Enthaltung ging einher mit der Klarstellung, dass die Enthaltung eines Mitgliedstaates das Zustandekommen eines einstimmigen Beschlusses nicht hindert und die Rechtslage nach dem EU-Vertrag insoweit dem EG-Vertrag entspricht⁶. Wenn im Rat 14 Mitgliedstaaten einer gemeinsamen Aktion zustimmen und sich ein Mitgliedstaat enthält, ist die Aktion somit angenommen und gilt für alle Mitgliedstaaten – einschließlich des Mitgliedstaats, der sich enthielt. Nur wenn die Enthaltung von einer förmlichen Erklärung nach Art. 23 I UAbs.2 EUV begleitet ist, wandelt sich die reguläre Enthaltung in eine konstruktive Enthaltung, in deren Folge der betroffene Mitgliedstaat den Beschluss nicht als Unionsrecht durchführen muss⁷. „Konstruktiv“ ist die Enthaltung dabei insofern, als sie der Ausübung des Vetorechts vorbeugt und den Wunsch der Mehrheit nach einer europäischen Maßnahme nicht blockiert⁸.

Das Verfahren der konstruktiven Enthaltung beschränkt sich auf das Erfordernis einer „förmlichen Erklärung“ nach Art. 23 I UAbs.2 S.1 EUV. Die Notwendigkeit einer förmlichen Erklärung verhindert spätere Streitigkeiten, ob ein Mitgliedstaat sich konstruktiv enthielt. Zudem schafft sie eine Transparenz der Rechtslage, aufgrund derer nationale Parlamente und die interessierte Öffentlichkeit das Verhalten ihrer Regierung im Rat diskutieren können⁹. Die Ausweitung von Transparenz und demokratischer Kontrollmöglichkeit ist ein Charakteristi-

⁴ Der EU-Vertrag beschreibt nur das Verfahren der konstruktiven Enthaltung und legt keine Begrifflichkeit fest, die sich jedoch in der Praxis eingebürgerte.

⁵ Art. III-201 I UAbs.2 VVE-E; zur verstärkten Zusammenarbeit in der zweiten Säule Kapitel 5 II (S. 159 ff.).

⁶ Art. 23 I UAbs.1 S.2 EUV: „Die Stimmenthaltung von anwesenden oder vertretenen Mitgliedern steht dem Zustandekommen dieser Beschlüsse nicht entgegen.“ Zuvor war die entsprechende Geltung des Art. 205 III EGV in der zweiten Säule nicht abschließend geklärt; *A. Dashwood*, External, CML Rev. 35 (1998), 1019/1034.

⁷ Die Freistellung von der Durchführungsverpflichtung bezieht sich nur auf den unionsrechtlichen Beschluss der zweiten Säule. Soweit eine gemeinsame Aktion über ein Embargo mit der konstruktiven Enthaltung eines Mitgliedstaats angenommen wird, setzt sich die Ungleichzeitigkeit somit in der ersten Säule nicht fort. Da Embargomaßnahmen nach Art. 301 EGV jedenfalls teilweise zur ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeit für die Außenhandelspolitik gehören, ist auch eine verstärkte Zusammenarbeit nach Art. 43 lit.d EUV ausgeschlossen. Der sich konstruktiv enthaltende Mitgliedstaat kann sich einem gemeinschaftsrechtlichen Sanktionsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit jedoch entziehen, wenn er anstelle einer konstruktiven Enthaltung sein Veto gegen die gemeinsame Aktion einlegt. Ohne nähere Erörterung anders *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 88; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 126 und differenzierend *Calliess/Ruffert-H.-J. Cremer*, Art. 23 EUV Rn. 3. Ebenso *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 225.

⁸ Ausdrücklich ebenso *A. Dashwood*, External, CML Rev. 35 (1998), 1019/1034; *H. Bribosia*, *Differentiation*, C.D.E. 36 (2000), 57/82 f.; *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/299 und *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 223 ff., der gleichwohl die Begrifflichkeit der „konstruktiven“ Enthaltung kritisiert, weil sie anders als die reguläre Enthaltung in Ungleichzeitigkeit resultiere und deshalb eher eine „konstruktive Ablehnung“ sei.

⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die konstruktive Enthaltung in den Erwägungsgründen des Rechtsakts erwähnt und im Amtsblatt veröffentlicht wird; zur fakultativen Veröffentlichung Art. 17 III, IV GO Rat.

kum europäischer Außenpolitik nach dem EU-Vertrag und unterscheidet sie von klassischer zwischenstaatlicher Diplomatie, auf deren Praxis der „partial agreements“ etwa im Rahmen des Europarats die konstruktive Enthaltung aufbaut¹⁰. Eine Darlegung der Gründe für die konstruktive Enthaltung verlangt der EU-Vertrag jedoch nicht. Ihre Ausübung ist dem freien politischen Ermessen eines jeden Mitgliedstaats überantwortet. Wie jedes Abstimmungsverhalten im EU-Rechtsetzungsverfahren unterliegt die Entscheidung für die konstruktive Enthaltung grundsätzlich keinen inhaltlichen Beschränkungen¹¹.

Die sich konstruktiv enthaltenden Mitgliedstaaten dürfen zusammen über maximal ein Drittel der nach Art. 205 II EGV gewogenen Stimmen verfügen. Wenn mehr Mitgliedstaaten sich konstruktiv enthalten, „wird der Beschluss nicht angenommen.“¹² Abhängig vom Stimmengewicht der sich konstruktiv enthaltenden Mitgliedstaaten schwankt deren zulässige Gesamtzahl somit je nach Konstellation zwischen zwei großen und sieben kleineren Mitgliedstaaten. Nach der Erweiterung können sich theoretisch sogar bis zu 15 der dann vermutlich 25 Mitgliedstaaten enthalten¹³. Es ist dies eine bemerkenswerte Abweichung vom Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit, die ohne Differenzierung nach der Größe der Mitgliedstaaten mindestens acht Mitgliedstaaten umfassen muss¹⁴. Offenbar soll bei der konstruktiven Enthaltung sichergestellt werden, dass die großen und weltpolitisch einflussreicheren Mitgliedstaaten die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik regelmäßig mittragen. Während die Größe des Vereinigten Königreichs kein generelles Kriterium für oder gegen seine Teilnahme am Schengener Recht als einem europäischen Binnenrecht darstellt, ist seine regelmäßige Unterstützung unerlässlich für den Erfolg der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Die konstruktive Enthaltung einer Vielzahl kleinerer Mitgliedstaaten ist dagegen politisch weniger schwerwiegend.

Liñan Nogueras hebt einen weiteren Unterschied zur verstärkten Zusammenarbeit hervor: „(A)lors que la coopération renforcée dessine une « faculté conditionné de la majorité », l'abstention positive constitue une « faculté pour une minorité » de s'exclure d'une action de P.U.E.“¹⁵ Dies bezieht sich darauf, dass die Initiative für eine verstärkte Zusammenarbeit den kooperationswilligen Mitgliedstaaten obliegt, während eine konstruktive Enthaltung die freiwillige Entscheidung des *out* ist. Ungeachtet möglichen politischen Drucks steht es ihm rechtlich frei, die vorgeschlagene Maßnahme anstelle einer konstruktiven Enthaltung durch

¹⁰ Siehe auch *A. Duff*, Amsterdam (1997), S. 125: „Constructive abstention has always been a rather discreet feature of EU foreign policy, intended to facilitate decisions... In future, constructive abstention is going to be ... very public.“ Zur Praxis des Europarats *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 86; zu anderen internationalen Organisationen *E. Regelsberger/W. Wessels*, Third Way, EFA Rev. 1 (1996), 29/47 f.

¹¹ Eine Offenbarungspflicht sowie materielle Voraussetzungen für den Einsatz der konstruktiven Enthaltung erörtert jedoch und nimmt teilweise an *H.-J. Hüwelmeier*, GASP (2002), S. 225 ff.

¹² Art. 23 I UAbs.2 S.4 EUV.

¹³ Nach dem derzeitigen Art. 205 II EGV umfasst die „Sperrminorität“ bei der konstruktiven Enthaltung 30 der 87 möglichen Stimmen und kann in verschiedenen Konstellationen durch minimal drei große und maximal acht kleinere Mitgliedstaaten erreicht werden. Mit der Neugewichtung der Stimmen infolge des Vertrags von Nizza wird die „Sperrminorität“ ab 2005 und nach der Erweiterung auf 25 Mitgliedstaaten durch minimal vier große und maximal 16 kleinere Mitgliedstaaten erreicht. Einzelne Konstellationen bei 15 Mitgliedstaaten erörtert, auch im Hinblick auf ihre politische Wahrscheinlichkeit, *D. Liñan Nogueras*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1143. Art. III-201 I UAbs.2 VVE-E knüpft an die vorgeschlagene „doppelte Mehrheit“ im Rat an und verlangt, dass die *outs* maximal ein Drittel der Mitgliedstaaten und ein Drittel der Unionsbürger umfassen dürfen.

¹⁴ Siehe Art. 43 lit.g EUV und Kapitel 2 III 7 (S. 72 f.).

¹⁵ *Liñan Nogueras* ebd. 1147.

sein Veto zu blockieren. Vor diesem Hintergrund erscheint die konstruktive Enthaltung als eine teilweise Verwirklichung des Integrationskonzepts eines Europa *à la carte*, in dem ein jeder Mitgliedstaat nach politischen Kriterien frei über seine Teilnahme an einem Integrations-schritt entscheidet¹⁶. Die Ausrichtung der konstruktiven Enthaltung am politischen Integra-tionswillen der Mitgliedstaaten wird unterstrichen durch die Abwesenheit jeglicher mate-riellrechtlicher Voraussetzungen für ihre Ausübung, die in einem auffallenden Gegensatz zu den „zehn Geboten“ der verstärkte Zusammenarbeit steht.

Während *Tuytschaever* das Verfahren der konstruktiven Enthaltung aufgrund der „beauty of its simplicity“ als Modell empfiehlt, kritisieren andere Autoren die Abwesenheit materiell-rechtlicher Vorgaben¹⁷. Es erscheint allgemein als kein Zufall, dass gerade die Ungleichzeitigkeit der zweiten Säule auf umfassende materielle Schranken verzichtet. Anders als das Ge-meinschaftsrecht der ersten Säule und die Zusammenarbeit in Strafsachen ist die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Gerichtsbarkeit des Gerichtshof entzogen¹⁸. Die Rechtsgemeinschaft des EG-Vertrags mit ihrer umfassenden Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen wird nur begrenzt auf die konstruktive Enthaltung übertragen¹⁹. Man kann dies als eine Fortsetzung der Verfassungs-traditionen der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene betrachten, da nicht nur in Deutsch-land „(d)ie rechtsstaatliche Hinwendung zum Staat der abgemessenen Handlungsbefugnisse ... im Außenverhältnis keine Parallele (fand).“²⁰

Gleichwohl ist die textliche Verankerung der konstruktiven Enthaltung anstelle einer konsensualen Fortentwicklung der Entscheidungsmechanismen ein erster Schritt zur „Verrechtlichung“ oder „Konstitutionalisierung“ der europäischen Außenpolitik. Es hat den Anschein, dass in der europäischen Außenpolitik die Integrationsmethode des EG-Vertrags insoweit fortgeführt wird, als potentielle Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten durch Verfahrens-regeln in vorgezeichnete prozedurale Bahnen lenkt. Ein effektiver institutioneller Rahmen erlaubt den politischen Akteuren die Konzentration auf die Herausbildung gemeinsamer au-ßenpolitischer Überzeugungen und dient als Katalysator und Wurzelboden für die schrittwei-se Verwirklichung einer gemeinsamen Außenpolitik. Vor diesem Hintergrund wäre auf mittlere Sicht die Ausweitung der Zuständigkeit des Gerichtshofs auf die Beachtung der Verfahrens-regeln der zweiten Säule einen wichtiger Beitrag zum Erfolg der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Dies würde kleineren Mitgliedstaaten gerade auch bei Ungleichzeitigkeit die Furcht vor der Dominanz eines Direktoriums der großen Mitgliedstaaten nehmen²¹.

¹⁶ Ebenso *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 262: „In effect, this appears to institutionalise the idea of unilateral opt-outs in the area of common foreign and security policy.“

¹⁷ *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 87 und, kritisch, *D. Liñan Nogueras*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1158 sowie *Schwarze-H. Krück*, Art. 11-28 EUV Rn. 74. Aus dem Gesamtsystem des EU-Vertrags leiten begrenzte Einschränkungen de lege lata ab *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 126 und *H.-J. Hiinwelmeier*, GASP (2002), S. 225 f.

¹⁸ Siehe Art. 46 EUV. Ebenso Art. III-282 VVE-E mit Ausnahme von Sanktionsbeschlüssen.

¹⁹ Ähnlich *Liñan Nogueras* ebd. 1157: „En effet, du point de vue des obligations, qui est ce qui importe dans la flexibilité, la PESC persiste dans sa volonté de se maintenir en dehors d’un ordre juridique et se produit dans uns système qui n’est soumis à aucun contrôle juridique.“

²⁰ *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/13 f.

²¹ Allgemein zur „Verrechtlichung“ bzw. „Konstitutionalisierung“ der Gemeinsamen Außen- und Sicherheits-politik *M. Smítb*, Legalization, JCMSt. 39 (2001), 79 und *I. Pernice/D. Thym*, Institutional Balance, EFA Rev. 7 (2002), 369/370 f.

2 Anwendung bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen?

Die systematische Stellung der Vertragsbestimmung zur konstruktiven Enthaltung im zweiten Unterabsatz des Art. 23 I EUV legt nahe, dass die konstruktive Enthaltung sich nur auf einstimmige Beschlüsse des Rates nach Maßgabe des ersten Unterabsatz bezieht und bei Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit gemäß Art. 23 II EUV keine Anwendung findet. *Ehlermann* überlegt gleichwohl eine Anwendung der konstruktiven Enthaltung auf Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit und verweist auf den schlichten Umstand, dass eine Enthaltung auch bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit möglich sei²². Dagegen hebt *Liñan Nogueras* hervor, dass sich die Rechtsfolge der konstruktiven Enthaltung gerade von derjenigen einer regulären Enthaltung unterscheidet: Während eine konstruktive Enthaltung einen Mitgliedstaat von der europarechtlichen Verpflichtung zur Umsetzung des Beschlusses befreit, wird diese durch eine reguläre Enthaltung nicht aufgehoben. Im ersten Fall besteht Ungleichzeitigkeit, im zweiten Gleichzeitigkeit²³.

Gegen die Anwendung der konstruktiven Enthaltung bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen spricht auch der Telos der Regelung. Die konstruktive Enthaltung will die Handlungsfähigkeit der Europäischen Union bei einstimmigen Beschlüssen sichern, indem Mitgliedstaaten, die die Mehrheitsmeinung nicht teilen, der Ausweg der konstruktiven Enthaltung als Alternative zum Veto eröffnet wird²⁴. Bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen wird die Handlungsfähigkeit der Europäischen Union aber bereits durch die qualifizierte Mehrheitsentscheidung als solche gesichert. Die Mitgliedstaaten besitzen gerade kein Vetorecht, dessen Ausübung die konstruktive Enthaltung vorbeugen will. Aufgrund dieses Telos der Norm und der zuvor aufgeführten unterschiedlichen Rechtsfolgen ist entsprechende Anwendung der konstruktiven Enthaltung bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen abzulehnen. Die konstruktive Enthaltung gilt nur für einstimmige Beschlüsse des Rates.

Eine Sondersituation besteht freilich dann, wenn ein Mitgliedstaat unter Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ eine Abstimmung des Rats mit qualifizierter Mehrheit verhindert und die Ratsmehrheit die Frage nach Art. 23 II UAbs.2 EUV „zur einstimmigen Beschlussfassung an den Europäischen Rat“ verweist²⁵. Die alternativlose Gegenüberstellung einer Bindung aller Mitgliedstaaten oder des Scheiterns des Vorschlags infolge der einstimmigen Beschlussfassung ist nicht sachgerecht. Soweit der zögernde Mitgliedstaat sein politisches Interesse dadurch gewahrt sieht, dass der Beschluss für ihn keine Bindungswirkung entfaltet, erlaubt die Anwendung der konstruktiven Enthaltung nach Art. 23 I EUV auf einstimmige Beschlüsse des Europäischen Rates nach Art. 23 II EUV einen schonenden Ausgleich zwischen den wichtigen Gründen der nationalen Politik und dem Beschlussinteresse der anderen Mitgliedstaaten²⁶.

²² C.D. Ehlermann, *Differentiation*, ELJ 4 (1998), 246/265.

²³ D. Liñan Nogueras, *PESC*, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1146: „Cependant, nous pensons que la situation politico-juridique d'un Etat qui exerce une abstention positive et celle d'un autre Etat qui exerce une abstention normale sont différentes. Dans le premier cas, l'Etat est exclu de la décision, de tous ses effets et sa position individuelle est protégée... Par contre, dans l'abstention normale ... il ne sera pas exclu des obligations dérivant de la décision.“

²⁴ Hierzu die Darlegungen im vorstehenden Abschnitt.

²⁵ Entsprechend nunmehr Art. III-201 II UAbs.2 VVE-E.

²⁶ Ebenso *Liñan Nogueras* ebd. Wenn man die Anwendung der konstruktiven Enthaltung auf die einstimmige Beschlussfassung des Europäischen Rates nach 23 II UAbs.2 EUV ablehnte, würde zudem die Entscheidungsfindung nach Art. 23 II EUV gegenüber Absatz 1 erschwert, was nach der einleitenden Formulierung

3 „Spontane“ Ungleichzeitigkeit

Art. 23 I UAbs.2 EUV beschränkt sich auf die eingangs zitierte Feststellung, dass der sich konstruktiv enthaltende Mitgliedstaat „nicht verpflichtet“ ist, den Beschluss durchzuführen, jedoch akzeptiert, dass der Beschluss „für die Union bindend ist“. Genauere Anordnungen über die Bindungswirkung und für spätere Durchführungsbeschlüsse enthält der EU-Vertrag ebenso wenig wie Regeln über die spätere Teilnahme eines *outs* und die Anwendbarkeit der konstruktiven Enthaltung bei der Annahme gemeinsamer Strategien. Diese Unklarheiten des EU-Vertrags können jedoch im Wege der Auslegung einer rechtlichen Lösung zugeführt werden. Allgemein zeigt das Fehlen von Regelungen für institutionelle und rechtliche Folgen der konstruktiven Enthaltung, dass diese einen Mitgliedstaat nicht dauerhaft von der Entwicklung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ausnimmt, sondern als „spontane“ Ungleichzeitigkeit die Vermeidung politischer Blockadesituationen im Einzelfall bezweckt. Hierauf können allgemeine Überlegungen zu Bedeutung und Funktion von Ungleichzeitigkeit in der Außenpolitik aufbauen.

Durchführungsbeschlüsse beziehen sich regelmäßig auf die Bewilligung konkreter Finanzmittel oder die Bereitstellung von Personal zur Realisierung des allgemeinen Ziels einer gemeinsamen Aktion²⁷. Wenn ein Mitgliedstaat sich bei der Annahme eines Grundbeschlusses konstruktiv enthält, ist es somit konsequent, wenn ein Durchführungsbeschluss für ihn ebenfalls keine Bindungswirkung entfaltet²⁸. In Ermangelung einer anderslautenden Anordnung im Vertrag ist der betroffene Mitgliedstaat trotz seiner Nichtbindung mit uneingeschränktem Stimmrecht an der Annahme von Durchführungsbeschlüssen zu beteiligen. Alternativ könnte man allenfalls eine Aussetzung des Stimmrechts in analoger Anwendung des Art. 44 I EUV zur verstärkten Zusammenarbeit in Betracht ziehen, wie sie die Arbeitsgruppe „Verteidigung“ des Europäischen Konvents erwog²⁹. Allerdings ist der praktische Unterschied der beiden Alternativen gering. Der betroffene Mitgliedstaat wird wegen seiner Befreiung von der Durchführungspflicht regelmäßig bereit sein, die Entscheidung der anderen Mitgliedstaaten mitzutragen. Bei grundsätzlichen Einwänden gegen die Unionsmaßnahme hätte er anstelle einer konstruktiven Enthaltung bereits sein Veto gegen den Grundbeschluss eingelegt.

Auch die spätere Teilnahme eines *out* an der Unionsmaßnahme kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Bei gemeinsamen Standpunkten, die sich durch das gemeinsame Eintreten für eine bestimmte Position auszeichnen, dürfte es in der Regel ausreichen, wenn der betroffene Mitgliedstaat den gemeinsamen Standpunkt ohne formale unionsrechtliche Ver-

des Absatzes 2 („Abweichend von Absatz 1 ...“) offenbar nicht gewollt ist. Rechtlich wirft die Anwendung der konstruktiven Enthaltung auf Beschlüsse des Europäischen Rats keine besonderen Probleme auf, weil der EU-Vertrag grundsätzlich keine rechtlichen Vorgaben für die Beschlussfassung des Europäischen Rats enthält; siehe Grabitz/Hilf-M. Hilf/E. Pache, Art. D EUV (1995) Rn. 10 ff. und speziell zur hier besprochenen Frage *Llúan Noguera* ebd.: „(L)e Conseil européen n'est pas soumis à des normes rigides de procédure qui empêchent une telle solution.“

²⁷ Näher hierzu später in diesem Unterabschnitt.

²⁸ In diesem Sinn kann man auch Art. 23 I UAbs.2 S.2 EUV lesen, der bestimmt, dass ein sich konstruktiv enthaltender Mitgliedstaat „nicht verpflichtet (ist), den Beschluss *durchzuführen*“ (eigene Hervorhebung). Dies bezieht sich freilich primär auf die „Durchführung“ der Unionsmaßnahme durch die Anpassung der nationalen Außenpolitik.

²⁹ Schlussbericht der Gruppe VIII „Verteidigung“, 16.12.2002, Konvents-Dok. CONV 461/02, Rz. 53. Dies betrachtet schon heute als geltendes Recht *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/388. Der Konvent übernahm diesen Vorschlag nicht.

pflichtung freiwillig befolgt. Bei gemeinsamen Aktionen erfordert die Beteiligung an den finanziellen Folgen und die Einordnung nationalen Personals in die europäische Befehlskette dagegen eine rechtsförmliche Beteiligung. Da die konstruktive Enthaltung einzig dem sich enthaltenden Mitgliedstaat obliegt und als förmliche Erklärung nach Art. 23 I UAbs.2 EUV keine Mitwirkung der anderen Mitgliedstaaten erfordert, spricht nichts gegen die Möglichkeit einer einseitigen Rücknahme. Hierauf wandelt sich die konstruktive Enthaltung in eine reguläre Enthaltung mit der Folge, dass der Mitgliedstaat nunmehr an die Maßnahme gebunden ist³⁰.

Gemeinsame Aktionen und Standpunkte betreffen jeweils „spezifische Situationen“³¹ oder eine „bestimmte Frage geographischer oder thematischer Art“³². Wegen dieses Einzelfallbezugs besitzen sie regelmäßig eine begrenzte zeitliche Dauer. Aufgrund dieser zeitlichen Begrenzung wird sich die Frage nach der späteren Teilnahme eines *out* in der Praxis selten stellen. Dies unterstreicht den Charakter der konstruktiven Enthaltung als Momentaufnahme, die keinen dauerhaften Ausschluss eines Mitgliedstaats von der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik bewirkt. Die konstruktive Enthaltung enthält keine rechtliche Folgewirkung für die spätere Annahme anderer gemeinsamer Standpunkte und Aktionen über dieselbe oder eine ähnliche Sachmaterie. Ein Mitgliedstaat kann von Fall zu Fall „spontan“ entscheiden, ob er sich an einer neuen Unionshandlung beteiligt, sich konstruktiv enthält oder die Annahme durch sein Veto blockiert. Die konstruktive Enthaltung begründet insofern eine „spontane“ Ungleichzeitigkeit³³.

Dies wäre anders zu beurteilen, wenn der EU-Vertrag eine konstruktive Enthaltung bei der Annahme von gemeinsamen Strategien erlaubte und der betroffene Mitgliedstaat in der Folge von der Durchführung aller gemeinsamen Aktionen und Standpunkte in Umsetzung der Strategie befreit wäre. Gemeinsame Strategien werden vom Europäischen Rat beschlossen und regeln „allgemeine Leitlinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik“³⁴. Sie entfalten eine konkrete rechtliche Bindungswirkung erst durch die Annahme gemeinsamer Standpunkte und Aktionen, die vom Rat in Umsetzung der Strategie nach Art. 23 II EUV mit qualifizierter Mehrheit angenommen werden. Die Nichtbeteiligung einzelner Mitgliedstaaten an gemeinsamen Strategien und deren Umsetzung wäre somit keine einzelfallbezogene „spontane“ Ungleichzeitigkeit mehr, sondern würde diese Mitgliedstaaten längerfristig von einer strategischen Entwicklungsrichtung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik etwa gegenüber Russland, der Ukraine oder dem Mittelmeerraum ausnehmen³⁵.

Der Vertragsgeber entschied sich gegen diese Möglichkeit: Textlich kommt dies darin zum Ausdruck, dass eine konstruktive Enthaltung nach Art. 23 I UAbs.2 EUV für Beschlüsse des „Rates“ gilt, während gemeinsame Strategien nach Art. 13 I EUV vom „Europäischen Rat“

³⁰ Alternativ kann man freilich durch die gleichzeitige Neuannahme des Rechtsakts mit Geltung für alle Mitgliedstaaten eine Gleichzeitigkeit der Bindung herstellen; so *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/85 und *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 87.

³¹ So zur gemeinsamen Aktion Art. 14 I EUV.

³² So zu gemeinsamen Standpunkten Art. 15 EUV.

³³ Ähnlich *H. Kortenbergh*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/836: „case-by-case basis“ sowie *S. Langrish*, *Amsterdam*, EL Rev. 23 (1998), 3/13: „shadow of the concept of flexibility“.

³⁴ Art. 13 I EUV. Entsprechend nunmehr Art. III-194 I VVE-E.

³⁵ Ende September 2003 bestanden drei gemeinsame Strategien: Gemeinsame Strategie 414/1999/GASP des Europäischen Rats für Russland vom 4.6.1999 (ABl. 1999 L 157, 1); Gemeinsame Strategie 877/1999/GASP des Europäischen Rats für die Ukraine vom 11.12.1999 (ABl. 1999 L 331, 1) und Gemeinsame Strategie 458/2000/GASP des Europäischen Rats für den Mittelmeerraum vom 19.6.2000 (ABl. 2000 L 183, 5).

angenommen werden. Auch das vorstehend ausgeführte Schweigen des EU-Vertrags zu rechtlichen und institutionellen Folgen einer konstruktiven Enthaltung für die Annahme von Durchführungsbeschlüssen und die spätere Teilname der *outs* spricht als systematisches Argument gegen eine Zulässigkeit der konstruktiven Enthaltung bei der Annahme gemeinsamer Strategien. Das Fehlen entsprechender Vorgaben kann angesichts der längerfristigen Ausrichtung gemeinsamer Strategien nicht mehr als planwidrige Regelungslücke betrachtet werden³⁶. Die konstruktive Enthaltung findet bei der Annahme gemeinsamer Strategien ebenso keine Anwendung wie das Rechtsinstitut der verstärkten Zusammenarbeit³⁷.

Die Spontaneität der Ungleichzeitigkeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist Ausdruck des Wunsches nach einem Mindestmaß an Einheitlichkeit und Dauerhaftigkeit des auswärtigen Auftretens der Europäischen Union. Da eine erfolgreiche Außenpolitik ein gemeinsames und einheitliches Eintreten für das gemeinsame Ziel erfordert und aus der Perspektive von Drittstaaten durch das Ausscheren einzelner Mitgliedstaaten geschwächt würde, soll Ungleichzeitigkeit auf Einzelfälle beschränkt bleiben. Außenpolitik ist weniger durch die normative Verankerung bestimmter Regeln geprägt als durch das Eintreten für und wider bestimmte Positionen. Sie unterscheidet sich insofern von europäischem Binnenrecht, dessen Effektivität nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, wenn der geographische Geltungsbereich einzelner Rechtsnormen bei Ungleichzeitigkeit beschränkt ist. Dagegen ist bei der Außenpolitik die Einheitlichkeit des Auftretens eine wichtige Voraussetzung für die Effektivität der verfolgten Politik. Das politische Gewicht der Europäischen Union als einem weltpolitischen Akteur in den Jugendjahren seiner Entwicklung würde nachhaltig geschwächt, wenn in den Augen der Weltöffentlichkeit im Einzelfall differenziert werden muss, für welche Mitgliedstaaten und Bürger die Union jeweils spricht³⁸.

Das Ziel eines einheitlichen Auftretens erklärt auch, warum die Pflichten der *outs* bei der konstruktiven Enthaltung über die Rücksichtnamepflicht bei interner Ungleichzeitigkeit hinausgehen³⁹. Nach 23 I UAbs.2 S.3 EUV ist ein sich konstruktiv enthaltener Mitgliedstaat verpflichtet, „(i)m Geiste gegenseitiger Solidarität ... alles (zu unterlassen), was dem auf diesem Beschluss beruhenden Vorgehen der Union zuwider laufen oder es behindern könnte“. Die Union muss den Standpunkt der *outs* dagegen nur „respektieren“. Wenn die Union auch bei einer konstruktiven Enthaltung als „Europäische Union“ auftritt und ein *out* alles unterlässt, was dem Vorgehen der Union zuwiderläuft oder dieses behindert, wird die Weltöffentlichkeit die Ungleichzeitigkeit regelmäßig nicht verinnerlichen und die Europäische Union

³⁶ Das in Fn. 28 f. und begleitender Text (S. 156) beschriebene Fehlen einer ausdrücklichen Regelung für Durchführungsbeschlüsse zu gemeinsamen Aktionen und Strategien infolge einer konstruktiven Enthaltung kann man wegen des dargelegten Einzelfallbezugs dieser Maßnahmen noch als planwidrige Regelungslücke betrachten, die im Wege der Auslegung geschlossen werden muss. Die Nichtanwendung der konstruktiven Enthaltung auf gemeinsame Strategien steht auch nicht im Widerspruch zur Annahme, dass die konstruktive Enthaltung auf einstimmige Beschlüsse des Europäischen Rats nach Art. 23 II UAbs.2 EUV infolge einer Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ Anwendung findet; oben Fn. 25 und begleitender Text (S. 155). Der Europäische Rat entscheidet hier in einer „Ersatzvornahme“ anstelle des eigentlich zuständigen Rats, bei dessen einstimmigen Beschlüssen eine konstruktive Enthaltung unzweifelhaft zulässig ist.

³⁷ Hierzu Kapitel 5 II 2 (S. 163 ff.).

³⁸ Siehe bereits *I. Pernice/D. Thym*, Institutional Balance, EFA Rev. 7 (2002), 369/394-398. Entsprechend *E. Regelsberger/W. Wessels*, Third Way, EFA Rev. 1 (1996), 29/35: „it is better to have no EU position than ‘only’ a majority-led output“; *D. Liñan Noguera*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1153: „affaiblissement de la PESC“; *A. Duff*, Amsterdam (1997), S. 125; *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 229.

³⁹ Allgemein zum umfassenden Grundsatz der „Unionstreue“ bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

trotz der konstruktiven Enthaltung eines Mitgliedstaats als einheitlichen Akteur wahrnehmen⁴⁰. Dies verhindert negative Rückwirkungen auf die Effektivität der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, relativiert aber zugleich die Sonderposition der *outs*. Schon deshalb wird ein Mitgliedstaat zu einer konstruktiven Enthaltung nur bereit sein, wenn er die Position der anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich teilt und aus speziellen innenpolitischen Gründen oder außenpolitischen Erwägungen eine formelle Nichtgeltung wünscht. Ansonsten kann er „unkonstruktiv“ die Annahme des Beschlusses durch sein Veto verhindern.

II Verstärkte Zusammenarbeit

Obwohl die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik aufgrund des geringen Integrationsfortschritts und der regelmäßig einstimmigen Beschlussfassung von vielen Beobachtern als „champ d'application par excellence de ce mécanisme“⁴¹ betrachtet wird, entschied sich die Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam in einem späten Verhandlungsstadium, die neuen Bestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit nicht auf die zweite Säule zu erstrecken. Mehrere Regierungen hatten aus unterschiedlichen Gründen Vorbehalte gegen eine ungleichzeitige Außenpolitik⁴². Der Vertrag von Nizza beseitigt dieses vermeintliche Defizit und erlaubt nunmehr nach Maßgabe der Art. 43 ff., 27a-e EUV eine verstärkte Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik⁴³. Es handelt sich hierbei aber nur um einen Zwischenschritt. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents schlägt nunmehr nämlich eine weitergehende Ausweitung der verstärkten Zusammenarbeit auf alle Sachbereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik vor.

1 Verfahren

Das allgemeinen Vertragsbestimmungen für die verstärkte Zusammenarbeit gelten grundsätzlich auch für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, soweit die Art. 27a-e EUV keine abweichenden Sonderregeln normieren. Die Erörterung in diesem Abschnitt gründet insoweit auf den Darlegungen in Kapitel 2 und konzentriert sich auf die besonderen Vorgaben für die zweite Säule. Auch der Europäische Konvent hält an der Sonderbehandlung der verstärkten Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik fest. Dies folgt

⁴⁰ So auch *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 335; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 88; *F. de la Serre/H. Wallace*, Idée (1997), S. 15; *D. Vignes*, PESC, in: Études (1997), S. 67 und *Hümelmeier* ebd.: Der Unionsbeschluss legt „die melodietragende Stimme fest“.

⁴¹ So *D. Liñan Noguera*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1142. Siehe auch *D. von Kiyam*, Herausforderung, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 20; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/381; *J.-F. Favret*, Amsterdam, C.D.E. 33 (1997), 555/599 und *B. Hall*, Flexible (2000), S. 13 ff.

⁴² Dem Vernehmen nach sperrten sich die Irland, Österreich und Schweden wegen ihrer Neutralität, das Vereinigte Königreich aus den später dargelegten Gründen und Griechenland aus Furcht vor einem Ausschluss vor einer ungleichzeitigen Türkei-Politik gegen die Ausweitung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik; vgl. *P. Manin*, Amsterdam, Columbia JEL 4 (1998), 1/20 in Fn. 89 und *Ehlermann* ebd. 37. Die Überlegungen von *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/49 und *Lenz-Bergmann*, Art. 43 EUV Rn. 21, wonach man die allgemeinen Klauseln der Art. 43 ff EUV (1997) schon vor Nizza auf die zweite Säule anwenden könne, waren unzutreffend: Die dort normierten Verfahren waren unzureichend und bedurften der Ergänzung durch die speziellen Normierungen in Art. 11 EGV (1997) und Art. 40 EUV (1997), für die es in der zweiten Säule gerade keine Entsprechung gab.

⁴³ Zu den Verhandlungen vor und in Nizza *E. Regelsberger*, GASP, Integration 2001, 156/159 ff.; *J. Janning*, Zweiter Anlauf, in: Weidenfeld (2001), S. 155 ff.; *J.-M. Favret*, Nice, RTD eur. 37 (2001), 279/282 ff. und *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/650-657.

der allgemeinen Entscheidung des Konvents, die Säulen der Europäischen Union zwar zu einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit zu verschmelzen, innerhalb des Verfassungsvertrags jedoch die Sonderbehandlung der Außen- und Sicherheitspolitik fortzusetzen⁴⁴. Die Sonderregeln für die verstärkte Zusammenarbeit in der Außenpolitik beziehen sich in erster Linie auf das Verfahren über den Grundbeschluss und die spätere Teilnahme der *outs*.

Die Initiative zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit geht auch in der zweiten Säule von den kooperationswilligen Mitgliedstaaten aus. Diese richten nach Art. 27c EUV einen Antrag an den Rat, der nach der Unterrichtung des Europäischen Parlaments und einer Stellungnahme der Kommission über die Annahme des Grundbeschlusses entscheidet⁴⁵. Den Redakteuren des Vertrags von Nizza unterlief hierbei ein Fehler hinsichtlich des Beschlussmodus im Rat: Frühere Formulierungsvorschläge der französischen Ratspräsidentschaft sahen noch ausdrücklich eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit vor⁴⁶. Dagegen beschränkt sich die endgültige Fassung auf die Feststellung, dass die Ermächtigung „vom Rat gemäß Artikel 23 Absatz 2 Unterabsätze 2 und 3“ erteilt wird. Dies bezieht sich nur auf die Modalitäten qualifizierter Mehrheitsentscheidungen und ordnet diese nicht an. Gemeint ist offenbar aber weiterhin eine Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit⁴⁷. Korrekt hätte jedoch von einer Beschlussfassung „mit qualifizierter Mehrheit gemäß Art. 23 II UAbs.2 und 3“ gesprochen werden müssen.

Aus dem Verweis des Art. 27c EUV auf Art. 23 II UAbs.3 EUV folgt, dass jedem Mitgliedstaat bei der Annahme des Grundbeschlusses mit qualifizierter Mehrheit eine Vetomöglichkeit „aus wichtigen Gründen der nationalen Politik“ zusteht⁴⁸. Diese könnte etwa Griechenland nutzen, um eine verstärkte außenpolitische Zusammenarbeit einiger Mitgliedstaaten gegenüber der Türkei oder Mazedonien zu verhindern. Die Reichweite dieser modifizierten Version des Kompromisses von Luxemburg bestimmt sich nach denselben Regeln, die für jede Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit nach Art. 23 II EUV gelten⁴⁹. Soweit nach einer Berufung auf wichtige Gründe der nationalen Politik der Europäische Rat mit der Frage befasst wird, bewirkt dies ebenso wie bei Art. 11 II EGV eine prozedurale Beschränkung des

⁴⁴ Siehe zu den Reformvorschlägen des Konvents im Bereich der Außenpolitik Art. III-195-214 VVE-E.

⁴⁵ Die bloße Unterrichtung des Europäischen Parlaments entspricht der allgemeinen Regel des Art. 21 EUV für die zweite Säule; so auch *K. Bradley*, *Nice*, *CML Rev.* 38 (2001), 1095/1117. Auch die Rolle der Kommission folgt ihren begrenzten Befugnissen in der zweiten Säule nach Art. 27 EUV; ebenso *W. Hummer/W. Obwexer*, *Nizza* (2001), S. 40 und *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/187.

⁴⁶ So die Mitteilung der Präsidentschaft, IGC 2000: Verstärkte Zusammenarbeit, 9.11.2000, Regierungskonferenz 2000 Dok. CONFER 4798/00, Klausel K II: „(I)t may be authorised by the Council, *acting by a qualified majority* in accordance with the procedure referred to in the second and third subparagraphs of Article 23(2) of this Treaty“ (eigene Hervorhebung).

⁴⁷ Diese ist für andere Beschlüsse als den Grundbeschluss über die verstärkte Zusammenarbeit im ersten Unterabsatz des Art. 23 II EUV geregelt und ist eine logische Voraussetzung für die Anwendung der ausdrücklich aufgeführten Vetomöglichkeit nach Unterabsatz 2 und die Stimmengewichtung nach Unterabsatz 3.

⁴⁸ Ebenso zur Verweiskette *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/187 f. und *K. Bradley*, *Nice*, *CML Rev.* 38 (2001), 1095/1117.

⁴⁹ Zu Gemeinsamkeiten mit und Unterschieden zum ursprünglichen Kompromiss von Luxemburg *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/865; *F. Debouze*, *Amsterdam*, *C.D.E.* 33 (1997), 265/267; *V. Constantinesco*, *Coopération*, *RTD eur.* 33 (1997), 751/762; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, *JCMSt.* 37 (1999), 87/98 und *H. Kortenbergh*, *Cooperation*, *CML Rev.* 35 (1998), 833/850. Ob und, wenn ja, in welchem Umfang eine Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ bei der Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit in der ersten und zweiten Säule einer richterlichen Überprüfung zugänglich gewesen wäre, war nicht abschließend geklärt. In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist diese Frage wegen des Ausschlusses der Zuständigkeit des Gerichtshofs nach Art. 46 EUV hinfällig.

Vetorechts, wenn auf höchster politischer Ebene eine Diskussion über die politische Opportunität des ungleichzeitigen Integrationsschritts erfolgt⁵⁰. Die zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 27a I EUV besitzen hierbei keine eigenständige rechtliche Bedeutung, weil sie nicht über die „zehn Gebote“ hinausgehen⁵¹. Beachtenswert ist einzig die Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf die „Behauptung der Identität (der Union) als kohärenter Kraft auf internationaler Ebene“⁵². Sie bekräftigt den Befund, dass der nachhaltige Erfolg der europäischen Außenpolitik ein gemeinsames Auftreten erfordert, das durch ein Auseinanderfallen der Mitgliedstaaten in verschiedene Kooperationsgruppen untergraben würde⁵³.

Die Informationspflicht des Generalsekretär des Rates/Hohen Beauftragten nach Art. 27d EUV ist beachtenswert, weil der EU-Vertrag dem Generalsekretär des Rates/Hohen Beauftragten erstmals eine „rôle propre“⁵⁴ zuweist und sein Tätigwerden keinen besonderen Auftrag des Rates voraussetzt⁵⁵. Der Grund hierfür ist der Informationsstand des Generalsekretärs des Rates/Hohen Beauftragten hinsichtlich der operationellen Durchführung gemeinsamer Aktionen, dem wichtigsten Anwendungsfall der verstärkten Zusammenarbeit in der zweiten Säule. Über den allgemeinen Stand der Beratungen und die Beschlusslage sind die *outs* aufgrund ihrer Teilnahme an den Beratungen des Rates ohne Stimmrecht ohnehin informiert⁵⁶. In Fortführung der allgemeinen institutionellen Reform möchte der Europäische Konvent die Rolle des künftigen Außenministers der Union bei der verstärkten Zusammenarbeit ausbauen. Dieser soll künftig auch zur Kohärenz der verstärkten Zusammenarbeit mit der sonstigen Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik Stellung beziehen⁵⁷.

Die Herstellung von Gleichzeitigkeit richtet sich in der zweiten Säule nach Art. 27e EUV, das dem Verfahren des Art. 40b EUV für die dritte Säule nachempfunden ist⁵⁸. Soweit hierbei ein weiter Zeitrahmen von bis zu vier Monaten zwischen dem Teilnahmeantrag des *out* und dem Beschluss des Rates vorgesehen ist, könnte dies in der Praxis zu einer Erledigung wegen Zeitablaufs führen. Wie noch zu erörtern sein wird, ist die verstärkte Zusammenarbeit in der zweiten Säule derzeit auf die Durchführung gemeinsamer Aktionen und die Umsetzung gemeinsamer Standpunkte beschränkt, die nach der Konzeption des EU-Vertrags eine spezifische Situation betreffen und daher regelmäßig eine begrenzte zeitliche Dauer aufweisen. In der Praxis werden die *ins* im Interesse einer möglichst breiten Unterstützung der außenpolitischen Maßnahme regelmäßig bereit sein, den Teilnahmeantrag eines *out* positiv zu bescheiden, anstatt durch eine Verzögerungstaktik die politische Unterstützung des Mitgliedstaats zu verlieren.

Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents weicht in Art. III-325 II, 326 II VVE-E überraschend vom derzeitigen Verfahren ab und sieht eine einstimmige Beschlussfas-

⁵⁰ Hierzu bereits Kapitel 2 II 1 b (S. 50 ff.).

⁵¹ Die Vorgabe der Zielbeachtung nach Spiegelstrich 1 entspricht Art. 43 lit.a, b, c EUV; der Vorrang des EG-Vertrags nach Spiegelstrich 2 ist schon nach Art. 43 lit.b EUV i.V.m. Art. 47 EUV verbindlich geregelt; und das Kohärenzgebot gemäß Spiegelstrich 3 findet sich bereits in Art. 45 EUV. Ganz in diesem Sinn begründet der Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 28 die Abschaffung der besonderen Voraussetzungen damit, dass sie ohnehin durch die Bestimmung des Art. I-43 I UAbs.2 VVE-E abgedeckt seien.

⁵² Art. 27a I S.1 EUV; eigene Hervorhebung.

⁵³ Siehe Kapitel 5 I 3 (S. 156 ff.).

⁵⁴ *J. Rodrigues*, Nice, RMC 2001, 11/16.

⁵⁵ So aber allgemein Art. 26 EUV.

⁵⁶ Vgl. Art. 44 I UAbs.1 S.2 EUV und Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁵⁷ Art. III-325 II VVE-E. Die Stellungnahme ist freilich ein bloßer Verfahrensschritt ohne Blockaderecht.

⁵⁸ Hierzu bereits Kapitel 2 II 2 (S. 58 ff.).

sung über den Grundbeschluss und den Teilnahmeantrag eines *outs* vor⁵⁹. Dies führt zu einer Vereinfachung des Verfahrens, weil das indirekte Veto durch die Berufung auf „wichtige Gründe der nationalen Politik“ entfällt. Zugleich beseitigt der Verfassungsentwurf damit jedoch auch die prozedurale Einschränkung des Vetorechts, die mit der Offenbarung der wichtigen Gründe der nationalen Politik und der Befassung der Staats- und Regierungschefs einhergeht. Das Vetorecht stellt aber nicht notwendig ein Defizit des Verfassungsvertrags dar. Es sichert nämlich die notwendige Einheitlichkeit des Auftretens der Europäischen Union angesichts des erweiterten Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit. Eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung über den Grundbeschluss erfordert eine weitergehende Konvergenz der sicherheitspolitischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten. Soweit diese sich in den kommenden Jahren herausbildet, kann der europäische Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt die Abschaffung des Veto diesseits der rechtlichen Hürde einer Verfassungsänderung beschließen. Die allgemeine Evolutivklausel des Art. I-24 IV VVE-E bietet hierfür ebenso eine Grundlage wie die besondere Bestimmung des Art. III-201 III VVE-E über die Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen in der Außen- und Sicherheitspolitik⁶⁰.

Problematisch ist das Veto dagegen bei der Herstellung von Gleichzeitigkeit. Hier bewirkt es eine Erschwernis der Herstellung von Gleichzeitigkeit, wie sie derzeit nur aus dem Bereich des Schengener Rechts bekannt ist⁶¹. Der Grund hierfür ist vermutlich, dass der Konvent die Trennlinie zwischen *ins* und *outs* vorrangig an vermeintlich objektiven Beteiligungsvoraussetzungen ausrichten will⁶². Diese Konzeption überzeugt in der Außenpolitik noch weniger als in anderen Politikbereichen⁶³. Außenpolitik ist ihrem Wesen nach eine politische Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Position aufgrund einer Abwägung politischer Interessen und Überzeugungen. Entscheidend für den Teilnehmerkreis einer verstärkten Zusammenarbeit ist demnach die politische Unterstützung für eine Maßnahme und keine anderweitige Beteiligungsvoraussetzung. Im Regelfall wird die notwendige Einstimmigkeit für die Herstellung von Gleichzeitigkeit zwar zustande kommen. In noch nicht absehbaren Konstellationen könnte das Vetorecht jedoch zu unnötigen Konflikten führen und die Vertrauensgrundlage der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik insgesamt gefährden.

⁵⁹ Diese entscheiden gemäß Art. I-39 VII VVE-E „im Rahmen“ der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik grundsätzlich einstimmig, soweit keine anderweitige Normierung vorgesehen ist. Da auch die Art. III-325 II, 326 II VVE-E den „Rahmen“ der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik betreffen, gilt insoweit Einstimmigkeit nach Art. I-39 VII VVE-E – und nicht etwa die allgemeine Regel einer Mehrheitsentscheidung im Rat nach Art. I-22 III VVE-E. Eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung ergibt sich auch nicht aus Art. III-201 II VVE-E oder dem Verweis des Art. III-326 II VVE-E auf Art. I-43 III VVE-E, der nur die Suspension des Stimmrechts der *outs* regelt.

⁶⁰ Es hat derzeit nicht den Anschein, dass Art. I-24 IV VVE-E die Regierungskonferenz überdauert (Kapitel 7 I 3; S. 214 ff.). Zwar bezieht sich Art. III-201 III VVE-E dem Wortlaut nach nur auf den vorstehenden Absatz 2, der seinerseits auf Absatz 1 und „Beschlüsse nach diesem Kapitel“ abstellt, zu denen Verfahrensfragen der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. III-325 II, 326 II VVE-E nicht gehören. Da es sachlich bei der verstärkten Zusammenarbeit aber um eine Frage der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik geht, deren Abstimmungsregeln Art. III-201 VVE-E regelt, erscheint eine Anwendung des Art. III-201 III VVE-E auf die verstärkte Zusammenarbeit möglich. Näher zur Reichweite militärischer und verteidigungspolitischer Bezüge, für welche die Evolutivklausel nach Art. III-201 IV VVE-E nicht gilt, Kapitel 5 II 3 (S. 167 ff.).

⁶¹ Zum Schengener Recht Kapitel 3 II 2 a (S. 93 ff.).

⁶² Die Teilnahmeentscheidung ist nach Art. III-326 II VVE-E als „Bestätigung“ der Teilnahme konzipiert. Art. III-324 VVE-E über die etwaige Normierung von Beteiligungsvoraussetzungen im Grundbeschluss gilt auch für die Außenpolitik.

⁶³ Zu anderen Politikbereichen bereits Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.).

Allgemein ist zu beachten, dass der Gerichtshof im Konfliktfall nicht über die Einhaltung der materiellen und prozeduralen Vorgaben entscheiden kann. Das Modell des Art. 40 III EUV mit seiner speziellen gerichtlichen Zuständigkeit für die Begründung der verstärkten Zusammenarbeit wurde auf die zweite Säule nicht übertragen⁶⁴. Die Mitgliedstaaten wollten offenbar verhindern, dass ein politischer Präzedenzfall für eine spätere Ausweitung der Zuständigkeit des Gerichtshofs auf die gesamte zweite Säule geschaffen wird. Das Fehlen einer gerichtlichen Kontrollmöglichkeit ist auch hier Ausdruck der bislang begrenzten Einbeziehung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in die europäische Rechts- bzw. Verfassungsordnung⁶⁵. Verfassungspolitisch ist dies auch deshalb zu bedauern, weil sich die Mitgliedstaaten eventuell schon in Nizza auf eine ambitioniertere Reform der verstärkten Zusammenarbeit verständigt hätten, wenn der Gerichtshof im Konfliktfall garantierte, dass eine verstärkte Zusammenarbeit nicht im Widerspruch zu den europäischen Verträgen steht.

2 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit beschränkt sich in der Fassung des Vertrags von Nizza auf die „Durchführung einer gemeinsamen Aktion oder die Umsetzung eines gemeinsamen Standpunkts.“⁶⁶ Angesichts dieser Begrenzungen erscheint es fraglich, ob die Annahme *Tony Blairs* zutrifft, dass „there is clearly much greater scope for using enhanced cooperation in the two biggest growth areas of European action: the development of a foreign and security policy and the cross border fight against crime.“⁶⁷ Tatsächlich ist der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit in der Außenpolitik so begrenzt, dass Zweifel angebracht sind, ob der Vertrag von Nizza insoweit überhaupt einen Beitrag zur dynamischen Entwicklung derselben geleistet hat. Allerdings vollzieht nunmehr der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents den Schritt, auf den sich die Staats- und Regierungschefs in Nizza nicht verständigen konnten. Auf die neuen Bestimmungen des Verfassungsvertrags ist ebenso einzugehen wie auf den Status quo des Vertrags von Nizza.

Die derzeitige Beschränkung der verstärkten Zusammenarbeit auf die „Durchführung einer gemeinsamen Aktion oder die Umsetzung eines gemeinsamen Standpunkts“⁶⁸ beinhaltet zuerst den Ausschluss gemeinsamer Strategien vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit. Dies überrascht nicht und ist verfassungspolitisch positiv zu beurteilen. Aufgrund ihrer allgemeinen Leitlinienfunktion würde die Einbeziehung gemeinsamer Strategien in den Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit einzelne Mitgliedstaaten längerfristig von einer strategischen Entwicklungsrichtung der europäischen Außenpolitik ausnehmen. Die Effektivität der europäischen Außenpolitik, deren Erfolg auf einem einheitlichen Eintreten der gesamten Union beruht, wäre nachhaltig geschwächt, wenn einzelne Mitgliedstaaten gemeinsame Strategien nicht unterstützten⁶⁹. Hieran hält trotz der weitreichenden Re-

⁶⁴ X. Pons Rafols, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/176 ist zuzustimmen, wenn er eine analoge Anwendung der Vorschrift in der zweiten Säule ablehnt; siehe zu Art. 40 III EUV bereits Kapitel 2 II 3 (S. 60). Entsprechend nunmehr Art. III-282 VVE-E.

⁶⁵ Näher Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

⁶⁶ Art. 27b EUV.

⁶⁷ T. Blair, Warschau (2000).

⁶⁸ Art. 27b EUV.

⁶⁹ Siehe hierzu bereits die Darlegungen zur konstruktiven Enthaltung in Kapitel 5 I 3 (S. 156 ff.). Ebenso T. Jäger, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/302 und S. Peers, Foreign, Y.E.L. 21 (2001), 531/552. Gleichwohl kritisch C. Giering/J. Janning, Katalysator, Integration 2001, 146/151 und A. Missiroli, Security, EFA Rev. 6

formen in anderen Aspekten der verstärkten Zusammenarbeit wohl auch der Verfassungskonvents des Europäischen Konvents fest⁷⁰.

Die Regelung des Art. 27b EUV beschränkt sich derzeit jedoch nicht auf den Ausschluss gemeinsamer Strategien. Anders als bei der konstruktiven Enthaltung ist auch die Annahme gemeinsamer Aktionen und Standpunkte vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ausgenommen – und zwar selbst dann, wenn diese der Umsetzung einer gemeinsamen Strategie dienen, auf die sich alle Mitgliedstaaten zuvor einstimmig verständigten⁷¹. Diese Beschränkung der verstärkten Zusammenarbeit ist kritisch zu beurteilen. Soweit alle Mitgliedstaaten sich durch die Zustimmung zu einer gemeinsamen Strategie auf die strategische Ausrichtung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik verständigt haben, sichert dies eine gemeinsame politische Basis an Kohärenz und Einheitlichkeit. Entsprechend hatte die französische Ratspräsidentschaft im Vorfeld des Vertrags von Nizza noch vorgeschlagen, die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Durchführung gemeinsamer Strategien auszuweiten⁷². Der Europäische Konvent geht nunmehr diesen Schritt und beschränkt sich nicht auf die ungleichzeitige Durchführung gemeinsamer Strategien. Vielmehr soll auch die Annahme von Europäischen Beschlüssen über Standpunkte und Aktionen der Union im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit möglich sein⁷³.

Die Art und Weise, wie der Konvent sich auf diesen Reformschritt verständigte, ist kein Illustration für die Demokratisierung verfassungspolitischer Weicherstellungen, die mit der Arbeit des Konvents so häufig zu Recht verbunden wird. Weder richtete der Konvent eine Arbeitsgruppe zu Fragen der Ungleichzeitigkeit ein noch beschäftigte sich die Arbeitsgruppe „Außenpolitisches Handeln“ mit dem Thema⁷⁴. Gleichwohl schlug das Präsidium am 14. Mai 2003 die aufgezeigte Ausweitung des Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit

(2001), 177/192.

⁷⁰ Den spezifischen Vorgaben des Art. III-194 I VVE-E für die Annahme von „Europäischen Beschlüssen des Europäischen Rats über die strategischen Interessen und Ziele der Union“ – wie der Konvent gemeinsame Strategien sprachlich wenig elegant nennt – kann entnommen werden, dass der Mechanismus der verstärkten Zusammenarbeit keine Anwendung findet. Dieser bezieht sich nach Art. III-325 II, 326 II VVE-E nur auf das Vertragskapitel der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik im engeren Sinn (Art. III-195-215 VVE-E), nicht aber auf Art. III-194 VVE-E. Auch dem allgemeinen Mechanismus der verstärkten Zusammenarbeit ist Art. III-194 I VVE-E wohl entzogen, weil es an entsprechenden Vorgaben für eine modifizierte Zusammensetzung und Beschlussfassung des Europäischen Rates fehlt und die detailgetreue Formulierung des Art. III-194 I VVE-E insoweit gegen eine planwidrige Regelungslücke sprechen. Der Konvent wollte die gleichzeitige Geltung gemeinsamer Strategien offenbar bewusst beibehalten.

⁷¹ Bei isolierter Betrachtung kann die deutsche Sprachfassung des Art. 27b EUV mit ihrem Verweis auf „die Durchführung einer gemeinsamen Aktion oder die Umsetzung eines gemeinsamen Standpunkts“ so ausgelegt werden, dass auch die Annahme als notwendige Voraussetzung der Durchführung umfasst sei. Deutlicher sind insoweit die englische und die französische Fassung, die von der „implementation of a joint action or a common position“ und der „mise en œuvre d'une action commune ou d'une position commune“ sprechen. Die Begriffe „implementation“ und „mise en œuvre“ meinen schon dem Wortlaut nach nur Durchführungsbeschlüsse im Sinn des Art. 23 II UAbs.1 Sps.2 EUV. Im Ergebnis ebenso *K. Bradley*, *Nice*, *CML Rev.* 38 (2001), 1095/1116; *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/184 und *Jäger* ebd. 302. Missverständlich *A. Missiroli*, *Security*, *EFA Rev.* 6 (2001), 177/192 und *S. Rodrigues*, *Nice*, *RMC* 2001, 11/15.

⁷² Mitteilung der Präsidentschaft, IGC 2000: verstärkte Zusammenarbeit, 9.11.2000, Regierungskonferenz 2000 Dok. CONFER 4798/00, Klausel J: „implementation of a common strategy, a joint action or a common position.“

⁷³ Die Art. III-325 II, 326 II VVE-E verweisen allgemein auf die Zulässigkeit der verstärkten Zusammenarbeit „im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik“ und umfassen damit alle Fragen einschließlich der Annahme von Standpunkten und Aktionen der Union nach Art. III-195 III, 201 VVE-E.

⁷⁴ Schlussbericht der Gruppe VII „Außenpolitisches Handeln“, 16.12.2002, Konvents-Dok. CONV 459/02.

in der Außenpolitik vor⁷⁵. Zu dieser Zeit war das Plenum des Konvents gerade in eine lebhaft debattierte Diskussion über Fragen der allgemeinen institutionellen Architektur verstrickt. Im Windschatten dieser Diskussion fand der Reformvorschlag ohne grundlegende Erörterung Eingang in den Verfassungsvertrag⁷⁶. Es hat den Anschein, dass auch die Regierungskonferenz das Kompromisspaket insoweit nicht wieder aufschüren wird. Die britische Regierung hat bereits angekündigt, dass die verstärkte Zusammenarbeit in der Außenpolitik anders als in Nizza nicht jenseits der „red lines“ liegt, welche die Grenze ihrer Kompromissbereitschaft markieren⁷⁷. Die notwendige Einheitlichkeit des Auftretens der Europäischen Union wird hierbei durch die einstimmige Beschlussfassung über den Grundbeschluss gewahrt. Mit der schrittweisen Konvergenz der sicherheitspolitischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten kann aufgrund der vertraglichen Evolutivklauseln zu einem späteren Zeitpunkt der schrittweise Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen vereinbart werden⁷⁸.

Ungeachtet der Reformvorschläge des Konvents können im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit *de lege lata* nur Durchführungsbeschlüsse zu gemeinsamen Aktionen und Standpunkten vereinbart werden. Diese Bestimmung gilt bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags und entscheidet damit in den kommenden Jahren über die integrationspolitische Potential der verstärkten Zusammenarbeit. Welche Maßnahmen können hiernach im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit durchgeführt werden? Die bisherige Praxis zeigt, dass Durchführungsbeschlüsse zu gemeinsamen Aktionen sich in der Regel auf die Finanzierung bestimmter Projekte oder die Bereitstellung von Personal beziehen. So unterstützte die Europäische Union aufgrund von Durchführungsbeschlüssen einen Sonderauftrag des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz um Hilfe für Opfer von Antipersonenminen⁷⁹, ein UNDP-Projekt zur Kontrolle leichter Waffen und Kleinwaffen in Albanien⁸⁰ und die Kommunalwahlen in Bosnien-Herzegowina durch die Entsendung von Wahlbeobachtern⁸¹. In

⁷⁵ Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03.

⁷⁶ Im Synthesebericht über die Plenartagung 15. und 16. Mai 2003 in Brüssel, 27.5.2003, Konvents-Dok. 748/03, S. 12 wird nur allgemein darauf hingewiesen, dass einige Konventsmitglieder „einen Nutzen darin (sahen), die verstärkte Zusammenarbeit in allen Bereichen der GASP anzuwenden, um sie proaktiver zu gestalten.“ Eine nähere Erörterung erfolgte allenfalls gemäß Synthesebericht über die Plenartagung 30. und 31. Mai 2003 in Brüssel, 16.6.2003, Konvents-Dok. 783/03.

⁷⁷ So '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. 86-88, wo die Frage im Hinblick auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik nicht angesprochen wird – anders als mit Bezug auf die Verteidigungspolitik (Kapitel 5 II 3; S. 167 ff.).

⁷⁸ Siehe Kapitel 5 II 1 (S. 159 ff.).

⁷⁹ Der Beschluss 818/97/GASP des Rates zur Durchführung der Gemeinsamen Aktion 588/96/GASP über Antipersonenminen, um zur Finanzierung der Sonderaufträge des IKRK beizutragen vom 28.11.1997 (ABl. 1997 L 338, 5) stellte 8 Mio. Ecu bereit; es handelt sich um einen Durchführungsbeschluss zur Gemeinsamen Aktion 588/96/GASP des Rates vom 1.10.1996 (ABl. 1996 L 260, 1).

⁸⁰ Der Beschluss 850/2001/GASP des Rates betreffend einen Beitrag der Europäischen Union zur Bekämpfung der destabilisierenden Anhäufung und Verbreitung von Kleinwaffen und leichten Waffen in Albanien vom 29.11.2001 (ABl. 2001 L 318, 1) beruht auf der Gemeinsamen Aktion 34/1999/GASP des Rates vom 17.12.1998 (ABl. 1999 L 9, 1) und stellt zusammen mit einem früheren Durchführungsbeschluss 1,05 Mio. Ecu zur Verfügung.

⁸¹ Beschluss 224/97/GASP des Rates betreffend Maßnahmen der Union zur Unterstützung der Wahlen in Bosnien-Herzegowina vom 24.3.1997 (ABl. 1997 L 90, 1) stellt auf Grundlage der Gemeinsamen Aktion 406/96/GASP des Rates vom 10.6.1996 (ABl. 1996 L 168, 1) insgesamt 5,5 Mio. Ecu bereit. Wahlbeobachtermissionen werden auf Grundlage von VO 975/1999/EG des Rates zur Festlegung der Bedingungen für die Durchführung von Maßnahmen auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit, die zu dem allgemeinen Ziel der Fortentwicklung und Festigung der Demokratie und des Rechtsstaats sowie zur Wahrung der

ihrer derzeitigen Form wird die verstärkte Zusammenarbeit somit praktische Bedeutung vor allem als „verstärkte Vollzugszusammenarbeit“ entfalten⁸². Die grundlegenden politischen Entscheidungen werden weiterhin durch alle Mitgliedstaaten festgelegt.

In ähnlichen wie den aufgeführten Fällen wird wegen der geringen Höhe der bereitgestellten Finanzmittel auch in Zukunft vermutlich nicht auf das Institut der verstärkten Zusammenarbeit zurückgegriffen werden⁸³. Die verstärkte Zusammenarbeit könnte jedoch Anwendung finden, wenn auf ihrer Grundlage umfassende Wiederaufbauhilfen oder zivile Einsätze in Staaten wie dem Irak oder Afghanistan „unionisiert“ würden⁸⁴. Hierbei bestünde die offensichtliche Gefahr, dass einzelne Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer „ungleichzeitigen“ Finanzierung außenpolitischer Maßnahmen bei einstimmigen Beschlüssen als Vorwand nutzen, die handlungswilligen Mitgliedstaaten unter Verweis auf ihr Vetorecht zur Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit zu drängen. Die finanziellen Folgen der gemeinsamen Außenpolitik würden so auf einige Mitgliedstaaten abgewälzt. Auseinandersetzungen über die Finanzierung der gemeinsamen Außenpolitik infolge einer derartigen „Trittbrettfahrer-Mentalität“ könnten das Vertrauen zwischen den politischen Akteuren belasten. Anstatt das erstrebte Mehr an Handlungsfähigkeit zu gewährleisten, würde die verstärkte Zusammenarbeit in diesem Fall zu einer Belastung für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.

Ungeachtet hiervon könnte die verstärkte Zusammenarbeit jedoch auch in der Fassung des Vertrags von Nizza einen Beitrag zu einer dynamischen Fortentwicklung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik leisten. Soweit der Wunsch nach einer Ausweitung ihres Anwendungsbereichs besteht, könnten nach geltendem Vertragsrecht gemeinsame Aktionen und Standpunkte an gemeinsame Strategien angenähert werden und sich auf die mittelfristige Ausrichtungen der Außenpolitik beziehen⁸⁵. Die Durchführung dieser von allen beschlossenen „strategischen“ Aktionen und Standpunkte könnte dann von einigen Mitgliedstaaten im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit ungleichzeitig vorgenommen werden. Hiernach könnten diplomatische Initiativen wie die frühere Bosnien-Kontaktgruppe ungleichzeitig im Rahmen der Europäischen Union vorangetrieben werden⁸⁶. Wegen des Einstimmigkeitserfor-

Menschenrechte und Grundfreiheiten beitragen vom 29.4.1999 (ABl. 1999 L 120, 1) sowie der parallelen VO 976/1999/EG des Rates 29.4.1999 (ABl. 1999 L 120, 8) für andere als Entwicklungsländer nunmehr von der Gemeinschaft im Rahmen der ersten Säule durchgeführt.

⁸² Terminologie nach *A. Hatje*, Prüfstand, EuR 2001, 143/162.

⁸³ Insoweit zutreffend *E. Regelsberger*, GASP, Integration 2001, 156/160: „Weder kann man sich gegenwärtig ein sachliches Beispiel vorstellen, wo die Umsetzung gemeinsamer Aktionen und gemeinsamer Standpunkte nach dem Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit greifen könnte“ und *J.-M. Favret*, Nice, RTD eur. 37 (2001), 279/283: „Compte tenu de ces contraintes, il est permis de se demander si les Etats membres seront véritablement en mesure de lancer des coopérations renforcées dans le cadre du 2^e pilier.“

⁸⁴ Wiederaufbauhilfen werden bislang größtenteils durch die Mitgliedstaaten sowie ergänzend durch die Europäische Gemeinschaft finanziert.

⁸⁵ Vgl. etwa den Gemeinsamen Standpunkt 97/356/GASP des Rates betreffend Konfliktverhütung und Konfliktlösung in Afrika vom 2.6.1997 (ABl. 1997 L 153, 1), der freilich so allgemein ist, dass er wohl keine spezifischen Durchführungsbeschlüsse zulässt. Es sei hier dahingestellt, inwiefern die Entwicklung derartiger „strategischer“ gemeinsamer Standpunkte und Aktionen mit den Vorgaben der Art. 14 f. EUV vereinbar ist. Wegen der fehlenden Zuständigkeit des Gerichtshof könnte die Primärrechtskonformität einer derartigen konsensualen Fortentwicklung des EU-Vertrags de lege lata nicht richterlich überprüft werden.

⁸⁶ Siehe analog etwa den gleichzeitigen (Durchführungs-)Beschluss 286/2001/GASP des Rates betreffend den Beitrag der Europäischen Union zur Förderung des baldigen Inkrafttretens des Vertrags über das umfassende Verbot von Nuklearversuchen (CTBT) vom 9.4.2001 (ABl. 2001 L 99, 3) auf Grundlage des Gemeinsamen Standpunkts 533/1999/GASP des Rates vom 29.7.1999 (ABl. 1999 L 204, 1).

dernisses für die Annahme gemeinsamer Standpunkte und Aktionen erfordert eine solche Rechtspraxis allerdings die Zustimmung aller Mitgliedstaaten. Der notwendige Konsens sichert auch hier die für den Erfolg europäischer Außenpolitik so wichtigen Grundkonsens der politischen Akteure, auf den die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik in den Jugendjahren ihrer Entwicklung so dringend angewiesen ist.

3 Militärische oder verteidigungspolitische Bezüge

Art. 27b EUV beschränkt den Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit nicht nur auf die Durchführung von gemeinsamen Aktionen und die Umsetzung von gemeinsamen Standpunkten, sondern nimmt zugleich „Fragen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen“ vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit aus. Der Begriff der „militärischen oder verteidigungspolitischen Bezüge“ besitzt für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik eine zentrale Bedeutung. Er wird nicht nur in Art. 27b EUV als negative Begrenzung der verstärkten Zusammenarbeit verwandt, sondern bestimmt zugleich die Reichweite der dänischen Ausnahme, den Ausschluss qualifizierter Mehrheitsentscheidungen und die Finanzierung operativer Kosten aus dem EU-Haushalt⁸⁷. Die militärischen oder verteidigungspolitischen Bezüge begründen damit eine rechtliche Trennlinie zwischen den großzügigeren Verfahrensregeln allgemeiner Außen- und Sicherheitspolitik und einem Kernbereich verteidigungspolitischer Maßnahmen, der qualifizierten Mehrheitsentscheidungen, der Haushaltsfinanzierung und der verstärkten Zusammenarbeit entzogen ist⁸⁸.

Dem Vernehmen nach war es die britische Regierung, die in Nizza auf dieser Einschränkung des Anwendungsbereichs der verstärkten Zusammenarbeit bestand⁸⁹. Sie wollte dadurch offenbar verhindern, dass eine verstärkte Zusammenarbeit kontinentaleuropäischer Mitgliedstaaten die Führungsrolle des Vereinigten Königreichs in Verteidigungspolitik untergräbt, die für Premierminister *Blair* ein wichtiges Symbol für ihre Europapolitik des „constructive engagement“ ist⁹⁰. Im Europäischen Konvent gelangt der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit erneut auf die Tagesordnung europäischer Verfassungspolitik. Hierbei schlug der Konvent in buchstäblich letzter Minute eine weitreichende Reform des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit vor. In seinem Entwurf für die letzte Plenardebatte am 9. Juli 2003 schlug das Präsidium die Streichung einer Vertragsbestimmung vor, die bislang den Verteidigungsbereich von der verstärkten Zusammenarbeit ausgenommen hätte⁹¹. Diese Änderung wurde ohne grundlegende Diskussion im Plenum in den Verfassungsvertrag übernommen⁹². Es bleibt abzuwarten, ob dieser Reformvorschlag die Regierungskonferenz überdauert⁹³. Unabhängig hiervon gilt bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags ohnehin der Status quo des Vertrags von Nizza.

⁸⁷ Zum Ausschluss qualifizierter Mehrheitsentscheidungen Art. 23 II UAbs.4 EUV; zum EU-Haushalt Art. 28 III EUV und zur dänischen Ausnahme Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

⁸⁸ Entsprechend zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen Art. III-201 IV VVE-E und zur Finanzierung Art. III-215 III VVE-E. Zur verstärkten Zusammenarbeit im Folgenden.

⁸⁹ X. *Pons Rafols*, Nizza, Rev. der. com. eur. 2001, 145/184 und X. *Yataganas*, Nice, ELJ 7 (2001), Abschnitt B.6.

⁹⁰ Zur Europapolitik der britischen *Labour*-Regierung etwa D. *Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/358 f.

⁹¹ Der Entwurf des Präsidiums: Verfassung, Band II, 9.7.2003, Konvents-Dok. CONV 847/03 sieht auf Seite 158 eine Streichung des vorherigen Art. III-318 vor, der die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit ausgenommen hatte.

⁹² Synthesebericht über die Plenartagung 9. und 10. Juli 2003 in Brüssel, 23.7.2003, Konvents-Dok. 853/03, S. 2.

⁹³ Näher zu den Implikationen eines Fortbestands ebd.

Der Begriff „militärische oder verteidigungspolitische Bezüge“ wird im EU-Vertrag nicht definiert. Seine Auslegung kann sich aber an der allgemeinen Wortwahl des Vertrags orientieren. Dieser verwendet den Begriff „Verteidigung“ nur im Hinblick auf die Europäische Sicherheits- und *Verteidigungspolitik* nach Art. 17 EUV, die nach der Konzeption der zweiten Säule eine Teilmenge der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik darstellt, die ihrerseits den Begriff der Verteidigung gerade nicht aufgreift⁹⁴. Vor dem Hintergrund dieser systematischen Gesamtschau liegt es nahe, dass nur Maßnahmen im Anwendungsbereich des Art. 17 EUV einen verteidigungspolitischen Bezug haben können – ein Befund, der durch Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) bestätigt wird, wenn dort im Zusammenhang mit „verteidigungspolitischen Bezügen“ explizit auf Art. 17 EUV verwiesen wird⁹⁵. Zentraler Bezugspunkt des Art. 17 EUV ist die Inkorporation der sogenannten Petersberg-Aufgaben in den Rahmen der Europäischen Union. Nach Art. 17 II EUV schließt dieser Artikel „humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, friedenserhaltende Aufgaben sowie Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung einschließlich friedensschaffender Maßnahmen ein.“⁹⁶ Allerdings handelt es sich nicht bei der gesamten Bandbreite dieser Maßnahmen um Fragen mit verteidigungspolitischen Bezügen.

Nach der aufgeführten Konzeption des EU-Vertrags ist die Europäische *Sicherheits-* und *Verteidigungspolitik* nach Art. 17 EUV eine Teilmenge der Gemeinsamen Außen- und *Sicherheitspolitik*. Schon terminologisch ergibt sich aus der doppelten Verwendung des Begriffs Sicherheit, dass Fragen der Sicherheitspolitik sowohl unter den Regelungsbereich des Art. 17 EUV als auch der Art. 11 ff. EUV fallen können. Nur die Verteidigungspolitik ist dem Art. 17 EUV vorbehalten. Dies bedeutet, dass nicht jede Maßnahme im Rahmen des Art. 17 EUV notwendig einen verteidigungspolitischen Bezug besitzt. Vielmehr gibt es auch im Anwendungsbereich der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik sicherheitspolitische Maßnahme ohne verteidigungspolitische Bezüge. Hier kommt das zusätzliche Kriterium eines „militärischen“ Bezugs ins Spiel. Wenn man den Bezug auf „militärische oder verteidigungspolitische Bezüge“ zusammenliest, bietet sich der Einsatz militärischen Fachpersonals einschließlich entsprechender Militärtechnik als rechtliche Trennlinie zwischen sicherheits- und verteidigungspolitischen Maßnahmen an⁹⁷. Hiernach besitzen Polizeieinsätze und andere Einsätze im Rahmen der zivilen Dimension sowie bloße Katastrophenschutz- oder Rettungseinsätze regelmäßig keinen verteidigungspolitischen Bezug⁹⁸. Dagegen besitzen Militäreinsätze

⁹⁴ Dass die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik eine Teilmenge der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist, wird in Art. 17 I EUV bestätigt: „Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik umfasst sämtliche Fragen, welche die Sicherheit der Union betreffen, wozu auch die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik gehört.“

⁹⁵ Zur dänischen Ausnahme Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

⁹⁶ Es handelt sich hierbei um keine enumerative Auflistung oder einen statischen Verweis auf die Petersberg-Aufgaben nach der planerischen Konzeption des Jahres 1991. So können grundsätzlich auch Maßnahmen gegen nichtstaatliche Terrorismus-Netzwerke im Rahmen des Art. 17 EUV durchgeführt werden, obwohl die ursprüngliche Konzeption der Petersberg-Aufgaben diese nicht notwendig umfasste.

⁹⁷ Sowohl Art. 27b EUV als auch die parallelen Bestimmungen der Art. 23 II, 28 III EUV beziehen die Formulierung „militärische *oder* verteidigungspolitische Bezüge“ offenbar auf einen einheitlichen Sachbereich. Die Verwendung des Begriffs „oder“ sollte daher nicht im Sinn einer Trennung militärischer und verteidigungspolitischer Bezüge verstanden werden, sondern vielmehr als wechselseitige Qualifizierung und Bestärkung eines einheitlichen Kriteriums. Dies wird mittelbar durch Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) bestätigt, der sich nur auf „verteidigungspolitische“ und nicht auch auf „militärische“ Fragen bezieht, damit aber wohl keine sachliche Beschränkung der dänischen Ausnahme bezweckt.

⁹⁸ Zur zivilen Dimension der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

einen militärischen und verteidigungspolitischen Bezug und sind hiernach auch dem Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit entzogen⁹⁹.

Die Unzulässigkeit der verstärkten Zusammenarbeit bei EU-Militäreinsätzen kann man politisch bedauern. Es ist aber zu beachten, dass Drittstaaten und die Weltöffentlichkeit einen ungleichzeitigen Militäreinsatz im Namen der „Europäischen Union“ politisch wohl auch dann allen Mitgliedstaaten zurechnen würden, wenn einzelne Mitgliedstaaten sich nicht an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligen. Soweit der potentielle *out* keine grundsätzlichen Einwände gegen eine ungleichzeitige Militäroperation hat, erlaubt die Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung bereits eine Ungleichzeitigkeit. Gegenüber der konstruktiven Enthaltung bietet die verstärkte Zusammenarbeit jedoch keinen grundsätzlichen Mehrwert, soweit ihr Begründungsmechanismus nicht geändert wird¹⁰⁰. Auch der Verweis auf die regelmäßig geringere Mindestteilnehmerzahl für eine verstärkte Zusammenarbeit überzeugt nicht¹⁰¹. Nach den allgemeinen Regeln der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist die Durchführung gemeinsam beschlossener EU-Militäreinsätze nämlich flexibel ausgestaltet.

III Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Die Erfahrung des Kosovo-Krieges veranlasste die Mitgliedstaaten zu einer beschleunigten Verwirklichung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Auf der Grundlage der Beschlüsse der Europäischen Räte von Köln und Helsinki im Jahr 1999 wurden seither die operationellen Strukturen der WEU de facto in die Europäische Union integriert und die militärischen Krisenbewältigungskapazitäten weiterentwickelt. Eine Vertragsänderung war hierzu nicht erforderlich, da der Vertrag von Amsterdam mit Art. 17 I EUV (1997) die Grundlage für die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik schuf. Die Mitgliedstaaten wollten sich bis zum Jahr 2003 in die Lage versetzen, der Europäischen Union binnen 60 Tagen für die Dauer eines Jahres 60.000 Soldaten und Soldatinnen¹⁰² für die gesamte Bandbreite der Petersberg-Aufgaben zur Verfügung zu stellen¹⁰³. Aufgrund der bereits erzielten Fortschritte erachtet sich die Europäische Union „nun im gesamten Spektrum der Petersberg-Aufgaben einsatzbereit, wobei es Einschränkungen und Zwänge aufgrund anerkannter Lücken gibt, die sich durch die Weiterentwicklung der militärischen Fähigkeiten der EU ... mindern lassen.“¹⁰⁴

Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik mit der Übernahme der UN-Polizeimission in Bosnien-Herzegowina am 1. Januar 2003 das Reisbrettstadium überschritten

⁹⁹ Ähnlich *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/397 f., der nicht näher bestimmte „humanitäre“ Einsätze vom Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit umfasst sieht. Nach dem militärischen Charakter der Aktion wollte im Hinblick auf Art. J.3 EUV (1992) auch *J. Frowein*, WEU, in: FS Everling I (1995), S. 318 differenzieren.

¹⁰⁰ Die konstruktive Enthaltung erachten ebenfalls für ausreichend *D. Liñan Noguera*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1156; *F. de la Serre*, Coopération, in: Magnette (2000), S. 167; *A. Missiroli*, Security, EFA Rev. 6 (2001), 177/192 und *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 63 f.

¹⁰¹ So aber *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/299 f. Nach Art. 43 lit.g EUV muss eine verstärkte Zusammenarbeit mindestens acht der derzeit 15 und zukünftig wohl 25 Mitgliedstaaten umfassen, während eine konstruktive Enthaltung der übrigen sieben bzw. 17 Mitgliedstaaten nach Art. 23 I UAbs.2 S.4 EUV die Annahme eines Beschlusses verhindert; Kapitel 5 I 1 (S. 152 ff.).

¹⁰² Zur Gleichstellung EuGH, Rs. C-285/98, Slg. 2000 I-69 – *Kreil*.

¹⁰³ Näher etwa *S. Duke*, Overtrumped, EFA Rev. 6 (2001), 155; *R. Rummel*, Power, EFA Rev. 7 (2002), 453 und *D. Thym*, Verteidigungspolitik, DVBl. 2000, 676.

¹⁰⁴ Europäischer Rat in Thessaloniki am 19./20.6.2003, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 56.

und erstmals Verantwortung vor Ort übernommen¹⁰⁵. Mit der Ablösung der friedenssichernden NATO-Operation in Mazedonien am 31. März 2003 durch die erste EU-Militäroperation „Concordia“ und die Etablierung der EU-Militäroperation „Artemis“ im Kongo wurde inzwischen auch die militärische Dimension der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik in die Realität umgesetzt¹⁰⁶ – trotz der politischen Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund des Irak-Kriegs. Die schrittweise Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik gehört auch in Zukunft zu den bedeutendsten neuen Sachbereichen der Integration und besitzt das Potential für einen weitreichenden Rückgriff auf ungleichzeitige Regelungsinstrumente. Der Europäische Konvent diskutierte die Möglichkeit ihrer ungleichzeitigen Verwirklichung nicht nur umfassend, sondern unterbreitete in seinem Verfassungsentwurf weitreichende Reformvorschläge, deren Bedeutung vor dem Hintergrund des rechtlichen Status quo aufzuzeigen ist.

1 Allgemeine Regeln

Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist in ihren Grundstrukturen derzeit auf eine gleichzeitige Beschlussfassung angelegt. Dies bedeutet, dass alle Beschlüsse über die Einleitung einer „Krisenbewältigungsoperation“ vom Rat unter gleichberechtigter Teilnahme aller Mitgliedstaaten getroffen werden – einzig für Dänemark gilt eine besondere Ausnahme¹⁰⁷. Es gelten insoweit die regulären Beschlussverfahren der zweiten Säule, wonach Beschlüsse mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen immer Einstimmigkeit erfordern¹⁰⁸. Hierbei kann im Einzelfall eine Ungleichzeitigkeit dadurch entstehen, dass ein Mitgliedstaat sich bei der einstimmigen Annahme eines Beschlusses konstruktiv enthält. Die konstruktive Enthaltung erlaubt insbesondere den neutralen EU-Mitgliedstaaten Finnland, Irland, Österreich und Schweden sowie zukünftig Malta den Beschluss über einen Militäreinsatz nicht mitzutragen, ohne die Handlungsfähigkeit der Union insgesamt zu blockieren¹⁰⁹. Auch entschied man sich vorerst gegen eine Integration der militärischen WEU-Beistandspflicht in den Rahmen der Europäischen Union, die als völkerrechtliche Vereinbarung für die bisherigen WEU-Mitglieder fortbesteht. Eine solche Beistandspflicht hätte für die neutralen EU-Mitgliedstaaten eine zu offenkundige Abkehr von ihrer Neutralität bedeutet¹¹⁰.

Vor diesem Hintergrund sind die „Nationale Erklärung Irlands“ vom Juni 2002¹¹¹ und die Erklärung der Republik Malta zur Neutralität (2003) eine deklaratorische Widergabe des eu-

¹⁰⁵ Gemeinsame Aktion 2002/210/GASP des Rates über die Polizeimission der Europäischen Union vom 11.3.2002 (ABl. 2002 L 70, 1) mit verschiedenen Durchführungsbeschlüssen.

¹⁰⁶ Zu Mazedonien Gemeinsame Aktion 2003/92/GASP des Rates vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 34, 26) und zum Kongo Gemeinsame Aktion 2003/423/GASP des Rates vom 5. Juni 2003 (ABl. 2003 L 143/50); jeweils mit verschiedenen Durchführungsbeschlüssen.

¹⁰⁷ Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

¹⁰⁸ Art. 23 II UAbs.4 EUV; zur Reichweite Kapitel 5 II 3 (S. 167 ff.).

¹⁰⁹ Zur konstruktiven Enthaltung bereits Kapitel 5 I (S. 151 ff.).

¹¹⁰ Näher zum völkerrechtlichen Fortbestand der Beistandspflicht Kapitel 6 II (S. 187 ff.) und zu Reformvorschlägen des Konvents Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.). Die Neutralität einiger Mitgliedstaaten wird durch Art. 17 I UAbs.2 EUV ausdrücklich gesichert, wonach die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik den „besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten“ unberührt lässt; näher *L. Münch*, Aktion (1997), S. 87; *M. Schweitzer*, Neutralität, in: FS Everling II (1995), S. 1379; *F. Cede*, Österreichs, ZfRV 1995, 142 und *R. Wessel*, Black Widow, in: Kronenberger (2001), S. 419.

¹¹¹ Diese sollte vor dem zweiten irischen Referendum über die Ratifikation des Vertrags von Nizza Bedenken der irischen Bevölkerung ausräumen. Beim ersten irischen Referendum am 7.6.2001 hatte sich bei einer

roperrechtlichen Status quo. Irland ist tatsächlich „nicht durch eine gegenseitige Beistandsverpflichtung gebunden.“¹¹² Ein Übergang zur gemeinsamen Verteidigung muss auch im Hinblick auf Malta und Irland „mit Einstimmigkeit der Mitgliedstaaten gefasst und gemäß ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften angenommen werden.“¹¹³ Anders als im nachfolgend besprochenen Fall Dänemarks möchten Irland und Malta ansonsten jedoch im vollen Umfang an der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik mitwirken¹¹⁴. Auch der Verweis, dass Irland „das Recht behält, im Einklang mit seiner Verfassung und seinen Gesetzen seine eigene souveräne Entscheidung darüber zu treffen, ob es Militärpersonal zur Teilnahme an Einsätzen im Rahmen der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik abordnet“¹¹⁵, steht im Einklang mit den allgemeinen Regeln des EU-Vertrags.

Die gleichzeitige Beschlussfassung über die Einleitung einer EU-geführten Krisenbewältigung bedeutet nämlich nicht, dass alle Mitgliedstaaten an der operativen Durchführung mit eigenen Truppen beteiligt sind. Die Europäische Union besitzt kein direktes Durchgriffsrecht auf die nationalen Streitkräfte. Vielmehr ist es die „souveräne Entscheidung“¹¹⁶ eines jeden Mitgliedstaats, ob und, wenn ja, in welchem Umfang nationale Militäreinheiten der Europäischen Union zur Verfügung gestellt werden. Der Einsatz der Bundeswehr erfordert auch im Rahmen der Europäischen Union die konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages, die auch durch die Zustimmung des Bundesministers im Rat zur Einleitung einer EU-geführten militärischen Krisenbewältigung rechtlich nicht präjudiziert wird¹¹⁷. Selbst dann, wenn sich kein Mitgliedstaat konstruktiv enthält und alle Mitgliedstaaten außer Dänemark an der Beschlussfassung mitwirken, kann es somit auf der Ebene der Durchführung zu einer differenzierten Beteiligung der Mitgliedstaaten kommen.

Die Struktur der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik sieht vor, dass der Rat einstimmig nur die grundlegenden Weichenstellungen beschließt, während die „politische Kontrolle und strategische Leitung“ der Operation dem Politischen und Sicherheitspolitischen Komitee (PSK) übertragen wird, das ebenso wie der Rat alle Mitgliedstaaten umfasst¹¹⁸.

Wahlbeteiligung von 35% eine knappe Mehrheit von 54% gegen die Ratifikation ausgesprochen; *I. Black*, Ireland Blocks EU Drive to the East, *The Guardian* vom 9.6.2001, S. 23.

¹¹² Nr. 4 der Nationalen Erklärung Irlands, Europäischer Rat in Sevilla am 21./22.6.2002, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage III.

¹¹³ Zu Irland ebd. 5 und entsprechend die Erklärung der Republik Malta zur Neutralität (2003). Nach Art. 17 I UAbs.1 EUV erfordert ein Beschluss zur gemeinsamen Verteidigung die Annahme durch die Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften.

¹¹⁴ Zu Irland ebd. Nr. 2: „Irland erinnert an sein Engagement für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union, wie sie der (EU-Vertrag) vorsieht, der in Maastricht angenommen, in Amsterdam geändert und von der irischen Bevölkerung jeweils durch Referendum gebilligt worden ist.“ Entsprechend zu Malta ebd.: „Malta bekräftigt sein Bekenntnis zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union, wie sie im Vertrag über die Europäische Union niedergelegt ist.“

¹¹⁵ Irland ebd. Nr. 6.

¹¹⁶ Ebd. sowie der Zwischenbericht des Vorsitzes an den Europäischen Rat über die Stärkung der gemeinsamen Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, Europäischer Rat in Helsinki am 10./11.12.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage 1 zu Anlage 4: „Alle Mitgliedstaaten haben das Recht, in vollem Umfang und gleichberechtigt an allen Beschlüssen und Beratungen des Rates und der Ratsgremien über EU-geführte Operationen teilzunehmen. Wenn die Mitgliedstaaten nationale Mittel für solche Operationen zur Verfügung stellen, so ist dies ihre eigene *souveräne Entscheidung*.“

¹¹⁷ Siehe BVerfGE 90, 286 – *Auslandseinsätze*. Bundeswehr-Einsätze im Rahmen der Europäischen Union entsprechen aus der Sicht des deutschen Verfassungsrecht einer Truppenbereitstellung im Rahmen der NATO; *D. Thym*, Verteidigungspolitik, DVBl. 2000, 676/680 ff.

¹¹⁸ Beschluss 78/2001/GASP des Rates zur Einsetzung des Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees

Die gleichberechtigte Teilnahme an der Beschlussfassung im Rat setzt sich somit auf der Ebene der politischen Kontrolle und strategischen Leitung auch dann fort, wenn einige Mitgliedstaaten der Europäischen Union keine Truppen zur Verfügung stellen. Einzig in einem „Ausschuss der beitragenden Länder“ sind nur diejenigen Mitgliedstaaten vertreten, die sich nicht mit eigenen Truppen beteiligen. Primärer Sinn dieses Ausschusses ist jedoch nicht der Ausschluss einzelner Mitgliedstaaten, sondern die Einbeziehung von Drittstaaten, die sich an der EU-geführten Krisenbewältigung beteiligen¹¹⁹. Allerdings wurde bei den ersten EU-Militäroperationen in Mazedonien und im Kongo allen Mitgliedstaaten einschließlich Dänemark neben den betroffenen Drittstaaten eine Teilnahme am Ausschuss der beitragenden Länder gestattet – unabhängig davon, ob sie Truppen stellten oder nicht¹²⁰.

Soweit in der Zukunft tatsächlich nur die beitragenden Länder im „Ausschuss der beitragenden Länder“ vertreten sind, könnte in der Praxis die Trennlinie zwischen der politischen Kontrolle und der strategischen Leitung einer Operation durch den Rat und das PSK sowie der operativen Implementation durch die beitragenden Länder vor allem dann verschwimmen, wenn die Europäische Union auf NATO-Mittel zurückgreift und die operative Kontrolle dem Deputy Supreme Allied Command Europe (D-SACEUR) überträgt¹²¹. Die Ausrichtung der NATO-Strukturen auf NATO-Interessen könnte das faktische Gewicht der NATO-Staaten, die nicht der Europäischen Union angehören, stärken und zugleich die Beschlussfassungsautonomie der Europäischen Union schwächen¹²². Es bleibt abzuwarten, ob diese potentielle Konfliktlage in der Praxis aufbricht und wie die neutralen EU-Mitgliedstaaten hierauf gegebenenfalls reagieren. Der EU-Vertrag gewährt ihnen jedenfalls ein grundsätzliches Recht auf gleichberechtigte Teilnahme an den Entscheidungen über die Einleitung und Ausrichtung von EU-Militäroperationen. Eine Unterminierung dieser Gleichzeitigkeit könnte die Unterstützung der neutralen Mitgliedstaaten mindern und den Erfolg der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik gefährden.

vom 22.1.2001 (ABl. 2001 L 27, 1), Anhang. Der Vertrag von Nizza verschmolz in Art. 25 EUV das PSK mit dem politischen Komitee und gestattet ihm als ständigem Gremium, eigenständige Durchführungsbeschlüsse zu den Grundsatzentscheidungen des Rates zu fassen.

¹¹⁹ Europäischer Rat in Helsinki am 10./11.12.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage I zu Anlage IV. Die Beteiligung im Ausschuss der beitragenden Länder entspricht dem Rechtsstatus, den einige Drittstaaten als assoziierte Mitglieder der WEU inne hatten; vgl. *A. Missiroli*, *Nato, Integration 2001*, 340/341-344 und *A. Dashwood*, *External, CML Rev. 35* (1998), 1019/1042.

¹²⁰ Art. 3 Nr.1 Beschluss des Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees zur Einsetzung des Ausschusses der beitragenden Länder für die EU-geführte Operation in der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien vom 18.2.2003, Rats-Dok. 6451/03 (nicht amtlich veröffentlicht) sowie Art. 3 I Beschluss DRK/2/2003 des Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees vom 11. Juli 2003 zur Einsetzung des Ausschusses der beitragenden Länder für die militärische Operation der Europäischen Union in der Demokratischen Republik Kongo (ABl. 2003 L 184/13).

¹²¹ Näher zum derzeitigen Verhältnis von EU und NATO Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

¹²² So *A. Missiroli*, *Nato, Integration 2001*, 340/349.

2 Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents

Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist derzeit auf eine gleichzeitige Beschlussfassung ausgelegt. Insbesondere kann sich eine verstärkte Zusammenarbeit in der zweiten Säule nicht auf Fragen mit militärischen oder verteidigungspolitischen Bezügen erstrecken. Hiernach können allenfalls Durchführungsbeschlüsse über „zivile“ Petersberg-Aufgaben Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit sein, nicht jedoch EU-Militäreinsätze wie die Operationen in Mazedonien und dem Kongo. Nicht einmal die engere militärorganisatorische und rüstungspolitische Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten kann wegen des militärischen und verteidigungspolitischen Bezugs auf ungleichzeitiger Grundlage verwirklicht werden. Dies gilt etwa für multinationale Streitkräfte wie das Eurokorps, integrierte Führungskapazitäten, die militärische Rüstung und Forschung, das Beschaffungswesen und die Ausbildung. De lege lata sind kooperationswillige Mitgliedstaaten insoweit auf eine völkerrechtliche Kooperation jenseits der europäischen Verträge angewiesen¹²³.

Es ist jedoch zu beachten, dass die ungleichzeitige Verwirklichung der militärischen Fähigkeiten und Strukturen nicht denselben Problemen begegnen würde, die gegen ein ungleichzeitiges Auftreten einiger Mitgliedstaaten nach Außen sprechen. Da es sich hierbei um verteidigungspolitische „Binnenmaßnahmen“ handelt, wäre das einheitliche Auftreten der Union nach Außen nicht betroffen. Ganz in diesem Sinn ergriffen die Außenminister von Deutschland und Frankreich im November 2002 die politische Initiative für eine entsprechende Ausweitung von Ungleichzeitigkeit. Trotz vielfacher Widerstände verständigten sich in der Folge auch die Arbeitsgruppe „Verteidigung“ und der Europäische Konvent auf einen entsprechenden Reformschritt¹²⁴. So sieht der Verfassungsentwurf des Konvents vier neue Formen von Ungleichzeitigkeit vor: Die Beauftragung einer Gruppe von Mitgliedstaaten mit der Durchführung einer Organisation (Art. I-40 V, III-211 VVE-E), die ungleichzeitige Einrichtung eines Europäischen Amtes für Rüstung, Forschung und militärische Fähigkeiten (Art. I-40 III, III-212 VVE-E), eine „strukturierte Zusammenarbeit“ zur Verbesserung der militärischen Fähigkeiten (Art. I-40 VI, III-213 VVE-E) und eine „engere Zusammenarbeit“ über die militärische Beistandspflicht (Art. I-40 VII, III-214 VVE-E).

Die ungleichzeitige Durchführung von EU-Operationen ist keine grundlegende Neuerung. Sie baut vielmehr auf den allgemeinen Regeln der europäischen Verteidigungspolitik auf, die schon heute mit der freiwilligen Bereitstellung von Truppen und dem Ausschuss der beitragenden Länder ein Element faktischer „Ungleichzeitigkeit“ umfassen¹²⁵. Allerdings könnte auf Grundlage der Art. I-40 V, III-211 VVE-E die Autonomie der beitragenden Länder ausgeweitet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn nur der Grundbeschluss über die Einleitung der Operation von allen Mitgliedstaaten nach Art. III-210 II VVE-E einstimmig gefasst und die politische Kontrolle und strategische Leitung durch Rat und PSK den beteiligten

¹²³ Zur verstärkten Zusammenarbeit in der zweiten Säule Kapitel 5 II 3 (S. 167 ff.) und zu völkerrechtlichen Kooperationen in der Verteidigungspolitik Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

¹²⁴ Siehe *D. de Villepin/J. Fischer*, Gemeinsame deutsch-französische Vorschläge für den Europäischen Konvent zum Bereich Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik, 22.11.2002, Konvents-Dok. CONV 422/02; den Schlussbericht der Gruppe VIII „Verteidigung“, 16.12.2002, Konvents-Dok. CONV 461/02, Rz. 55: „Einige Mitglieder der Gruppe sprachen sich gegen die Anwendung der Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit auf den Bereich der Verteidigung aus“ und die kritischen Stimmen im Synthesebericht über die Plenartagung 15. und 16. Mai 2003 in Brüssel, 27.5.2003, Konvents-Dok. 748/03, S. 13-15.

¹²⁵ Siehe Kapitel 5 III 1 (S. 170 ff.).

Mitgliedstaaten in Eigenregie übertragen würde¹²⁶. Der Verfassungsentwurf des Konvents trifft in diesem Punkt keine abschließende Entscheidung und überlässt die Ausfüllung des Vertragsrahmens dem Grundbeschluss über die Einleitung der EU-Operation¹²⁷.

Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents beschränkt sich in seiner Endfassung aber nicht auf den Ausbau von Ungleichzeitigkeit bei der Durchführung von EU-Operationen. In buchstäblich letzter Minute schlug das Präsidium eine Ausweitung der verstärkten Zusammenarbeit auf alle Fragen der Verteidigungspolitik vor, die ohne weitere Diskussion Eingang in den Verfassungsentwurf fand. Hiernach kann über die neuen Sonderformen von Ungleichzeitigkeit hinaus eine verstärkte Zusammenarbeit im gesamten Anwendungsbereich der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik vereinbart werden und auch die Einleitung einer EU-Militäroperation umfassen¹²⁸. Dies überschreitet selbst den Vorschlag der deutsch-französischen Initiative und wurde von der Arbeitsgruppe „Verteidigung“ nicht befürwortet¹²⁹. Falls dieser Reformschritt die Regierungskonferenz überdauert, stellt die notwendige Einstimmigkeit gleichwohl sicher, dass die ungleichzeitige Differenzierung der Verteidigungspolitik zu keiner politischen Spaltung der Union führt¹³⁰. Solange kein Konsens über das Ob eines Militäreinsatzes besteht, gründet dies auf einer mangelnden Konvergenz der sicherheitspolitischen Vorstellungen der Mitgliedstaaten. Diese kann wegen der faktischen Einheitlichkeit des Auftretens bei Einsätzen im Namen der „Europäischen Union“ auch nicht durch Ungleichzeitigkeit überbrückt werden.

Die Erfahrung des Irak-Kriegs beförderte bei europäischen Politiker und Bürgern den Wunsch nach einer Verbesserung der militärischen Fähigkeiten. Europa müsse „seine militärischen Fähigkeiten so weiterentwickeln, dass sie unserem Engagement und unserer Verantwortung für Konfliktprävention und Friedenssicherung entsprechen.“¹³¹ Umfassende Strukturreformen der Streitkräfte der Mitgliedstaaten sind eine wichtige Voraussetzung dafür, dass die Europäische Union tatsächlich in die Lage versetzt wird, auch anspruchsvollere Militäroperationen in eigener Regie durchzuführen. Insbesondere bei den Transportkapazitäten, der strategischen Aufklärung und der Verlegefähigkeit bestehen weitreichende Defizite der zu-

¹²⁶ Diese obliegt nach allgemeinen Regeln bislang der Verantwortung aller Mitgliedstaaten außer Dänemark; ebd.

¹²⁷ Mangels entsprechenden Verweises finden das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit keine subsidiäre Anwendung. Vielmehr ist es dem Grundbeschluss über die EU-Operation nach Art. III-210 II VVE-E überlassen, die Modalitäten für die Beauftragung einzelner Mitgliedstaaten mit der Durchführung nach Art. III-211 VVE-E zu regeln. Allerdings könnten die Vorschriften der verstärkten Zusammenarbeit analog angewandt werden, um die Lücken des Verfassungsvertrags etwa zur Teilnahme der *outs* an den Beratungen des Ministerrats und des PSK zu schließen.

¹²⁸ Siehe hierzu bereits Kapitel 5 II 3 (S. 167 ff.). Wenn das Präsidium im Synthesebericht über die Plenartagung 9. und 10. Juli 2003 in Brüssel, 23.7.2003, Konvents-Dok. 853/03, S. 2 als Erklärung anführt, dass die Streichung der Bestimmung zum Ausschluss der verstärkten Zusammenarbeit in der Verteidigungspolitik eine notwendige Anpassung an die neuen Sonderformen von Ungleichzeitigkeit sei, übersieht dies, dass die neue Vertragsfassung eine Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit überall dort erlaubt, wo die neuen ungleichzeitigen Sonderformen nicht gelten. Es handelt sich mithin nicht um eine bloße „technische Anpassung“, sondern um eine eigene Ausweitung von Ungleichzeitigkeit.

¹²⁹ Siehe *D. de Villepin/J. Fischer*, Gemeinsame deutsch-französische Vorschläge für den Europäischen Konvent zum Bereich Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik, 22.11.2002, Konvents-Dok. CONV 422/02, Abschnitt 2: „(Bei) Einleitung und Durchführung von militärischen Operationen sollten besondere Regeln gelten. Hier sollte es bei dem Erfordernis der Einstimmigkeit bleiben, mit der Möglichkeit der konstruktiven Enthaltung.“ Sowie Schlussbericht der Gruppe VIII „Verteidigung“, 16.12.2002, Konvents-Dok. CONV 461/02.

¹³⁰ Zur Einstimmigkeit über den Grundbeschluss nach den Vorschlägen des Konvents Kapitel 5 II 1 (S. 159 ff.).

¹³¹ So Bundeskanzler *Gerhard Schröder*, Regierungserklärung zur internationalen Lage und den Ergebnissen des Europäischen Rats in Brüssel, 3.4.2003 <www.bundesregierung.de>.

meist noch auf die Landesverteidigung ausgerichteten europäischen Streitkräfte¹³². Bereits heute werden auf einer „Beitragskonferenz“ *headline goals* für die Entwicklung militärischer Fähigkeiten der Mitgliedstaaten vereinbart. Anders als die Konvergenzkriterien der Währungsunion sind diese formell jedoch außerhalb des rechtlichen Rahmens der Europäischen Union angesiedelt und beruhen auf freiwilligen Verpflichtungen¹³³.

Die „strukturierte Zusammenarbeit“ soll dies nun ändern. In ihrem Rahmen sollen einzelne Mitgliedstaaten „festere Verpflichtungen“ eingehen und etwa die Einrichtung eines EU-Hauptquartiers vereinbaren können¹³⁴. Auf den Entscheidungsprozess der strukturierten Zusammenarbeit findet das allgemeine Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit Anwendung, soweit der Vertrag keine speziellen Vorgaben normiert¹³⁵. Bislang ist die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der militärischen Fähigkeiten wegen des militärischen Bezugs der Sachfrage ausgeschlossen, so dass einige Mitgliedstaaten nur auf völkerrechtlicher Grundlage kooperieren können. Innerhalb des EU-Vertrags verlangt der EU-Vertrag derzeit die Teilnahme aller Mitgliedstaaten mit der Ausnahme Dänemarks. Tatsächlich bestehen derzeit bereits verschiedene völkerrechtliche Kooperationen, die schon vor Inkrafttreten des Verfassungsvertrags um ein eigenständiges Hauptquartier für die Europäische Union auf Grundlage des Art. 17 EUV ergänzt werden könnten¹³⁶. Hierauf kann die strukturierte Zusammenarbeit nach dem Inkrafttreten des Verfassungsvertrags aufbauen.

Auch das geplante Europäische Amt für Rüstung, Forschung und militärische Fähigkeiten ist keine neue Idee, sondern findet in der Europäische Rüstungsagentur OCCAR und dem Rahmenübereinkommen zur Erleichterung der Umstrukturierung der Europäischen Rüstungsindustrie eine Grundlage¹³⁷. Der Ausbau dieser Kooperationsforen wird ebenfalls nicht bis zum Inkrafttreten des Verfassungsvertrags aufgeschoben. Der Europäische Rat verständigte sich im Juni 2003 im Grundsatz bereits auf die Einrichtung einer europäischen Rüstungsagentur im Rahmen des EU-Vertrags unter Beteiligung aller Mitgliedstaaten¹³⁸. Anders als bei strukturierter Zusammenarbeit soll die Einrichtung des europäischen Rüstungsamts auch nach der Konzeption des Verfassungsvertrags von allen Mitgliedstaaten gemeinsam mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Dies gilt unabhängig davon, ob später alle Mitglied-

¹³² Hierzu etwa *S. Duke*, *Overtrumped*, EFA Rev. 6 (2001), 155; *R. de Wijk*, *Convergence*, EFA Rev. 5 (2000), 397 und *K. Schake*, *Duplication* (2002).

¹³³ Siehe die Verweise ebd. und die halbjährlichen Berichte der Ratspräsidentenschaften an den Europäischen Rat.

¹³⁴ Die Verbindlichkeit der Vorgaben bleibt freilich ebenso unklar wie ihr Verhältnis zu den fortbestehenden Verpflichtungen aller Mitgliedstaaten; so zutreffend *U. Diedrichs/M. Jopp*, *Modes*, *International Spectator* 3/2003, 15/25 f. Näher zum EU-Hauptquartier und seinem Verhältnis zur NATO Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

¹³⁵ Dies ergibt sich aus Art. III-213 V VVE-E und bezieht sich auf eine verstärkte Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik; siehe Kapitel 5 II (S. 159 ff.) und subsidiär Kapitel 2 (S. 43 ff.).

¹³⁶ Näher Kapitel 6 II (S. 187 ff.). Es sei unterstellt, dass die Errichtung eines EU-Hauptquartiers vom kompetentiellen Rahmen des EU-Vertrags gedeckt ist. In der Praxis stellt sich die Frage mangels Zuständigkeit des Gerichtshofs nicht.

¹³⁷ Näher hierzu Kapitel 6 II (S. 187 ff.). *Diedrichs/Jopp* ebd. 26 f. weisen freilich zu Recht darauf hin, dass das Verhältnis der neuen Agentur und der bestehenden Kooperationen im Verfassungsvertrag nicht abschließend geregelt ist. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts vor völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten (Kapitel 10 II 2 b (2); S. 311 f.), bleibt es dem Gemeinschaftsgesetzgeber vorbehalten, diese Frage zu regeln.

¹³⁸ Siehe die politische Vorgabe des Europäischen Rats in Thessaloniki am 19./20.6.2003, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 65 und nunmehr den Beschluss 2003/664/EG des Ausschusses der Ständigen Vertreter über die Einsetzung einer Ad-hoc-Gruppe zur Vorbereitung der Schaffung einer zwischenstaatlichen Agentur für die Bereiche Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten, Forschung, Beschaffung und Rüstung (Ad-hoc-Vorbereitungsgruppe) vom 4.9.2003 (ABl. 2003 L 235, 22).

staaten gleichermaßen an der Organisation der Agentur und der Ausführung einzelner Projekte teilhaben¹³⁹. Es bleibt dem Errichtungsbeschluss vorbehalten, rechtliche Details zu regeln. Der allgemeine Mechanismus der verstärkten Zusammenarbeit findet keine Anwendung¹⁴⁰.

Die Entwicklung im Spätsommer 2003 zeigt an, dass die Regierungskonferenz sich vermutlich für die Übernahme der drei vorstehend erörterten Sonderformen von Ungleichzeitigkeit in den endgültigen Verfassungsvertrag entscheiden wird. Insbesondere hat das Vereinigte Königreich angekündigt, die hiermit einhergehende Ausweitung von Ungleichzeitigkeit nunmehr zu unterstützen¹⁴¹. Dagegen wird die Übernahme der vorgeschlagenen „engeren Zusammenarbeit“ über die militärische Beistandspflicht nach Art. I-40 VII, III-214 VVE-E auf der Regierungskonferenz kontrovers diskutiert werden¹⁴². Soweit das Vereinigte Königreich oder einzelne neutrale Mitgliedstaaten eine militärische Beistandspflicht selbst unter der Prämisse von Ungleichzeitigkeit nicht akzeptieren, bleibt es beim Fortbestand der völkerrechtlichen Verpflichtung nach Art. V WEU-Vertrag¹⁴³. Die Konzentration auf die Verbesserung der militärischen Fähigkeiten ohne Beistandspflicht wäre angesichts der Unwahrscheinlichkeit eines bewaffneten Angriffs auf das Unionsgebiet ein pragmatischer und tragfähiger Kompromiss. Auf seiner Grundlage könnte die für den Erfolg der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik so wichtige Verbesserung der militärischen Fähigkeiten gegebenenfalls ungleichzeitig verwirklicht werden. Der Verfassungsentwurf des Konvents illustriert damit auf beeindruckende Weise, dass die Uneinigkeit des „alten“ und „neuen“ Europa während des Irak-Krieg nicht zur Blockade der Union führte, sondern die Grundlage für eine dynamische Entwicklung der europäischen Verteidigungspolitik schafft.

3 Dänische Ausnahme

Die dänische Sonderstellung in der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik gründet auf der Kompromisslinie des Europäischen Rats von Edinburgh nach der Ablehnung des Vertrags von Maastricht im ersten dänischen Referendum. Der Vertrag von Amsterdam verankerte die Ausnahme im Protokoll über die Position Dänemarks (1997) und beseitigte damit alle Zweifel an der Rechtsverbindlichkeit der Sonderstellung, die wegen der erweiterten verteidigungspolitischen Zuständigkeiten der Europäischen Union eine klare Regelung erforder-

¹³⁹ Siehe Art. III-212 I, II VVE-E.

¹⁴⁰ Dies ergibt sich aus dem Fehlen eines entsprechenden Verweises. Bei der Europäischen Rüstungsagentur werden vermutlich einzelne Mitgliedstaaten schon deshalb eine herausgehobene Rolle spielen, weil nur eine Minderheit der Mitgliedstaaten über eine leistungsfähige Rüstungsindustrie verfügt; *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/308. Mit *Diedrichs/Jopp* ebd. 27 kann bedauert werden, dass der Europäische Konvent sich gegen die Abschaffung oder Beschränkung des heutigen Art. 296 EGV im neuen Art. III-342 VVE-E entschied und auch einzelnen Mitgliedstaaten die Errichtung eines „Mini-Binnenmarkts“ für Rüstungsgüter nicht gestattet.

¹⁴¹ Siehe The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, A Constitutional Treaty for the EU – The British Approach, September 2003, Nr. 95: „We will not agree to anything which is contradictory to, or would replace, the security guarantee established through NATO.“

¹⁴² Ähnliches gilt für die besondere Solidaritätsverpflichtung bei Terroranschlägen und Naturkatastrophen gemäß Art. I-32 VVE-E. Näher zur Ausgestaltung der Beistandspflicht im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents *U. Diedrichs/M. Jopp*, *Modes*, International Spectator 3/2003, 15/22 f.

¹⁴³ Siehe The Secretary of State ebd. 95: „We will not agree to anything which is contradictory to, or would replace, the security guarantee established through NATO.“ Auch Beobachter verweisen auf einen entsprechenden Deal, der die Zustimmung des Vereinigten Königreichs zu den neuen Sonderformen von Ungleichzeitigkeit mit einem Verzicht auf eine europarechtliche Beistandspflicht verbindet; *M. Schulze-Berendt*, Europa hört auf ein Kommando, *Der Tagesspiegel* vom 28.9.2003, S. 5. Zu Art. V WEU-Vertrag Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

ten¹⁴⁴. Die dänische Ausnahme überrascht einerseits, weil Dänemark wegen der notwendig einstimmigen Beschlussfassung über Maßnahmen mit verteidigungspolitischen Bezügen ohnehin ein Veto über die Einleitung von EU-Operationen zugekommen wäre¹⁴⁵. Auch ist Dänemark als NATO-Mitglied in die militärischen und verteidigungspolitischen Strukturen des westlichen Europas integriert und führte im September 2001 etwa den Oberbefehl über die NATO-Operation „essential harvest“ in Mazedonien, deren Nachfolgeoperation in die erste EU-Militäroperation umgewandelt wurde¹⁴⁶.

Man kann die dänische Ausnahme als Ausdruck eines skandinavischen Sonderwegs erklären, dessen internationalistische Ausrichtung zugunsten von Frieden und Entwicklung auf der ganzen Welt in den Augen vieler Dänen in einem Widerspruch zur vermeintlich militärischen Ausrichtung der europäischen Verteidigungspolitik steht¹⁴⁷. Dies Erklärungsmuster mag zum Zeitpunkt des ersten dänischen Referendums im Jahr 1992 nachvollziehbar gewesen sein. Wenn ein Jahrzehnt später die nordischen Nachbarstaaten Finnland und Schweden der Europäischen Union beigetreten sind und alle anderen Ostseeanrainerstaaten außer Russland in die Europäische Union und die NATO drängen, schwindet die Überzeugungskraft dieser Ansicht aber endgültig. Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist kein Ausdruck eines Ost-West-Blockdenkens. Vielmehr wurde die internationalistische Tradition nordischer Außenpolitik zum integralen Bestandteil der europäischen Außenpolitik und prägte die Entwicklung ihrer „zivilen Dimension“ maßgeblich mit¹⁴⁸. Die dänische Ausnahme bewahrt nur vermeintlich einen von den Nachbarländern zunehmend verlassenem nordischen Sonderweg und bewirkt stattdessen einen Verlust an politischer Gestaltungsmöglichkeit bei der Entwicklung und Ausrichtung europäischer Politik¹⁴⁹. Tatsächlich gründet die dänische Ausnahme in erster Linie auf der politischen Symbolwirkung der neuen verteidigungspolitischen Zuständigkeiten der Europäischen Union, die den Übergang der europäischen Integra-

¹⁴⁴ Der Europäische Rat von Edinburg bestätigte Dänemark zu einen deklaratorisch, dass der EU-Vertrag es „in keiner Weise dazu verpflichtet, der WEU beizutreten“, und normierte darauf etwas unklar, dass Dänemark sich nicht beteiligt „an der Ausarbeitung und Durchführung von Beschlüssen und Maßnahmen der Union, die verteidigungspolitische Bezüge haben.“ Da die verteidigungspolitischen Zuständigkeiten der Europäischen Union nach dem Vertrag von Maastricht nur rudimentär angelegt und insbesondere verteidigungspolitische gemeinsame Aktionen nach Art. J.4 III EUV (1992) ausgeschlossen waren, konnte man argumentieren, dass die Nichtbeteiligung an verteidigungspolitischen Beschlüssen der Union mit dem EU-Vertrag (1992) in Einklang stand und keine Vertragsänderung oder einen völkerrechtlichen Vorbehalt darstellt; so G. Schuster, Dänemark, EuZW 1993, 177/178 und D. Howarth, Denmark, CML Rev. 31 (1994), 765/775; anders L. Münch, Aktion (1997), S. 89 ff. Vgl. allgemein Abschnitt C Beschluss der im Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs zu bestimmten von Dänemark aufgeworfenen Problemen betreffend den Vertrag über die Europäische Union, Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Teil B, Anhang 1.

¹⁴⁵ Howarth ebd. 778 spricht insofern von einer freiwilligen „Aufgabe“ Vetorechts: Es sei „the first time in the history of the EC that a Member State is potentially denied its veto ... in a policy area that requires unanimity“; ähnlich F. de la Serre/H. Wallace, *Idée* (1997), S. 6 und R. Wessel, Black Widow, in: Kronenberger (2001), S. 421. Unter anderem wegen des Vetorechts nimmt Dänemark umfassend an der Zusammenarbeit in Strafsachen teil; Kapitel 3 I 2 (S. 85 f.).

¹⁴⁶ Siehe A. Missiroli, *Nato, Integration 2001*, 340/348.

¹⁴⁷ So P. Lawler, *Exceptionalism*, JCMS 35 (1997), 565.

¹⁴⁸ Vgl. insbesondere die Beiträge der finnischen und der schwedischen Ratspräsidentschaft: Bericht des Vorsitzes an den Europäischen Rat (Helsinki) über die nichtmilitärische Krisenbewältigung der Europäischen Union, 8.12.1999, Rats-Dok. 13619/1/99 und Bericht des Vorsitzes an den Europäischen Rat (Göteborg) über die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik, 11.6.2001, Rats-Dok. 9526/1/01 mit seinen umfassenden Anlagen zur „zivilen Dimension“ europäischer Sicherheitspolitik.

¹⁴⁹ So auch B. Knutsen, *Nordic* (2001), Abschnitt 4: „Denmark is getting more marginalized as a consequence of the further elaboration and implementation of the ESDP.“

tion von einem funktionalen Zweckverband der wirtschaftlichen Integration zu einer politischen Union mit staatsähnlichen Strukturen verkörpern¹⁵⁰.

Nach Art. 6 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) beteiligt sich Dänemark nicht an der Ausarbeitung, Annahme und Durchführung von Beschlüssen und Maßnahmen der Union, „die verteidigungspolitische Bezüge haben.“ Die Reichweite der dänischen Ausnahme entspricht somit dem Sonderregime des EU-Vertrags für Maßnahmen mit verteidigungspolitischen oder militärischen Bezügen, nach dem sich unter anderem auch der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit richtet¹⁵¹. Dementsprechend beteiligt sich Dänemark an der EU-Polizeimission in Bosnien-Herzegowina, nicht aber an den EU-Militäroperationen in Mazedonien und dem Kongo¹⁵². Aufgrund des verteidigungspolitischen Bezugs ist Dänemark auch an der Beitragskonferenz über die Koordinierung militärischer Fähigkeiten nicht beteiligt¹⁵³ und wirkte am Beschluss über die Einbeziehung des WEU-Satellitenzentrums in die Europäische Union nicht mit¹⁵⁴ – wohl aber wegen des bloßen sicherheitspolitischen Bezugs an der Einbeziehung des WEU-Instituts für Sicherheitsfragen¹⁵⁵. Die Teilnahme Dänemarks an der Errichtung des PSK, des Militärausschusses und des Militärstabs war dagegen wegen des institutionellen Charakters der Beschlüsse gerechtfertigt¹⁵⁶. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Ernennung des Finnen Gustav Hägglund zum Vorsitzenden des Militärausschusses zu Recht nicht dem Anwendungsbereich der dänischen Ausnahme zugerechnet wurde. Da die dänische Stimme den Ausschlag zugunsten Hägglunds gab, besitzt die Frage nicht nur eine akademische Bedeutung¹⁵⁷.

¹⁵⁰ So die Grundaussage Professor *Hjalte Rasmussens* von der Universität Kopenhagen in einem Gespräch mit dem Verfasser am 25. Januar 2003. Allgemein zu dieser Thematik Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

¹⁵¹ Hierzu bereits Kapitel 5 II 3 (S. 167 ff.).

¹⁵² Zu Mazedonien Erwägungsgrund 14 Gemeinsame Aktion 2003/92/GASP des Rates vom 27.1.2003 (ABl. 2003 L 34, 26), zum Kongo Erwägungsgrund 13 Gemeinsame Aktion 2003/423/GASP des Rates vom 5. Juni 2003 (ABl. 2003 L 143/50) und zu Bosnien-Herzegowina Gemeinsame Aktion 2002/210/GASP des Rates vom 11.3.2002 (ABl. 2002 L 70, 1), die wegen der dänischen Beteiligung keinen besonderen Verweis enthält.

¹⁵³ Vgl. Sitzung des Rats Allgemeine Angelegenheiten am 20.11.2000, Presseerklärung, Rats-Dok. 13430/00 (Presse 435), Rz. 2: „Die Mitgliedstaaten haben am 20. November 2000 in Brüssel an einer Beitragskonferenz teilgenommen, auf der die jeweiligen nationalen Beiträge entsprechend den vom Europäischen Rat (Helsinki) festgelegten militärischen Fähigkeitszielen erfasst werden konnten (Fußnote: Dänemark wies auf das Protokoll Nr. 5 im Anhang zum Vertrag von Amsterdam hin).“

¹⁵⁴ Erklärung 5 Gemeinsame Aktion 555/2001/GASP des Rates betreffend die Einrichtung eines Satellitenzentrums der Europäischen Union vom 20.7.2001 (ABl. 2001 L 200, 5) mit dem Zusatz: „Diese Bestimmung schließt jedoch nicht aus, dass Dänemark auf der Grundlage einer Erklärung, nach der es bereit ist, zur Deckung der Kosten des Zentrums beizutragen, die keine verteidigungspolitischen Bezüge haben, an den zivilen Aktivitäten des Zentrums teilnimmt.“

¹⁵⁵ Gemeinsame Aktion 554/2001/GASP des Rates betreffend die Einrichtung eines Instituts der Europäischen Union für Sicherheitsstudien vom 20.7.2001 (ABl. 2001 L 200, 1).

¹⁵⁶ Die Beschlüsse betreffen die Organisation des Generalsekretariats des Rates und sind auf die „gleichzeitige“ Rechtsgrundlage der Art. 28 EGV, 207 EUV gestützt; vgl. Beschluss 78/2001/GASP des Rates zur Einsetzung des Politischen und Sicherheitspolitischen Komitees vom 22.1.2001 (ABl. 2001 L 27, 1); Beschluss 79/2001/GASP des Rates zur Einsetzung des Militärausschusses der Europäischen Union vom 22.1.2001 (ABl. 2001 L 27, 1); Beschluss 80/2001/GASP des Rates zur Einsetzung des Militärstabs der Europäischen Union vom 22.1.2001 (ABl. 2001 L 27, 7); teils mit späteren Änderungen.

¹⁵⁷ Italien hat dem Vernehmen nach das Vorgehen der schwedischen Ratspräsidentschaft kritisiert, die bei der Abstimmung mit 8:7 Stimmen für Hägglund die dänische Teilnahme an der Abstimmung unterstützte; vgl. *J. Dempsey*, Italy to Challenge EU on Defence, *Financial Times* vom 9.4.2001, S.2 und *A. Missiroli*, Nato, Integration 2001, 340/348. Die Ernennung von militärischem Personal könnte man, anders als die Errichtung des Ausschusses, nicht als institutionelle Organisationsentscheidung betrachten.

Nach Art. 7 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) kann der nordische Mitgliedstaat „im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ jederzeit auf seine Ausnahme verzichten. Solange Dänemark diesen Weg nicht beschreitet, kann es sich nur wie andere Drittstaaten mit einer EU-geführten Krisenbewältigungsoperation assoziieren. Seine Rechtsstellung entspricht dann derjenigen anderer Drittstaaten und umfasst jedenfalls formell keine Mitsprache an der EU-internen Entscheidungsfindung außerhalb des Ausschusses der beitragenden Länder¹⁵⁸. Bei der Übernahme der NATO-Operation in Mazedonien durch die Europäische Union entschied sich Dänemark allerdings für einen Abzug seiner Soldaten mit dem Auslaufen des NATO-Kommandos¹⁵⁹. Es sollte bei der eigenen Bevölkerung dem Gefühl einer Umgehung der dänischen Ausnahme vorgebeugt werden. Durch das Aufzeigen eines geringeren Einflusses auf die keineswegs „militaristische“ Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik könnte zugleich der Boden für ein neues dänisches Referendum bereitet werden. Wenn die Bevölkerung die Herstellung von Gleichzeitigkeit unterstützte, würde Dänemark wie alle anderen Mitgliedstaaten nach den allgemeinen Regeln des EU-Vertrags an der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik mitwirken.

IV Fazit

Der *Tindemans*-Bericht forderte bereits im Jahr 1975 eine engere Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in der Außenpolitik. Die Kooperation schaffe als Mehrwert ein größeres politisches Gewicht der Mitgliedstaaten, „wenn sie geschlossen auftreten“¹⁶⁰. Tatsächlich ist die Einheitlichkeit des Auftretens eine notwendige Erfolgsvoraussetzung der europäischen Außenpolitik, die sie von europäischer Binnenrechtsetzung unterscheidet. Diese Erkenntnis und ihre spiegelbildliche Entsprechung, dass die Weltöffentlichkeit und Drittstaaten eine ungleichzeitige Maßnahme der Europäischen Union den *outs* politisch dennoch zurechnen, ist der verfassungspolitische Grund für den begrenzten Anwendungsbereich von Ungleichzeitigkeit in der zweiten Säule. Bei der „spontanen“ konstruktiven Enthaltung, dem begrenzten Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit und den allgemeinen Regeln der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik sichert Ungleichzeitigkeit zwar eine Flexibilität der Entscheidungsfindung im Einzelfall, stellt aber zugleich sicher, dass die grundlegenden Entwicklungslinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik von allen Mitgliedstaaten getragen werden.

Auch die Reformvorschläge des Europäischen Konvents bewirken insofern keine Kehrtwendung. Die neuen Sonderformen von Ungleichzeitigkeit in der Verteidigungspolitik betreffen vor allem die Verbesserung der militärischen Fähigkeiten. Im erweiterten Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit wird die Einheitlichkeit des Auftretens der Union durch die einstimmige Beschlussfassung über den Grundbeschluss gewahrt. Eine weitergehende Vergemeinschaftung wird durch die schrittweise Konvergenz der sicherheitspolitischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten ermöglicht. Hierbei ist die dynamische Entwicklung der

¹⁵⁸ Kapitel 5 III 1 (S. 170 ff.). Die Modalitäten der Teilnahme würden wohl auch im dänischen Fall durch einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen der Europäischen Union und Dänemark geregelt werden. Es wäre dies ein weiteres Beispiel für die völkerrechtliche Anbindung Dänemarks an ungleichzeitiges Europarecht; allgemein hierzu Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹⁵⁹ Siehe New Heat on Danish EU Defence Opt-outs, EU-News des dänischen Außenministeriums vom 8.11.2002 <www.eu2002.dk>.

¹⁶⁰ L. *Tindemans*, Bericht, EA 1976, D53/64.

Gemeinsamen Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik durch eine fortschreitende Verrechtlichung der Entscheidungsstrukturen gekennzeichnet. Die vertragliche Verankerung der Verfahrensregeln und Rechtsfolgen von Ungleichzeitigkeit setzen als integraler Bestandteil des EU-Vertrags diesen Prozess fort. Dies sichert auch die Unterstützung kleinerer Mitgliedstaaten im Hinblick auf deren Furcht vor der Dominanz eines Direktoriums der großen Mitgliedstaaten aufgrund ungleichzeitiger Arrangements.

Kapitel 6

SONDERFALL: VÖLKERRECHTLICHE VERTRÄGE

EINIGER MITGLIEDSTAATEN

Die Begründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war aus der Sicht des Art. XXIV des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens eine zulässige engere völkerrechtliche Kooperation einiger Vertragsparteien, die durch die schrittweise Errichtung der Zollunion eine Handelsliberalisierung erreichte, die über die Verpflichtungen des GATT 1947 hinausging¹. Auch die europäische Integration wird durch völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten ergänzt, an denen nicht notwendig alle Mitgliedstaaten beteiligt sind. Als „old-fashioned flexibility“² ermöglichten völkerrechtliche Verträge schon immer eine „ungleichzeitige“ Zusammenarbeit einiger Mitgliedstaaten. Völkerrechtliche Kooperationsformen dienten hierbei vielfach als Experimentierfeld für die europäische Integration. Die Schengener und das Dubliner Übereinkommen, das Europäische Währungssystem, die Europäischen Politische Zusammenarbeit und das EuGVÜ mündeten in einer späteren Einbeziehung in die europäischen Rechtsordnung. Ein Blick auf die politischen Integrationskonzepte des Europa *à la carte* und des Kerneuropa zeigt, dass die vertragsergänzende Funktion völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten in Zukunft fortbestehen kann³.

Völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten sind wegen ihres völkerrechtlichen Charakters kein europäisches Primär- oder Sekundärrecht. Sie unterscheiden sich insoweit von den vorstehend vorgestellten Formen von Ungleichzeitigkeit, die ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung sind und durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs und die Suspension des Stimmrechts der *outs* im Rat charakterisiert werden. Dagegen sind völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten außerhalb des einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union angesiedelt. Allerdings besteht eine funktionale Parallelität zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit, wenn nur einige Mitgliedstaaten an einem völkerrechtlichem Vertrag teilhaben. Es sind dann ebenfalls nicht alle Mitgliedstaaten an der überstaatlichen Rechtssetzung beteiligt und der räumliche Geltungsbereich des „ungleichzeitigen“ Völkerrechts umfasst nicht das gesamte Unionsgebiet. In diesem Kapitel ist daher der „ungleichzeitige“ Vertragsstaatenstatus einiger Mitgliedstaaten von Interesse. Eine bloße Rechtsfolgendifferenzierung etwa infolge völkerrechtlicher Vorbehalte wird, ebenso wie beim Europarecht, ausgeklammert⁴.

Vor diesem Hintergrund werden in diesem Kapitel völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten näher betrachtet, die aufgrund einer ausdrücklichen Erwähnung im europäi-

¹ Art. XXIV Absatz 5 GATT 1947: „Accordingly, the provisions of this Agreement shall not prevent ... the formation of a customs union or of a free-trade area or the adoption of an interim agreement necessary for the formation of a customs union or of a free-trade area; provided that ...“

² B. de Witte, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 31.

³ Siehe Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

⁴ Zur Beschränkung der Untersuchung auf europarechtliche Ungleichzeitigkeit, die „gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierungen“ nicht umfasst, Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

schen Primärrecht eine besonders enge Verbindung mit dem Europarecht aufweisen. Man kann in Anlehnung an *Wuermeling* insoweit von einem „kooperativ-ungleichzeitigem Gemeinschaftsrecht“ sprechen⁵. Als „ungleichzeitige“ völkerrechtliche Kooperation in diesem Sinn werden nachfolgend die Übereinkommen zur Zusammenarbeit in Strafsachen nach Art. 34 EUV, die engere verteidigungspolitische Zusammenarbeit einiger Mitgliedstaaten gemäß Art. 17 EUV, das historische Beispiel des Sozialabkommens und die durch Art. 306 EGV privilegierte Benelux-Integration untersucht. Im Hinblick auf die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten (Kapitel 10) ist auch die völkervertragsrechtliche Kooperationspraxis der Bundesrepublik in den vergangenen Jahren näher zu betrachten.

I Zusammenarbeit in Strafsachen

Die Regelung des Art. 34 II lit.d EUV ergänzt die Formen von Ungleichzeitigkeit, die durch den Vertrag von Amsterdam Einzug in das europäische Primärrecht fanden. Hiernach sollen völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit in Strafsachen nach der Ratifikation durch die Hälfte der Mitgliedstaaten in Kraft treten⁶. Die Gleichzeitigkeit der Zusammenarbeit in Strafsachen wird hier ebenso relativiert wie durch die Möglichkeit einer verstärkten Zusammenarbeit und die Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs und Irlands am Schengener Recht der dritten Säule⁷. Allerdings ist die Erörterung des Art. 34 II lit.d EUV derzeit fast eine akademische Trockenübung, da aufgrund dieser Norm bislang nur das Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen ausgearbeitet wurde⁸. Es stellt sich die Frage, ob das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten eine Beschleunigung des Ratifikationsprozesses bewirkt, aufgrund derer zukünftig wieder vermehrt Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV geschlossen werden.

Als ergänzende Referenz für die Erörterung des Art. 34 II lit.d EUV können die Übereinkommen dienen, die der Rat auf der Grundlage der Vorgängerbestimmung des Art. K.3 lit.c EUV (1992) ausarbeitete. Nach der Vergemeinschaftung weiter Teile der Innen- und Justizpolitik durch den Vertrag von Amsterdam sind vier dieser Übereinkommen noch umfassend vom verbliebenen Anwendungsbereich der dritten Säule gedeckt: Das Europol-Übereinkommen⁹, das Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren¹⁰, das

⁵ *J. Wuermeling*, Kooperatives Gemeinschaftsrecht (1988).

⁶ Der verfassungspolitische Zusammenhang zwischen der verstärkten Zusammenarbeit und Art. 34 II lit.d EUV wird allseits hervorgehoben; vgl. etwa *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/852; *M. den Boer*, Complexity, MJ 4 (1997), 310/315; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/392; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 34 EUV (1999) Rn. 25; *Léger-F. Rouchereau*, Art. 34 T.U.E. Rn. 11; *Groeben/Thiesing/Ehlermann-M. Degen*, Vorbem. Art. K-K.9 EUV Rn. 35; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 46; *J. de Zwaan*, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/122; *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/86 und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 40 EUV Rn. 1.

⁷ Zur verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 II 2 (S. 58 ff.); zum Schengener Recht Kapitel 3 I 2 (S. 85 f.).

⁸ Übereinkommen – gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.5.2000 (ABl. 2000 C 197, 3); bis Ende September 2003 nicht in Kraft getreten.

⁹ Siehe Abkürzungsverzeichnis.

¹⁰ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über das vereinfachte Auslieferungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 10.3.1995 (ABl. 1995 C 78, 2); bis Ende September 2003 nicht in Kraft getreten.

Auslieferungsübereinkommen¹¹ und das Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis¹². Auch die beiden Übereinkommen zur Zusammenarbeit im Zollwesen unterfallen teilweise weiterhin der Zusammenarbeit in Strafsachen¹³. Dagegen besteht für die Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft¹⁴ und zur Bekämpfung von Betrug und Bestechung zu Lasten der Gemeinschaft¹⁵ nunmehr eine ausdrückliche Gemeinschaftskompetenz nach Art. 280 IV EGV. Wegen des schleppenden Gang des Ratifikationsverfahrens hat die Kommission auf dieser Grundlage den Erlass einer Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vorgeschlagen, mit deren Annahme die Ratifikation des zweiten Übereinkommens hinfällig wird¹⁶.

In seiner Geschäftsordnung sah der Rat vor, nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam von „Übereinkommen *des Rates* gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union über [Bezeichnung des Gegenstands]“ zu sprechen¹⁷. Bei der ersten Anwendung der Vorschrift entschied er sich jedoch für eine abweichende Formulierung, die die Rolle des Rates als bloßem Verhandlungsrahmen hervorhebt. Er spricht vom „Übereinkommen – gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union *vom Rat erstellt* – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“¹⁸. Diese Abweichung soll vermutlich sicherstellen, dass der Unterschied zwischen einem völkerrechtlichem Übereinkommen der Mitgliedstaaten, das vom Rat nur erstellt wurde, und europäischem Sekundärrecht der dritten Säule terminologisch nicht verwischt wird. Auch völkerrechtliche Übereinkommen zur Zusammenarbeit in Strafsachen stehen anders als die vorstehend untersuchten Formen von Ungleichzeitigkeit außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. In der Praxis unterscheidet der Rat folgerichtig zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Annahme des Textes in einem „Rechtsakt des Rates“ und der völkerrechtlichen Unterzeichnung durch die im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten¹⁹.

¹¹ Übereinkommen über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 27.9.1996 (BGBl. 1998 II 2254); bis Ende September 2003 nicht in Kraft getreten.

¹² Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Entzug der Fahrerlaubnis vom 17.7.1998 (ABl. 1998 C 216, 2); bis Ende September 2003 nicht in Kraft getreten.

¹³ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Einsatz der Informationstechnologie im Zollbereich vom 26.7.1995 (ABl. 1995 C 316, 34) und Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über gegenseitige Amtshilfe und Zusammenarbeit der Zollverwaltungen vom 18.12.1997 (ABl. 1998 C 24, 2), die beide bis Ende September 2003 nicht in Kraft traten.

¹⁴ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995 (ABl. 1995 C 316, 49); das Übereinkommen trat am 17.10.2002 in Kraft <db.consilium.eu.int/accords/default.asp?lang=de>.

¹⁵ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrags über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 195, 2); bis Ende September 2003 nicht in Kraft getreten.

¹⁶ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft (KOM(2002) 577).

¹⁷ Abschnitt C.d („Bestimmungen über die Form der Rechtsakte“), Anhang II zur GO Rat (eigene Hervorhebung).

¹⁸ ABl. 2000 C 197, 3; eigene Hervorhebung.

¹⁹ Vgl. den Rechtsakt des Rates vom 29.5.2000 über die Erstellung des Rechtshilfeübereinkommens in Strafsachen mit dem Text des Übereinkommens als Anhang (ABl. 2000 C 197, 1). Hier trifft die Qualifizierung der dritten Säule als „Forum intergouvernementaler Zusammenarbeit“ zu; so allgemein *M. Pechstein*, Rechtssubjektivität, EuR 1996, 137.

1 Vorläufige Anwendung

Obwohl die bisherigen Übereinkommen nach Art. K.3 EUV (1992) ein Inkrafttreten immer erst nach der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten vorsahen, ermöglichten die Schlussbestimmungen regelmäßig eine vorläufige Anwendung zwischen denjenigen Mitgliedstaaten, die eine entsprechende Erklärung abgeben²⁰. Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge ist hierbei keine Besonderheit des Unionsrechts und steht in Einklang mit dem allgemeinen Völkerrecht²¹. Da die vorläufige Anwendung bislang nicht von allen Mitgliedstaaten beschlossen wurde, erlaubt sie schon vor der Ratifikation eine „ungleichzeitige“ vorläufige Anwendung in einigen Mitgliedstaaten²². Hierbei dient die vorläufige Anwendung von Übereinkommen der dritten Säule – entgegen einer verbreiteten Praxis des völkerrechtlichen Verkehrs – nicht der Vorwegnahme oder Umgehung der parlamentarischen Zustimmung²³. Die Bestimmungen über die vorläufige Anwendung sehen nämlich vor, dass ein Mitgliedstaat erst bei oder nach der Notifikation der innerstaatlichen Zustimmung eine Erklärung zur vorläufigen Anwendung abgeben kann²⁴.

In der deutschen Ratifikationspraxis wird die Frage der vorläufigen Anwendung dementsprechend auch im parlamentarischen Zustimmungsgesetz geregelt, das gegebenenfalls eine ausdrückliche Ermächtigung der Bundesregierung zur Abgabe einer Erklärung über die vorläufige Anwendung enthält²⁵. Auf dieser Grundlage werden das Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren und das Auslieferungsübereinkommen von Deutschland seit dem 11.3.1999 im Verhältnis zu einer zunehmenden Zahl von Mitgliedstaaten vorläufig angewandt²⁶. Da zwischen der Unterzeichnung und dem Inkrafttreten von Übereinkommen

²⁰ Art. 16 III Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren, Art. 18 IV Auslieferungsübereinkommen, Art. 15 IV Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis sowie Art. 13 IV Übereinkommen zur Bekämpfung von Betrug und Bestechung zu Lasten der Gemeinschaft; nicht jedoch das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft (umfassende Nachweise zu den Übereinkommen oben Fn. 8 ff.; S. 182 f.). Beim Übereinkommen über den Einsatz der Informationstechnologie im Zollwesen wurde die vorläufige Anwendung nicht in den Schlussbestimmungen, sondern einem gesonderten Übereinkommens zur vorläufigen Anwendbarkeit vom 26.7.1995 geregelt (ABl. C 1995 316, 58).

²¹ Zur deklaratorischen Bedeutung des Art. 25 WVK *D. Nguyen Quoc/P. Daillier/A. Pellet*, *Droit international*, 5. Aufl. 1994, S. 160.

²² Dies besondere Beispiel einer „ungleichzeitigen“ völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten ist in der Literatur bislang nicht näher untersucht worden. *Léger-F. Rouchereau*, Art. 34 T.U.E. Rn. 11 verweist nur allgemein auf die Existenz vorläufiger Anwendungen.

²³ Zur diesbezüglichen völkerrechtlichen Praxis kritische Anmerkungen bei *D. Vignes*, *Provisoire*, AFDI 1972, 181.

²⁴ Exemplarisch Art. 15 IV Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis, oben Fn. 12 (S. 183): „Jeder Mitgliedstaat kann bis zum Inkrafttreten dieses Übereinkommens bei der Notifizierung nach Absatz 2 (Abschluss des innerstaatlichen Annahmeverfahrens, Anm. des Verf.) oder später erklären, dass das Übereinkommen mit Ausnahme des Artikels 14 für ihn gegenüber den Mitgliedstaaten, die eine Erklärung gleichen Inhalts abgegeben haben, anwendbar wird.“

²⁵ Siehe Art. 1 II des deutschen Zustimmungsgesetzes zum Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren vom 7.9.1998 (BGBl. 1998 II 2229).

²⁶ Die Erklärung der Bundesregierung zum Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren (ebd.) begründete bis Ende des Jahres 2002 eine vorläufige Anwendung im Verhältnis zu Belgien, Dänemark, Finnland, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, Schweden Spanien und dem Vereinigten Königreich. Die deutsche Erklärung in Übereinstimmung mit Art. 1 II S.2 des deutschen Zustimmungsgesetzes zum Auslieferungsübereinkommen vom 7.9.1998 (BGBl. 1998 II 2253) begründete dagegen eine vorläufige Anwendung im Verhältnis zu Belgien, Dänemark, Finnland, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien und dem Vereinigten Königreich; vgl. jeweils die Ausführungen im Fundstellennachweis B 2002.

nach Art. K.3 EUV (1992) derzeit regelmäßig fünf Jahre und mehr vergehen²⁷, handelt es sich bei der vorläufigen Anwendung um mehr als um eine vernachlässigungswürdige Nebensächlichkeit. Sie erlaubte schon vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam faktisch einen differenzierten Vertragsstaatenstatus, der dem „ungleichzeitigen“ Inkrafttreten nach Maßgabe des neuen Art. 34 II lit.d EUV nahe kommt²⁸. Auch nach der Neuregelung des Art. 34 II lit.d EUV durch den Vertrag von Amsterdam besteht die Möglichkeit einer vorläufigen Anwendung im Vorfeld eines „ungleichzeitigen“ Inkrafttretens fort und wurde auch beim Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen vereinbart²⁹.

2 „Ungleichzeitiges“ Inkrafttreten

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam normiert Art. 34 II lit.d EUV, dass vom Rat ausgearbeitete Übereinkommen in Kraft treten, sobald sie von mindestens der Hälfte der Mitgliedstaaten angenommen wurden und „sofern in den Übereinkommen nichts anderes vorgesehen ist“. Es besteht insoweit keine Verpflichtung, dass künftige Übereinkommen notwendig nach der Ratifikation durch die Hälfte der Mitgliedstaaten in Kraft treten. Ein Mitgliedstaat, der das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten eines Übereinkommens ablehnt, kann dessen Annahme im Rat blockieren, da die Erstellung des Übereinkommens nach Art. 34 II EUV Einstimmigkeit erfordert. Die neue Regelung besitzt damit in erster Linie eine politische Bedeutung. Indem sie ein Inkrafttreten nach der Ratifikation durch die Hälfte der Mitgliedstaaten als Regelfall formuliert, begründet er eine politische Beweislast desjenigen Regierungsmitglieds, das im Rat gegen das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten eines Übereinkommens argumentiert.

Das Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen bestätigt die politische Leitwirkung der Vertragsbestimmung. Nach seinem Art. 27 III tritt es am neunzigsten Tag nach der Notifikation der innerstaatlichen Annahme durch den achten Mitgliedstaat in Kraft. Der erhoffte Vorteil des „ungleichzeitigen“ Inkrafttretens ist hierbei die Verkürzung der als unbefriedigend empfundenen Dauer des Ratifikationsverfahrens. Inwieweit ein differenziertes Inkrafttreten tatsächlich zu einer Verringerung des Zeitraums zwischen Unterzeichnung und Inkrafttreten führt, lässt sich durch einen Blick auf die Übereinkommen nach Art. K.3 EUV (1992) abschätzen. Um wie viele Monate hätte sich die Wartezeit zwischen Unterzeichnung und Ratifikation verkürzt, wenn die Übereinkommen bereits nach der achten Ratifikation in Kraft getreten wären?

Beim Europol-Übereinkommen hätte sich die Zeit zwischen Unterzeichnung und Inkrafttreten von 38 auf 33 Monate und beim Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft von 85 auf 63 Monate verkürzt. Das Auslieferungsübereinkommen und das Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren wären nach 43 und 66 Monaten in Kraft getreten anstatt Ende September 2003 im 84. und 101. Monat dem Inkrafttreten zu harren. Beim Übereinkommen über den Einsatz der Informationstechnologie und demjenigen über die Zusammenarbeit im Zollwesen hätte sich der Zeitraum auf jeweils 51 Monate und beim Übereinkommen zur Bekämpfung von Betrug und Bestechung zu Las-

²⁷ Hierzu im folgenden Abschnitt.

²⁸ Allerdings bewirkt die Notifikation der Nichtratifikation durch einen Mitgliedstaat wohl die Beendigung der vorläufigen Anwendung, so dass diese anders als bei einem „ungleichzeitigen“ Inkrafttreten nicht ad infinitum fortgesetzt werden kann; vgl. Art. 25 II WVK. Auch ist die vorläufige Anwendung eine fakultative Möglichkeit, die eine Ratifikation nicht notwendig begleitet (die Bundesrepublik entschied sich beim Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis gegen eine vorläufige Anwendung).

²⁹ Art. 27 V Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen, oben Fn. 8 (S. 182).

ten der Gemeinschaft auf 49 Monate verkürzt. Stattdessen sind die drei zuletzt aufgeführten Übereinkommen auch 98 bzw. 96 Monate nach der Unterzeichnung Ende September 2003 noch nicht in Kraft getreten. Das 62 Monate vor September 2003 unterzeichnete Übereinkommen über den Entzug der Fahrerlaubnis wäre auch bei einem hypothetischen Inkrafttreten nach der Ratifikation durch acht Mitgliedstaaten bislang allenfalls vorläufig anwendbar³⁰.

Der kursorische Überblick zeigt, dass das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten zu einer Verkürzung des Zeitraums zwischen Unterzeichnung und Inkrafttreten führen kann. Gleichwohl wird der verbleibende Zeitrahmen von drei bis vier Jahren dem Wunsch nach einer zügigen Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht gerecht. Auch muss zusätzlich bedacht werden, dass das frühere Inkrafttreten nur um den „Preis“ eines differenzierten Vertragsstaatenstatus erreicht werden kann (Deutschland hätte bei drei der sechs aufgeführten Übereinkommen, die bislang in Kraft getreten wären, nicht zu den ersten acht Vertragsstaaten gehört³¹). Eine Geltung der Übereinkommen in allen Mitgliedstaaten wird auch bei einem „ungleichzeitigen“ Inkrafttreten erst nach fünf oder mehr Jahren erreicht werden können. So wurde auch das Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen vom 29. Mai 2000, das als bislang erstes Übereinkommen tatsächlich nur der Ratifikation durch die Hälfte der Mitgliedstaaten bedarf, bis Ende September 2003 nur von drei Mitgliedstaaten ratifiziert, obwohl die Mitgliedstaaten sich nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 auf eine Beschleunigung des Ratifikationsverfahrens verständigt hatten³².

3 Ausblick

Das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von Übereinkommen nach Art. 34 EUV wird den Zeitraum zwischen Unterzeichnung und Inkrafttreten auf vermutlich drei bis vier Jahre verkürzen. Im Vorfeld ermöglicht jedoch bereits die vorläufige Anwendung des Inkrafttretens eine faktische „Ungleichzeitigkeit“. Selbst diese Verkürzung des Ratifikationszeitraums wird den Wunsch nach einer effektiven Zusammenarbeit in Strafsachen aber nicht befriedigen. Zwei alte Übereinkommen nach Art. K.3 EUV (1992) wurden bereits durch EG-Recht ersetzt³³. Auch im Fall des europäischen Haftbefehls, der für die enumerativ aufgelisteten Straftaten die

³⁰ Der Zeitpunkt der Ratifikationen wurde dem Informationsservice des Rates zu völkerrechtlichen Übereinkommen entnommen <db.consilium.eu.int/accords/default.asp?lang=de>. Umfassende Nachweise zu den Übereinkommen oben Fn. 8 ff. (S. 182 f.). Es wird unterstellt, dass die Mitgliedstaaten ihr Ratifikationsverhalten trotz des absehbar früheren Inkrafttretens nicht geändert hätten. Der Übersichtlichkeit wegen wird auf ganze Monate gerundet.

³¹ So beim Auslieferungsübereinkommen sowie den Übereinkommen über das vereinfachte Auslieferungsverfahren und zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft. Das Europol-Übereinkommen wäre für Deutschland einen Monat nach den ersten Vertragsstaaten in Kraft getreten; ähnlich das Übereinkommen zur Bekämpfung von Betrug und Bestechung zu Lasten der Gemeinschaft. Die Übereinkommen über Informationstechnologie und die Zusammenarbeit im Zollwesen ratifizierte Deutschland bis Ende September 2003 nicht.

³² Siehe außerordentliche Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 20.9.2001, Presseerklärung, Rats-Dok. 3926/6/01.

³³ Die Ratifikation der Übereinkommen zur Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 261, 2) und zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen vom 28.5.1997 (ABl. 1997 C 221, 2) wird nicht weiter verfolgt, seit die Gemeinschaft im Jahr 2000 entsprechende Verordnungen auf Grundlage des Art. 65 EGV annahm, an denen sich auch das Vereinigte Königreich und Irland – nicht aber Dänemark – beteiligten; vgl. die Auflistung im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.). Siehe auch den Vorschlag der Kommission zur Annahme einer Richtlinie anstelle des Übereinkommens zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft oben Fn. 14 (S. 183).

beiden Übereinkommen zur Auslieferung überlagert, entschieden sich die Mitgliedstaaten offenbar bewusst gegen den Abschluss eines Übereinkommens und für die Annahme eines Rahmenbeschlusses nach Art. 34 II lit.b EUV³⁴. Als „Richtlinie der dritten Säule“ muss ein Rahmenbeschluss in einem vorgegebenen Zeitraum von allen Mitgliedstaaten umgesetzt werden und schafft auch Rechtssicherheit für die Erweiterung, da er schon aufgrund des Beitrittsvertrags in den neuen Mitgliedstaaten gilt und keines gesonderten völkerrechtlichen Beitritts bedarf³⁵.

Wenn frühere Übereinkommen nach Art. 293 EGV und Art. K.3 EUV (1992) nicht die Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten erfordert hätten, wären verschiedene Übereinkommen früher in Kraft getreten oder nicht an der ablehnenden Haltung einzelner Mitgliedstaaten gescheitert³⁶. Völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten hätten in diesem Fall als „kooperatives Gemeinschaftsrecht“³⁷ eine eigene politische und rechtliche Dynamik entfalten können, deren Erfolgsgeschichte nach dem Vorbild des EuGVÜ eventuell dazu geführt hätte, dass die Mitgliedstaaten sich gegen die Begründung einer Gemeinschaftskompetenz für das internationale Privatrecht in Art. 65 EGV oder gegen die Reform der dritten Säule und die Einführung von Rahmenbeschlüssen entschieden hätten. Stattdessen wurde das EuGVÜ durch die EuGV-Verordnung ersetzt und Rahmenbeschlüsse werden völkerrechtlichen Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV zunehmend vorgezogen. Das nunmehr möglich „ungleichzeitige“ Inkrafttreten wird diese Tendenz nicht aufhalten. Es steht zu erwarten, dass der Rat sich regelmäßig gegen den Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV entscheidet und diese als „sterbendes Recht“³⁸ europäischem Sekundärrecht der dritten Säule weichen – noch bevor der künftige Verfassungsvertrag die Bestimmungen der Art. 293 EGV, 34 II lit.d EUV aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Union streicht.

II Verteidigungspolitik: Union vs. Allianz?

Die Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik in den vergangenen Jahren ist nicht die erste verteidigungspolitische Kooperationsform der Mitgliedstaaten. Parallel zur europäischen Integration wurde die verteidigungspolitische Zusammenarbeit der meisten Mitgliedstaaten bislang durch die NATO und die WEU gewährleistet, während andere Mitgliedstaaten ihre Verteidigungspolitik auf dem Grundsatz der Neutralität gründeten. Insbesondere dem Verhältnis von Europäischer Union und NATO kommt mit der Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik eine zunehmende Bedeutung zu: Ist das Verhältnis von Union und Allianz nach der Konzeption des EU-Vertrags von Konkurrenz oder Koexistenz geprägt? Auf den ersten Blick gewährleistet der Unionsvertrag einen generellen Vorrang der Allianz vor der Union, wenn er in Art. 17 I UAbs.2 EUV garantiert,

³⁴ Rahmenbeschluss 584/2002/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13.6.2002 (ABl. 2002 L 190, 1). In den Arbeitsgruppen des Rats wird sogar die Ablösung des Europol-Übereinkommens durch einen Beschluss nach Art. 34 II lit.b EUV erwogen, um die Regeln zu Europol flexibel an neue Herausforderungen anpassen zu können; vgl. Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 28.2.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 6533/02 (Presse 43).

³⁵ Zur europarechtlichen Verpflichtung der neuen Mitgliedstaaten, den Übereinkommen zur Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem Beitritt auf völkerrechtlichem Weg beizutreten, Art. 3 IV Beitrittsakte 2003.

³⁶ Siehe zu Art. 293 EGV die Nachweise bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-I. *Schwartz*, Art. 227 EGV Rn. 60 ff. und zu Art. K.3 EUV (1992) die Verweise in den vorstehenden Abschnitten.

³⁷ *J. Wermeling*, Kooperatives Gemeinschaftsrecht (1988).

³⁸ So zu Übereinkommen nach Art. 293 EGV O. *Remien*, Private, CML Rev. 38 (2001), 53/57.

dass die Europäische Union „die Verpflichtungen einiger Mitgliedstaaten (achtet), die ihre gemeinsame Verteidigung in der (NATO) verwirklicht sehen.“³⁹ *Burghardt* und *Tebbe* sprechen insoweit von einer „salvatorischen Klausel“ und *Jäger* erinnert die Bestimmung an die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV, während andere Autoren Art. 17 EUV allgemein als ein besonderes Beispiel für Flexibilität betrachten⁴⁰.

Eine Gesamtschau des Art. 17 EUV zeigt ein differenziertes Bild: Die zitierte Bestimmung normiert zwar vorbehaltlos die Vereinbarkeit der „gemeinsame(n) *Verteidigung*“ in der NATO mit der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik und impliziert damit einen Vorrang der Allianz gegenüber der Union⁴¹. Der Begriff der Verteidigung bezieht sich hierbei aber auf eine kollektive Verteidigung nach Art. V Nordatlantikvertrag⁴². Dagegen gestattet Art. 17 IV EUV in anderen Aspekten der Sicherheits- und Verteidigungspolitik eine engere Zusammenarbeit im Rahmen der NATO nur, „soweit sie der nach diesem Titel vorgesehenen Zusammenarbeit nicht zuwiderläuft und diese nicht behindert.“ Dies bezieht sich auf Petersberg-Einsätze im Rahmen der NATO, die über die kollektive Verteidigung der Allianz hinausgehen⁴³. Während der vorbehaltlose Vorrang der gemeinsamen NATO-*Verteidigung* praktisch unbedeutend ist, solange der EU-Vertrag keine militärische Beistandspflicht umfasst⁴⁴, besitzt die einschränkende Formulierung der zweiten Sicherungsklausel bereits heute eine praktische Bedeutung. Nach der Einbeziehung der Petersberg-Aufgaben in die Europäische Union können diese alternativ im Rahmen der Europäischen Union oder der NATO durchgeführt werden.

Die Parallelität Union und Allianz bei Petersberg-Einsätzen wird durch die Übernahme der NATO-Operation in Mazedonien durch die Europäische Union illustriert⁴⁵. Das konkurrierende Nebeneinander wird in den kommenden Jahren noch zunehmen, seit der EU-Militäreinsatz im Kongo zeigt, dass die Union auch zur Übernahme geographisch und militärisch anspruchsvollerer Aufgaben bereit ist. Im Gegenzug verbessert die NATO mit dem Aufbau der NATO Response Force die eigene Reaktionsfähigkeit in einem offensichtlichen

³⁹ Entsprechend nunmehr Art. I-40 II UAbs.2 VVE-E.

⁴⁰ So *Grabitz/Hilf-G. Burghardt/G. Tebbe*, Art. J.4 EUV Rn. 16 und *T. Jäger*, *Nice*, *EFA Rev.* 7 (2002), 297/309. Zu Art. 17 EUV als „Flexibilitätsklausel“ *F. de la Serre*, *Coopération*, in: *Magnette* (2000), S. 163; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, *JCMSt.* 37 (1999), 87/88; *A. Dashwood*, *External*, *CML Rev.* 35 (1998), 1019/1042; *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713/721, 731; *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, *EuR* 1997, 362/364; *F. Chaltiel*, *Amsterdam*, *RMC* 1998, 289/290; *J. Martín/P. de Nanclares*, *Flexibilidad*, *Rev.der.com.eur.* 1998, 105/136 und *X. Pons Rafols*, *Niza*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 145/186

⁴¹ Art. 17 I UAbs.2 EUV; eigene Hervorhebung. So auch *Burghardt/Tebbe* ebd. 18: „... was der NATO implizit einen Vorrang in der Gestaltung europäischer Sicherheitspolitik sichert“ und *R. Wessel*, *Black Widow*, in: *Kronenberger* (2001), S. 419: „seems to indicate a priority for established NATO policy in the event of a conflict between norms.“

⁴² Die Evolutivklausel des Art. 17 I UAbs.1 EUV, auf die sich die Normierung des Vorrangs der NATO-„Verteidigung“ nach Unterabsatz zwei bezieht, gilt nur für die Begründung einer militärischen EU-Beistandspflicht, nicht aber für sonstige Petersberg-Aufgaben; vgl. *D. Thym*, *Verteidigungspolitik nach Nizza*; *WHI Paper* 3/2001, Abschnitt IV.

⁴³ Die Klausel des Art. 17 IV EUV bezieht sich dagegen ausdrücklich auf die nach diesem Titel vorgesehene Zusammenarbeit, die nach Art. 17 II EUV die Petersberg-Aufgaben umfasst. Im Ergebnis ähnlich *Wessel* ebd.; anders offenbar *Schwarze-H. Krick*, Art- 11-28 EUV Rn. 34.

⁴⁴ Siehe auch *R. Wessel*, *Black Widow*, in: *Kronenberger* (2001), S. 419: „(I)t is difficult to imagine how a policy of the European Union that does not include a common defence policy, nor a common defence, could come into conflict with the key obligation under the North Atlantic Treaty.“

⁴⁵ Hierzu bereits Kapitel 5 III (S. 169).

Konkurrenzverhältnis zu den Krisenreaktionskräften der Europäischen Union⁴⁶. Hierbei wird der Dualismus symbolisch bestärkt und verkörpert durch die doppelte Zuordnung einzelner Truppenteile der Mitgliedstaaten sowohl zur NATO als auch zur Europäischen Union⁴⁷. Beobachter berichten, dass das Konkurrenzverhältnis im Spätsommer 2003 die Übernahme der SFOR in Bosnien-Mazedonien und der OSZE-Mission in Moldawien durch die Europäische Union blockierte⁴⁸. Dagegen scheint die zivile Dimension der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik schon mangels entsprechender Fähigkeiten der NATO nicht in Konkurrenz zur Allianz zu treten. Der EU-Polizeimission in Bosnien-Herzegowina sollen im Winter 2003/4 weitere Einsätze in Mazedonien, dem Kongo und Afghanistan folgen⁴⁹.

Ein großer potentieller Streitpunkt zwischen Union und Allianz ist die Errichtung eines eigenen EU-Hauptquartiers, das die Union in die Lage versetzt, auch umfangreiche Militäroperationen in Eigenregie durchzuführen. Hierdurch würde die „Berlin-plus“-Vereinbarung ergänzt und teilweise überholt, aufgrund derer die Union seit Ende 2002 grundsätzlich einen gesicherten Zugang zu Planungs- und Kommandostrukturen der NATO besitzt⁵⁰. Anstelle der vielfach angestrebten Vermeidung einer Duplizierung von Einrichtungen und Kapazitäten als Ausdruck friedlicher Koexistenz würde ein eigenes EU-Hauptquartier die zunehmende politische Konkurrenzsituation von NATO und Europäischer Union unterstreichen – auch wenn ein eigenständiges EU-Hauptquartier schon wegen der Größe nur bei kleineren Einsätzen an die Stelle von SACEUR treten können wird. Das Nebeneinander von NATO und EU muss freilich nicht notwendig in eine wechselseitige Blockade münden, sondern könnte auch einen Wettstreit um die besseren Strukturen und Lösungen bewirken, an deren Ende eine größere Effizienz und Leistungsfähigkeit der europäischen Streitkräfte insgesamt steht. Die Doppelmitgliedschaft zahlreicher Staaten in Union und Allianz und die vielfache Personalunion bei der Besetzung ihrer Gremien könnte einen wichtigen Beitrag zur Konfliktvermeidung leisten.

Die Initiative zur Einrichtung eines eigenen europäischen Hauptquartiers ging vom „Vierergipfel“ der Staats- und Regierungschefs Belgiens, Deutschlands, Frankreichs und Luxem-

⁴⁶ Zur NATO Response Force Prague Summit Declaration, 21.11.2002, NATO Press Release (2002) 127 <www.nato.int>, Nr. 4. Nach dem Willen des Vereinigten Königreichs und Frankreichs sollen die Krisenreaktionskräfte der Europäischen Union ausgeweitet werden aufgrund einer „new initiative, in which the EU would focus on the development of its rapid reaction capabilities to enhance its ability to support the UN in short-term crisis management situations“; siehe Franco-British Summit, Declaration: Strengthening European Cooperation in Security, London 24.11.2003 <www.fco.gov.uk>.

⁴⁷ So ist das Eurokorps sowohl der NATO als auch der Europäischen Union zugeordnet <www.eurokorps.org>.

⁴⁸ Zur SFOR die britisch-französische Declaration on Strengthening European Cooperation in Security and Defence, Le Touquet 4.2.2003 <www.elysee.fr> sowie zur indirekten Blockadepolitik der NATO im Hinblick auf Moldawien C. Stelzenmüller, Die neue Viererbande und ihre Feinde, Die Zeit vom 18.9.2003, S. 6.

⁴⁹ J. Dempsey, Police Force for Macedonia Will Boost EU, Financial Times vom 30.9.2003, S. 8.

⁵⁰ Im Dezember 2002 nahm der NATO-Rat entsprechende Beschlüsse an, die allerdings nicht öffentlich zugänglich sind; vgl. Statement by the Secretary General, 13.12.2002, NATO Press Release (2002) 140 und EU – NATO Declaration on ESDP, 16.12.2002, NATO Press Release (2002) 142 <www.nato.int>. Sie dienen der Umsetzung des Washington Summit Communiqué, 24.4.1999, NATO Press Release NAC-S(99)64, Nr. 10 zu: „Assured EU access to NATO planning capabilities able ... presumption of availability to the EU of pre-identified NATO capabilities. Identification of a range of European command options for EU-led operations.“ Das EU-NATO Geheimschutzabkommen schafft die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Planungs- und Kommandostrukturen der NATO durch die EU, auf die bei den EU-Militäroperationen in Mazedonien und dem Kongo allerdings nicht zurückgegriffen wurde; Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Nordatlantikvertrags-Organisation über den Geheimschutz vom 14. März 2003; genehmigt durch Beschluss 2003/211/GASP des Rates vom 24.2.2003 (ABl. 2003 L 80/35).

burgs während des Irak-Kriegs im Frühjahr 2003 aus und bezog sich unmittelbar auf die Beratungen im Europäischen Konvent⁵¹. Tatsächlich erlaubt dessen Verfassungsentwurf eine „strukturierte Zusammenarbeit“ einiger Mitgliedstaaten zur Verbesserung der militärischen Fähigkeiten. Auch die Errichtung eines Europäischen Amtes für Rüstung, Forschung und militärische Fähigkeiten soll nach den Vorschlägen des Konvents gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit im Rahmen der Europäischen Union verwirklicht werden⁵². Hierdurch könnten völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten in die Europäische Union integriert werden, aufgrund derer in den vergangenen Jahren die Zusammenarbeit in der Rüstungspolitik ausgebaut wurde. Dies gilt insbesondere für die Europäische Rüstungsagentur OCCAR als Grundlage für ein gemeinsames Beschaffungswesen, in deren Rahmen etwa die Bestellung des Airbus-Militärtransporters A-400M koordiniert wird⁵³. Ergänzend erlauben das Rahmenübereinkommen (Letter of Intent) zur Erleichterung der Umstrukturierung der Europäischen Rüstungsindustrie und die Western European Armaments Group der WEU bereits heute eine begrenzte Harmonisierung der operativen Rüstungsstandards und Forschungsprogramme⁵⁴.

Auch die Einbeziehung der militärischen Beistandspflicht der WEU schlägt der Europäische Konvent im Grundsatz vor. Allerdings hat es den Anschein, dass das Vereinigte Königreich und einige neutrale Mitgliedstaaten selbst unter der Prämisse von Ungleichzeitigkeit nicht bereit sind, diesen Schritt mitzugehen⁵⁵. Es dürfte insoweit beim Fortbestand der WEU-Beistandspflicht außerhalb des rechtlichen Rahmens der Europäischen Union bleiben⁵⁶. Auch völkerrechtliche Verträge zur multinationalen Streitkräfteorganisation werden auf einer eigenen völkervertragsrechtlichen Grundlage fortbestehen. Dies betrifft gemeinsame Militärverbände wie das Eurokorps⁵⁷, das Multinationale Korps Nordost⁵⁸, das I. (Deutsch-Niederländische) Korps⁵⁹ und die European Air Group⁶⁰ als „nucleus of what is to be the

⁵¹ Siehe die Gemeinsame Erklärung Deutschlands, Frankreichs, Luxemburgs und Belgiens zur Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, Brüssel, 29.4.2003 <www.bundeskanzler.de>.

⁵² Zum Vorstehenden Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.).

⁵³ Deutsch-französisch-italienisch-britisches Übereinkommen zur Gründung der Gemeinsamen Organisation für Rüstungskoooperation (Organisation Conjointe de Coopération en Matière d'Armement) OCCAR vom 9.9.1998 (BGBl. 2000 II 414); in Kraft getreten am 28.1.2001 (BGBl. 2001 II 501).

⁵⁴ Siehe Rahmenübereinkommen über Maßnahmen zur Erleichterung der Umstrukturierung und der Tätigkeit der Europäischen Rüstungsindustrie vom 27.7.2000 zwischen Deutschland, Frankreich, Italien, Schweden, Spanien und dem Vereinigten Königreich (BGBl. 2001 II 91); für Deutschland in Kraft getreten am 18.4.2001 (BGBl. 2001 II 500) und Ende 2002 nur für das Vereinigte Königreich ebenfalls in Kraft. Zum Fortbestand der Western European Armaments Group nach deren weitgehenden Integration in die Europäische Union <www.weu.int>.

⁵⁵ Hierzu wiederum Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.).

⁵⁶ Die WEU-Kooperation wird durch Art. 17 IV EUV ebenso geschützt wie die kollektive NATO-Verteidigung. Nach der faktischen Integration der operativen Fähigkeiten der WEU in die Europäische Union ist der Verweis der Bestimmung auf die WEU ansonsten hinfällig. Zur Einstellung der operativen WEU-Tätigkeiten zum 1. Juli 2001 die Erklärung des WEU-Ministerrats vom 13.11.2000 in Marseille; R. Wessel, Black Widow, in: Kronenberger (2001), S. 405 und W. Hummer/W. Obwexer, Nizza (2001), S. 43 f.

⁵⁷ Umfassend P. Wassenberg, Eurokorps (1999). Siehe auch T. Stein, Eurokorps, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 36 (1997), S. 53.

⁵⁸ Deutsch-polnisch-dänisches Übereinkommen über das Multinationale Korps Nordost vom 5.9.1998 (BGBl. 1999 II 675); in Kraft getreten am 13.11.1999 (BGBl. 2001 II 226).

⁵⁹ Deutsch-niederländisches Abkommen über die Rahmenbedingungen für das I. (Deutsch-Niederländische) Korps und dem Korps zugeordnete Truppenteile, Einrichtungen und Dienststellen und die Vereinbarung über die Organisation und Arbeitsweise des I. (Deutsch-Niederländischen) Korps und des Verbindungskommandos der Luftstreitkräfte vom 6.10.1997; beide in Kraft getreten am 1.9.2000 (BGBl. 2000 II 1253). Zu anderen multilateralen Korps die Auflistung bei A. Dumoulin/E. Remacle, Phénix (1998), S. 272 ff. und R.

future European defence system.“⁶¹ Wenn der Europäische Konvent keine Integration dieser Kooperationsformen in den Verfassungsrahmen der Europäischen Union vorschlägt, handelt es sich hierbei jedoch nicht um „the forgotten issue“⁶². Die Entscheidung über Organisation, Finanzierung und Einsatz der multilateralen Streitkräfte sollte im europäischen Verfassungsverbund weiterhin den beteiligten Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. In Ausübung der freien völkerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit können die multinationalen Streitkräfte auch der Europäischen Union zur Verfügung gestellt werden⁶³.

III Praxis der Bundesrepublik Deutschland (1995-2000)

Ein Blick in den Fundstellennachweis B des Bundesgesetzblatts zeigt, dass der völkervertragsrechtlichen Kooperation der Bundesrepublik mit anderen Mitgliedstaaten in der Praxis keine zentrale Bedeutung mehr zukommt – trotz der Bedeutung eines jeden Vertrags in seinem jeweiligen Regelungsbereich. In den sechs Jahren 1995-2000 schloss die Bundesrepublik gut 20 Übereinkommen unter Beteiligung von mindestens drei derzeitigen oder zukünftigen Mitgliedstaaten, die jedenfalls nach der EU-Erweiterung eine völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten darstellen⁶⁴. Nicht mitgerechnet sind hierbei die Übereinkommen zur Zusammenarbeit in Strafsachen nach Art. K.3 EUV (1992) und das Rechtshilfeübereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV (1997). Die gesonderte Untersuchung dieser Übereinkommen ergab, dass derartigen völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten in Zukunft keine tragende Bedeutung mehr zukommen wird⁶⁵.

Die politisch bedeutsamsten völkerrechtlichen Verträge der Bundesrepublik mit anderen europäischen Staaten sind gesamteuropäische Übereinkünfte, die räumlich über die Grenzen der Union hinausreichen und als völkerrechtliche Übereinkommen der Mitgliedstaaten *cum tertiis* schon deshalb nicht im Rahmen der Europäischen Union hätten verwirklicht werden können. Dies gilt insbesondere für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten⁶⁶, das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten⁶⁷, eine Ergänzung der Verfahrensordnung des EGMR⁶⁸, die Vereinbarung über das Sekretariat des Kommissars des Rates der Ostseestaaten für demokratische Institutionen und Menschenrech-

Schöllborn, Krisenbewältigung (1996), S. 49 ff.

⁶⁰ Übereinkommen vom 16.6.1999 über die European Air Group in der Fassung des Änderungsprotokolls, das für Deutschland am 4.3.2001 in Kraft trat (BGBl. 2001 II 343) und Ende 2002 auch für Italien, die Niederlande und Spanien verbindlich war.

⁶¹ *G. Verhofstadt*, *Vision* (2000). Auch die Vereinbarkeit dieser Kooperationen mit dem EU-Vertrag wird durch die besondere Bestands- und Entwicklungsgarantie des Art. 17 IV EUV sichergestellt.

⁶² So *U. Diedrichs/M. Jopp*, *Modes*, *International Spectator* 3/2003, 15/29.

⁶³ Art. I-40 III VVE-E sieht dies ausdrücklich vor. Zum Konzept des Verfassungsverbunds Kapitel 11 III 3 (S. 333 ff.).

⁶⁴ Nicht berücksichtigt sind Übereinkommen mit einer internationalen Dimension, an denen auch nicht-europäische Staaten beteiligt sind. Es werden einige bilaterale Verträge exemplarisch aufgeführt.

⁶⁵ Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

⁶⁶ Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1.2.1995 (BGBl. 1997 II 1406), das für Deutschland am 1.2.1998 in Kraft trat (BGBl. 1998 II 57).

⁶⁷ Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten vom 25.1.1996 (BGBl. 2001 II 1074); für Deutschland in Kraft getreten am 1.8.2002 (BGBl. 2002 II 2472).

⁶⁸ Europäisches Übereinkommen über die an Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte teilnehmenden Personen vom 5.3.1996 (BGBl. 2001 II 358); für Deutschland in Kraft getreten am 1.11.2001 (BGBl. 2002 II 1438).

te⁶⁹ und drei Übereinkommen zu Fragen der Schifffahrt und der Telekommunikation⁷⁰. Darüber hinaus ist an den Übereinkommen über die Internationale Kommission zum Schutz der Oder gegen Verunreinigung und zum Schutz des Rheins im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Europäische Gemeinschaft als Vertragspartei beteiligt. Es besteht insoweit ein gemischtes Abkommen⁷¹. Derartige gesamteuropäische Regelungen werden trotz der EU-Erweiterung eine eigenständige Bedeutung behalten und auch in Zukunft im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten von den Mitgliedstaaten und/oder der Gemeinschaft mit europäischen Drittstaaten geschlossen werden.

Dagegen besitzen die meisten völkerrechtlichen Kooperationen der Bundesrepublik mit anderen Mitgliedstaaten ohne die Beteiligung von Drittstaaten keine weitreichende politische Bedeutung. Das Geheimschutzabkommen der WEU ist nach der Einstellung der operativen WEU-Aktivitäten zum 1. Juli 2001 hinfällig⁷² und es bleibt abzuwarten, ob das Übereinkommen zur Gründung der Gemeinsamen Organisation für Rüstungskooperation OCCAR und das Rahmenübereinkommen zur Erleichterung der Unstrukturierung der Europäischen Rüstungsindustrie dasselbe Schicksal ereilt. Auch diese völkerrechtlichen Kooperationen einiger Mitgliedstaaten könnten demnächst durch eine gegebenenfalls ungleichzeitige Umsetzung des EU-Vertrags abgelöst werden⁷³. Mit der fortschreitenden Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik besitzen auch die Vereinbarung über das Multinationale Korps Nordost, das I. (Deutsch-Niederländische) Korps und die European Air Group eine zunehmende Verzahnung mit der Europäischen Union⁷⁴. Den gemeinsamen Militärverbänden kommt bei der Durchführung von EU-Militäroperationen eine wichtige Rolle zu. Als militärische „Verwaltungs“-Kooperation einiger Mitgliedstaaten unterstützen sie die Durchführung der europäischen Verteidigungspolitik.

Da das Gemeinschaftsrecht sich regelmäßig auf die Rechtsetzung beschränkt und den Mitgliedstaaten den Vollzug in eigener Regie überlässt, werden völkerrechtliche Kooperationen bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht auch in anderen Bereichen eine eigene Bedeutung bewahren. Eine Vielzahl der bilateralen Abkommen der Bundesrepublik mit anderen Mitgliedstaaten in den Jahren 1995-2000, von denen hier nur einige beispielhaft aufgeführt sind, besitzen einen direkten oder indirekten Bezug zur Umsetzung des europäischen Um-

⁶⁹ Vereinbarung über das Sekretariat des Kommissars des Rates der Ostseestaaten für demokratische Institutionen und Menschenrechte vom 2.6.1995, in Kraft getreten am 2.7.1995 (BGBl. 1995 II 786).

⁷⁰ Übereinkommen zur Gründung eines Europäischen Büros für Telekommunikation vom 1.9.1996 (BGBl. 1998 II 2310) und Regionale Vereinbarung über die den Binnenschifffahrtsweg vom 6.4.2000; in Kraft für Deutschland am 1.8.2000 (BGBl. 2000 II 1213). Übereinkommen über besondere Stabilitätsanforderungen an Ro-Ro-Fahrgastschiffe, die regelmäßig und planmäßig in der Auslandfahrt zwischen, nach und von bestimmten Häfen in Nordwesteuropa und der Ostsee verkehren vom 28.2.1996 (BGBl. 1997 II 540), in Kraft getreten am 1.4.1997 (BGBl. 1997 II 1020). Zukünftig fällt auch der Gegenstand dieses Vertrags jedenfalls teilweise unter die AETR-Kompetenz der Gemeinschaft; vgl. RL 25/2003/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über besondere Stabilitätsanforderungen für Ro-Ro-Fahrgastschiffe vom 14.4.2003 (ABl. 2003 L 123, 22).

⁷¹ Übereinkommen über die Internationale Kommission zum Schutz der Oder gegen Verunreinigung vom 11.4.1996 (ABl. 1999 L 100, 1; in Kraft getreten am 28.4.1999 <db.consilium.eu.int/accords/default.asp?lang=de>. Übereinkommen zum Schutz des Rheins vom 12.4.1999 (BGBl. 2001 II 849); laut Fundstellennachweis B 2002 noch nicht in Kraft getreten.

⁷² Geheimschutzabkommen der WEU vom 28.3.1995 (BGBl. 1997 II 1380), für Deutschland in Kraft getreten am 4.1.1998 (BGBl. 1998 II 188).

⁷³ Siehe Kapitel 5 III 2 (S. 173).

⁷⁴ Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

weltrechts⁷⁵ oder den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die grenzüberschreitende soziale Sicherheit⁷⁶. Bei den verschiedenen bilateralen Kooperationen zur grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit⁷⁷ und den Übereinkommen zur Durchreise von bosnisch-herzegowinischen Kriegsflüchtlingen und ausreisepflichtigen jugoslawischen Staatsbürger⁷⁸ muss im Einzelfall geprüft werden, ob sie durch neue Vorgaben des Europarechts überlagert werden, die in den vergangenen Jahren zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erlassen wurden. Hier verfügen die Gemeinschaft und die Union nach Art. 66 EGV und Art. 30 I EUV über eine konkurrierende Zuständigkeit zur Gewährleistung der Zusammenarbeit zwischen nationalen Dienststellen und Behörden. Dies ermöglicht, anstelle eines Netzes vieler bilateralen Verträge der Mitgliedstaaten gemeinsame Grundlagen für die Kooperation durch europäisches Sekundärrecht zu schaffen.

Weitere völkerrechtliche Vereinbarungen der Mitgliedstaaten betreffen konkrete Verkehrsprojekte, die als „transeuropäische Netze“ oder im Rahmen der Regionalförderung auch von der Gemeinschaft kofinanziert werden können⁷⁹, oder die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und örtlichen öffentlichen Stellen⁸⁰. Darüber hin-

⁷⁵ Neben dem bereits erwähnten Übereinkommen über die Internationale Kommission zum Schutz der Oder gegen Verunreinigung gilt dies etwa für die deutsch-polnische Vereinbarung über den Austausch von Immissionsdaten der Luftbelastung vom 17.9.1996, in Kraft seit dem 17.9.1996 (BGBl. 1996 II 154).

⁷⁶ Deutsch-italienisches Abkommen über die Erstattung von Aufwendungen für Sachleistungen der Krankenversicherung vom 10.7.1995 (BGBl. 1996 II 347), in Kraft am 13.3.1997 (BGBl. 1997 II 1467); deutsch-finnisches Abkommen über die soziale Sicherheit vom 28.4.1997 (BGBl. 1998 II 306), in Kraft getreten am 1.8.1998 (BGBl. 1998 II 1695); deutsch-portugiesisches Abkommen über die Erstattung von Aufwendungen für Sachleistungen für die Krankenversicherung vom 10.2.1998 (BGBl. 2000 II 2), in Kraft am 29.2.2000 (BGBl. 2000 II 885); deutsch-österreichische Vereinbarung über die Kostenerstattung im Bereich der sozialen Sicherheit vom 21.4.1999 (BGBl. 2000 II 6), das am 23.9.2000 in Kraft trat (BGBl. 2000 II 812) und deutsch-italienisches Abkommen über die Einziehung und Beibringung von Beiträgen der Sozialen Sicherheit vom 3.4.2000 (BGBl. 2000 II 1299), das am 23.1.2001 in Kraft trat (BGBl. 2001 II 527).

⁷⁷ Deutsch-luxemburgische Vereinbarung über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzgebiet vom 24.10.1995, in Kraft am 1.6.1996 (BGBl. 1996 II 1203); deutsch-niederländische Vereinbarung über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzgebiet vom 17.4.1996, in Kraft am 1.2.1997 (BGBl. 1997 II 702); deutsch-französisches Abkommen über die Zusammenarbeit der Polizei- und Zollbehörden in den Grenzgebieten vom 9.10.1997 (BGBl. 1998 II 2479), in Kraft am 1.4.2000 (BGBl. 2000 II 842); deutsch-österreichisches Abkommen über die Zusammenarbeit der Polizeibehörden und Zollverwaltungen im Grenzgebiet vom 21.4.1999; in Kraft am 1.8.2001 (BGBl. 2001 II 1228); deutsch-belgisches Abkommen über die Zusammenarbeit der Polizei- und Zollbehörden in den Grenzgebieten vom 27.3.2000 (BGBl. 2002 II 2532), in Kraft am 23.10.2002 (BGBl. 2002 II 2536) und deutsch-französisches Abkommen über die Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung schiffahrtspolizeilicher Aufgaben auf dem deutsch-französischen Rheinabschnitt vom 10.11.2000 (BGBl. 2002 II 1891), das laut Fundstellennachweis B 2002 noch nicht in Kraft ist.

⁷⁸ Vereinbarung über die Gestattung der Durchreise und Durchbeförderung bosnisch-herzegowinischer Kriegsflüchtlinge vom 29.5.1996, in Kraft getreten am 1.7.1996 (BGBl. 1996 II 2656), die zwischen Deutschland, Österreich, Slowenien und dem Drittstaat Schweiz geschlossen wurde. Vereinbarung über die Gestattung der Durchreise ausreisepflichtiger jugoslawischer Staatsbürger vom 21.3.2000; in Kraft für Deutschland am 20.4.2000 (BGBl. 2001 II 536), die auch für Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich und die Schweiz gilt. Siehe auch deutsch-österreichisches Abkommen zur Rückübernahme von Personen an der Grenze vom 16.12.1997 einschließlich Protokoll; beide in Kraft am 15.1.1998 (BGBl. 1998 II 80). Die RL 40/2001/EG des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen vom 28.5.2001 (ABl. 2001 L 149, 34) regelt nunmehr teilweise denselben Gegenstand.

⁷⁹ Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Weiterentwicklung der Eisenbahnverbindung Berlin-Prag-Wien vom 7.6.1995, in Kraft seit dem 7.6.1995 (BGBl. 1998 II 2937); Abkommen über die Erhaltung der Grenzbrücken im Zuge der deutschen Bundesfernstraßen und der polnischen Landesstraßen an der deutsch-polnischen Grenze vom 20.3.1995 (BGBl. 1996 II 826), in Kraft getreten am 1.9.1997 (BGBl. 1997 II 1532).

⁸⁰ Übereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und örtli-

aus sind völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten im Bereich der Bildungs- und Kulturpolitik besonders häufig anzutreffen. Im untersuchten Zeitraum 1995-2000 wurden etwa die Satzung der Europäischen Schule fortentwickelt und verschiedene zweiseitige Kooperationen vereinbart⁸¹. Im Bereich ihrer „ausschließlichen“ Zuständigkeit werden völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten auch in der Zukunft eine besondere Bedeutung behalten. Insgesamt zeigt die kursorische Untersuchung jedoch, dass die völkervertragsrechtliche Kooperationspraxis der Bundesrepublik mit anderen Mitgliedstaaten in den Jahren 1995-2000 keine Dimension erreicht, die in ihrer Gesamtqualität und -quantität in eine grundsätzliche „Konkurrenz“ zur europäischen Rechtsetzung tritt. Dieser empirische Befund kann die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten in Kapitel 10 nicht präjudizieren. Wenn die Europäische Union zum zentralen rechtlichen Rahmen der überstaatlichen Kooperation der Mitgliedstaaten geworden ist, kann dies gleichwohl als verfassungspolitisches Argument gegen ein grundsätzliches Verbot völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten dienen.

IV Sozialabkommen

Anders als bei der Währungsunion hatte die Regierungskonferenz vor der Schlussitzung in Maastricht keine Vorkehrungen für die rechtliche Umsetzung von Ungleichzeitigkeit im Sozialbereich getroffen. Die rechtliche Konstruktion wurde am Abend des letzten Verhandlungstages in wahrhaftigen *eleventh hour negotiations* vereinbart, als feststand, dass das Vereinigte Königreich einer Teilnahme nicht zustimmen würde und insbesondere Frankreich auf einer sozialpolitischen Ergänzung der Währungsunion bestand. Die britische Regierung sperrte sich gegen eine Ausweitung der sozialpolitischen Zuständigkeiten im EG-Vertrag selbst unter der Voraussetzung, dass dem Vereinigten Königreich nach dem Vorbild der Währungsunion ein *opt-out* zugestanden würde. Stattdessen bestand London auf eine Regelung außerhalb des EG-Vertrags. Da die anderen Mitgliedstaaten auf einer Anwendung der Gemeinschaftsmethode beharrten und eine rein völkerrechtliche Regelung nach dem Vorbild der Schengener Übereinkommen von 1985 und 1990 ablehnten, einigte man sich im Kompromiss der letzten Stunde auf ein komplexes Zusammenspiel zwischen Sozialprotokoll und Sozialabkommen⁸².

Der britische Widerstand gegen die europäische Sozialpolitik wurde nach dem Regierungswechsel 1997 von der neuen Regierung unter Premierminister *Blair* aufgegeben. Dies

chen öffentlichen Stellen vom 23.1.1996 (BGBl. 1997 II 1158), in Kraft getreten am 1.9.1997 (BGBl. 1998 II 2966), das von Deutschland, Frankreich, Luxemburg und der Schweiz geschlossen wurde und als Modell für die grenzüberschreitende Kooperation regionaler und lokaler Gebietskörperschaften gilt. Deutsch-französisch-schweizerische Vereinbarung über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Raum Oberrhein vom 21.9.2000; in Kraft getreten am 1.6.2001 (BGBl. 2001 II 1062).

⁸¹ Verordnung vom 18.8.1995 über die Gewährung von Vorrechten und Befreiungen an die Direktoren und Lehrer bei den Europäischen Schulen im Ausland vom 18.8.1995, in Kraft mit Wirkung vom 1.1.1995 (BGBl. 1995 II 676). Abkommen über die Gründung der Deutsch-Französischen Hochschule vom 19.9.1997 (BGBl. 1999 II 450), in Kraft am 13.9.1999 (BGBl. 2000 II 43); Vereinbarung über die Einrichtung von deutsch-dänischen gymnasialen Oberstufenzweigen vom 25.9.1998, in Kraft am 25.9.1998 (BGBl. 1999 II 649); Vereinbarung über den Sitz des Deutsch-Französischen Jugendwerks vom 12.4./23.5.2000, in Kraft am 23.5.2000 (BGBl. 2000 II 890) und deutsch-spanisches Abkommen über filmwirtschaftliche Beziehungen vom 11.2.2000; in Kraft am 13.12.2000 (BGBl. 2001 II 601). Für die Beziehungen zu den zukünftigen Mitgliedstaaten etwa: deutsch-polnisches Abkommen über kulturelle Zusammenarbeit vom 14.7.1997, in Kraft am 4.1.1999 (BGBl. 1999 II 348).

⁸² Zur Verhandlungsgeschichte etwa *O. Schulz*, Sozialpolitik (1996), S. 90; *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 35-46 und *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/180 f.

erlaubte die Überführung des Sozialabkommens in die Art. 136 ff. EGV durch den Vertrag von Amsterdam. Die rechtliche Einordnung des Sozialabkommens und seines Verhältnisses zum EG-Vertrag haben aus heutiger Sicht somit in erster Linie rechtshistorische Bedeutung. Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich daher auf Aspekte mit einer allgemeinen Bedeutung für das Verhältnis von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht. Sie betreffen vor allem das Verhältnis des Sozialabkommens zum Gemeinschaftsrecht⁸³. Aus der gewählten Rechtskonstruktion können Rückschlüsse für die Fortentwicklung von Ungleichzeitigkeit und die rechtliche Umsetzung der eingangs vorgestellten Integrationskonzepte des Europa *à la carte* und der Kerneuropa gezogen werden⁸⁴.

1 Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht

Der rechtliche Status des Sozialabkommens wird von der Literatur nicht einheitlich beurteilt. Eindeutig ist die Rechtslage nur hinsichtlich des Sozialprotokolls, das als integraler Bestandteil des EG-Vertrags primärrechtliche Geltung besitzt (Art. 311 EGV). Sein Regelungsgehalt erschöpft sich jedoch in Sonderregeln für die Zusammensetzung der Organe bei einer Tätigkeit aufgrund des Sozialabkommens⁸⁵ und der Ermächtigung der seinerzeit elf Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich, „die Organe, Verfahren und Mechanismen des Vertrags in Anspruch zu nehmen, um die erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse zur Umsetzung des genannten Abkommens untereinander anzunehmen und anzuwenden.“⁸⁶ Ob das Sozialabkommen ebenso wie das Sozialprotokoll Bestandteil des Gemeinschaftsrechts war oder alternativ einen eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag darstellte, ist dagegen bis heute nicht abschließend geklärt.

Die Befürworter einer gemeinschaftsrechtlichen Stellung auch des Sozialabkommens verweisen darauf, dass das Sozialabkommen dem Sozialprotokoll ebenso „beigefügt“⁸⁷ sei wie das Sozialprotokoll dem EG-Vertrag und daher auf derselben primärrechtlichen Ebene stehe. Zudem sei die Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane ausdrücklich angeordnet und die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsakte würden offensichtlich den Anspruch auf eine Geltung als Gemeinschaftsrecht erheben – und nicht etwa intergouvernementales Recht einer „vierten Säule“ begründen. Außerdem habe das Sozialabkommen das rechtliche Schicksal des Vertrags von Maastricht geteilt, da es keine eigenständige Ratifikation vorsah und von den Mitgliedstaaten tatsächlich auch als integraler Bestandteil desselben ratifiziert wurde⁸⁸. Daher seien das Sozialabkommen und Rechtsakte auf seiner Grundlage als Gemeinschaftsrecht zu qualifizieren⁸⁹.

⁸³ Für weiterführende Untersuchungen zum Sozialabkommen sei auf die umfassenden Darstellungen insbesondere bei *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997) und *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998) verwiesen.

⁸⁴ Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

⁸⁵ Hierzu Kapitel 7 (S. 205 ff.).

⁸⁶ Nr.1 Sozialprotokoll.

⁸⁷ Präambel Sozialabkommen.

⁸⁸ Vgl. für Deutschland die Ratifikation des Sozialabkommens im Rahmen des Gesetzes zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union vom 28.12.1992 (BGBl. 1992 II 1251/1314 ff.).

⁸⁹ *O. Schuk*, Sozialpolitik (1996), S. 94; *M. Coen*, Abgestufte, EuZW 1995, 50/51; *W. Balze*, Sozialpolitischen (1994), S. 253; *M. Heinze*, Arbeitsrecht, RdA 1994, 1/3; *ders.*, Maastricht; in: *ders./Söllner* (1994), S. 363; *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/52 ff.; *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 154 ff. insb. 168: „integraler Bestandteil des Vertrages“; offen noch *dies.*, Sozialunion?, in: von Danwitz (1993), S. 180: „nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts stehend“; *P. Watson*, Social, CML Rev. 30 (1993), 481/489 ff. Zur Abgren-

Als Argument für einen völkerrechtlichen Charakter des Sozialabkommens wird dagegen vorgebracht, dass der Vertragsgeber sich gerade gegen einen Protokollstatus des Sozialabkommens entschied. Sowohl in der offiziellen Bezeichnung als „Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik“ als auch beim (in der deutschen Übersetzung sprachlich mangelhaften) Bezug der Präambel auf die „unterzeichneten elf Hohen Vertragsparteien“ würden bewusst völkerrechtliche Vertragsredaktionstechniken aufgegriffen. Daher müsse das Sozialabkommen als eigenständiger völkerrechtlicher Vertrag beurteilt werden⁹⁰. Sozialabkommen und EG-Vertrag seien „two free-standing but complementary legal frames of reference“⁹¹.

Die praktische Bedeutung der beiden Deutungsmöglichkeiten war insofern reduziert, als auch die Vertreter einer völkerrechtlichen Eigenständigkeit des Sozialabkommens den Bestimmungen des Abkommens und den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsnormen die rechtliche Bindungswirkung von Gemeinschaftsrecht beimaßen und im Sozialabkommen insofern eine „neue völkerrechtliche Grundlage supranationaler Sozialpolitik“ sahen⁹². Diese Untersuchung basiert gleichwohl auf der Annahme einer völkerrechtlichen Eigenständigkeit des Sozialabkommens. Dies ergibt sich jedenfalls in der Rückschau aus der Entscheidung des Vertragsgebers im Jahr 1997 für eine Vergemeinschaftung des Sozialabkommens. In Maastricht ging er den Schritt einer – gegebenenfalls ungleichzeitigen – Einbeziehung des Sozialabkommens in den EG-Vertrag gerade noch nicht. Stattdessen wählte er eine Rechtskonstruktion, die an das EuGVÜ und das Europol-Übereinkommen erinnert.

Es ist nämlich keine Besonderheit des Sozialabkommens, dass die Organe der Europäischen Union an völkerrechtliche Kooperationen einiger oder aller Mitgliedstaaten entliehen werden. Der Aspekt einer Organleihe an die völkerrechtliche Kooperation des Sozialabkommens erklärt auch, warum die Vertreter einer völkerrechtlichen Eigenständigkeit des Sozialabkommens für die Teilnahme des Vereinigten Königreichs eine formelle Änderung des EG-Vertrags nach Art. 48 EUV forderten⁹³. Die Gesamtleihe aller Gemeinschaftsorgane an eine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten erfordert wegen der Gefährdung der autonomen Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsorgane eine ausdrückliche gemeinschaftsrechtliche Ermächtigung⁹⁴. Diese wurde vom Sozialprotokoll jedoch nur für elf Mitgliedstaaten erteilt, so dass auch die Beteiligung des Vereinigten Königreichs am Sozialabkommen eine Ver-

zung zum EU-Vertrag *Kliemann* ebd. (1997), S. 177: „Es sollte klargestellt werden, dass diese weitergehende Sozialpolitik keine intergouvernementale Politik der Mitgliedstaaten (wie in der zweiten und dritten Säule des EU-Vertrags) darstellt, sondern als Gemeinschaftsrecht, wenn auch in verkleinertem Rahmen, konzipiert ist.“

⁹⁰ *H. Konzen*, Arbeitsrecht, *EuZW* 1995, 39/42; *G. Schuster*, Sozialpolitik, *EuZW* 1992, 178/181; *H. Buchner*, Sozialpolitische, *RdA* 1993, 193/199; *C. Koenig*, Sozialunion, *EuR* 1994, 175/182; *E. Whiteford*, Social, *EL Rev.* 18 (1993), 202/203 f.; *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 37; *C. Barnard*, Flexibility, in: ebd. 201; *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 125 auch wenn er dies später terminologisch dahingehend differenziert, dass er von „Sondergemeinschaftsrecht sui generis der elf Mitgliedstaaten spricht.“ Unklar *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), die einerseits die Eigenständigkeit des Sozialabkommens betont (ebd. 149), das Sozialabkommen andererseits aber als „Bestanteil des primären Gemeinschaftsrechts“ bezeichnet (ebd. 178).

⁹¹ *Barnard* ebd.

⁹² *Koenig* ebd. 182. Im Ergebnis ebenso *de Witte* ebd. 37 f.; *Hailbronner* ebd. 128 f. und 134 ff.; *Schuster* ebd. 181 ff. und *Buchner* ebd. 199.

⁹³ So vor allem *O. Schulz*, Sozialpolitik (1996), S. 122-125 und *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 143 ff.

⁹⁴ Siehe Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.).

tragsänderung nach Art. 48 EUV erfordert hätte. Stattdessen wurde in Amsterdam seine Vergemeinschaftung vereinbart.

2 Modell Sozialabkommen?

Die aufgezeigten Probleme der Rechtskonstruktion des Sozialabkommens sprechen dagegen, in seiner konkreten rechtlichen Gestaltung ein generelles Modell für die zukünftige Struktur von Ungleichzeitigkeit zu sehen. Die rechtlichen Unsicherheiten gründen hierbei letztlich auf dem unklaren Status des Sozialabkommens, das sich infolge des Kompromisses zwischen dem Vereinigten Königreich und den anderen Mitgliedstaaten in Maastricht bewusst einer zweifelsfreien Kategorisierung als Gemeinschaftsrecht oder Völkerrecht entzog. Soweit dieser Geburtsfehler des Sozialabkommens nicht wiederholt und die Modalitäten für die Herstellung von Gleichzeitigkeit und das Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen des Europarechts klar geregelt würden, könnte das Sozialabkommen mittelbar doch ein Modell für die künftige Gestaltung ungleichzeitiger Integration bieten. Hierbei verdient vor allem Beachtung, dass das Sozialabkommen in zweifacher Hinsicht eine Modifikation des europäischen Primärrechts darstellte: Es weitete die Gesetzgebungskompetenzen aus und erlaubte im Rat Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit, wo der EG-Vertrag noch einstimmige Entscheidungen vorschrieb.

Die sozialpolitischen Gesetzgebungskompetenzen aufgrund des Sozialabkommens umfassten Bereiche, die von Art. 117 ff. EWGV (1986) nicht umfasst waren und auf seiner Grundlage nunmehr mit Wirkung für elf Mitgliedstaaten ausgeübt werden konnten⁹⁵. Eine solche „ungleichzeitige“ Ausweitung von Gesetzgebungskompetenzen erschien *Hailbronner* im Jahr 1995 noch als eine europarechtliche „Quadratur des Kreises“⁹⁶. Aus heutiger Sicht zeigen jedoch die Beispiele der Währungsunion und des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, dass eine ungleichzeitige Ausweitung der EG-Zuständigkeiten auch innerhalb des EG-Vertrags möglich ist – und nicht wie beim Sozialabkommen in einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb des EG-Vertrags erfolgen muss. Insoweit dürfte in Zukunft für ungleichzeitige Ausweitungen von EG-Zuständigkeiten nicht mehr die rechtlich unsichere Konstruktion des Sozialabkommens Pate stehen, sondern auf die vergleichsweise klare Regelung der anderen Formen von Ungleichzeitigkeit zurückgegriffen werden. Man könnte *de constitutione ferenda* insbesondere erwägen, den Mitgliedstaaten im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit eine sachlich begrenzte Ausweitung von Gemeinschaftskompetenzen zu gestatten⁹⁷.

Soweit aus der Sicht des Vertrags von Maastricht eine Parallelität der Gesetzgebungskompetenzen nach dem EG-Vertrag und dem Sozialabkommen bestand, ermöglichte das Sozial-

⁹⁵ Eine Gesetzgebungsbefugnis hatte die Gemeinschaft nach Art. 118a EWGV (1986) nur für die Förderung der *Arbeitsumwelt*, während für sonstige sozialrechtliche Aspekte nur eine Förderkompetenz nach Art. 118 EWGV (1986) bestand. Durch Art. 2 I Sps. 2-4 Sozialabkommen, der mit dem heutigen Art. 140 EGV identisch ist, wurden zusätzliche Sachbereiche Gegenstand der EG-Gesetzgebung, die nach der Maastrichter Rechtslage allenfalls in Einzelaspekten aufgrund der heutigen Art. 94, 308 EGV einer Rechtsharmonisierung hätten zugeführt werden können. Hierzu allgemein *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 74 ff.; *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/187; *Kampmeyer* ebd. 51 ff.; *Schulz* ebd. 94; *H. Buchner*, Sozialpolitische, RdA 1993, 193/194 ff.; *W. Balze*, Sozialpolitischen (1994), S. 255 ff.; *M. Heinzge*, Maastricht; in: ders./Söllner (1994), S. 378 ff.; *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 127.

⁹⁶ *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 126: „Das Unmögliche musste daher erreicht werden: Gemeinschaftsrecht in einer Gemeinschaft ohne Großbritannien; ... aus europarechtlicher Sicht also die Quadratur des Kreises.“

⁹⁷ Hierzu Kapitel 12 II 2 (S. 361 ff.).

abkommen teilweise qualifizierte Mehrheitsentscheidungen im Rat, wo der EG-Vertrag noch Einstimmigkeit vorschrieb⁹⁸. Dieser Aspekt ist eine beachtenswerte Besonderheit des Sozialabkommens, da derzeit weder die verstärkte Zusammenarbeit noch die anderen Beispiele für Ungleichzeitigkeit die Anwendung eines variierten Beschlussverfahrens erlauben. Vielmehr gilt für jede ungleichzeitige Kompetenzwahrnehmung das jeweils einschlägige reguläre Rechtssetzungsverfahren. So muss der Rat nach Art. 44 I UAbs.1 EUV, 93 ff. EGV bislang auch im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit einstimmig über eine Harmonisierung indirekter Steuern entscheiden. De constitutione ferenda schlägt der Europäische Konvent nunmehr den „ungleichzeitigen“ Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen vor, der in Zukunft einen wichtigen Beitrag zur Dynamisierung der Integration auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit leisten könnte⁹⁹.

Es ist zudem nicht auszuschließen, dass sich die Maastrichter Konstellation, die zur Annahme des Sozialabkommens führte, wiederholt: So könnten einige Mitgliedstaaten schon aus Furcht vor der faktischen Sogwirkung ungleichzeitiger Primärrechtserweiterungen sich dem Wunsch einzelner Mitgliedstaaten nach der ungleichzeitigen Ausweitung europäischer Zuständigkeiten widersetzen und auf einer eigenständigen völkerrechtlichen Regelung neben dem EG-Vertrag beharren. Gleiches gilt für den Fall, wenn die Ratifikation des Verfassungsvertrags in einem oder mehreren Mitgliedstaaten scheitert. Soweit diese sich dennoch bereit erklärten, alle oder einige Gemeinschaftsorgane nach dem Modell des Sozialprotokolls an eine völkerrechtliche Avantgarde zu entleihen, könnte die rechtliche Konstruktion des Sozialabkommens eine Renaissance erfahren. Sie könnte als Modell für die rechtliche Anbindung eines Kerneuropas an die Europäische Union dienen, soweit dieses wie nach den Vorstellungen *Chiracs* nicht über einen umfassenden eigenen institutionellen Unterbau verfügt¹⁰⁰.

V Benelux

Als die Römischen Verträge 1957 unterzeichnet wurden, gab es bereits eine fortgeschrittene Zusammenarbeit der Benelux-Staaten. Belgien und Luxemburg hatten schon 1921 eine Wirtschaftsunion begründet, die später durch eine Reihe von Protokollen ergänzt wurde¹⁰¹. In den ersten Nachkriegsjahren errichteten Belgien, die Niederlande und Luxemburg die Benelux-Wirtschaftsunion, die 1958 im konsolidierten und erweiterten Vertrag über die Benelux-Wirtschaftsunion aufging¹⁰². Zwischen den Benelux-Staaten existierte auf dieser Grundlage bereits früh ein gemeinsamer Markt, der eine Zollunion, den freien Verkehr von Waren, Per-

⁹⁸ Siehe Art. 2 II, III Sozialabkommen zur Anwendbarkeit des Verfahrens der Zusammenarbeit. Da auch Art. 118a EWGV (1986) zur Förderung der Arbeitsumwelt dies Verfahren vorsah, erleichterte das Sozialabkommen die Annahme von Gesetzgebungsakten lediglich für Maßnahmen nach Art. 2 I Sps.2-4 Sozialabkommen, für die eine EG-Rechtsetzung nach Art. 94 i.V.m. 95 II, 308 EGV Einstimmigkeit im Rat erforderte, weil Art. 118a EGV (1992) als Rechtsgrundlage nicht ausreichte.

⁹⁹ Siehe wiederum Kapitel 12 II 2 (S. 361 ff.).

¹⁰⁰ Zum Modell *Chirac* bereits Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.) sowie weiterführend Kapitel 12 II (S. 355 ff.).

¹⁰¹ Convention établissant l'Union économique entre le Luxembourg et la Belgique vom 25.7.1921, League of Nations Treaty Series Vol. 9, p. 223; in Kraft getreten am 6.3.1922. Einen Überblick zu den verschiedenen Protokollen geben *P. Pescatore*, Belgium-Luxembourg, in: EPIL 6 (1983), S. 31 ff. und *Léger-L. Wietzel*, Art. 306 EGV Rn. 1 f.

¹⁰² Treaty Establishing the Benelux Economic Union vom 3.2.1958, United Nations Treaty Series Vol. 381, S. 165; in Kraft getreten am 1.11.1960. Zur Entstehungsgeschichte seit dem ersten Zollunionsvertrag der Benelux-Exilregierungen vom September 1944 *E. Kruijtbosch*, Benelux, in: EPIL 6 (1983), S. 36.

sonen, Dienstleistungen und Kapital sowie eine gemeinsame Außenhandelspolitik umfasste¹⁰³. Dieser gemeinsame Markt wurde ergänzt durch eine Koordinierung der Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik sowie – zwischen Belgien und Luxemburg – durch eine Währungsassoziiierung¹⁰⁴. Die Benelux-Staaten waren somit die Vorhut auf einem Weg, den die Gemeinschaft mit dem Gemeinsamen Markt, dem Binnenmarktprogramm und schließlich der Wirtschafts- und Währungsunion erst später beschritt.

Um zu „verhindern, dass der regionale Zusammenschluss zwischen diesen drei Mitgliedstaaten durch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts aufgelöst oder in seiner Entwicklung behindert wird“¹⁰⁵, bestimmt Art. 306 EGV:

„Dieser Vertrag steht dem Bestehen und der Durchführung der regionalen Zusammenschlüsse zwischen Belgien und Luxemburg sowie zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden nicht entgegen, soweit die Ziele dieser Zusammenschlüsse durch die Anwendung dieses Vertrages nicht erreicht sind.“¹⁰⁶

Die rechtliche Reichweite dieser Bestimmung ist zu skizzieren. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV als Modell für die Anbindung einer völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht dienen kann.

1 Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind Abweichungen des Benelux-Rechts vom Gemeinschaftsrecht zulässig, soweit dies zur Erreichung von dessen Zielen erforderlich ist. Auf dieser Grundlage kam er etwa zu dem Ergebnis, dass die Zuständigkeit für Abgabenerhebungen im Versandverfahren wegen der zwischen den Benelux-Staaten bereits frühzeitig erfolgten Abschaffung der Binnengrenzkontrollen abweichend von den ansonsten zwingenden Vorgaben des EG-Rechts geregelt werden kann¹⁰⁷. Dagegen erachtete der Gerichtshof die Festlegung eines im Vergleich zu Traubenweinen höheren Steuersatzes für Obstweine nicht als erforderlich, um das grundsätzlich legitime Ziel einer einheitlichen Benelux-Weinsteuer zu erreichen. Der Verstoß gegen das Verbot diskriminierender „inländischer“ Abgaben nach Art. 90 I EGV war insofern nicht durch Art. 306 EGV gerechtfertigt¹⁰⁸.

Hierbei besteht ein beachtenswerter Unterschied zum Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit. So bewirkte der einheitliche Benelux-Versandschein nach damaligem Recht unterschiedliche Regeln für den grenzüberschreitenden Warenverkehr innerhalb der Benelux-

¹⁰³ Näher *Krujtbosch* ebd. 37 ff. und *J.-V. Louis*, Art. 233 T.C.E., in: *Mégret* 15, 1. Aufl. 1987, Rn. 3 ff. Der EWG-Vertrag trug der bestehenden Benelux-Zollunion Rechnung, indem er sie als eines der vier Zollgebiete der Gemeinschaft einheitlich behandelte, vgl. Art. 19 I EWGV (1957).

¹⁰⁴ Hierzu *P. Pescatore*, *Belgium-Luxembourg*, in: *EPIL* 6 (1983), 33.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. 105/83, Slg. 1984, 2101 Rz. 11 – *Pakvries*.

¹⁰⁶ Entsprechend nunmehr Art. IV-5 VVE-E.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. 105/83, Slg. 1984, 2101 Rz. 11-18 – *Pakvries*. Konkret wichen die Benelux-Staaten von Art. 36 I VO 542/69/EWG (ABL. 1969 L 77, 1) ab, der die Zuständigkeit für Abgabenerhebungen im Versandverfahren dem Staat des Inverkehrbringens zuordnet; nach Benelux-Recht waren wegen der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen jedoch alle Benelux-Staaten gleichermaßen zuständig und nicht ausschließlich der Staat des Inverkehrbringens; die Erwägungen des Gerichtshofs zeigen, dass er die Ausnahmeermächtigung des Art. 59 der VO als deklaratorische Wiedergabe des Art. 306 EGV betrachtet.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-367/93 bis C-377/93, Slg. 1995 I-2229 Rz. 25 – *Roders*: „... kann nicht als für das Funktionieren der im Benelux-Rahmen geschaffenen Regelung erforderlich und damit als aufgrund von Art. 233 des Vertrages gerechtfertigt angesehen werden.“

Staaten einerseits und zwischen den Benelux-Staaten und anderen Mitgliedstaaten andererseits. Die hiermit verbundene Ungleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern aus verschiedenen Mitgliedstaaten gestattet Art. 306 EGV¹⁰⁹, während sie nach den Bestimmungen der verstärkten Zusammenarbeit grundsätzlich unzulässig wäre¹¹⁰. Von seinem Anbeginn an war Art. 306 EGV darauf angelegt, ein ungleichzeitiges Voranschreiten der Benelux-Staaten im Kernbereich des Binnenmarktrechts zu gestatten, das nur in Randbereichen Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit sein kann¹¹¹. Art. 306 EGV ist hierbei keine statische Ausnahme. Insoweit ist deutsche Wortwahl „Durchführung“, anders als der französische Begriff „accomplissement“ oder die englische Formulierung „completion“, nicht eindeutig: Art. 306 EGV sichert nicht nur den 1957 erreichten Integrationsstand, sondern erlaubt eine Weiterentwicklung der Benelux-Integration auch nach dem Inkrafttreten der Römischen Verträge¹¹².

Ihre Grenze findet die dynamische Ausnahme des Art. 306 EGV, „soweit die Ziele dieser Zusammenschlüsse durch die Anwendung des EG-Vertrages ... erreicht sind.“ Dementsprechend endete die Benelux-Zollunion und die eigenständige gemeinsame Außenhandelspolitik mit dem Ende der Übergangszeit für den Gemeinsamen Markt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Die belgisch-französische Währungsassoziation ist nach der Einführung des Euro hinfällig. Auch die Ablehnung eines generellen Vorbehalts der Mitgliedstaaten für die Organisation der öffentlichen Verwaltung durch den Gerichtshof führte zu einem „Integrationsvorsprung“ der Gemeinschaft gegenüber der Benelux-Wirtschaftsunion. Bei der Einstellung von Grundschullehrkräften konnte sich Luxemburg seiner Verpflichtung aus Art. 39 EGV nicht mit einem Verweis auf Art. 306 EGV und eine entsprechende Benelux-Regelung entziehen¹¹³. Prozedural gesichert wird diese Subsidiarität der Benelux-Integration gegenüber der EU-Integration durch die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Entscheidung von Normenkonflikten zwischen EG-Vertrag und Benelux-Vertrag.

2 Modell Benelux?

Die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV erlangte in der politischen Diskussion des Jahres 2000 Bedeutung, als sie im Umfeld der Regierungskonferenz als Vorbild für eine „Föderationsklausel“ diskutiert wurde, die als rechtliches Bindeglied zwischen einem föderalen Kerneuropa und der Europäischen Union fungieren könnte¹¹⁴. Auch wenn die offiziellen Überlegungen der Regierungskonferenz diese Idee nicht aufgriffen, könnte das „Modell Benelux“ erneu-

¹⁰⁹ Vgl. EuGH *Pakvries* ebd.

¹¹⁰ Zur Anwendung des Art. 28 EGV auf Maßnahmen der verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

¹¹¹ Dass Art. 306 EGV eine engere Zusammenarbeit der Benelux-Wirtschaftsunion gerade in binnenmarktrelevanten Bereichen erlauben will betonen allgemein Calliess/Ruffert-K. *Schmalenbach*, Art. 306 Rn. 2 und Handkommentar EUV/EGV-E. *Klein*, Art. 233 EGV (1997) Rn. 5. Zu Ungleichzeitigkeit und Binnenmarkt Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

¹¹² EuGH, Rs. 105/83, Slg. 1984, 2101 Rz. 11 – *Pakvries*: Keine Behinderung „in seiner Entwicklung“. Der konsolidierte und erweiterte Vertrag über die Benelux-Wirtschaftsunion wurde erst am 3.2.1958 gut einen Monat nach dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags unterzeichnet.

¹¹³ EuGH, Rs. C-473/93, Slg. 1996 I-3207 insb. Rz. 42 f. – *Kommission/Luxemburg*: „(D)as Gemeinschaftsrecht ... ist ... weiter fortgeschritten als Artikel 61 Benelux-Vertrag.“

¹¹⁴ So der Vorschlag „aus dem Umfeld“ der französischen Regierung laut *M. Stabenon*, Der deutsch-französische Motor kommt wieder in Gang, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5.5.2000, S. 7. Vgl. auch den luxemburgischen Außenminister *J. Cloos*, *Coopérations*, RMC 2000, 512/515: „Le fait qu’il y ait depuis toujours des coopérations régionales du type Benelux à l’intérieur de l’Union ouvre peut-être des pistes intéressantes, même s’il est certainement plus difficile d’en créer de nouvelles que d’accepter celles qui existaient avant le traité de Rome.“

te Aktualität erlangen, wenn das Integrationskonzept des Kerneuropa in der Zukunft aufgegriffen wird, weil der Verfassungsvertrag als unbefriedigend empfunden wird oder seine Ratifikation scheitert. Auf den ersten Blick erscheint Art. 306 EGV tatsächlich als Modell für eine „Föderationsklausel“ geeignet: Die Bestimmung erlaubt eine fortgeschrittene Integration einiger EU-Mitgliedstaaten mit einem eigenen institutionellen Unterbau, ohne dass es in den über vierzig Jahren der Koexistenz von Benelux-Wirtschaftsunion und Europäischer Union zu größeren politischen Spannungen gekommen wäre.

Die friedliche Koexistenz von Europäischer Union und Benelux-Wirtschaftsunion gründet aber auch auf der rechtlichen Konstruktion des Art. 306 EGV. Dieser erlaubt den Benelux-Staaten zwar ein Voranschreiten als Avantgarde des Binnenmarkts. Die in Art. 306 EGV enthaltene Subsidiaritätsregel stellt aber sicher, dass die Benelux-Integration gegenüber der EU-Integration zurücktritt, sobald die Integration im Rahmen der Europäischen Union die Benelux-Integration einholt oder überholt. Nach der weitgehenden Vollendung des EU-Binnenmarkts, der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen im Schengen-Raum und dem Übergang zur dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion ist der Integrationsvorsprung der Benelux-Wirtschaftsunion heute weitgehend abgeschmolzen. In den vergangenen Jahren beschränkten sich Änderungen des Benelux-Rechts im Wesentlichen darauf, dieses an die Rechtsharmonisierung im EU-Rahmen anzupassen. *De Witte* stellt daher fest, dass die Benelux-Integration sich von der Avantgarde des Binnenmarkts zu einer völkerrechtlichen Kooperation zur gemeinsamen Umsetzung von Gemeinschaftsrecht gewandelt habe¹¹⁵.

In der rechtlichen und politischen Subsidiarität der Benelux-Integration, die von den Benelux-Staaten nicht als Alternative oder gar Konkurrenz zur EU-Integration verstanden wurde, liegt der wesentliche Unterschied zu einem föderativen Kerneuropa. Der „neue europäische Grundvertrag“ des Gravitationszentrums würde nach der Vorstellung *Fischers* als „Nukleus einer Verfassung der Föderation“ nicht der sich entwickelnden Union weichen. Durch den Übertritt immer weiterer Mitgliedstaaten in das für alle offene Gravitationszentrum würde die Union vielmehr in der Föderation aufgehen¹¹⁶. Die Zielrichtung einer „Föderationsklausel“ im EG-Vertrag wäre hiernach derjenigen des Art. 306 EGV entgegengesetzt. Die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV kann somit nicht als Modell für die rechtliche Verklammerung eines föderalen Kerneuropa mit der Europäischen Union dienen. Allenfalls dann, wenn die Avantgarde nach den Vorstellungen *Chiracs* über keinen umfassenden institutionellen Unterbau verfügt und wie die Benelux-Integration in einer integrationsoffenen Europäischen Union aufzugehen bereit ist, könnte für die rechtliche Anbindung der Avantgarde auf das „Modell Benelux“ zurückgegriffen werden.

¹¹⁵ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 37: „Today, the derogation granted in Article 306 ... has run its course. Most Benelux agreements concluded in recent years have, in fact, been protocols amending the earlier agreements in order to bring them in line with EC law developments... Therefore, Benelux agreements are, more often than not, used as an instrument for the joint implementation of EC law, rather than as a competing cooperation regime.“

¹¹⁶ *J. Fischer*, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 50.

VI Fazit

Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten ermöglichten schon immer eine „ungleichzeitige“ überstaatliche Ergänzung der europäischen Integration außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge. Wenn aufgrund eines differenzierten Vertragsstaatenstatus nicht alle Mitgliedstaaten an einer völkerrechtlichen Kooperation mitwirken, besteht eine funktionale Parallelität zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. Bei der Zusammenarbeit in Strafsachen und der Verteidigungspolitik sieht das Primärrecht die völkerrechtliche Zusammenarbeit ausdrücklich vor. Hierbei leisten das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV und deren „ungleichzeitige“ vorläufige Anwendung einen Beitrag zur Verkürzung der Ratifikationszeiträume. Allerdings scheint dies die Attraktivität der völkervertragsrechtlichen Kooperation nicht nachhaltig zu erhöhen. Die Praxis der vergangenen Jahre zeigt, dass die Mitgliedstaaten die Annahme von europäischem Sekundärrecht dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge zunehmend vorziehen. Auch einige verteidigungspolitische Kooperationen der Mitgliedstaaten wurden bereits in den Rahmen der Europäischen Union überführt. Ein Inkrafttreten des Verfassungsvertrags wird diesen Prozess beschleunigen.

Die völkervertragsrechtliche Kooperationspraxis der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1995-2000 bestätigt den empirischen Befund einer abnehmenden Bedeutung völkerrechtlicher Kooperationen zwischen den Mitgliedstaaten. Die Europäische Union ist zum zentralen rechtlichen Rahmen der überstaatlichen Kooperation geworden. Neue Integrationschritte werden gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Rechtsordnung verwirklicht. Dies Ergebnis kann die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten in Kapitel 10 nicht präjudizieren. Als Illustration der allgemeinen Regeln können die untersuchten Beispiele gleichwohl dienen. In Zukunft könnten völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten in Umsetzung der verfassungspolitischen Integrationskonzepte des Kerneuropa oder des Europa *à la carte* eine eigenständige Bedeutung zurückgewinnen. Die Rechtskonstruktion des Sozialabkommens und die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV eignen sich hierbei jedoch nur begrenzt als Modell für die rechtliche Verklammerung eines Kerneuropa mit der Europäischen Union.

Zweiter Teil

ALLGEMEINE REGELN DES EUROPARECHTS

BEI UNGLEICHZEITIGKEIT

Eine Vielzahl von Rechtsfragen stellt sich bei den verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in gleicher Weise. Derart gleich gelagerte Fragestellungen sind systematisch aufzubereiten und gegebenenfalls einer einheitlichen rechtlichen Betrachtung zuzuführen. Im zweiten Teil der vorliegenden Untersuchung werden daher allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit entwickelt. Sie ergänzen und konkretisieren die im ersten Teil erörterten speziellen Vertragsbestimmungen. Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit gehen jedoch über die speziellen Voraussetzungen und Verfahren der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit hinaus und bilden einen Rechtskorpus gemeinsamer Regeln für die verschiedenen Erscheinungsformen von Ungleichzeitigkeit in der europäischen Rechtsordnung. Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit sind ein wichtiger Baustein für die harmonische Einordnung von Ungleichzeitigkeit in das europäische Verfassungsrecht. Ihre Existenz und Ausgestaltung unterstreicht, dass die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert sind.

Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit erheben nicht den Anspruch, als europarechtliche „Metaebene“ über den besonderen Normierungen der einzelnen Vertragsbestimmungen zu stehen oder gar Vorgaben für die Gestaltung künftiger Vertragsänderungen zu entfalten. Es geht vielmehr um eine systematisierende Gesamtschau von Rechtsfragen, die den verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit gemein sind. Insbesondere handelt es sich bei den „allgemeinen Regeln“ dieses zweiten Teils nicht um „allgemeine Rechtsgrundsätze“, wie sie der Gerichtshof und die Rechtswissenschaft aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und speziellen europarechtlichen Erwägungen entwickelten. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind als integraler Bestandteil des Primärrechts eigenständige Rechtsnormen und entfalten eigene Rechtsfolgen¹. Dagegen handelt es sich bei den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit um keine einheitliche rechtliche Kategorie. Ihr Rechtscharakter folgt den jeweils zu Grunde liegenden vertraglichen Bestimmungen oder Rechtsgrundsätzen. Hierbei ist im Einzelfall zu prüfen, ob die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit tatsächlich einer einheitlichen Behandlung zugänglich sind oder eine differenzierte Betrachtung erfordern.

¹ Näher zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen allgemein *T. Tridimas*, *Principles* (1999); *A. Arnulf*, *Principles* (1990); *S. Jacoby*, *Rechtsgrundsätze* (1997) und die Beiträge in *U. Bernitz/J. Nergelius*, *Principles* (2000). Siehe auch speziell zu den europäischen Grundrechten *I. Pernice*, *Grundrechtsgehalte* (1979), S. 25 ff.

Die Rechtsnatur der zweiten und dritten Säule der Europäischen Union ist bislang nicht abschließend geklärt. Es ist insbesondere unklar, in welchem Umfang Rechtsgrundsätze wie der Vorrang, die AETR-Grundsätze, das Subsidiaritätsprinzip und die besonderen Ausformungen der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EGV auch für ein Handeln der Europäischen Union in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und bei der Zusammenarbeit in Strafsachen gelten². Vor diesem Hintergrund beziehen sich die nachfolgend entwickelten allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit grundsätzlich nur auf den Anwendungsbereich des EG-Vertrags. Ihre Anwendbarkeit mutatis mutandi auf die Formen von Ungleichzeitigkeit in der zweiten und dritten Säule ist bedingt durch die Übertragbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder vertraglichen Bestimmungen, die den allgemeinen Regeln jeweils zu Grunde liegen. Soweit die zweite und die dritte Säule sich den Regelungen des Gemeinschaftsrechts annähern, gilt dies für die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit entsprechend. Nach dem Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents sollen die bisherigen Säulen endgültig unter dem Dach einer gemeinsamen Rechtspersönlichkeit zusammengeführt werden.

Einrichtung, Zuständigkeit und Struktur der europäischen Institutionen sind eine zentrale Erfolgsbedingung der europäischen Integration. Zunächst wird daher gefragt, nach welchen allgemeinen Regeln die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union eingebettet sind (Kapitel 7). Ein Charakteristikum der europäischen Rechtsordnung ist die Geltung spezifischer europarechtlicher Grundprinzipien wie des Subsidiaritätsprinzips oder des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Es muss daher untersucht werden, ob diese Grundprinzipien auch bei Ungleichzeitigkeit uneingeschränkt gelten oder im Lichte von Ungleichzeitigkeit eine modifizierende Auslegung erfahren (Kapitel 8). Im Bereich der Außenvertretung kommt der Einheitlichkeit des Auftretens eine besondere Bedeutung zu. Bei Ungleichzeitigkeit ist diese nach allgemeinen Regeln aber nur bedingt gewährleistet (Kapitel 9). Abschließend ist aufzuzeigen, in welchem Umfang völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten als Sonderform von Ungleichzeitigkeit nach den allgemeinen Regeln des Europarechts zulässig sind (Kapitel 10). Ungleichzeitigkeit erfordert in einigen Fällen eine modifizierte Betrachtung der hergebrachten Regeln der europäischen Rechtsordnung. Gleichwohl zeigen die nachfolgenden Überlegungen, dass Ungleichzeitigkeit kein Fremdkörper in der europäischen Rechtsordnung, sondern aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts in diese integriert ist.

² Siehe speziell zur dritten Säule die Überlegungen in Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.) und zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik Kapitel 5 (S. 151 ff.).

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-Organe für ungleichzeitiges Europarecht gebraucht und geht somit weiter als Art. 3 I EUV, der den Begriff auf die säulenübergreifende Zuständigkeit der EG-Organe 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 eine 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*, Différenciation, 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 – *Faccini 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. – *Kloppenburg* 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 Brüggge*.

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 angenommen 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. Thiery*, *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.

Kapitel 8

GRUNDPRINZIPIEN DES EUROPARECHTS

Einer der wichtigsten rechtsdogmatischen Entwicklungsschritte der europäischen Verfassungsgeschichte war die Annahme der „Eigenständigkeit“ der europäischen Rechtsordnung als einer „aus einer autonomen Rechtsquelle fließende(m) Recht“¹. Diese Annahme liegt der unmittelbaren Anwendbarkeit und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu Grunde und ist bis heute ein Baustein der Qualifizierung der europäischen Verträge als einer Verfassung im Rechtssinn². Als überstaatliche Rechtsordnung umfasst das Gemeinschaftsrecht eine Vielzahl eigener Prinzipien und Grundsätze, die es von den meisten nationalen Rechtsordnungen unterscheidet. Da die Auslegung dieser Grundprinzipien bislang von der gleichzeitigen Geltung des Europarechts ausging, erfordert die Existenz von Ungleichzeitigkeit teilweise eine modifizierte Betrachtung. Eine besondere Bedeutung besitzt die Wechselwirkung von Ungleichzeitigkeit mit den europarechtlichen Grundprinzipien der Einheit der Rechtsordnung, der Unionstreue, eines möglichen „Verfassungskerns“ Binnenmarkt, des Subsidiaritätsprinzips und des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dies führt zur Frage, welches Verhältnis zwischen Ungleichzeitigkeit und der Formel des *acquis communautaire* besteht und ob es ein eigenes Grundprinzip der Ungleichzeitigkeit gibt.

Die „Grundprinzipien“ des Europarechts sind hierbei keine einheitliche Kategorie. Vielmehr handelt es sich teils um Rechtsprinzipien mit eigenständigen Rechtsfolgen und teils um verfassungspolitische Strukturprinzipien, die die europäische Rechtsordnung beschreiben und systematisieren. Die nachfolgende Untersuchung basiert insbesondere nicht auf der Annahme, dass alle oder einige der untersuchten Grundprinzipien zu einem änderungsfesten Kernbestand der europäischen Verträge gehören. Die untersuchten Grundprinzipien entfalten keine zwingenden Vorgaben für die Gestaltung von Vertragsänderungen und stehen in der Normenhierarchie nicht über den speziellen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit, die mithin nicht etwa als „vertragswidriges Vertragsrecht“ unangewandt bleiben müssen³. Anstelle eines hierarchischen Vorrangs erfordert allenfalls der systematische Auslegungsgrundsatz der „Einheit der Verfassung“ einen Ausgleich potentieller Widersprüche zwischen dem herkömmlichen Verständnis europarechtlicher Grundprinzipien und den neuen Bestimmungen zu Ungleichzeitigkeit. Diese wechselseitig modifizierende Interaktion von Ungleichzeitigkeit

¹ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

² Hierzu Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

³ Allgemein zu der regelmäßig verneinten Frage, ob es einen änderungsfesten Kernbestand europarechtlicher Grundsätze gibt und welche Prinzipien diesem gegebenenfalls zuzurechnen sind R. Bieber, *Limites*, RMC 1993, 343; H. Gaudin, *Hierarchie*, RTD eur. 35 (1999), 1; M. Heintzen, *Hierarchisierungsprozesse*, EuR 1994, 35; M. Kaufmann, *Selbstbindung*, Der Staat 36 (1997), 521; C. Koenig/M. Pechstein, *Vertragsänderung*, EuR 1998, 130; H. Hofmann, *Normenhierarchien* (2000); J. Gerkerath, *Émergence* (1997), S. 176 ff.; U. Di Fabio, *Remarks*, CML Rev. 39 (2002), 1289/1291 f. und C. Delcourt, *Acquis*, CML Rev. 38 (2001), 829/841 ff. Speziell im Hinblick auf die Ungleichzeitigkeit des Sozialabkommen A. Kliemann, *Sozialintegration* (1997), S. 195 ff. Der Gerichtshof hat bislang eine Begrenzung der Handlungsfreiheit der Organe durch einzelne Grundprinzipien nur bei der Ausübung primärrechtlicher Zuständigkeiten angenommen. Hierbei bestand regelmäßig ein Zusammenhang mit der Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen; näher Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.); Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.) und Kapitel 12 II 1 (S. 359 ff.).

und Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung ist im Einzelnen zu untersuchen. Aus der Weite des Untersuchungsgegenstands ergibt sich die notwendige Beschränkung der jeweiligen Darlegungen auf den besonderen Aspekt der Ungleichzeitigkeit.

I Einheit der Rechtsordnung

In ihrer viel beachteten Analyse des Vertrags von Maastricht über „a Europe of bits and pieces“ beklagt *Curtin* im Hinblick auf die Säulenstruktur und Ungleichzeitigkeit ein drohendes „constitutional chaos“, dessen „potential victims are the cohesiveness and the unity and the concomitant power of a legal system painstakingly constructed over the course of some 30 odd years.“⁴ Auch *Weatherhill* betrachtet die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit als „blatant assault on at least one cherished, though perhaps exaggerated, orthodoxy of European Community law, its uniformity of application“⁵ und *Constantinesco* bedauert die Gefährdung der „principes d’unité et d’uniformité que la logique de la coopération renforcée contredit par nature“⁶. Ist diese Kritik gerechtfertigt?

1 Ungleichzeitiges Europarecht

Als Ausgangspunkt sei hervorgehoben, dass ungleichzeitiges Europarecht ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung ist und nicht etwa eine besondere Form der völkerrechtlichen Kooperation der *ins* außerhalb der Verträge darstellt, deren Regelungen in analoger Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze ausgelegt werden und an die die Gemeinschaftsorgane entliehen sind. Ungleichzeitiges Europarecht unterscheidet sich insoweit von den in Kapitel 6 besprochenen völkerrechtlichen Verträgen einiger Mitgliedstaaten. Auch wenn diese völkerrechtliche Verträge eine zusätzliche überstaatliche Integrationsebene schaffen, an der ebenso wie bei Ungleichzeitigkeit nicht alle Mitgliedstaaten teilhaben, stehen sie doch außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Ungleichzeitiges Europarecht ist dagegen ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung.

Ungleichzeitiges Europarecht wird im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit ebenso wie im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in der Währungsunion und der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik auf der Grundlage der einschlägigen vertraglichen Kompetenznormen nach Maßgabe der jeweiligen Verfahrensvorschriften angenommen. Das auf diese Weise angenommene ungleichzeitige Europarecht unterliegt den materiellrechtlichen Vorgaben der Verträge und entfaltet grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen wie entsprechendes gleichzeitiges Europarecht im Rahmen des EG- oder EU-Vertrags. Im Unterschied zu seinem gleichzeitigen Geschwisterrecht ist der geographische Geltungsbereich des ungleichzeitigen Europarechts freilich begrenzt und es müssen zusätzlich die besonderen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit beachtet werden. Diese sind jedoch nicht nur ein formaler Bestandteil des europäischen Primärrechts, sondern auch inhaltlich so ausgestaltet,

⁴ *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/67.

⁵ *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 22.

⁶ *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/758. Kritisch auch *G. Gaja*, *Flexibility*, CML Rev. 35 (1998), 855/857: Amsterdam „has introduced what one may call a principle that derogates from the traditional canon of unity and uniformity of Community law“; *C. Lyons*, *Court*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 109: „EC law had a special mode of reasoning, relating to ALL Member States and national courts, and this is now affected by the changes in terms of the specific closer cooperation and the general system of flexibility... (I)t constituted the uniqueness of the supranational system which risks being eroded by the ToA closer cooperation changes.“

dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in einem einheitlichen institutionellen und rechtlichen Verfassungsrahmen zusammengeführt werden, der die europäische Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit trägt⁷.

Soweit ersichtlich, vertritt einzig *von Buttlar* eine andere Auffassung. In offenbar bewusster Umgehung einer abschließenden Festlegung begreift er eine verstärkte Zusammenarbeit als „Mini-Gemeinschaft“ mit eigener Rechtspersönlichkeit, welche sich „eng an die Gemeinschaft anlehn(t), nämlich ihre Entscheidungsstrukturen weitgehend übernehmen muss“ und an welche die „Mutter-Gemeinschaft“ durch die Annahme eines Grundbeschlusses „einen Teil ihrer Kompetenzen“ – wenn auch nicht unwiderruflich – „abgetreten (hat)“⁸. Die Argumentation *von Buttlars* gründet in erster Linie auf dem Wortlaut der Verträge⁹ und dem andernfalls deklaratorischen Charakter der Mehrzahl der „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit. Darüber hinaus unterstellt er einen vermeintlichen Willen der Mitgliedstaaten, als „Herren der Verträge“ die Kontrolle über Ausmaß und Zielrichtung einer verstärkten Zusammenarbeit zu bewahren¹⁰. Diese Argumente haben *Hanf*, *Becker* und *Tuyschaever* bereits überzeugend zurückgewiesen¹¹. Tatsächlich ist der Wortlaut des Art. 43 EUV mit seiner Ausrichtung auf den Kooperationswille der *ins* unglücklich formuliert, weil er eine intergouvernementale Ausrichtung der verstärkten Zusammenarbeit suggeriert¹². Dies ändert jedoch nicht den Umstand, dass Ungleichzeitigkeit von den europäischen Institutionen nach Maßgabe der jeweiligen Vertragsbestimmungen begründet und fortentwickelt wird. Inhalt und Ausrichtung von Ungleichzeitigkeit sind vertraglich determiniert und obliegen gerade nicht den spontanen Präferenzen der kooperationswilligen Mitgliedstaaten.

Man kann die Mitgliedstaaten insoweit als „Herren der Verträge“ betrachten, als sie über Umfang und Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen entscheiden, weil der Gemeinschaft keine Kompetenz-Kompetenz zukommt¹³. Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in

⁷ Hierzu auch zusammenfassend Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

⁸ *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/683 ff. Auch die Äußerungen *Hatjes* können in diesem Sinn interpretiert werden, wenn er ohne nähere Erörterung eine verstärkte Zusammenarbeit ganz allgemein als „Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den beteiligten Mitgliedstaaten, das zumindest funktionell einer Organleihe ähnlich ist“ bezeichnet und in deren Rechtsakten „sekundäres Sonderrecht“ sieht; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 23 und 26. Ohne nähere Spezifizierung auch *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/292: „(L)es institutions communautaires sont mises au service de la coopération renforcée.“

⁹ *Von Buttlar* ebd. 683 f. unter Verweis auf Art. 43 EUV: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, können die in diesem Vertrag vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen...“

¹⁰ Siehe *von Buttlar* ebd. 683 ff. sowie die abgrenzenden Darlegungen bei *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 237 ff. und *D. Hanf*, *Differentiation* (2002), S. 305 f.

¹¹ Zusammenfassend *Hanf* ebd. 305 f.: „Systematic reasons provide strong support for the qualification of closer cooperation within the Treaty as Community action“ und „the arguments supporting the qualification of closer cooperation *inter muros* as Community acts prevail against *Organleihe*-based reasoning.“ Ohne endgültige Festlegung auch *Tuyschaever* ebd. 240: „Notwithstanding the fact that there is no definitive answer currently available, it seems as if the negotiators of the Treaty of Amsterdam have tried to prevent as far as possible a single constitutional framework, and hence that the authorization of closer cooperation must not be taken to imply an irreversible transfer of competence to a distinct entity ... entrusted with its own legal personality and potentially liable at the international level.“ Die Annahme einer Organleihe weist überzeugend zurück *U. Becker*, *Differenzierungen*, EuR Beih. I/1998, 29/47, wenn er darauf verweist, dass unter Organleihe „herkömmlicherweise verstanden wird, dass die Organe eines Rechtsträgers für einen anderen tätig werden..., durch die (verstärkte Zusammenarbeit) aber kein neuer Rechtsträger entsteht.“

¹² Näher Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

¹³ Siehe auch Kapitel 10 II 1 (S. 299 ff.).

die europäische Rechtsordnung steht hierzu aber nicht im Widerspruch. Im Gegenteil: Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit wurden aufgrund einer Vertragsänderung in das europäische Primärrecht eingefügt und von allen Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften angenommen. Die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des ungleichzeitigen Europarechts beruht somit auf derselben legitimatorischen Grundlage wie jede andere Regelung des europäischen Primärrechts. Wenn der Vertragsgeber hierbei in den „zehn Geboten“ der verstärkten Zusammenarbeit allgemeine europarechtliche Prinzipien deklaratorisch bekräftigte, kann man dies auch als politisch motivierte Rückversicherung rechtlicher Selbstverständlichkeiten werten. Hiernach kann der deklaratorische Charakter der „zehn Gebote“ auch als Argument für die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in die einheitliche europäische Rechtsordnung verstanden werden¹⁴. Mit der nahezu einhelligen Auffassung der Literatur ist der außervertragliche Charakter von ungleichzeitigem Europarecht daher zurückzuweisen¹⁵. Stattdessen ist die integrale Einbindung von Ungleichzeitigkeit in die europäische Rechtsordnung hervorzuheben. In den Worten *Torrents*:

„The European Community is normally a ‘Community integrating all Member States’ and, sometimes, a ‘Community integrating not all Member States’, but it is always the European Community.”¹⁶

2 Einheitliche Geltung – einheitliche Anwendung – effet utile

In ihren eingangs zitierten Äußerungen warnen *Curtin*, *Weatherhill* und *Constantinesco* vor einem Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und der „Einheit der Rechtsordnung“¹⁷. Die Bewertung dieser Warnung erfordert eine differenzierte Betrachtung des Grundprinzips der Einheit der Rechtsordnung. Insbesondere sollte die Einheit der Rechtsordnung nicht mit der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten gleichgesetzt werden und

¹⁴ Hierzu Kapitel 2 III (S. 62 ff.). Diese Sicht konzipiert als Möglichkeit auch *von Buttlar* ebd. 684.

¹⁵ *Von Buttlar* ebd. 683 selbst weist darauf hin, dass die fehlende Erörterung der Problematik durch die meisten Autoren als Beleg für die Annahme des europarechtlichen Charakters der verstärkten Zusammenarbeit zu deuten ist. Ausdrücklich unterstützen den europarechtlichen Charakter der verstärkten Zusammenarbeit *J. Weatherhill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 26: „form of binding Community law for some Member States“; *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/53: „Gemeinschaftsrecht“; *R. Barents*, Nice, MJ 8 (2001), 121/130: „the use of the flexibility clauses is entirely a matter of Community law procedures and secondary Community law“; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/171 f.: „también habrán de utilizarse los instrumentos jurídicos comunitarios... Lo que significa que, formal y jurídicamente, serán actos como los comunitarios“; *W. Hummer/W. Obwexer*, Nizza (2001), S. 38: „die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten (befinden sich) diesbezüglich in derselben Lage ... wie gegenüber gewöhnlichem Gemeinschaftsrecht“; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 122: „gemeinschaftsrechtlicher Natur“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/866: „acts pertaining to Community law“; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 61: „forms part of secondary law“; *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/73: „droit communautaire ou de l’Union, mais dont le champ d’application serait restreint aux États y participant“; *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/5: „C’est bien à l’intérieur du système communautaire que s’ouvre cette forme d’action collective des États membres“; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 22: „sekundäres Gemeinschaftsrecht mit eingeschränktem räumlichen Geltungsumfang“; *R. Torrent*, ECB, CML Rev. 36 (1999) 1229/1233: „In the field under discussion, no provision of the Treaties creates a ‘constellation’ (be it called ‘euro area’ or something else) different from individual Member States, on the one side, and the European Community, on the other“. *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/102 betonen in Anlehnung an die NATO-Terminologie für *Combined Joint Task Forces*, dass das Recht der verstärkten Zusammenarbeit „separate but not separable“ sei.

¹⁶ *R. Torrent*, ECB, CML Rev. 36 (1999) 1229/1233.

¹⁷ Oben Fn. 4 ff. (S. 234).

etwa argumentiert werden, dass wegen der fehlenden einheitlichen Geltung ungleichzeitigen Europarechts in allen Mitgliedstaaten auch die einheitliche Anwendung hinfällig sei. Bei gleichzeitigem Europarecht sind die gemeinschaftsweit einheitliche Geltung und seine einheitliche Anwendung zwei Seiten derselben Medaille. Bei ungleichzeitigem Europarecht ist der räumliche Geltungsbereich dagegen beschränkt. Es besteht insoweit keine gemeinschaftsweite Geltung. Gleichwohl kann man auch bei Ungleichzeitigkeit die Forderung nach der einheitlichen Anwendung innerhalb des beschränkten Geltungsbereichs erheben. Dieser Gedankengang gilt entsprechend für den Grundsatz des *effet utile*. Bei Ungleichzeitigkeit bezieht sich die Forderung nach dem *effet utile* nicht auf die gesamte Gemeinschaft, sondern auf den geographischen Geltungsbereich des ungleichzeitigen Europarechts. Innerhalb dieses begrenzten Geltungsbereichs greift die Forderung nach dem *effet utile* in gleicher Weise wie bei gleichzeitigem Europarecht.

Dies bedeutet konkret, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die auf Erwägungen der einheitlichen Anwendung oder des *effet utile* gründet, bei Ungleichzeitigkeit ebenso Anwendung findet wie bei Gleichzeitigkeit. Ungleichzeitiges Europarecht ist insofern so auszulegen, als ob die *outs* der Gemeinschaft gar nicht angehörten. Dies gilt etwa für die unmittelbare Anwendung und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof mit der Gefahr einer „verschiedene(n) Geltung“ des Gemeinschaftsrechts und der Notwendigkeit ihrer „volle(n) Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten“ begründete¹⁸. Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Staatshaftungsansprüchen¹⁹, der Begrenzung der nationalen Verfahrensautonomie bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht²⁰ und dem Verwerfungsmopol des Gerichtshofs für Sekundärrecht²¹ findet hiernach bei Ungleichzeitigkeit ebenso Anwendung wie bei Gleichzeitigkeit. Diese Auflistung ist nicht abschließend und illustriert doch die integrale Einbettung des ungleichzeitigen Europarechts in die europäische Rechtsordnung. Auch wenn das Europarecht bei Ungleichzeitigkeit nicht einheitlich in allen Mitgliedstaaten gilt, sind seine einheitliche Anwendung und sein *effet utile* gleichwohl sicherzustellen.

Vor diesem Hintergrund ist die allgemeine Kritik an einem vermeintlichen Widerspruch zwischen der Einheit der europäischen Rechtsordnung und Ungleichzeitigkeit in ihrer Pauschalität nicht gerechtfertigt. Wesentliche Ausprägungen und Stützen des Grundprinzips der Einheit der Rechtsordnung finden bei Ungleichzeitigkeit ebenso Anwendung wie bei Gleich-

¹⁸ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1269 – *Costa/E.N.E.L.*: „Gefahr für die Verwirklichung der ... Ziele des Vertrages..., wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum andern *verschiedene Geltung* haben könnte“; EuGH, Rs. 107/76, Slg. 1977, 957 Rz. 14/16 und 21/23 – *Simmethak*: „Unmittelbare Geltung bedeutet unter diesem Blickwinkel, dass die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts *ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten ...* entfalten müssen“. Siehe auch BVerfGE 73, 339/368 – *Solange II*: „Im Interesse des Vertragszwecks der Integration, der Rechtssicherheit und der *Rechtsanwendungs-gleichheit* dient sie (die Verschränkung der Rechtsordnungen und insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren, Anm. d. Verf.) einer *möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts* durch alle Gerichte im Geltungsbereich des EWG-Vertrages“ (eigene Hervorhebungen).

¹⁹ EuGH, Rs. C-6 & 9/90, Slg. 1991 I-5357 Rz. 32 – *Franco*: „volle Wirkung dieser Bestimmungen gewährleisten“.

²⁰ EuGH, Rs. 33/76, Slg. 1976, 1989 Rz. 5 – *Reue/Landwirtschaftskammer für das Saarland*: Begrenzung der nationalen Verfahrensautonomie nur durch Harmonisierungsmaßnahmen und wenn diese „die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, *praktisch unmöglich machen*“ (eigene Hervorhebung).

²¹ Zum Hauptsacheverfahren EuGH, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 Rz. 15 – *Foto Frost*: „gewährleistet werden, dass das Gemeinschaftsrecht von den nationalen Gerichten *einheitlich angewandt* wird. Dieses Erfordernis der Einheitlichkeit ist besonders zwingend, wenn die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung in Frage steht“ und zum einstweiligen Rechtsschutz EuGH, Rs. C-465/93, Slg. 1995 I-3761 Rz. 23 – *Atlanta*: „praktische Wirksamkeit des Artikels 177“ (eigene Hervorhebungen).

zeitigkeit. Gerechtfertigt erscheint die Kritik nur insoweit, als sie die fehlende einheitliche Geltung des ungleichzeitigen Europarechts in allen Mitgliedstaaten beklagt. Die Begrenzung des geographischen Geltungsbereichs des ungleichzeitigen Europarechts folgt jedoch den besonderen primärrechtlichen Normierungen zu Ungleichzeitigkeit, die ihrerseits von allen Mitgliedstaaten akzeptiert und ratifiziert wurden. Die Kritik beruht damit in erster Linie auf verfassungspolitischen Erwägungen. Solange man das Gebot der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten nicht zu einem änderungsfesten Kern der europäischen Rechtsordnung zählt, folgt hieraus keine Einschränkung der Formen von Ungleichzeitigkeit – etwa im Sinn einer notwendigen zeitlichen Begrenzung von Ungleichzeitigkeit oder der Annahme von vertragswidrigem Vertragsrecht²². Allenfalls die vertragsimmanente Auslegung im Licht des systematischen Auslegungsgrundsatzes der „Einheit der Verfassung“ kann in Einzelfällen zu einer modifizierten Interpretation einzelner Vertragsbestimmungen führen. Hierauf ist im Hinblick auf verschiedene Einzelaspekte gesondert einzugehen.

3 Kohärenzgebot

Die Einheit einer jeden Rechtsordnung erfordert Regeln über die Interaktion verschiedener Normen mit einem gleichen oder ähnlichen Regelungsgegenstand. Dies ist bei Ungleichzeitigkeit nicht anders. Bei Ungleichzeitigkeit könnte hierbei dem Verhältnis von ungleichzeitigem Europarecht und gleichzeitigen Rechtsakten eine besondere Bedeutung zu. Im Idealfall besteht ein kohärentes Gesamtsystem, welches das ungleichzeitige und gleichzeitige Europarecht harmonisch zusammenführt. Gibt es allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit, die eine solche „kohärente“ Einbindung von Ungleichzeitigkeit in die europäische Rechtsordnung bewirken? Allgemein kann man, nicht nur im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit, verschiedene Abstufungen der Kohärenz unterscheiden: Anforderungen der Kohärenz reichen vom Gebot einer Vermeidung „negativer“ politischer Widersprüche, etwa zwischen der agrarpolitischen Förderung des Tabakanbaus und gesundheitspolitischen Zielen, bis zur „positiven“ Verfolgung gemeinsamer Zielvorgaben, etwa durch die parallele Förderung von Umweltschutz und Freihandel. Während die Beachtung von derartigen negativen oder positiven Kohärenzgeboten regelmäßig dem politischen Entscheidungsprozess überlassen ist, bewirken rechtliche Kollisionsregeln über das Verhältnis verschiedener Rechtsakte eine Hierarchisierung, die bestimmten Rechtsakten im Konfliktfall Vorrang vor anderen einräumt²³.

²² Zur Annahme, dass die in diesem Kapitel erörterten Grundprinzipien nicht zu einem änderungsfesten Bestandteil der europäischen Verträge gehören oben Fn. 3 (S. 233). Im Ergebnis teilweise anders jedoch *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 229 ff. Ihr Verweis auf das Gutachten EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 11 f. – *Stillegungsfonds Binnenschiffahrt* und seine Feststellung, dass „der – sei es auch freiwillige – vollständige Ausschluss eines bestimmten Mitgliedstaats“ oder „die einigen Mitgliedstaaten ... vorbehaltene Möglichkeit, in einem Bereich der zur gemeinsamen Politik gehört, auf ihre Beteiligung zu verzichten“ zu einer Modifikation der „inneren Verfassung der Gemeinschaft“ und einer Veränderung von „Strukturelementen der Gemeinschaft“ führe und daher unzulässig sei, lässt sich auf zwei Gründen nicht auf die vertraglich normierten Vorschriften für Ungleichzeitigkeit übertragen: (1) geht es bei gemeinschaftsrechtlicher Ungleichzeitigkeit anders als im Sachverhalt, der dem Gutachten 1/76 zu Grunde liegt, nicht um die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine internationale Organisation und, bedeutsamer, (2) betraf das Gutachten eine „gleichzeitige“ Gemeinschaftspolitik, ohne dass spezielle Vertragsnormen den Ausschluss des Stimmrechts im Rat und die Begrenzung des geographischen Geltungsbereichs normierten, wie dies bei Ungleichzeitigkeit der Fall ist.

²³ Die dreifache Abstufung ist von *A. Missiroli*, Security, EFA Rev. 6 (2001), 177/178 übernommen.

Ein Kohärenzgebot im Sinn der ersten beiden Abstufungen einer „negativen“ und „positiven“ Interaktion wird für die verstärkte Zusammenarbeit in Art. 45 EUV positivrechtlich normiert. Hiernach stellen der Rat und die Kommission sicher, dass das Recht einer verstärkten Zusammenarbeit „untereinander sowie mit den Politiken der Union und der Gemeinschaft im Einklang steh(t).“²⁴ Schon aus der Formulierung der Vorschrift ergibt sich, dass es sich um eine Vorgabe handelt, deren Beachtung in erster Linie den politischen Organen überantwortet ist²⁵. Die Einheitlichkeit des institutionellen Rahmens der Europäischen Union auch bei Ungleichzeitigkeit ist hierbei eine wichtige Garantie, dass das Kohärenzgebot des Art. 45 EUV auch in der Praxis beachtet wird. Insbesondere die speziellen Vorgaben der Verträge für die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit²⁶ und die grundsätzlich unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der europäischen Organe bei Ungleichzeitigkeit dienen insofern als eine prozedurale Sicherung des Kohärenzgebots²⁷. Allenfalls in Ausnahmesituationen wie der Begründung zweier widersprüchlicher verstärkter Zusammenarbeiten mit jeweils weniger als der Hälfte der Mitgliedstaaten zu demselben Gegenstand kommt eine richterliche Anwendung des Art. 45 EUV und die Nichtigkeitsklärung der entsprechenden Grundbeschlüsse in Betracht²⁸.

Die Einführung des ausdrücklichen Kohärenzgebots des Art. 45 EUV durch den Vertrag von Nizza war wesentlich motiviert durch die Erstreckung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik²⁹. Die Auslegung des Art. 45 EUV kann der Literatur zum allgemeinen Kohärenzgebot des Art. 3 II EUV daher wichtige Gedanken entlehnen und diese auf die Interaktion zwischen ungleichzeitigem und gleichzeitigem Europarecht übertragen³⁰. Wie die meisten „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit ist auch Art. 45 EUV im Kern eine deklaratorische Widergabe allgemeiner europarechtlicher Grundsätze. Aus der Verpflichtung aller Mitgliedstaaten auf die Vertragsziele folgt in Verbindung mit der Unionstreue nach Art. 10 EGV ein allgemeines Kohärenzgebot, das die ungleichzeitig handelnde Gemeinschaft verpflichtet, sicherzustellen, dass das ungleichzeitige Europarecht untereinander und mit den Politiken der Union und der Gemeinschaft im Einklang steht. Die kohärente Einbindung des ungleichzeitigen Europarechts in die europäische Rechtsordnung umfasst hiernach als allgemeine Regel alle Formen von Ungleichzeitigkeit und ist nicht auf die verstärkte Zusammenarbeit und Art. 45 EUV beschränkt. Verwirklicht wird dies allgemeine Gebot politischer Kohärenz in erster Linie durch die unveränderte Zuständigkeit der europäischen Organe bei Ungleichzeitigkeit.

²⁴ Entsprechend nunmehr Art. III-329 VVE-E.

²⁵ Art. 45 EUV: „Der Rat und die Kommission stellen (die Kohärenz) sicher ... und arbeiten entsprechend zusammen“ (eigene Hervorhebung).

²⁶ Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

²⁷ Zu den Verfahrensbestimmungen der verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 II (S. 47 ff.) und zum einheitlichen institutionellen Rahmen bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 (S. 205 ff.). Allgemein betonen den Zusammenhang zwischen Kohärenzgebot und einheitlichem institutionellen Rahmen H.-J. Glaesner, Einheitlich, in: Regelsberger (1993), S. 69; T. Wiedmann, Nizza, EuR 2001, 185/210 und X. Pons Rafols, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/161.

²⁸ Siehe schon Kapitel 2 III 7 (S. 72 f.).

²⁹ So unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte ausdrücklich S. Rodrigues, Nice, RMC 2001, 11/14; K. Bradley, Nice, CML Rev. 38 (2001), 1095/1115; F.J. Quel López, Espacio, Rev.der.com.eur. 2001, 117/137 und Pons Rafols ebd. 161.

³⁰ Näher zu Art. 3 II EUV etwa A. Missiroli, Security, EFA Rev. 6 (2001), 177; J. Monar, Dual, in: Regelsberger (1993), S. 75; P.-C. Müller-Graff, Kohärenzgebot, in: Regelsberger (1993), S. 53 und P. Koutrakos, Foreign (2001), S. 39-47.

Schwieriger gestaltet sich die Antwort auf die Frage nach der Existenz einer rechtlichen Hierarchisierung zwischen gleichzeitigem und ungleichzeitigem Europarecht im Sinn der dritten eingangs aufgeführten Abstufung des Kohärenzgebots. Derartige rechtliche Kollisionsregeln besitzen bei der verstärkten Zusammenarbeit eine besondere Bedeutung, da die verstärkte Zusammenarbeit eine ungleichzeitige Wahrnehmung von Kompetenzen erlaubt, die ansonsten von allen Mitgliedstaaten gleichzeitig ausgeübt werden. Gibt es allgemeine Regeln des Europarechts für mögliche Kollisionen von ungleichzeitigem und gleichzeitigem Europarecht über denselben Regelungsgegenstand: Verdrängt insbesondere die Annahme einer verstärkten Zusammenarbeit früheres Europarecht als *lex posterior*, soweit dieses in Teilbereichen denselben Regelungsgegenstand besitzt wie die verstärkte Zusammenarbeit?

Eine verstärkte Zusammenarbeit ist nach Art. 43 lit.c EUV nur zulässig, soweit sie „den Besitzstand der Gemeinschaft und die nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen der genannten Verträge getroffenen Maßnahmen beachtet.“³¹ In dieser besonderen Anordnung ist mit *Becker* und *Hatje* eine Ausnahme von der *lex posterior*-Regel zu sehen³². Ein Grundbeschluss über die Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit und die Annahme ungleichzeitiger Sekundärrechtsakte in dessen Rahmen sind mit Art. 43 lit.c EUV nur vereinbar, wenn der bestehende gleichzeitige Besitzstand als *lex anterior* beachtet wird. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung kann im Konfliktfall durch den Gerichtshof überprüft werden. Früheres gleichzeitiges Europarecht verdrängt späteres ungleichzeitiges Europarecht über denselben Gegenstand. Geschützt ist hierbei nicht nur der Stand der Gemeinschaftsrechtsentwicklung bei der Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit, sondern auch dessen Fortentwicklung durch die spätere Änderung gleichzeitigen Gemeinschaftsrechts³³. Eine nachträgliche Ungleichzeitigkeit kann nur durch die formelle Aufhebung des gleichzeitigen Rechtsakts und die nachfolgende Verabschiedung eines Grundbeschlusses zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit begründet werden³⁴.

Art. 43 lit.c EUV gibt jedoch keine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen einer ungleichzeitigen *lex anterior* und einer gleichzeitigen *lex posterior*, die nach der Begründung der verstärkten Zusammenarbeit angenommen wird. In der Literatur werden hierzu zwei Auffassungen vertreten: Teilweise wird eine Spezialität der Vorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit angenommen; der Weg zur Herstellung von Gleichzeitigkeit sei die Teilnahme der *outs* an der verstärkten Zusammenarbeit nach Maßgabe der jeweiligen Verfahren³⁵. Alternativ wird teilweise argumentiert, dass die Verabschiedung eines gleichzeitigen

³¹ Wenn neben dem „Besitzstand der Gemeinschaft“ auf die „nach Maßgabe der sonstigen Bestimmungen der genannten Verträge getroffenen Maßnahmen“ abgestellt wird, meint dies Maßnahmen aufgrund des EU-Vertrags. Diese sind begrifflich kein Besitzstand *der Gemeinschaft* und von einer verstärkten Zusammenarbeit in der zweiten und dritten Säule zu beachten. Art. III-322 VVE-E verpflichtet die verstärkte Zusammenarbeit nunmehr auf die Achtung der Verfassung und des „Rechts der Union“.

³² *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/53; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 24. Anders *Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke*, Art. 43 EUV Rn. 6 sowie Art. 44 Rn. 7. Die Regelung des Art. 43 lit.c EUV ist nicht deklaratorisch, da im Europarecht grundsätzlich der *lex posterior*-Grundsatz gilt; dagegen sprechen von einer Selbstverständlichkeit des Art. 43 lit.c EUV *N. Arndt*, Flexibilität, in: *Scholz* (1999), S. 184; *M. Coen*, Abgestufte, EuZW 1995, 50/52 und *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/862: „almost superfluous“.

³³ Ebenso *Léger-I. Pingel-Lenuzza*, Art. 11 EGV Rn. 7: Schutz auch von „les actions à venir“. Allenfalls bei Änderungen, die im Ergebnis eine sachliche Neuregelung eines zuvor nicht regulierten Sachgebiets sind, endet der Vorrang des gleichzeitigen *lex anterior*.

³⁴ Hierzu Kapitel 8 I 5 (S. 244 ff.).

³⁵ So, ohne abschließende Entscheidung, *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/74 f.: „Le déclen-

Rechtsakts die verstärkte Zusammenarbeit überlagere und implizit beende³⁶. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte in der Praxis der erste Weg beschritten werden. Da das Verfahren zur Teilnahme der *outs* an einer verstärkten Zusammenarbeit „beitrittsfreudig“ ausgestaltet ist, bedeutet dies keine prozedurale Erschwernis der Herstellung von Gleichzeitigkeit, sondern erleichtert diese im Gegenteil³⁷. Im Konfliktfall wird der Gerichtshof mögliche „grey areas that overlap between full Community cooperation and closer Member State cooperation“³⁸ einer höchstrichterlichen Klärung zuführen und dabei durch klare Kollisionsregeln die Einheit der europäischen Rechtsordnung sichern.

4 Rückgriff auf eine gleichzeitige Rechtsgrundlage?

Die vorstehenden Überlegungen beziehen sich auf das Verhältnis zwischen einer ungleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung und einer gleichzeitigen Rechtsetzung über denselben Sachgegenstand. Im Verhältnis dieser beiden Rechtsakte besitzt die gleichzeitige Regelung grundsätzlich Vorrang vor der ungleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung. Zusätzlich stellt sich die Frage nach der Abgrenzung der Rechtsgrundlagen für die Annahme eines einzigen Rechtsakts, wenn *prima facie* zwei oder mehrere Rechtsgrundlagen gleichermaßen einschlägig sind. Eine besondere Brisanz besitzt die Abgrenzung der Rechtsgrundlagen, wenn eine Rechtsgrundlage nur eine ungleichzeitige Rechtsetzung zulässt, während eine andere Rechtsgrundlage eine gleichzeitige Regelung für alle Mitgliedstaaten ermöglicht. Nach welchen allgemeinen Regeln des Europarechts erfolgt hier die Abgrenzung zwischen gleichzeitigen und ungleichzeitigen Rechtsgrundlagen? Die Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Abgrenzung von Rechtsgrundlagen und die entsprechenden Überlegungen der Literatur sollen aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht Gegenstand der Untersuchung sein. Die Darlegung konzentriert sich vielmehr auf den Aspekt der Ungleichzeitigkeit³⁹.

Ein Blick auf die Praxis beim Sozialabkommen illustriert die Problematik. Nach der politischen Verständigung auf die gleichzeitige „Vergemeinschaftung“ des Sozialabkommens in den späteren Art. 136 ff. EGV wollte das Vereinigte Königreich mit der Beteiligung an dem Sekundärrecht aufgrund des Sozialabkommens nicht bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam warten⁴⁰. Vielmehr nahmen die Staats- und Regierungschef in Amsterdam „mit großer Genugtuung davon Kenntnis, dass das Vereinigte Königreich bereit ist, den Richtlinien, die bereits gemäß diesem Abkommen verabschiedet worden sind, und den Richtlinien, die vielleicht noch vor dem Inkrafttreten des neuen Vertrags angenommen werden, zuzustimmen. Der Europäische Rat stellt fest, dass noch vor der Unterzeichnung des Vertrags von

chement d'une coopération renforcée pourrait avoir pour conséquence de conférer tant aux participants qu'aux non-participants le droit de ne plus être amenés à négocier dans le cadre des Quinze... (L)e seul moyen pour les États restés en dehors de la coopération renforcée de reprendre part à la discussion serait de participer à cette coopération et d'adhérer à son acquis éventuel, en suivant la procédure prévue à cet effet.“

³⁶ So insbesondere *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/685 f.

³⁷ In der ersten Säule entscheidet die Kommission eigenständig und in der dritten Säule wird der Aufschluss unterstellt, wenn der Rat das Gesuch nicht mit qualifizierter Mehrheit zurückstellt. Anders als bei der Neuannahme eines gleichzeitigen Rechtsakts muss somit im Rat keine qualifizierte Mehrheit erreicht werden; Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

³⁸ *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/115.

³⁹ Siehe zur Abgrenzung von Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht etwa die Übersicht bei *D. Hanf*, Differentiation (2002), S. 309 ff.; *S. Breier*, Rechtsgrundlage, EuR 1995, 46 oder *I. Pernice*, Umwelt- und Technikrecht, Die Verwaltung 1989, 1.

⁴⁰ Allgemein zum Sozialabkommen bereits Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

Amsterdam Mittel und Wege gefunden werden müssen, um den diesbezüglichen Anliegen zu rechtlicher Wirksamkeit zu verhelfen.⁴¹ In Umsetzung dieser Vorgabe nahm der Rat auf Vorschlag der Kommission zwei Richtlinien auf Grundlage des heutigen Art. 94 EGV an, deren Regelungsgehalt sich darin erschöpfte, den Anwendungsbereich zweier früherer Richtlinien aufgrund des Sozialabkommens auf das Vereinigte Königreich zu erstrecken⁴². Als nach der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam und vor dessen Inkrafttreten zwei weitere Richtlinien angenommen wurden, wurde dies Verfahren wiederholt⁴³. Die rechtliche Tragfähigkeit dieser Konstruktion ist zweifelhaft.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs entfaltet die Einschlägigkeit spezieller sozialpolitischer Ermächtigungen eine Sperrwirkung gegenüber allgemeinen Kompetenznormen und schließt insbesondere einen Rückgriff auf Art. 94 f., 308 EGV aus⁴⁴. Die Annahme einer gleichzeitigen Richtlinie kann hiernach nicht auf Grundlage der Art. 94 f., 308 EGV erfolgen, sondern muss auf die jeweils besonderen Kompetenznormen gestützt werden, wenn allgemeine Regeln deren Einschlägigkeit begründen. Vor diesem Hintergrund ergeben sich im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit zwei Fragen: (1) Ist ein Rückgriff auf allgemeine Kompetenzen, insbesondere Art. 94 f., 308 EGV, mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten auch dann ausgeschlossen, wenn eine besondere Kompetenznorm nur eine ungleichzeitige Rechtsetzung ermöglicht. (2) Kann eine Anbindung der *outs* einer Ungleichzeitigkeit ebenso wie beim Sozialabkommen auf Grundlage der Art. 94 f., 308 EGV erfolgen, wenn eine ungleichzeitige Kompetenznorm im Hinblick auf einige Mitgliedstaaten vorrangig anzuwenden ist, oder besteht insoweit eine negative Sperrwirkung der Ungleichzeitigkeit, die eine Rechtsetzung mit Wirkung für die *outs* ausschließt?

Hanf hat überzeugend dargelegt, dass die Argumentationslinien, die die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Abgrenzung der Rechtsgrundlagen tragen, auf ungleichzeitige Rechtsgrundlagen übertragen werden können. Diese finden nicht nur im Hinblick auf die *ins* vorrangig Anwendung, sondern bewirken im obigen Sinn auch eine negative Sperrwirkung gegenüber den *outs*⁴⁵. Soweit ungleichzeitige Kompetenzgrundlagen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einschlägig sind, ist nach allgemeinen Regeln der Rückgriff auf eine gleichzeitige

⁴¹ Europäischer Rat in Amsterdam am 16./17.6.1997, Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

⁴² RL 45/94/EG über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrats vom 22.9.1994 (ABl. 1994 L 254, 64) wurde durch RL 74/97/EG des Rates vom 15.12.1997 (ABl. 1998 L 10, 22) auf das Vereinigte Königreich ausgeweitet. RL 34/96/EG des Rates zu einer Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub vom 3.1.1996 (ABl. 1996 L 145, 4) wurde durch RL 75/97/EG des Rates vom 15.12.1997 (ABl. 1998 L 10, 24) auf das Vereinigte Königreich erstreckt.

⁴³ RL 81/97/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit vom 15.12.1997 (ABl. 1998 L 14, 9) wurde durch RL 23/98/EG des Rates vom 7.4.1998 (ABl. 1998 L 131, 13) auf das Vereinigte Königreich ausgeweitet. Ebenso RL 80/97/EG des Rates zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung vom 15.12.1997 (ABl. 1998 L 14, 6) durch RL 52/98/EG des Rates vom 13.7.1998 (ABl. 1998 L 205, 66).

⁴⁴ In EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996 I-5755 – *Arbeitszeit* wies der Gerichtshof eine Klage des Vereinigten Königreichs gegen RL 104/93/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23.11.1993 (ABl. 1998 L 307, 18) ab, die auf den gleichzeitigen Art. 118a EWGV (1986) und nicht das parallele Sozialabkommen gestützt war. Das Vereinigte Königreich hatte Letzteres auch gar nicht verlangt, sondern für Art. 94, 308 EGV als Rechtsgrundlage plädiert. Die Spezialität der Sozialvorschriften bestätigt der Gerichtshof in Rz. 45: „Da die Richtlinie somit schrittweise anzuwendende Mindestvorschriften enthält und es nach ihrem Ziel und ihrem Inhalt ihr Hauptzweck ist, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen, wären weder Artikel 100 noch Artikel 100a eine zutreffende Rechtsgrundlage für die Richtlinie.“

⁴⁵ D. Hanf, *Differentiation* (2002), S. 317-327.

Rechtsgrundlage gesperrt. Die einschlägige Rechtsgrundlage für einen Rechtsakte ist unabhängig vom Aspekt der Ungleichzeitigkeit festzulegen. Hieraus folgt, dass die Anbindung des Vereinigten Königreichs an das Sekundärrecht aufgrund des Sozialabkommens nicht auf Grundlage des Art. 94 EGV erfolgen konnte und Nichtigkeitsklagen gegen die entsprechenden Richtlinien Aussicht auf Erfolg gehabt hätten – auch wenn diese aufgrund des politischen Konsenses über die Anbindung des Vereinigten Königreichs unterblieben⁴⁶. Die Spezialität sozialpolitischer Vorschriften sperrt den Rückgriff auf Art. 94 EGV auch dann, wenn die speziellen Normen nur eine ungleichzeitige Rechtsetzung erlauben.

Soweit die ungleichzeitigen Kompetenzgrundlagen der Wirtschafts- und Währungsunion und des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erst durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam in den EG-Vertrag eingeführt wurden, bewirkt diese Sperrwirkung im Hinblick auf die *outs* sogar eine „Verschlechterung“ ihrer Position gegenüber der früheren Rechtslage, weil der Gegenstand der ungleichzeitigen Kompetenzen zuvor teilweise aufgrund der Art. 94 f., 308 EGV mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten hätten geregelt werden können. Dies ist als Folge der Entscheidung des Vertragsgebers für Ungleichzeitigkeit jedoch hinzunehmen und kann nicht zu einem generellen Vorrang gleichzeitiger Rechtsgrundlagen entgegen der etablierten Kriterien des Gerichtshofs führen⁴⁷. Die Gleichzeitigkeit oder Ungleichzeitigkeit einer Rechtsgrundlage ist kein Argument für oder gegen deren vorrangige Anwendung. Vielmehr muss die richtige Rechtsgrundlage aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshof und den entsprechenden Überlegungen der Literatur nach allgemeinen Regeln ermittelt werden.

Konkret bedeutet dies etwa, dass die Harmonisierung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union vorrangig auf Art. 65 EGV zu stützen ist. Die Nichtgeltung dieser Vorschrift für Dänemark kann nicht durch einen Rückgriff auf Art. 95 EGV umgangen werden⁴⁸. Entsprechendes gilt für die Harmonisierung der Rechtstellung von Drittstaatsangehörigen im Binnenmarkt, die auf den ersten Blick aufgrund der gleichzeitigen Vertragsbestimmungen der Art. 42, 94 f., 136 ff. EGV oder aufgrund der ungleichzeitigen Kompetenznorm des Art. 63 EGV erfolgen kann⁴⁹. Soweit man aufgrund allgemeiner Erwägungen in Übereinstimmung mit der Praxis zu dem Ergebnis kommt, dass Art. 63 EGV nunmehr die richtige Rechtsgrundlage für die Regelung des Status von Drittstaatsangehörigen ist, wird dies Ergebnis nicht durch den Aspekt der Ungleichzeitigkeit beeinträchtigt⁵⁰.

Umgekehrt bedeutet die grundsätzliche Irrelevanz des Aspekts der Ungleichzeitigkeit für die Abgrenzung der Rechtsgrundlagen auch, dass die Anwendung einer gleichzeitigen Rechts-

⁴⁶ Diese Aussage beruht auf der Annahme, dass das Sozialabkommen wie die nachfolgend erörterten Art. 61 ff. EGV zu behandeln ist. Hinsichtlich des nunmehr rechtshistorischen Beispiels des Sozialabkommens hätte man wegen dessen völkerrechtlichen Charakters ein abweichendes Ergebnis als für „reguläre“ ungleichzeitige Kompetenzen vertreten können; Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

⁴⁷ So auch *Hanf* ebd. 324 ff. und ebenso zur Währungsunion *J. Usher*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/40.

⁴⁸ Ebenso *D. Hanf*, *Differentiation* (2002), S. 318 ff. und *O. Remien*, *Private*, CML Rev. 38 (2001), 53/72 f. Anders *J. Israël*, *Conflicts*, MJ 7 (2000), 81/90 sowie die Überlegungen bei *K. Hailbronner*, *Immigration and Asylum* (2000), S. 119 f. und *S. Peers*, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 102.

⁴⁹ Zu den gleichzeitigen Kompetenznormen der Art. 42, 94 f., 136 ff. EGV *Hailbronner* ebd. 116 ff. und *Peers* ebd. 102. Speziell zu Art. 42 EGV *E. Guild/ders.*, *Defence or Defiance?*, in: *Guild/Harlow* (2001), S. 271.

⁵⁰ Vgl. nunmehr VO 859/2003/EG des Rates vom 14.5.2003 (ABl. 2003 L 124, 1), an der das Vereinigte Königreich und Irland teilhaben. Allgemein die verschiedenen Vorschläge der Kommission auf Grundlage des Art. 63 EGV, die in der Liste im Anhang zu Kapitel 3 aufgeführt sind, und die Schlussfolgerung des Rates vom 3.12.2001, Rats-Dok. 15056/01.

grundlage nicht erfolgreich mit dem Argument zurückgewiesen werden kann, dass die Sonderposition eines Mitgliedstaats umgangen werde. Soweit einige horizontale Bestimmungen des Schengener Rechts zutreffend Art. 95, 207 EGV als Rechtsgrundlage zugewiesen wurden, ist Dänemark aufgrund der Begrenzung seiner Sonderposition auf Titel IV EGV somit an deren Weiterentwicklung zu beteiligen⁵¹. Gleichmaßen sind das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark trotz ihrer Sonderposition zwingend an außenpolitischen Maßnahmen im Bereich der Justiz- und Innenpolitik beteiligt, die nach allgemeinen Regeln zutreffend auf gleichzeitige Außenkompetenzen gestützt wurden⁵². Die Gleichzeitigkeit oder Ungleichzeitigkeit einer Kompetenzgrundlage ist in all diesen Fällen kein Argument für oder wider deren Anwendung. Diese richtet sich vielmehr nach allgemeinen Regeln unabhängig vom Aspekt der Ungleichzeitigkeit. Der zutreffende Weg zur Herstellung von Gleichzeitigkeit ist nicht der Rückgriff auf gleichzeitige Rechtsgrundlagen, sondern die Aufgabe der jeweiligen Sonderpositionen nach allgemeinen Regeln.

5 Nachträgliche Ungleichzeitigkeit?

Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in die europäische Rechtsordnung wird schließlich durch das grundsätzliche Verbot einer nachträglichen einseitigen Ungleichzeitigkeit gewährleistet. Die *outs* einer Ungleichzeitigkeit sind nach Maßgabe der jeweiligen Vertragsbestimmungen zwar nicht zur Teilnahme verpflichtet. Wenn sie sich jedoch für eine Teilnahme entscheiden, müssen sie das ungleichzeitige Sekundärrecht wie jedes andere Europarecht beachten⁵³. Die Bindung an ungleichzeitiges Europarecht umfasst auch die Teilnahme an dessen Änderung – einschließlich möglicher Blockaderechte bei einstimmigen Entscheidungen oder aufgrund von Sperrminoritäten bei Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit. Ein mehrfach gestaffeltes Integrationssystem, in dem für einzelne Mitgliedstaaten die ursprüngliche Fassung eines Beschlusses gilt, während die anderen Mitgliedstaaten an die geänderte Fassung gebunden sind, würde gegen die allgemeine Regel des Kohärenzgebots verstoßen⁵⁴.

Konkret bedeutet dies etwa, dass die Entscheidung des Vereinigten Königreichs oder Irlands für die Beteiligung an einem Sekundärrechtsakt im Anwendungsbereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch die Mitwirkung an dessen Änderung umfasst⁵⁵. Eine verstärkte Zusammenarbeit innerhalb einer verstärkten Zusammenarbeit zur Modifikation eines bereits ungleichzeitig geltenden Rechtsakts ist ebenso unzulässig wie der teilweise

⁵¹ Beschluss 436/1999/EG des Rates vom 20.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 17) wies Art. 75 f., 82, 91, 126 III, 127, 128 II Schengen II Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage zu und stützte verschiedene Beschlüsse des Schengen-Exekutivausschusses auf Art. 207 EGV. Siehe nunmehr den Vorschlag der Kommission für die Einführung eines neuen Art. 102a Schengen II hinsichtlich des Zugangs der in den Mitgliedstaaten für die Ausstellung von Zulassungsbescheinigungen für Fahrzeuge zuständigen Dienststellen zum SIS auf Grundlage des Art. 71 EGV (KOM(2003) 198). Die dänische Sonderposition ist nach Art. 5 Protokoll über die Position Dänemarks (1997) auf Titel IV EGV begrenzt.

⁵² Siehe etwa den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung eines Programms für die finanzielle und technische Hilfe für Drittländer im Migrations- und Asylbereich (KOM(2003) 124) auf Grundlage des Art. 179 I EGV sowie die Finanzierung von Maßnahmen im Bereich der Justiz- und Innenpolitik in den Kandidatenländern und der ehemaligen Sowjetunion im Rahmen der Programme PHARE und TACIS, die nunmehr auf Art. 181a EGV zu stützen sind.

⁵³ Ungleichzeitiges Sekundärrecht ist nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit unmittelbar anwendbar und besitzt Vorrang vor dem nationalen Recht; Kapitel 8 I 2 (S. 244 ff.).

⁵⁴ Hierzu bereits Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

⁵⁵ Näher Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.).

Beitritt eines *out* zu einer verstärkten Zusammenarbeit⁵⁶. Auch der umfassende oder teilweise Austritt eines *in* ist nicht vorgesehen⁵⁷. Freilich kann die Gemeinschaft einen Rechtsakt durch einen *actus contrarius* aufheben. Es besteht insoweit kein Unterschied zwischen gleichzeitigem und ungleichzeitigem Europarecht. Hiernach könnte auch das ungleichzeitige Recht einer verstärkten Zusammenarbeit einschließlich des Grundbeschlusses aufgrund der einschlägigen Rechtsetzungsverfahren rückgängig gemacht werden⁵⁸.

Wenn die Rücknahme von gleichzeitigem oder ungleichzeitigem Europarechts eine *tabula rasa* schafft, steht es der Gemeinschaft frei, die entsprechenden Gemeinschaftskompetenzen erneut auszuüben. Diese neue Kompetenzwahrnehmung kann nach allgemeinen Regeln gleichzeitig oder ungleichzeitig erfolgen. So kann ein zurückgenommener gleichzeitiger Rechtsakt durch eine verstärkte Zusammenarbeit ersetzt werden, soweit die prozeduralen und materiellrechtlichen Vorgaben der Verträge erfüllt sind. Im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kann die Aufhebung eines Rechtsakts, der auch für das Vereinigte Königreich oder Irland gilt, in einem neuen Gesetzgebungsverfahren münden, bei dem das Vereinigte Königreich und Irland erneut frei über ihre Teilnahme entscheiden können. Auf diesem Wege kann mittelbar auch eine verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit begründet werden, indem eine verstärkte Zusammenarbeit nach allgemeinen Regeln aufgehoben wird und anschließend durch zwei separate Grundbeschlüsse mit einem variierten Teilnehmerkreis ersetzt wird.

In der Praxis wurde diese komplexe Form der Rechtsetzung bislang nur im Fall des Drei-Monats-Visums angewandt. Die Annahme der VO 539/2001/EG überführte die Koexistenz einer gleichzeitigen gemeinschaftsrechtlichen Regelung mit dem ungleichzeitigen Bestimmungen des Schengener Rechts in eine einheitliche ungleichzeitige Regelung, an der das Vereinigte Königreich und Irland nicht teilhaben⁵⁹. Aufhebung der alten und Neuregelung der derselben Materie mit verändertem Anwendungsbereich gingen parallel einher. Auf den ersten Blick erscheint das Verfahren einer Rücknahme in Verbindung mit einer ungleichzeitigen Neuannahme als sehr komplex und konstruiert. Durch das Verbot einseitiger oder konsentierter

⁵⁶ Siehe zur Unzulässigkeit einer Ungleichzeitigkeit innerhalb einer verstärkten Zusammenarbeit, die nicht mit der Verpflichtung auf den – hier ungleichzeitigen – Besitzstand als Ausfluss des Kohärenzgebots vereinbar wäre, bereits Kapitel 2 II 1 c (S. 52 ff.) und Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.). Anders angedeutet bei *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/95: „Without pushing the argument to absurd extremes, to what extent do we need to consider the possibility of a pyramidal ‘flexibility *acquis*?’“ Zur Unzulässigkeit eines teilweisen Beitritts Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 33.

⁵⁷ Dies ergibt sich aus der Abwesenheit einer entsprechenden Regelung im Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit und dem Integrationsfördergebot des Art. 43 lit.a EUV. Anders Grabitz/Hilf-*H.-J. Blanke*, Art. 43b EUV Rn. 3; Grabitz/Hilf-*V. Röben*, Art. 40 EUV (1999) Rn. 21. Ebenso *Hatje* ebd. 27; *V. Constantinescu*, Coopération, RTD eur. 33 (1997), 751/758; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/372; *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/845; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/723; *Calless/Ruffert-M Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 12; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 126.

⁵⁸ Auch die Rücknahme von gleichzeitigem Gemeinschaftsrecht ist im Vertrag nicht *expressis verbis* vorgesehen, aufgrund der regulären Rechtsetzungsverfahren aber gleichwohl möglich. Ausdrücklich zur Rücknahme einer verstärkten Zusammenarbeit Grabitz/Hilf-*H.-J. Blanke*, Art. 43b EUV Rn. 4; *Thun-Hohenstein* ebd. 127; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 70; *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/55 und, ihm folgend, Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 34. Mit *Becker* und *Hatje* ebd. ist anzunehmen, dass die bloße Aufhebung des Grundbeschlusses nicht ausreicht, sondern zusätzlich die Aufhebung der im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit angenommenen ungleichzeitigen Rechtsakte erforderlich ist.

⁵⁹ Hierzu bereits Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.). Da die Mitgliedstaaten im Regelfall nicht bereit sein werden, durch die Rücknahme bestehenden Gemeinschaftsrechts mittelbar eine nachträgliche Ungleichzeitigkeit zu ermöglichen, werden derartige Formen einer nachträglichen Ungleichzeitigkeit auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

Rückschritte einzelner Mitgliedstaaten vermeidet es aber eine mehrfach gestaffelte Ungleichzeitigkeit der europäischen Rechtsordnung. Hierdurch wird ein Mindestmaß an Kohärenz und Verständlichkeit der europäischen Rechtsordnung gewahrt und einer Auffächerung des Europarechts im Sinn eines umfassenden Europa *à la carte* vorgebeugt.

II „Unionstreue“

Der rechtliche und politische Zusammenhalt der Europäischen Union wird jenseits spezieller vertraglicher Normierungen durch die allgemeine Bestimmung des Art. 10 EGV und dessen Beachtung in der Rechtspraxis gewährleistet. Dem Wortlaut nach verpflichtet Art. 10 EGV die Mitgliedstaaten, der Gemeinschaft „die Erfüllung ihrer Aufgabe (zu erleichtern)“ und alle Maßnahmen zu unterlassen, „welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten“. Auf der Grundlage dieser Bestimmung haben der Gerichtshof und die Literatur eine wechselseitige „Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit“ der Mitgliedstaaten und der europäischen Organe im Sinn einer umfassenden „Unionstreue“ begründet⁶⁰. Angesichts dieser dynamischen Fortentwicklung kann mit *Due* im Hinblick auf Art. 10 EGV von einem gemeinschaftlichen Grundprinzip der europäischen Rechtsordnung gesprochen werden, „qui dépasse de loin celle du principe *pacta sunt servanda* dans le droit international et qui se rapproche de celle du principe de droit fédéral qui, dans le droit constitutionnel allemand, s’appelle *Bundestreue*.“⁶¹ Bei Ungleichzeitigkeit spielen verschiedene Ausprägungen der „Unionstreue“ eine besondere Rolle.

Bei Ungleichzeitigkeit besteht eine Gemengelage spezifischer Interessen der *ins*, der *outs* und der gesamten Europäischen Union, die aufgrund allgemeiner Kooperations- und Rücksichtnamepflichten in einem einheitlichen Verhandlungs- und Entscheidungsprozess zusammengeführt werden sollen. Hierdurch wird sichergestellt, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration keine politische oder rechtliche Spaltung der Gemeinschaft bewirkt. Hierbei geht es um die rechtliche Versicherung eines politischen Vertrauensverhältnisses, das nur in Ausnahmefällen durch eine gerichtliche Adjudikation garantiert werden kann und daher primär der tatsächlichen Beachtung im einheitlichen institutionellen Rahmen überlassen ist. Die speziellen Ausprägungen der „Unionstreue“ bei Ungleichzeitigkeit beruhen teils auf ausdrücklichen Normierungen der Verträge und teils auf der allgemeinen Regelung des Art. 10 EGV. Der Verfassungsentwurf trägt der besonderen Bedeutung der „Unionstreue“ bei Ungleichzeitigkeit Rechnung, wenn er über den Wortlaut des heutigen Art. 10 EGV hinaus in Art. I-5 II VVE-E eine wechselseitige Loyalitätspflicht der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten normiert. Mit dem Verfassungsvertrag wird auch der Begriff der „Unionstreue“ denje-

⁶⁰ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 Rz. 38 – *Hurd*; Art. 10 EGV als „Ausdruck der allgemeinen Regel, dass den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit und Unterstützung obliegen.“ Entsprechend EuGH, Rs. C-251/89, Slg. 1991 I-2797 Rz. 57 – *Athanasopoulos*; EuGH, Rs. C-374/89, Slg. 1991 I-367 Rz. 15 – *Kommission/Belgien*; EuGH, Rs. 59/70, Slg. 1971, 639 Rz. 20/22 – *Kommission/Niederlande* und EuGH, Rs. C-213/88 & 39/89, Slg. 1991 I-5643 Rz. 29 – *Luxemburg/Parlament*. Siehe aus der Literatur etwa *W. van Gerven*, Art. 5 EC, in: F.I.D.E. XIX (2000), S. 9; *M. Blanquet*, Art. 5 C.E.E. (1994); *K. Mortelmans*, Loyalty, MJ 5 (1998), 67; *A. von Bogdandy*, Art. 5 EGV, in: GS Grabitz (1995), S. 17; *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 187 ff. und *M. Zuleeg*, Vorzüge, in: von Bogdandy (2003), S. 942 ff.

⁶¹ *O. Due*, Article 5 CEE, in: Academy of European Law II-1 (1992), S. 35. Siehe auch *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/479: Art. 10 EGV als „wichtigste rechtliche Bindung, die sich die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auferlegt haben.“

nigen der „Gemeinschaftstreue“ ablösen, der hier bereits wegen des säulenübergreifenden Charakters der vertraglichen Normierungen zu Ungleichzeitigkeit verwandt wird⁶².

Vorrangiger Versuch der gleichzeitigen Rechtsetzung

Die erste besondere Ausprägung der Unionstreue bei Ungleichzeitigkeit ist die in Art. 43a EUV normierte Subsidiarität der verstärkten Zusammenarbeit gegenüber einer gleichzeitigen Rechtsetzung. Hiernach darf eine verstärkte Zusammenarbeit nur „als letztes Mittel“ aufgenommen werden, „wenn der Rat zu dem Schluss gelangt ist, dass die mit dieser Zusammenarbeit angestrebten Ziele unter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Verträge nicht in einem vertretbaren Zeitraum verwirklicht werden können.“⁶³ Als ultima ratio-Klausel garantiert Art.43a EUV ausdrücklich den Vorrang der gleichzeitigen Rechtsetzung vor einer ungleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit. Bei anderen Formen von Ungleichzeitigkeit gilt jedoch nichts Anderes: Aus der Verpflichtung aller Mitgliedstaaten auf die Vertragsziele folgt in Verbindung mit Art. 10 EGV, dass die Gemeinschaft vor der ungleichzeitigen Rechtsetzung immer den vorrangigen Versuch einer gleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung unternehmen muss⁶⁴. Als allgemeine Regel des Europarechts sichert diese spezielle Ausprägung der Unionstreue, dass Ungleichzeitigkeit die umfassende Verwirklichung der Vertragsziele nicht hindert. Ungleichzeitigkeit ist nur zulässig, wenn der vorrangige Versuch der gleichzeitigen Rechtssetzung scheitert.

Allgemein sollten aus der gleichzeitigen Verpflichtung aller Mitgliedstaaten auf die Vertragsziele jedoch keine weitreichenden rechtlichen Schlüsse gezogen werden – auch wenn *Lyons* in der entsprechenden Interpretationshoheit des Gerichtshofs eine Garantie für die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung bei Ungleichzeitigkeit sieht⁶⁵. Ebenso wie bei den Staatszielbestimmungen des deutschen Grundgesetzes ist die Konkretisierung der Zielbestimmungen der Verträge in erster Linie eine Aufgabe der politische Organe, die nach Maßgabe der normierten Verfahren und unter Beachtung des materiellen Vertragsrechts über die Zweckmäßigkeit der gleichzeitigen oder ungleichzeitigen Umsetzung eines Vertragsziels entscheiden⁶⁶. Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit umfassen zahlreiche prozedurale Garantien, die sicherstellen, dass die europäischen Organe die Zweckmäßigkeit einer ungleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung überprüfen⁶⁷. Der Gerichtshof sollte den Ausgang

⁶² Der Begriff „Unionstreue“ soll terminologisch die besonderen Regelungen des EU-Vertrags einbeziehen, die Einzelaspekte des Art. 10 EGV auf die zweite und dritte Säule erstrecken; vgl. Art. 11 II, 23 I UAbs.2, 43b EUV. Durch diese Bestimmungen, die meist im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit eingeführt wurden, sehen allgemein eine Ausweitung des Art. 10 EGV auf den Unionsvertrag *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/372; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/723; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 40 EUV (1999) Rn. 24 und *H. Kortenberger*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/847.

⁶³ Auf die konkreten Anforderungen dieser Bestimmung wurde bereits hingewiesen; Kapitel 2 II 1 c (S. 52 ff.).

⁶⁴ Ebenso ausdrücklich *Röben* ebd. 16: „Pflicht der bona-fide-Verhandlung“ und *E. Wagner*, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/35. Ebenso zum Sozialabkommen *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: *GS Grabitz* (1995), S. 132; *H. Konzen*, Arbeitsrecht, EuZW 1995, 39/43; *H. Buchner*, Sozialpolitische, RdA 1993, 193/198; *A. Klemann*, Sozialunion?, in: von Danwitz (1993), S. 186 und *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 123 ff.

⁶⁵ *C. Lyons*, Court, in: de Búrca/Scott (2000), S. 109 f.: „This autonomy lies in the interpretation of the objectives in Articles 2 and 3 EC, and this is not affected by flexibility.“

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85/128 – *KPD-Verbot*: „Der Richter könnte eine Maßnahme der politischen Organe nur dann als verfassungswidrig beanstanden, wenn die Verletzung des Verfassungsgebots ... durch sie evident und die Maßnahme unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen wäre.“ Allgemein zum Grundgesetz etwa *L. Michael*, Argumentationstopoi, AöR 124 (1999), 583.

⁶⁷ Vgl. insbesondere die Verfahrensvorschriften der verstärkten Zusammenarbeit; Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

dieses politischen Entscheidungsprozesses grundsätzlich respektieren und regelmäßig nicht unter Verweis auf die gleichzeitige Geltung der Vertragsziele und Art. 10 EGV durch eine eigene Würdigung überlagern.

Bei einigen Formen von Ungleichzeitigkeit ist zudem zu beachten, dass eine Verpflichtung der *outs* auf die Vertragsziele gerade ausgenommen ist. Dies gilt nicht nur für die britische Freistellung von der Währungsunion, die auch die Zielvorgabe des Art. 4 II EGV umfasst⁶⁸, sondern auch für die britisch-irisch-dänische Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Aufgrund des gemeinsamen Art. 2 der Protokolle über die Position Dänemarks, des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) werden die Kompetenz- und Zielvorgaben der Art. 61 ff. EGV erst mit der Teilnahmeentscheidung aktiviert und entfalten keine vorgehenden Rechtswirkungen⁶⁹. Diese umfassende Absicherung bestätigt indirekt die vorstehenden Darlegungen. Sie soll die *outs* vor mittelbaren Folgewirkungen der Vertragsziele in Verbindung mit Art. 10 EGV schützen und der Einschränkung ihrer umfassenden Wahlfreiheit vorbeugen. In diesen Fällen ist die allgemeine Regel eines vorrangigen Versuchs der gleichzeitigen Rechtsetzung durch Spezialvorschriften überlagert.

Loyalitätspflicht der outs und der ins

Die Auslegung und Anwendung des Grundsatzes der Unionstreue muss zudem berücksichtigen, dass auch ungleichzeitiges Europarecht der Verwirklichung der Vertragsziele dient. Dies ergibt sich schon aus der Einbindung des ungleichzeitigen Europarechts in die europäische Rechtsordnung. Ungleichzeitiges Europarecht muss das Primärrecht einschließlich der Vertragsziele in gleicher Weise beachten wie sein gleichzeitiges Geschwisterrecht⁷⁰. Für die verstärkte Zusammenarbeit wird dies im „ersten Gebot“ des Art. 43 lit.a EUV bekräftigt. Hiernach steht die verstärkte Zusammenarbeit unter dem Vorbehalt, „die Ziele der Union und der Gemeinschaft zu fördern ... und ihren Integrationsprozess zu stärken.“⁷¹ Die ungleichzeitige Verabschiedung eines Rechtsakts ist immer ein Mehr an europäischer Integration als die Fortexistenz verschiedener nationaler Regelungen. Wenn sich etwa einige Mitgliedstaaten für die ungleichzeitige Harmonisierung indirekter Steuern nach Art. 93 EGV entscheiden, wird hierdurch zwar keine gemeinschaftsweite Regelung erreicht – aber immer noch ein „binnenmarktähnlicher“ Zustand als ohne die Existenz jeglichen Gemeinschaftsrechts. Soweit nach der Erweiterung 22 der 25 Mitgliedstaaten an einer verstärkten Zusammenarbeit teilhaben, besteht sogar eine geographisch umfassendere Harmonisierung als vor der Erweiterung, wenn Gleichzeitigkeit eine Geltung in 15 Mitgliedstaaten bedeutet.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass Art. 44 II EUV die *outs* ausdrücklich verpflichtet, der Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit „nicht im Wege“ zu stehen. Auch die ungleichzeitige Einführung der gemeinsamen Währung sollen die *outs* nicht

⁶⁸ Zu Nr. 5 Protokoll über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (1992) bereits Kapitel 4 I 2 (S. 134 f.). Für die anderen *outs* besteht eine abstrakte Pflicht, durch die Erfüllung der Konvergenzkriterien ihre Teilnahme an der Währungsunion zu fördern.

⁶⁹ Art. 2: „... sind *Vorschriften des Titels IV des (EGV)*, nach jenem Titel beschlossene Maßnahmen ... sowie Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen solche Vorschriften oder Maßnahmen ausgelegt werden, für das Vereinigte Königreich oder Irland nicht bindend oder anwendbar; ... *ebenso wenig* berühren diese Vorschriften, Maßnahmen oder Entscheidungen in irgendeiner Weise den gemeinschaftlichen Besitzstand oder *sind sie Teil des Gemeinschaftsrechts, soweit sie auf das Vereinigte Königreich und Irland Anwendung finden*“ (eigene Hervorhebung).

⁷⁰ Siehe Kapitel 8 I 1 (S. 234 ff.).

⁷¹ Allgemein hierzu Kapitel 2 III 1 (S. 63 ff.).

„behindern“⁷² und bei einer konstruktiven Enthaltung alles unterlassen, was „dem auf diesem Beschluss beruhenden Vorgehen der Union zuwiderlaufen oder es behindern könnte“⁷³. Wenn ungleichzeitiges Gemeinschaftsrecht integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung ist und ebenso wie gleichzeitiges Recht der Verwirklichung der Vertragsziele dient, handelt es sich hierbei um die deklaratorische Bestätigung der allgemeinen Loyalitätspflicht aus Art. 10 EGV⁷⁴. Umgekehrt muss die Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit die legitimen Interessen der *outs* beachten und etwa beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten die Begrenzung deren geographischen Geltungsbereichs auf die *ins* sicherstellen⁷⁵.

Offenheit

Der Grundsatz der Unionstreue findet bei Ungleichzeitigkeit schließlich eine besondere Ausprägung in der grundsätzlichen Offenheit jeder Ungleichzeitigkeit. Eine dauerhafte Ungleichzeitigkeit ist durch die Verträge zwar nicht ausgeschlossen, weil es den *outs* grundsätzlich freisteht, ihr Wahlrecht für oder gegen eine Teilnahme nach freiem politischen Ermessen auszuüben. Gleichwohl umfassen die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit jeweils besondere Regeln und Verfahren für die Herstellung von Gleichzeitigkeit. Dies zeigt, dass eine dauerhafte Ungleichzeitigkeit nicht die Regel sein soll. Hierauf aufbauend wird teilweise erwogen, im Hinblick auf Art. 10 EGV ein generelles Teilnahmerecht der *outs* anzunehmen. Wie an anderer Stelle dargelegt, trifft dies insoweit zu, als der Gemeinschaft und den *ins* eine allgemeine Pflicht zur Förderung von Gleichzeitigkeit obliegt⁷⁶. Gewährleistet wird die Offenheit jedoch durch die speziellen Normierungen der Verträge. Soweit hiernach ein Teilnahmeantrag im Einzelfall abgelehnt wird, greift kein übergeordnetes allgemeines Teilnahmerecht aus Art. 10 EGV⁷⁷. Die Organe können im Rahmen der Verfahrensvorschriften insbesondere überprüfen, ob der Teilnahmewunsch von einem ehrlichen Mitwirkungswille getragen ist oder im Sinn einer „tödlichen Umarmung“ einzig mit der Absicht erfolgt, die Annahme von ungleichzeitigen Beschlüssen zu verhindern⁷⁸. Im Regelfall werden die Gemeinschaftsorgane aber der Herstellung von Gleichzeitigkeit zustimmen. Die meisten Verfahren sind ohnehin so ausgestaltet, dass sie die Herstellung von Gleichzeitigkeit prozedural begünstigen.

⁷² Erwägung 2 Protokoll über den Übergang zur dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion (1992): „Alle Mitgliedstaaten respektieren daher unabhängig davon, ob sie die Voraussetzungen für die Einführung einer einheitlichen Währung erfüllen, den Willen der Gemeinschaft, rasch in die dritte Stufe einzutreten, und daher behindert kein Mitgliedstaat den Eintritt in die dritte Stufe.“

⁷³ Art. 23 I UAbs.2 S.2 EUV; allgemein hierzu Kapitel 5 I (S. 151 ff.).

⁷⁴ Siehe auch *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 340: „Den nichtbeteiligten Mitgliedstaaten werden mithin Pflichten der Rücksichtnahme auferlegt, wie sie bspw. in ähnlicher Weise in Art. 10 Abs. 2 EGV zu finden sind“ und Schwarze-*A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 22: Ausdruck des „fundamentale(n) Grundsatz(es) der Loyalität zwischen den Mitgliedstaaten“.

⁷⁵ Näher Kapitel 9 I 3 (S. 280 ff.).

⁷⁶ Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und Kapitel 3 II 2 (S. 92 ff.).

⁷⁷ So aber zum Einstimmigkeitserfordernis für die Übernahme des Schengener Rechts durch das Vereinigte Königreich und Irland *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/297; *J. de Zwaan*, Movement, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/114; *J. Monar*, JHA, in: E.L.Rev. 23 (1998), 320/333 und *A. Toth*, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 249.

⁷⁸ Ebenso *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 105: „To opt in for the purposes of preventing a decision could, however, be considered as a violation of the loyalty principle enshrined in Article 10 ECT. In that case the Member States were entitled to proceed with decision-making without the participation of the United Kingdom and Ireland.“ Allgemein zum Obstruktionsverbot des Art. 3 II Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997) Kapitel 3 II 3 b (S. 99 ff.) und entsprechend zur verstärkten Zusammenarbeit Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.).

III Binnenmarkt

In seinem rechtspolitischen Plädoyer für ein Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten greift *Janning* die häufig wiederholte Forderung eines Verbots von Ungleichzeitigkeit im Binnenmarkt auf: „Die Basis der differenzierten Integration läge in der Bewahrung des europäischen Binnenmarkts und der um diesen gewachsenen Rechtsgemeinschaft unter dem Dach der Europäischen Gemeinschaft. Für diesen Bereich würden keine Differenzierungen zugelassen.“⁷⁹ Auch die Vertreter des Integrationskonzepts des Europa *à la carte* stellen regelmäßig die erreichte Binnenmarktintegration nicht in Frage und wollen Ungleichzeitigkeit nur jenseits derselben erlauben⁸⁰. Ein Blick auf die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit zeigt, dass dieser Forderung bei der Gestaltung der Vertragstexte nicht umfassend nachgekommen wurde. Dies gilt nicht nur für die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion, die vielfach als funktionalistische Vollendung des Binnenmarktprogramms verstanden wird.

Der Binnenmarkt ist nach Art. 14 EGV ein „Raum ohne Binnengrenzen“. Der Abbau der Binnengrenzkontrollen durch das Schengener Recht diente hiernach der Verwirklichung des Binnenmarkts. Nach der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht ist somit neben der Währungsunion ein weiterer bedeutsamer Aspekt des Binnenmarkts durch ungleichzeitiges Europarecht verwirklicht. Auch die Harmonisierung des internationalen Privatrechts ist nach Art. 65 EGV ausdrücklich als Beitrag zum „reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts“ konzipiert, obwohl Dänemark hieran notwendig nicht beteiligt ist⁸¹. Schließlich gilt auch das europäische Einwanderungsrecht nach Art. 63 Nr.3, 4 EGV derzeit ungleichzeitig, obwohl Rechtsakte wie der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit einen offensichtlichen Bezug zur Verwirklichung des Binnenmarkts aufweisen⁸². All diese Beispiele unterstreichen, dass der Binnenmarkt nicht etwa einen gleichzeitigen „Verfassungskern“ der europäischen Verträge darstellt, in dem es keine Ungleichzeitigkeit gibt. Es gibt keine allgemeine Regel des Europarechts, die Ungleichzeitigkeit im Binnenmarkt generell untersagt.

Es sei zudem darauf hingewiesen, dass es im Binnenmarkt seit den Anfängen der Integration eine differenzierte Behandlung der Mitgliedstaaten gab. Zahlreiche Protokollbestimmungen, Übergangsbestimmungen in Beitrittsverträgen, die besondere Ermächtigung des Art. 15 EGV und die Schutzverstärkungsklauseln der Art. 95 IV-IX, 176 EGV zeigen, dass der Binnenmarkt nicht zwangsläufig eine uniforme Behandlung aller Mitgliedstaaten verlangt. Die Vielzahl „gleichzeitiger Rechtsfolgendifferenzierungen“ sind zwar keine Form von Ungleichzeitigkeit, zeigen aber gleichwohl die differenzierende Vielfalt des Binnenmarktrechts auf⁸³. Die generelle Forderung nach einem „Verfassungskern Binnenmarkt“ ist vor allem dann nicht weiterführend, wenn man zum Binnenmarkt ergänzende Politikfelder der „positiven Integration“ zählt, die wie die Umwelt- und Sozialpolitik auch der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt dienen. Bei einem solchen Verständnis umfasst der Bin-

⁷⁹ *J. Janning*, Geschwindigkeiten, EA 1994, 527/534.

⁸⁰ Kapitel 1 II 1 (S. 29 ff.).

⁸¹ Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.). Wegen der Nichtbeteiligung Dänemarks hält *H. Schack*, Holzweg, ZEuP 1999, 805/807 Art. 65 EGV für „völlig ungeeignet“ zur Harmonisierung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt.

⁸² KOM(2001) 386.

⁸³ Siehe Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.) und speziell zum Binnenmarkt die Untersuchungen von *D. Hanf*, Differentiation (2002), S. 107-196 und *G. de Búrca*, Differentiation, in: dies./Scott (2000), S. 133.

nenmarkt nahezu den gesamten EG-Vertrag. Soweit man Ungleichzeitigkeit nicht generell ablehnt, ist insofern ein Mittelweg zu suchen. Es wäre eine sachgerechte Lösung, wenn die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit zwischen einem unantastbaren Kernbestand des Binnenmarkts und einem weiteren Integrationsbereich der positiven Integration, in dem Ungleichzeitigkeit nicht generell ausgeschlossen ist, unterscheiden würde. Gibt es eine derartige allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit?

Nach Art. 43 lit.e EUV ist eine verstärkte Zusammenarbeit nur zulässig, soweit sie nicht „den Binnenmarkt im Sinne des Artikels 14 Absatz 2“ beeinträchtigt. Diese neue Regelung des Vertrags von Nizza wird von der Literatur bislang durch zwei Auslegungsvarianten mit einem entgegengesetzten Tenor umgesetzt: *Rodrigues* und *Ruffert* zweifeln, „si compte tenu de la fois du caractère très général et de la portée juridique très relative de l'article 14 TCE il s'agira d'une référence opérationnelle.“⁸⁴ Dagegen nehmen *Bär*, *von Homeyer* und *Kläsing* eine weitgehende Beschränkung der verstärkten Zusammenarbeit an. Die Bestimmung „clearly restricts the field of application as for enhanced cooperation as activities in the environmental field may undermine the internal market.“⁸⁵ Hiermit wären die beiden äußeren Auslegungsvarianten des fünften Gebots aufgezeigt. Auf der einen Seite die Annahme einer im Wesentlichen „verfassungspoesischen“ Bedeutung ohne weitreichende rechtliche Konsequenzen. Auf der anderen Seite der Ausschluss nahezu aller Politiken des EG-Vertrags, die wie die Umwelt- oder Sozialpolitik einen Bezug zur Verwirklichung des Binnenmarkts besitzen.

Der Wortlaut und die systematische Stellung sprechen dagegen, aus Art. 43 lit.e EUV eine generelle Unzulässigkeit der verstärkten Zusammenarbeit im gesamten Binnenmarktrecht einschließlich ergänzender Politiken anzunehmen. Es scheint nämlich kein Zufall zu sein, dass Art. 43 lit.e EUV nicht generell vom „Binnenmarkt“ spricht. Stattdessen wird die verstärkte Zusammenarbeit verpflichtet, den „Binnenmarkt im Sinne des Artikels 14 Absatz 2 (EGV)“ zu beachten. Die politische Zielvorgabe einer Rechtsharmonisierung nach Art. 14 Absatz 1 EGV wurde gerade nicht in das „achte Gebot“ integriert: Art. 43 lit.e EUV verweist nur auf Art. 14 II EGV. Wenn man diese beiden Bestimmungen zusammen liest, ergibt sich, dass eine verstärkte Zusammenarbeit nur zulässig ist, wenn sie den Binnenmarkt als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist ... nicht beeinträchtigt.“⁸⁶ Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents streicht nunmehr zwar den Verweis auf die Grundfreiheiten, bewirkt aber im Ergebnis keine andere Rechtslage⁸⁷.

Aufgrund dieses Zusammenspiels sollte das „achte Gebot“ als Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Grundfreiheiten des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs-

⁸⁴ *S. Rodrigues*, Nice, RMC 2001, 11/14. Ihm allgemein folgend *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 16.

⁸⁵ *S. Bär/I. von Homeyer/A. Kläsing*, *Fit?*, EEL Rev 2001, 212/218.

⁸⁶ Erste Hälfte des Zitats aus Art. 14 II EGV; die beiden abschließenden Wörter aus Art. 43 lit.e EUV.

⁸⁷ Art. III-322 UAbs.2 verweist nur noch auf den Binnenmarkt und nicht mehr auf Art. 14 II EGV (Art. III-14 II VVE-E). Aus der Entstehungsgeschichte und Systematik der Norm ergibt sich, dass die einfachere Sprache die Verständlichkeit erhöhen sollte und keine Rechtsänderung bezweckte. So heißt es im Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 20 zum seinerzeitigen Vorschlag des Artikel J, dem späteren Art. III-322 VVE-E, einzig, dass es sich um einen „Auszug aus Artikel 43 Buchstaben b, c, e und f EUV“ handelt. Unabhängig von der Entstehungsgeschichte ergibt sich aus der Geltung des Binnenmarktziels „unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieser Verfassung“, dass Art. III-14 I VVE-E auch unter dem Vorbehalt der verstärkten Zusammenarbeit – einer regulären Bestimmung der Verfassung – steht, während die Grundfreiheiten nach Art. III-14 II, 322 VVE-E bei einer verstärkten Zusammenarbeit zwingend zu beachten sind.

und Kapitalverkehrs verstanden werden. Eine verstärkte Zusammenarbeit ist hiernach unzulässig, wenn sie gegen die Gewährleistung der Art. 28, 39, 43, 49, 56 EGV verstößt. Eine darüber hinausgehende ungleichzeitige Rechtsharmonisierung wird durch Art. 43 lit.e EUV nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass eine ungleichzeitige Umsetzung der Umwelt- und Sozialpolitik oder anderer ergänzender Politiken durch Art. 43 lit.e EGV nicht ausgeschlossen ist. Freilich sind insoweit die anderen „Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit zu beachten. Auch die Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Grundfreiheiten ist hierbei keine originäre Einschränkung ihres Anwendungsbereichs, sondern eine deklaratorische Bekräftigung allgemeiner Regeln. Auch die gleichzeitiges Recht setzende Gemeinschaft muss nämlich die Grundfreiheiten als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten⁸⁸. Als Rückgrat des Binnenmarkts stehen die Grundfreiheiten nicht zur Disposition des Gemeinschaftsgesetzgebers – weder bei Gleichzeitigkeit noch bei Ungleichzeitigkeit.

Mittelbar bestätigt wird diese Auslegung des Art. 43 lit.e EUV durch das Urteil *Wijsenbeek* des Gerichtshofs, in dem dieser einen Verstoß nationaler Grenzkontrollen gegen Art. 14 EGV mit dem Argument verneinte, dass aus Art. 14 EGV in Abwesenheit gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen keine „Pflicht der Mitgliedstaaten zur Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen der Gemeinschaft“ folgt. Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen setze „die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung hinsichtlich der Überschreitung der Außengrenzen der Gemeinschaft, der Einwanderung, der Visaerteilung, des Asyls und des Datenaustausches über diese Fragen voraus.“⁸⁹ Der rechtliche Gehalt des Art. 14 EGV ist hiernach begrenzt und entfaltet keine eigenen Rechtsfolgen diesseits der Grundfreiheiten und einer sekundärrechtlichen Harmonisierung. Entsprechendes gilt für Ungleichzeitigkeit: Der Verweis des Art. 43 lit.e EUV auf Art. 14 II EGV hindert die Gemeinschaft nicht daran, zur Verwirklichung des Binnenmarkts in den Bereichen der Umwelt- oder Sozialpolitik ungleichzeitig zu kooperieren. Nur soweit zur Verwirklichung des Binnenmarkts bereits eine gleichzeitige Rechtsharmonisierung besteht, ist diese nach Art. 43 lit.c EUV vorrangig anzuwenden und blockiert eine ungleichzeitige Regelung derselben Materie⁹⁰. Ungleichzeitiges Europarecht muss zwar die Grundfreiheiten beachten, ist ansonsten im Bereich des Binnenmarkts aber nicht generell unzulässig.

In einem speziellen Fall kann man gleichwohl erwägen, dass die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration die Grundfreiheiten tangiert, obwohl diese ansonsten zwingend zu beachten sind. Es war vielfach die Auffassung vertreten worden, dass einzelstaatliche Binnengrenzkontrollen nicht mit den Grundfreiheiten oder dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 18 EGV vereinbar seien. Dies gelte jedenfalls dann, wenn Grenzkontrollen asymmetrisch nur gegenüber einzelnen Mitgliedstaaten durchgeführt werden und ansonsten – wie in der britisch-irischen *Common Travel Area* oder im Schengen-Raum – abgeschafft sind⁹¹. E-

⁸⁸ Siehe insbesondere EuGH Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 Rz. 9 – *ADBHU* und die Darlegungen zu Art. 43 lit.f EUV, der die verstärkte Zusammenarbeit schon vor dem Vertrag von Nizza auf die Beachtung der Warenverkehrsfreiheit verpflichtete; Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

⁸⁹ EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999 I-6207 Rz. 40 – *Wijsenbeek*.

⁹⁰ Näher Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

⁹¹ Auf den *chilling effect* von Grenzkontrollen als mittelbare Diskriminierung verweisen *A. Epiney*, Schengen, in: Ackermann u.a. (1995), S. 21; *N. Fennelly*, Coherence, MJ 2 (1998), 185/196; *K. Hailbronner/C. Thiery*, Verge-meinschaftung, EuR 1998, 583/601; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 103 und *A. Toth*, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 249. Es wird insofern vor allem an die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit erinnert, wonach auch kostenfreie und automatisch erteilte Ein- und Aus-

ventuelle Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Binnengrenzkontrollen beseitigte der Vertragsgeber jedoch im Binnengrenzkontrollen-Protokoll des Vertrags von Amsterdam auf Initiative des Vereinigten Königreichs. Dieses fürchtete eine mittelbare Verpflichtung zur umfassenden Teilnahme am Schengener Recht: „Artikel 14 (EGV) oder die anderen Bestimmungen jenes Vertrags oder des (EU-Vertrags) oder die im Rahmen dieser Verträge beschlossenen Maßnahmen berühren in keiner Weise das Recht des Vereinigten Königreichs, solche Kontrollen ein- oder durchzuführen.“⁹² Auch die Gemeinschaftsrechtskonformität von Grenzkontrollen der Schengen-Gruppe bei Ein- und Ausreisen von und nach dem Vereinigten Königreich und Irland, einschließlich Gibraltar, wird im Binnengrenzkontrollen-Protokoll ausdrücklich garantiert. Die Feststellung des Protokolls, dass das Europarecht diesen Maßnahmen nicht entgegensteht, gilt insoweit entsprechend⁹³.

Wenn der Gerichtshof in der *Wijzenbeek*-Entscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass Identitätskontrollen an den Binnengrenzen nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, entspricht dies dem Regelungsgehalt des Binnengrenzkontrollen-Protokolls. Es ist nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof sein Urteil bereits im Hinblick auf das Binnengrenzkontrollen-Protokoll fällte. Wenn er mit den zweifelnden Stimmen in der Literatur zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre, hätte das zum Zeitpunkt der *Wijzenbeek*-Entscheidung bereits absehbare Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam eine „révision implicite du traité communautaire“⁹⁴ bewirkt. Durch die faktische Vorwegnahme des Binnengrenzkontrollen-Protokolls verhinderte der Gerichtshof eine Revision seiner Rechtsprechung durch eine Vertragsänderung, was seine Autorität generell untergraben hätte. Die Ungleichzeitigkeit der Binnengrenzkontrollen tangiert zwar die Grundfreiheiten als Rückgrat des Binnenmarkts, hebt deren Unverletzlichkeit aber nicht auf. Es gibt zwar keine allgemeine Regel des Europarechts, dass Ungleichzeitigkeit im Binnenmarkt generell unzulässig wäre. Gleichwohl müssen die Grundfreiheiten auch bei

fuhrlizenzen einen Verstoß gegen Art. 28 EGV darstellen; etwa EuGH, Rs. 21 & 24/72, Slg. 1972, 1219 Rz. 9 – *International Fruit Company*. Einen Verstoß gegen Art. 14 EGV unabhängig von den Grundfreiheiten nehmen an *P. Mercier/O. Jacot-Guillarmod*, *Libre circulation* (1991), S. 45; *C. Timmermans*, *Free Movement*, in: Schermers u.a. (1993), S. 352/362 und *H.C. Taschner*, *Schengen* (1997), S. 49.

⁹² Art. 1 Binnengrenzkontrollen-Protokoll; die Regelung gilt nach Art. 2 entsprechend für Irland als Teil der *Common Travel Area*. Allerdings sind nur Grenzkontrollen „zur Überprüfung des Rechts auf Einreise“ erlaubt; darüber hinausgehende Kontrollen können weiterhin gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen; näher *S. Langrish*, *Amsterdam*, *EL Rev.* 23 (1998), 3/9; *K. Hailbronner/C. Thiery*, *Vergemeinschaftung*, *EuR* 1998, 583/600; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 69 EGV (1999) Rn. 2; *M. den Boer*, *Complexity*, *MJ* 4 (1997), 310/313 und *S. Peers*, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 77. Da das Protokoll keine Aussage über sein Ende enthält, könnte man erwägen, nach einer britischen Übernahme des Grenzkontrollregimes des Schengener Rechts, das als europäisches Sekundärrecht auch Gegenstand der Ausnahme nach Art. 1 Binnengrenzkontrollen-Protokoll ist, dem Vereinigten Königreich aufgrund des Protokolls Grenzkontrollen jenseits der Vorgaben des Art. 2 II Schengen II zu gestatten. Hierauf verweist *A. Toth*, *Protocols*, in: Heukels u.a. (1998), S. 243: „Although this seems illogical, a strict interpretation of Article 6 of the Anglo-Irish Protocol would lead to an affirmative answer.“

⁹³ Art. 3 Binnengrenzkontrollen-Protokoll. Das Schengener Recht muss als europäisches Sekundärrecht mit den Vorgaben der Verträge in Einklang stehen oder jedenfalls vertragskonform ausgelegt werden; *D. Thym*, *Schengen*, *ELJ* 8 (2002), 218/237 f. Auch der Schengen-Gruppe sind nur „solche Kontrollen“ wie dem Vereinigten Königreich erlaubt. Die bestehenden Vorgaben des Art. 6 Schengen II zur Intensität der Grenzkontrollen bewegen sich in diesem Rahmen.

⁹⁴ *H. Labayle*, *Amsterdam 2*, *Europe* 4/1998, 4. Vor der *Wijzenbeek*-Entscheidung des Gerichtshofs betrachteten das Binnengrenzkontrollen-Protokoll mit ihm als Vertragsänderung *R. Rupprecht*, *Amsterdam*, *Integration* 1997, 264/269; *J. de Zwaan*, *Movement*, *C.Y.E.L.S.* 1 (1998), 107/109; *M. den Boer*, *Complexity*, *MJ* 4 (1997), 310/311; *Grabitz/Hilf-V. Röben*, Art. 69 EGV (1999) Rn. 4; *K. Hailbronner*, *Amsterdam*, *CML Rev.* 35 (1998), 1047/1058 und *M. Hedemann-Robinson*, *Area*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/294.

Ungleichzeitigkeit beachtet werden. Dies verhindert, dass Ungleichzeitigkeit das für das Funktionalisieren des Binnenmarkts unentbehrliche Mindestmaß an Gemeinsamkeit beseitigt.

IV Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Art. 12 EGV gehört zu den Grundpfeilern der europäischen Rechtsordnung. Ebenso wie die Grundfreiheiten gewährleistet es ein Mindestmaß an Gleichheit und erstreckt das einheitsstiftende Gebot der Gleichbehandlung auf nichtwirtschaftliche Sachverhalte. Schon *Hallstein* stellte fest: „Rechtsgleichheit und -einheit sind untrennbar miteinander verbunden. Keine Rechtsordnung ohne Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit aber bedeutet Einheit. Auf dieser Einsicht beruht der Vertrag von Rom.“⁹⁵ Bei Ungleichzeitigkeit gewinnt das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine besondere Bedeutung. Es stellt sich wegen der Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs die Frage, ob und, wenn ja, in welchem Umfang eine Ungleichbehandlung der Unionsbürger durch den Gemeinschaftsgesetzgeber zulässig ist: Dürfen die Regelungen des ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts zwischen Staatsangehörigen der *ins* und der *outs* unterschieden?

Ungleichzeitiges Europarecht ist keine einzelstaatliche Maßnahmen und keine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten, die Art. 12 EGV und die speziellen Diskriminierungsverbote der Verträge unzweifelhaft zu beachten haben⁹⁶. Ungleichzeitiges Europarecht ist ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung und unterscheidet sich von seinem gleichzeitigen Geschwisterrecht nur durch die Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs. Entgegen einer in der deutschen Literatur vertretenen Auffassung ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aber nicht „über jeden Zweifel erhaben“, dass die Gemeinschaft selber direkt an Art. 12 EGV gebunden ist⁹⁷. Der Gerichtshof hat diese Frage vielmehr mehrfach offen gelassen und es vorgezogen, alternativ auf den allgemeinen Gleichheitssatz als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze abzustellen⁹⁸. Dieser Unterschied in der Begründung muss nicht zwangsläufig ein geringeres Schutzniveau der Unionsbürger gegenüber Maßnahmen der europäischen Hoheitsgewalt bewirken, könnte jedoch gegebenenfalls als Argument dienen, bei Ungleichzeitigkeit die Maßstäbe des Gerichtshofs zu Art. 12 EGV nicht auf ungleichzeitiges Europarecht zu übertragen.

So wurde die durch den Vertrag von Nizza gestrichene besondere Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf das Verbot einer „Diskriminierung zwischen Staatsangehörigen

⁹⁵ *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 33.

⁹⁶ Zur Bindung völkerrechtlicher Kooperationen an Art. 12 EGV Kapitel 10 II 2 b (2) (S. 311 ff.).

⁹⁷ So *Grabitz/Hilf-A. von Bogdandy*, Art. 6 EGV (EL 7) Rn. 28 und, ihm folgend, *Schwarze-M. Holoubek*, Art. 12 EGV Rn. 21. Differenzierend *A. von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft, JZ 2001, 157/166.

⁹⁸ EuGH, Rs. 103 & 145/77, Slg. 1978, 2037 Rz. 82/83 – *Royal Scholten-Honig*: Verstoß „gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, der im Diskriminierungsverbot des Artikels 40 Absatz 3 des Vertrages (nunmehr Art. 34 II EGV, Anm. d. Verf.) einen besonderen Ausdruck gefunden hat“; EuGH, Rs. C-180/96, Slg. 1998 I-2265 Rz. 112-117 – *Vereinigtes Königreich/Rat*; EuGH, Rs. 167/88, Slg. 1989, 1653 Rz. 26 – *AGPB*; EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997 I-2405 Rz. 54 ff. – *Deutschland/Rat und Parlament* und im Ergebnis auch EuGH, Rs. C-309/89, Slg. 1994 I-1853 Rz. 26 – *Codorniu* besagt nur, dass Art. 34 II UAbs.2 EGV „auch das in Artikel 7 Absatz 1 des Vertrages (nunmehr Art. 12 EGV, Anm. d. Verf.) enthaltene Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit umfasst“ und stellt nicht etwa fest, dass die Gemeinschaft an Art. 12 EGV ebenso gebunden ist wie an Art. 34 II UAbs.2 EGV.

der Mitgliedstaaten⁹⁹ nicht immer als Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf Art. 12 EGV verstanden, sondern in Fortführung der Rechtsprechung des Gerichtshofs als eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes betrachtet¹⁰⁰. Auf dieser Grundlage wurde weitergehend erwogen, dass Art. 11 I lit.c EGV (1997) eine unmittelbare Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen der *ins* und *outs* zulasse, da im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen eher möglich sei als bei Art. 12 EGV¹⁰¹. Während einzelstaatliche Maßnahmen und völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten den strengeren Art. 12 EGV zu beachten haben, wäre die ungleichzeitige Recht setzende Gemeinschaft hiernach „nur“ an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden. Die ungleichzeitige Gemeinschaftsrechtsetzung „turn(s) what the ECJ would normally consider as illegal discrimination into permissible differentiation.“¹⁰² Für *Bradley* ist es „the essence of (closer cooperation) to treat nationals of participating Member States differently from those of non-participating Member States.“¹⁰³

Diese Ansicht überzeugt nicht. Ungleichzeitigkeit fordert nicht notwendig eine Ungleichbehandlung der Unionsbürger, sondern kann nach allgemeinen Regeln mit den Anforderungen des Diskriminierungsverbots in Einklang gebracht werden. Es sei hierbei dahingestellt, ob sich dieses für die Gemeinschaftsrechtssetzung direkt aus Art. 12 EGV ergibt oder über den Umweg des allgemeinen Gleichheitssatzes den Gemeinschaftsgesetzgeber bindet. Selbst die Anwendung des potentiell strengeren Schutzmaßstabs des Art. 12 EGV führt zu keinem Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und dem Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Wenn Ungleichzeitigkeit nach Maßgabe der nachfolgend erörterten allgemeinen Regeln mit den Anforderungen des Art. 12 EGV vereinbar ist, wird auch die absehbare Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte als Bestandteil des künftigen Verfassungsvertrags keine Rückwirkungen auf die rechtliche Behandlung von Ungleichzeitigkeit haben, wenn diese die Gemeinschaftsorgane nunmehr ausdrücklich auf das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verpflichtet¹⁰⁴.

⁹⁹ Art. 11 I lit.c EGV (1997).

¹⁰⁰ So *U. Becker*, Differenzierungen, *EuR Beih.* I/1998, 29/42; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 57 und *C. von Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/669 unter Verweis auf die verfassungspolitischen Überlegungen von *C.D. Ehlermann*, 'Two Speeds', *Michigan Law Review* 82 (1984), 1274/1288. Eine Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf Art. 12 EGV sahen dagegen *H. Kortenber*, Cooperation, *CML Rev.* 35 (1998), 833/849; *S. Langrish*, Amsterdam, *EL Rev.* 23 (1998), 3/6; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 119; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 11 EGV (1. Aufl. 2000) Rn. 5 und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 9. *V. Constantinesco*, Coopération, *RTD eur.* 33 (1997), 751/760 vertrat gar die Auffassung, dass Art. 11 I lit.c EGV (1997) wegen der Nichtverwendung der Formulierung „Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ (Art. 12 EGV) sich auf die Diskriminierungskriterien des Art. 13 EGV beziehe.

¹⁰¹ Ausführlich *Tuyschaever* ebd. 105-115 und *D. Hanf*, Differentiation (2002), S. 294 ff. Zusammenfassend *Tuyschaever* ebd. 57: „The provisions on closer cooperation are a primary law exception to the principle of non-discrimination as it applies ... among the Member States“ und, ihm teilweise folgend, *H. Bribosia*, Differentiation, *C.D.E.* 36 (2000), 57/68: „pas impossible que l'on cherche d'interpréter (ainsi).“ Zum Ermessensspielraum der Organe im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz und des Verhältnismäßigkeitsprinzips *EuGH*, Rs. C-233/94, *Slg.* 1997 I-2405 Rz. 56 – *Deutschland/Rat und Parlament*: „In einem solchen Fall kann der Gerichtshof die Beurteilung des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht durch seine eigene ersetzen. Er könnte dessen gesetzgeberische Entscheidung allenfalls dann beanstanden, wenn sich diese als offensichtlich fehlerhaft erwiese oder wenn die Nachteile, die sich aus ihr für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer ergeben, zu den im übrigen mit ihr verbundenen Vorteilen völlig außer Verhältnis stünden.“

¹⁰² *Tuyschaever* ebd. 57.

¹⁰³ *K. Bradley*, *Nice*, *CML Rev.* 38 (2001), 1095/1116.

¹⁰⁴ Die Bindung der Gemeinschaftsorgane an das Verbot von Diskriminierungsverbot des Art. II-21 II VVE-E

Entgegen der Ansicht *Bradleys* ist es nicht die Essenz von Ungleichzeitigkeit, dass Staatsangehörige der *ins* anders behandelt werden als diejenigen der *outs*. Ungleichzeitiges Europarecht ist vielmehr gekennzeichnet durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs auf die *ins*. Innerhalb dieses beschränkten Geltungsbereichs kann das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ebenso beachtet werden wie bei Gleichzeitigkeit. Erreicht wird dies dadurch, dass ungleichzeitiges Europarecht bei der Normierung von Rechten und Pflichten der Unionsbürger einzig an das Kriterium des Wohnorts anknüpft und nicht auf die Staatsangehörigkeit abstellt. Als allgemeine Regel des Europarechts ergibt sich dies schon daraus, dass die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit an keiner Stelle eine ausdrückliche oder implizite Ausnahme vom Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bzw. des allgemeinen Gleichheitssatzes normieren. Es gilt somit die allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit, dass eine Ungleichbehandlung der Unionsbürger aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des ungleichzeitigen Europarechts unzulässig ist. Ungleichzeitiges Europarecht findet auf alle Unionsbürger in seinem Geltungsbereich ungesehen ihrer Staatsangehörigkeit Anwendung¹⁰⁵.

Konkret bedeutet dies etwa, dass eine Änderung des Schengener Rechts, wonach Staatsangehörige der *outs* nicht länger denselben Regelungen wie Staatsangehörige der *ins* unterworfen sind, unzulässig wäre. Britische oder irische Unionsbürger dürfen beim Überschreiten einer Schengen-Außengrenze nicht etwa dem strengeren Kontrollregime für Drittstaatsangehörige unterstellt werden¹⁰⁶. Auch war es zwingend, dass das Förder- und Austauschprogramm für Rechtsberufe im Bereich des Zivilrechts für dänische Unionsbürger geöffnet wurde, die einen Rechtsberuf im Geltungsbereich der Verordnung ausüben. Gleiches gilt für das Programm zur Verwirklichung des europäischen Rechtsraums in Zivilsachen, das auch auf Unionsbürger aus dem Vereinigten Königreich, Irland und Dänemark Anwendung findet, die im Staatsgebiet eines der zwölf *ins* tätig sind¹⁰⁷. Die weitergehende Öffnung der Programme für Unionsbürger im Staatsgebiet eines *out* und die damit einhergehende faktische Gleichzeitigkeit war im Lichte des Diskriminierungsverbots nicht geboten. Soweit sie dennoch erfolgte, durfte freilich nicht zwischen Staatsangehörigen der *ins* und *outs* unterschieden werden. Die Erstreckung von

wird durch die ausdrückliche Verpflichtung der Gemeinschaftsorgane nach Art. II-51 I VVE-E bestärkt.

¹⁰⁵ Ebenso *H. Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/849; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 9; *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 26; *S. Langrish*, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/6 und, etwas unklar hinsichtlich der Beschränkung des geographischen Anwendungsbereichs, *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 11 EGV Rn. 1: „Die Einräumung von Individualrechte in Rechtsakten, die im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit verabschiedet werden..., reicht daher stets über die an der Zusammenarbeit teilnehmenden Staaten hinaus.“

¹⁰⁶ Nach der Begriffsdefinition des Art. 1 Schengen II ist „Drittausländer“ im Sinn des Schengener Rechts „eine Person, die nicht Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist.“ Nach Art. 6 II lit.c Schengen II müssen Drittausländer einer strengeren Überprüfung unterzogen werden, die auf Flughäfen faktisch durch die Einrichtung von zwei verschiedenen Kontrollposten und Warteschlangen für Unionsbürger und Drittausländer – und nicht etwa für Schengen-Bürger und Nicht-Schengen-Bürger – umgesetzt ist.

¹⁰⁷ Vgl. 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 für Dänemark nicht gilt, sowie 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), an der das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark nicht teilhaben.

Vorteilen eines ungleichzeitigen Rechtsakts nur auf Staatsangehörige der *ins* im Staatsgebiet eines *out* wäre ebenfalls eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit¹⁰⁸.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs schützt das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht nur vor direkten Ungleichbehandlungen, die unmittelbar an das Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpfen. Vielmehr sind auch Ungleichbehandlungen aufgrund des Wohnorts als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit am Diskriminierungsverbot zu messen¹⁰⁹. Wenn ungleichzeitiges Europarecht seinem Wesen nach auf das Staatsgebiet der *ins* beschränkt ist, beinhaltet dies eine solche mittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Maßgabe des Wohnorts. Zwar sind alle Unionsbürger innerhalb des beschränkten Geltungsbereichs gleich zu behandeln. Da im Staatsgebiet der *ins* aber vor allem Staatsangehörige der *ins* ihren Wohnsitz haben, begünstigt oder verpflichtet ungleichzeitiges Europarecht in erster Linie Unionsbürger mit der Staatsangehörigkeit eines *in*. Diese mittelbare Ungleichbehandlung lässt sich jedoch mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Einklang bringen. Es handelt sich um eine notwendige Folge der primärrechtlichen Verankerung von Ungleichzeitigkeit, die nicht etwa einen Verstoß einer jeden Ungleichzeitigkeit gegen Art. 12 EGV begründet¹¹⁰. Bereits im Jahr 1968 stellte der Gerichtshof fest:

„Artikel 7 EWGV verbietet den Mitgliedstaaten, ihr Kartellrecht je nach der Staatsangehörigkeit der betroffenen unterschiedlich anzuwenden. Er erfasst jedoch nicht Unterschiede in der Behandlung und Verzerrungen, die sich für die dem Gemeinschaftsrecht unterstehenden Personen und Unternehmen aus Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten ergeben, sofern diese Rechtsordnungen auf alle ihrer Herrschaft unterworfenen Personen nach objektiven Merkmalen und ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen anwendbar sind.“¹¹¹

¹⁰⁸ Zur faktischen Gleichzeitigkeit der Verordnung Kapitel 7 IV in Fn. 141 (S. 229). Ein *out* kann sich unter Verweis auf den Grundsatz der Unionstreue (Kapitel 8 II; S. 246 ff.) und den Schutz seiner Zuständigkeiten und Rechte nach Art. 43 lit.h EUV (Kapitel 2 III 8; S. 74 ff.) gegen die Einbeziehung von Unionsbürgern – gleich welcher Staatsangehörigkeit – auf seinem Territorium wehren.

¹⁰⁹ So zu den Grundfreiheiten etwa EuGH, Rs. C-279/93, Slg. 1995 I-225 Rz. 28 – *Schumacker*; EuGH, Rs. C-224/97, Slg. 1999 I-2517 Rz. 14 – *Ciola*; EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000 I-4139 Rz. 41 – *Angonese* und nunmehr auch im Hinblick auch auf Art. 12 EGV EuGH, Rs. C-388/01, Slg. 2003 I-721 Rz. 13 f. – *Kommission/Italien*. „... dass der Grundsatz der Gleichbehandlung ... auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung (verbietet), die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen. Dies trifft insbesondere auf eine Maßnahme zu, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes trifft, denn sie kann sich hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken, da die Gebietsfremden meist Ausländer sind.“

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998 I-2521 Rz. 31 – *Clean Car*. Kein Verstoß der mittelbaren Ungleichbehandlung gegen das Diskriminierungsverbot „nur, wenn ein solches Wohnsitzerfordernis auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde, den das nationale Recht verfolgte.“ Die leichtere Rechtfertigung indirekter Ungleichbehandlungen steht nicht im Widerspruch zur Unzulässigkeit direkter Diskriminierungen. Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Wohnsitzes ist auch dann möglich, wenn eine entsprechende Regelung als direkte Diskriminierung unzulässig wäre; vgl. Rs. C-388/01, Slg. 2003 I-721 Rz. 15 ff. – *Kommission/Italien*.

¹¹¹ EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 Rz. 13 – *Walt Wilhelm*. Entsprechend zum Grundgesetz BVerfGE 33, 206/231 – *Waffengesetz*: „In der Tatsache allein, dass ein Landesgesetz von verwandten Regelungen in sonstigen Ländern oder des Bundes abweicht, liegt noch kein Verstoß gegen den Art. 3 Abs. 1 GG... Mit Rücksicht auf die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland ist der Landesgesetzgeber nur gehalten, in seinem Herrschaftsbereich den allgemeinen Gleichheitssatz zu wahren. Steht einem Land die Gesetz-

Es ist eine notwendige Folge von Ungleichzeitigkeit, dass ungleichzeitiges Europarecht eine mittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufgrund des Wohnsitzkriteriums bewirkt. Der Grund hierfür ist die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereich von ungleichzeitigem Europarecht. Die Gemeinschaft handelt nur im Bezug auf die *ins*, während die *outs* die Materie weiterhin autonom wahrnehmen. Einen Verstoß gegen das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit begründet diese Ungleichbehandlung nicht. Dagegen muss die Gemeinschaft auch bei Ungleichzeitigkeit alle Unionsbürger im geographisch begrenzten Geltungsbereich gleich behandeln. Diese allgemeine Regel des Europarechts garantiert auch bei Ungleichzeitigkeit den Gleichheitsstatus der Unionsbürger. Entgegen anderslautender Befürchtungen bewirkt Ungleichzeitigkeit keine generelle Ungleichbehandlung derselben¹¹². Die Gleichbehandlung der Unionsbürger bei Ungleichzeitigkeit verdeutlicht, dass die Rechtsstellung der Unionsbürger nicht mehr nur über „ihren“ Mitgliedstaat vermittelt wird, sondern ein direktes rechtliches Band zwischen der europäischen Hoheitsgewalt und den betroffenen Unionsbürgern besteht. Das Diskriminierungsverbot gewährleistet somit gerade auch bei Ungleichzeitigkeit die Rückbindung der europäischen Rechtsordnung an die Unionsbürger¹¹³.

V Subsidiaritätsprinzip

Bei Ungleichzeitigkeit erhält auch das Subsidiaritätsprinzip eine neue Dimension. Nach dem Vertrag von Maastricht wurde das Subsidiaritätsprinzip regelmäßig als „all-or-nothing principle“¹¹⁴ begriffen, das entweder ein Handeln der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten zur Folge hat. In der Literatur zum Subsidiaritätsprinzip wurde die Situation, dass die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips aus der Sicht einiger Mitgliedstaaten für ein europäisches Handeln sprechen, während diese aus der Perspektive anderer Mitgliedstaaten einem europäischen Rechtsakt entgegenstehen, meist ausgeblendet – obgleich natürlich allgemein bekannt war, dass die unterschiedlichen wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse in den Mitgliedstaaten zu einem differenzierten Ergebnis führen können. Die Ursache hierfür ist vermutlich, dass unter Geltung des Vertrags von Maastricht Ungleichzeitigkeit einzig in den beiden Fällen der Währungsunion und des Sozialabkommens möglich war.

So enthält die umfassende Untersuchung von *Calliess* zum Subsidiaritätsprinzip zwar ein Kapitel zur „differenzierten Interpretation“ desselben, das sich mit der Möglichkeit dezentraler Schutzverstärkung aufgrund besonderer vertraglicher Ermächtigungen und der Beschränkung der EG-Rechtsetzung auf Mindeststandards beschäftigt und diese als Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Subsidiarität und Solidarität betrachtet¹¹⁵. Es handelt sich hierbei aber um Ausprägungen der „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ und die Darlegung

gebungsbefugnis zu, so hängt die Gültigkeit einer von ihm erlassenen Vorschrift nicht davon ab, ob andere Landesgesetzgeber oder der Bund eine gleichartige Regelung getroffen haben.“

¹¹² So aber *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/880: „(O)n s’interrogera sur l’inévitable rupture d’égalité entre les citoyens de l’Union qui découle de la coopération renforcée“ und *F.J. Quel López*, *Espacio*, *Rev.der.com.eur.* 2001, 117/137: „(U)na geometría variable en este espacio podría acarrear una ruptura en la igualdad de los ciudadanos de la Unión dependiendo de la pertenencia o no de los Estados a las propuestas de cooperación reforzada.“

¹¹³ Näher in verfassungstheoretischer Perspektive Kapitel 12 III 1 (S. 363 ff.).

¹¹⁴ *F. Tinyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 31.

¹¹⁵ *C. Calliess*, *Subsidiarität*, 1. Aufl. 1996, S. 167 ff.

gen beziehen sich insoweit nicht auf Ungleichzeitigkeit¹¹⁶. Auch in der zweiten Auflage nach dem Vertrag von Amsterdam greift *Calliess* das Phänomen der Ungleichzeitigkeit für die nunmehr eingeführte verstärkte Zusammenarbeit und die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit nicht auf¹¹⁷. Dagegen bereitet *Zuleeg* und *von Borries* eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten „Kopferbrechen“, das sie unter Geltung des Vertrags von Maastricht im Sinn einer notwendigen Gleichzeitigkeit lösen wollen: Das Kriterium einer nicht ausreichenden Zielverwirklichung durch die Mitgliedstaaten sei erfüllt, wenn „auch nur ein Mitgliedstaat dazu nicht imstande (ist).“¹¹⁸

Die zunehmende Ungleichzeitigkeit der europäischen Rechtsordnung und insbesondere die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit rücken die Frage nach dem Verhältnis von Subsidiarität und Ungleichzeitigkeit verstärkt in den Blickwinkel des wissenschaftlichen Interesses. *Lane* erwoh bereits in seiner Analyse des Vertrags von Maastricht eine differenzierte Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Sinn von Ungleichzeitigkeit als „one possible, very innovative outcome of Maastricht ... whereby Community action would be justified and lawful in some Member States which had showed themselves unable or disclined to comply with acceptable standards of environmental protection, but not in others which had not.“¹¹⁹ In dieselbe Richtung enthält auch die Erklärung des Europäischen Rats von Edinburgh eine differenzierte Aussage zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, nicht aber dem Subsidiaritätsprinzip in engeren Sinn: „Where difficulties are localised and only certain Member States are affected, any necessary Community action should not be extended to other Member States unless this is necessary to achieve an objective of the Treaty.“¹²⁰ Im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (1997) und der Rechtspraxis der Organe wurde diese differenzierte Sicht allerdings nicht aufgegriffen¹²¹. Auch der entsprechende Anhang zum Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents geht hierauf nicht ein¹²².

Nach der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit haben insbesondere *Bribosia* und *Tuytschaever* umfassend dargelegt, inwieweit das Subsidiaritätsprinzip im Lichte von Ungleichzeitigkeit eine modifizierende Auslegung erfahren könnte. Sie erwägen vor allem eine „Subjektivierung“¹²³ des Subsidiaritätsprinzips. Dessen Voraussetzungen müssten für jeden Mitgliedstaat einzeln betrachtet werden. Die Beurteilung könne dann zu einem nach Mitgliedstaaten differenzierten Ergebnis führen: Während aus der Sicht eines Mitgliedstaats eine Sachfrage ausreichend auf nationaler Ebene geregelt werden kann und daher die Voraussetzungen

¹¹⁶ Zur gleichzeitigen Rechtfolgendifferenzierung Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

¹¹⁷ *C. Calliess*, Subsidiarität, 2. Aufl. 1999, S. 207-220.

¹¹⁸ Zitate nach Groeben/Thiesing/Ehlermann-M. *Zuleeg*, Art. 3b EGV Rn. 23; entsprechend *R. v. Borries*, Subsidiaritätsprinzip, EuR 1994, 263/278.

¹¹⁹ *R. Lane*, Maastricht, CMLRev. 30 (1993), 939/971. Seine Schlussfolgerung ist, dass „(t)his would be ... a politically fraught course which the Court of Justice may not be prepared to follow.“

¹²⁰ Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Erklärung über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; zitiert nach *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 241. Ähnlich *K. Lenaerts/P. van Ypersele*, Subsidiarité, Cahiers 1994, 65/70: „... l'inaptitude d'un seul État membre suffit à permettre le déclenchement d'une action communautaire. Toutefois, l'action entreprise ne devra pas empiéter plus qu'il n'est indispensable sur la compétence résiduaire de chaque État membre. C'est pourquoi la Communauté devra apprécier le degré d'aptitude de chaque État, ce qui n'est pas une sinécure.“

¹²¹ Zur Praxis der Organe die Analyse bei *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/113.

¹²² Siehe das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

¹²³ *Bribosia* ebd. 113: „le mécanisme constitutionnel de la coopération renforcée pourrait avoir pour effet de « subjectiver » quelque peu les critères de la subsidiarité.“

des Subsidiaritätsprinzips nicht vorliegen, ist ein anderer Mitgliedstaat hierzu nicht in der Lage. Wenn aus seiner Sicht eine Regelung wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erfolgen kann, spricht aus seiner Sicht das Subsidiaritätsprinzip für ein Gemeinschaftshandeln. Die verstärkte Zusammenarbeit eröffnet hier „a mid-way solution“¹²⁴. Im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit kann die Maßnahme für einige Mitgliedstaaten auf Gemeinschaftsebene verwirklicht und für andere in nationaler Zuständigkeit belassen werden – ganz wie das Subsidiaritätsprinzip es erfordert¹²⁵.

Tuyschaever und *Bribosia* weisen zudem darauf hin, dass die verstärkte Zusammenarbeit den Mehrwert europäischer Regelungen betont. Sie ergänze insoweit die dem Subsidiaritätsprinzip oft unterstellte Orientierung an der Wahrung mitgliedstaatlicher Kompetenzen durch eine integrationsfreundliche Komponente: „(C)lassic subsidiarity was put in the Treaty to cut down future Community action. (It) is based on a criterion of insufficiency of Member State action... Closer cooperation is meant to have the opposite effect, albeit only for the participating Member States. It is based on a criterion of Community (or Union) insufficiency.“¹²⁶ *Bribosia* erwartet, dass hierdurch das Subsidiaritätsprinzip mit neuem Leben gefüllt werden könnte. Seine oft bemängelte praktische Ineffektivität könne durch eine differenzierte Betrachtung teilweise behoben werden. Ungleichzeitigkeit unterstütze „mettre en œuvre une subsidiarité différenciée, et dès lors redonner un sens et une certaine effectivité au principe de subsidiarité tout court. Ainsi, la coopération renforcée pourrait constituer un cadre organisé permettant plus systématiquement de respecter le choix de certains États membres désirant une action communautaire – fût-ce dans un forum restreint – et d’autres estimant qu’ils sont plus aptes à réaliser eux-mêmes les objectifs communautaires.“¹²⁷

Diese Auffassung überzeugt. Bei Ungleichzeitigkeit besteht kein Nebeneinander verschiedener nationaler Regelungen, die in Ausübung des Subsidiaritätsprinzips entweder einheitlich einer europäischen Harmonisierung zugeführt oder in insgesamt in nationaler Zuständigkeit belassen werden. Vielmehr koexistiert bei Ungleichzeitigkeit eine europarechtliche Lösung mit einem beschränkten geographischen Geltungsbereich mit der fortbestehenden nationalen Regulierung der *outs*. Dieser „Wettbewerb“ europäischer und nationaler Regelungen wird bei der verstärkten Zusammenarbeit besonders deutlich. Ihr Anwendungsbereich ist nicht auf bestimmte Mitgliedstaaten und spezielle Sachthemen festgelegt, sondern erlaubt von Fall zu Fall eine Kooperation unterschiedlicher Mitgliedstaaten in verschiedenen Gemeinschaftspolitiken¹²⁸. Dies ermöglicht den Bürgern, den nationalen politischen Akteuren und den europäischen Institutionen einen direkten Vergleich zwischen der Effizienz und Effektivität von europäischer Regelung und nationaler Kompetenzwahrnehmung. Diese direkte Vergleichsmöglichkeit schärft den Blick für den Mehr- oder Minderwert europäischer Regelungen und kann hierdurch dem Subsidiaritätsprinzip zu einer größeren Durchsetzungskraft verhelfen.

Es sollte jedoch beachtet werden, dass Ungleichzeitigkeit über die objektiven Beurteilungsmaßstäbe des Subsidiaritätsprinzips hinausgeht. Die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit lassen ein Zurückbleiben einzelner Mitgliedstaaten auch dann zu, wenn das Subsidiaritätsprinzip ihre Teilnahme unterstützt und sie aus politischen Gründen eine Frei-

¹²⁴ *S. Weatherhill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 37.

¹²⁵ Umfassend *Bribosia* ebd. 111 ff. und *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 240 ff.

¹²⁶ *Tuyschaever* ebd. 241; im Ergebnis ebenso *Bribosia* ebd. 114.

¹²⁷ *Bribosia* ebd. 113.

¹²⁸ Siehe Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

stellung wünschen. Dies gilt bei der verstärkten Zusammenarbeit ebenso wie bei den Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Britische Politiker weisen zwar ausdrücklich darauf hin, dass britische Grenzkontrollen wegen der Insellage eine größere Effektivität als in Kontinentaleuropa besitzen, weshalb die Nichtteilnahme am Schengener Recht gerechtfertigt sei¹²⁹. Man kann im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit insoweit von einer „forme particulière de subsidiarité“ sprechen¹³⁰. Anders als die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips hängt die Ausübung der ungleichzeitigen Sonderposition aber gerade nicht von der Darlegung oder Richtigkeit solcher objektiver Kriterien ab. Ungleichzeitigkeit und Erwägungen der Subsidiarität können zusammenfallen, müssen dies aber nicht¹³¹.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Ungleichzeitigkeit eine differenzierte Anwendung des Subsidiaritätsprinzips erlaubt. Insbesondere die verstärkte Zusammenarbeit erlaubt eine Zwischenlösung zwischen einer gemeinschaftsweiten Regelung und der Wahrung nationaler Zuständigkeitswahrnehmung in Fällen, in denen das Subsidiaritätsprinzip aus der Sicht einiger Mitgliedstaaten gegen eine europäische Regelung spricht. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips kann nach allgemeinen Regeln ein Grund für die Begründung von Ungleichzeitigkeit sein. Ungleichzeitigkeit und Subsidiarität besitzen letztlich aber eine unterschiedliche Zielrichtung. Während das Subsidiaritätsprinzip an Kriterien der wirtschaftlichen und politischen Steuerungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten und der Union anknüpft, richtet sich die Entscheidung für oder gegen Ungleichzeitigkeit letztlich nach dem politischen Integrationswillen der Mitgliedstaaten. Ungleichzeitigkeit und Subsidiarität besitzen damit eine getrennte Stoßrichtung – auch wenn sie sich nach allgemeinen Regeln im Einzelfall überschneiden können.

VI Acquis communautaire: Beitritt neuer Mitgliedstaaten

Der Begriff des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstands oder *acquis communautaire* war immer ein beschreibender Begriff, der von sich aus keine eigenen Rechtswirkungen entfaltet. Die Bindungswirkung einzelner Gemeinschaftsrechtsakte gründet auf ihrer Rechtsnatur als Gemeinschaftsrecht und dessen Verhältnis zum nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Die Zuordnung zur Kategorie des *acquis communautaire* fügt den Rechtswirkungen einzelner Gemeinschaftsrechtsakte grundsätzlich nichts hinzu. Wenn die Rechtswissenschaft auf den Begriff des *acquis communautaire* zurückgreift, verwendet sie ihn dementsprechend als kategorisierenden Sammelbegriff und erörtert in seinem Rahmen Rechtsfragen, die sich jeweils auch unabhängig von der begrifflichen Zuordnung zum *acquis communautaire* stellen und durch diese Zuordnung keine neue rechtliche Dimension erfahren¹³². Auch die Rechtswirkungen ungleichzeitigen Europarechts sind aufgrund allgemeiner Erwägungen zu ermitteln und entsprechen – abgesehen vom eingeschränkten geographischen Geltungsbereich – grundsätzlich denjenigen

¹²⁹ Näher Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

¹³⁰ So V. Constantinesco, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/754.

¹³¹ Ebenso *Tuytschaever* ebd. 241: „(Flexibility) entails at least one significant difference from the type of differentiation which is inherent in classic subsidiarity, namely that it must not be based on the existence of objective socio-economic differences between the Member States.“

¹³² Siehe auch S. Weatherhill, *Safeguarding*, in: Heukels u.a. (1998), S. 175: „Claims to respect the *acquis* are less significant than they may initially appear“; C. Gialdino, *Acquis*, CMLRev. 32 (1995), 1089; C. Delcourt, *Acquis*, CML Rev. 38 (2001), 829; G. Isaac, *Pilier*, C.D.E. 37 (2001), 45/64 ff. und P. Hall, *Flexibilität*, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 337: „zu fließendes und undefinierbares Konzept, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.“

des gleichzeitigen Geschwisterrechts¹³³. Ob man sie begrifflich der Kategorie des *acquis communautaire* zuordnet oder nicht, bewirkt keine Änderung der Rechtsfolgen. Die Auslegung und Anwendung einzelner ungleichzeitiger Rechtsakte oder des ungleichzeitigen Europarechts in seiner Gesamtheit sind unabhängig von seiner Zuordnung zum Besitzstand.

Gleichwohl kritisierten verschiedene Autoren, dass Ungleichzeitigkeit den *acquis communautaire* als „legal patrimony of the EC“¹³⁴ in Frage stellt. Ungleichzeitigkeit bewirke im Hinblick auf den *acquis* eine „tendency of individualization“¹³⁵ und beinhalte ein „hijacking“¹³⁶ des Besitzstands durch die Mitgliedstaaten. Dies ist insoweit zutreffend, als Ungleichzeitigkeit sich ihrem Wesen nach dadurch auszeichnet, dass das betroffene Europarecht im Staatsgebiet der *outs* nicht gilt. Ungleichzeitigkeit umfasst gerade nicht alle Mitgliedstaaten. Es sollte aber auch beachtet werden, dass Ungleichzeitigkeit in erster Linie in neuen Sachbereichen der Integration vereinbart wurde. Sie ist kein Mittel zur Renationalisierung des erreichten Integrationsstands und allgemein nur zulässig, soweit die vertraglich vereinbarten Verfahren und Voraussetzungen eingehalten werden. Um die integrale Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Verfassungsrahmen der Europäischen Union hervorzuheben, sollte auch terminologisch kein Widerspruch zwischen gleichzeitigem und ungleichzeitigem Europarecht konstruiert werden. Jedes Europarecht gehört zum Besitzstand, nur der räumliche Geltungsbereich ist bei Ungleichzeitigkeit modifiziert¹³⁷.

Eine eigenständige Bedeutung kommt dem Begriff des *acquis communautaire* einzig beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten zu. Hier signalisiert der Verweis auf den gemeinschaftlichen Besitzstand, dass die Mitgliedstaaten in den Beitrittsverhandlungen grundsätzlich auf der Übernahme des gesamten *acquis* durch die Neumitglieder bestehen. Bei den bisherigen Erweiterungen wurden den neuen Mitgliedstaaten Ausnahmen nur in Form von Übergangsvorschriften oder besonderen Protokollbestimmungen gewährt. Hierbei handelt es sich um keine besondere Form von Ungleichzeitigkeit, sondern um eine gleichzeitige Rechtsfolgendifferenzierung. Die Anwendung des Europarechts wird durch Übergangsbestimmungen nur zeitlich aufgeschoben. Nach dem Ablauf der Übergangsfrist findet das Europarecht gleichsam automatisch Anwendung und die neuen Mitgliedstaaten sind schon vor dem Ablauf der Übergangsfrist an eventuellen Änderungsbeschlüssen mit vollem Stimmrecht in Rat beteiligt¹³⁸. Zeitlich befristete Übergangsbestimmungen ändern nicht den „all-or nothing effect“¹³⁹ der EU-Mitgliedschaft. Anders als Ungleichzeitigkeit begründen Übergangsbestimmungen gerade keine politische Wahlfreiheit über das Ob einer Teilnahme.

Bei Ungleichzeitigkeit ist die Gleichförmigkeit der Integration gemeinschaftsintern nicht mehr umfassend gewährleistet. Es ist daher nur konsequent und Ausdruck der Gleichberech-

¹³³ Hierzu bereits Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.).

¹³⁴ E. Vranes, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/381.

¹³⁵ C. Delcourt, Acquis, CML Rev. 38 (2001), 829/862.

¹³⁶ D. Curtin, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/67.

¹³⁷ Terminologisch differenzierend Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 44 EUV Rn. 6: „Teil-Acquis ... Partikularrecht“; Thun-Hohenstein, Amsterdam (1997), S. 122: „gemeinschaftsrechtlicher Natur, rechnen andererseits aber nicht zum *acquis communautaire*“; K. Hailbronner, Immigration and Asylum (2000), S. 61: „*acquis* located *extra-communautaire*“; E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/95: „flexibility *acquis*“. Siehe auch A. Toth, Protocols, in: Heukels u.a. (1998), S. 245: „The concept of the *acquis*, as we know it today, will cease to exist“; „private *acquis*“.

¹³⁸ Hierzu bereits Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

¹³⁹ F. Tnytschaever, Differentiation (1999), S. 237.

tigung alter und neuer Mitgliedstaaten, wenn neuen Mitgliedstaaten bei einem Beitritt zur Europäischen Union dieselbe Wahlmöglichkeiten eröffnet wird wie den Altmitgliedern. Ganz in diesem Sinn normiert Art. 44 I UAbs.2 EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza, dass ungleichzeitige Rechtsakte einer verstärkten Zusammenarbeit „nicht Bestandteile des Besitzstands der Union“ sind und daher von neuen Mitgliedstaaten nicht übernommen werden müssen¹⁴⁰. Es ist zu begrüßen, dass Art. I-43 IV VVE-E nunmehr klarstellt, dass die bisherige Formulierung keinen Ausschluss des ungleichzeitigen Europarechts vom Besitzstand bezweckt. Vielmehr gehört es nur nicht zum „Besitzstand, der von den beitrittswilligen Ländern angenommen werden muss.“¹⁴¹ Es ist den neuen Mitgliedstaaten hiernach freigestellt, ob sie sich an einer verstärkten Zusammenarbeit beteiligen oder nicht. Die Teilnahme kann konstitutiv im Beitrittsvertrag geregelt werden und gilt dann sofort nach dessen Inkrafttreten. Alternativ kann sie nach dem EU-Beitritt aufgrund des regulären Teilnahmeverfahrens jederzeit beantragt werden¹⁴². Dies gilt insbesondere dann, wenn eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen der Unterzeichnung und dem Inkrafttreten der Beitrittsverträge vereinbart werden sollte, da eine Regelung der Teilnahme im Beitrittsvertrag in diesen Fällen nicht möglich ist.

Das Schengener Recht gilt nach der ausdrücklichen Anordnung in Art. 8 Schengen-Protokoll dagegen „(b)ei den Verhandlungen über die Aufnahme neuer Mitgliedstaaten ... als ein Besitzstand, der von allen Staaten, die Beitrittskandidaten sind, vollständig zu übernehmen ist.“ Hierdurch trafen die derzeitigen Mitgliedstaaten eine politische Festlegung, dass keine weiteren Ausnahmen vom Schengener Recht nach dänisch-britisch-irischem Vorbild gewährt werden¹⁴³. Dies hatte jedoch das britische *House of Lords* gefordert, weil die Anwendung des starren Außengrenzregimes des Schengener Recht für die neuen Mitgliedstaaten politische und wirtschaftliche Komplikationen in ihrem Verhältnis zu den östlichen Nachbarn mit sich bringt¹⁴⁴. Wenn Art. 8 Schengen-Protokoll diese Möglichkeit versagt, unterstreicht dies, dass die Gewährung einseitiger *opt-outs* bislang ein Privileg von Mitgliedstaaten ist, deren notwendige Zustimmung zu einer Vertragsänderung nur durch die Gewährung einer ungleichzeitigen Ausnahme erreicht werden kann¹⁴⁵. Allerdings wurde im Beitrittsvertrag eine abgestufte Inkraftsetzung des Schengener Rechts vereinbart, die zwar keine Form von Ungleichzeitigkeit darstellt, die tatsächliche Anwendung einzelner Aspekte des Schengener Recht aber gleichwohl bis ins kommende Jahrzehnt hinein verzögern könnte¹⁴⁶.

Eine grundsätzliche Teilnahmepflicht besteht für neue Mitgliedstaaten auch bei den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit. Die dänisch-britisch-irische Sonderposition im sonstigen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die dänische Ausnahme von der Verteidigungspolitik beziehen sich nach dem Wortlaut der jeweiligen Protokollnormierungen nur

¹⁴⁰ So bereits im Hinblick auf das Rechtsregime der verstärkten Zusammenarbeit nach dem Vertrag von Amsterdam, das eine entsprechende ausdrückliche Normierung nicht enthielt, *Toth* ebd. 246 f. und *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 336; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 61; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/116 und *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 122.

¹⁴¹ Es handelt sich um eine bewusste Änderung der zu allgemeinen Tragweite der bisherigen Formulierung; so der Entwurf des Präsidiums: Die verstärkte Zusammenarbeit, 14.5.2003, Konvents-Dok. CONV 723/03, S. 19.

¹⁴² Zum Teilnahmeverfahren Kapitel 2 II (S. 47 ff.). Ebenso *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/166.

¹⁴³ Als *lex specialis* verdrängt Art. 8 Schengen-Protokoll die Teilnahmefreiheit nach Art. 44 I UAbs.2 EUV, die auf das Schengener Recht als einer modifizierten Form der verstärkten Zusammenarbeit ansonsten Anwendung fände.

¹⁴⁴ Hierzu bereits Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

¹⁴⁵ Siehe auch *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/119: „There is certainly no logical reason that explains the Protocol’s discrimination between prospective Member States and the ... exempted Member States.“

¹⁴⁶ Näher Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

auf diese Mitgliedstaaten und gewähren damit den neuen Mitgliedstaaten keine Wahlfreiheit für oder gegen die Teilnahme¹⁴⁷. In der Währungsunion unterfallen neue Mitgliedstaaten bis zur Erfüllung der Konvergenzkriterien zwar dem ungleichzeitigen Sonderregime für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung¹⁴⁸. Eine weitergehende politische Freistellung nach britisch-dänischem Vorbild wurde weder bei der Erweiterung des Jahres 1995 noch in den aktuellen Beitrittsverhandlungen von einem Beitrittskandidat beantragt. Das Beispiel Schwedens verdient hierbei besondere Beachtung, da dieser Mitgliedstaat faktisch eine politische Freistellung in Anspruch nimmt, die er rechtlich nicht besitzt¹⁴⁹. Es ist nicht bekannt, ob die anderen Mitgliedstaaten einen Beitritt Schwedens auch dann akzeptiert hätten, wenn dieses auf einer politischen Freistellung bestanden hätte.

Diese Begrenzung von Ungleichzeitigkeit auf Altmitglieder ist rechtlich nicht zwingend. Es gibt keine allgemeine Regel des Europarechts, die es verbietet, im Rahmen von Beitrittsverträgen eine Ungleichzeitigkeit zu Gunsten eines neuen Mitgliedstaats zu verankern. Beitrittsverträge besitzen nämlich den Rang von Primärrecht¹⁵⁰. In ihrem Rahmen kann daher grundsätzlich auch eine neue Form von Ungleichzeitigkeit vereinbart werden – ebenso wie die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit durch Vertragsänderungen nach Art. 48 EUV begründet wurden. Man könnte allenfalls erwägen, in der Vorgabe Art. 49 EUV zur Regelung der „Aufnahmebedingungen“ und der „durch eine Aufnahme erforderlich werdenden Anpassungen der Verträge“ eine Begrenzung der Gestaltungsfreiheit des Beitrittsvertrags zu sehen, die das mögliche Ausmaß an Ungleichzeitigkeit einschränkt¹⁵¹. In Fortführung der bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit könnte einem neuen Mitgliedstaat jedenfalls eine politische Freistellung von der Währungsunion nach dänisch-britischem Vorbild oder eine Ausnahme vom Schengener Recht nach britisch-irischem Vorbild gewährt werden.

Auch die Vereinbarung einer neuartigen Form von Ungleichzeitigkeit ist nicht generell ausgeschlossen. So könnte Island im Fall eines EU-Beitritts eine Ausnahme von der Gemeinsamen Fischereipolitik gewährt werden. Freilich setzt dies eine Zustimmung der anderen Mitgliedstaaten voraus, die sie im parallelen Fall Grönlands politisch nicht zugestehen wollten¹⁵². Seinerzeit bestand innerhalb der Gemeinschaft jedoch noch keine Ungleichzeitigkeit. Die bestehende Ungleichzeitigkeit würde nunmehr das politische Gewicht der Forderung nach Un-

¹⁴⁷ Anders als beim Schengener Recht handelt es sich bei diesen Formen von Ungleichzeitigkeit nicht um eine modifizierte Form der verstärkten Zusammenarbeit, so dass die allgemeine Bestimmung des Art. 44 I U-Abs. 2 EUV auch dann keine Anwendung findet, wenn eine ausdrücklich Übernahmepflicht wie in Art. 8 Schengen-Protokoll fehlt.

¹⁴⁸ Hierzu Kapitel 4 I 4 (S. 139 ff.).

¹⁴⁹ Siehe Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.).

¹⁵⁰ Ausdrücklich EuGH, Rs. 31 & 35/86, Slg. 1988, 2185 Rz. 12 – *LALISA* sowie bereits Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

¹⁵¹ Die Kommentarliteratur enthält keine näheren Ausführungen zu dieser Problematik; vgl. etwa Groeben/Thiesing/Ehlermann-*W. Meng*, Art. O EUV und Grabitz/Hilf-C. *Vedder*, Art. N EUV Rn. 45. Soweit man die Vereinbarung von Ungleichzeitigkeit im Rahmen des Art. 49 EUV für unzulässig erachtete, könnte man erwägen, einen Beitrittsvertrag mit einer Vertragsänderung nach Art. 48 EUV zu verbinden, in deren Rahmen die Vereinbarung einer sachlich begrenzten Ungleichzeitigkeit nach dem Vorbild der bestehenden Regelungen möglich ist.

¹⁵² Grönland war freilich nie ein eigener Mitgliedstaat, sondern als autonome Region Dänemarks nach dem heutigen Art. 299 EGV in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts einbezogen. Beim EU-Beitritt Dänemarks sah das Protokoll betreffend Grönland (1972) eine Sonderregelung nur für den Zugang zu einigen kaufmännischen Tätigkeiten vor. Erst infolge eines im Wesentlichen durch Fragen der Fischereipolitik bestimmten Referendum im Jahr 1982 wurde 1984 der „Austritt“ Grönlands aus der Gemeinschaft in einem Änderungsvertrag geregelt; allgemein hierzu *F. Weiss*, *Greenland*, *EL Rev.* 10 (1985), 173.

gleichzeitigkeit stützen¹⁵³. In der anstehenden Erweiterung um die zehn mittel-, ost- und süd-europäische Staaten erlangten diese Überlegungen keine Aktualität. Die bisherigen Mitgliedstaaten bestanden darauf, dass die Neumitglieder alle Aspekte des gleichzeitigen und ungleichzeitigen Besitzstands übernehmen und auch umgekehrt wurden von den Beitrittskandidaten keine Ungleichzeitigkeit gefordert. Es scheint sich damit die Praxis fortzusetzen, dass Sonderpositionen ein Zugeständnis an Altmitglieder sind, um deren notwendige Zustimmung zu einer Vertragsänderung zu erreichen. Rechtlich zwingend ist dies jedoch nicht. Es gibt keine allgemeine Regel des Europarechts, die die Begründung von Ungleichzeitigkeit in Beitrittsverträgen generell untersagt. Ungleichzeitige Ausnahmen könnten insbesondere ein Mittel sein, um zögernden europäischen Drittstaaten wie der Schweiz, Island oder Norwegen den Beitritt zur Europäischen Union zu erleichtern.

VII Grundprinzip Ungleichzeitigkeit?

Verschiedene Autoren haben Ungleichzeitigkeit als „*leitmotif*“¹⁵⁴ des Vertrags von Amsterdam oder gar als europäisches „Strukturprinzip der Zukunft“¹⁵⁵ bezeichnet. Infolge seiner „*reconnaissance pour ne pas dire sa constitutionnalisation*“¹⁵⁶ entwickle sich Ungleichzeitigkeit zu „one of the organising principles of the Community legal order“¹⁵⁷. Andere Autoren lehnen es dagegen ausdrücklich ab, Ungleichzeitigkeit als Struktur- oder Verfassungsprinzip der Europäischen Union zu qualifizieren. Sie verweisen darauf, dass es „nicht die bestimmende Integrationsmethode der künftigen Union“ sein werde¹⁵⁸. Konkrete rechtliche Folgerungen werden mit der jeweiligen Kategorisierung nicht verbunden. Auch in der bisherigen Untersuchung gab es keine Situation, in der die Annahme oder Ablehnung eines Struktur-, Verfassungs- oder Grundprinzips Ungleichzeitigkeit ein unterschiedliches rechtliches Ergebnis bewirkt hätte. Soweit die Verträge Ungleichzeitigkeit zulassen, ist diese in ihrem jeweils zu ermittelnden Anwen-

¹⁵³ Tatsächlich sieht Island in der zunehmenden Ungleichzeitigkeit der europäischen Rechtsordnung eine Chance, in eventuellen Beitrittsverhandlungen eine ungleichzeitige Nichtgeltung der Fischereipolitik durchzusetzen; vgl. Selbstbewusst wie in den ‚Kabeljau-Kriegen‘, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5.9.2000, S. 8.

¹⁵⁴ Editorial Comments, Amsterdam, CMLRev. 34 (1997), 767/768; E. Wagner, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/33: „*leitmotif* of the Treaty“.

¹⁵⁵ G. Müller-Brandeck-Bocquet, Umweltpolitik, Integration 1997, 292/295.

¹⁵⁶ H. Labayle, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/7. Ähnlich F. Chaltiel, Amsterdam, RMC 1998, 289: „La constitutionnalisation de la coopération renforcée“ und X. Pons Rafols, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/147: „constitucionalización“.

¹⁵⁷ A. Dashwood, Enlargement, in: ders. (1996), S. 145/158; ähnlich Pons Rafols ebd.: „nuevo principio en el sistema comunitario“.

¹⁵⁸ C. Giering/J. Janning, Katalysator, Integration 2001, 146/153. Entsprechend B. Martenczyk, Struktur, EuR 2000, 351/364: „Die Strukturprinzipien der Europäischen Union für das 21. Jahrhunderts sind Subsidiarität, Solidarität und Kohärenz. Differenzierung und Asymmetrie gehören nicht in diesem Kanon“; Schwarze-A. Hatje, Art. 11 EGV Rn. 1: „Positiv gewendet ist Art. 11 (EGV) ein Beleg dafür, dass die Mitgliedstaaten für die tragende Säule der EU am Konzept der einheitlichen und gleichzeitigen Integration festhalten. Deshalb wäre es verfehlt, in dieser Bestimmung den Ausdruck eines neuen Verfassungsprinzips der EU zu sehen, das gleichrangig neben der einheitlichen Wirksamkeit und der Subsidiarität stünde“ und Callies/Ruffert-M. Ruffert, Art. 45 EUV Rn. 3. C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/395 erachtet den Begriff „Verfassungsprinzip“ wegen der intergouvernementalen Natur der Verträge als unangemessen. A. von Bogdandy, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 197 lehnt die Annahme eines abstrakten Rechtsprinzips der Flexibilität ebenso ab wie die eines abstrakten Rechtsprinzips der unbegrenzten Einheit oder Integration.

dungsbereich zulässig. Soweit die Verträge keine Ungleichzeitigkeit normieren, kann diese aufgrund der sonstigen Gleichzeitigkeit der Rechtsetzung auch nicht verwirklicht werden¹⁵⁹.

Die verschiedenen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit besitzen als integraler Bestandteil des europäischen Primärrechts dieselbe rechtliche Geltungskraft wie die anderen Regelungen der europäischen Verträge. Man kann insoweit von einer „Konstitutionalisierung“ von Ungleichzeitigkeit zu sprechen. Dies besagt jedoch nur, dass die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit aufgrund einer Vertragsänderung eingeführt wurden und hiernach ein Bestandteil des Vertragsrechts geworden sind. Auch steht Ungleichzeitigkeit nicht im Widerspruch zu den herkömmlichen Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung. Die Untersuchung in diesem Kapitel zeigt vielmehr, dass Ungleichzeitigkeit mit diesen grundsätzlich in Einklang steht. Solange man nicht die Ansicht vertritt, dass es innerhalb des europäischen Primärrechts eine Hierarchie zwischen verschiedenen Grundprinzipien gibt, in deren Folge die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit als „vertragswidriges Vertragsrecht“ gegebenenfalls unangewandt bleiben müssen, besteht daher keine rechtliche Notwendigkeit, eine Aussage über die Existenz eines Grundprinzips Ungleichzeitigkeit zu treffen¹⁶⁰.

Ob man von einem Grundprinzip Ungleichzeitigkeit spricht, ist somit in erster Linie eine politische Wertung über die Bedeutung des bestehenden Ausmaßes an Ungleichzeitigkeit. Diese betrifft mit der Währungsunion, der Verteidigungspolitik und dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zweifellos zentrale Aspekte der europäischen Integration. Welche Bedeutung Ungleichzeitigkeit darüber hinaus in den kommenden Jahren zukommt, hängt im Wesentlichen davon ab, in welchem Umfang auf das Institut der verstärkten Zusammenarbeit zurückgegriffen wird. Die Annahme eines Grundprinzips Ungleichzeitigkeit ist daher auch eine politische Wertung zugunsten einer umfassenden Nutzung der verstärkten Zusammenarbeit. Die verstärkte Zusammenarbeit ist ihrerseits aber ein pragmatisches Rechtsinstitut, das eine ungleichzeitige Fortentwicklung der europäischen Integration gestattet, ohne diese zwingend vorzuschreiben. Die Nutzung dieser Möglichkeit ist dem politischen Entscheidungsprozess nach Maßgabe der prozeduralen und materiellen Vorgaben der Verträge überantwortet. Bei den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit gilt dies entsprechend. Hier obliegt es regelmäßig der politischen Entscheidung des *out*, ob er seine ungleichzeitige Sonderposition fortsetzen möchte oder die Herstellung von Gleichzeitigkeit unterstützt. Die europäischen Verträge bieten Ungleichzeitigkeit als Möglichkeit an. Man kann insoweit von einem Grundprinzip sprechen. Eine allgemeine Regel, dass diese nicht genutzt werden dürfe oder begründet werden müsse, besteht jedoch nicht.

¹⁵⁹ Wenn insbesondere das allgemeine Institut der verstärkten Zusammenarbeit nicht greift, kann allenfalls auf das Instrument einer gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung zurückgegriffen werden; Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

¹⁶⁰ Zur Annahme, dass die europäischen Verträge den Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit nicht im Sinn von „vertragswidrigem Vertragsrecht“ entgegenstehen, die einleitenden Bemerkungen zu diesem Kapitel.

VIII Fazit

Ungleichzeitigkeit steht nicht im Widerspruch zu den herkömmlichen Grundprinzipien des Europarechts. Ungleichzeitiges Europarecht ist vielmehr ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung und entfaltet in den beteiligten Mitgliedstaaten dieselben Rechtswirkungen wie gleichzeitiges Europarecht. Insbesondere genießt es nach allgemeinen Regeln Vorrang vor dem nationalen Recht und ist gegebenenfalls unmittelbar anwendbar. Mögliche Konflikte zwischen ungleichzeitigem und gleichzeitigem Europarecht werden durch spezielle Kohärenz-, Kollisions- und Kompetenzabgrenzungsregeln einer rechtlichen Lösung zugeführt. Dies garantiert die Einheit der europäischen Rechtsordnung auch bei Ungleichzeitigkeit. Ungleichzeitigkeit ist auch ansonsten kein Fremdkörper in der europäischen Rechtsordnung. Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit garantieren vielmehr die Einbettung des ungleichzeitigen Europarechts in die einheitliche europäische Rechtsordnung unter dem gemeinsamen Dach der europäischen Verträge. Hierbei kommt dem Grundsatz der Unionstreue eine besondere Bedeutung zu, weil er die *ins*, die *outs* und die europäischen Institutionen zur wechselseitigen Rücksichtnahme verpflichtet.

Da die Auslegung der verschiedenen Grundprinzipien des Europarechts bislang von deren gleichzeitigen Geltung ausging, bewirkt und erfordert Ungleichzeitigkeit im Einzelfall eine modifizierte Betrachtung. Wenn Ungleichzeitigkeit eine europäische Rechtsetzung mit Wirkung für einzelne Mitgliedstaaten erlaubt, könnte dies eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips bewirken, weil besser auf Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten Rücksicht genommen werden kann. Auch der Begriff des *acquis communautaire* erscheint in einem neuen Licht, da der Beitritt neuer Mitgliedstaaten nicht mehr notwendig mit einer Übernahme des gesamten Besitzstands verbunden ist. Es gibt zwar keine allgemeine Regel des Europarechts, dass Ungleichzeitigkeit im Binnenmarkt generell unzulässig wäre. Gleichwohl darf Ungleichzeitigkeit zu keiner Verletzung der Grundfreiheiten oder einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen. Dies sichert einen grundsätzlichen Gleichheitsstatus der Unionsbürger und Wirtschaftsteilnehmer bei Ungleichzeitigkeit und bestätigt das Gesamtbild, dass Ungleichzeitigkeit trotz der modifizierenden Wirkung in Einzelaspekten keine Kehrtwendung bewirkt, welche die Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung in ihren Grundfesten erschüttert.

Kapitel 9

EXTERNE DIMENSION

Die Väter der europäischen Verträge erkannten schon vor 50 Jahren, dass ein effektiver Gemeinsamer Markt sich nicht auf die Abschaffung der Handelshemmnisse zwischen den Mitgliedstaaten beschränken kann, sondern der Ergänzung durch eine gemeinsame Außenhandelspolitik bedarf. *Walter Hallstein* fasste den inneren Zusammenhang zwischen Binnenregulierung und Außenzuständigkeit in einen Satz: „Innere und äußere Einheit sind die zwei Seiten einer und derselben Münze.“¹ Bei Ungleichzeitigkeit ist die innere Einheit des Gemeinschaftsrechts wegen der geographischen Beschränkung des Geltungsbereichs relativiert. Dagegen orientieren sich die herkömmlichen Grundsätze über die Außenkompetenzen der Gemeinschaft an der Notwendigkeit eines einheitlichen Auftretens. Sie können daher, wenn überhaupt, nicht unbesehen auf Ungleichzeitigkeit übertragen werden. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Außenvertretung der Gemeinschaft und dem Schutz der legitimen Interessen der *outs*. Diese sollen auf dem Umweg internationaler Regelungen nicht mittelbar in den Regelungsgehalt des ungleichzeitigen Europarechts einbezogen werden. Es ist daher zu ermitteln, ob die wünschenswerte Einheitlichkeit des auswärtigen Handelns und der Schutz der legitimen Interessen der *outs* aufgrund allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer Synthese zugeführt werden können.

Die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für auswärtiges Handeln bei Ungleichzeitigkeit soll in diesem Kapitel mit exemplarischen Überlegungen zur externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verbunden werden. Dieser ist bislang nicht nur die quantitativ wichtigste Form von Ungleichzeitigkeit. Ihrem Wesen nach erfordern effektive europäische Regeln im Bereich der Justiz- und Innenpolitik vielfach eine völkerrechtliche Kooperation mit Drittstaaten. Die Terroranschläge in New York und Washington am 11. September 2001 haben verdeutlicht, dass innere Sicherheit durch ein einseitiges Vorgehen nicht mehr gewährleistet werden kann. Schon in Tampere hat der Europäische Rat darauf hingewiesen, dass „alle der Union zur Verfügung stehenden Zuständigkeiten und Instrumente, insbesondere im Bereich der Außenbeziehungen, in integrierter und kohärenter Weise dazu verwendet werden müssen, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen.“² Die rechtliche Position der *outs* und der *ins* bedarf dabei ebenso einer näheren Betrachtung wie die Frage, inwiefern trotz Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten möglich ist.

I Auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft

Die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für das auswärtige Handeln der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit erfordert in einem ersten Schritt eine Antwort auf die Frage, ob und, wenn ja, in welchem Umfang der Gemeinschaft bei Un-

¹ *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 193.

² Europäischer Rat in Tampere am 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rz. 59.

gleichzeitigkeit eine Kompetenz für ein eigenständiges völkerrechtliches Handeln zukommt³. Eine ausdrückliche auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit normieren die Verträge nur im Bereich der Währungsunion. Nach Art. 111 EGV besteht eine Außenkompetenz der Gemeinschaft für die Vereinbarung von Wechselkurssystemen mit Drittstaaten⁴. Eine besondere Kompetenz zum Abschluss eines säulenübergreifenden Abkommens mit Norwegen und Island zu deren Anbindung an das Schengener Recht ist darüber hinaus in Art. 6 Schengen-Protokoll niedergelegt⁵. Bei allen anderen Formen von Ungleichzeitigkeit existiert dagegen keine ausdrückliche auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft. Diese kann der Gemeinschaft somit nur aufgrund der AETR-Grundsätze zukommen, soweit diese bei Ungleichzeitigkeit Anwendung finden.

1 Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze

Nach der inzwischen ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfen die Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen, die Gemeinschaftsrechtsnormen „beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können.“⁶ Die Außenkompetenz der Gemeinschaft ergibt sich insoweit implizit aus den Binnenermächtigungen der Verträge und ist grundsätzlich ausschließlich⁷. In der deutschsprachigen Literatur hat sich in den vergangenen Jahren ein Meinungsstreit entwickelt, ob die AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit anwendbar sind⁸. Dies steht in einem überraschenden Kontrast zu der Diskussion in der nicht-deutschen Literatur, in der eine Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit meist ohne weitere Erörterung unterstellt wird⁹. Die ablehnende Haltung der deutschsprachigen Autoren beruht letztlich auf einer Stellungnahme *Bekkers*, die dieser eher beiläufig im Anschluss an allgemeine Anmerkungen zur Sperrwirkung der verstärkten Zusammenarbeit für die interne Gesetzgebung der Mitgliedstaaten tätigte:

³ Die Begriffe „Kompetenz“ und „Zuständigkeit“ werden als gleichbedeutend verwandt. So nunmehr auch EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 – *Kommission/Deutschland* und die Anmerkung von *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/278.

⁴ Nach Art. 122 III EGV umfasst die Kompetenz nur die *ins* der Währungsunion; siehe schon Kapitel 4 I 3 (S. 136 ff.). Näher zu Rechtsfragen der Außenvertretung der Währungsunion insbesondere *C. Zilioli/M. Selmayr*, External, CML Rev. 36 (1999), 273. Siehe auch *F. Granell*, Euro, Rev.der.com.eur. 1998, 7; *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 170 ff. und *B. Martenczuk*, Außenvertretung, ZaöRV 59 (1999), 93.

⁵ Hierzu Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

⁶ EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*.

⁷ Zur rechtlichen Tragweite der AETR-Grundsätze in der späteren Rechtsprechung des Gerichtshofs statt vieler *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 731 ff.; *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 47 ff.; *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277. und die einschlägigen Kommentierungen von Art. 300 EGV.

⁸ Zu den zweifelnden oder ablehnenden Stimmen die Nachweise im Folgenden. Eine Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit nehmen in der deutschsprachigen Literatur dagegen an *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379 f.; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 32 ff. und *C. von Büttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/682.

⁹ Etwa *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/853: „nothing prevents this“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/116; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93; *S. Peers*, Justice and Home Affairs (2000), S. 51: „the normal rule that the EC has implied external competence once it adopts internal measures will apply“; *C.D. Ehlermann*, Differentiation, ELJ 4 (1998), 246/258: „ERTA-effect may emerge“; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 63: „action in this area may create ERTA effects“; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/172: „podrá desarrollarse la cooperación reforzada mediante la celebración de tratados internacionales“.

„Geht man von einem Modell konkurrierender Kompetenzen aus, so führt die Zusammenarbeit dazu, dass ein gemeinschaftlicher Kompetenzzuwachs erfolgt, aber nur gegenüber den beteiligten Mitgliedstaaten. Das ist zwar weithin wegen des Anwendungsvorrangs von eher dogmatischem als praktischem Interesse. Bei Überlegungen zur Entwicklung der Vertragsschluss-, also Außenkompetenzen, kann die Frage aber durchaus Bedeutung entfalten. Insofern wird davon auszugehen sein, dass keine parallelen Außenkompetenzen erwachsen, da sonst die (verstärkte Zusammenarbeit) die Kompetenzen der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beschneiden könnte und vor allem das Auftreten nach Außen hin nicht einheitlich für die gesamte Gemeinschaft erfolgte.“¹⁰

Unter Berufung auf *Becker* lehnen auch *Hatje* sowie modifizierend *Martenczuk* und *Ruffert* die Anwendung der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit ab¹¹. Den Mitgliedstaaten verbleibe die Zuständigkeit, einen Bereich, der von einem ungleichzeitigen Binnenrechtsakt geregelt ist, einer eigenständigen völkerrechtlichen Regelung mit Drittstaaten zuzuführen. Allenfalls seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre verbleibende Zuständigkeit zur Außenvertretung „gemäß dem allgemeinen Grundsatz der Loyalität ... einvernehmlich (zu) gestalten“¹². Dieser Verweis auf eine alternative intergouvernementale Koordinierung des Auftretens der Mitgliedstaaten überzeugt nicht. Sie wurde vom Gerichtshof schon in der ursprünglichen AETR-Entscheidung nicht als rechtlicher Einwand gegen die AETR-Grundsätze anerkannt. Die Kommission hatte sich seinerzeit gegen eine Situation gewandt, in der die Mitgliedstaaten sich bereits auf eine gemeinsame Verhandlungsposition verständigt hatten und diese auch durch einen gemeinsamen Sprecher vertreten lassen wollten. Ausdrücklich entschied der Gerichtshof, dass „die Mitgliedstaaten weder einzeln *noch selbst gemeinsam handelnd* berechtigt (sind), mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen“¹³.

Soweit *Martenczuk* und *Ruffert* die Anwendbarkeit der AETR-Grundsätze unter Verweis auf das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit für ausgeschlossen erachten, weil diese im Bereich von ausschließlichen Gemeinschaftskompetenzen nach Art. 43 lit.d EUV ausgeschlossen ist, stützt dies ihre These ebenfalls nicht¹⁴. Das „vierte Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit nimmt zwar Sachbereiche einer ausschließlichen Verbandskompetenz der Gemeinschaft wie die Gemeinsame Handelspolitik vom Anwendungsbereich der verstärkten

¹⁰ U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/53 f. Der Verweis auf *A. Dashwood*, Enlargement, in: ders. (1996), S. 145/151 unterstützt die Ansicht *Beckers* allenfalls bedingt, da das zitierte Positionspapier *Dashwoods* aus dem Jahr 1996 stammt und rechtspolitische Überlegungen zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten variabler Geometrie enthält. Konkret heißt es bei *Dashwood*: „Can the ERTA doctrine apply in an area in which variable geometry applies?... The ERTA doctrine applies only where there are *common* rules that may be affected by the international undertakings Member States enter into... In areas affected by variable geometry, ... the Community has no external competence.“

¹¹ Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 27 f.: „(Es) kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Wahrnehmung von Befugnissen im Rahmen der (verstärkten Zusammenarbeit) zu einer Verschiebung der Außenkompetenzen führt.“ Im Ergebnis ebenso *B. Martenczuk*, Amsterdam, ZEuS 1998, 447/468 und *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 11 EGV Rn. 6. Zweifelnd auch *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 63: „difficult to imagine“.

¹² *Hatje* ebd. 28. Ähnlich *Becker*, *Martenczuk* und *Ruffert* sowie die rechtspolitischen Überlegungen bei *Dashwood* ebd. Sofern *Becker* zum Beleg auf *C.D. Ehlermann*, „Two Speeds“, Michigan Law Review 82 (1984), 1274/1278 verweist, ist dies kein Beleg für die These. *Ehlermann* will nämlich die AETR-Grundsätze anwenden und überlegt einzig, ob eine auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft entstehe „with respect to all (i.e., also the non-participating) Member States? Or does an exclusive power exist only in relation to those Member States that do participate in the operation?“

¹³ EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 15/19 – AETR (eigene Hervorhebung).

¹⁴ *Martenczuk* und *Ruffert* ebd.

Zusammenarbeit aus. Hier ist eine ungleichzeitige Außenvertretung tatsächlich ausgeschlossen¹⁵. Bei der Anwendung der AETR-Grundsätze geht es aber um die Konstellation, dass eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten zulässig begründet wurde, ohne dass eine ausschließliche Zuständigkeit berührt ist. Die Folgefrage ist nun, ob nach Maßgabe der AETR-Grundsätze eine auswärtige Zuständigkeit *im Rahmen* der verstärkten Zusammenarbeit entsteht. Die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dann in der Tat ausschließlich und sperrt ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten, ohne dass die verstärkte Zusammenarbeit bei ihrer Begründung eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz nach Art. 43 lit.d EUV verletzt¹⁶.

Nicht zielführend ist schließlich auch der Hinweis, dass aus der ausdrücklichen Verankerung einer Außenkompetenz in Art. 6 Schengen-Protokoll und Art. 111 EGV im Umkehrschluss abgeleitet werden könne, dass der Vertragsgeber in anderen Fällen von Ungleichzeitigkeit keine Außenvertretung der Gemeinschaft zulassen wollte¹⁷. Die Einführung von ausdrücklichen Bestimmungen kann in beiden Fällen mit einer alternative Motivation erklärt werden: Die beiden Normierungen zielen in erster Linie auf die Festschreibung eines speziellen Entscheidungsverfahrens, das von den allgemeinen Vorgaben des Art. 300 EGV abweicht¹⁸. Aus der Existenz der beiden ausdrücklichen Bestimmungen kann somit nicht im Umkehrschluss auf die allgemeine Nichtanwendbarkeit der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit geschlossen werden. Schon in der ursprünglichen AETR-Entscheidung hat der Gerichtshof die implizite Außenzuständigkeit der Gemeinschaft gerade nicht auf explizite Vertragsnormen, sondern auf das „System“ der Verträge gestützt¹⁹. Die maßgebliche Argumentation des Gerichtshofs war nicht der Wortlaut der Verträge, sondern die einheitliche Anwendung und der *effet utile* des Gemeinschaftsrechts. Aus der Verbindung von Art. 10 EGV mit einer konkreten Gemeinschaftspolitik folgt nach der Auffassung des Gerichtshofs:

„... dass Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen dürfen, welche *Gemeinschaftsrechtsnormen*, die zur Verwirklichung der Vertragsziele ergangen sind, *beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern* können... Neben dieser Gemeinschaftszuständigkeit kann es keine konkurrierende Zuständigkeit der Mitgliedstaaten geben, da alles, was außerhalb der Gemeinschaftsorgane geschieht, mit der

¹⁵ Siehe Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.).

¹⁶ Zur Ausschließlichkeit der AETR-Zuständigkeit EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*: „nur die Gemeinschaft“. Soweit *Martenczuk* und *Ruffert* ebd. zu dem Ergebnis gelangen, dass der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit eine Zusammenarbeit mit Drittstaaten erlaubt sei, „ohne dass eine ausschließende Kompetenz begründet wird“ (*Ruffert*), bleibt offen, in welchem Verhältnis die verbleibende Außenzuständigkeit der Mitgliedstaaten zu derjenigen der Gemeinschaft stehen soll. Der mögliche Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, den die AETR-Grundsätze gerade ausschließen wollen, ist nicht ausgeräumt.

¹⁷ So unter Hinweis auf Art. 111 EGV Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28. Allgemein kritisch zur fehlenden ausdrücklichen Regelung der externen Dimension von Ungleichzeitigkeit *H. Kortenberg*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/853; *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/379 f. und *R. Hofmann*, *Flexibilität*, EuR 1999, 713/725.

¹⁸ Nach Art. 111 III EGV muss die EZB, nicht aber das Europäische Parlament, angehört werden und nach Art. 111 IV EGV kann die Vertretung der Gemeinschaft auch der Ratspräsidentschaft oder der EZB anstelle der Kommission übertragen werden. Das Verfahren des Art. 6 Schengen-Protokoll ist auf einen entsprechenden Ratsbeschluss beschränkt (näher Kapitel 9 I 2; S. 274 ff.) und normiert darüber hinaus eine Abschlussverpflichtung: „Die Republik Island und das Königreich Norwegen *werden ... assoziiert*.“

¹⁹ EuGHE 1971, 263 Rz. 15/19 – *AETR*.

Einheit des Gemeinsamen Marktes und *einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts* unvereinbar ist.“²⁰

Diese Erwägungen, die der AETR-Rechtsprechung zu Grunde liegen, greifen auch bei Ungleichzeitigkeit. Ungleichzeitiges Europarecht gilt zwar nicht in allen Mitgliedstaaten, so dass insofern nicht von einer einheitlichen Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrecht im gesamten Unionsgebiet gesprochen werden kann. Dennoch ist ungleichzeitiges Europarecht ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. Die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* gelten innerhalb des beschränkten geographischen Geltungsbereichs von ungleichzeitigem Gemeinschaftsrecht ebenso wie bei Gleichzeitigkeit. Bei Ungleichzeitigkeit finden daher die AETR-Grundsätze nach allgemeinen Regeln ebenso Anwendung wie alle anderen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die wie der Vorrang oder die unmittelbare Anwendung direkt oder mittelbar auf der Notwendigkeit der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* beruhen²¹. Hiernach entsteht auch bei Ungleichzeitigkeit eine entsprechende AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft, soweit ein autonomes Handeln der Mitgliedstaaten die ungleichzeitigen Normen des Europarecht „beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern (kann).“²²

Die AETR-Grundsätze können bei Ungleichzeitigkeit freilich nur mit einer Einschränkung gelten: Ebenso wie das ungleichzeitige Gemeinschaftsbinnenrecht, das eine auswärtige AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft begründet, besitzen völkerrechtliche Verträge der Gemeinschaft auf dieser Grundlage einen geographisch beschränkten Geltungsbereich. Sie binden europarechtlich nur die an der Binnenrechtsetzung beteiligten Mitgliedstaaten. Dies ist als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit eine notwendige Folge des beschränkten geographischen Geltungsbereichs des Binnenrechts. Da nur die *ins* an dieses gebunden sind, kann es auch nur für sie eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit bewirken²³. Bei der verstärkten Zusammenarbeit wird dies Ergebnis durch den not-

²⁰ Ebd. Rz. 20/22 (erster Satz des Zitats), Rz. 30 f. (zweiter Satz); eigene Hervorhebung.

²¹ Hierzu bereits Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.).

²² EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 Rz. 20/22 – *AETR*. Ebenso die eingangs in Fn. 8 f. erwähnten Autoren (S. 206). Im Grundsatz ähnlich Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 26: „(D)ie Ratio des Vorrangs, die Sicherung der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten, gilt ebenso für die (verstärkte Zusammenarbeit)“. Ebd. 28 kommt er freilich zu dem Schluss, dass die Kompetenzverschiebung infolge der AETR-Grundsätze die „Rechtseinheit in der gesamten Gemeinschaft ... schützen soll ..., während der gemeinsamen Außenvertretung im Rahmen einer (verstärkten Zusammenarbeit) eine gespaltene Rechtsordnung im Innern der EG korrespondieren würde“, weshalb gerade keine ungleichzeitige AETR-Zuständigkeit entstehe.

²³ Im Ergebnis ebenso *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379 f. und *ders.*, Differentiation, ELJ 4 (1998), 246/258: „ERTA-effect may emerge and give the Community exclusive treaty competence vis-à-vis third countries for those Member States taking part in the co-operation“; *H. Kortenber*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/853: „Can one conclude international agreements whose field of application is limited to participating states? Nothing prevents this“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868: „(O)nce cooperating States have adopted common rules, the ERTA principle would seem to restrict their competence to conclude agreements with non-member States..., while the non-participating States would remain free to conclude agreements separately“; *F. Thytschaever*, Differentiation (1999), S. 173: „common only to the Member States without a derogation“; *Lenz-C.-O. Lenz*, Art. 11 EGV Rn. 23; *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/106; *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/116: „Presumably the ERTA principle must now be taken to apply only to the participating Member States, leaving non-participating Member States free to conclude separate external agreements“; Schwarze-*A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28 für den Fall, dass man entgegen seiner Auffassung eine Geltung der AETR-Grundsätze annimmt: „Allerdings wären durch diese Abkommen nur die Mitgliedstaaten gebunden, die an der Zusammenarbeit beteiligt sind“; *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/171 in Fn. 78: „en su caso, el tratado se celebrará por las instituciones de acuerdo

wendigen Schutz der „Zuständigkeit und Rechte“ der *outs* nach Art. 43 lit.h EUV bestätigt²⁴. Dies bestätigt auch der gemeinsame Art. 2 der Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass „Vorschriften internationaler Übereinkünfte, die von der Gemeinschaft nach jenem Titel geschlossen werden“ für die betroffenen Mitgliedstaaten „nicht bindend oder anwendbar (sind)“. Die interne Ungleichzeitigkeit setzt sich bei der gemeinschaftsrechtlichen Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge fort.

Die Einführung einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung zu den auswärtigen AETR-Zuständigkeiten der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit ist ebenso wenig erforderlich wie bei Gleichzeitigkeit²⁵. Die Ratio der AETR-Grundsätze gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Diese gelten nach den allgemeinen Regeln des Europarechts somit auch bei Ungleichzeitigkeit. Soweit ungleichzeitiges Gemeinschaftsrecht durch ein eigenständiges völkerrechtliches Auftreten der *ins* beeinträchtigt oder in seiner Tragweite geändert würde, darf nach Maßgabe der AETR-Grundsätze einzig Gemeinschaft völkerrechtlich gegenüber Drittstaaten auftreten. Eine völkerrechtliche Verpflichtung der Gemeinschaft auf dieser Grundlage gilt gemeinschaftsrechtlich freilich nur für die *ins*. Art. 300 VII EGV ist bei Ungleichzeitigkeit dahingehend auszulegen, dass völkerrechtliche Übereinkommen gemeinschaftsrechtlich nur diejenigen Mitgliedstaaten verpflichten, die auch an den Binnenrechtsakt gebunden sind. Insoweit gilt gerade auch bei Ungleichzeitigkeit die Formel von der Parallelität von ausgeübten Binnenkompetenzen und korrespondierender AETR-Außenzuständigkeit.

2 Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Die AETR-Grundsätze besitzen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine besondere Bedeutung. Zum einen umfassen dessen vertragliche Grundlagen mit Ausnahme des Art. 6 Schengen-Protokoll keine ausdrücklichen auswärtigen Zuständigkeiten, so dass der Umfang der Außenkompetenz sich nach den AETR-Grundsätzen richtet. Zum anderen bedarf der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in den Anfangsjahren seiner Entwicklung eines besonderen Schutzes vor Rechtsverstößen durch die Mitgliedstaaten. Es ist im Einzelnen zu ermitteln, in welchem Umfang seine fortschreitende Entwicklung nach Maßgabe der AETR-Grundsätze zum Entstehen einer entsprechenden Außenkompetenz der Gemeinschaft führt. Hierdurch werden die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit illustriert und aufgezeigt, dass deren Anwendung bei Ungleichzeitigkeit dieselben Abgrenzungsprobleme aufwirft wie bei Gleichzeitigkeit. Es ist nämlich ein allgemeines Charakteristikum der AETR-Grundsätze, dass von Fall zu Fall entschieden werden muss, ob und inwieweit ein völkerrechtlicher Vertrag in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft fällt²⁶.

con los procedimientos del Tratado y, aunque sólo afecte a los Estados participantes en la cooperación reforzada, tendrá consecuencias jurídicas para la Comunidad.“

²⁴ Näher Kapitel 2 III 8 (S. 74 ff.). Hierauf stützt ausdrücklich eine eingeschränkte Bindungswirkung von völkerrechtlichen Übereinkommen bei Ungleichzeitigkeit *S. Langrish*, Amsterdam, EL Rev. 23 (1998), 3/6.

²⁵ Die ausdrückliche Bestimmung des Art. I-12 II VVE-E zur ausschließlichen AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft erstreckt sich auf gleichzeitiges Unionsrecht ebenso wie auf sein gleichzeitiges Geschwisterrecht. Verwiesen wird nämlich nur auf die Beeinträchtigung eines „internen Rechtsakts der Union“.

²⁶ Dies betont etwa Generalanwalt *Trabucchi*, Rs. 3, 4 & 6/76, Slg. 1976, 1279/1320 – *Kramer*. „The incompatibility of a State’s power in a particular field must not be determined in theory but by actual comparison with the Community legislation.“

Dubliner Recht

Mit einem Beschluss vom 15. März 2001 nahm der Rat ein Übereinkommen zur Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht an, das die beiden nordischen Drittstaaten in die europäischen Regelungen zur Zuständigkeit für die Prüfung von Asylanträgen einbindet²⁷. Es ist dies das erste Übereinkommen der Gemeinschaft, das sich auf eine ungleichzeitige AETR-Zuständigkeit nach allgemeinen Regeln stützt. Diese ergibt sich aus der Eurodac-Verordnung über die computergestützte zentrale Datenbank zum Abgleich von Fingerabdrücken zur Verhinderung mehrfacher Asylanträge einer Person. Das Übereinkommen ändert nicht nur die geographische Reichweite der Datenbank, sondern besitzt im Hinblick auf die materiellen Eingabekriterien, einschließlich Datenschutzbestimmungen, auch das Potential, die Eurodac-Verordnung im Sinn der AETR-Grundsätze zu beeinträchtigen. An der AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft bestehen insoweit keine Zweifel. Darüber hinaus regelt das Übereinkommen die Einbeziehung der beiden Staaten in das Rechtsetzungsverfahren und die Anwendung der Dublin-II-Verordnung. Das Übereinkommen gründet auch insoweit auf einer AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft²⁸.

In Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit war der dänische Minister an den Beratungen des Rats über das Übereinkommen beteiligt, während sein Stimmrecht beim einstimmigen Beschluss über die Annahme des Übereinkommens ruhte²⁹. In Fortschreibung der internen Ungleichzeitigkeit bestimmt der achte Erwägungsgrund des Annahmebeschlusses des Rates ausdrücklich: „Gemäß den Artikeln 1 und 2 des Protokolls über die Position Dänemarks ... beteiligt sich Dänemark nicht an der Annahme dieses Beschlusses, der diesen Mitgliedstaat somit nicht bindet und auf ihn keine Anwendung findet.“³⁰ Das Übereinkommen zwischen der Gemeinschaft sowie Norwegen und Island über deren Anbindung an das Dubliner Recht bestätigt somit in doppelter Hinsicht den rechtlichen Befund des vorstehenden Abschnitts: Nach Maßgabe der allgemeinen Regeln entsteht auch bei Ungleichzeitigkeit eine AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft; jedoch binden die hiernach angenommenen Abkommen die *outs* nicht als Gemeinschaftsrecht.

EuGV-Verordnung

Nach der Annahme der EuGV-Verordnung am 22. Dezember 2000 ist deren externe Dimension ein wichtiger Baustein für die internationale Einbettung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Gerade im Bereich des internationalen Privatrechts gibt es eine Viel-

²⁷ Beschluss 258/2001/EG des Rates über den Abschluss des Übereinkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Kriterien und Regelungen zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in Island oder Norwegen gestellten Asylantrags vom 15.3.2001 (ABl. 2001 L 93, 38). Das Übereinkommen war am 19.1.2001 unterzeichnet worden und trat am 1.4.2001 in Kraft <db.consilium.eu.int/accords/default.asp?lang=de>. Da das Dubliner Recht nicht dem Schengener Recht zuzuordnen ist, ist es vom Assoziierungsabkommen mit Norwegen und Island nicht umfasst; hierzu Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

²⁸ Da die Mitwirkung im EG-Rechtsetzungsverfahren ihrem Wesen nach nur vor der Verabschiedung eines Rechtsakts geregelt werden kann, war eine entsprechende AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft insoweit schon vor der Annahme der Dublin-II-Verordnung gegeben.

²⁹ Zur Einstimmigkeit Art. 63 Nr.1 lit.a, 67 I, 300 II UAbs.1 S.2 EGV. Im Übrigen wurde das Verfahren des Art. 300 EGV ohne Modifikation befolgt. Kommission und Parlament fassten ihre Beschlüsse in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln unter Einschluss aller Mitglieder. Näher Kapitel 7 (S. 205 ff.).

³⁰ Die Eurodac-Verordnung und die Dublin-II-Verordnung gelten nicht für Dänemark, während das Vereinigte Königreich und Irland sich in Ausübung ihrer Wahlfreiheit für eine Teilnahme entschieden.

zahl völkerrechtlicher Instrumente, an denen im Rahmen ihrer Zuständigkeit zukünftig auch die Gemeinschaft zu beteiligen ist. Allerdings ist der Umfang der gemeinschaftlichen AETR-Zuständigkeit in der Literatur umstritten und variiert je nach Standpunkt erheblich³¹. Die Streitfrage wird demnächst einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt, wenn der Gerichtshof einen Gutachtenantrag des Rats beantwortet³². Anlass ist die geplante Vereinbarung eines neuen Übereinkommens von Lugano, das die EFTA-Staaten in die Regelungsstruktur der EuGV-Verordnung einbindet³³. Im Oktober 2002 erteilte der Rat der Kommission ein Mandat zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen mit Norwegen, Island, der Schweiz und Lichtenstein³⁴. Ob in seinem Rahmen auch Dänemark völkerrechtlich in den Regelungsgehalt der EuGV-Verordnung eingebunden werden wird, ist derzeit noch nicht ersichtlich³⁵.

Haager Konferenz für Internationales Privatrecht

Schwieriger gestaltet sich die Wahrnehmung der AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und hier insbesondere bei den Verhandlungen über ein weltweites Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen³⁶. Das Statut der Haager Konferenz, ein völkerrechtlicher Vertrag, erlaubt bislang nur den Beitritt von Staaten, so dass der Gemeinschaft eine direkte Teilnahme an den Verhandlungen *de lege lata* nicht möglich ist³⁷. Gleichwohl koordinierten die Mitgliedstaaten im Frühjahr 2001 ihre Verhandlungsposition in einem (informellen) Ratsbeschluss, an dem sich Dänemark in Fortführung der internen Ungleichzeitigkeit nicht beteiligte³⁸. Nach den Auskünften der Haager Konferenz

³¹ Soweit man aus Art. 65 EGV eine Zuständigkeit der Gemeinschaft nur zur Angleichung innergemeinschaftlicher Konfliktsituationen ableitet, beschränkt sich die AETR-Zuständigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten auf den Schutz der gemeinschaftlichen Binnenregelung vor der Überlagerung durch internationale Regeln (so *O. Remien*, *Private*, CML Rev. 38 (2001), 53/76; *C. Kohler*, *Ehesachen*, NJW 2001, 10/14). Soweit man aus Art. 65 EGV eine Zuständigkeit zur weltweiten Regelung des internationalen Privatrechts ableitet, kann man eine weitreichende oder gar ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft für die meisten Aspekte des internationalen Privatrechts annehmen (so *J. Basedow*, *Communautarization*, CML Rev. 37 (2000), 687/701 ff.).

³² Der Gutachtenantrag ist im Register des Gerichtshofs als Gutachten 1/03 vermerkt. Er wurde angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 27./28.2.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 6162/03 (Presse 42).

³³ Das (erste) Übereinkommen (von Lugano) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen wurde am 16.9.1988 unterzeichnet (BGBl. 1994 II 2658, 3772) und trat für Deutschland am 1.3.1995 in Kraft (BGBl. 1995 II 221).

³⁴ Beschluss des Rates zur Ermächtigung der Kommission, Verhandlungen aufzunehmen im Hinblick auf die Annahme eines Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zur Ersetzung des Übereinkommens von Lugano vom 16. September 1988; Rats-Dok. 12426/02 mit COR 1 (vertraulich); angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 14./15.10.2002, vgl. Presseerklärung, Rats-Dok. 12895/02 (Presse 308), S. 34.

³⁵ Nach der Teilnahmeentscheidung des Vereinigten Königreichs und Irlands gilt die EuGV-Verordnung einzig für Dänemark nicht. Näher zur völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

³⁶ Zum aktuellen Stand der Verhandlungen siehe die Homepage der Haager Konferenz <www.hcch.net>.

³⁷ Satzung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht vom 31.10.1951, revidierte Fassung; *United Nations Treaty Series Vol. 220*, p. 121. Ob nach dem Vorbild des GATT 1947 eine teilweise Funktionsnachfolge der Gemeinschaft in den Vertragsstaatenstatus der Mitgliedstaaten auf Grundlage eines Konsenses der Vertragsparteien in Betracht kommt, sei hier nicht näher erörtert. Näher zum Beispiel des GATT etwa *A. Zimmermann*, *Staattennachfolge* (2000), S. 715 ff.

³⁸ So die Erklärung des Rats der Justiz- und Innenminister vom 28./29.5.2001; Rats-Dok. 9118/01 (Presse 203). In einem anderen Fall „ermächtigte“ die Gemeinschaft die Mitgliedstaaten ausdrücklich, das Haager Übereinkommen zur elterlichen Verantwortung und den Schutz der Kinder „im Interesse der Gemeinschaft“ zu unterzeichnen und forderte sie zur Ratifikation auf. Hierdurch wird ein Zeichen für die grundsätzliche AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft aufgrund der VO 1347/2000/EG des Rates vom 29.5.2000

wird die Möglichkeit einer Ratifikation des Übereinkommens durch die Gemeinschaft unabhängig von ihrem Beitritt zur Haager Konferenz erörtert³⁹. Hierdurch würde der neuen AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft weitgehend Rechnung getragen. Umfassend umgesetzt wäre sie jedoch erst, wenn der Gemeinschaft auch eine gleichberechtigte Teilnahme an den Verhandlungen ermöglicht würde. Ganz in diesem Sinne ermächtigte der Rat die Kommission Ende 2002, Verhandlungen über den Beitritt der Gemeinschaft zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht aufzunehmen⁴⁰.

Schengener Recht

Wie bereits erwähnt enthält das Schengen-Protokoll in Art. 6 eine spezielle Vertragsschlusskompetenz zur Assoziierung Norwegens und Islands mit dem Schengener Recht. Die Regelung gründet auf der politischen Übereinkunft, dass die Teilnahme Dänemarks, Finnlands und Schwedens am Schengener Recht die Nordische Passunion nicht aufheben soll⁴¹. Das Assoziierungsübereinkommen zwischen dem „Rat der Europäischen Union“ sowie Norwegen und Island wurde am 18. Mai 1999 in Brüssel unterzeichnet⁴² und durch ein spezielles Abkommen hinsichtlich der Teilnahme des Vereinigten Königreichs und Irlands am Schengener Recht ergänzt⁴³. Durch die Normierung einer speziellen Vertragsschlusskompetenz in Art. 6 Schengen-Protokoll wurden die Rechtsprobleme einer säulenübergreifenden Außenvertretung umgangen, die teilweise den Regeln des EG-Vertrags und teilweise denjenigen der dritten Säule folgt. Dies mag das Einigungsbedürfnis der Verhandlungsdelegationen in Amsterdam befriedigt haben. Die Rechtswirkungen des Übereinkommens bleiben dennoch unklar. Schwierigkeit bereitet insbesondere die Antwort auf die Frage, wen der „Rat der Europäischen Union“ als Vertragspartei vertritt⁴⁴. Die spezielle Normierung des Art. 6 Schengen-Protokoll ist jedoch auf die Anbindung Norwegens und Islands an das Schengener Recht be-

(ABl. 2000 L 160, 19) gesetzt; siehe Entscheidung 93/2003/EG des Rates vom 19.12.2002 (ABl. 2003 L 48, 1).

³⁹ Siehe wiederum die Homepage der Haager Konferenz <www.hcch.net>.

⁴⁰ Recommendation from the Commission to the Council in order to authorise the Commission to open and conduct negotiations with the Hague Conference on Private International Law on the conditions and modalities of accession of the European Community; Rats-Dok. 11842/02 JUSTCIV 128 (vertraulich); angenommen auf der Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 28./29.11.2002; vgl. Presseerklärung, Rats-Dok. 14817/02 (Presse 375), S. VII.

⁴¹ Siehe Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

⁴² Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 18.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 36); in Kraft getreten am 26.6.2001 (BGBl. 2002 II 627). Angenommen durch Beschluss 439/1999/EG des Rates vom 17.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 35), an dem in Übereinstimmung mit Art. 6 I Schengen-Protokoll alle Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und Irland beteiligt waren. Siehe auch Beschluss 437/1999/EG des Rates zum Erlass bestimmter Durchführungsvorschriften vom 17.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 31).

⁴³ Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen zur Festlegung der Rechte und Pflichten zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland einerseits und der Republik Island und dem Königreich Norwegen andererseits in den für diese Staaten geltenden Bereichen des Schengen-Besitzstands vom 28.6.1999 (ABl. 2000 L 15, 3). Angenommen durch Beschluss 29/2000/EG des Rates vom 28.6.1999 (ABl. 2000 L 15, 2), an dem in Übereinstimmung mit Art. 6 II Schengen-Protokoll alle 15 Mitgliedstaaten mitwirkten.

⁴⁴ Vgl. allgemein L. Corrado, *L'intégration*, RMC 1999, 342/343 und S. Peers, *Justice and Home Affairs* (2000), S. 59: „hybrid character and their legal effect is extremely uncertain.“ J. de Zwaan, *Movement*, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 107/116 hebt die „unique and unprecedented institutional innovation“ dieser Vorschrift hervor und C. Thun-Hohenstein, *Amsterdam* (1997), S. 56 stellt fest: „Der Rat wird also nicht für sich selbst tätig, sondern handelt im Namen der Gemeinschaft und der in der dritten Säule agierenden Union.“

schränkt. Bei Abkommen mit anderen Drittstaaten muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln eine entsprechende AETR-Zuständigkeit zusteht. Dies gilt etwa für eine Beteiligung der Schweiz am SIS⁴⁵.

Außengrenzkontrollen

Soweit der Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln eine AETR-Zuständigkeit jedenfalls für Teilaspekte des Schengener Rechts zukommt, wird dies Ergebnis durch das Außengrenzkontrollen-Protokoll und das Kaliningrad-Protokoll nicht in Frage gestellt. Deren Normierungen können keine externe „Ungleichzeitigkeit“ in dem Sinn begründen, dass sie den *ins* des Außengrenzkontrollregimes des Schengener Rechts den Abschluss eigener völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten gestatten, soweit der Gemeinschaft nach Maßgabe des jeweiligen Binnenrechts eine ausschließliche AETR-Zuständigkeit zusteht⁴⁶. Zwar heißt es im Außengrenzkontrollen-Protokoll, dass Rechtsakte nach Art. 62 Nr.2 lit.a EGV „nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aushandlung und den Abschluss von Übereinkünften mit Drittländern“ berühren. Zugleich erlaubt das Außengrenzkontrollen-Protokoll ein autonomes Auftreten der Mitgliedstaaten aber nur dann, wenn die Übereinkünfte „mit den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften und ... internationalen Übereinkommen in Einklang stehen.“⁴⁷

In Anlehnung an ähnliche Vorschriften in anderen Titeln des EG-Vertrags, sollte diese Regelung so ausgelegt werden, dass sie die AETR-Grundsätze unberührt lässt⁴⁸. Diese sind als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts ein integraler Bestandteil der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften unter deren Vorbehalt die Normierung des Außengrenzkontrollen-Protokolls ausdrücklich steht. Nur soweit die AETR-Grundsätze keine auswärtige Gemeinschaftskompetenz begründen, können die *ins* eigene Übereinkommen mit Drittstaaten schließen⁴⁹. Der Umfang der verbliebenen Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten

⁴⁵ Die Rat ermächtigte Kommission und Ratsvorsitz am 17.6.2002 gemäß Art. 300 I EGV, 38, 24 I EUV zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Schweiz über deren Anbindung an das Dubliner und säulenübergreifende Teilaspekte des Schengener Rechts. Die Verhandlungen begannen im September 2002 und kommen nach Auskunft des Rats zügig voran; vgl. Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁴⁶ Eine solche „Ungleichzeitigkeit“ der Außenvertretung ordnet wohl das Protokoll betreffend Frankreich (1992) an, das Frankreich das Recht zur Festsetzung der Parität des westafrikanischen CFP-Franc zum Euro verleiht, obwohl die Außenwährungspolitik der Euro-Gruppe grundsätzlich eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit ist; hierzu *C. Zilioli/M. Selmayr*, External, CML Rev. 36 (1999), 273/324 ff.

⁴⁷ Beide Zitate sind dem einzigen operativen Absatz des Protokolls über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen (1997) entnommen.

⁴⁸ Die entsprechenden Normierungen der Art. 133 V UAbs.4, 174 IV, 181 II, 181a EGV verfolgen in erster Linie den Zweck, einer Deutung der EG-Außenkompetenz als einer ausschließlichen Verbandskompetenz vorzubeugen. Eine parallele Anwendung der AETR-Grundsätze wird hierdurch nach der herrschenden Meinung nicht ausgeschlossen; vgl. etwa *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 327, 343 und *Groeben/Thiesing/Ehlermann-E. Grabitz/M. Nettesheim*, Art. 130r Rn. 118 f.

⁴⁹ Anders *M. den Boer*, Complexity, MJ 4 (1997), 310/311, die „different sets of security standards“ befürchtet, sowie *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 32 und, ihm folgend, *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 65. Auch der Verweis auf Art. 136 I Schengen II („Erwägt eine Vertragspartei, mit einem Drittstaat Verhandlungen zu führen, die die Grenzkontrollen betreffen, so unterrichtet sie rechtzeitig die anderen Vertragsparteien“) ist kein taugliches Argument für eine umfassende Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten. Schengen II war als völkerrechtlicher Vertrag gerade keine Gemeinschaftsrecht, das die Rechtsfolgen der AETR-Grundsätze bewirkte. Nach der Integration in das Europarecht muss auch Art. 136 II Schengen II mit den Vorgaben der Verträge einschließlich der AETR-Grundsätze übereinstimmen; näher *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218/234 ff. Analog Art. 307 EGV kommt allenfalls ein Bestandsschutz für völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten vor der Einbeziehung des Schengener Rechts in Betracht.

richtet sich somit nach der Intensität gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben für Außengrenzkontrollen⁵⁰. Insbesondere dort, wo das Außengrenzkontrollregime des Schengener Rechts den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum gewährt, können die Mitgliedstaaten wegen der fehlenden Beeinträchtigung von Gemeinschaftsrecht somit noch eigenständige Abkommen mit Drittstaaten schließen⁵¹. Darüber hinaus steht es der Gemeinschaft frei, im Rahmen des regulären Gesetzgebungsverfahrens die Mitgliedstaaten zu ermächtigen, besondere völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten zu schließen. Im Hinblick auf den kleinen Grenzverkehr hat die Kommission dies jüngst vorgeschlagen⁵².

Entsprechendes gilt für das Kaliningrad-Protokoll⁵³. Soweit dies bestimmt, dass die gemeinschaftlichen Regelungen zum Transitverkehr zwischen Kaliningrad und anderen Gebieten Russlands „(u)nbeschadet der Souveränitätsrechte Litauens“ gelten⁵⁴, bewirkt dies keine Einschränkung der AETR-Grundsätze. Zum einen verpflichtet das Kaliningrad-Protokoll Litauen ebenfalls ausdrücklich zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts⁵⁵. Auch die erstmalige Verwendung des Begriffs „Souveränität“ im europäischen Primärrecht bewirkt kein anderes Ergebnis. Soweit der Gemeinschaft Zuständigkeiten übertragen wurden, sind die Mitgliedstaaten zur Anwendung der hiernach erlassenen Bestimmungen verpflichtet. Dies gilt auch für den Transitverkehr von und nach Kaliningrad. Litauen darf nach Maßgabe der AETR-Grundsätze keinen eigenen völkerrechtlichen Vertrag mit Russland über erleichterte Grenzkontrollen und Visumsanforderungen schließen. Es obliegt vielmehr der Gemeinschaft, die bestehenden Regelungen im Wege des regulären Rechtssetzungsverfahrens an neue Umstände anzupassen oder entsprechende völkerrechtliche Verträge zu schließen⁵⁶. Wenn das Kaliningrad-Protokoll hierbei eine Einstimmigkeit im Rat vorschreibt und Litauen damit ein Vetorecht einräumt, ist diese Vorgabe freilich zu beachten⁵⁷. Sie beseitigt aber nicht die auswärti-

⁵⁰ Siehe hierzu die Auflistung ungleichzeitiger Rechtsakte auf Grundlage des Art. 62 Nr.2 lit.a EGV im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

⁵¹ Dies gilt insbesondere für die Kooperation der Grenzschutzbehörden. So unterstützen aufgrund einer Vereinbarung mit Frankreich britische Beamte die französischen Schengen-Außengrenzkontrollen in Frankreich; vgl. *J. Jowit*, Eurotunnel Fights Fines for Illegal Immigrants, *Financial Times* vom 16.8.2001, S. 3. Auch die Regelung des kleinen Grenzverkehrs erscheint möglich; vgl. Art. 3 I Schengen II – der dort vorgesehene Durchführungsbeschluss des Schengen-Exekutiv Ausschusses (nunmehr des Rats) wurde bislang nicht erlassen.

⁵² Siehe Art. 17 des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Rates zur Festlegung einer Regelung für den Kleinen Grenzverkehr an den Landaußengrenzen der Mitgliedstaaten (KOM(2003) 193). Entsprechend für die „vorläufigen Landaußengrenzen“ zwischen den neuen Mitgliedstaaten und der bisherigen Schengen-Gruppe vor der Inkraftsetzung der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen (hierzu Kapitel 3 III 5; S. 114 ff.) etwa zwischen Deutschland und Polen KOM(2003) 194.

⁵³ Protokoll über den Transit von Personen auf dem Landweg zwischen dem Kaliningrader Gebiet und den übrigen Teilen der Russischen Föderation (2003). Allgemein zur politischen Brisanz des Transitverkehrs von und nach Kaliningrad etwa *S. Arnswald/M. Jopp*, *Baltic* (2001), S. 82 ff. und *J. Boxendale/J. Dewar/D. Gowan*, *Kaliningrad* (2000).

⁵⁴ Art. 3 Kaliningrad-Protokoll.

⁵⁵ Erwägungsgrund 2 Kaliningrad-Protokoll.

⁵⁶ Die Gemeinschaft und Russland verständigten sich im November 2002 auf die Ausstellung eines „vereinfachten Reisedokuments“ und die Prüfung des Baus einer Hochgeschwindigkeits-Zugtrasse für Direktzüge von Kaliningrad nach (Weiß-)Russland; *R. Koch*: Putin besteht auf hartem Tschetschenien-Kurs, *Financial Times Deutschland* vom 12.11.2002, S. 14. Die entsprechenden Regeln wurden teilweise bereits angenommen; VO 693/2003/EG des Rates zur Einführung eines Dokuments für den erleichterten Transit (FTD) und eines Dokuments für den erleichterten Transit im Eisenbahnverkehr (FRTD) sowie die Änderung der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion und des Gemeinsamen Handbuchs vom 14.4.2003 (ABl. 2003 L 99, 8).

⁵⁷ So Art. 3 Kaliningrad-Protokoll in Abweichung von Art. 67 V Sps.1 EGV für Rechtsakte betreffend den Transitverkehr von Personen von und nach Kaliningrad.

ge AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Regelung der externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach allgemeinen Regeln.

3 Notwendige Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr

Die praktische Umsetzung der allgemeinen Regeln des Europarechts für die externe Dimension von Ungleichzeitigkeit wirft Probleme auf. Diese gilt insbesondere für die geographische Beschränkung der AETR-Kompetenz auf die *ins* nach allgemeinen Regeln⁵⁸. Diese Ungleichzeitigkeit der Außenvertretung muss die Gemeinschaft ihren Vertragspartnern vermitteln und völkerrechtliche Verträge so gestalten, dass dem Erfordernis der Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr Rechnung getragen wird. Die klare Regelung des Umfangs der Gemeinschaftszuständigkeit besitzt bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung. Anders als bei herkömmlichen gemischten Abkommen stellt sich für einen Drittstaat nicht nur die Frage, ob er eine Leistung von der Gemeinschaft *oder* den Mitgliedstaaten erhält⁵⁹. Soweit nur die Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit als Partei auftritt, gilt ein Vertrag für einen Teil des Gemeinschaftsgebiets überhaupt nicht.

Was dies konkret bedeutet, soll am Beispiel des Übereinkommens über die Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht illustriert werden, das für Dänemark nicht gilt, solange Dänemark ihm nicht auf völkerrechtlichem Weg als eigene Vertragspartei beigetreten ist⁶⁰. Nach dem Übereinkommen begründet die Einreise eines Asylbewerbers nach Norwegen über das Territorium einer Vertragspartei regelmäßig die Unzuständigkeit Norwegens für die Prüfung des Asylantrags. Dies gilt wegen der Nichtbeteiligung Dänemarks jedoch nicht, wenn ein Asylbewerber nachweislich über Osteuropa und die dänische Ostseeinsel Børnholm nach Norwegen einreist⁶¹. Obwohl Norwegen ein Übereinkommen mit der Gemeinschaft schloss, gelten dessen Regeln aufgrund der Ungleichzeitigkeit des Dubliner Rechts nicht für das gesamte Gemeinschaftsgebiet.

Nach der allgemeinen Regel des Art. 29 WVK bindet ein völkerrechtlicher Vertrag eine Vertragspartei hinsichtlich ihres gesamten Hoheitsgebiets, „(s)ofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist“⁶². Diese Regelung kann man wohl auf das völkerrechtliche Handeln der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit übertragen⁶³. Ein völkerrechtlicher Vertrag der Gemeinschaft betrifft hiernach das gesamte Gemein-

⁵⁸ Hierzu bereits Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

⁵⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. *Tomuschat*, Art. 228 EGV Rz. 55 weist darauf hin, dass Drittstaaten sich „in der Tat darauf verlassen (können), dass sie, solange jedenfalls die Gemeinschaft politisch nicht verfällt, die ihnen zustehenden Leistungen (entweder von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten) erhalten werden.“

⁶⁰ Zum Übereinkommen bereits Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

⁶¹ Nach Erwägungsgrund 19 der Dublin-II-Verordnung findet das völkerrechtliche Dubliner Übereinkommen im Verhältnis zwischen den anderen Mitgliedstaaten und Dänemark weiterhin Anwendung – nicht aber im Verhältnis zwischen Dänemark sowie Norwegen und Island, die nie Vertragsstaaten des Dubliner Übereinkommens waren.

⁶² Art. 29 WVK war in seiner heutigen Form durchaus umstritten. Hierbei ging es jedoch nicht um die Bindung föderaler Gliedstaaten, sondern um die Bindung abhängiger (kolonialer) Gebiete; *T.O. Elias*, *Treaties* (1974), S. 49-54.

⁶³ Die entsprechende Bestimmung des Art. 29 WVK (IO) wiederholt Art. 29 WVK bewusst nur für Staaten als Vertragspartei und überträgt ihn nicht auf internationale Organisationen. Ein Hinweis auf das Staatsgebiet der Mitgliedstaaten einer Organisation wurde von der International Law Commission in ihren Entwürfen jedoch unterlassen, um nicht mittelbar eine Aussage über die Bindung der Mitgliedstaaten an die Verträge internationaler Organisationen zu treffen; vgl. *E. Klein/M. Pechstein*, *Internationale Organisationen* (1985), S. 18 f. Soweit die Vertragspartner der Gemeinschaft diese als bundesstaatsähnliches Gebilde betrachten und die Ge-

schaftsgebiet, soweit keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist. Nach dem allgemeinen Völkerrecht obliegt somit der Gemeinschaft eine Klarstellungspflicht, dass ein völkerrechtlicher Vertrag bei Ungleichzeitigkeit sich nur auf die *ins* bezieht. Durch eine eindeutige Regelung können komplexe Rechts- und Haftungsfragen vermieden werden, die sich ergeben könnten, wenn Drittstaaten auf eine umfassende Zuständigkeit der Gemeinschaft vertrauen und später feststellen, dass der Vertrag in einigen Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich nicht gilt⁶⁴.

Die Gemeinschaft ist hierbei gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, eine klare völkerrechtliche Regelung des Anwendungsbereichs sicherzustellen. Die nicht beteiligten Mitgliedstaaten haben nach Art. 10 EGV einen Anspruch darauf, dass die Gemeinschaft durch eine klare Vertragsgestaltung eine mittelbare völkerrechtliche Verpflichtung der *outs* verhindert⁶⁵. Wie kann die Beschränkung des Anwendungsbereichs völkerrechtlich eindeutig geregelt werden? In ihren bilateralen Rechtsbeziehungen wird die Gemeinschaft regelmäßig durchsetzen können, dass in die Schlussbestimmungen des Vertrags eine ausdrückliche Regelung des räumlichen Geltungsbereichs aufgenommen wird, wie sie der EG-Vertrag in Art. 299 EGV selbst enthält und wie sie als „Berlin-Klausel“ in den völkerrechtlichen Verträgen der Bundesrepublik vor 1990 üblich war – wenn auch mit dem entgegengesetzten Ziel der Einbeziehung Berlins in das Vertragswerk⁶⁶. Dieser Weg wurde auch im Übereinkommen über die Anbindung Norwegens und Islands an das Dubliner Recht beschränkt, das einen ausdrücklichen Hinweis auf die Position Dänemarks enthält. Eine eindeutige Völkerrechtslage ist insoweit gewährleistet⁶⁷.

In ihren multilateralen Rechtsbeziehungen besitzt die Gemeinschaft dagegen weniger Einfluss auf die Gestaltung des Vertragstexts. Die notwendige Rechtssicherheit im Völkerrechtsverkehr kann hier je nach den Umständen des Einzelfalls durch eine einseitige Erklärung, die später als Auslegungshilfe dient, oder einen Vorbehalt über den geographischen Anwen-

meinschaft auch als ein solches auftritt, kann man wegen der insoweit parallelen Fragestellung Art. 29 WVK entsprechend anwenden. Der Fall, dass eine internationale Organisation nur für einen Teil ihrer Mitgliedstaaten handelt, wurde bei der Kodifikation des WVK (IO) offenbar nicht als regelungsbedürftig empfunden.

⁶⁴ Soweit man die Regeln über den Vertragsschluss internationaler Organisationen auf die Europäische Gemeinschaft anwendet, stellt sich die Frage, inwieweit eine Kompetenzüberschreitung – anders als beim Völkervertragsrecht für Staaten – eventuell die (Teil-)Nichtigkeit zur Folge hat, vgl. insofern Art. 6, 46 II WVK (IO) sowie *H. Krüick*, Verträge (1977), S. 147 f. und *Klein/Pechstein* ebd. 22 ff. *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28 führt die unklare Haftungssituation als Argument gegen die Anwendung der AETR-Grundsätze bei Ungleichzeitigkeit an. Unklare Haftungssituationen stellen sich jedoch nicht nur bei Ungleichzeitigkeit, sondern ebenso bei gemischten Abkommen. Sie können in einer komplexen Rechts- und Verfassungsordnung wie derjenigen des Gemeinschaftsrechts im Konfliktfall einer rechtlichen Lösung zugeführt werden, auch wenn die Vermeidung von Haftungsfällen vorzuziehen ist; näher Kapitel 9 III 2 (S. 290 ff.).

⁶⁵ Entsprechend zu Kompetenzerklärungen, wenn auch unabhängig von Ungleichzeitigkeit, EuGH, Rs. C-29/99, Slg. 2002 I-11221 Rz. 71 – *Kommission/Rat*: „Demnach war der Rat kraft Gemeinschaftsrecht verpflichtet, seinem Beschluss über die Genehmigung des Beitritts zu dem Übereinkommen eine vollständige Erklärung über die Zuständigkeiten als Anhang beizufügen.“ Allgemein Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁶⁶ Näher *E. Zivier*, Berlin (1987), S. 253 ff. Bei den früher gängigen „Bundesstaatsklauseln“ schloss der Zentralstaat, anders als bei Ungleichzeitigkeit, die Geltung des Vertrags in einem Gliedstaat nicht generell aus, sondern begrenzte seine Verpflichtung auf die Vorlage der Bestimmung an die zuständigen Landesorgane und die Empfehlung zum Erlass entsprechender Gesetze; näher etwa *D. Nguyen Quoc/P. Daillier/A. Pellet*, *Droit international*, 5. Aufl. 1994, S. 219 ff. und *A. Verdross/B. Simma*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 860 f.

⁶⁷ Siehe Art. 12 des Übereinkommens, oben Fn. 27 (S. 275). Bei Ungleichzeitigkeit halten ausdrückliche Vertragsbestimmungen allgemein für die beste Lösung *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 181 und *B. Martenczuk*, *Außenvertretung*, *ZaöRV* 59 (1999), 93/96 f.

dungsbereich erreicht werden⁶⁸. Soweit ein Übereinkommen als gemischtes Abkommen geschlossen wird und hierbei eine Kompetenzerklärung der Gemeinschaft vorgesehen ist, kann der Aspekt der Ungleichzeitigkeit gegebenenfalls auch in die Kompetenzerklärung aufgenommen werden. Die Ratifikation eines Zusatzprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität könnte hierfür der erste Anwendungsfall sein⁶⁹. Allenfalls beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit europäischen Drittstaaten, denen Struktur und Regelungsgehalt des Gemeinschaftsrechts vertraut sind, wird man unterstellen können, dass sich der geographische Umfang der Gemeinschaftszuständigkeit aus den Umständen ergibt und insofern auf eine ausdrückliche Regelung verzichtet werden kann. Dies gilt etwa für die völkerrechtliche Anbindung Norwegens und Islands an den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts⁷⁰.

II Rechtsstellung der *outs*

Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit entsteht eine auswärtige Zuständigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe der AETR-Grundsätze nur für die *ins*. Dagegen entfalten völkerrechtliche Verträge auf der Grundlage einer ungleichzeitigen Außenkompetenz für die *outs* keine Rechtswirkungen als Gemeinschaftsrecht. Im „achten Gebot“ der verstärkten Zusammenarbeit heißt es ausdrücklich, dass diese die „Zuständigkeit und Rechte“ der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beachten muss. Es stellt sich gleichwohl die Frage, inwiefern die Außenzuständigkeit der nicht beteiligten Mitgliedstaaten in Ausnahmefällen durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben beschränkt ist. Darüber hinaus könnten *outs* in Ausübung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsfreiheit erwägen, völkerrechtlich in den Regelungsbereich des ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts einbezogen zu werden.

1 Gemeinschaftsrechtliche Schranken

Es entspricht der Struktur des EG-Vertrags, dass die Gemeinschaft durch den Erlass von Sekundärrecht ein Regelwerk aufstellt, das zwar auf den Kompetenzzuweisungen und Zielvorgaben des Primärrechts beruht, seinen konkreten Regelungsgehalt aber erst aufgrund des Rechtsetzungsprozesses erlangt. Bis zum Erlass von Sekundärrecht können die Mitgliedstaaten den entsprechenden Sachbereich grundsätzlich eigenständig regeln. Allenfalls aus den Vertragszielen in Verbindung mit Art. 10 EGV lassen sich Grenzen für die interne Rechtssetzung ableiten, die der Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten einen äußeren Rahmen vorgeben⁷¹. Im Vergleich zur autonomen Binnenrechtsetzung wird das völkerrechtliche Handeln

⁶⁸ Ein solcher klarstellender Vorbehalt ist in der Regel auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertragstext zulässig, da er regelmäßig nicht gegen Ziel und Zweck des Vertrags verstößt (Art. 19 WVK).

⁶⁹ Siehe nämlich den Vorschlag der Kommission vom für einen Beschluss des Rates zum Abschluss des Zusatzprotokolls gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, Luft- und Seeweg KOM(2003) 512, das im Hinblick auf RL 90/2002/EG des Rates vom 28.11.2002 (ABl. 2002 L 328, 17) teilweise auf einer AETR-Kompetenz der Gemeinschaft beruht und in der Kompetenzerklärung nach Anhang II einen ausdrücklichen Verweis auf die ungleichzeitigen Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks vorsieht.

⁷⁰ Das Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island zum Schengener Recht nimmt in Art. 14 EGV Svalbard (Spitzbergen) ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Assoziierung aus, weist auf den Umfang der innergemeinschaftlichen Geltung aber allenfalls mittelbar hin (durch die Aufführung des Schengener Rechts als Gegenstand der Assoziierung in den Annexen). Hier wird man unterstellen dürfen, dass Norwegen und Island die Ungleichzeitigkeit des Schengener Recht bekannt war.

⁷¹ Hierzu bereits Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten regelmäßig engeren Grenzen unterworfen. Der Grund hierfür ist, dass die völkerrechtliche Verpflichtung eines Mitgliedstaats gegenüber einem Drittstaat nach der Ausübung einer Gemeinschaftszuständigkeit nicht einfach unter Verweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts völkerrechtlich beseitigt werden kann. Bei Ungleichzeitigkeit unterscheidet sich die Situation eines *out* grundsätzlich nicht von dieser Rechtsstellung aller Mitgliedstaaten vor dem Erlass von Sekundärrecht.

Die Überlegungen der Kommentarliteratur zu gemeinschaftsrechtlichen Grenzen für völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten orientieren sich bis heute am Modell der schrittweisen Einführung der Gemeinsamen Handelspolitik. In Umsetzung des Art. 111 EWGV (1957) verpflichtete eine Ratsentscheidung vom Oktober 1961 die Mitgliedstaaten, die Laufzeit künftiger Handelsabkommen mit Drittstaaten auf die Dauer der Übergangszeit zu begrenzen. Dieser Vorgabe konnten die Mitgliedstaaten durch die zeitliche Befristung von Handelsabkommen ebenso Rechnung tragen wie durch die Aufnahme einer Kündigungsklausel oder die Vereinbarung einer „EWG-Klausel“⁷². Der Gerichtshof wies im Fall *Kramer* ausdrücklich darauf hin, dass die „Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nur Übergangscharakter hat“⁷³. Im Hinblick auf die zeitliche Vorgabe für die Verwirklichung der Gemeinsamen Fischereipolitik nach Art. 102 Beitrittsakte 1972 folgerte er unter ausdrücklichem Verweis auf den heutigen Art. 10 EGV:

„Nach alledem sind diejenigen Mitgliedstaaten, die Vertragsparteien des Übereinkommens und ähnlicher Abkommen sind, schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht nur gehalten, im Rahmen dieser Übereinkommen keine Verpflichtungen zu übernehmen, welche die Gemeinschaft bei der Ausführung der ihr in Art. 102 der Beitrittsakte übertragenen Aufgabe behindern könnte, sondern sie sind auch zu gemeinsamem Vorgehen innerhalb der Fischereikommission verpflichtet.“⁷⁴

Allerdings sollte man diese Begrenzung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten nicht unbesehen auf alle Gemeinschaftskompetenzen übertragen. Sowohl die Gemeinsame Handelspolitik als auch die Gemeinsame Fischereipolitik wurden aufgrund eines festgelegten Zeitplans schrittweise eingeführt. Bei anderen Gemeinschaftskompetenzen besteht ein solcher Zeitplan gerade nicht. Soweit einzelne der aufgeführten Begrenzungen auch bei anderen Gemeinschaftskompetenzen gelten⁷⁵, finden sie bei Ungleichzeitigkeit entsprechend Anwendung. Dies gilt jedenfalls für diejenigen Formen von Ungleichzeitigkeit, bei denen die entsprechende Gemeinschaftskompetenz auch für die *outs* gilt, vorläufig aber nur für einzelne Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Hiernach ist es dem *out* einer verstärkten Zusammenarbeit grundsätzlich untersagt, eine langfristige völkerrechtliche Verpflichtung ohne Kündigungsklausel über den Gegenstand einer verstärkten Zusammenarbeit einzugehen. Auch in der Währungsunion dürfen Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung kein eigenes Währungsregime mit Drittstaaten vereinbaren⁷⁶.

⁷² Entscheidung des Rates vom 9.10.1961 (ABl. 1961, 1274; mit späteren Änderungen); speziell zur „EWG-Klausel“ deren Art. 2.

⁷³ EuGH, Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, 1279 Rz. 40 – *Kramer*.

⁷⁴ Ebd. Rz. 44.

⁷⁵ Hierzu etwa Groeben/Thiesing/Ehlermann-E.-U. *Petersmann*, Art. 234 EGV Rn. 6 und ebd.-C. *Tomuschat*, Art. 228 EGV, Rz. 6: „Freilich muss von ihnen verlangt werden, durch eine entsprechende Gestaltung der Kündigungsklauseln Vorsorge für den Fall zu treffen, dass die Gemeinschaft zu einer aktiven Politikgestaltung voran schreitet.“

⁷⁶ So ausdrücklich F. *Tzytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 176: „(I)t can be argued that even if the Member

Auf die ungleichzeitigen Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts können die aufgezeigten Grenzen dagegen nicht übertragen werden. Aus dem gemeinsamen Art. 2 der Protokolle über die Position des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks (1997) ergibt sich nämlich, dass die primärrechtliche Kompetenz- und Zielvorgaben der Verträge erst mit der Herstellung von Gleichzeitigkeit aktiviert werden. Sie entfalten gerade keine vorgreifenden Rechtswirkungen⁷⁷. Diese Regelung beruht auf einem Vorschlag des britischen *Foreign Office*, der alle mittelbaren Rechtswirkungen ausschließen und gerade auch die völkerrechtliche Handlungsfreiheit des Vereinigten Königreichs uneingeschränkt sichern wollte⁷⁸. Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind hiernach so gestellt, als wenn gar keine Gemeinschaftskompetenz bestünde. Ihre völkerrechtliche Handlungsfreiheit ist keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterworfen. Man könnte sogar erwägen, Verträge die in Ausübung dieser umfassenden Handlungsfreiheit geschlossen werden, dem Privileg des Art. 307 EGV zu unterstellen und ihnen auch nach der Herstellungen von Gleichzeitigkeit Bestandsschutz zu gewähren.

Dies bedeutet, dass das Vereinigte Königreich nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstieße, wenn es sich gegenüber seinem Commonwealth-Partner Kanada zur Abschaffung der Grenzkontrollen bei Direktflügen verpflichtete oder Staatsangehörige ehemaliger Kolonien aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags von der Visumpflicht befreite⁷⁹. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist es rechtlich unbeachtlich, dass dies die spätere Teilnahme des Vereinigten Königreichs am Binnengrenzkontrollregime des Schengener Rechts und dem europäischen Visa-Regime dauerhaft erschwert oder unmöglich macht. Freilich wird ein politischer Dialog zwischen der Gemeinschaft und den *outs* durch die Abwesenheit rechtlicher Schranken nicht ausgeschlossen. Die Assoziierung Norwegens und Islands mit dem Schengener Recht zeigt, dass die anderen Mitgliedstaaten durchaus bereit sind, auf besondere rechtliche und politische Bindungen einzelner Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen. Eine ähnliche Konstellation wie im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts findet sich ansonsten nur bei der Freistellung des Vereinigten Königreichs und Dänemarks von der Währungsunion⁸⁰. Bei allen anderen Formen von Ungleichzeitigkeit können als allgemeine Regel des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit dagegen diejenigen gemeinschaftsrechtlichen Schranken angewandt werden, die für alle Mitgliedstaaten vor der Ausübung einer Gemeinschaftskompetenz gelten.

States with a derogation remain internally competent with respect to Stage Three of EMU matters, they may not, by virtue of Article 5 TEC..., assume international obligations, nor take up positions in international fora, which may obstruct their future participation in the Euro area.“

⁷⁷ Art. 2 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands (1997): „(Vorbehaltlich eines *opt-in*) sind *Vorschriften des Titels IV des Vertrags* zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ... für das Vereinigte Königreich oder Irland nicht bindend oder anwendbar; und diese *Vorschriften*, Maßnahmen oder Entscheidungen *berühren in keiner Weise die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten dieser Staaten; ebenso wenig ... sind sie Teil des Gemeinschaftsrechts, soweit sie auf das Vereinigte Königreich und Irland Anwendung finden*“ (eigene Hervorhebungen).

⁷⁸ Siehe Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

⁷⁹ Letztere Frage wirft, ohne Antwort, P. Kuijper, Problems, CML Rev. 37 (2000), 345/365 auf.

⁸⁰ Eine besondere Einschränkung der Handlungsfreiheit enthält hier jedoch Art. 124 EGV, der für alle Mitgliedstaaten seit der zweiten Stufen gilt; näher F. Thysschaever, Differentiation (1999), S. 176.

2 Völkerrechtliche Anbindung?

Die ungleichzeitigen dänischen Sonderpositionen setzen die politische Kompromisslinie nach der Ablehnung des Vertrags von Maastricht im ersten dänischen Referendum fort. Dänemark steht der Zusammenarbeit mit den anderen Mitgliedstaaten politisch aufgeschlossen gegenüber, lehnt aber eine Vergemeinschaftung der betroffenen Sachgebiete ab⁸¹. Bei den politischen Entscheidungsträgern in Dänemark besteht daher der Wunsch, trotz Ungleichzeitigkeit völkerrechtlich in die europäischen Regelungen einbezogen zu werden. Hierdurch wird Dänemark politisch in den Fortgang der europäischen Integration eingebunden, ohne die supranationale Gemeinschaftsmethode anzuwenden. Dies gilt insbesondere für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, an dessen Verwirklichung Dänemark nur begrenzt teilhat. Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass die völkerrechtliche Handlungsfreiheit Dänemarks hierbei grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterliegt. Dänemark ist insofern in keiner Weise zu einer völkerrechtlichen Kooperation mit der Gemeinschaft verpflichtet. In Ausübung seiner Handlungsfreiheit hat sich Dänemark jedoch in vier Fällen für eine völkerrechtliche Anbindung an das Europarecht entschieden:

Der erste Beispielfall ist die Anbindung Dänemarks an die Weiterentwicklung des Schengener Rechts der ersten Säule nach Art. 5 I Protokoll über die Position Dänemarks (1997). Es wurde bereits dargelegt, dass Dänemark aufgrund des Protokolls jede Weiterentwicklung übernehmen kann. Soweit es sich für eine Übernahme entscheidet, entsteht eine spezielle europarechtliche Verpflichtung eigener Art „nach dem Völkerrecht“, die inhaltlich einer völkerrechtlichen Verpflichtung aufgrund der ehemaligen Schengener Übereinkommen nachgebildet ist und kein Unionsrecht der dritten Säule darstellt⁸². Zwar gründet die Rechtsbeziehung zwischen der Gemeinschaft und Dänemark direkt auf dem Schengen-Protokoll und nicht auf einem eigenen völkerrechtlichen Vertrag. Dennoch scheint sie eine Modellwirkung für die Anbindung Dänemarks an weitere Regelungsbereiche des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jenseits des Schengener Rechts zu entfalten.

Das am 19. Januar 2001 unterzeichnete Abkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island über die Einbeziehung der beiden Staaten in den Regelungsgehalt des Dubliner Rechts regelt in Art. 12: „Das Königreich Dänemark kann beantragen, an diesem Übereinkommen teilzunehmen. Die Bedingungen für diese Teilnahme werden von den Vertragsparteien im Einvernehmen mit dem Königreich Dänemark in einem Protokoll zu diesem Übereinkommen festgelegt.“⁸³ Auch an den Regelungsgehalt der EuGV-Verordnung wird Dänemark nach diesem Modell auf völkerrechtlichem Wege angebinden werden. Das neue Übereinkommen von Lugano könnte eine entsprechende Klausel über die Einbeziehung Dänemarks enthalten⁸⁴. Vor der Umsetzung dieser völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks gilt im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten vorerst allerdings noch das frühere Völkervertragsrecht. Während zwischen den anderen Mitgliedstaaten bereits die EuGV-Verordnung und die Dublin-II-

⁸¹ Siehe Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.).

⁸² Kapitel 3 III 4 (S. 110 ff.). Dagegen entfaltet das integrierte Schengener Recht in Dänemark die Rechtswirkungen von Unionsrecht der dritten Säule; Kapitel 3 III 3 (S. 107 ff.).

⁸³ Zum Übereinkommen bereits Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Laut Anlage III zu Rats-Dok. 8051/01 hat Dänemark anlässlich der Annahme des Übereinkommen durch den Rat seinen Teilnahmewunsch erklärt. Der Rat ermächtigte die Kommission am 8.5.2003 zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen; Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁸⁴ Zum neuen Übereinkommen von Lugano Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.).

Verordnung gelten, richtet sich die Rechtsbeziehung im Verhältnis zu Dänemark vorerst noch nach dem EuGVÜ und dem Dubliner Übereinkommen⁸⁵. Auch an Militäroperationen der Europäischen Union kann Dänemark trotz seiner ungleichzeitigen Sonderposition auf völkerrechtlichem Wege ebenso teilnehmen wie andere europäische Drittstaaten⁸⁶.

In diesen Fällen kann sich Dänemark in eine völkerrechtliche Kooperation der Gemeinschaft mit europäischen Drittstaaten „einklinken“, so dass sich der Abschluss eines gesonderten völkerrechtlichen Vertrags zwischen der Gemeinschaft und Dänemark erübrigt. Bei anderen Rechtsakten im Anwendungsbereich der dänischen Ungleichzeitigkeit besteht eine solche völkerrechtliche Kooperation der Gemeinschaft mit Drittstaaten aber regelmäßig nicht. Dänemark könnte insoweit nur eigens einen völkerrechtlichen Vertrag mit der Gemeinschaft schließen⁸⁷. Ganz in diesem Sinn ermächtigte der Rat die Kommission im Mai 2003 zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen für zwei gesonderte völkerrechtliche Verträge über Einzelaspekte des harmonisierten internationalen Privatrechts⁸⁸. Alternativ käme allenfalls eine freiwillige Anpassung der nationalen Vorschriften an den Regelungsgehalt des Gemeinschaftsrechts in Betracht, wie sie lange Zeit im Rahmen der Nordischen Kooperation gepflegt wurde⁸⁹. Inhalt und Auslegung der Bestimmungen wären dann jedoch der dänischen Rechtsordnung überlassen⁹⁰. Anders als die assoziierten Partnerstaaten Norwegen und Island wäre Dänemark freilich an den Beratungen des Rats beteiligt – wenn auch ohne Stimmrecht. Das Beteiligungsrecht ergibt sich jedoch nicht aus der völkerrechtlichen Anbindung, sondern ist eine allgemeine Folge von Ungleichzeitigkeit⁹¹.

Im Übrigen sollte daran erinnert werden, dass Dänemark auf seine Sonderposition im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jederzeit im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften verzichten kann⁹². Man könnte insofern auch erwägen, in der völkerrechtlichen Anbindung eine unzulässige Umgehung des regulären Verfahrens zur Herstellung von Gleichzeitigkeit zu sehen. Ungleichzeitigkeit gestattet einem Mitgliedstaat, an einzelnen Integrationsschritten nicht teilzunehmen und die europäische Rechtsordnung respektiert seine Entscheidung. Im Gegenzug könnte man verlangen, dass die ungleichzeitige Freistellung von der Integration regelmäßig nicht durch eine völkerrechtliche Anbindung relati-

⁸⁵ Nach Erwägungsgrund 22 EuGV-Verordnung findet das ursprüngliche EuGVÜ zwischen Dänemark und „den durch diese Verordnung gebundenen Mitgliedstaaten“ weiterhin Anwendung. Entsprechendes gilt im Hinblick auf das Dubliner Übereinkommen nach Erwägungsgrund 19 Dublin-II-Verordnung.

⁸⁶ Hierzu Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

⁸⁷ Dies erachten generell für zulässig *P. Kuijper*, Problems, CML Rev. 37 (2000), 345/354; *J. Israël*, Conflicts, MJ 7 (2000), 81/86 und *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 75: „As a matter of courtesy“. Zweifeln *O. Remien*, Private, CML Rev. 38 (2001), 53/76: „Moreover, the special provisions for Denmark, Ireland and the United Kingdom mandate caution: or should the Community conclude a treaty with its own non-participating Member State(s) just as with any other third state?“

⁸⁸ Die Ermächtigung bezieht sich auf die EuGV-Verordnung, nachdem die Verhandlungen über das neue Übereinkommen von Lugano wegen der Anrufung des Gerichtshofs derzeit auf Eis liegen; Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Zusätzlich soll Dänemark an den Regelungsgehalt der VO 1348/2000/EG des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten vom 29.5.2000 (ABl. 2000 L 160, 37) völkerrechtlich angebunden werden; vgl. Sitzung des Rats Justiz und Inneres am 8.5.2003, Presseerklärung, Rats-Dok. 8278/03 (Presse 111).

⁸⁹ Hierzu etwa *U. Bernitz*, Nordiskt (1996) und *A. Berg*, Nordic Cooperation, in: EPIL 6 (1983), S. 256.

⁹⁰ Die dualistische dänische Rechtsordnung räumt völkerrechtlichen Bestimmungen nicht dieselben Privilegien ein, die dem Gemeinschaftsrecht zukommen; siehe Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

⁹¹ Vgl. Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁹² Kapitel 3 III 5 (S. 114 f.).

viert wird. Diese führt nicht nur zu einer zusätzlichen Komplexitätsebene, sondern unterminiert die supranationale Gemeinschaftsmethode mit ihren Regeln über die Zuständigkeit des Gerichtshofs und die Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts.

Es sei hier dahingestellt, unter welchen Umständen eine völkerrechtliche Anbindung vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstellt. Jedenfalls sollte die völkerrechtliche Anbindung Dänemarks nicht als Modell für andere Formen von Ungleichzeitigkeit dienen. Regelmäßig wird die Kommission ohnehin nicht bereit sein, durch entsprechende Vorschläge einer weitreichenden Umgehung der Gemeinschaftsmethode Vorschub zu leisten. Hierauf weist sie auch im Fall Dänemarks hin. Zwar unterstützt sie dessen völkerrechtliche Anbindung an die Harmonisierung des internationalen Privatrechts und das Dubliner Recht, merkt im Hinblick auf das europäische Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungsrecht aber kritisch an:

„It is Denmark itself that holds the key to the definitive solution of the problem: Denmark may at any time, in accordance with its constitutional requirements, inform the other Member States that it no longer wishes to avail itself of this protocol; therefore other solutions to be found in the meantime such as parallel agreements could only be of an exceptional and transitional nature, whilst maintaining the ultimate objective of terminating the protocol.“⁹³

III Dennoch: einheitliches Auftreten?

Die Präambel des EU-Vertrags erklärt die Stärkung der „Identität und Unabhängigkeit Europas“ zu einem Ziel der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik⁹⁴. Dies gilt sinngemäß auch für das Handeln der Gemeinschaft nach dem EG-Vertrag und wird durch ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten befördert. Drittstaaten haben die Gemeinschaft als Ansprech- und Vertragspartner anerkannt und ziehen heute vielfach eine einheitliche Beziehung zur Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten dem Nebeneinander verschiedener Beziehungen zu den einzelnen Mitgliedstaaten vor. Die geographische Beschränkung der gemeinschaftlichen Außenkompetenz bei Ungleichzeitigkeit führt zu einer neuen Komplexität, die dem Ziel eines einheitlichen Auftretens entgegensteht. Es soll daher gefragt werden, wie trotz Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten rechtlich erreicht werden kann, soweit dies politisch erwünscht ist.

1 Externe Gleichzeitigkeit trotz interner Ungleichzeitigkeit?

Ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft für alle Mitgliedstaaten ließe sich ohne Rückgriff auf gemischte Abkommen verwirklichen, wenn der Gemeinschaft trotz interner Ungleichzeitigkeit eine gleichzeitige Außenkompetenz für alle Mitgliedstaaten zustände. Grundsätzlich entsteht nach dem Erlass von ungleichzeitigem Sekundärrecht eine AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft nur für die beteiligten Mitgliedstaaten. Völkerrechtliche Verträge der Gemeinschaft auf dieser Grundlage entfalten für nicht beteiligte Mitgliedstaaten keine

⁹³ Presseerklärung der Kommission vom 30.4.2002, Kom.-Dok. IP/02/643.

⁹⁴ Erwägungsgrund 10 Präambel EU-Vertrag.

Bindungswirkung⁹⁵. Gleichwohl könnte man nach allgemeinen Regeln eine einheitliche Außenzuständigkeit der Gemeinschaft für alle Mitgliedstaaten trotz Ungleichzeitigkeit erwägen.

In seiner frühen Rechtsprechung hatte der Gerichtshof allgemein darauf hingewiesen, dass die auswärtige AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft implizit aus den Binnenkompetenzen fließen⁹⁶. Vor diesem Hintergrund wurden die AETR-Prinzipien in den 70er und 80er-Jahren zumeist so verstanden, dass eine grundsätzliche Parallelität von Binnen- und Außenzuständigkeit im Sinn der Formel *in foro interno, in foro externo* besteht⁹⁷. Nach dem Erlass eines Binnenrechtsakts sei die Gemeinschaft ausschließlich zuständig; soweit die Binnenkompetenz noch nicht ausgeübt wurde, besäße der Gemeinschaftsgesetzgeber dagegen einen Ermessensspielraum, ob er die insoweit konkurrierende Außenzuständigkeit ausüben wolle oder nicht⁹⁸. Bei Ungleichzeitigkeit bestünde hiernach die Möglichkeit, einen völkerrechtlichen Vertrag mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten zu schließen, obwohl die entsprechende Binnenregel nicht alle Mitgliedstaaten bindet. Trotz interner Ungleichzeitigkeit wäre hiernach für den völkerrechtlichen Vertragsschluss eine externe Gleichzeitigkeit gegeben⁹⁹.

Eine weitere Erörterung dieses Gedankengangs erübrigt sich jedoch, da der Gerichtshof in seiner späteren Rechtsprechung einen „Schwenk zugunsten stärkerer Wahrung des nationalen Vertragsschließungsrechts“¹⁰⁰ vollzog. Im Gutachten 2/92 heißt es ausdrücklich, dass die „externe Zuständigkeit der Gemeinschaft nicht ohne weiteres aus ihrer Befugnis zum Erlass von Vorschriften auf interner Ebene folgt“¹⁰¹. Vielmehr ist die Anwendung der AETR-Grundsätze durch die vorherige Ausübung der Binnenkompetenz bedingt. Die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft reicht nur soweit, wie eine bestehende Binnenregelung beeinträchtigt oder in ihrer Tragweite geändert würde¹⁰². Ein völkerrechtliches Handeln der Gemeinschaft ohne vorherige Binnenregelung ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn die interne Zuständigkeit „wirksam nur zugleich mit der externen Zuständigkeit ausgeübt werden

⁹⁵ Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

⁹⁶ EuGH, Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, 1279 Rz. 30/33 – *Kramer*. „Aus den Pflichten und Befugnissen ... im Innenverhältnis ... ergibt sich daher die Zuständigkeit der Gemeinschaft, völkerrechtliche Verpflichtungen ... einzugehen“; EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 4 – *Stilllegungsfonds*: „ergibt sich die Befugnis, die Gemeinschaft gegenüber Drittstaaten zu verpflichten, ... stillschweigend aus den die interne Zuständigkeit begründenden Bestimmungen des Vertrages.“

⁹⁷ Siehe etwa *C. Tomuschat*, *Auswärtige Gewalt*, EuR 1977, 157/159; *J. Groux*, *Parallélisme*, C.D.E. 14 (1978), 1/18 und *P. Pescatore*, *External Relations*, CML Rev. 16 (1979), 615.

⁹⁸ Vgl. ebd. und das Vorbringen der Kommission in EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 82 – *WTO* und EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 29 – *Investitionsschutz*: „(T)he Community legislature would have a discretion either to assume all the obligations arising within the framework of the OECD or to leave the Member States some latitude in matters not covered by Community legislation.“

⁹⁹ Wenn etwa im Rahmen einer kulturpolitischen verstärkten Zusammenarbeit eine Maßnahme nach Art. 151 EGV erlassen wurde, könnte ein völkerrechtlicher Vertrag über denselben Sachverhalt auf der Grundlage einer „normalen“ Anwendung des Art. 151 EGV gleichwohl für alle Mitgliedstaaten geschlossen werden. Das Vereinigte Königreich könnte seine Teilnahme an einem asylrechtlichen Vertrag mit Drittstaaten nach Art. 63 EGV erklären, ohne dass es am Binnenrechtsakt beteiligt sein müsste.

¹⁰⁰ *T. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, S. 733 f.

¹⁰¹ EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 31 – *Investitionsschutz*; Zuvor bereits EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 88 – *WTO*.

¹⁰² Ebenso *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, *External* (1996), S. 52 f.; *Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat*, Art. 228 EGV, Rz. 6; *Oppermann* ebd. und *C. Kaddous*, *Jurisprudence* (1998), S. 248 ff. Teilweise anders *Schwarze-H. Kriück*, Art. 300 EGV Rn. 4, der offenbar an der alten Auffassung festhält. Ausdrückliche Außenkompetenzen wie Art. 174 IV EGV zum Umweltschutz erlauben ein Tätigwerden der Gemeinschaft freilich auch ohne vorherige Ausübung der Binnenkompetenz.

kann“¹⁰³. Diese Voraussetzung ist bei interner Ungleichzeitigkeit grundsätzlich nicht erfüllt. Die Existenz einer ungleichzeitigen Binnenregelung zeigt gerade, dass eine gemeinschaftsinterne Regelung auch unabhängig von einer völkerrechtlichen Regelung möglich ist¹⁰⁴. Die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit erlauben somit regelmäßig keine externe Gleichzeitigkeit bei interner Ungleichzeitigkeit.

Allenfalls in Sonderfällen ist trotz interner Ungleichzeitigkeit eine gleichzeitige Außenvertretung möglich: Soweit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer AETR-Zuständigkeit auch ohne vorherige Binnenregelung ausnahmsweise ein auswärtiges Handeln gestattet ist. Ein Beispiel hierfür sind Rückübernahmeabkommen mit Drittstaaten auf Grundlage des Art. 63 Nr.3 lit.b EGV, denen eine zunehmende Bedeutung zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zukommt. Die Gemeinschaft unterzeichnete Ende 2002 ein erstes Abkommen mit der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong¹⁰⁵ und der Rat ermächtigte die Kommission zur Aufnahme entsprechender Verhandlungen mit neun anderen Drittstaaten¹⁰⁶. Da die Repatriierung von Drittstaatsangehörigen sinnvoll nur aufgrund eines Abkommens mit dem Heimatstaat erfolgen kann, ist der Gemeinschaft hier ein auswärtiges Handeln auch ohne vorherige Binnenregelung erlaubt¹⁰⁷. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents sieht nunmehr eine Positivierung der entsprechenden Unionskompetenz in Art. III-168(3) VVE-E vor¹⁰⁸.

Die eigenständige AETR-Zuständigkeit ohne vorherige Binnenregelung bewirkt, dass die regulären Regeln für die Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts Anwendung finden. Das Vereinigte Königreich und Irland können frei entscheiden,

¹⁰³ EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 89 – *WTO*; EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 32 – *Investitionsschutz* und EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 Rz. 83 – *Kommission/Deutschland*. Ein solcher Fall war etwa die notwendige Beteiligung der Schweiz an der Regulierung der Schifffahrt auf dem Rhein, die nach der Rheinschifffahrtsakte grundsätzlich frei ist; vgl. EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 – *Stillelegungsfonds*.

¹⁰⁴ Auf dieser Argumentationslinie gründet der Gerichtshof bei Gleichzeitigkeit eine teilweise Ablehnung der Binnenkompetenz in EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-9855 Rz. 86 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁰⁵ Beschluss des Rates über die Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong der Volksrepublik China über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt; Rats-Dok. 9081/02; angenommen auf der Sitzung des Rats Landwirtschaft und Fischerei am 24./25.9.2002 als A-Punkt nach den Informationen unter <www.consilium.eu.int>. Der Beschluss wurde bislang nicht veröffentlicht und es ist daher nicht ersichtlich, ob das Vereinigte Königreich und/oder Irland sich für eine Teilnahme entschieden.

¹⁰⁶ In der ersten Phase der Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sollte die Kommission für die Gemeinschaft bis 2004 entsprechende Abkommen ursprünglich nur mit vier ausgewählten Drittstaaten aushandeln; das *scoreboard* der Kommission vom 24.3.2000 (KOM(2000) 167) sah Abkommen mit Marokko, Russland, Sri Lanka und Pakistan vor. Inzwischen wurde die Kommission aber auch zu Verhandlungen mit Albanien, Algerien, China, Türkei und Ukraine ermächtigt. Die Ermächtigungen wurden vom Rat im Juni und November 2002 beschlossen; siehe Sitzung des Rats Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 13.6.2002, Presseerklärung, Rats-Dok. 9820/02 (Presse 175) sowie ebd. vom 28./29.11.2002, Rats-Dok. 14187/02 (Presse 375).

¹⁰⁷ Es sei hier dahingestellt, ob sich die Außenkompetenz der Gemeinschaft für Rückführungsübereinkommen aus dem aufgeführten Rechtsgedanken des Gutachtens 1/76 mit seiner einhergehenden Annahme einer Ausschließlichkeit der entsprechenden Kompetenz infolge der Ausübung (vgl. EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995 I-525 Rz. 32 – *Investitionsschutz* „may be exercised, and thus become exclusive, without any internal legislation having first been adopted“) oder aus der Annahme einer konkurrierenden impliziten Kompetenz direkt aus Art. 63 Nr.3 lit.b EGV ergibt; hierzu am Beispiel der Verkehrspolitik *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/285 ff.

¹⁰⁸ Diese wird weiterhin dem ungleichzeitigen Vertragsregime des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unterfallen, dessen Redaktion der Konvent der Regierungskonferenz überließ; näher Kapitel 3 I (S. 80 f.).

ob sie sich beteiligen oder nicht, während Dänemark aufgrund seiner umfassenden Sonderposition keine Beteiligungsmöglichkeit besitzt¹⁰⁹. Diese originäre Beteiligungsmöglichkeit der *outs* bei der Ausübung externer Zuständigkeiten gründet jedoch auf der Sonderkonstellation, dass hier ein auswärtiges Handeln der Gemeinschaft nach Maßgabe der AETR-Grundsätze ausnahmsweise auch ohne vorherige Binnenregelung gestattet ist. Soweit die AETR-Zuständigkeit der Gemeinschaft auf einer ungleichzeitigen Binnenregelung gründet, besitzen die *outs* diese Beteiligungsmöglichkeit nach allgemeinen Regeln nicht. Der Weg zur Herstellung externer Gleichzeitigkeit ist die Beteiligung der *outs* an den Binnenrechtsakten durch die Aufgabe der ungleichzeitigen Sonderposition.

2 Gemischte Abkommen bei Ungleichzeitigkeit

Die Außenkompetenzen der Gemeinschaft sind auch bei Gleichzeitigkeit begrenzt. In der Rechtspraxis wird ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten durch den Abschluss gemischter Abkommen ermöglicht, an denen im Rahmen ihrer Zuständigkeit sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten als eigenständige Vertragspartei beteiligt sind. Dies gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Der Abschluss gemischter Abkommen erlaubt auch hier ein einheitliches Auftreten, soweit dies politisch erwünscht ist. Allerdings umfasst die Gemeinschaftszuständigkeit bei Ungleichzeitigkeit nicht alle Mitgliedstaaten. Insofern sah *Ehlermann* schon 1984 „the birth of a new type of mixed agreement“ voraus¹¹⁰. Deren besondere Rechtsprobleme können jedoch aufgrund allgemeiner Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer Lösung zugeführt werden.

Die „ungleichzeitigen“ gemischten Abkommen zeichnen sich dadurch aus, dass der Umfang der Gemeinschaftskompetenz in Fortführung der internen Ungleichzeitigkeit variiert. Mit *Tuytschaever* kann man zwei Fallgruppen gemischter Abkommen bei Ungleichzeitigkeit unterscheiden¹¹¹: Erstens gemischte Abkommen, die für die *ins* einer ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft zuzuordnen sind und an denen insofern nur die *outs* neben der Gemeinschaft auftreten (teilweise gemischte Abkommen). Zweitens Verträge, die für alle Mitgliedstaaten ein gemischtes Abkommen sind und bei denen infolge von Ungleichzeitigkeit die Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten innerhalb des Abkommens nach Sachbereichen variiert (asymmetrisch gemischte Abkommen).

Der Abschluss „teilweise gemischter Übereinkommen“, an denen neben der Gemeinschaft *einige* Mitgliedstaaten beteiligt sind, ist kein neues Phänomen. In der Vergangenheit traten einige Mitgliedstaaten bereits als eigenständige Vertragspartei neben der Gemeinschaft auf, weil sie die auswärtigen Beziehungen eines Gebiets wahrnehmen, das nicht dem Anwendungsbereich der europäischen Verträge unterfällt¹¹². Auch an regionalen Umweltübereinkommen, für

¹⁰⁹ Kapitel 3 (S. 79 ff.).

¹¹⁰ *C.D. Ehlermann*, 'Two Speeds', *Michigan Law Review* 82 (1984), 1274/1278: „If this latter alternative (Annahme einer ungleichzeitigen AETR-Zuständigkeit, Anm. d. Verf.) is correct, the Community might be unable to commit the whole of its territory; as a consequence, we might see the birth of a new type of mixed agreement.“

¹¹¹ *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 178, wenn auch nicht mit der hier gewählten Bezeichnung.

¹¹² Dies gilt etwa für die Vertretung der *Territoires d'outre-mer* durch Frankreich und die Vertretung abhängiger Gebiete wie seinerzeit Hongkong durch das Vereinigte Königreich. Der Gerichtshof erachtet dies ausdrücklich für zulässig in EuGH, Gutachten 1/78, Slg. 1979, 2871 Rz. 61 f. – *Naturkautschuk-Übereinkommen*. „Die betreffenden Gebiete befinden sich, da sie vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags nicht erfasst werden, gegenüber der Gemeinschaft in der gleichen Situation wie Drittländer“; ebenso EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 15-18 – *WTO*. Wenn ein Mitgliedstaat als Vertreter abhängiger Gebiete auftritt, wird er hinsichtlich des

welche die Gemeinschaft nur teilweise zuständig ist, sind neben der Gemeinschaft regelmäßig die betroffenen Mitgliedstaaten beteiligt¹¹³. Das UN-Seerechtsübereinkommen schließlich wurde zwar von allen Mitgliedstaaten gezeichnet, ist bislang aber nur für die Gemeinschaft und 13 Mitgliedstaaten in Kraft getreten¹¹⁴. Gemeinsam ist diesen gemischten Abkommen die Teilnahme nicht aller Mitgliedstaaten, während sie in ihrem gemeinschaftsrechtlichen Teil für alle Mitgliedstaaten gelten. Dies ist bei Ungleichzeitigkeit anders: Soweit bei Ungleichzeitigkeit an teilweise gemischten Abkommen nur die Gemeinschaft und die *outs* beteiligt sind, vertritt die Gemeinschaft nach allgemeinen Regeln nur die *ins*. Bei asymmetrisch gemischten Abkommen sind zwar alle Mitgliedstaaten als eigenständige Vertragspartei an dem Übereinkommen beteiligt, der Umfang der Gemeinschaftskompetenz variiert jedoch in Fortführung der ungleichzeitigen Kompetenzverteilung.

In der bisherigen Darstellung wurden verschiedene Verträge erwähnt, die sich einer der beiden Kategorien gemischter Abkommen bei Ungleichzeitigkeit zuordnen lassen. Nach einer Einbeziehung Dänemarks in das Abkommen zwischen der Gemeinschaft, Norwegen und Island über das Dubliner Recht bestünde nicht nur eine völkerrechtliche Anbindung Dänemarks an das Dubliner Recht, sondern zugleich ein teilweise gemischtes Abkommen¹¹⁵. Als eigenständige Vertragspartei könnte Dänemark neben der Gemeinschaft auch an den geplanten Rückführungsabkommen mit Drittstaaten teilhaben¹¹⁶. Wegen der klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den *outs* sind derartige teilweise gemischte Abkommen rechtlich und praktisch vergleichsweise leicht zu handhaben. Für die *ins* richten sich die Rechtswirkungen der Übereinkommen als „integrierender Bestandteil“ des Gemeinschaftsrechts nach den allgemeinen Vorgaben der europäischen Rechtsordnung für die Stellung völkerrechtlicher Verträge¹¹⁷. Für die *outs* sind teilweise gemischte Abkommen dagegen wie reguläre völkerrechtliche Verträge zu behandeln, deren Rechtswirkungen sich nach nationalem Recht richten.

Schwieriger gestaltet sich die Kompetenzabgrenzung bei asymmetrisch gemischten Abkommen. Ein Beispiel hierfür sind das geplante Haager Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen¹¹⁸ und Assoziie-

„Mutterlands“ im Rahmen der Gemeinschaftskompetenz gleichwohl durch die Gemeinschaft vertreten.

¹¹³ So etwa das Übereinkommen zum Schutz des Mittelmeers vor Verschmutzung vom 16.2.1976 (ABl. 1977 L 240, 77; in Kraft getreten am 12.2.1978), der neben der Gemeinschaft Frankreich, Spanien, Italien und Griechenland als Vertragsstaaten angehören; das Übereinkommen zum Schutz des Rheins gegen chemische Verunreinigung vom 3.12.1976 (ABl. 1977 L 240, 37; in Kraft getreten am 1.1.1979), das auch Frankreich, Deutschland, Luxemburg und die Niederlande ratifiziert haben; das Übereinkommen über den Schutz Meeresumwelt des Ostseegebiets (Helsinki-Übereinkommen) vom 9.4.1992 (ABl. 1994 L 73, 1; in Kraft getreten am 29.6.1995), das auch Deutschland, Finnland, Schweden und Dänemark sowie die baltischen Beitrittskandidaten und Polen ratifizierten. Nachweise über den Ratifikationsstand und das Inkrafttreten der Übereinkommen bei *W. Heintschel v. Heinegg*, Verhältnis, in: Rengeling (1998), S. 676 ff.

¹¹⁴ Nach dem Fundstellenverzeichnis B 2002 ist das SRÜ neben der EG für alle Mitgliedstaaten außer Dänemark und Luxemburg in Kraft getreten; näher *D. Vignes*, Mer, in: FS Waelbroeck I (1999), S. 683. Nach allgemeinem Völkerrecht und wohl auch Gemeinschaftsrecht sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ein gemischtes Übereinkommen zu ratifizieren, wenn die Gemeinschaft dies tat.

¹¹⁵ Näher Kapitel 9 II 2 (S. 285 ff.).

¹¹⁶ Hierzu Kapitel 9 III 1 (S. 287 ff.).

¹¹⁷ Zu den Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft statt vieler *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 122 ff. und *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 741 f.

¹¹⁸ Siehe Kapitel 9 I 2 (S. 274 ff.). Es sei unterstellt, dass das Übereinkommen teilweise in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und teilweise in die Zuständigkeit der Gemeinschaft als Vertreterin der *ins* fällt.

rungsabkommen, soweit diese etwa Bestimmung zur Rückführung von Staatsangehörigen enthalten, die Gegenstand von Ungleichzeitigkeit sind¹¹⁹. Diese Verträge werden für alle Mitgliedstaaten als gemischte Abkommen geschlossen. Der Umfang der Gemeinschaftskompetenz variiert jedoch infolge von Ungleichzeitigkeit zwischen den *ins* und den *outs*¹²⁰. Er ist somit für die *ins* und die *outs* jeweils aufgrund allgemeiner Regeln getrennt zu ermitteln. Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln des Europarechts für die externe Dimension von Ungleichzeitigkeit, die vorstehend ausgeführt wurden. Wenn die Gemeinschaft einen ungleichzeitigen Binnenrechtsakt erlassen hat, besteht regelmäßig eine AETR-Kompetenz für die *ins*, während der entsprechende Sachbereich für die *outs* der nationalen Zuständigkeit unterfällt.

Die asymmetrische Trennlinie zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen und dem mitgliedstaatlichen Teil des gemischten Abkommens ist maßgeblich für den Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung und die Zuständigkeit des Gerichtshof¹²¹. So richten sich die Rechtsfolgen von Repatriierungsbestimmungen in Assoziierungsabkommen in Deutschland nach europarechtlichen Grundsätzen und Auslegungsfragen können durch den Gerichtshof einer Klärung zugeführt werden¹²². Dagegen ist Dänemark aufgrund seiner ungleichzeitigen Sonderposition an die Repatriierungsbestimmungen nicht als Gemeinschaftsrecht gebunden¹²³. Das Vereinigte Königreich und Irland sind ebenfalls nicht gemeinschaftsrechtlich gebunden, soweit sie im Rahmen des europäischen Rechtssetzungsprozesses nicht ihr *opt-in* erklären¹²⁴. Soweit insbesondere bei Übereinkünften zur Gründung internationaler Organisationen Kompetenzerklärungen abzugeben sind, müssen diese den Aspekt der Ungleichzeitigkeit ebenfalls berücksichtigen¹²⁵.

¹¹⁹ So erstmals Art. 76 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten mit der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien vom 9.4.2001 (ABl. 2001 C 213, 23) und entsprechend Art. 77 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten mit der Republik Kroatien vom 29.10.2001 (ABl. 2001 C 320, 2); beide Übereinkommen waren Ende September 2003 noch nicht in Kraft getreten.

¹²⁰ E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93 stellen insoweit zutreffend fest, dass „demarcation questions could become complex ... in such a case.“

¹²¹ Die Zuständigkeit des Gerichtshof zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen als „integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ ist auch bei Gleichzeitigkeit grundsätzlich auf diejenigen Teile eines gemischten Abkommens beschränkt, die der Gemeinschaftszuständigkeit unterfallen; vgl. EuGH, Rs. C-53/96, Slg. 1998 I-3603 Rz. 28, 32 f. – *Hermès* und EuGH, Rs. C-300 und 392/98, Slg. 2000 I-11307 Rz. 48 – *Christian Dior*. Näher auch P. Koutrakos, Mixed, EFA Rev. 7 (2002), 25. Wie nunmehr der EuGH früher schon Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat, Art. 228 EGV Rn. 77.

¹²² Es sei unterstellt, dass der Abschluss des Übereinkommens eine Aktivierung der vorstehend dargelegten Gemeinschaftskompetenz nach Art. 63 Nr.3 lit.b EGV beinhaltet.

¹²³ Man kann die Rechtsprechung des Gerichtshofs freilich so deuten, dass der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung bei Assoziierungsabkommen auch potentielle Gemeinschaftskompetenzen umfasst; so K. Hailbronner, Immigration and Asylum (2000), S. 113 ff.; E. Guild/S. Peers, Defence or Defiance?, in: Guild/Harlow (2001), S. 270 und EuGH, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719 Rz. 9 – *Demirel*: „Da ein Assoziierungsabkommen nämlich besondere und privilegierte Beziehungen mit einem Drittstaat schafft, der zumindest teilweise am Gemeinschaftssystem teilhaben muss, muss Artikel 238 der Gemeinschaft notwendigweise die Zuständigkeit dafür einräumen, die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten in allen vom EWG-Vertrag erfassten Bereichen sicherzustellen.“ Wenn dies zutrifft, könnte man bei Ungleichzeitigkeit argumentieren, dass insoweit auch die *outs* gemeinschaftsrechtlich gebunden sind. Dies würde als allgemeine Regel aber nur für Assoziierungsabkommen gelten und nicht für andere völkerrechtliche Verträge.

¹²⁴ Allgemein zur Wahlfreiheit des Vereinigten Königreichs und Irlands Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

¹²⁵ Zur gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, den Umfang der Gemeinschaftskompetenz korrekt anzugeben EuGH, Rs. C-29/99, Slg. 2002 I-11221 – *Kommission/Rat*.

Die Tragfähigkeit einer rechtlichen Konstruktion kann regelmäßig anhand der Frage überprüft werden, ob sie auch im Konfliktfall eine zufriedenstellende Lösung erreicht. Dies gilt auch für die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen. Ein Drittstaat hat hier zwar einen Anspruch im Hinblick auf alle Mitgliedstaaten. Für ihn stellt sich „nur“ die Frage, ob er Erfüllung und gegebenenfalls Entschädigung von der Gemeinschaft und/oder den Mitgliedstaaten verlangen kann¹²⁶. Drittstaaten werden daher bei teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen im Konfliktfall regelmäßig die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten als einheitlichen Akteur ansprechen, der die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit nach internen Regeln unter sich ausmacht und nach Außen einheitlich auftritt. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten richtet sich hierbei nach denselben Kriterien, die auch für reguläre gemischte Abkommen gelten¹²⁷. Sie müssen freilich in Fortführung der Ungleichzeitigkeit modifiziert werden.

Ein Beispiel: Falls im Rahmen eines ungleichzeitigen gemischten Abkommens aufgrund einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit finanzieller Schadensersatz an Drittstaaten zu zahlen ist, der nur für einige Mitgliedstaaten der Gemeinschaftszuständigkeit zuzurechnen ist, muss die Zahlungspflicht in Fortführung der ungleichzeitigen Kompetenzverteilung getrennt zugeordnet werden. Die *outs* leisten ihren Beitrag aus dem nationalen Haushalt, während die gemeinschaftsrechtliche Zahlungsverpflichtung für die *ins* sich nach den allgemeinen Regeln des Europarechts zur Finanzierung ungleichzeitiger Ausgaben richtet¹²⁸. Entgegen *Hatje* können Haftungssituationen bei Ungleichzeitigkeit somit einer rechtlichen Lösung zugeführt werden¹²⁹. Sie stehen der Annahme einer ungleichzeitigen Außenkompetenz der Gemeinschaft und dem Abschluss von teilweise oder asymmetrisch gemischten Abkommen nicht entgegen. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass auch die *outs* nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit vor dem Gerichtshof Klage gegen ungleichzeitige Gemeinschaftsrechtsakte erheben und dadurch gegebenenfalls einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der ungleichzeitig handelnden Gemeinschaft vorbeugen können¹³⁰.

Die erstrebte Einheitlichkeit des Auftretens der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten durch den Abschluss von ungleichzeitig gemischten Abkommen entfaltet einen Mehrwert vor allem bei einer einheitlichen Verhandlungsführung. Eine Kooperation von Gemeinschaft und *outs* wird im Idealfall den Einfluss auf den Ausgang der Verhandlungen im wohlverstandenen Eigeninteresse erhöhen. Jedenfalls kann ein einheitliches Auftreten verhindern, dass die für

¹²⁶ Anders als bei völkerrechtlichen Verträgen nur der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit (Kapitel 9 I 3; S. 280 ff.) ist das gesamte Gemeinschaftsgebiet vom Übereinkommen umfasst. Nur der Umfang der gemeinschaftlichen und der mitgliedstaatlichen Kompetenz variiert infolge von Ungleichzeitigkeit. Auch die von *C. Tomuschat*, Liability, in: O’Keeffe/Schermers (1983), S. 132 am Beispiel des SRÜ festgestellte Komplexität der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit bei gemischten Abkommen, „if only some Member States alongside with the Community participate in a treaty“, gilt somit bei Ungleichzeitigkeit nicht, weil das gesamte Abkommen in allen Mitgliedstaaten entweder als Gemeinschaftsrecht oder Völkerrecht gilt.

¹²⁷ Hierzu etwa *C. Pitschas*, Verantwortlichkeit (2001), insb. 240 ff., 257 ff.; *C. Tomuschat*, Liability, in: O’Keeffe/Schermers (1983), S. 125 ff.; *A. Conze*, Haftung (1987) und *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 180. Siehe auch EuGH, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625 Rz. 29 – *Parlament/Rat*: „jointly liable“.

¹²⁸ Näher Kapitel 7 IV (S. 225 ff.). Ebenso *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 122: „Hinsichtlich der Kosten ist auf Art. (44a EUV) zu verweisen, wobei der darin verankerte Grundsatz der Kostentragung durch die (*ins*) nichts daran ändert, dass völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche die Gemeinschaft ist.“

¹²⁹ Anders *Schwarze-A. Hatje*, Art. 11 EGV Rn. 28.

¹³⁰ Kapitel 7 III 3 (S. 221 ff.).

Drittstaaten schwer durchschaubare „Ungleichzeitigkeit“ der Verhandlungsführung zu einer Situation führt, in der „the lack of predictability may be costly in terms of third parties negotiating agreements with the EU or for Member States.“¹³¹ Auch insoweit können dieselben Modelle wie bei herkömmlichen gemischten Abkommen Anwendung finden. Dies wird regelmäßig bedeuten, dass die *outs* der Kommission nach dem Vorbild der Welthandelsrunden die Verhandlungsführung übertragen¹³². Bei der internen Abstimmung der Verhandlungsposition der Gemeinschaft im Rat und besonderen Ausschüssen nach Art. 300 I EGV besitzen die *outs* formell zwar kein Stimmrecht. Ihre gleichberechtigte Beteiligung an den Beratungen garantiert ihnen jedoch einen faktischen Einfluss auf die Verhandlungsposition¹³³.

Die gemeinsame Verhandlungsführung der Gemeinschaft und der *outs* bei ungleichzeitigen gemischten Abkommen ist jedoch nicht zwingend. Im Fall eines politischen Dissenses, der bei Ungleichzeitigkeit wegen der unterschiedlichen politischen Auffassungen, auf denen die Ungleichzeitigkeit beruht, wahrscheinlicher ist als bei herkömmlichen gemischten Abkommen, können die *outs* die Verhandlungen jederzeit in eigener Regie fortsetzen. Die einheitliche Verhandlungsführung ist fakultativ und kann von den *outs* jederzeit aufgekündigt werden. Unabhängig hiervon besteht gerade auch bei Ungleichzeitigkeit eine „Pflicht zur Zusammenarbeit“¹³⁴ zwischen der Gemeinschaft und den *outs*, deren Beachtung sicherstellt, dass ein unabdingbares Mindestmaß an Einheitlichkeit der Außenvertretung gewahrt bleibt. Da der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents die Zusammenarbeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei gemischten Abkommen keiner positiv-rechtlichen Regelung zuführt, bleibt es der Praxis überlassen, eine tragfähige Lösung zu finden. Gerade auch im Hinblick auf die besonderen Probleme ungleichzeitiger gemischter Abkommen könnte diese in einem *code of conduct* festgehalten werden¹³⁵.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass teilweise und asymmetrisch gemischte Abkommen auch bei Ungleichzeitigkeit die Möglichkeit eines einheitlichen Auftretens der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten eröffnen, soweit dies politisch gewünscht wird. Die rechtliche Komplexität solcher Abkommen kann durch allgemeine Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit einer rechtlichen Lösung zugeführt werden. Rechtssicherheit bedeutet freilich nicht notwendig Rechtsklarheit. Ungleichzeitigkeit ergänzt die Rechtsprobleme gemischter Abkommen um eine zusätzliche Komplexitätsebene. Doch kann man die geringere Rechts-

¹³¹ E. Philippart/G. Edwards, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/93.

¹³² So auch F. Tuytschaever, Differentiation (1999), S. 179. O. Remien, Private, CML Rev. 38 (2001), 53/76 fordert einen „joint effort of the Community and the Member States“. Alternativ zur umfassenden Ermächtigung der Kommission (Modell 1) könnte eine gemeinsame Delegation gebildet werden, als deren Sprecher wiederum die Kommission aufträte (Modell 2). Das beim SRÜ gewählte Modell einer eigenständigen Verhandlung der Mitgliedstaaten würde bei Ungleichzeitigkeit dagegen gerade keine einheitliche Verhandlungsführung gewährleisten (Modell 3). Ebenso die Koordinierung des mitgliedstaatlichen Kompetenzbereichs in der zweiten Säule und der Abschluss eines Übereinkommens nach Art. 24 EUV (Modell 4), da in der zweiten Säule nach Art. 24 I EUV regelmäßig der Vorsitz die Verhandlungen führt und zudem meist nur gleichzeitige Kompetenzen aller Mitgliedstaaten koordiniert werden können. Näher zu den Modellen eins bis drei J. Groux, Negotiations, in: O’Keeffe/Schermer (1983), S. 87 und Groeben/Thiesing/Ehlermann-C. Tomuschat, Art. 228 EGV Rn. 24 f. sowie zu Modell 4 N. Neunahl, Troubled Personality, EFA Rev. 3 (1998), 177/188 f.

¹³³ Zur Zusammensetzung des Rates und seiner Subgremien bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

¹³⁴ EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994 I-5267 Rz. 108 – *WTO*. Ebenso EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 35 – *Kernmaterialübereinkommen*; EuGH, Gutachten 2/91, Slg. 1993 I-1061 Rz. 36 – *ILO-Übereinkommen*; EuGH, Rs. C-25/94, Slg. 1996 I-1469 Rz. 48 – *Kommission/Rat*.

¹³⁵ Dies schlägt speziell für Ungleichzeitigkeit vor F. Tuytschaever, Differentiation (1999), S. 179.

klarheit mit *Weiler* dem Wunsch nach einer einheitlichen Außenvertretung und Interessenwahrnehmung unterordnen:

„Mixity as pioneered by the Community offers a real alternative... Since it is the Community *together* with its Member States which concludes agreements, we do not necessarily face a multiplicity of external relations and a weakening of the strength inherent in united action. Mixity offers instead a different way in the search for unity and the respect for state interests and autonomy.“¹³⁶

IV Fazit

Aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts steht der Gemeinschaft auch bei Ungleichzeitigkeit eine auswärtige Zuständigkeit nach Maßgabe der AETR-Grundsätze zu. Die rechtlichen Erwägungen, die die AETR-Rechtsprechung des Gerichtshofs tragen, greifen auch bei Ungleichzeitigkeit. Freilich ist die Außenkompetenz der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit geographisch auf die *ins* beschränkt. Dagegen unterliegt die völkerrechtliche Handlungsfreiheit der *outs* grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken. Die Begrenzung der Außenkompetenz der Gemeinschaft auf die *ins* muss in der völkervertragsrechtlichen Praxis durch eine entsprechende Vertragsgestaltung deutlich gemacht werden, um die notwendige Rechtssicherheit des Völkerrechtsverkehrs zu wahren. Vor allem bei der Verwirklichung der externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird der Ungleichzeitigkeit der Außenvertretung in den kommenden Jahren eine große Bedeutung zukommen. Die Abkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island über die Anbindung an das Schengener und Dubliner Recht sind nur die ersten Anwendungsfälle einer umfassenden Tätigkeit der Gemeinschaft in diesem Bereich, in deren Rahmen Dänemark auf völkerrechtlichem Wege mittelbar in den Regelungsgehalt des ungleichzeitigen Gemeinschaftsrechts einbezogen werden kann.

Die Effektivität der gemeinsamen Interessenwahrnehmung wird durch ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten gefördert. Dies gilt bei Gleichzeitigkeit ebenso wie bei Ungleichzeitigkeit. Bei Ungleichzeitigkeit besteht nach allgemeinen Regeln jedoch eine Asymmetrie der Außenkompetenzen. Dies wirft die Frage auf, wie bei Ungleichzeitigkeit ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten erreicht werden kann, soweit dies politisch erwünscht ist. Nach allgemeinen Regeln scheidet der Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten aus, wenn die Binnenregelung, auf der die AETR-Zuständigkeit beruht, nicht für alle Mitgliedstaaten gilt. Ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und aller Mitgliedstaaten kann daher bei Ungleichzeitigkeit nur durch den Abschluss eines gemischten Abkommens erreicht werden. Innerhalb des ungleichzeitig gemischten Abkommens richtet sich der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten nach der ungleichzeitigen Reichweite der europäischen Außenkompetenzen. Die Rechtspraxis ist freilich nicht verpflichtet, das Angebot eines ungleichzeitig gemischten Abkommens aufzugreifen. Eine auch rechtlich einheitliche Außenvertretung aller Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft kann nur durch die Herstellung interner Gleichzeitigkeit erreicht werden.

¹³⁶ J.H.H. *Weiler*, Mixity, in: *Constitution* (1999), S. 185 zu herkömmlichen gemischten Abkommen (Hervorhebung übernommen).

Kapitel 10

VÖLKERRECHTLICHE KOOPERATIONEN DER MITGLIEDSTAATEN

Ein wichtiger Grund für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit war die mögliche Einbeziehung völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union. Für *Labayle* ist das Verhindern einer völkerrechtlichen Zusammenarbeit jenseits der Verträge „la logique même à la fois du mécanisme“¹ und für *Pernice* besteht Einigkeit darüber, „dass die Option einer verstärkten Zusammenarbeit außerhalb der Verträge, politisch jedenfalls, nicht in Betracht kommt“². Hinter dieser Zielsetzung verbergen sich jedoch unterschiedliche Motivationslagen verschiedener Mitgliedstaaten: Potentielle *outs* wie das Vereinigte Königreich wollen sich ein Mitspracherecht sichern³. Kleinere Mitgliedstaaten wie die Benelux-Staaten fürchten eine Dominanz der deutsch-französischen Achse und wollen die Wächterrolle von Gerichtshof und Kommission auf die verstärkte Zusammenarbeit übertragen⁴. Deutschland und Frankreich, von denen die ursprüngliche Initiative für die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit ausging, möchten schließlich den Effizienzvorsprung der supranationalen Integrationsmethode auf Kooperationen einiger Mitgliedstaaten anwenden⁵.

Diese Untersuchung umfasst auch völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der europäischen Verträge. Zwar besteht insoweit keine ungleichzeitige Geltung des europäischen Primär- oder Sekundärrechts. Wenn die Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Grundlage eine zusätzliche überstaatliche Kooperationsebene begründen, an der nicht alle Mitgliedstaaten beteiligt sind, besteht jedoch eine funktionale Parallelität zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. Spezielle völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten wurden in Kapitel 6 bereits erörtert. Es geht nunmehr um die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten. Es ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Europarecht völkerrechtliche Kooperationsformen untersagt oder gemeinschaftsrechtlichen Schranken unterwirft. Hierdurch werden völkerrechtliche Kooperationen als Sonderfall von Ungleichzeitigkeit in den Gesamtkontext des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht eingeordnet.

In der Praxis werden völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten häufig unter Einschluss von Drittstaaten geschlossen⁶. Soweit derartige völkerrechtliche Kooperationen *cum tertiis*⁷ nachfolgend nicht als eigene Kategorie untersucht werden, folgt dies dem Schwerpunkt dieser Untersuchung auf europarechtliche Ungleichzeitigkeit. Die Konzentration auf völkerrechtliche Verträge nur der Mitgliedstaaten stellt die praktische Bedeutung völkerrechtlicher Koope-

¹ *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/5.

² *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38.

³ Hierzu bereits Kapitel 2 II 1 b (S. 50 ff.).

⁴ So *J.-V. Louis*, CIG, C.D.E. 32 (1996), 249/254 und *J.-F. Favret*, Amsterdam, C.D.E. 33 (1997), 555/596 f.

⁵ *A. Stubb*, Negotiating, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 153 und *F. Tuijtschaever*, Differentiation (1999), S. 49 ff.

⁶ Siehe hierzu bereits die Nachweise in Kapitel 6 III (S. 191 ff.).

⁷ Begriff nach *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 33.

rationen *cum tertiis* nicht in Frage. In der Regel können die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten mutatis mutandi auf Abkommen *cum tertiis* übertragen werden. Allgemein besteht Uneinigkeit, ob die Übertragung auswärtiger Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft die Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten völkerrechtlich beschränkt. Teilweise wird ein Durchgriff der innergemeinschaftlichen Kompetenzverteilung auf die völkerrechtliche Ebene angenommen (Kompetenztheorie)⁸. Dagegen befürworten andere Autoren die Anwendung allgemeiner völkervertragsrechtlicher Konfliktregeln (Vertragskonflikttheorie)⁹. Die folgende Untersuchung basiert auf der Annahme, dass jedenfalls bei den hier schwerpunktmäßig behandelten völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten untereinander völkervertragsrechtliche Konfliktregeln grundsätzlich nur Anwendung finden, soweit sie den Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage stellen¹⁰.

I Ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft

In den Bereichen einer ausschließlichen Verbandskompetenz der Gemeinschaft besteht grundsätzlich kein Raum für ein kollektives völkerrechtliches Handeln einiger oder aller Mitgliedstaaten. Nach der Auffassung des Gerichtshofs ist „eine parallele Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft in diesem Bereich ausgeschlossen“¹¹ und die Zuständigkeit zur Regelung der Materie fällt „nicht mehr in die Sphäre staatlicher Souveränität“¹². Selbst bei einer Untätigkeit der Gemeinschaftsorgane dürfen die Mitgliedstaaten allenfalls treuhänderisch anstelle der Gemeinschaft handeln, da „eine derartige Untätigkeit den Mitgliedstaaten keinesfalls die Zuständigkeit und die Freiheit einseitigen Handelns auf diesem Sektor zurückgeben (kann), weil in diesem Bereich die Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft vollständig und endgültig war.“¹³ Ausdrücklich anerkannt hat der Gerichtshof eine ausschließliche Verbandskompetenz der Gemeinschaft bisher in den Bereichen der Außenhandelspolitik, der Fischereipolitik und Aspekten des Euratom-Vertrags. Welche Sachbereiche zusätzlich der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft unterfallen, ist aufgrund allgemeiner Überlegungen zu entscheiden¹⁴. Soweit man hiernach eine ausschließliche Verbandskompetenz der Gemeinschaft annimmt, greift die allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Kooperationen einiger oder aller Mitgliedstaaten ausgeschlossen sind. In den Wor-

⁸ In diesem Sinn etwa *A. Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, S. 504 ff.; *P. Pescatore*, Effets, A.I.D.I. 55 (1973), 544/550 und *N. Neuwahl*, Mixity, CML Rev. 33 (1996), 667/672.

⁹ So etwa *K. Stein*, gemischter Vertrag (1986), S. 78 ff.; *R. Bernhardt*, Rechtsträger, EuR 1983, 199/206 f.; *I. MacLeod/I.D. Hendry/S. Hyett*, External (1996), S. 62; *I. Seidl-Hobenveldern*, Organisationen, 6. Aufl. 1996, S. 82 ff.; und *T. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 227.

¹⁰ Ebenso *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 205 mit umfassenden weiteren Nachweisen sowie *O. Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 11 ff.; *D. Howarth*, Denmark, CML Rev. 31 (1994), 765/798; *Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng*, Art. N EUV Rn. 34; *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 46 ff. und *Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz*, Art. N EUV (1998) Rn. 7.

¹¹ EuGH, Gutachten 1/75, Slg. 1975, 1355 (1364) – *Lokale Kosten*.

¹² EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 32 – *Kernmaterialübereinkommen*.

¹³ EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 20 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*. Ähnlich EuGH, Rs. C-158/89, Slg. 1990 I-2013 Rz. 13 – *Weingut Dietz-Matti*: „nicht als in Ausübung einer eigenen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten erlassen anzusehen“ und EuGH, Rs. 7/71, Slg. 1971, 1003 Rz. 21/26 – *Kommission/Frankreich*: „(nicht) in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zurück(ge)fall(e)n“. Zur rechtlichen Analyse der Problematik *M. Blanquet*, Art. 5 C.E.E. (1994), S. 87 ff. und *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 160 ff.

¹⁴ Hierzu bereits Kapitel 2 III 4 (S. 65 ff.).

ten *Isaacs*: „Dans les domaines de compétence communautaire exclusive, le droit complémentaire n'a pas de place.“¹⁵

II Konkurrierende Zuständigkeit

Allgemeine Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten beziehen sich auf eine Vielzahl verschiedener Konstellationen¹⁶. Ein Blick in den Fundstellennachweis B des Bundesgesetzblatts zeigt, dass die Bundesrepublik in den sechs Jahren 1995-2000 gut zwanzig Übereinkommen unter Beteiligung von mindestens drei derzeitigen oder zukünftigen Mitgliedstaaten schloss, die jedenfalls nach der EU-Erweiterung eine völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten darstellen. Trotz der Bedeutung eines jeden Abkommens in seinem jeweiligen Regelungsbereich tritt die völkervertragsrechtlicher Kooperationspraxis der Bundesrepublik hierbei jedoch in kein Konkurrenzverhältnis zur Rechtsetzung im Rahmen der Europäischen Union¹⁷. Dieser empirische Befund kann die Entwicklung allgemeiner Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten nicht präjudizieren. Wenn die Europäischen Union zum zentralen rechtlichen Rahmen der überstaatlichen Kooperation der Mitgliedstaaten geworden ist, kann dies gleichwohl als verfassungspolitisches Argument gegen die Annahme weitreichender rechtlicher Schranken dienen. Hierbei geht es zuerst um die allgemeinen Regeln für völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten. Auf deren Grundlage sind allgemeine Regeln des Europarechts für ungleichzeitige Kooperationsformen einiger Mitgliedstaaten zu entwickeln.

1 Verträge aller Mitgliedstaaten

Die meisten Literaturstimmen zur Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten entstammen Publikationen, die sich schwerpunktmäßig mit einem anderen Sachthema beschäftigen und die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nur am Rande streifen. Die Aussagen beschränken sich daher regelmäßig auf eine allgemeine These. So kommen *Philippart* und *Edwards* zu dem Ergebnis, dass die „liberty of the Member States to co-operate among themselves outside and beyond the EU has not been curtailed“ durch den EG-Vertrag¹⁸, und *Tomuschat* verweist im Rahmen einer Untersuchung des heutigen Art. 308 EGV auf das „selbstverständliche Recht der Vertragsparteien, ergänzende Abkommen zu schließen.“¹⁹ Auch die deutschsprachige Kommentarliteratur zu Art. 48 EUV ist sich einig, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten zulässig sind, in der Folge aber nicht zum Gemeinschaftsrecht zählen²⁰.

¹⁵ *G. Isaac*, *Droit communautaire*, 4. Aufl. 1995, S. 148.

¹⁶ Der Begriff „konkurrierende Zuständigkeit“ meint hier all jene Zuständigkeiten der Gemeinschaft, bei denen keine ausschließliche Verbandskompetenz im Sinn des vorherstehenden Abschnitts besteht. Er umfasst insbesondere auch Bereiche, in denen die Gemeinschaft eine konkurrierende Zuständigkeit ausübte und man nach dieser Ausübung auch von einer „ausschließlichen“ Zuständigkeit sprechen kann; vgl. etwa *R. Bieber*, *Ausfüllung*, in: ders./*Ress* (1987), S. 297: „nachträgliche ausschließliche Zuständigkeit“ und zu den AETR-Kompetenzen bei der Außenvertretung gegenüber Drittstaaten Kapitel 9 I 1 (S. 270 ff.).

¹⁷ Hierzu die Untersuchung in Kapitel 6 III (S. 191 ff.).

¹⁸ *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, *JCMSt.* 37 (1999), 87/90.

¹⁹ *C. Tomuschat*, *Generalermächtigungen*, *EuR* 1976 Sonderheft, 45/56.

²⁰ Vgl. *Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng*, *Art. N EUV Rn. 35*; *Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz*, *Art. N*

Hofmanns Verweis auf die allgemeine Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“²¹ als Argument für die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten führt dann nicht weiter, wenn er sich auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezieht. In der Maastricht-Entscheidung verweist die griffige Formulierung der „Herren der Verträge“ nämlich auf ein letztendliches Austrittsrecht der Bundesrepublik²² und die fehlende Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft²³. Die Annahme einer Beschränkung völkerrechtlicher Kooperationen im Rahmen konkurrierender Zuständigkeiten würde aber keine umfassende Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft mit sich bringen. Vielmehr könnte man die gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen im Rahmen der bestehenden Vertragsbestimmungen als eine besondere gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung konstruieren, die als übertragene „compétence abolie“ von Art. 23 GG und dem deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt wäre²⁴.

Soweit der Hinweis von *Hofmann* auf die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ sich auf die allgemeine Völkerrechtssubjektivität der Mitgliedstaaten bezieht, sei daran erinnert, dass diese Untersuchung auf der Annahme basiert, dass die Vertragsschlussfähigkeit der Mitgliedstaaten als Ausfluss ihrer Völkerrechtssubjektivität unter dem Vorbehalt der vorrangigen Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts steht. Jedenfalls aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts müssen völkerrechtliche Verträge einiger oder aller Mitgliedstaaten untereinander entgegen Art. 30 WVK unangewendet bleiben, soweit sie nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind²⁵. Wenn man dagegen allgemeine völkervertragsrechtliche Konfliktregeln auf die völkerrechtlichen Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander anwendet und ihnen hierbei auch die Derogation von gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen gestattet, kann man auf diesem Wege tatsächlich die Zulässigkeit einer jeden späteren völkerrechtlichen Kooperation der Mitgliedstaaten begründen. Diese würde als *lex posterior* eine Verpflichtung des Gemeinschaftsrechts verdrängen.

Der Gerichtshof hat in einem Fall eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten ausdrücklich für zulässig erachtet. In einer Klage, die das Parlament wegen der Umgehung des Haushaltsrechts gegen eine von der Kommission verwaltete Soforthilfe der im Rat vereinigten Regierungen der Mitgliedstaaten erhob, entschied der Gerichtshof: „Da es auf dem Ge-

EUV (1998) Rn. 7 und, ihnen folgend, Calliess/Ruffert-H.J. *Cremer*, Art. 48 EUV Rn. 5; Schwarze-H.-H. *Hernfeld*, Art. 48 EUV Rn. 15.

²¹ R. *Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/727.

²² Siehe BVerfGE 93, 155/190 – *Maastricht*.

²³ So BVerfGE 75, 223/242 – *Kloppenburg*, worauf BVerfGE 93, 155/199 – *Maastricht* in diesem Zusammenhang ausdrücklich verweist.

²⁴ Nach BVerfGE 75, 223/240 – *Kloppenburg*, halten sich die „kompetenz- und materiellrechtliche Rechtsauffassung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Rechtsnatur von Richtlinien ... als auch die Methode, mit der er diese Rechtsauffassung entwickelt hat,... im Rahmen des durch das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag abgesteckten Integrationsprogramms.“ Ebenso könnte man für die Annahme einer europarechtlichen Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten untereinander argumentieren.

²⁵ Hierzu die einleitenden Bemerkungen zu diesem Kapitel. Aus der völkerrechtlichen Perspektive verweist I. *Seidl-Hobenveldern*, Organisationen, 6. Aufl. 1996, Rz. 236 auf das Recht der Mitglieder einer internationalen Organisation, zu denen er auch die Europäische Union zählt, dass „alle oder einzelne von ihnen unter sich Abkommen abschließen (können), die ... Bindungen schaffen, die über das Ausmaß dieser bisherigen Nahbeziehung hinausgehen.“ Dies erinnert wiederum an die vertragsändernden Beschleunigungsbeschlüsse der 60er-Jahre (hierzu etwa T. *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 219 f.), die hier nicht näher beurteilt werden können; kritisch zu dieser Praxis J. *Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 164 ff. und *Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 12 ff.

biet der humanitären Hilfe keine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft gibt, sind die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, ihre Zuständigkeiten in dieser Hinsicht im Rat oder *außerhalb des Rates gemeinsam* auszuüben.²⁶ Aufgrund des ausdrücklich konkurrierenden bzw. parallelen Charakters der Gemeinschaftszuständigkeit für die Entwicklungszusammenarbeit nach Art. 181 EGV, auf die auch der Gerichtshof verweist, lässt sich diese Aussage jedoch nicht unbeschränkt auf alle konkurrierenden Zuständigkeiten übertragen²⁷. Allenfalls für andere Politikbereiche, die eine entsprechende Klausel umfassen, kann das Ergebnis einer Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperation entsprechend angewandt werden²⁸.

Auch die spezielle Normierung des Art. 152 II EGV zur Gesundheitspolitik kann man nicht auf alle Gemeinschaftspolitiken übertragen. Ihr Verweis, dass die Gemeinschaft „durch ihre Tätigkeit die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten“ fördert, kann man mit *de Witte* zwar als implizite Genehmigung völkerrechtlicher Kooperationen werten²⁹. Die Bestimmung knüpft aber an den Charakter der Gemeinschaftskompetenz an, die gerade keine umfassende konkurrierende Zuständigkeit ist, sondern als „Förderkompetenz“ einen Beitrag der Gemeinschaft in einem Sachbereich gestattet, der ansonsten grundsätzlich dem Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeit zuzuordnen ist. Die Gemeinschaft darf im Anwendungsbereich derartiger „Förderkompetenzen“ die Kooperation der Mitgliedstaaten zwar unterstützen, nicht aber im Sinn einer „echten“ konkurrierenden Zuständigkeit ersetzen³⁰. Entgegen *de Witte* sollte daher aus der ausdrücklichen Anerkennung der Kooperationsmöglichkeit keine Rückschlüsse auf die generelle Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten gezogen werden³¹. Die ausdrückliche Bestimmung des Art. 152 II EGV steht vielmehr in einem engen Zusammenhang mit der allgemeinen Regel, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen unterliegen³².

In einer anderen Entscheidung stellte der Gerichtshof allgemein fest, dass das Bedürfnis nach der überstaatlichen Regelung einer Rechtsmaterie „unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen“ erfordere³³. Dies kann man als eine implizite Aussage über die Unzulässigkeit gemeinschaftsweiter völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten deuten – wenn auch die Äußerung im Hinblick auf die Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips erfolgt und nicht näher spezifiziert wird. Hierauf baut Generalanwalt *Fennelly* auf, wenn er in seinen Schlussanträgen im Fall *Tabakwerbeverbot* eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten für unzulässig erachtet:

²⁶ EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 16 – *Parlament/Rat und Kommission* (eigene Hervorhebung).

²⁷ Art. 181 UAbs.2 EGV: „Absatz 1 berührt nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und internationale Abkommen zu schließen.“

²⁸ So zur externen Dimension der Umweltpolitik, der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Zusammenarbeit mit Drittländern sowie der erweiterten Außenhandelspolitik Art. 133 V UAbs.4, 174 IV, 181a EGV.

²⁹ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 40.

³⁰ Art. 152 II EGV: „Die Gemeinschaft fördert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten ... und unterstützt erforderlichenfalls deren Tätigkeit“ Eine umfassende Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ist gerade nicht vorgesehen. Ähnlich Art. 127 II, 129 I EGV zur Beschäftigungspolitik, Art. 137 III UAbs.3, 140 EGV zur Sozialpolitik; Art. 149 I EGV zur allgemeinen und beruflichen Bildung und Jugend sowie Art. 151 II EGV zur Kulturpolitik.

³¹ Anders *de Witte* ebd. 40.

³² Hierzu Kapitel 10 III (S. 318 f.).

³³ EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996 I-5755 Rz. 47 – *Arbeitszeit* in Hinblick auf den Erlass einer Arbeitsschutzmaßnahme nach Art. 118a EGV (1992).

„Ich stimme dem Vorbringen zu, dass das Parlament in der mündlichen Verhandlung mit Nachdruck vertreten hat, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften schlicht nicht gegenseitig in Gebieten harmonisieren können, die in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen. Einseitiges Vorgehen ist logisch ausgeschlossen; kollektives Vorgehen der 15 Mitgliedstaaten (etwa durch einen völkerrechtlichen Vertrag) ist aus Rechtsgründen insbesondere unter Berücksichtigung des Artikels 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) ausgeschlossen.“³⁴

In der Literatur gibt es verschiedene Stimmen, die die völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten ebenfalls für unzulässig erachten. So ist für *Wuermeling* der „Erlass von Komplementärrecht ... unzulässig, wenn stattdessen ein Akt des Gemeinschaftsrechts hätte erlassen werden können.“³⁵ Derselben Auffassung ist *Oppermann*: „Verträge zwischen den Mitgliedstaaten sind dort, wo EG-Zuständigkeiten mit entsprechenden Rechtsetzungsbefugnissen der Organe gegeben sind, grundsätzlich nicht mehr zulässig. Die Rechtsetzung der Gemeinschaft verdrängt das ‚Paktieren‘.“³⁶ In Auslegung des Art. 10 EGV kommt auch *von Bogdandy* zu dem Ergebnis, dass der „Abschluss von *gemeinschaftsweiten*, völkerrechtlichen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten zur Regelung einer Frage, die unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips von der Gemeinschaft geregelt werden kann, ... unzulässig (ist).“³⁷

Als rechtliches Argument gegen völkerrechtliche Kooperationen aller Mitgliedstaaten wird neben dem allgemeinen Verweis auf Art. 10 EGV das Verbot einer Umgehung der gemeinschaftlichen Kompetenznormen und Rechtsetzungsverfahren angeführt, das auch als spezielle Ausformung der allgemeinen Loyalitätspflicht des Art. 10 EGV verstanden werden kann³⁸. Im Hinblick auf die „Sanktionen“ der vierzehn Mitgliedstaaten gegen Österreich im Jahr 2000 kommen *Hummer* und *Obwexer* zu dem Ergebnis, dass „die Mitgliedstaaten in den Zuständigkeitsbereichen ‚der Union‘ nur noch unter Inanspruchnahme der dafür vorgesehenen Verfahren ... tätig werden und dementsprechend ohne Inanspruchnahme des Art. 7 EU weder einzeln noch gemeinsam handelnd Sanktionen ... gegen einen Mitgliedstaat verhängen (dürfen).“³⁹ Nach *Giegerich* verdeutlicht gerade die Existenz des Art. 308 EGV den Willen des Ver-

³⁴ Generalanwalt *Fennelly*, Rs. C-376/98, Slg. 2000 I-2247 Rz. 136 – *Tabakwerbeverbot*. Die Überlegung wurde vom Gerichtshof mangels Relevanz für seine Entscheidung nicht aufgegriffen. Siehe auch Generalanwalt *P. Léger*, EuGH, Rs. C-84/94, Slg. 1996 I-5755 Rz. 129 – *Arbeitszeit*, der ausführt, dass die Mitgliedstaaten das Ziel einer „Harmonisierung der in diesem Bereich (der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer, Anm. d. Verf.) bestehenden Bedingungen“ nicht erreichen können, da dies „notwendig ein Tätigwerden supranationaler Art voraussetzt.“

³⁵ *J. Wuermeling*, *Kooperatives* (1988), S. 205.

³⁶ *T. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, S. 227. Aus dem Kontext ergibt sich, dass diese Aussage sich auf Verträge aller Mitgliedstaaten bezieht. In der folgenden Darlegung macht er eine Ausnahme für Verträge „am Rande“ der EG-Zuständigkeit, wobei unklar bleibt, auf welche Fälle sich dies beziehen soll.

³⁷ *Grabitz/Hilf-A. von Bogdandy*, Art. 5 EGV (EL 7) Rz. 33 (übernommene Hervorhebung).

³⁸ So im Hinblick auf die Schengener Übereinkommen, die freilich eine Kooperation einiger Mitgliedstaaten darstellten, die Verweise in Kapitel 10 II 2, Fn. 49 (S. 304). Angedeutet auch bei *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 42: Eine völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten „should be viewed with suspicion, as they could allow the Member States to ‘switch’ from the EC or EU track to the international law track, while by-passing the institutional balance established by the founding Treaties.“ Auch die zitierte Aussage *von Bogdandys* ebd. steht im Abschnitt über das in Art. 10 EGV nach seiner Auffassung enthaltene Missbrauchs- und Umgehungsverbot.

³⁹ *W. Hummer/W. Obwexer*, *Verfassungsgrundsätze*, EuZW 2000, 485/491. Im Ergebnis beurteilen die Autoren die „Sanktionen“ als bloße „Vorfeldmaßnahmen“ und sehen insoweit keinen Verstoß gegen den EU-Vertrag.

fassungsgebers, dass „die Aufgaben der Gemeinschaft durch Sekundärrechtsakte ... und nicht durch völkerrechtliche Absprachen erfüllt werden.“⁴⁰

Soweit man mit diesen Autoren die völkerrechtliche Kooperation aller Mitgliedstaaten für unzulässig hält, besitzen die ausdrücklichen Bestimmungen der Art. 293 EGV, 34 EUV eine konstitutive Bedeutung⁴¹. Allerdings kann aus deren ausdrücklicher Normierung nicht e contrario gefolgert werden, dass wegen der Existenz dieser speziellen Norm völkerrechtliche Kooperationen aller Mitgliedstaaten ansonsten unzulässig seien⁴². Schon der spezielle Wortlaut der Normen spricht gegen die implizite Normierung einer allgemeingültigen Aussage für die gesamte Gemeinschaftsrechtsordnung. Durch die Annahme einer gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, gegebenenfalls Vertragsverhandlungen mit der Bereitschaft zu einer Einigung aufzunehmen, kommt Art. 293 EGV eine eigenständige rechtliche Aussage zu⁴³. Dasselbe gilt für die Zuständigkeit des Gerichtshofs und das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von Übereinkommen nach Art. 34 EUV⁴⁴. Dies spricht ebenfalls dagegen, aus der Existenz der besonderen Bestimmungen auf die sonstige Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten zu schließen.

Es ist ein Beleg für die Effizienz und Effektivität der Gemeinschaftsrechtsordnung, dass die Frage nach der Zulässigkeit völkerrechtlicher Verträge aller Mitgliedstaaten in der europarechtlichen Praxis bislang kaum praktische Bedeutung erlangte. In den vergangenen Jahren zogen die Mitgliedstaaten zudem die gegebenenfalls ungleichzeitige Integration neuer Politikbereiche in den Rahmen der europäischen Verträge einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb derselben vor. Eine andere Praxis wäre vor dem Hintergrund der vorstehenden Äußerungen auch auf erhebliche rechtliche Bedenken im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit stoßen. Die immanente Umgehung der gemeinschaftlichen Rechtsetzung im Rahmen der europäischen Verträge wird man regelmäßig als ein Verstoß der kooperierenden Mitgliedstaaten gegen Art. 10 EGV werten können. Gleichwohl gibt es Grenzsituationen, in denen man die völkerrechtliche Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten nicht generell ausschließen können.

Wie zumeist in der Rechtswissenschaft besteht auch bei der Frage nach der Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten kein schwarz-weißes Meinungsspektrum, in dem sich einzig Gegner und Befürworter gegenüberstehen. In der Literatur gibt es eine Reihe vermittelnder Ansichten. So warnt *Jacot-Guillarmod* allgemein vor einem „usage abusif du procédé conventionnel“⁴⁵ und *Hall* sieht eine Pflicht der Mitgliedstaaten, bei einer völkerrechtlichen Kooperation „nicht die Interessen der Gemeinschaft (zu) beeinträchtigen“⁴⁶. Ausgehend von der Annahme, dass „man den Mitgliedstaaten nicht das Recht (wird)

⁴⁰ T. Giegerich, Konstitutionalisierungsprozess (2003), S. 538 f.

⁴¹ So Groeben/Thiesing/Ehlermann-I. Schwartz, Art. 220 EGV Rn. 43, für den Art. 293 EGV eine „compétence nationale retenue“ ist, ohne die Übereinkommen unzulässig wären. Für den Fall, dass man ein Verbot völkerrechtlicher Kooperation annimmt, ebenso B. de Witte, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 33. Das gleiche gilt für Art. 17, 34 EUV, wenn man das Umgehungsverbot auf den EU-Vertrag überträgt.

⁴² So aber I. Schwartz, Artikel 235, EuR 1976 Sonderheft, 27/38, für den sich aus dem „System des Vertrages“ und insbesondere der speziellen Vorschrift des Art. 293 EGV ergibt, „dass es eine mit den Befugnissen der Organe der Gemeinschaft bis zu ihrer Wahrnehmung konkurrierende Befugnis der gemeinsam handelnden Regierungen der Mitgliedstaaten nicht gibt“. Ebenso Groeben/Thiesing/Ehlermann-*ders.*, Art. 220 EGV Rn. 20.

⁴³ Ebd. Rn. 24–29.

⁴⁴ Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

⁴⁵ O. Jacot-Guillarmod, *International* (1979), S. 19.

⁴⁶ P. Hall, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 341: „Entsprechend allgemeinem Völkerrecht sind alle

abstreiten können, auch außerhalb des institutionellen Rahmens der EU zu handeln“, verlangt *Ehlermann*, dass hierbei „die Grundsätze des Art. 5 EGV eingehalten werden“⁴⁷. Wenn man völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten hiernach nicht generell für unzulässig erachtet, könnte man die nachfolgend entwickelten allgemeinen Regeln des Europarechts für gemeinschaftsrechtliche Schranken des völkerrechtlichen Vertragsschlusses einiger Mitgliedstaaten auf Kooperationen aller Mitgliedstaaten übertragen. Hierdurch würde im Hinblick auf Gleichzeitigkeit und Ungleichzeitigkeit eine parallele Rechtslage begründet.

2 Verträge einiger Mitgliedstaaten

Selbst diejenigen Stimmen, die aus dem Gemeinschaftsrecht eine Unzulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten ableiten, übertragen diese Annahme regelmäßig nicht auf Verträge einiger Mitgliedstaaten. So heißt es in den bereits erwähnten Schlussanträgen des Generalanwalts *Fennelly* ausdrücklich, dass er die Annahme des Verbots völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten nicht auf die „Rechtmäßigkeit der Koordinierung ... unter einer kleineren Zahl von Mitgliedstaaten“ beziehe⁴⁸. Die zentralen Argumente für eine gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit völkerrechtlicher Verträge aller Mitgliedstaaten lassen sich tatsächlich nicht ohne Weiteres auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten übertragen. Insbesondere gab es vor der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit kein ungleichzeitiges Rechtsetzungsverfahren, das nur einige Mitgliedstaaten an der Beschlussfassung beteiligte.

Dennoch gab es vereinzelte Stimmen, die insbesondere in der völkerrechtlichen Kooperation der ursprünglichen Schengener Übereinkommen einen Verstoß gegen Art. 10 EGV erkannten⁴⁹. Eine Vielzahl von Stimmen in der Literatur wandte sich jedoch gegen diese Argumentation und verneinte einen Verstoß der Schengener Übereinkommen gegen das Gemeinschaftsrecht⁵⁰. Hierbei verdient ein Gedanke besondere Beachtung: Die generelle Annahme, dass Art. 10 EGV einer jeden völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten entgegensteht, hätte zur Folge, dass ein Vertragsverletzungsverfahren zu der Feststellung einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des betroffenen Vertragswerks führte. In Umsetzung des Urteils müsste das Übereinkommen entweder auf völkerrechtlichem Wege beendet werden oder wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben. Die Feststellung eines generellen Verbots völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten hätte zur Folge, dass die

Mitgliedstaaten jederzeit frei, sich untereinander vertraglich zu binden, solange sie dadurch nicht die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigen.“

⁴⁷ *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/372.

⁴⁸ Generalanwalt *N. Fennelly*, EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000 I-2247 Rz. 136 in Fn. 156 – *Tabakwerbung*.

⁴⁹ Zu Art. 10 EGV *C. Timmermans*, Free Movement, in: Schermers u.a. (1993), S. 352/362 ff.; *P. Mervier/O. Jacot-Guillarmod*, Libre circulation (1991), S. 45 und *H.C. Taschner*, Schengen (1997), S. 49. Ebenso, wenn auch ohne endgültige Festlegung, *A. Epiney*, Schengen, in: Ackermann u.a. (1995), S. 33 ff. und *Schwarze-T. Wiedmann*, Art. 61 EGV Rn. 16. Ergänzend zum möglichen Verstoß der Schengener Übereinkommen gegen die Grundfreiheiten bereits Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

⁵⁰ Vgl. die Erörterung bei *D. O’Keeffe*, Model?, Y.E.L. 11 (1991), 185/209 ff.; *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 260; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 228 f. und *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 42. *Epiney* ebd. 33 ff. sieht im Nichterlass von EG-Sekundärrecht einen Verstoß des Rates, nicht aber der völkerrechtlich kooperierenden Mitgliedstaaten, gegen Art. 10 EGV.

Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten auf den innerstaatlichen Bereich und die Kooperation mit Drittstaaten beschränkt wäre.

Wenn völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender EG-Zuständigkeiten unzulässig wären, hätte hiernach zwischen den Mitgliedstaaten früher nur eine Alternative zur autonomen nationalen Regelung bestanden: die gemeinschaftsrechtliche Rechtsetzung für alle Mitgliedstaaten. Das europäische Primärrecht kannte vor der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Amsterdam gerade nicht die Möglichkeit einer ungleichzeitigen Rechtsetzung in nahezu allen Bereichen konkurrierender Gemeinschaftskompetenz. Selbst wenn man völkerrechtliche Verträge aller Mitgliedstaaten wegen der Umgehung gemeinschaftsrechtlicher Rechtssetzungsverfahren allgemein für unzulässig erachtete, konnte man diese Regel nicht auf völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten übertragen. Vor dem Vertrag von Amsterdam gab es gerade kein weitreichendes ungleichzeitiges Rechtssetzungsverfahren, das durch die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten unterlaufen werden hätte können. Völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten waren hiernach nicht generell verboten.

a Verstärkte Zusammenarbeit als Argument?

Wenn das Gemeinschaftsrecht in seinem Entwicklungsstand vor dem Vertrag von Amsterdam völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten deswegen nicht generell untersagte, weil es kein ungleichzeitiges Rechtssetzungsverfahren gab, das durch Verträge einiger Mitgliedstaaten unterlaufen worden wäre, könnte die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit eine Änderung der Rechtslage bewirkt haben. Das europäische Primärrecht gestattet der Gemeinschaft nunmehr, Rechtsakte unter Beteiligung von und mit Wirkung für acht oder mehr Mitgliedstaaten zu erlassen. Man könnte argumentieren, dass die mögliche Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit entsprechende völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten sperrt. Wie zu Beginn dieses Kapitels erwähnt, war das Verhindern eines Ausbrechens aus dem institutionellen und rechtlichen Rahmen der Europäischen Union tatsächlich ein wichtiges Motiv für die Einführung des Rechtsinstituts der verstärkten Zusammenarbeit.

Vor diesem Hintergrund argumentiert insbesondere *Constantinesco*, dass „dans le champ d’application des traités communautaires, les États membres ne disposent plus – en dehors de la « coopération renforcée » offerte par le Traité d’Amsterdam – d’autres possibilités d’engager des actions collectives.“⁵¹ Zur Begründung verweist er auf dieselben Argumente, die auch die Befürworter einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit völkerrechtlicher Kooperationen aller Mitgliedstaaten vorbringen: die Spezialität der EG-Rechtssetzungsverfahren, die durch eine völkerrechtliche Kooperation nicht unterlaufen werden dürften, und der Grundsatz der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EGV⁵². *Ehlermann* spezifiziert die Argumentation dahingehend, dass die verstärkte Zusammenarbeit eine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten nur zulasse, soweit sie weniger Mitgliedstaaten als die Mindestteilnehmerzahl der verstärkten Zusammenarbeit umfasse⁵³. Infolge der Einführung des Rechtsinstituts der verstärk-

⁵¹ *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/755. Ihm folgend *B. Martenczuk*, *Amsterdam*, ZEuS 1998, 447/464; *R. Hofmann*, *Flexibilität*, EuR 1999, 713/727 und *H. Kortenber*, *Cooperation*, CML Rev. 35 (1998), 833/845.

⁵² Ebd.

⁵³ *C.D. Ehlermann*, *Zusammenarbeit*, EuR 1997, 362/373. Indirekt auch *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: *O’Keefe/Twomey* (1999), S. 34: „any arrangements that are initially capable of attracting no more than

ten Zusammenarbeit wäre im Bereich konkurrierender Gemeinschaftszuständigkeiten somit nur eine völkerrechtliche Kooperation von acht oder mehr Mitgliedstaaten untersagt.

Tuytschaever überzeugt diese Annahme nicht: Wenn völkerrechtliche Kooperationen von bis zu sieben Mitgliedstaaten zulässig seien und Kooperationen von acht und mehr Mitgliedstaaten gegen Gemeinschaftsrecht verstießen, sei diese Unterscheidung systematisch inkonsistent⁵⁴. Als Argument für die fortgesetzte Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen wird zudem auf das „achte Gebot“ des Art. 43 lit.h EUV verwiesen, wonach eine verstärkte Zusammenarbeit die Zuständigkeiten der *outs* nicht beeinträchtigen darf (*Bribosia*)⁵⁵. Darüber hinaus dürfe die Ausübung des – durch den Vertrag von Nizza beseitigten – Vetorechts gegen die Begründung einer verstärkten Zusammenarbeit nicht zugleich völkerrechtliche Kooperationen über denselben Gegenstand sperren (*de Witte*)⁵⁶. Außerdem ergebe sich auch die Zulässigkeit völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten aus dem Status der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ (*Hofmann*)⁵⁷. Am Häufigsten wird jedoch der Wortlaut der Bestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit angeführt. Aus ihm ergebe sich keine Beschränkung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. Neben den bereits erwähnten Autoren stellen hierauf insbesondere diejenigen Literaturstimmen ab, die sich mit der Frage nicht schwerpunktmäßig auseinander setzen, sondern sie im Rahmen einer allgemeinen Analyse der verstärkten Zusammenarbeit behandeln⁵⁸.

Hierbei ist die Verwendung des Verbs „können“ das zentrale Argument dafür, dass die Bestimmungen zur verstärkten Zusammenarbeit die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten nicht beschränken. Das einleitende *chapeau* des Art. 43 EUV bestimmt: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, *können* die in diesem Vertrag und im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, sofern ...“⁵⁹. Auf den ersten Blick ist der Verweis auf den Wortlaut der Verträge durchaus einleuchtend: Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, „können“ die europäischen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, „müssen“ dies aber nicht. Die Möglichkeit einer völkerrechtlichen Kooperation bestehe insoweit fort.

Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass dieser Schluss nicht zwingend ist. Die aufgezeigte Deutung des Verbs „können“ beschränkt sich nämlich einseitig auf den einleitenden Hauptsatz des Art. 43 EUV („Die Mitgliedstaaten ... können die in diesem Vertrag ... vorge-

seven States will have to look outside the system invented at Amsterdam for their shape.“

⁵⁴ *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53, 227: „In reality, such a restrictive interpretation of the Member States’ powers ... is impracticable.“

⁵⁵ *H. Bribosia*, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/76 betont die Möglichkeit der *outs*, ihre Zuständigkeit „de façon collective dans une structure intergouvernementale hors Union“ auszuüben.

⁵⁶ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 57.

⁵⁷ Siehe *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713/727 sowie bereits die Darlegungen in Kapitel 10 II 2 a (S. 305 ff.).

⁵⁸ So etwa *G. Gaja*, *Flexibility*, *CML Rev.* 35 (1998), 855/869; *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: *O’Keefe/Twoomey* (1999), S. 34; *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: *de Búrca/Scott* (2000), S. 55; *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 28; *P. Hall*, Kapitel 20, in: *Bergmann/Lenz* (1998), Rn. 37; *Callies/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 22; *Bribosia* ebd. 60; *F. Tuytschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53; *N. Arndt*, *Flexibilität*, in: *Scholz* (1999), S. 184; *F. Chaltiel*, *Amsterdam*, *RMC* 1998, 289/293 sowie, ohne abschließende Entscheidung, *C. von Buttlar*, *Nizza*, *ZEuS* 2001, 649/663.

⁵⁹ Eigene Hervorhebung; ebenso bereits der frühere Art. 43 I EUV (1997). Entsprechend die englische Sprachfassung: „may“; sowie Französische: „peuvent“; und Spanisch „podrá“.

sehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen“). Der zentrale Normzweck des Art. 43 EUV ist jedoch die Bindung der verstärkten Zusammenarbeit an die in den nachfolgenden Buchstaben aufgeführten „zehn Gebote“. Nur soweit diese erfüllt sind, darf eine verstärkte Zusammenarbeit begründet werden. Vor diesem Hintergrund sollte die Verwendung des Verbs „können“ in erster Linie als ein Verweis auf die konditionale Beschränkung der „zehn Gebote“ gelesen werden: „Die Mitgliedstaaten ... *können* die in diesem Vertrag ... vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen, *sofern* die Zusammenarbeit (die nachfolgend aufgeführten Bedingungen erfüllt).“

In der einleitenden Formulierung der Art. 11 I EGV (1997) kam diese Funktion des Verbs „können“ noch deutlicher zum Ausdruck. Im Hinblick auf die notwendige Einhaltung der „zehn Gebote“ und das Initiativmonopol der Kommission hieß es dort: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit in einem der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche zu begründen, *können vorbehaltlich* der Artikel 43 und 44 des Vertrags über die Europäische Union ermächtigt werden (eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen).“⁶⁰ Im nunmehrigen Art. 11 I S.2 EGV zum Initiativmonopol Kommission wird in der englischen Fassung des Vertrags von Nizza das Verb „may“ sogar durch „shall“ ersetzt, das in der englischen Rechtssprache üblicherweise einen Befehl ausdrückt: „Member States which intend to establish enhanced cooperation between themselves under Article 40 *shall* address a request to the Commission, which may submit a proposal to the Council to that effect.“⁶¹

Die Verwendung des juristischen Imperativ „shall“ unterstreicht, dass die Verwendung des Verbs „können“ im einleitenden *chapeau* des Art. 43 EUV keine generelle Aussage über die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen trifft. Mindestens ebenso gut kann seine Verwendung als grammatikalische Bestärkung der konditionalen Bedingtheit der verstärkten Zusammenarbeit verstanden werden. Dies gilt nicht nur für die „zehn Gebote“, sondern auch für das Initiativmonopol der Kommission für den Grundbeschluss zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit. Die Mitgliedstaaten können eine verstärkte Zusammenarbeit nur begründen, wenn die Voraussetzungen des Art. 43 EUV erfüllt sind und die Kommission durch die Unterbreitung eines Vorschlags das Vorhaben politisch unterstützt⁶². Dieses Verfahren muss (*shall*) zwingend eingehalten werden. Diese alternative Argumentationslinie legt nahe, die Bedeutung des Begriffs „können“ nicht übermäßig zu strapazieren. Seine Verwendung entfaltet eine eigenständige normlogische Bedeutung auch dann, wenn man ihr keine implizite Aussage über die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen unterstellt.

Der Wortlaut des einleitenden Hauptsatzes des Art. 43 EUV erscheint auch aus einem anderen Grund als ein ungeeignetes Argument in dem hier erörterten Zusammenhang. Sein Bezug auf Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, „untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen,“ meint mit dem Begriff „verstärkte Zusammenarbeit“ offensichtlich das durch den Vertrag von Amsterdam geschaffene und in diesem Artikel behandelte Rechtsinstitut

⁶⁰ Eigene Hervorhebung; entsprechend Art. 40 I EUV (1997).

⁶¹ Eigene Hervorhebung; entsprechend Art. 40a EUV. In der deutschen Sprachfassung wird der „juristische Imperativ“ des Indikativ Präsens verwandt: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit in einem der unter diesen Vertrag fallenden Bereiche zu begründen, *richten* einen Antrag an die Kommission, die dem Rat einen entsprechenden Vorschlag vorlegen kann“ (eigene Hervorhebung); entsprechend heißt es auch in der französischen Fassung: „Les États membres ... adressent une demande à la Commission“.

⁶² Als Hinweis auf das, gegebenenfalls juristisch reduzierte, politische Ermessen der Institutionen, eine rechtsmaßgebliche Handlung zur Ausübung vertraglicher Kompetenzen vorzunehmen, wird der die Formulierung „können“ auch in Art. 19 I, 34 III, 35, 81 III, 96 S.3, 229, 273 EGV verwandt.

gleichen Namens. Dagegen wäre die Intention einer umfassenderen Aussage auch über völkerrechtliche Kooperationen wohl durch die Verwendung einer allgemeineren Begrifflichkeit zum Ausdruck gebracht worden⁶³. Auch insoweit spricht der Wortlaut des Art. 43 EUV dafür, dass diese Vertragsbestimmung sich in erster Linie mit dem Rechtsinstitut der verstärkten Zusammenarbeit befasst und keine indirekte Aussage über völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten trifft.

Der Gerichtshof hat in den vergangenen Jahren bei der Auslegung des EG-Vertrags vor allem dann zunehmend strenge Kriterien angewandt, wenn er den Umfang der Gemeinschaftszuständigkeit bestimmte. Den Vorrang des Gemeinschaftsrechts entwickelte der Gerichtshof noch aus „Wortlaut und Geist des Vertrages“⁶⁴. Dagegen wandte er sich im Gutachten zum EMRK-Beitritt gegen eine großzügige Auslegung der EG-Kompetenzen, weil der Beitritt grundlegende Auswirkungen von „verfassungsrechtlicher Dimension ... sowohl auf die Gemeinschaft als auch auf die Mitgliedstaaten“ hätte und insoweit „nur im Wege der Vertragsänderung“ erfolgen könne. Die subsidiäre Kompetenznorm des heutigen Art. 308 EGV sei daher keine hinreichende Grundlage für die verfassungspolitische Weichenstellung eines Beitritts der Gemeinschaft zur EMRK⁶⁵.

Zwar geht es bei der hier behandelten Fragestellung nicht um die Weite positiver Gemeinschaftskompetenzen, die die Gemeinschaftsorgane zur Rechtsetzung ermächtigen. Eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten durch das Gemeinschaftsrecht kann aber als „negative Kompetenznorm“ eingestuft werden, die Rückwirkungen auf die Kompetenzen und Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten hat. Es geht um die Beseitigung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeit von Mitgliedstaaten, die ihnen ansonsten nach allgemeinem Völkerrecht zusteht. In Anlehnung an das Gutachten des Gerichtshofs zum EMRK-Beitritt sollte man daher auch für die Begrenzung der völkerrechtlichen Kooperationsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten eine gemeinschaftsrechtliche Regelung verlangen, die eine klare und bestimmte Aussage trifft. Auf der Grundlage dieser Erwägung ist *de Witte* im Ergebnis zuzustimmen, wenn er völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten für zulässig erachtet „for the simple reason that to hold otherwise would be a drastic curtailment of Member States’ treaty-making competences that cannot be assumed to have taken place in the absence of any clear indication in the founding Treaties.“⁶⁶

b „Fünf Gebote“ für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten

Wenn völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten nicht generell unzulässig sind, kann das Gemeinschaftsrecht dennoch prozedurale und materielle Schranken umfassen, die die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten begrenzen. Diese ergeben sich teilweise aus anerkannten europarechtlichen Grundsätzen wie

⁶³ So hätte alternativ formuliert werden können: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander enger zusammenzuarbeiten, können/müssen das in diesem Vertrag vorgesehene Institut der verstärkten Zusammenarbeit in Anspruch nehmen. Hierbei sind die folgenden Vorgaben zu beachten: ...“

⁶⁴ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1269 – *Costa/E.N.E.L.*

⁶⁵ EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 Rz. 35 – *EMRK-Beitritt* (Reihenfolge der beiden zitierten Passagen hier vertauscht). Siehe auch EuGH, Gutachten 2/00, Slg. 2001 I-9713 – *Protokoll von Catagena*, Rz. 5: „Die Wahl der geeigneten Rechtsgrundlage hat verfassungsrechtliche Bedeutung. Da die Gemeinschaft nur über begrenzte Ermächtigungen verfügt, ...“

⁶⁶ *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 40, wenn auch ohne Verweis auf das EMRK-Gutachten des Gerichtshofs.

dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und gründen ansonsten auf speziellen Überlegungen für völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten. In Anlehnung an die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit kann man insofern von den „fünf Geboten“ des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten sprechen.

(1) Subsidiarität gegenüber europäischer Rechtsetzung

Art. 10 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten: „Sie erleichtern dieser die Erfüllung ihrer Aufgabe. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten.“⁶⁷ Hierauf gründet der Gerichtshof eine allgemeine „Verpflichtung zur Zusammenarbeit, welche die Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten bestimmen muss“⁶⁸. Auch wenn der Gerichtshof sich mangels entsprechender Klagen noch nicht zur Anwendung des Art. 10 EGV auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten geäußert hat, besteht in der europarechtlichen Literatur weitgehende Einigkeit, dass man diese Verpflichtung auf völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten übertragen kann. Diese sind insoweit subsidiär gegenüber europäischer Rechtsetzung, als der Gemeinschaft ein „Recht des ersten Zugriffs“ zukommt⁶⁹.

In Umsetzung dieses „Rechts des ersten Zugriffs“ sollte vor einem völkerrechtlichen Vertragsschluss geprüft werden, ob derselbe Sachverhalt auch im Rahmen des EG-Vertrags gemeinschaftsrechtlich geregelt werden kann. Es entspricht der Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“ und Inhaberin des Initiativmonopols, wenn die kooperationswilligen Mitgliedstaaten diese „eingehend ... konsultieren und sich redlich um ihre Beteiligung ... bemühen“⁷⁰. Diesem Erfordernis dürfte im Regelfall eine politische Konsultation genügen, wie sie etwa im Vorfeld der Schengener Übereinkommen erfolgte⁷¹. Es ist nicht erforderlich, dass ein entsprechendes EG-Rechtsetzungsverfahren formell scheiterte, wie dies nach der Amsterdamer Rechtslage teilweise für die Subsidiarität der verstärkten Zusammenarbeit gegenüber gleichzeitiger EG-Rechtsetzung verlangt wurde⁷². Eventuelle Einwände der Kommission müssen die Mitgliedstaaten gebührend berücksichtigen, ein formelles Vetorecht kommt ihr

⁶⁷ Art. 10 UAbs.1 S.2, UAbs.2 EGV.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-374/89, Slg. 1991 I-367 Rz. 39 – *Kommission/Belgien* und die Nachweise in Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁶⁹ *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/104: Art. 10 EGV als „control tool against anarchic intra- and extra-EU closer cooperation, i.e. to channel the perhaps irresistible pressures towards greater diversity through proceduralization“; *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/105: „Il suffit qu'elle ... respecte le prescrit de l'article 10 du TCE“; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/870: „However, Member States would anyway have to comply with their obligations under Community law and in particular with their obligation under Art. 10 ... EC to facilitate the achievement of the Community's tasks“; *O. Jacot-Guillarmod*, International (1979), S. 5 ff.: „caractère exceptionnel du recours aux conventions intergouvernementales dans les rapports intracommunautaires“. Siehe auch *S. Weatherbill*, Cooperation, in: *O'Keeffe/Twomey* (1999), S. 35; *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/727; *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 45 EUV Rn. 4; *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 53 und *Schwarze-A. Hatje*, Art. 43 EUV Rn. 28: „Insb. sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Interessen der Union zu wahren... Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Loyalität, der den Verträgen zugrunde liegt.“

⁷⁰ So EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 31 – *Kommission/Vereinigtes Königreich* zur treuhänderischen Wahrnehmung ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten durch die Mitgliedstaaten.

⁷¹ Vgl. zu den Verhandlungen unter den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission im Vorfeld des ersten Schengener Übereinkommens *Tuytschaever* ebd. 226.

⁷² Siehe Kapitel 2 II 1 c (S. 52 ff.).

aber nicht zu⁷³. Eine redliche politische Konsultation ist gerade kein formalisierter Entscheidungsfindungsprozess.

Die Einführung der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Amsterdam hat zwar nicht zur Folge, dass die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich derselben nunmehr generell unzulässig wären⁷⁴. Da die verstärkte Zusammenarbeit aber ein reguläres EG-Rechtsetzungsverfahren darstellt, muss im Rahmen der politischen Konsultationen auch geprüft werden, ob auf ihrer Grundlage eine ungleichzeitige Regelung erreicht werden kann. Es ist hierbei möglich, dass der geplante Inhalt der völkerrechtlichen Kooperation im Widerspruch zu den „zehn Geboten“ der verstärkten Zusammenarbeit steht und deshalb nicht im Rahmen derselben verwirklicht werden kann. In diesem Fall sind die Mitgliedstaaten rechtlich nicht gehindert, in Ausübung ihrer eigenen konkurrierenden Zuständigkeit die völkerrechtliche Kooperation letztlich dennoch umzusetzen. Nur wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen der verstärkten Zusammenarbeit eine deklaratorische Wiedergabe allgemeiner europarechtlicher Grundprinzipien sind, besteht insoweit eine europarechtliche Schranke für die völkerrechtliche Kooperation. Dies gilt etwa für das Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Grundfreiheiten, die sowohl für die verstärkte Zusammenarbeit als auch für völkerrechtliche Kooperationen und einzelstaatliche Maßnahmen gelten.

De Witte sieht in den vermeintlich zu engen Vorgaben der Verträge für die verstärkte Zusammenarbeit einen Grund, warum die europarechtliche Realität deren Ziel, ein Ausbrechen aus dem einheitlichen institutionellen Rahmen zu verhindern, ins Gegenteil verkehren könnte:

„One of the paradoxical and possibly unintended consequences of the rigid regime of Amsterdam-style closer cooperation is that the temptation to leave the EU framework and set up a separate *inter se* regime under international law will continue to exist. It is not entirely unthinkable that, in ten years' time, we might come to the conclusion that closer cooperation under the EU and EC Treaties did not work due to its rigid conditions, whereas variable geometry based on international law was flourishing more than ever before.“⁷⁵

Das Beispiel einer zulässigen völkerrechtlichen Kooperation anstelle einer unzulässigen verstärkten Zusammenarbeit verdeutlicht den prozeduralen Charakter der hier erörterten Subsidiaritätsregel. Soweit auf der Seite der Mitgliedstaaten und der Kommission ein grundsätzlicher Kooperationswille besteht, wird die Möglichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung im Rahmen des politischen Dialogs ausgelotet. Dies garantiert das Recht des ersten Zugriffs der Gemeinschaft. Soweit die Mitgliedstaaten jeglichen Dialog ablehnen und sofort zum völkerrechtlichen Vertragsschluss schreiten, kommt rechtlich sogar die Einleitung eines

⁷³ Im Bereich konkurrierender Zuständigkeit üben die Mitgliedstaaten in Abwesenheit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung eine eigene Zuständigkeit aus. Man kann insofern das besondere Gewicht, das der Gerichtshof bei der treuhänderischen Wahrnehmung ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeiten durch die Mitgliedstaaten der Kommissionsmeinung zumaß, nicht auf den hier erörterten Sachverhalt übertragen; vgl. hierzu EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045 Rz. 31 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*: Die Mitgliedstaaten dürfen „keine einzelstaatlichen Erhaltungsmaßnahmen entgegen Einwände, Vorbehalten oder Bedingungen (erlassen), die von der Kommission formuliert werden könnten.“

⁷⁴ Hierzu Kapitel 10 II 2 a (S. 305 ff.).

⁷⁵ *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 57. Ähnlich *F. Truyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 53, der eine völkerrechtliche Kooperation gerade dann für wahrscheinlich und zulässig erachtet, wenn der Gerichtshof die Unzulässigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit feststellte.

Vertragsverletzungsverfahren wegen der Verletzung der Pflicht zum „redlichen“ Dialog in Betracht⁷⁶. Eine gerichtlich festgestellte Verletzung der Konsultationspflicht hätte jedoch keine Nichtigkeit oder Nichtanwendbarkeit des völkerrechtlichen Vertrags zur Folge, da die Subsidiarität gegenüber europäischer Rechtsetzung eine prozedurale Vorgabe ist, die kein Ergebnis vorschreibt. Auch eine Klage kann daher letztlich die Begründung der völkerrechtlichen Kooperation nicht verhindern.

(2) Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Völkerrechtliche Verträge zwischen einigen Mitgliedstaaten müssen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts ebenso beachten wie innerstaatliche Maßnahmen mit demselben Regelungsgehalt. Dies gilt für den gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand bei der Begründung einer völkerrechtlichen Kooperation ebenso wie für späteres Gemeinschaftssekundärrecht. Zwar ist der EG-Vertrag bei einer strengen intertemporalen Betrachtung ein „Altvertrag“ gegenüber der späteren völkerrechtlichen Kooperation. Die völkervertragsrechtliche Konfliktregel des Art. 30 IV WVK findet auf das Verhältnis zwischen Europarecht und völkerrechtlichen Kooperationen der Mitgliedstaaten jedoch keine Anwendung⁷⁷. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor völkerrechtlichen Kooperationen entspricht dem Wesen einer konkurrierenden Zuständigkeit in gestuften öffentlich-rechtlichen Systemen, deren Wahrnehmung durch den geographisch umfassenderen Verband regelmäßig eine Sperrwirkung gegenüber den Gliedverbänden entfaltet. Schon in *Costa/E.N.E.L.* hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Übertragung von Zuständigkeit auf die Gemeinschaft für die Mitgliedstaaten „eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann.“⁷⁸

Der Gerichtshof hat die Mitgliedstaaten mehrfach ausdrücklich verpflichtet, den Vorrang des Gemeinschaftsrecht auch gegenüber völkerrechtlichen Kooperationen sicherzustellen. Dies gilt für die Anwendung vertragsunmittelbarer Pflichten wie die Diskriminierungsverbote⁷⁹ ebenso wie für Sekundärrechtsnormen⁸⁰. Nach der Rechtsprechung gelten hierbei insbesondere die Grundfreiheiten grundsätzlich auch für völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten *cum tertius*⁸¹. Im Urteil *Gottardo* bekräftigt der Gerichtshof die Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das Gemeinschaftsrecht beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge:

⁷⁶ Es kann nur die Verletzung der Dialogpflicht gerügt werden. Ein völkerrechtlicher Vertrag einiger Mitgliedstaaten ist kein tauglicher Gegenstand einer Nichtigkeitsklage; vgl. EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 25 – *Parlament/Rat und Kommission*.

⁷⁷ Zu dieser Grundannahme bereits die Einleitung zu diesem Kapitel. Zu andernfalls möglichen Konfliktfällen, insbesondere in Mitgliedstaaten wie den Niederlanden mit einer monistischen Sicht der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts, B. de Witte, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 46-48. In der Literatur besteht grundsätzliche Einigkeit, dass dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor völkerrechtlichen Verträgen einiger Mitgliedstaaten zukommt; vgl. etwa H. Bribosia, *Différenciation*, C.D.E. 36 (2000), 57/105; U. Becker, *Differenzierungen*, EuR Beih. I/1998, 29/36; S. Weatherhill, *Cooperation*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 35; O. Jacot-Guillarmod, *International* (1979), S. 34; Schwarze-A. Hatje, Art. 43 EUV Rn. 28 und de Witte ebd. 47: „(I)nter se agreements must yield to EC law in the same way as purely national laws must“.

⁷⁸ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

⁷⁹ EuGH, Rs. C-336/96, Slg. 1998 I-2793 – *Gilly*; B. de Witte, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 48 f. und D. Hanf, *Differentiation* (2002), S. 290-297 zu EuGH, Rs. C-3/91, Slg. 1992 I-5529 – *Exportur* zu Art. 28 EGV.

⁸⁰ EuGH, Rs. 235/87, Slg. 1988, 5589 – *Matteni* zur Anwendung der VO 1612/68/EWG (ABl. 1968 L 257, 2) auf ein bilaterales Kulturabkommen, dessen Stipendien zur Ausbildungsförderung auch auf Wanderarbeitnehmer aus dritten Mitgliedstaaten zu erstrecken sind.

⁸¹ Siehe EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999 I-6161 – *Saint-Gobain* und nunmehr EuGH, Rs. C-476/98, Slg. 2002 I-

„Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Vereinbarungen, die sie aufgrund von internationalen Abkommen eingegangen sind, unabhängig davon, ob es sich um ein Abkommen zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten handelt, vorbehaltlich des Artikels 307 EG ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht beachten müssen. Dass die Drittstaaten ihrerseits keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zu beachten haben, ist insoweit unerheblich.“⁸²

Hierbei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags *vor* und *nach* der Ausübung einer konkurrierenden Zuständigkeit durch die Gemeinschaft. Soweit die Gemeinschaft von einer konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch macht, verbietet der Vorrang des Gemeinschaftsrechts von Anbeginn an eine abweichende Regelung. Wenn die Gemeinschaft später eine konkurrierende Zuständigkeit ausübt, ist der völkerrechtliche Vertragsschluss anfänglich zwar zulässig. Nach der Ausübung der Gemeinschaftskompetenz muss er jedoch ebenso wie innerstaatliches Recht hinter das neue Sekundärrecht zurücktreten.

Ein Beispiel für die zweite Konstellation sind die Bestimmungen des zweiten Schengener Übereinkommens, die schon vor der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht durch Gemeinschaftsrecht ersetzt wurden⁸³. Die ausdrückliche Normierung des Art. 134 Schengen II könnte hierbei als Modell für die Redaktion zukünftiger völkerrechtlicher Kooperationen einiger Mitgliedstaaten dienen: „Die Bestimmungen dieses Übereinkommens sind nur anwendbar, soweit sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.“ Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts ist eine derartige Klarstellung zwar entbehrlich, weil der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht durch die Anerkennung in einer speziellen Subsidiaritätsklausel bedingt ist. Die ausdrückliche Normierung fördert aber die Rechtssicherheit im völkerrechtlichen Verkehr⁸⁴. Derartige ausdrückliche Klauseln führen die allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu beachten haben, dem Rechtsanwender vor Augen und tragen damit zur tatsächlichen Beachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts bei.

(3) Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass aus den Vertragszielen und Art. 10 EGV unter gewissen Umständen eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten entnommen werden kann, in

9855 Rz. 148 f. – *Kommission/Deutschland*; kritisch zur Erstreckung auf völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten *D. Thym*, Freiheit der Lüfte, EuR 2003, 277/288-290.

⁸² EuGH, Rs. C-55/00, Slg. 2002 I-413 Rz. 33 – *Gottardo*.

⁸³ Ersetzt wurden Art. 4 Schengen II durch VO 3925/91/EWG des Rates vom 19.12.1991 über die Abschaffung von Kontrollen und Förmlichkeiten für Handgepäck oder aufgegebenes Gepäck auf einem innergemeinschaftlichen Flug oder bei einer innergemeinschaftlichen Seereise mitgeführtes Gepäck (ABl. 1991 L 374, 4), Art. 77-81, 83-90 Schengen II durch RL 477/91/EWG des Rates vom 18.6.1991 über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (ABl. 1991 L 256, 51), Art. 102 ff., 126 Schengen II durch RL 46/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. 1995 L 281, 31) und Art. 9 Schengen II weitgehend durch VO 2317/95/EG des Rates zur Bestimmung der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen vom 25.9.1995 (ABl. 1995 L 234, 1).

⁸⁴ *B. de Witte*, 'Old Flexibility', in: de Búrca/Scott (2000), S. 52 meint im Hinblick auf eine entsprechende Bestimmung in einem französisch-italienischen Vertrag: „One might even think that, due to the broad expansion of Community policies, such a standard clause should *systematically* be included in all new *inter se* agreements.“

Verträgen mit Drittstaaten durch spezielle „EG-Klauseln“ oder besondere Kündigungsrechte sicherzustellen, dass keine langfristigen völkerrechtlichen Bindungen eingegangen werden, die die spätere Gemeinschaftsrechtsetzung faktisch verhindern oder erschweren⁸⁵. Allerdings besteht keine Notwendigkeit, diese allgemeine Regel auf völkerrechtliche Kooperationen nur der Mitgliedstaaten zu übertragen. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts sichert die autonome Gestaltungsfreiheit der Gemeinschaft insoweit hinreichend. Wenn völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht geraten, müssen sie wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleiben. Aus den Vertragszielen und Art. 10 EGV ergibt sich insofern keine besondere Beschränkung der inhaltlichen Ausrichtung der völkerrechtlichen Kooperation einiger Mitgliedstaaten.

Allenfalls in besonderen Konstellation kann man aus Art. 10 EGV eine Beschränkung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten ableiten. Dies gilt dann, wenn die völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten bewirkt, dass der europäische Rechtsetzungsprozess entweder im Sinn einer „freundlichen Übernahme“ ohne wirkliche Beteiligung der anderen Mitgliedstaaten an den Zielvorstellungen der kooperierenden Mitgliedstaaten ausgerichtet oder im Sinn einer „feindlichen Übernahme“ aufgrund einer Sperrminorität blockiert wird. Die völkerrechtlich kooperierenden Mitgliedstaaten verhindern hier die gemeinschaftsrechtliche Lösung durch eine Blockadepolitik in den EU-Institutionen oder dehnen den Regelungsgehalt der völkerrechtlichen Kooperation ohne tatsächliche Beteiligung der anderen Mitgliedstaaten auf das Gemeinschaftsrecht aus. Die europäische Rechtsetzung wäre hier eine bloße Scheinveranstaltung ohne originären Einfluss die *outs* der völkerrechtlichen Kooperation auf Inhalt und Umfang des Gemeinschaftsrechts.

In einem obiter dictum des Urteils *Hurd* hat der Gerichtshof auf die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 10 EGV auf derartige Grenzfälle einer Beeinträchtigung des „Funktionierens der Gemeinschaftsorgane“ durch völkerrechtliche Kooperationen hingewiesen. Grundsätzlich hat er keine Zweifel an der Zulässigkeit des völkerrechtlichen Übereinkommens über die Europäische Schule:

„Anders wäre es nur, wenn eine Maßnahme zur Durchführung eines solchen von den Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge geschlossenen Übereinkommens die Anwendung einer Bestimmung der Verträge ... oder das Funktionieren der Gemeinschaftsorgane behindern würde. In einem solchen Fall könnte die betreffende Maßnahme als Verstoß gegen die Verpflichtung aus Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag angesehen werden.“⁸⁶

In der jüngeren Rechtspraxis gibt es ein Beispiel, das man in diesem Sinn als Verstoß einiger Mitgliedstaaten gegen Art. 10 EGV einstufen kann: das Verhalten der Euro-Gruppe. Diese stimmte die Reaktion auf mögliche Defizitfrühwarnungen im exklusiven Kreis des informellen „Rats“ der Euro-Gruppe politisch ab und beschloss die vereinbarte Zurückweisung der Frühwarnungen später im Rat aufgrund ihrer qualifizierten Mehrheit. Es gab im Rat keine erneute Diskussion mit den *outs* der Währungsunion und *ins* des Stabilitätspakts – obwohl den *outs* nach allgemeinen Regeln ein Recht auf Teilnahme an den Beratungen im Rat zusteht⁸⁷. Eine derartiges „voting syndicate“⁸⁸ einiger Mitgliedstaaten kann im Einzelfall gegen Art. 10

⁸⁵ Kapitel 9 II 1 (S. 282 ff.).

⁸⁶ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 Rz. 39 – *Hurd*.

⁸⁷ Zur Euro-Gruppe Kapitel 4 II 1 (S. 141 f.) und zur Beschlussfassung des Rats Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁸⁸ *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/870: „The group of cooperating states could in practice be-

EGV verstoßen⁸⁹. Als eigenständiger Rechtsverstoß könnte diese Verletzung der Gemeinschaftstreue von der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gerügt werden. Der Rückgriff auf Art. 10 EGV bewirkt jedoch keine generelle Unzulässigkeit der jeweiligen Kooperation außerhalb des Rahmens der europäischen Verträge. Vielmehr wird nur das Verhalten der Mitgliedstaaten in den europäischen Institutionen am Grundsatz der Gemeinschaftstreue gemessen und verstößt gegebenenfalls gegen diesen.

(4) Offenheit

Die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit im europäischen Recht beruhen auf der gemeinsamen Regel, dass sie grundsätzlich allen Mitgliedstaaten zur Teilnahme offen stehen⁹⁰. Auf völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten kann diese allgemeine Regel aber nicht übertragen werden, da es sich bei völkerrechtlichen Verträgen gerade nicht um Gemeinschaftsrecht handelt. Im Hinblick auf Art. 10 EGV, auf den man eine weitergehende Verpflichtung zur Offenheit völkerrechtlicher Kooperationen stützen könnte, stellte der Gerichtshof ausdrücklich fest: „Diese Pflichten, die im Rahmen der Verträge bestehen, können nicht auf gesonderte Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten angewandt werden, die außerhalb dieses Rahmens gelten, wie dies bei der Satzung der europäischen Schule der Fall ist.“⁹¹ Die völkerrechtliche Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten umfasst die freie Wahl der Vertragspartner. Soweit dies politisch erwünscht ist, kann die Aufnahme einer ausdrücklichen Beitrittsklausel ein wirkungsvolles Instrument für die dynamische Entwicklung des Kreises der Vertragsstaaten sein. Die Schengener Übereinkommen können auch insoweit als ein Modell für die Redaktion völkerrechtlicher Verträge einiger Mitgliedstaaten dienen⁹². Rechtlich sind die Mitgliedstaaten zur Aufnahme einer Beitrittsklausel jedoch nicht verpflichtet. Sie können eine Kooperation für alle Mitgliedstaaten öffnen, müssen dies aber nicht.

come an alternative organization, that could pursue its interests through a sort of voting syndicate in the Council.“ Vor dem Problem warnt allgemein auch *F. Thytschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188: „it could be used as a way of establishing consensus among the ins that would then be presented to the rest of the EU as a *fait accompli* and would leave the Ecofin Council an empty shell.“

⁸⁹ Ähnlich *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/43: „So schwierig es ist, einzelne Ausprägungen des allgemeinen Grundsatzes konkret zu benennen, wird man doch davon ausgehen dürfen, dass er den Mitgliedstaaten verbietet, Maßnahmen durchzuführen, die zur Spaltung ... der Gemeinschaft führen“; *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 42: „(Art. 10 EC) implies that states are not allowed to use intergovernmental cooperation which they have established among themselves as an argument for impeding the development of a European Union policy. This is, of course, a rather vague standard which the ECJ would have difficulties in applying“; *P. Hall*, Flexibilität, in: Bergmann/Lenz (1998), S. 341: „..., solange sie dadurch nicht die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigen“; *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 113 f.: „darf ... nicht zu einer Vernachlässigung der im Rahmen der Gemeinschaftsverträge zugewiesenen Aufgaben führen“ und *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/183.

⁹⁰ Hierzu bereits Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

⁹¹ EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 Rz. 38 – *Hurd*.

⁹² Art. 140 II Schengen II: „Jeder Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften kann diesem Übereinkommen beitreten. Der Beitritt wird in einem Übereinkommen zwischen diesem Staat und den Vertragsparteien geregelt.“ Auch *H.C. Taschner*, Schengen (1997), S. 50 betont den „Modellcharakter“ der Vorschrift. Beim Schengener Recht war zum Zeitpunkt seiner Integration in das Europarecht mit allen Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und Irland ein Beitrittsvertrag unterzeichnet worden; Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.).

(5) Organleihe

In der Praxis völkerrechtlicher Kooperationen aller oder einiger Mitgliedstaaten gibt es verschiedene Beispiele für die Übertragung bestimmter Aufgaben auf die Gemeinschaftsorgane. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts handelt es sich hierbei um eine Organleihe, weil völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten rechtlich kein Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind und die entsprechende Zuständigkeit der EG-Organen nicht auf den Aufgabenzuweisungen des europäischen Primärrechts beruht⁹³. In der europarechtlichen Literatur ist die Frage nach der Zulässigkeit solcher Organleihen in den vergangenen Jahren nicht eingehend analysiert worden⁹⁴. Wegen der notwendigen Begrenzung des Umfangs kann die Fragestellung auch in diesem Rahmen nur cursorisch untersucht werden und es bleibt anderen Betrachtungen vorbehalten, die hier aufgeworfenen Gedanken näher zu erörtern und weitere Aspekte aufzuzeigen.

Das wohl bekannteste Beispiel für eine Organleihe ist das Protokoll betreffend der Auslegung des EuGVÜ durch den Gerichtshof, das 1971 als eigener völkerrechtlicher Vertrag geschlossen wurde und der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedurfte⁹⁵. Das Römische Schuldrechtsübereinkommen⁹⁶ weist vor diesem Hintergrund eine interessante Differenzierung auf: Obwohl das Übereinkommen und das (erste) Protokoll zur Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs grundsätzlich ein „ungleichzeitiges“ Inkrafttreten nach der Ratifikation durch den siebten der seinerzeit neun Mitgliedstaaten vorsahen⁹⁷, ist das Inkrafttreten des (ersten) Protokolls zur Auslegungszuständigkeit zusätzlich bedingt durch das Inkrafttreten eines (zweiten) Protokolls, das seinerseits der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten bedarf und dessen Inhalt sich darin erschöpft, ein Inkrafttreten des (ersten) Protokolls nach der Ratifikation durch nicht alle Mitgliedstaaten zu ermöglichen⁹⁸. Die Redakteure des Vertragswerk gingen in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Literaturauffassung offenbar davon aus, dass nur alle Mitgliedstaaten gemeinsam eine Übertragung der Auslegungszuständigkeit an den Gerichtshof legitimieren können⁹⁹.

⁹³ C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/364 und R. Hofmann, Flexibilität, EuR 1999, 713/727 f. sehen hierin ganz allgemein ein Beispiel für eine differenzierte europarechtliche Integration.

⁹⁴ Siehe aber die älteren Überlegungen, welche regelmäßig noch auf dem Gedanken gründen, dass eine völkerrechtliche Ergänzung des Primärrechts ohne formale Vertragsänderung zulässig sei, bei O. Jacot-Guillarmod, International (1979), S. 24 f.; M. Mok, Interpretation, CML Rev. 8 (1971), 485; M. Hilf, Organstruktur (1982), S. 195 ff. und J. Wuermeling, Kooperatives (1988), S. 207 ff.

⁹⁵ Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof vom 3.6.1971 (BGBl. 1972 II 846); in Kraft getreten am 1.9.1975 (BGBl. 1975 II 1138).

⁹⁶ Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl. 1986 II 809); für die Bundesrepublik in Kraft getreten am 1.4.1991 (BGBl. 1991 II 871). Das Übereinkommen bezieht sich wegen seines weiten Anwendungsbereichs nicht auf Art. 293 EGV.

⁹⁷ So Art. 23 I des Schuldrechtsübereinkommens ebd. und Art. 6 I (erstes) Protokoll betreffend die Auslegung des am 19.6.1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19.12.1988 (BGBl. 1995 II 916), das von Deutschland ratifiziert wurde, bislang jedoch nicht in Kraft trat.

⁹⁸ Art. 3 (zweites) Protokoll zur Übertragung bestimmter Zuständigkeiten für die Auslegung des am 19.6.1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19.12.1988 (BGBl. 1995 II 923), das von Deutschland ebenfalls ratifiziert wurde, bislang jedoch ebenso nicht in Kraft trat.

⁹⁹ So im Kontext des Art. 293 EGV Groeben/Thiesing/Ehlermann-I. Schwatz, Art. 220 EGV Rn. 92 f.; J. Wuermeling, Kooperatives (1988), S. 143; für das Sozialprotokoll A. Kliemann, Sozialunion?, in: von Danwitz

Während die vorstehenden Beispiele einer Organleihe auf keiner besonderen Ermächtigung des europäischen Primärrechts beruhen, sah Art. K.3 II lit.c EUV (1992) ausdrücklich vor, dass in völkerrechtlichen Übereinkommen nach dieser Bestimmung dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit übertragen werden kann. Soweit die Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machten, setzten sie die Praxis einer notwendigen Zustimmung aller Mitgliedstaaten zur Übertragung der Auslegungszuständigkeit fort, obwohl im Ergebnis auch hier nicht alle Mitgliedstaaten die Gerichtsbarkeit anerkannten: Teils müssen alle Mitgliedstaaten das Protokoll über die Auslegungszuständigkeit ratifizieren und die Aktivierung der Auslegungszuständigkeit ist durch eine zusätzliche Unterwerfungserklärung bedingt¹⁰⁰; teils ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Übereinkommen selbst vorgesehen, das der Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten bedarf. Die Aktivierung der Zuständigkeit des Gerichtshof erfolgt dann durch die Ratifikation eines gesonderten Protokolls, das nach der Ratifikation durch den dritten Mitgliedstaat in Kraft tritt¹⁰¹.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam umfasst die Zuständigkeit des Gerichtshofs gemäß Art. 35 EUV alle Übereinkommen nach Art. 34 II lit.d EUV. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs für die Auslegung des Rechtshilfeübereinkommen in Strafsachen findet demnach im Primärrecht eine besondere Stütze und bedarf anders als die früheren Übereinkommen auch dann keiner besonderen Anerkennung durch alle Mitgliedstaaten, wenn das Übereinkommen nach der Ratifikation durch die Mehrheit der Mitgliedstaaten in Kraft tritt¹⁰². Nach den allgemeinen Regeln des Art. 35 EUV folgt auch hier aus der Ratifikation des

(1993), S. 183 f.; G. Schuster, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/182 f. und U. Kampmeyer, Sozialpolitik (1998), S. 112 f.: „ausdrückliche Vertragsänderung oder –ergänzung, zu der alle Mitgliedstaaten ihre Zustimmung erteilen müssen“; im Kontext des Schengener Rechts sah die Kommission kein Problem, dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit zu übertragen, soweit alle Mitgliedstaaten zustimmen, vgl. H.C. Taschner, Schengen (1997), S. 52; im Kontext des Vertrags über die Benelux-Wirtschaftsunion, wo wegen dieser Überlegung von dem Gedanken Abstand genommen wurde, dem Gerichtshof eine Auslegungszuständigkeit zu übertragen, ebenso G. Demez, Benelux, C.D.E. 12 (1976), 149/152 und I. Schwartz, Art. 220 T.C.E., in: Mégrét 15, 1. Aufl. 1987, Rn. 11: „Une telle attribution constituerait une extension de la compétence de la Cour de justice qui n'est pas habilitée par les traités ... (et) équivaudrait en réalité à une modification de ces traités.“ Teilweise wird auch vertreten, dass auf Grundlage des Art. 239 EGV eine Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs auch ohne Zustimmung der anderen Mitgliedstaaten begründet werden könne; so Handkommentar EUV/EGV-E. Klein, Art. 220 EGV (1994) Rn. 8 und M. Hilf, Organstruktur (1982), S. 213 ff. Für die Notwendigkeit einer förmlichen Vertragsänderung nach Art. 48 EUV als Mehr im Vergleich zu einer Zustimmung aller Mitgliedstaaten C. Koenig, Sozialunion, EuR 1994, 175/185 ff. und T. Giegerich, Konstitutionalisierungsprozess (2003), S. 547 f.

¹⁰⁰ So das Protokoll betreffend die Auslegung des Europol-Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung vom 24.7.1996 (ABl. 1996 C 299, 2; in Kraft getreten am 29.12.1998) und die Protokolle zum Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft vom 27.11.1996 (ABl. 1997 C 151, 2; in Kraft getreten am 17.10.2002) und zum Übereinkommen zum Einsatz der Informationstechnologie im Zollbereich vom 27.11.1996 (ABl. 1997 C 151, 16; bislang nicht in Kraft).

¹⁰¹ So Art. 17 II Übereinkommen zur Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 261, 2) und Art. 7 III Protokoll betreffend die Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 26.5.1997 (ABl. 1997 C 261, 18); Art. 45 Übereinkommen über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 28.5.1997 (ABl. 1997 C 221, 2) und Art. 9 III Protokoll betreffend die Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 28.5.1997 (ABl. 1997 C 221, 20). Die Ratifikation der beiden Übereinkommen und Protokolle wurde nicht weiterverfolgt, nachdem im Juni 2000 entsprechende Verordnungen aufgrund des Art. 65 EGV angenommen wurden.

¹⁰² Näher Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

Übereinkommens allerdings nicht automatisch die Zuständigkeit des Gerichtshofs, sondern muss für Vorabentscheidungsverfahren gesondert anerkannt werden¹⁰³. Diese differenzierte Zuständigkeit des Gerichtshofs für nicht alle Vertragsparteien setzt die Tradition völkerrechtlicher Übereinkommen nach Art. 293 EGV, K.3 II lit.c EUV (1992) fort und umfasst auch zukünftige völkerrechtliche Kooperationen nach Art. 34 II lit.d EUV.

Der Gerichtshof befasste sich in keinem Verfahren mit der Zulässigkeit der Ausweitung seiner Zuständigkeit auf völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten und unterstellte diese damit als zulässig¹⁰⁴. Dagegen bestätigte er ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten, der Kommission die Zuständigkeit zur Verwaltung des Europäischen Entwicklungsfonds zu übertragen: „Keine Bestimmung des Vertrages hindert die Mitgliedstaaten daran, außerhalb seines Rahmens Verfahrenselemente anzuwenden, die sich an den Vorschriften für die Gemeinschaftsausgaben orientieren, und die Gemeinschaftsorgane an einem solchen Verfahren zu beteiligen.“¹⁰⁵ Der Gerichtshof bestätigte damit implizit die Rechtspraxis der vorstehend aufgeführten Übereinkommen, wonach eine Organleihe durch eine völkerrechtliche Übereinkunft aller Mitgliedstaaten möglich ist. Generalanwalt *Jacobs* hatte eine weitergehende Differenzierung vorgeschlagen, auf die der Gerichtshof mangels Entscheidungsrelevanz nicht weiter einging. Nach seiner Auffassung muss zwischen administrativen Aufgaben und legislativen Funktionen unterschieden werden. Erstere können den Gemeinschaftsorganen ohne weiteres durch alle Mitgliedstaaten übertragen werden. Dagegen dürfen legislative Tätigkeiten insbesondere dann nicht den Gemeinschaftsorganen übertragen werden, wenn parallele konkurrierende EG-Gesetzgebungszuständigkeiten bestehen¹⁰⁶.

Hierauf aufbauend kann man die Organleihe der europäischen Institutionen durch folgende allgemeine Regeln beschränken: Die Übertragung eines funktionellen Ausschnitts des institutionellen Gefüges der Europäischen Union auf eine völkerrechtliche Kooperation einiger Mitgliedstaaten ist grundsätzlich zulässig, soweit das Primärrecht dies gestattet oder ein besonderer Vertrag aller Mitgliedstaaten dies vorsieht. Dies gilt insbesondere für die Entleihung der Rechtsprechungsfunktion des Gerichtshofs oder der Administrativfunktion der Kommission. Dagegen scheidet die Übertragung weitreichender Legislativzuständigkeiten oder gar eine „Gesamtleihe“ des gesamten einheitlichen institutionellen Rahmens an eine völkerrechtliche Kooperation regelmäßig aus. Diese würde die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsorgane unterminieren und eine Umgehung des Vertragsänderungsverfahrens darstellen. Wenn einige Mitgliedstaaten die Gemeinschaftsmethode untereinander anwenden möchten, kann dies gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit auch innerhalb der europäischen Verträge erfolgen.

Allenfalls dann, wenn im Rahmen einer förmlichen Vertragsänderung die Gesamtleihe aller Gemeinschaftsorgane an eine völkerrechtliche Kooperation ausdrücklich gestattet wird, steht das Gemeinschaftsrecht einer Gesamtleihe nicht entgegen. Das Sozialprotokoll war als integraler Bestandteil des Primärrechts eine derartige Ermächtigung. Es verlieh der Gesamtleihe des institutionellen Gefüges an die Kooperation einiger Mitgliedstaaten aufgrund des

¹⁰³ Vgl. Kapitel 7 III (S. 217 ff.).

¹⁰⁴ Siehe etwa die erste Entscheidung zum EuGVÜ, EuGH, Rs. 12/76, Slg. 1976, 1473 – *Tessili*; auch Generalanwalt *Mayras* ebd. 1487 ff. schweigt zur Zulässigkeit der Organleihe.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625 Rz. 41 – *Parlament/Rat* im Anschluss an EuGH, Rs. C-181 & 248/91, Slg. 1993 I-3685 Rz. 20 – *Parlament/Rat und Kommission*.

¹⁰⁶ Generalanwalt *Jacobs*, Rs. C-316/91, Slg. 1994 I-625/650 – *Parlament/Rat*.

Sozialabkommens eine besondere primärrechtliche Legitimation¹⁰⁷. In solchen Fällen könnte man eine weitergehende Beschränkung der Organleihe allenfalls unter Rückgriff auf die Aussagen des Gerichtshofs im ersten Gutachten zum Europäischen Wirtschaftsraum annehmen¹⁰⁸. Ungeachtet der Entscheidung dieser Frage ist es allgemein nur konsequent, wenn das Europarecht der Organleihe äußere Grenzen setzt. Es gibt nämlich die Alternative einer europarechtlichen Ungleichzeitigkeit innerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Die allgemeine Regel des Europarechts zur Organleihe schützen die Integrität des einheitlichen institutionellen Rahmens und verhindern, dass die Trennlinie zwischen Völkerrecht und Europarecht verschwimmt.

III Ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

In seiner Entscheidung zum Vertrag von Maastricht betont das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung: „Die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse werden dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse durch Europäische Union und Europäische Gemeinschaften von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht (wird).“¹⁰⁹ Soweit das europäische Primärrecht der Gemeinschaft keine ausdrückliche oder konkurrierende Zuständigkeit überträgt, sind die Mitgliedstaaten in eigener Verantwortung für die Regelung der Sachmaterie verantwortlich und man kann insofern von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sprechen.

Bei der Wahrnehmung ihrer ausschließlichen Zuständigkeiten können die Mitgliedstaaten auch völkerrechtliche Kooperationen begründen¹¹⁰. Anders als bei den vorstehend entwickel-

¹⁰⁷ Zum Sozialabkommen bereits Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

¹⁰⁸ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 71 f. – *EWR I*: „... könnte eine Änderung (des Art. 238 EGV) in dem von der Kommission angesprochenen Sinne die Unvereinbarkeit des Gerichtssystems des Abkommens mit dem Gemeinschaftsrecht nicht beseitigen.“ Es sei nicht näher erörtert, ob der Gerichtshof hier die Existenz eines änderungsfesten Kernbestands der europäischen Verträge und damit die Möglichkeit „vertragswidrigen Vertragsrechts“ postulierte; vgl. hierzu bereits die Darlegungen in den einleitenden Bemerkungen zu Kapitel 8 (S. 233). Selbst wenn man dies unterstellt, bedeutet es aus zwei Gründen nicht notwendig eine Vertragswidrigkeit der Gesamtleihe aller EU-Organe an völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten: (1) Anders als im Fall des EWR geht es nicht um die Übertragung von Zuständigkeiten der Gemeinschaft an eine internationale Organisation. Rechtsakte im Rahmen der völkerrechtlichen Kooperation wären anders als EWR-Rechtsakte gerade nicht „integrierender Bestandteil“ des Gemeinschaftsrechts. Die Tätigkeit der EU-Organe aufgrund der Organleihe hätte keine direkten Rückwirkungen auf ihre Tätigkeit im Rahmen der Europäischen Union, da europäisches Sekundärrecht Vorrang vor partikularem Völkerrecht einiger Mitgliedstaaten hat (Kapitel 10 II 2 b (2); S. 311 ff.). (2) Es wären im Fall des EWR-Gerichtshofs nur einige EuGH-Richter „entliehen“ worden und insoweit die personelle Integrität und Funktionsfähigkeit des EU-Organs Gerichtshof unterlaufen worden (EuGH ebd. 30 ff.) – eine Gefahr, die nicht bestünde, wenn man die Gesamtleihe der EU-Organe an den allgemeinen Regeln des Europarechts für die Zusammensetzung und Beschlussfassung der Organe bei Ungleichzeitigkeit ausrichtete (hierzu Kapitel 7; S. 205 ff.). Es sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof zweifach eine Organleihe an völkerrechtliche Vertragsregime durch die Gemeinschaft als Vertragspartei unter anderen Bedingungen als denjenigen des ersten Gutachtens zum EWR ausdrücklich für zulässig erachtete; EuGH, Gutachten 1/92, Slg. 1992 I-2821 – *EWR II* und EuGH, Gutachten 1/00, Slg. 2002 I-3493 – *Gemeinsamer europäischer Luftraum*.

¹⁰⁹ BVerfGE 89, 155/191 – *Maastricht*.

¹¹⁰ So ausdrücklich auch *V. Constantinesco*, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/755; *J. Wuermeling*, *Kooperatives* (1988), S. 164 und 187 ff.; *S. Weatherbill*, *Cooperation*, in: O’Keefe/Twomey (1999), S. 35.

ten allgemeinen Regeln des Europarechts für konkurrierende Zuständigkeiten sind die Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit nicht verpflichtet, mit den EG-Organen in eine politische Konsultation über die Möglichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung zu treten. Rechtlich steht es ihnen ebenfalls frei, einzelne Mitgliedstaaten von der Kooperation auszuschließen oder bei einer Regierungskonferenz gegen die Vergemeinschaftung eines Sachbereichs einzutreten, in deren Folge dieser wie andere Gemeinschaftszuständigkeiten behandelt würde. Einzig die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine Organleihe und die Pflicht zur Beachtung der Grundfreiheiten und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ihrem Wesen nach nicht auf die Verbandszuständigkeiten der Gemeinschaft begrenzt. Sie gelten auch für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ansonsten ausschließlichen Zuständigkeit¹¹¹.

Der Umfang der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ist im Einzelfall nach allgemeinen europarechtlichen Regeln zu bestimmen. Hiernach unterfällt etwa die Kultur- und Bildungspolitik weitgehend der nationalen Kompetenz. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass Art. 151 II EGV speziell in diesem Bereich die Zulässigkeit der engeren völkerrechtlichen Zusammenarbeit ausdrücklich anerkennt¹¹². Ausdruck hierfür sind etwa das Übereinkommen über das Europäische Hochschulinstitut¹¹³ und die Satzung der Europäischen Schulen¹¹⁴ oder die Förderung des Jugendaustausches durch das deutsch-französische Jugendwerk aufgrund des Elysée-Vertrags¹¹⁵. Dies sind freilich nur einzelne Beispiele, die durch eine Vielzahl anderer Kooperationen ergänzt werden könnten. Die Verwirklichung des verfassungspolitischen Integrationskonzepts des Kerneuropa nach dem Modell *Chirac* würde auch vor allem Sachbereiche einer europäischen Regelung zuführen, die derzeit ausschließlich oder weitgehend in den Bereich mitgliedstaatlicher Zuständigkeit fallen. Dies gilt etwa für eine umfassende wirtschaftspolitische Koordinierung, eine europäische Armee, die Kultur- und Bildungspolitik oder ein umfassendes europäisches Schuldrecht¹¹⁶. Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts sind völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten hier grundsätzlich zulässig und unterliegen keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken.

¹¹¹ So zum Diskriminierungsverbot der Niederlassungsfreiheit ausdrücklich EuGH, Rs. C-307/97, Slg. 1999 I-6161 Rz. 57 – *Saint-Gobain*: „According to the settled case-law of the Court, *although direct taxation is a matter for the Member States*, they must nevertheless exercise their taxation powers consistently with Community law“ (eigene Hervorhebung).

¹¹² Kapitel 10 II 1 (S. 299 ff.).

¹¹³ Übereinkommen über die Gründung eines Europäische Hochschulinstituts vom 19.4.1972 (BGBl. 1992 II 1251); in Kraft getreten für die Bundesrepublik am 1.2.1975 (BGBl. 1975 II 839), das wegen der Beteiligung von Nichtmitgliedstaaten wie der Schweiz und Norwegen eine völkerrechtliche Kooperation *cum tertius* ist.

¹¹⁴ Übereinkommen über die Satzung der Europäischen Schule vom 12.4.1957 (BGBl. 1965 II 1041), für die Bundesrepublik in Kraft getreten am 2.12.1965 (BGBl. 1966 II 212).

¹¹⁵ Abschnitt II.C.2 des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über die deutsch-französische Zusammenarbeit vom 22.1.1963 (BGBl. 1963 II 707); in Kraft getreten am 2.7.1963 (BGBl. 1963 II 1153).

¹¹⁶ Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

IV Fazit

Die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten ergeben ein differenziertes Gesamtbild. Eindeutig ist die Rechtslage im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten: Soweit eine ausschließliche EG-Zuständigkeit besteht, entfaltet diese eine Sperrwirkung gegenüber völkerrechtlichen Kooperationen. Die Mitgliedstaaten dürfen hier untereinander keine völkerrechtlichen Verträge mehr schließen. Im Gegenzug können die Mitgliedstaaten im Bereich ihrer ausschließlichen Zuständigkeit frei kooperieren. Auch im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten dürfen die Mitgliedstaaten weiterhin völkerrechtliche Verträge schließen. Zwar können Übereinkommen aller Mitgliedstaaten regelmäßig als eine Umgehung gemeinschaftsrechtlicher Rechtssetzungsverfahren und Verstoß gegen Art. 10 EGV gewertet werden. Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten werden durch die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten aber nicht generell untersagt. Insbesondere kann aus der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit nicht geschlossen werden, dass in ihrem Anwendungsbereich völkerrechtliche Kooperationen nunmehr unzulässig wären.

Im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten dürfen einzelne Mitgliedstaaten somit weiterhin auf völkerrechtlicher Grundlage zusammenarbeiten. Allerdings umfassen die allgemeinen Regeln „fünf Gebote“ des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten. Diese sind nur zulässig, wenn der Versuch einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung keine Aussicht auf Erfolg hat und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewahrt bleibt. Im Konfliktfall müssen völkerrechtliche Verträge hinter kollidierendes Europarecht zurücktreten. Auch dürfen völkerrechtliche Kooperationen die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsorgane nicht untergraben. Dennoch können einzelne europäische Institutionen mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten an völkerrechtliche Kooperationen „entliehen“ werden. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs und die Administrativfunktion der Kommission. Dagegen ist eine weitergehende Gesamtleihe nach den allgemeinen Regeln des Europarechts regelmäßig ausgeschlossen. Völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten sind gerade kein Bestandteil der europäischen Rechtsordnung. In Abgrenzung zu den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit sind sie nicht daher nach allgemeinen Regeln des Europarechts nicht in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union integriert.

Dritter Teil

VERFASSUNGSTHEORETISCHE EINORDNUNG

Der Europäische Rat von Laeken gab dem Europäischen Konvent und der nachfolgenden Regierungskonferenz die Fragstellung mit auf den Weg, ob die Vereinfachung und Neuordnung der Verträge „im Laufe der Zeit nicht dazu führen könnte, dass in der Union ein Verfassungstext angenommen wird.“¹ Dies bezieht sich auf die Annahme einer formellen Verfassungsurkunde, die den Begriff „Verfassung“ im Titel trägt. Unabhängig hiervon kommt die verfassungstheoretische Analyse zu dem Schluss, dass die europäischen Verträge ihrem Wesen nach schon heute als Verfassung zu qualifizieren sind. Die Grundannahmen dieser europäischen Verfassungstheorie sind im ersten Kapitel dieses dritten Teils aufzuzeigen (Kapitel 11). Auf ihrer Grundlage ist im abschließenden Kapitel 12 der Frage nachzugehen, welche Rückwirkungen die Ungleichzeitigkeit der europäischen Rechtsordnung auf deren verfassungstheoretische Einordnung hat: Steht Ungleichzeitigkeit im Widerspruch zu den aufgezeigten Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie oder kann sie mit diesen in Einklang gebracht werden? Ergeben sich aus dem Verfassungscharakter der europäischen Verträge Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit oder verlangt die Annahme einer Verfassung der Europäischen Union eventuell sogar die Herstellung von Gleichzeitigkeit? Diese Überlegungen komplettieren die Gesamtschau des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht und geben der Diskussion um die Zukunft von Ungleichzeitigkeit Orientierung.

¹ Erklärung von Laeken: Die Zukunft der Europäischen Union, Europäischer Rat in Laeken am 14./15.12.2001, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage I, Abschnitt II.

Kapitel 11

EUROPÄISCHE VERFASSUNG? EINE STANDORTBESTIMMUNG

Für *Lubmann* ist eine wesentliche Bedeutung der Verfassung die „strukturelle Koppelung“ der nach seiner Auffassung ansonsten getrennten Bereiche des Rechts und der Politik¹. Doch auch wenn man mit *Habermas* Politik und Recht in einem idealtypischen Universaldiskurs vereint sieht², besteht das Erfordernis einer mehrschichtigen Gesamtschau verschiedener Blickwinkel, die jeweils für sich betrachtet werden können, aber erst in komplementärer Ergänzung eine Annäherung an die europäische Verfassungstheorie erlauben³. Es werden daher vier komplementäre Gesichtspunkte europäischer Verfassungstheorie vorgestellt: Ausgangspunkt ist eine funktionale Annäherung an den Verfassungsbegriff. Hierauf aufbauend werden das rechtliche Verfassungsverständnis und die Trennung der Verfassung vom Staat untersucht. Schließlich ist auf Grundannahmen eines demokratischen Verfassungsverständnisses hinzuweisen. Hierbei sind abstrakte Überlegungen zu allgemeinen Merkmalen einer Verfassung mit der Qualifizierung der europäischen Verträge zu verbinden. Freilich kann in diesem Rahmen keine umfassende Erörterung und Analyse aller Einzelaspekte und Deutungslinien europäischer Verfassungstheorie erfolgen. Die Zielsetzung der verfassungstheoretischen Standortbestimmungen dieses Kapitels ist vielmehr das Aufzeigen von Grundannahmen, die für die abschließende verfassungstheoretische Einordnung von Ungleichzeitigkeit von Bedeutung sind.

I Verfassungsfunktionen

Ein funktionaler Ansatz erlaubt eine vergleichsweise unkomplizierte Annäherung an den Gegenstand europäischer Verfassungstheorie. Obgleich jedes Verfassungssystem vom historischen Kontext und den politischen Entscheidungen für oder gegen bestimmte Strukturen und Modelle abhängt, kann man einige Verfassungsfunktionen identifizieren, die allen oder den meisten Verfassungen gemein sind. *De Vattel* definierte bereits im 18. Jahrhundert als Wesensmerkmale einer Verfassung folgende Funktionen, die man im europäischen Umfeld des frühen 21. Jahrhunderts jedenfalls um den Aspekt der demokratischen Legitimation sowie den Grundrechtsschutz ergänzen muss:

„La règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée... En elle se voit la forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique, comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels sont les droits et les devoirs de ceux qui gouvernent. Cette constitution n'est dans le fond autre chose que l'établissement de l'ordre dans lequel une Nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la société politique s'est établie.“⁴

¹ N. *Lubmann*, *Recht der Gesellschaft* (1993), S. 470 ff.; näher hierzu auch *H. Hofmann*, *Soziologie*, JZ 1999, 1065/1072 f.

² *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, S. 292 ff.; *ders.*, *Remarks*, *ELJ* 1 (1995), 303.

³ Vgl. auch den mehrdimensionalen Verfassungsbegriff bei *H. Heller*, *Staatslehre* (1934), S. 249 ff.

⁴ *M. de Vattel*, *Droit des gens* (1758, Edition 1852), Kapitel III § 27, S. 68 f.

Die institutionellen und materiellen Bestimmungen der europäischen Verträge erfüllen diese Anforderungen im Grundsatz: Sie begründen und begrenzen europäische Hoheitsgewalt, die von den europäischen Organen nach Maßgabe der vertraglichen Regeln ausgeübt wird. Die europäische Hoheitsgewalt erhebt wenigstens den Anspruch, über eine unmittelbare oder abgeleitete demokratische Legitimation zu verfügen. Der grundsätzliche Vorrang des Gemeinschaftsrechts regelt das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht. Die unmittelbare Anwendung begründet ein direktes rechtliches Band zwischen Bürgern und der europäischen Hoheitsgewalt, welche durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, einschließlich der Grund- und Menschenrechte, begrenzt wird. Vor diesem Hintergrund kann man mit dem früheren Präsidenten des Gerichtshofs *Due* schlussfolgern, dass die Verträge „(i)n so doing ... perform, in fact, the same functions as the Constitution of a federal State.“⁵

Der funktionale Ansatz kann freilich nur eine erste Annäherung an Wesen und Existenz der europäischen Verfassung sein. Die Plausibilität der Verfassungsfunktionen suggeriert eine Problemlosigkeit, die bei einer näheren Betrachtung nicht bestätigt wird. Gleichwohl zeigt die eigenständige Erfüllung der Verfassungsfunktionen, dass die europäischen Verträge mehr sind als eine „Teil-“ oder „Nebenverfassung“, die die nationalen Verfassungen nur ergänzt⁶. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen durch die Union kann in der Debatte über den Verfassungscharakter der Verträge gleichwohl als Rückversicherung und Minimalkonsens dienen. Dies gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Wenn der einheitliche institutionelle Rahmen bei Ungleichzeitigkeit gewahrt bleibt und ungleichzeitiges Europarecht grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen entfaltet wie gleichzeitiges Europarecht, stellt dies die Verfassungsfunktionen der Europäischen Union nicht in Frage und weitet sie auf Ungleichzeitigkeit aus. Gilt dies auch für andere speziellen Gesichtspunkte europäischer Verfassungstheorie jenseits des ersten Zugriffs der Verfassungsfunktionen?

II Rechtliches Verfassungsverständnis

Hallstein betont die Bedeutung des Rechts für die europäische Integration: „Die Gemeinschaft ist eine Schöpfung des Rechts. Das ist das entscheidend Neue, was sie gegenüber früheren Versuchen auszeichnet, Europa zu einigen. Nicht Gewalt, nicht Unterwerfung ist als Mittel eingesetzt, sondern eine geistige, eine kulturelle Kraft, das Recht. Die Majestät des Rechts soll

⁵ O. *Due*, Constitutional Court, in: Curtin/O’Keeffe (1992), S. 4. Ebenso etwa J. *Gerkerath*, Émergence (1997), S. 63 ff.; J. *Schwarze*, Wechselwirkungen, DVBl. 1999, 1677/1681; *ders.*, Verfassungsperspektiven, NJW 2002, 993/997; C. *Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/5; J. *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 182; W. *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 34: „Obwohl die Gemeinschaft kein Staat ist, hat sie wie ein Staat Gesetzgebungs-, Vollziehungs- und Rechtsprechungsgewalt“; U. *Di Fabio*, Unionsverfassung, JZ 2000, 737/739; P. *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, in: Einzelstudien (1999), S. 11; A. *Peters*, Elemente (2001), S. 76 ff.; I. *Pernice*, Europäische Verfassung, in: FS Steinberger (2002), S. 1324 und, indirekt, *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/158 ff. Siehe auch BVerfGE 22, 293/296 – *EWG-Verordnung*. „Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar.“

⁶ Es sei dahingestellt, ob eine Verfassung auch dann besteht, wenn „Teil-“ oder „Nebenverfassungen“ nur einzelne Verfassungsfunktionen erfüllen, die die nationalen Verfassungen ergänzen; so zur EMRK etwa F. *Hoffmeister*, EMRK, Der Staat 40 (2001), 349/353 ff. und im Hinblick auf die internationale Absicherung der Grundrechte ähnlich C. *Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/62: „völkerrechtliche ‚Nebenverfassung““. Entsprechend zur WTO A. *von Bogdandy*, Konstitutionalisierung, in: FCE Bd. 4 (in Vorbereitung) und J. *Jackson*, WTO ‘Constitution’, J.I.E.L. 2001, 67. Allerdings betrachten auch die europäischen Verträge als eine Neben- oder Teilverfassung etwa C. *Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1; U. *Di Fabio*, Weltgesellschaft (2001) und T. *Giegerich*, Konstitutionalisierungsprozess (2003).

schaffen, was Blut und Eisen in Jahrhunderten nicht vermochten. Denn nur die selbstgewollte Einheit hat Aussicht auf Bestand... Auf dieser Einsicht beruht der Vertrag von Rom.⁷ Dieses Verständnis der europäischen Gemeinschaften als „Rechtsgemeinschaft“⁸ findet seine verfassungstheoretische Fortführung im rechtlichen Verfassungsverständnis, das für deutsche und kontinentaleuropäische Juristen der zentrale Baustein des allgemeinen Verfassungsbegriffs darstellt. Es hat auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs einen weitreichenden Niederschlag gefunden. In ausdrücklicher Abgrenzung zur völkerrechtlichen Natur des EWR-Abkommens bezeichnet der Gerichtshof den heutigen EG-Vertrag in seinem Gutachten 1/91 als „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“⁹.

Die Grundannahme des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist die Hierarchisierung des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und unterverfassungsrechtlichen Normen im Sinn eines Stufenbaus der Rechtsordnung. Von der Verfassung ausgehend bildet die Rechtsordnung ein selbstreflexives, in sich geschlossenes Rechtssystem. Der Begriff des rechtlichen Verfassungsverständnisses soll sich auf diesen Stufenbau der Rechtsordnung mit der Verfassung als Spitze der Normenpyramide beziehen. Es ist dies eine bewusste Verkürzung der kelsenschen Lehre vom Stufenbau auf einen Kernbestand¹⁰. Bei einer Beschränkung des rechtlichen Verfassungsverständnisses auf die Verfassung als höchste Norm der gestuften Rechtsordnung kann man den kelsenschen Stufenbau mit den Grundannahmen der angelsächsischen Rechtstradition der „ultimate rule of recognition“ zusammenführen¹¹. In beiden Fällen besteht regelmäßig jedenfalls im Ergebnis ein Vorrang der höheren Norm vor nachgeordneten Normen innerhalb derselben Rechtsordnung¹².

Vor diesem Hintergrund war die Annahme der „Eigenständigkeit“ der europäischen Rechtsordnung als „aus einer autonomen Rechtsquelle fließende(m) Recht“¹³ durch den Gerichtshof die Initialzündung für die Qualifizierung der europäischen Verträge als einer Verfas-

⁷ W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat* (1969), S. 33.

⁸ Ebd. 48.

⁹ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWR I*. Ähnlich EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339 Rz. 23 – *Les Verts*: „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“; EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 Rz. 35 – *EMRK-Beitritt*: „Eine solche Änderung ... wäre von verfassungsrechtlicher Dimension“; EuGH, Gutachten 2/00, Slg. 2001 I-9713 Rz. 5 – *Protokoll von Cartagena*: „Die Wahl der geeigneten Rechtsgrundlage hat verfassungsrechtliche Bedeutung“. Zuvor spricht der Gerichtshof in der englischen Sprachfassung von EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 12 – *Stillelegungsfonds Binnenschifffahrt* bereits von einem „change in the internal constitution of the Community“, während in der deutschen Sprachfassung von einer Veränderung „wesentliche(r) Strukturelemente der Gemeinschaft“ gesprochen wird.

¹⁰ Zur weitergehenden Annahme einer Grundnorm als Grundlage der gesetzten Verfassung im formellen Sinn H. Kelsen, *Staatslehre* (1925), S. 249 ff. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass Kelsen grundsätzlich von einem Monismus des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht (ebd. 128 ff.) und von einer strikten Trennung rechtlichen Sollens und tatsächlichen Seins (ebd. 231 f.) ausgeht – Annahmen, die umstritten sind und das rechtliche Verfassungsverständnis im Sinn dieses Abschnitts nicht charakterisieren sollen.

¹¹ Siehe insbesondere H.L.A. Hart, *Concept of Law* (1961).

¹² Zu Gemeinsamkeiten, Unterschieden und möglichen Zwischenstufen des hierarchisierten Stufenbaus *à la Kelsen* und der *Hart'schen* „rule of recognition“ G. Winterton, *Grundnorm*, L.Q.R. 92 (1976), 591; R. Brazier, *Constitution?*, N.I.L.Q. 52 (2001), 1/7; I. Weyland, *Kelsen, Law and Philosophy* 2002, 1; T. Öhlinger, *Stufenbau*, in: Jyränki (1997), S. 163 und T. Hartley, *Foundations*, L.Q.R. 117 (2001), 225.

¹³ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*; ebenso bereits EuGH, Rs. 13/61, Slg. 1962, 97/110 – *Bosch/van Rijn*: „dass das innerstaatliche Recht ... und das Recht der Gemeinschaft zwei selbständige, voneinander verschiedene Rechtsordnungen sind“ und EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/25 – *van Gend & Loos*: „neue Rechtsordnung des Völkerrechts.“ Umfassend A. Peters, *Elemente* (2001), S. 242-295.

sung im Rechtssinn, die auch vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich anerkannt wird¹⁴. Nur bei einer Autonomie der europäischen Rechtsordnung können die europäischen Verträge ein hierarchisches Vorrangverhältnis gegenüber nachgeordnetem Europarecht als Spitze der gestuften europäischen Rechtsordnung entfalten. Die Autonomie der europäischen Rechtsordnung wurde durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs systematisch ausgebaut, indem er mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen einen grundsätzlich abschließenden Katalog europarechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstäbe schuf, der auch den Grundrechtsschutz gegenüber europäischer Hoheitsgewalt an europarechtlichen Maßstäben misst¹⁵.

Das rechtliche Verfassungsverständnis geht regelmäßig – wenn auch nicht notwendig – einher mit der Durchsetzung der Verfassung durch eine Verfassungsgericht¹⁶. Auch der Europäische Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge¹⁷. Tatsächlich betrafen die meisten Situationen, in denen der Gerichtshof bislang ausdrücklich vom Verfassungscharakter der Verträge sprach, die Wahrung oder Ausweitung seiner Kontrollmöglichkeiten als Verfassungsgericht. So heißt es in der Entscheidung *Les Verts* ausdrücklich, dass die Gemeinschaft „eine Rechtsgemeinschaft der Art ist, dass weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen.“¹⁸ Die Funktion des Gerichtshofs, als Verfassungsgericht den Vorrang der europäischen Verträge vor unterverfassungsrechtlichen Normen zu sichern, unterstreicht, dass die europäischen Verträge als Verfassung im Rechtssinn zu qualifizieren sind¹⁹.

Ein wesentliches Charakteristikum des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist zumeist auch die Existenz einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen den Bürgern und den Normen der Rechtsordnung²⁰. Hiervon geht mittelbar schon Art. 249 EGV aus, wenn er be-

¹⁴ BVerfGE 22, 293/296 – *EWG-Verordnung*: „eigene Rechtsordnung, deren Normen weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten sind.“ Bestätigt in BVerfGE 37, 271/277 f. – *Solange I*: „... dass das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt.“

¹⁵ Näher zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Nachweise in der Einführung zum zweiten Teil (S. 203 f.) und speziell zu den Grundrechten *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte (1979).

¹⁶ Statt vieler *J. Limbach*, Supremacy, ML Rev. 64 (2001), 1/4: „(T)he principle of supremacy of the constitution attains its practical point only with the introduction of constitutional jurisdiction.“

¹⁷ Art. 220 EGV. Zur Rolle des Gerichtshofs als Verfassungsgericht etwa *O. Duce*, Constitutional Court, in: *Cur-tin/O’Keeffe* (1992), S. 3; *G.C. Rodríguez Iglesias*, Gedanken, NJW 1999, 1; *P. Eeckhout*, Court, Y.E.L. 18 (1998), 1; *I. Pernice*, Dritte Gewalt, EuR 1996, 27 und *F. Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy (2003), S. 229.

¹⁸ EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339 Rz. 23 – *Les Verts*. In EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 – *EWG I* und EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 – *EMRK-Beitritt* „dient“ das Argument des Verfassungscharakters auch der Wahrung des Letztentscheidungsrechts des Gerichtshofs gegenüber dem seinerzeit geplanten EWR-Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

¹⁹ Hierzu auch *J. Gerkrath*, *Émergence* (1997), S. 92-9; *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/476 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 72 f.; *C. Möllers*, Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (2003), S. 42 ff. und *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 339 ff.

²⁰ Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die UN-Charta oder das Zusammenspiel zentraler völkerrechtlicher Grundprinzipien und -Verträge wegen der regelmäßig fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit (und der fehlenden direkten demokratischen Legitimation) nicht als „Verfassung“ im Rechtssinn zu qualifizieren; so etwa *F. Hoffmeister*, Security Council, ZaöRV 58 (1998), 1091 und *I. Pernice*, Multilevel, EL Rev. 27 (2002) 511/517 f. im direkten oder indirekten Widerspruch zu *B. Faßbender*, Security Council (1998). Allgemein zur „Verfassung der Staatengemeinschaft“ auch *J. Gerkrath*, *Émergence* (1997), S. 99 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 61 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 69 ff.; *C. Himsworth*, No Longer, Public Law 1996, 639/658; *E.-U. Petersmann*, Constitutionalism, in: FS Steinberger (2002), S. 291 und *ders.*, Principles, in: FS Ehlermann (2002), S. 383.

stimmt, dass Verordnungen „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ gelten. Jedenfalls die Entscheidung *van Gend & Loos* kann man hiernach als „Urknall für das Entstehen der Gemeinschaft als Rechtssystem“²¹ oder wenigstens als „one of the high moments, possibly the single most important one on the process that transformed the EC Treaties from a set of legal arrangements binding *only* upon sovereign States“ bezeichnen, wenn sie bestimmt, dass das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen, auch Rechte verleihen soll²². Die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts bindet die Bürger in den Integrationsprozess ein. Die folgenden Klagemöglichkeiten übertragen den Bürgern die Initiative für die richterrechtliche Fortentwicklung der europäischen Verträge als einer Verfassung im Rechtssinn²³.

Die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrecht betrifft freilich nur die Rechtsfolgenseite. Sie ist konzeptionell nicht notwendig verbunden mit der Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf die Unionsbürger, wie sie der Konzeption des europäischen Gesellschaftsvertrags zu Grunde liegt und im demokratischen Verfassungsverständnis zum Ausdruck kommt²⁴. Man kann insoweit einen Bogen zum Konzept der Supranationalität schlagen, dessen Gehalt nicht abschließend bestimmt ist, regelmäßig aber im Sinn einer unmittelbaren Durchgriffswirkung der übertragenen Hoheitsrechte verstanden wird. Die legitimatorische Basis verbleibt hierbei ein staatlicher Übertragungsakt²⁵. Vor diesem Hintergrund kann man auch im Hinweis des Gerichtshofs auf die Verträge als „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“²⁶ eine Begrenzung auf ein rechtliches Verfassungsverständnis unter Ausklammerung der demokratischer Legitimation sehen²⁷. Die Befürworter einer solchen supranationalen Sicht der europäischen Integration drücken ihr in erster Linie rechtliches Verfassungsver-

²¹ So *Günter Hirsch* bei einem Vortrag zur Eröffnung der Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht an der Universität Bayreuth am 12.11.1999, zitiert nach *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 29.

²² EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/25 – *van Gend & Loos*. Siehe auch EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWV I*: „Die wesentlichen Merkmale der so verfassten Rechtsordnung der Gemeinschaft sind ihr Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und die unmittelbare Wirkung zahlreicher für ihre Staatsangehörigen und sie selbst geltender Bestimmungen.“ *J.H.H. Weiler*, Reformation, in: *Constitution* (1999), S. 222 kritisiert gleichwohl, dass nicht so sehr die unmittelbare Anwendung oder der Vorrang, sondern vielmehr qualifizierte Mehrheitsentscheidungen die staatliche Souveränität einschränken.

²³ So im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 30 EGV *P. Poiares Maduro*, We, the Court (1998), S. 28: „Litigation was the fuel for the process of constitutionalisation... So, as formal constitutions are mainly a product of the representation and participation in the political process, so too is the European Constitution, to a large extent, a result of participation and representation in the European judicial process.“

²⁴ Das rechtliche Verfassungsverständnis geht mit diesen beiden Dimensionen der europäischen Verfassungstheorie nicht notwendig einher. Näher Kapitel 11 III 2 (S. 331 ff.) und Kapitel 11 IV (S. 335 ff.).

²⁵ Zum Konzept der Supranationalität etwa *W. Hertel*, Supranationalität (1998), 137: „Im supranationalen Konzept der europäischen Integration sind vertragsschließende Subjekte und herrschaftsunterworfenen Objekte hingegen gerade nicht identisch“; *M. Zuleeg*, Supranationalität, Integration 1988, 103: „Der Begriff der Supranationalität ist ohne den Nationalstaat nicht denkbar“; *H.-P. Ipsen*, Gemeinschaftsrecht (1972), S. 67 ff.; *P. Badura*, Supranationalität, in: *Schwarze* (1998), S. 63; *W.-D. Grussmann*, Grundnorm, in: von Danwitz (1993), S. 47; *C. Joerges*, Deliberative, *ELJ* 8 (2002), 133 und *S. Oeter*, Föderalismus, in: von Bogdandy (2003), S. 71 ff. *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/107 ff. rechtfertigt die Verwendung des Begriffes des Doppelbegriffes „supranationalen Föderalismus“ unter anderem damit, dass Partizipation und demokratische Legitimation mit dem Konzept der „Supranationalität“ nicht notwendig verbunden seien, wohl aber mit dem föderalen Gedanken.

²⁶ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWV I*; eigene Hervorhebung.

²⁷ Siehe auch *D. Grimm*, Constitution?, *ELJ* 1 (1995), 282/289: „exists only as a legal community“; *N. Reich*, Pieces, in: *Academy of European Law VI-1* (1996), S. 234: juridification instead of democratisation; *K. Armstrong*, Legal, *JCMSt.* 36 (1998), 155/161; *A. von Bogdandy*, Bird's Eye, *ELJ* 6 (2000), 208/221 ff. und modifizierend *O. Gerstenberg*, Euro-Constitutionalism, *ELJ* 8 (2002), 172.

ständnis häufig durch die Verwendung des Begriffs „Verfassungsvertrag“ anstelle des einfachen Substantivs „Verfassung“ aus²⁸.

Die supranationale Sicht der europäischen Verträge als einer Verfassung im Rechtssinn, welche die Bürger zwar auf der Rechtsfolgenseite einbindet, die europäische Hoheitsgewalt und deren Legitimität jedoch primär auf die Kooperation der Mitgliedstaaten stützt, ist eine Fortwirkung der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts mit seiner vermeintlichen volkswirtschaftlichen Naturgesetzlichkeit der *spill over*²⁹. Es ist dies zugleich ein Gegenmodell zur nachfolgend vorgestellten Deutung der Verträge als einen europäischen Gesellschaftsvertrag, auf dessen Grundlage die europäische Hoheitsgewalt eine direkte Legitimation im Sinn eines demokratischen Verfassungsverständnisses erlangt. In welchem Umfang die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration im Widerstreit dieser beiden Auffassungen ein Argument für die supranationale Deutung der europäischen Verträge darstellt, wird im folgenden Kapitel näher untersucht werden müssen³⁰. Hierbei ist auch zu erörtern, ob die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit eventuell sogar den Grundannahmen des rechtlichen Verfassungsverständnisses widersprechen³¹.

Die vorstehenden Darlegungen beziehen sich in erster Linie auf das Gemeinschaftsrecht des EG-Vertrags. Dagegen findet die Gemeinschaftsmethode auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die Zusammenarbeit in Strafsachen im Rahmen der zweiten und dritten Säule des EU-Vertrags bislang nur begrenzt Anwendung. Insbesondere die Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze auf das Unionsrecht ist derzeit noch nicht abschließend geklärt³² und die Zuständigkeit des Gerichtshof ist in der zweiten Säule ausgeschlossen und in der dritten Säule asymmetrisch beschränkt³³. Es ist dies jedoch keine Folge von Ungleichzeitigkeit, sondern Ausdruck der geringeren Integrationsdichte in diesen Politikbereichen. Die Rechtsstruktur des EU-Vertrags nähert sich nur schrittweise an die Gemeinschaftsmethode³⁴. Nachdem die Zusammenarbeit in Strafsachen durch den Vertrag von Amsterdam grundlegend reformiert wurde, fusioniert der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents die Säulen der Europäischen Union nunmehr in einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit³⁵. In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik war die rechtliche Domesticierung von Ungleichzeitigkeit eine wichtige Motivation für ihre schrittweise Einbeziehung in das rechtliche Verfassungsverständnis der europäischen Verträge³⁶.

²⁸ Näher zum Begriff und Konzept des „Verfassungsvertrags“ im Hinblick auf die aktuelle Debatte *F. Cromme*, Verfassungsvertrag, DÖV 2002, 593; *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/12 und *A. Peters*, Elemente (2001), S. 228 f. Zur historischen Genese *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 61-75.

²⁹ Näher Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

³⁰ Wiederum Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

³¹ Hierzu Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

³² Näher Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

³³ Siehe Art. 46 EUV und Kapitel 7 III 1 (S. 218 f.).

³⁴ *G. Nicolaysen*, Integrationsverfassung, in: FS Oppermann (2001), S. 187 spricht von „Integrationsverfassung“.

³⁵ Zum Vertrag von Amsterdam Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.) und zur Fusion der bisherigen Säulenstruktur unter dem Dach einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit allgemein den Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa. Innerhalb des Verfassungsvertrags bestehen freilich Sonderregeln für die Zusammenarbeit in Strafsachen und die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik fort.

³⁶ Hierzu Kapitel 5 IV (S. 179 ff.).

III „Postnationaler“ Verfassungsbegriff

Im Vorfeld der britischen Unterhauswahlen vom Juni 2001 formulierte Baronin *Thatcher*: „The greatest issue in this election, indeed the greatest issue before our country, is whether Britain is to remain a free, independent nation state or whether we are to be dissolved in a federal Europe. There are no half-measures, no third ways and no second chances.“³⁷ Die kompromisslose Gegenüberstellung von nationaler Unabhängigkeit und europäischer Staatlichkeit ist ein Ausdruck der herkömmlichen Konzeption von Souveränität, Kompetenz-Kompetenz und Staatlichkeit, die das Völkerrecht und die Staatslehre seit dem Westfälischen Frieden prägten. Mit diesem Verständnis sind die Grundannahmen einer europäischen Verfassungstheorie nicht in Einklang zu bringen, soweit sie davon aufgeht, dass die europäische Verfassung die Verfassungen der Mitgliedstaaten nur ergänzt, nicht aber ersetzt. In der Diskussion der vergangenen Jahre hat sich jedoch ein zunehmender Konsens herausgebildet, dass es eine Verfassung jenseits des Staates geben kann. Die Existenz einer europäischen Verfassung setzt nicht notwendig die Entstehung eines europäischen Staats voraus, der die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten aufhebt.

1 Verfassung ohne Staat?

Das herkömmliche Verständnis von staatlicher Souveränität basiert auf der Annahme einer grundsätzlich umfassenden Zuständigkeit des Staates im Bezug auf das jeweilige Staatsgebiet „to exercise therein, to the exclusion of any other state, the function of a state.“³⁸ Aus Platzgründen können die historische und aktuelle Debatte über Inhalt und Reichweite des Souveränitätsbegriffs³⁹ und seiner innerstaatlichen Entsprechung der Kompetenz-Kompetenz⁴⁰ an dieser Stelle selbstverständlich nicht nachgezeichnet werden. Stattdessen beschränkt sich diese Standortbestimmung auf den allgemeinen Hinweis, dass Recht und Verfassung nicht losgelöst von der lebensweltlichen Lebenswirklichkeit existieren, sondern zumindest auch von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängen. Wenn die politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realitäten sich wandeln, können sich Rechts- und Verfassungstheorie diesem Wandel nicht verschließen⁴¹.

³⁷ *Margaret Thatcher* zitiert nach *E. MacAskill*, *Thatcher Says Never to Single Currency*, *The Guardian* vom 23.5.2001, S. 1.

³⁸ Max Huber, Schiedsspruch vom 4.4.1928 *Island of Palmas*, *Reports of International Arbitral Awards* 2, 829/838.

³⁹ Zur aktuellen Debatte allgemein und speziell im Hinblick auf die Europäische Union statt vieler *N. MacCormick*, *After Sovereignty*, *KCLJ* 9 (1998/99), 20; *J. Oeter*, *Souveränität*, *ZaöRV* 55 (1995), 659; *J.-M. Ferry*, *Souveraineté*, in: *Magnette* (2000), S. 53; *B. Faßbender*, Art. 2(1), in: *Simma* (2002); *A. von Bogdandy*, *Bird's Eye*, *ELJ* 6 (2000), 208/215 ff.; *D. König*, *Übertragung* (2000), S. 509 ff.; *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 125 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, *Souveränität*, in: von Bogdandy (2003), S. 205 und die Beiträge in *D. Murswiek*, *Staat*: FS Quaritsch (2000).

⁴⁰ Zum „klassischen“ Zusammenhang von Staatlichkeit und Kompetenz-Kompetenz etwa *G. Jellinek*, *Staatslehre*, 2. Aufl. 1905, S. 482 und *C. Schmitt*, *Verfassungslehre* (1928; Ausg. 1993), S. 386 f. Zur fehlenden Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union etwa *U. Di Fabio*, Art. 23 GG, *Der Staat* 32 (1993), 191/197; *P. Kirchhof*, *Staatenverbund*, in: von Bogdandy (2003), S. 912 ff.; *D. Grimm*, *Constitution?*, *ELJ* 1 (1995), 282/299 sowie BVerfGE 89, 155/198 – *Maastricht*: „gehört eine Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft gerade nicht.“ Kritisch zur Diskussion etwa *König* ebd. 490 ff.; *H.-P. Ipsen*, *Verfassung*, *EuR* 1987, 195/202: „Die staatliche Kompetenz-Kompetenz hat sich durch den Beitritt zur Gemeinschaft selbst beschränkt“; *J. Frowein*, *Verfassung*, *EuR* 1995, 315/319: „Keine hat eine rechtlich anerkannte Kompetenz-Kompetenz“ und *I. Pernice*, *Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148/186: „wird auch die Vorstellung staatlicher Kompetenz-Kompetenz in der EU zum Relikt überholten Souveränitätsdenkens“.

⁴¹ Die Abhängigkeit der Staats- und Verfassungstheorie von soziologischen Gegebenheiten betonen etwa *G.*

Soziologen und Ökonomen haben in den vergangenen Jahren wiederholt dargelegt, dass die zunehmende „Globalisierung“ des Handels, des betriebswirtschaftlichen Investitionsverhaltens, der Finanzmärkte, der Kommunikation, der Friedensbedrohung, des Terrorismus, der Migrationsströme und der Umweltgefährdungen die tatsächliche Fähigkeit einzelner Staaten zur „souveränen“ Lösung dieser Herausforderungen begrenzt⁴². Wenn die öffentliche Gewalt die tatsächliche Fähigkeit zur Steuerung wirtschaftlicher und sozialer Entwicklungen nicht verlieren will, muss sie Entscheidungsbefugnisse auf überstaatlicher Ebene wahrnehmen und hierbei ein System der „multilevel governance“ begründen, wie es von der Politikwissenschaft untersucht und beschrieben wurde⁴³. Vor diesem Hintergrund ist die Entwicklung einer „postnationalen“⁴⁴ Verfassungstheorie der Versuch, die Kluft zwischen dem juristischen Schein einer Bewahrung umfassender staatlicher Souveränität und dem tatsächlichen Scheitern dieses Anspruchs in der globalisierten Welt zu überbrücken.

Ein solcher postnationaler Verfassungsbegriff überträgt die klassische Souveränitätslehre nicht auf die überstaatliche Ebene, sondern ordnet hoheitliche Aufgaben verschiedenen Ebenen zu. Die europäische Verfassung impliziert nicht die Existenz eines europäischen Staats und verlangt auch nicht dessen spätere Entstehung⁴⁵. Vielmehr erlaubt die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die überstaatliche Ebene eine Zurückgewinnung von politischer „Souveränität“ im Sinn tatsächlicher Einflussmöglichkeiten⁴⁶. Wenn die überstaatliche Hoheitsgewalt den Anforderungen des demokratischen und rechtlichen Verfassungsverständnisses folgt, ist die Verteilung von Hoheitsgewalt auf verschiedenen Steuerungsebenen und deren verfassungsrechtliche Domestizierung sogar ein Beitrag zur Bewahrung der Errungenschaften des modernen Verfassungsstaats. Die „Globalisierung“ führt zwar zu einem Verlust an Steuerungsmöglichkeit im Nationalstaat, organisiert die Anforderungen des rechtlichen und demokratischen Verfassungsverständnisses auf überstaatlicher Ebene jedoch neu.

Vor diesem Hintergrund hat sich in der deutschen und europäischen Staats- bzw. Verfassungslehre in den vergangenen Jahren zunehmend die Überzeugung durchgesetzt, dass der

Jellinek, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 24 ff.; *R. Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 123 ff. und *H. Heller*, Staatslehre (1934), S. 30 ff. Anders *H. Kelsen*, Staatslehre (1925), S. 231 f.

⁴² Statt vieler *J. Habermas*, Postnationale Konstellation (1998); *U. Beck*, Globalisierung (1997); *A. Giddens*, Modernity (1990). Aus der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur etwa *C. Tomuschat*, Internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1/20: „Die wachsende Interdependenz zwischen allen Staaten und Völkern lässt den souveränen Staat, der seine Entscheidungen in selbstverantworteter Herrlichkeit trifft, zunehmend zu einem Anachronismus werden“; *A. von Bogdandy*, Bird’s Eye, ELJ 6 (2000), 208/214: „erosion of statehood“; *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/155 f.: „Der „postnationale“ Verfassungsbegriff lässt Staat und Nation im klassischen Sinn hinter sich, so wie die Globalisierung neue Instrumente der Steuerung fordert, Politik also über den nationalen Rahmen hinausgeht.“

⁴³ Siehe etwa *F. Scharpf*, Multi-Level, Journal of European Politics and Policy 4 (1997), 520; *M. Zürn*, Regieren (1998); die Beiträge in *G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Streek*, Governance (1996) und speziell zur Kompetenzabgrenzung *F. Mayer*, Letztentscheidung (2000), S. 323 ff.

⁴⁴ *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/155 in Fortführung von *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation (1998).

⁴⁵ So auch *Pernice* ebd. 149 f.; *A. von Bogdandy*, Bird’s Eye, ELJ 6 (2000), 208; *M. Zuleeg*, Föderative Grundsätze, NJW 2000, 2846/2851, den „die fast einhellige Aussage erstaunt“. Siehe auch BVerfGE 89, 155/188 f. – *Maastricht*: „Der Unions-Vertrag begründet ... keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat.“ Siehe aber *U. Di Fabio*, Weltgesellschaft (2001), S. 86 ff.: „Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?“ und *F. Mancini*, Statehood, ELJ 4 (1998), 29.

⁴⁶ In diesem Sinn etwa der britische Außenminister *J. Straw*: A Europe for its Citizens, Lecture at the Royal Institute of International Affairs, London 27.7.2001 <www.fco.gov.uk>: „In today’s interdependent world, pooling sovereignty, when we choose to, is the way to strengthen sovereignty, not lose it.“

Verfassungsbegriff jedenfalls im Hinblick auf die Europäische Union vom Konzept des Staates zu trennen ist⁴⁷. Wenn die europäischen Verträge hiernach als eine postnationale, nicht-staatliche Verfassungsordnung zu qualifizieren sind und die nationalen Verfassungen zugleich fortbestehen, bestehen aus der Sicht jedes Bürgers zwei Verfassungsordnungen nebeneinander. Wenn diese Verfassungen jeweils aus eigenem Recht existieren und die gleiche Legitimität besitzen, kann keine den Anspruch einer umfassenden Souveränität oder Kompetenz-Kompetenz beanspruchen. Wie kann eine derartige Koexistenz zweier gleichberechtigter Verfassungsordnungen konzeptionell erklärt und ihre Interaktion rechtlich konstruiert werden?

2 Europäischer Gesellschaftsvertrag

Im Verfassungsverständnis der Mitgliedstaaten findet der Grundsatz der Volkssouveränität eine Basis gemeineuropäischer Verfassungstradition⁴⁸. Einzig das Vereinigte Königreich gründet seine Rechtsordnung in der Theorie nicht auf die rechtliche Souveränität des Volkes, sondern auf die *sovereignty of Parliament* mit dem Recht „to make or unmake any law whatever.“⁴⁹ Vor diesem Hintergrund der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten überträgt unter anderem *Pernice* das verfassungstheoretische Modell des Gesellschaftsvertrags und der Volkssouveränität auf den europäischen Integrationsprozess⁵⁰:

⁴⁷ Siehe die umfassenden Nachweise bei *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/149-158; *J. Gerkrath*, Émergence (1997), S. 85 ff. und *A. Peters*, Elemente (2001), S. 93-163 sowie etwa die Überlegungen von *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/6; *G. Hirsch*, Verfassung?, NJW 2000, 46; *U. Di Fabio*, Unionsverfassung, JZ 2000, 737/738 f., 743; *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703 ff.; *D. Thym*, Post-Nice, in: Andenas/Usher (2003), S. 153 ff.; *D. Baluchard*, Constitutionnalisation (2001); *J.H.H. Weiler*, Constitution (1999), S. 86 ff., 221 ff., 264 ff., 324 ff.; *P. Craig*, Nature, in: ders./de Búrca (1999), S. 28 ff., 32 ff.; *G.C. Rodríguez Iglesias*, ‚Verfassung‘, EuGRZ 1996, 125/130. Modifizierend *C. Möllers*, Argument (2000), S. 256 ff. und *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 41: „Jeder Verband, sei es von Menschen, sei es von privaten und öffentlichen Gemeinwesen, hat eine Verfassung“. Anders etwa *P. Kirchhof*, Identität, in: Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 19 Rn. 18; *H. Hofmann*, Soziologie, JZ 1999, 1065/1074; *E.-W. Böckenförde*, Staat (1999), S. 133 ff.; *D. Grimm*, Zukunft, in: Preuß (1994), S. 291 und *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 13 Rn. 1: „Verfassung ist nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung.“

⁴⁸ So ausdrücklich alle republikanischen Verfassungen der Mitgliedstaaten: Deutschland Art. 20 I; Finnland Sektion 2 I; Frankreich Art. 3 I; Griechenland Art. 1 II; Irland Art. 1; Italien Art. 1 II; Österreich Art. 1 und Portugal Art. 3 I. Auch die Verfassungen von vier monarchischen Mitgliedstaaten enthalten explizite Verweise auf die Volkssouveränität: Belgien Art. 33 I; Luxemburg Art. 32; Spanien Art. 1 II und, die hier exemplarisch zitierte Bestimmung, des Art. 1 I der schwedischen Verfassung: „All public power in Sweden proceeds from the people.“ Nur die Verfassungen Dänemarks und der Niederlande enthalten keinen ausdrückliche Regelung, die von der Verfassungslehre gleichwohl angenommen (so zur dänischen Verfassung von 1953 *H. Zable*, Dansk I (1995), S. 41 ff.) und drückte sich in den Niederlanden etwa durch die Annahme einer neuen Verfassung im Jahr 1983 aus (hierzu, wenn auch modifizierend im Sinn einer „lack of doctrinaire characteristics“, *C. Kortmann/P. Bovend'Eert*, Dutch (2000), S. 19 ff.). Allgemein auch die Textstufenanalyse von *P. Häberle*, Verfassungsgebende Gewalt, AöR 112 (1987), 53/54 ff.

⁴⁹ *A.V. Dicey*, Constitution, 8. Aufl. 1945, S. 39 f. Demgegenüber erscheint der Bürger nach klassischem Verständnis nur als „the predominant part of the *politically* sovereign power“ (ebd. 76). Dies schließt freilich nicht aus, dass die europäische Verfassung auch für das Vereinigte Königreich auf der Volkssouveränität gründet; die Briten blieben insofern „Untertanen“ der nationalen Verfassungsorgane und wirkten als „Bürger“ an der Konstituierung der europäischen Verfassung mit. Hierzu und zu modifizierenden Ansichten in der britischen Verfassungslehre *D. Thym*, Post-Nice, in: Andenas/Usher (2003), S. 157-159.

⁵⁰ Allgemein zur Konzeption des Gesellschaftsvertrags als Grundlage der Volkssouveränität etwa *J. Locke*, Treatises (1780-3; Ausg. 1993); *J.-J. Rousseau*, Contrat social (1762; Ausg. 1839); *T. Paine*, Rights of Man II (1792; Ausg. 1989), S. 184 ff.; *W. Kersting*, Gesellschaftsvertrag (1996); *O. Höffe*, Gesellschaftsverträge, Die Union 2000, 59; *G. Frankenberg*, Contract, ELJ 6 (2000), 257. Zum alternativen Erklärungsmodell der „cos-

„Im Zustimmungsgesetz manifestiert sich dann der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der anderen beteiligten Staaten die Union zu gründen und zu entwickeln. Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren... Die europäischen Verträge sind damit, weit weniger fiktiv als normale Verfassungen, Ausdruck eines *contrat social européen*. Auch sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen, dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, für das gemeinsame Wohl, und organisiert den Prozess einer immer engeren Union, also europäischer Integration. Die Verträge sind ‚Verfassungsvertrag‘... Sie konstituieren Hoheitsgewalt ebenso originär wie eine staatliche Verfassung.“⁵¹

Das Modell eines europäischen Gesellschaftsvertrags kann in zweifacher Hinsicht als Grundlage einer eigenständigen europäischen Verfassung dienen: Im Hinblick auf das rechtliche Verfassungsverständnis erlaubt es die Annahme einer nicht mehr hintergehbaren, letzten normativen Voraussetzung für die Eigenständigkeit und den Selbstbezug der europäischen Rechtsordnung mit den europäischen Verträgen als Spitze der europäischen Rechtsordnung⁵². Darüber hinaus ermöglicht es aus der verfassungstheoretischen Binnenperspektive der Bürger die Annahme einer sachlichen Begrenzung aller öffentlicher Gewalt. Anders als bei den herkömmlichen Konzepten staatlicher Souveränität und Kompetenz-Kompetenz ist der Umfang öffentlicher Gewalt nach dem Konzept des Gesellschaftsvertrags notwendig begrenzt. Es gibt, in den Worten *Häberle*, „nur soviel Staat, wie die Verfassung konstituiert“⁵³.

Die in den Grund- und Menschenrechten verbürgte Autonomie der Bürger ist vor diesem Hintergrund der Ausgangspunkt für die Existenz jeglicher Hoheitsgewalt: „Souveränität ist die in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmung des Einzelnen.“⁵⁴ Die Charta der

mopolitan ideas“, das auf das kantsche Weltbürgerrecht „*ius cosmopolitanum*“ aufbaut *I. Kant*, *Ewigen Frieden* (1795; Ausg. 1984), S. 21 ff.; *P. Eleftheriadis*, *Cosmopolitan*, *Columbia JEL* 7 (2001), 21 insb. 35-39; *ders.*, *Cosmopolitan*, *ELJ* 9 (2003), 241; *M. Telö*, *Constitutionnalisme*, in: *Magnette* (2000), S. 69 und *R. Bellamy/D. Castiglione*, *Cosmopolitan*, in: *Koslowski* (1997), S. 254.

⁵¹ *I. Pernice*, *Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148/166 f.; Verweise weggelassen. Ebenso etwa *ders.*, *Multilevel Constitutionalism*, *CML Rev.* 36 (1999), 703/708 ff.; *ders.*, *Kompetenzabgrenzung*, *JZ* 2000, 866/870 f.; *ders.*, *Konsolidierung*, *JöR N.F.* 48 (2000), 205/208 ff.; *ders.*, *Europäische Verfassung*, in: *FS Steinberger* (2002), S. 1323 ff. Siehe auch *EuGH*, *Rs. 26/62*, *Slg.* 1963, 3/24 – *van Gend & Loos*: „(D)amit ist zugleich gesagt, dass dieser Vertrag mehr ist als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Staaten begründet. Diese Auffassung wird durch die Präambel des Vertrages bestätigt, die sich nicht nur an die Regierungen, sondern auch an die Völker richtet... Zu beachten ist ferner, dass die Staatsangehörigen der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten dazu berufen sind, durch das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Funktionieren dieser Gemeinschaft beizutragen.“ *Kritisch zur Anwendung des Konzepts des Gesellschaftsvertrags auf die Europäische Union* etwa *C. Möllers*, *Konstitutionalisierung*, in: *von Bogdandy* (2003), S. 13 ff.; *S. Oeter*, *Föderalismus*, ebd. 59 und *U. Haltern*, *Pathos and Patina*, *ELJ* 9 (2003), 14.

⁵² Dies erinnert an die kelsenschen Grundnorm. Siehe auch *H. Kelsen*, *Staatslehre* (1925), S. 250: „Es ist, im Grunde genommen, das gleiche theoretische Bedürfnis nach einer einheitlichen Voraussetzung, ... das hier notwendig zur Grundnorm, wie in der Naturrechtstheorie zum Grundvertrag führt. Es ist nur eine primitive Darstellung, wenn die letzte normative Voraussetzung, auf der sich der Rechtscharakter der sozialen Relationen bezieht ... als Vertrag bezeichnet wird. Denn der Vertrag ist der geläufigste Tatbestand, den man im täglichen Leben die Verbindlichkeit begründen sieht.“

⁵³ *P. Häberle*, *Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, S. 620; ähnlich schon *A. Arndt*, *Umwelt*, *NJW* 1963, 24/25: „In der Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt.“

⁵⁴ *I. Pernice*, *Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148/190; ähnlich *E. Denninger*, *Menschenwürde*, in: *Dreier* (2000), S. 47. Siehe auch *J. Locke*, *Treatises* (1780-3; Ausg. 1993), S. 163: „Men being, as has been said, all free, equal and independent, no one can be put out of this estate, and subjected to the political power of an-

Grundrechte der Europäischen Union mit ihrem Verweis auf „die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“⁵⁵ kann man insofern als Ausdruck des europäischen Gesellschaftsvertrags betrachten, der im Verfahren und Ergebnis der aktuellen Verfassungsdebatte eine weitere Bekräftigung erfährt. Die Rückführung öffentlicher Gewalt auf den Willen der Bürger dient zugleich als konzeptionelle Grundlage für Anforderungen des demokratischen Verfassungsverständnisses⁵⁶. Im Rahmen der späteren Darlegungen wird zu untersuchen sein, ob Ungleichzeitigkeit im Widerspruch zur Annahme eines europäischen Gesellschaftsvertrags steht, weil sie sich auf den ersten Blick an den Mitgliedstaaten und nicht den Bürgern als Akteuren ausrichtet⁵⁷.

3 Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht

Die europäischen Verträge sind nach dem rechtlichen Verfassungsverständnis ebenso die Spitze der europäischen Rechtsordnung wie die nationalen Verfassungen im Bezug auf die nationale Rechtsordnung. Doch wie verhalten sich die europäische und die nationalen Rechtsordnung zueinander? Für Juristen ist das Verhältnis zwischen Europarecht und nationalem Recht der vermutlich bedeutendste Baustein europäischer Verfassungstheorie. Auf der Grundlage des Konzepts des Gesellschaftsvertrags kann man eine gleichberechtigte, nicht-hierarchische Koexistenz der nationalen und der europäischen Rechtsordnungen begründen. In komplementärer Ergänzung weisen die Bürger jeweils einen sachlich begrenzten Bereich an Hoheitsrechten der nationalen *und* der europäischen Ebene zu⁵⁸. Wenn die europäische und die nationalen Rechtsordnungen hierbei auf derselben legitimatorischen Basis eines Gesellschaftsvertrags beruhen, besteht – anders als in den meisten föderalen Systemen – kein hierarchischer Vorrang der geographisch umfassenderen Rechtsordnung, sondern ein gleichberechtigtes, nicht-hierarchisches Nebeneinander.

Welche Schlussfolgerungen ergeben sich hieraus im Konfliktfall, wenn etwa die vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommene subsidiäre Einschlägigkeit der Grundrechte des Grundgesetzes gegenüber Europarecht eingreift oder ein europäischer Rechtsakt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts als *ultra vires*-Akt nicht von den Kompetenzgrundlagen des Primärrechts gedeckt ist⁵⁹ – oder eine entsprechende Konfliktsituation sich in einem anderen Mitgliedstaat ergibt⁶⁰? In diesem Fall nähme das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht des Grundgesetzes zu Recht einen entsprechenden Vorbehalt des nationalen Verfassungsrechts an⁶¹. Zugleich würde der Gerichtshof aus der Sicht der europäischen Rechts-

other, without his own consent.“

⁵⁵ Erwägungsgrund 2 der Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem zukünftigen zweitem Teil des Verfassungsvertrags.

⁵⁶ Das Modell des Gesellschaftsvertrags und das demokratische Verfassungsverständnis gehen freilich nicht notwendig einher. Mit ihm kann man auch die Existenz einer absoluten Monarchie erklären; klassisch T. Hobbes, *Leviathan* (1651; Ausg. 1952), S. 100.

⁵⁷ Kapitel 12 I (S. 342 ff.).

⁵⁸ In diesem Sinn heißt es in Amendment X der US-Verfassung: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

⁵⁹ Zum Grundrechtsschutz BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*; BVerfGE 73, 339 – *Solange II*. Zu ausbrechenden Rechtsakten BVerfGE 89, 155/188 – *Maastricht*: „Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.“

⁶⁰ Zu möglichen Kompetenzkonflikten in anderen Mitgliedstaaten etwa F. Mayer, *Letztentscheidung* (2000).

⁶¹ Es sei unterstellt, dass die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht auch bei einer

ordnung ebenfalls zu Recht argumentieren, dass er abschließend und eigenständig über die Gültigkeit und Wirkungsweise des Europarechts zu entscheiden hat. Er würde darauf verweisen, dass die Übertragung von Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft „eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann.“⁶²

Wenn die nationale und die europäische Rechtsordnung beide auf einem Gesellschaftsvertrag beruhen und damit eine gleichwertige Legitimationsbasis besitzen, trifft letztlich keine der beiden Auffassungen uneingeschränkt zu. Es gibt aufgrund des gleichberechtigten Nebeneinanders der nationalen und der europäischen Verfassung keinen bedingungslosen Vorrang des Europarechts vor dem nationalen Recht – und umgekehrt. Was auf den ersten Blick als verfassungstheoretisches Dilemma erscheint, kann sich bei näherer Betrachtung als eine Stärke europäischer Verfassungstheorie erweisen: Das gleichberechtigte Nebeneinander erlaubt und verlangt, die Frage nach dem Vorrang des nationalen oder des europäischen Rechts im Konfliktfall offen zu lassen. Ganz im Sinn des generellen Postulats eines „Kooperationsverhältnisses“⁶³ steht die „Konfliktvermeidung“ und nicht die „Konfliktlösung“ im Vordergrund der Interaktion von nationalem und europäischem Verfassungsrecht und den jeweiligen Verfassungsgerichten⁶⁴.

Hierauf aufbauend beschreibt *Pernice* das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht als „Verfassungsverbund“, der keine klassische bundesstaatliche Verfassung darstellt, sondern eine „(m)aterielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht“ begründet⁶⁵. Die beiden formal eigenständigen Rechtsordnungen werden zur materiellen Einheit des Verfassungsverbunds vereint. Im Verfassungsverbund besitzt die Vertragsänderung eine Doppelwirkung als Änderung der nationalen und der europäischen Verfassung. Nationale Gerichte und Behörden fungieren zugleich als europäische Einrichtungen. Fundamentale Verfassungsstrukturen der Demokratie und des Menschenrechtsschutzes stabilisieren sich wechselseitig und das Vorrangprinzip löst als Kollisionsnorm mögliche Konflikte zwischen nationalem und europäischem Recht auf⁶⁶. Da das Konzept des europäischen Verfassungsverbunds nachfolgend aufgegriffen wird, sei abschließend auf seine Definition nach *Pernice* verwiesen:

„objektiven“ verfassungsrechtlichen Betrachtung zutrifft.

⁶² So bereits EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

⁶³ BVerfGE 89, 155/175 – *Maastricht*.

⁶⁴ Ebenso oder ähnlich *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/182 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 286 f.; *M. Poiares Maduro*, As Good as It Gets?, in: *Weiler/Wind* (2003), S. 100: „preserving the identity of each legal order while at the same time promoting its inclusiveness“; *N. Walker*, Differentiated, ELJ 4 (1998), 355/376 f. in Fortführung von *J.H.H. Weiler*, Reformation, JCMSt. 35 (1997), 97/126: „even conversation“; *ders.*, Sonderweg, in: ebd. 15 ff.: „constitutional tolerance“; *S. Kadelbach*, Verwaltungsrecht (1999), S. 54 ff.; *M. Zuleeg*, Verwaltungsrecht, VVDStRL 53 (1994), 154/165 ff.; *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/106: „(D)as traditionelle Instrument zur Bewältigung von Komplexität, nämlich Hierarchie, (scheidet) als Lösungsstrategie in praktisch allen wichtigen Hinsichten aus“ und *ders.*, Prinzipienlehre, in: *ders.* (2003), S. 193: „„ungeregeltes“ Verhältnis“.

⁶⁵ *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/172.

⁶⁶ *Pernice* ebd. 176-186. Speziell zum Vorrang denkt er, teilweise anders als vorstehend angenommen, bei extremen Grundrechtsverstößen zwar die Möglichkeit an, „als ultima ratio die innerstaatliche Anwendung eines Rechtsakts der EG durch ein nationales Verfassungsgericht auszusetzen.“ Maßstab sei aber nicht das nationale Verfassungsrecht, sondern „der in Art. 6 I EUV festgelegte Standard.“ Im Übrigen ergebe sich der Vorrang des Europarechts, auch vor nationalen Verfassungen, „zutreffend allein aus dem Gemeinschaftsrecht... Die Erwartung der Rechtstreue ist Grundlage des europäischen *contrat social*. Sie verlangt, dass das gemeinsam gesetzte Recht sich durchsetzt“ (ebd. 182 ff.).

„Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen Systems dar, das für jeden Einzelfall letztlich eine rechtliche Lösung produziert... Der Begriff Europäischer Verfassungsverbund soll die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer Gesamtheit erfassen. Vom Bürger aus gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfasst und strukturiert gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines ‚multilevel constitutionalism‘. Nationale und europäische Verfassungsebene verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein zu einem einheitlichen System, europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden materiellrechtlich eine Einheit.“⁶⁷

Im europäischen Verfassungsverbund interagiert die originäre europäische Hoheitsgewalt mit den ebenfalls originären und insoweit autonomen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auf einer nichthierarchischen Grundlage und begründet keinen europäischen Bundesstaat nach klassischem Verständnis. Aus der Sicht des Völkerrechts kann man insoweit von der Fortexistenz der originären Völkerrechtssubjektivität der Mitgliedstaaten ausgehen⁶⁸. Da die Völkerrechtslehre grundsätzlich noch von der klassischen Gegenüberstellung geborener und gekorener Völkerrechtssubjekte ausgeht, muss man die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft völkerrechtlich wohl weiterhin als internationale Organisationen einstufen, die anders als die Mitgliedstaaten über keine originäre Völkerrechtssubjektivität verfügen. Die Fortwirkung klassischer völkerrechtlicher Erklärungsmuster im Außenverhältnis berührt freilich nicht die gleichberechtigte Eigenständigkeit der europäischen und der nationalen Verfassungsordnungen im europäischen Verfassungsverbund als einer verfassungstheoretischen Binnenperspektive.

IV Demokratisches Verfassungsverständnis

Das europäische Verfassungsverständnis der Neuzeit basiert auf den Grundsätzen der Demokratie und der Menschenrechte. Auch die verfassungstheoretische Qualifizierung der europäischen Verträge als Verfassung verlangt die demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt⁶⁹. Es geht insoweit auch um die Realisierung der Forderung des Art. 6 I EUV, dass die Union „auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Men-

⁶⁷ Pernice ebd. 172-174 mit weiteren Nachweisen zu unterstützenden und modifizierenden Stimmen in der Literatur. Siehe auch ders., Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/708 ff.; ders., Kompetenzabgrenzung, JZ 2000, 866/869 ff.; ders., Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff. und ders., Europäische Verfassung, in: FS Steinberger (2002), S. 1323 ff. Anders etwa P. Kirchhof, Staatenverbund, in: von Bogdandy (2003), S. 904.

⁶⁸ U. Everling, Spannungsfeld, in: von Bogdandy (2003), S. 876 und D. Grimm, Hintertür, Die Zeit vom 16.4.2003, S. 10 weisen auf die Einstimmigkeit der Vertragsänderung nach Art. 48 EUV, Art. IV-7 VVE-E hin, aufgrund derer die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge“ und grundsätzlich souveräne Staaten bleiben. Auf den Umfang der übertragenen Kompetenzen stellen sie nicht ab und nehmen auch kein einseitiges Austrittsrecht in Anspruch, das im Verweis auf die Mitgliedstaaten als die „Herren der Verträge“ in BVerfGE 93, 155/190 – Maastricht alt ultima ratio angedacht ist.

⁶⁹ Es besteht ein grundsätzlicher Konsens, dass eine jedenfalls indirekte demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt erforderlich ist; vgl. die Verweise in den beiden folgenden Unterabschnitten. Zum abweichenden Gedanken der *output legitimacy* etwa F. Scharpf, Regieren (1999), 30 ff. Das demokratische Verfassungsverständnis ergänzt das rechtliche Verfassungsverständnis komplementär und drückt nicht etwa den Vorrang politischer Entscheidungsprozesse vor rechtlichen Verfassungsregeln im Sinn eines Primats der Politik aus, wie es im britischen Verfassungsverständnis in Ermangelung detaillierter Verfassungsregeln verbreitet ist (J. Griffith, Political Constitution, ML Rev. 42 (1979), 1) und dem *Schmitt'schen* Konzept des Politischen zu Grunde liegt; C. Schmitt, Begriff des Politischen (1932); ders., Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 238 ff. Hierzu auch C. Möllers, Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (2003), S. 4-15.

schenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ beruht⁷⁰. Die Forderung, dass auch die europäische Verfassung auf einem demokratischen Verfassungsverständnis beruhen soll, bedeutet freilich nicht, dass dessen Voraussetzungen schon umfassend realisiert sind. Es stellt sich vielmehr die Frage, welche konzeptionellen Voraussetzungen für eine europäische Demokratie bestehen und in welchem Umfang diese Vorgaben heute bereits erfüllt sind – oder nach Maßgabe welcher Entwicklungsprozesses sie sich in der Zukunft entwickeln können. Auf dieser Grundlage kann später beurteilt werden, welche Auswirkungen die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration auf die Verwirklichung des demokratischen Verfassungsverständnisses hat.

1 Gestufter Bürgerstatus und doppelte demokratische Legitimation

Nicht nur das Grundgesetz beginnt den eigentlichen Verfassungstext mit der Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte⁷¹. Im modernen Verfassungsstaat ist dies kein Zufall: In bewusster Abgrenzung vom Totalitarismus anerkennt er die Einzigartigkeit jedes Bürgers und seiner Lebensgestaltung⁷². Die Grund- und Menschenrechte sind als „Gewährleistung der Inhomogenität“ zugleich Voraussetzung und Schranke der gemeinsamen Identität der Bürger, die Demokratie und Verfassung trägt⁷³. Durch die Gewährleistung der Grundrechte wird die gemeinsame Identität der Bürger begrenzt. Sie tritt als gemeinsames Band neben die verfassungsrechtlich verbürgte Individualität jedes Einzelnen. Im modernen Verfassungsstaat ist die den Bürgern gemeinsame Identität als Staatsbürger somit immer nur eine „Teilidentität“, die als Balance zwischen Individualität und Gemeinsinnorientierung die Einordnung der Bürger in den demokratischen Entscheidungsprozess erlaubt.

Vor diesem Hintergrund des inneren Zusammenhangs zwischen rechtlich verbürgter Individualität und staatsbürgerlicher Teilidentität ist nicht nur das Konzept einer vorstaatlichen Homogenität unzutreffend. Ethnische, religiöse, historische, kulturelle oder sprachliche Gemeinsamkeiten sind keine unabdingbare Voraussetzungen für die Existenz einer Demokratie⁷⁴. Wenn die gemeinsame Identität der Bürger in einem Gemeinwesen immer nur Teiliden-

⁷⁰ Siehe auch EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333 Rz. 33 – *Roquette Frères*: „Although limited, it (the consultation of the European Parliament, Anm. d. Verf.) reflects at Community level the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative body“ und EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991 I-2867 Rz. 20 – *Titandioxid*: „spiegelt diese Beteiligung auf Gemeinschaftsebene ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind.“

⁷¹ Die Verfassungen von insgesamt elf der 15 derzeitigen EU-Mitgliedstaaten beginnen, meist nach einer kurzen Einleitung über Verfassungsgrundsätze, mit der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten (anders: Dänemark, Frankreich, Irland, Österreich und – in Abwesenheit einer geschriebenen Verfassung – das Vereinigte Königreich).

⁷² Siehe auch *W. Käggi*, Grundordnung (1945), S. 49: „Diese Idee ist es, was die Staatsverfassung von der (autoritär von oben gesetzten) Staatsordnung unterscheidet... Die normative Verfassung ist der Ausdruck eines Staatsethos, das den einzelnen nicht nur in seinem staatsfreien Dasein, sondern auch in seiner politischen Existenz als Mitverantwortlichen und Mitentscheidenden ernst nimmt und ihn nicht als bloßes Objekt der Politik betrachtet.“

⁷³ Zitat nach *I. Pernice*, Schmitt/Smend, AöR 120 (1995), 100/107 unter Verweis auf die Gedanken von *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305/311-313 und 322; siehe auch *P. Häberle*, Fragen, EuGRZ 1992, 429/430: „Identität als Pluralität“; *A. Augustin*, Volk (2000), S. 353: „Es sind die Menschen und nicht das Volk, welche als Endpunkte von Legitimation und Zurechnung fungieren“ und *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/183: „Deutsche wie europäische Grundrechte sichern eine umfassende Freiheit auf Bestimmung und Ausdruck der eigenen sozialen Identität.“

⁷⁴ Näher *D. Thym*, Volksbegriff, WHI Paper 1/1997. Zur zweideutigen Forderung in BVerfGE 89, 155/186 –

tität ist, erleichtert dies zudem die Annahme eines gestuften Bürgerstatus. Dieser ergänzt die individuelle Freiheitssphäre des Einzelnen um mehrere staatsbürgerliche Teilidentitäten. Aufgrund eines gestuften Bürgerstatus kann ein Bürger die Hoheitsgewalt verschiedener Ebenen zugleich unmittelbar legitimieren. Ein derartiges Modell multipler Identitäten wird nicht nur von *Weiler* und *Pernice* untersucht und befürwortet⁷⁵. *Winston Churchill* schrieb bereits 1930: „From every man will some day be required not the merging or discarding of various loyalties, but their simultaneous reconciliation in a complete and larger synthesis.“⁷⁶

Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit eines gestuften Bürgerstatus im Grundsatz anerkannt. Aus der Perspektive des Jahres 1993 noch mit Blick in die Zukunft verweist es ausdrücklich auf die Möglichkeit und Notwendigkeit einer direkten demokratischen Legitimation der Europäischen Union:

„Die Europäische Union ist nach ihrem Selbstverständnis ... ein auf eine dynamische Entwicklung angelegter ... Verbund demokratischer Staaten; nimmt er hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren haben. Indessen wächst mit dem Ausbau der Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaft die Notwendigkeit, zu der über die nationalen Parlamente vermittelten demokratischen Legitimation und Einflussnahme eine Repräsentation der Staatsvölker durch ein europäisches Parlament hinzutreten zu lassen, von der ergänzend eine demokratische Abstützung der Politik der Europäischen Union ausgeht.“⁷⁷

Die Annahme einer doppelten Quelle für die demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt erlaubt einen Mittelweg zwischen der herkömmlichen Gegenüberstellung von „Intergouvernementalisten“ und „Föderalisten“. Die Rückbindung der nationalen Minister im Rat an die demokratische Meinungsbildung in den Mitgliedstaaten wird durch die direkte Legitimation europäischer Hoheitsgewalt durch das Europäische Parlament ergänzt⁷⁸. Zwischen

Maastricht, dass „sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet ..., rechtlichen Ausdruck zu geben,“ *I. Pernice*, Schmitt/Smend, AöR 120 (1995), 100. Es sei hier dahingestellt, inwiefern diese Kriterien zwar keine notwendige Voraussetzung für Demokratie sind, im Rahmen des Nationalstaats – anders als in der Europäischen Union – als identitätsstiftende Merkmale gleichwohl fortwirken. In diesem Sinn etwa *J.H.H. Weiler*, Demos, JöR N.F. 44 (1996), 91/125 ff.; kritisch *K.-H. Ladeur*, Network, ELJ 3 (1997), 33/43 ff. und *Thym* ebd. Rn. 68 ff.

⁷⁵ Siehe *J.H.H. Weiler*, Demos, ELJ 1 (1995), 219; *ders.*, Demos, JöR N.F. 44 (1996), 91; *ders.*, Eros, in: *Constitution* (1999), S. 324 ff. und *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/708 ff.; *ders.*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/210 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/176 jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen. Siehe auch *U. Di Fabio*, Offene Staaten (1998), S. 139 ff.: „Mehrebenendemokratie“; *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305; *C. Carter/A. Scott*, Governance, ELJ 4 (1998), 429; *I. Ward*, Imagination, ELJ 7 (2001), 24; *G. Frankenberg*, Contract, ELJ 6 (2000), 257; *K. Neunreither*, Representation, in: *ders./Wiener* (2000), S. 129; *P. Craig*, Nature, in: *ders./de Búrca* (1999), S. 23 ff.; *S. Oeter*, Föderalismus, in: *von Bogdandy* (2003), S. 93 ff. Kritisch zum Gedanken eines gestuften Bürgerstatus aus grundsätzlichen Erwägungen *M. Kaufmann*, Demokratieprinzip (1997), S. 224 ff.; *C. Koenig*, Verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268; *K. Doebring*, Bürger, ZEuS 2001, 395 und *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 60 (2001) 350/357: „Doppelte Identität war für mich das klassische Merkmal der Schizophrenie“. Allgemein auch *D. König*, Übertragung (2000), S. 476 ff.; 591 ff. und *A. Augustin*, Volk (2000).

⁷⁶ Zitiert nach *C. Patten*, Strength, in: *Rosenbaum* (2001), S. 34.

⁷⁷ BVerfGE 89, 155/184 – *Maastricht*.

⁷⁸ Näher zur doppelten demokratischen Legitimation europäischer Hoheitsgewalt etwa *I. Pernice*, National Parliaments, in: *Melissas/ders.* (2002), S. 81-86; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 151 ff.; *J. Gerkerath*, Emergence (1997), S. 339-347 und, kritisch, *A. Peters*, Elemente (2001), S. 639 ff.

den beiden Polen der direkten und der indirekten Legitimation sind – auch im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit – verschiedene Zwischenstufen denkbar. Allgemein gewinnt dabei mit der fortschreitenden Entwicklung der gemeinsamen Identität der Unionsbürger der direkte demokratische Legitimationsstrang eine zunehmende Bedeutung.

2 Europäisches Bürgerbewusstsein?

Die Annahme, dass die Unionsbürger aufgrund eines gestuften Bürgerstatus der europäischen Hoheitsgewalt eine direkte demokratische Legitimation verleihen, welche die mittelbare demokratische Legitimation über die Mitgliedstaaten ergänzt, beinhaltet noch keine Aussage über den tatsächlichen Umfang und die bestehende Intensität des europäischen Bürgerbewusstseins. Schon über die theoretischen Anforderungen an die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins bestehen unterschiedliche Vorstellungen⁷⁹. In einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft, die auf der Verbürgung der Grund- und Menschenrechte beruht, ist einzig klar, dass das Modell einer vorstaatlichen Homogenität ethnischer, kultureller oder religiöser Gemeinsamkeit als notwendige Voraussetzung für Verfassung und Demokratie zurückzuweisen ist⁸⁰. Auch die Existenz eines Staates sollte jedenfalls dann nicht zur Voraussetzung für Bürgerbewusstsein und Demokratie erhoben werden, wenn man wie diese Untersuchung davon ausgeht, dass es eine Verfassung jenseits des Nationalstaats geben kann.

Doch selbst wenn man diese Annahmen teilt, gibt es immer noch unterschiedliche Vorstellungen über die Voraussetzungen für die Entstehung eines europäischen Bürgerbewusstseins. Die Auffassungen reichen vom Konzept des Verfassungspatriotismus als einem Konsens über grundlegende Werte und Verfahren⁸¹ bis zur Forderung nach einer europäischen Öffentlichkeit, die aufgrund europäischer Debatten einen europäischen demokratischen Diskurs zu tragen vermag⁸². Teilweise wird nur auf das „negative“ Erfordernis einer Betroffenheit durch dieselben Rechtsakte verwiesen, das als formaler Akt der Zusammengehörigkeit Grundlage für Demokratie sein könne⁸³. Der partizipatorische Ansatz stellt dagegen auf die

⁷⁹ Allgemein etwa *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 171 ff.; *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/720 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 626 ff.; *D. König*, Übertragung (2000), S. 476 ff.; *Hertel* ebd. 158 ff. und 591 ff.; *A. Augustin*, Volk (2000).

⁸⁰ Hierzu bereits Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

⁸¹ Grundlegend zum Verfassungspatriotismus nach dem Grundgesetz *D. Sternberger*, Verfassungspatriotismus, in: ders. (1990), S. 13 und *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 641. Zur verwandten Frage nach der Existenz eines europäischen Gemeinwohls *P. Häberle*, Gemeinwohl, in: FS Steinberger (2002), S. 1153 und *J.H.H. Weiler*, Eros, in: Constitution (1999), S. 324. Als spezifisch europäische Werte kommen die Friedenswahrung, der „Wohlstand der Nationen“ aufgrund des Binnenmarkts, sozial- und umweltpolitischer Steuerungsmöglichkeiten in einer globalisierten Welt und die Steigerung außen- und sicherheitspolitischer Einflusses in Betracht. Im Übrigen basieren die europäische und die nationalen Verfassungsordnungen – von Art. 6 I EUV ausdrücklich bestätigt – aber auf denselben Werten und Grundsätzen der Demokratie, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit. Dies erschwert es für die Bürger, das Spezifische der europäischen Identität in Abgrenzung zu den Mitgliedstaaten wahrzunehmen. Dies erachtet jedoch als konstruktiv *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/186: „gegenseitige Stützung“.

⁸² Vgl. *D. Grimm*, Constitution?, ELJ 1 (1995), 282/293: „Where a parliament does not rest on such a structure ... democratic substance is lacking even if democratic forms are present“; zu den Entwicklungsperspektiven ebd. 296: „for the foreseeable future there will be neither a European public nor European political discourse.“ Allgemein auch *U.K. Preuß*, Begriff, in: ders. (1994), S. 28 f.; *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305/324; *K. Armstrong*, Civil Society, ELJ 8 (2002), 102; *J. Shaw*, Process, ELJ 9 (2003), 45; *D. Chalmers*, Spheres, ELJ 9 (2003), 127.

⁸³ So *T. Schilling*, Verfassung, Stw&Stpr 1996, 387/402: „Formelle Homogenität“ durch Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen. Siehe auch *U. Haltern*, Mythos, JÖR N.F. 45 (1997), 31; *ders.*, Pathos and Patina, ELJ 9 (2003), 14.

Einbeziehung der jeweils Betroffenen in den Gesetzgebungsprozess ab und löst sich damit vom idealtypischen Globaldiskurs gesamtgesellschaftlicher Demokratie⁸⁴.

In welchem Umfang nach Maßgabe dieser verschiedenen Vorstellungen bereits heute ein europäisches Bürgerbewusstsein existiert, wird unterschiedlich beurteilt und sei an dieser Stelle ausgeblendet⁸⁵. Selbst das Bundesverfassungsgericht hob schon im Jahr 1993 hervor, dass die Unionsbürgerschaft „zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band (knüpft), das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht“⁸⁶. Ausdrücklich verweist es auf die Möglichkeit einer „dynamischen Entwicklung“ der Europäischen Union einschließlich einem „ergänzenden Hinzutreten“ direkter demokratischer Legitimation⁸⁷. In seiner Analyse zu Gegenwart und Entwicklungsperspektiven europäischer Identitätsbildung kommt *von Bogdandy* zu dem Schluss: Das Unionsverfassungsrecht wirkt „in diversen Hinsichten auf individuelle Prozesse hin, die zur Ausbildung einer unionsbezogenen Identität der Unionsbürger führen können... Sie werben um den Bürger, enthalten aber keine Identitätszumutungen.“⁸⁸

Wenn die aufgezeigten Voraussetzungen für eine originäre europäische Demokratie können sich dynamisch entwickeln können, ist zugleich die größte Herausforderung europäischer Verfassungstheorie und -wirklichkeit aufgezeigt: die schrittweise Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins, das eine europäische Demokratie zu tragen vermag. Dies erinnert an das Verständnis von Demokratie als einem „plébiscite de tous les jours“⁸⁹ (*Rénan*) und die Konzeption der „Verfassung als Prozess“⁹⁰ (*Häberle*). Die Entwicklung des europäischen Bürgerbewusstseins ist insoweit nicht auf den formalen Akt der Verfassungsgebung beschränkt und bedarf nicht notwendig eines „constitutional moment“⁹¹. Das europäische Bürgerbe-

⁸⁴ Hierzu *P. Craig*, Democracy, ELJ 3 (1997), 105; *ders.*, Nature, in: *ders./de Búrca* (1999), S. 1; *J.H.H. Weiler*, Critics, in: *Constitution* (1999), S. 264; *A. Bleckmann*, Demokratieprinzip, JZ 2001, 53/58 und *R. Debousse*, Representative, in: *Weiler/Wind* (2003), S. 135-156.

⁸⁵ Vgl. insofern die soziologischen und politikwissenschaftlichen Untersuchungen etwa bei *H. Schauer*, Identität (1996); *H. Haarmann*, Sprachenvielfalt (1995) oder *J. Schild*, Identities, JCMSt. 39 (2001), 331 und die Verweise in Fn. 79 (S. 338).

⁸⁶ BVerfGE 89, 155/184.

⁸⁷ Ebd. 185: „Derartige tatsächliche Bedingungen können sich, soweit sie noch nicht bestehen, im Verlauf der Zeit im institutionellen Rahmen der Europäischen Union entwickeln.“

⁸⁸ *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/185.

⁸⁹ Zitiert nach *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/161. Es sei hier dahingestellt, ob der Gedanke des tagtäglichen Plebiszits mit dem Repräsentationsgedanken in Einklang zu bringen ist; hierzu *H. Hofmann*, Repräsentation, 3. Aufl. 1998, S. 406 ff.

⁹⁰ *P. Häberle*, Prozess, 3. Auflage 1998; siehe auch *ders.*, Verfassungsgemeinschaft?, in: *Einzelstudien* (1999), S. 90: „immer neues Sich-Vertragen und sich Ertragen aller Bürger“. Ihm folgend *I. Pernice*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff. und *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/160 ff.

⁹¹ Da das Konzept des Gesellschaftsvertrags ein intellektuelles Konstrukt und keine Erklärung historischer Tatsachen ist, bedarf es nicht notwendig eines *constitutional moment* für die Entstehung eines Gesellschaftsvertrags und eines Bürgerbewusstseins, soweit diese sich anderweitig entwickeln. Allgemein zum Unterschied zwischen der historischen Genese und dem späteren Wesen einer Rechtsordnung *A. von Bogdandy*, Skizzen, in: *von Danwitz* (1993), S. 25 und *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/168-172. Kritisch *J. Gerkrath*, Émergence (1997), S. 45 ff.; *U. Haltern*, Pathos and Patina, ELJ 9 (2003), 14 und *H. Hofmann*, Soziologie, JZ 1999, 1065/1074, für den eine formalisierte Übertragung des Verfassungsgedankens auf die Europäische Union in Ermangelung einer „revolutionären Situation“, die als „Gründungsmythos“ eine Europäische Verfassung als „nicht mehr hintergehbare, letzte, einheitliche und exklusive Grundlage“ der Rechtsordnung schafft, nicht möglich erscheint. Selbst wenn man diese Auffassung teilt, ist jedoch zu bedenken, dass die europäische Integration nach dem zweiten Weltkrieg Elemente einer „Revolution mit friedlichen Mitteln“ aufwies; so *W.*

wusstsein entwickelt, verstärkt und rückversichert sich vielmehr schrittweise⁹². Der Integrationslehre *Smends* können insoweit wichtige Anregungen entnommen werden⁹³.

Hierbei gibt es verschiedene Faktoren, die die schrittweise Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins katalysatorisch beschleunigen: Die gemeinsame Betroffenheit durch dieselben Rechtsakte, die Wahlen zum Europäischen Parlament, die Annahme der Charta der Grundrechte und eines Verfassungsvertrags, gemeinsames außenpolitisches Handeln, die europäische Flagge, die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen und die gemeinsame Währung. All diese Erlebnisse, Ereignisse und Erfahrungen stärken das Bewusstsein der Unionsbürger, dass sie die europäische Hoheitsgewalt in gleicher Weise tragen wie diejenige der Mitgliedstaaten. Hierdurch wird ein Zusammengehörigkeitsgefühl der Unionsbürger geschaffen und gestärkt, das als Wurzelboden eine europäische Demokratie und Verfassung zu tragen vermag. Die Herausbildung des europäischen Bürgerbewusstseins ist ein Entwicklungsprozess, der durch ein *identity building* zur „immer engeren Union der Völker Europas“ beiträgt.

V Fazit

Die Debatte im Europäischen Konvent und der nachfolgenden Regierungskonferenz befasst sich mit der Annahme des „Vertrags über eine Verfassung für Europa“. Unabhängig hiervon kommt die verfassungstheoretische Analyse zu dem Schluss, dass die europäischen Verträge ihrem Wesen nach schon heute als Verfassung zu qualifizieren sind. Ihr Verfassungscharakter gründet auf folgenden Annahmen: Die europäischen Verträge erfüllen nicht nur diejenigen Funktionen, die Verfassungen üblicherweise zukommen, sondern sind auch die hierarchische Spitze der europäischen Rechtsordnung. Das abgeleitete Europarecht muss mit ihnen im Einklang stehen. Vor dem Hintergrund der „postnationalen“ Trennung von Staat und Verfassung dient das Konzept des Gesellschaftsvertrags als Erklärungsmuster für die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung, deren Legitimität nicht länger auf den Verfassungen der Mitgliedstaaten beruht. Im europäischen Verfassungsverbund interagieren die europäische und nationalen Rechtsordnungen auf einer nicht-hierarchischen Grundlage. In dem Maße, wie die Unionsbürger ein europäisches Bürgerbewusstsein herausbilden, wird die demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt zunehmend durch eine originäre europäische Demokratie vermittelt. Hierbei wird die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins durch Maßnahmen des *identity building* gefördert.

Hallstein, Schuman-Plan (1951), S. 7. Auch kann die britische Verfassungstradition der Evolution und Reform anstelle der Revolution als Vorbild für das langsame Wachsen einer europäischen Demokratie ohne revolutionären *constitutional moment* dienen; hierzu *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/364.

⁹² Ebenso *Gerkerath* ebd. 329 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 184 ff.; *F. Mancini/D. Keeling*, Democracy, ML Rev. 57 (1994), 175/181 ff.; *J. Shan*, Citizenship, in: Academy of European Law VI-1 (1996), S. 237; *dies.*, Settlements, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 290; *I. Pernice*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/160 ff.; *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/476 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 656 ff.; *H. Lindahl*, Boundaries, ELJ 6 (2000), 239/251; *C. Gusy*, Besprechung, EuR 2001, 464/465 f.; *W. Graf Vitzthum*, Identität, EuR 2002, 1/14 ff.; *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/107 und *ders.*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/170 ff.

⁹³ *R. Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: *ders.* (3. Aufl. 1994), S. 119 freilich mit Bezug auf den Staat.

Kapitel 12

UNGLEICHZEITIGKEIT UND EUROPÄISCHE VERFASSUNGSTHEORIE

In ihrem ersten offiziellen Beitrag zur europäischen Verfassungsdebatte schlug die Kommission die Überprüfung und Abschaffung einzelner Formen von Ungleichzeitigkeit vor. Sie rechtfertigte dies unter anderem mit Begriff und Wesen einer europäischen Verfassung: „Die bestimmten Mitgliedstaaten durch spezifische Protokolle zugestandenen Ausnahmeregelungen resultieren aus nationalen Entscheidungen und bleiben auch weitgehend mit dem aktuellen rechtlichen Rahmen der Union – nämlich den zwischen souveränen Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen – vereinbar. Sollte sich der Konvent für einen Verfassungsvertrag entscheiden, der mittelfristig zur Annahme einer echten Verfassung durch die Gesamtheit der europäischen Bürger führen soll, wären die meisten dieser Ausnahmeregelungen allerdings kaum zulässig, da sie de facto gegen das für die europäischen Bürger geltende Gleichheitsgebot verstoßen würden.“¹ Allerdings hat sich die Auffassung nicht durchgesetzt. Der Europäische Konvent überführte das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in den Verfassungsentwurf².

Überzeugt die Übernahme der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den Verfassungsvertrag oder widerspricht sie den aufgezeigten Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie? Ein Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und europäischer Verfassung hätte zur Folge, dass die europäischen Verträge nicht als Verfassung zu qualifizieren sind, solange keine umfassende Gleichzeitigkeit hergestellt ist. Zugleich könnte die Annahme eines Widerspruchs in der politischen Diskussion – ganz im Sinn des zitierten Kommissionsvorschlags – als Argument für die Aufhebung von Ungleichzeitigkeit dienen³. Es geht hierbei konkret um die Vereinbarkeit von Ungleichzeitigkeit mit den Grundannahmen des rechtlichen Verfassungsverständnisses und dem Konzept des Gesellschaftsvertrags. Zudem sind völkerrechtliche Kooperationsmöglichkeiten im europäischen Verfassungsverbund und die Entwicklungsperspektiven einer europäischen Demokratie bei Ungleichzeitigkeit zu erörtern. Diese Untersuchungsschritte komplettieren in verfassungstheoretischer Perspektive die Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union und vervollständigen damit die Gesamtschau des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht.

¹ Mitteilung der Kommission: Ein Projekt für die Europäische Union, 22.5.2002, KOM(2002) 247, S. 17.

² Siehe die jeweiligen Verweise in den einzelnen Kapiteln zu den verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit. Auch die Kommission anerkennt dies inzwischen im Grundsatz; siehe die Mitteilung der Kommission, Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003, KOM(2003) 548, S. 24 f.

³ In diesem Sinn bereits *W. Hallstein*, Rechtsprechung, in: FS Böhm (1975), S. 223: „Einmal ist die eine Gruppe weiter fortgeschritten, einmal die andere. Der Ausgleich liegt darin, dass die Gruppen wechseln. Völliges Gleichgewicht wird erst erwartet vom Augenblick der föderalen Vollendung an.“ Ähnlich *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38: „Wenn ... die Bindung in der EU nicht (nur) zwischen Staaten und Völkern, sondern auch zwischen Unionsbürgern maßgeblich ist, dann ist der auf die Staaten bezogene, intergouvernementalistische Ansatz der Flexibilität nicht zielführend.“ Nunmehr aber *ders.*, Elements, in: Miccú/ders. (2003), S. 31: „It is important to ensure the dynamism which results of allowing a group of Member States to step forward while others may wait and see how this works out before they join.“

I „Nous coalisons des États“

Monnet schrieb in seinen Memoiren: „Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes.“⁴ Dies fügt sich in das Konzept des Gesellschaftsvertrags. Bei den aufgezeigten Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie dient der Gesellschaftsvertrag als Grundlage für die Eigenständigkeit der europäischen Verfassung, die aufgrund einer direkten Übertragung von Hoheitsrechten durch die Unionsbürger über eine eigene und originäre Hoheitsgewalt verfügt⁵. Auf den ersten Blick richtet Ungleichzeitigkeit die europäische Integration dagegen an den Mitgliedstaaten aus und lässt diese als eigentliche Träger der europäischen Hoheitsgewalt erscheinen. Hat dies zur Folge, dass Ungleichzeitigkeit der Annahme eines europäischen Gesellschaftsvertrags als konzeptioneller Grundlage der europäischen Verfassung entgegensteht? Wenn dies zuträfe, verkehrte Ungleichzeitigkeit die Aussage *Monnets* in ihr Gegenteil. Die Europäische Union wäre keine Vereinigung der Unionsbürger, sondern gründete auf den Mitgliedstaaten: „Nous coalisons des États.“

1 Vom funktionalen Zweckverband zur politischen Union

Ein Blick auf den Wortlaut der Verträge verdeutlicht die Ausrichtung von Ungleichzeitigkeit an den Mitgliedstaaten. Schon der Begriff der verstärkten *Zusammenarbeit* orientiert sich an den Mitgliedstaaten und wurde deshalb auch kritisiert⁶. Das *chapeau* des Art. 43 EUV beschreibt die verstärkte Zusammenarbeit in offenbar bewusster Umgehung eines textlichen Verweises auf die Europäische Union in ihrer Gesamtheit: „Die Mitgliedstaaten, die beabsichtigen, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit zu begründen, können die in diesem Vertrag und im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgesehenen Organe, Verfahren und Mechanismen in Anspruch nehmen...“ Der Vertragsgeber orientierte sich insoweit am Wortlaut des Sozialprotokolls⁷. Dies ist zu bedauern. Anders als beim Sozialabkommen handelt es sich bei der verstärkten Zusammenarbeit und den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit nämlich um reguläres Europarecht und keine völkerrechtliche Kooperationsform⁸. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der europarechtliche Charakter der verstärkten Zusammenarbeit auch in der Formulierung des Art. 43 EUV seinen Niederschlag gefunden hätte. Dies hätte Missverständnissen vorgebeugt⁹. Der Wortlaut einer Vertragsbestimmung sollte freilich immer nur ein erster Zugriff auf die untersuchte Thematik sein.

Zutreffend ist der Verweis des Art. 43 EUV insofern, als er auf den Kooperationswillen der Mitgliedstaaten abstellt. Maßgeblich für den geographischen Geltungsbereich des un-

⁴ *J. Monnet*, Mémoires (1976), Umschlagseite.

⁵ Kapitel 11 III 2 (S. 331 ff.).

⁶ Siehe zum Alternativvorschlag der „verstärkten *Integration*“ bereits Kapitel 2 III 1 (S. 63 ff.).

⁷ Nr. 1 Sozialprotokoll: Die Mitgliedstaaten „(k)ommen überein, diese elf Mitgliedstaaten zu ermächtigen, die Organe Verfahren und Mechanismen des Vertrags in Anspruch zu nehmen, um die erforderlichen Rechtsakte und Beschlüsse zur Umsetzung des genannten Abkommens untereinander anzunehmen und anzuwenden, soweit sie betroffen sind.“

⁸ Zur Rechtsnatur des Sozialabkommens und seinem Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht Kapitel 6 IV (S. 194 ff.). Die sprachliche Ausrichtung des Sozialprotokolls am Kooperationswillen der Mitgliedstaaten beschrieb die Rechtslage insoweit zutreffend.

⁹ So kommen *H.-J. Hüvelmeier*, GASP (2002), S. 63 und *W. Schroeder*, Beziehungen, in: von Bogdandy (2003), S. 373/413 f. zu dem unzutreffenden Schluss, dass die verstärkte Zusammenarbeit einen „exit“ (*Schroeder*) aus der Gemeinschaftsmethode biete und eine intergouvernementale Rechtsetzung „außerhalb der Grundstrukturen“ des regulären Vertragsrechts (*Hüvelmeier*) erlaube.

gleichzeitigen Europarechts ist der politische Beteiligungswille der Mitgliedstaaten. Ungleichzeitigkeit unterscheidet sich insoweit von früheren Integrationskonzepten einer differenzierten Behandlung der Mitgliedstaaten, die auf vermeintlich objektive Unterschiede abstellten. Mit dem Fortfall des objektiven Differenzierungskriteriums sollte die differenzierte Behandlung gleichsam automatisch in eine umfassende Geltung des Europarechts münden¹⁰. Es besteht hier ein Zusammenhang mit der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts. Im Binnenmarkt wurde der Fortschritt der europäischen Integration meist als Ausfluss einer vermeintlichen volkswirtschaftlichen Naturgesetzlichkeit der *spill over* betrachtet und nicht primär auf den politischen Integrationswillen der Mitgliedstaaten verwiesen. Mit dieser Sicht der Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“¹¹ ist Ungleichzeitigkeit gerade wegen ihres politischen Charakters nicht vereinbar¹².

Ungleichzeitigkeit durchbricht die entpolitisierte und funktionalistische Integrationslogik des Binnenmarkts und symbolisiert den Übergang in die politische Union. Die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion eignet sich besonders gut zur Illustration dieses politischen Charakters, da sie als Bindeglied zwischen den Integrationskonzepten des Binnenmarkts und der Integrationslogik der politischen Union fungiert: Die Konvergenzkriterien des Vertrags von Maastricht sind das einzige Beispiel für Ungleichzeitigkeit, das auf der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts gründet. Dagegen waren das Vereinigte Königreich und Dänemark aus politischen Gründen nicht zur Teilnahme an der gemeinsamen Währung bereit – trotz der vermeintlichen volkswirtschaftlichen Objektivität der Konvergenzkriterien und der als technokratischer Fachexpertise ausgestalteten Entscheidungsfindung der EZB¹³. Das Vereinigte Königreich und Dänemark beanspruchten eine politische Freistellung, die ihnen zur Wahrung der für eine Vertragsänderung erforderlichen Einstimmigkeit auch gewährt wurde¹⁴. Es erscheint als Ironie der Integrationsgeschichte, dass gerade die häufig als funktionalistische Vollendung des Binnenmarkts betrachtete Währungsunion den verfassungspolitischen Dammbbruch der politischen Ungleichzeitigkeit ins europäische Primärrecht darstellt.

Die politische Freistellung von der Währungsunion wird in ihrer symbolischen Wirkung verstärkt durch die innenpolitische Festlegung der Mitgliedstaaten, die Entscheidung über die Teilnahme an der gemeinsamen Währung der Bevölkerung in Referenden zu übertragen¹⁵. Diese Referenden nehmen in der nationalen politischen Debatte der *outs* eine zentrale Rolle ein und werden auch in den anderen Mitgliedstaaten von der breiteren Öffentlichkeit beachtet¹⁶. Sie verdeutlichen damit allen Unionsbürgern, dass der Fortschritt der europäischen In-

¹⁰ Siehe Kapitel 1 II (S. 28 ff.).

¹¹ *H.-P. Ipsen*, Gemeinschaftsrecht (1972), S. 196. Ergänzend ebd. 199 f.: „... wirken die Gemeinschaften in funktioneller ... Integration, weil ihre Aktivität einen Gemeinsamen Markt schafft und sichert, in dem sich Marktgesetze ohne staatlich-hoheitliche Beschränkungen entfalten können, der Gemeinsame Markt also ‚funktionieren‘ kann.“

¹² Hierzu bereits Kapitel 1 II (S. 28 ff.) und Kapitel 11 II (S. 324 ff.) sowie allgemein zur entpolitisierten Integrationslogik des Binnenmarkts die Nachweise bei *C. Joerges*, Governance, EuR 2002, 17; *W. Mussler*, Wirtschaftsverfassung (1997); *M. Streit/W. Mussler*, Economic Constitution, ELJ 1 (1995), 5 und *D. Thym*, Entscheidungsfindung, in: van Aaken/Schmid-Lübbers (2003), S. 48-55. Differenzierend *M. Poiares Maduro*, We, the Court (1998).

¹³ Zu den Konvergenzkriterien Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.) und zu Unabhängigkeit und Entscheidungskriterien der EZB etwa *P. Leino*, Legitimacy (2001); *Grabitz/Hilf-I. Pernice*, Art. 4a EGV (EL 10) Rn. 4 und *Thym* ebd. 50.

¹⁴ Näher Kapitel 4 I 2 (S. 134 f.).

¹⁵ Siehe Kapitel 4 I 4 (S. 139 ff.).

¹⁶ Zur Bedeutung des Referendums im Vereinigten Königreich etwa *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/364 f.

tegration kein unabwendbares „Schicksal“ ist, sondern auf politischen Entscheidungen beruht, deren Ausgang auch in der Hand der Bürger liegt, die als Souverän der nationalen und der europäischen Hoheitsgewalt den Fortgang der Integration mitbestimmen. Wenn die Währungsunion tatsächlich den oft erwarteten Beitrag zur Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins leistet und als „rocket launcher of political Union“ dient, wird dieser Prozess durch Ungleichzeitigkeit katalysatorisch verstärkt und symbolisch verkörpert¹⁷.

Entsprechendes gilt für das ablehnende erste dänische Referendum über den Vertrag von Maastricht. Auch diese Abstimmung und die hierauf gründenden Formen von Ungleichzeitigkeit zeigen allen Unionsbürgern, dass der Fortgang der Integration letztlich von ihrer Zustimmung abhängt. Die ungleichzeitigen Sonderpositionen Dänemarks im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik setzen die politische Kompromisslinie fort, die der dänischen Bevölkerung vor dem zweiten Referendum über den Vertrag von Maastricht zugesichert wurde¹⁸. Dagegen sind Übergangsbestimmungen in Beitrittsverträgen ein bloßer zeitlicher Aufschub der Anwendung des Europarechts im Sinn einer „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“. Sie gründen auf tatsächlichen oder vermeintlichen wirtschaftlichen und sozialen Problemen und folgen damit der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts. Anders als bei Ungleichzeitigkeit ist der geographische Geltungsbereich des Europarechts nicht beschränkt und es besteht keine politische Wahlfreiheit, ob die Nichtanwendung über den vereinbarten Zeitraum hinaus fortgesetzt werden kann¹⁹.

Wenn Ungleichzeitigkeit den Übergang zur politischen Union ausdrückt, ist es kein Zufall, dass Ungleichzeitigkeit sich vor allem auf die neueren nichtwirtschaftlichen Sachbereiche der europäischen Integration bezieht²⁰. Es ist auch zu beachten, dass Ungleichzeitigkeit nach den allgemeinen Regeln des Europarechts die Grundfreiheiten und das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht beeinträchtigen darf und jede verstärkte Zusammenarbeit das geltende Gemeinschaftsrecht beachten muss²¹. Hierdurch werden die Grundfreiheiten als Kernbereich des Binnenmarkts und der gleichzeitige Besitzstand der ersten vier Integrationsdekade gesichert. Ungleichzeitigkeit ist grundsätzlich auf neue Gemeinschafts- und Unionspolitiken begrenzt. Die neuen europäischen Kompetenzfelder der Außen-, Verteidigungs-, Sozial-, Justiz- und Innenpolitik sind besonders eng mit dem Konzept der politischen Union verbunden und beruhen als neue europäische Politiken nicht mehr auf dem oft diffusen und unartikulierten politischen Grundkonsens der Bürgerinnen und Bürger, der die europäische Integration in ihren Anfängen trug.

¹⁷ Zitat von *Jacques Delors* aus dem Jahr 1997; zitiert nach *F. Snyder*, *Constitution?*, in: *Craig/de Búrca* (1999), S. 468. Ebenso *Snyder* ebd. 420: „EMU has served as a stimulant and as a proxy for broader debates about ... the future of European integration... Even though not always realized consciously or articulated in political terms, ... EMU raised profound questions about European, national, and personal identities.“

¹⁸ Näher Kapitel 3 III 1 (S. 103 ff.) und Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

¹⁹ Siehe Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

²⁰ Neben der Währungsunion und den bereits erwähnten dänischen Sonderpositionen sei zusätzlich auf die britisch-irische Freistellung vom Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Kapitel 3 II; S. 90 ff.), die britische Nichtteilnahme am Sozialabkommen (Kapitel 6 IV; S. 194 ff.), die konstruktive Enthaltung in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Kapitel 5 I; S. 151 ff.) und die allgemeinen Regeln der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (Kapitel 5 III 1; S. 170 ff.) verwiesen.

²¹ Siehe Kapitel 8 III (S. 250 ff.); Kapitel 8 IV (S. 254 ff.) und Kapitel 2 III 3 (S. 65).

Die Wahrnehmung dieser neuen und ihrem Wesen nach politischen Sachbereiche bedarf in den Augen der zunehmend an europäischen Fragen interessierten Bürger einer besonderen Legitimation. Soweit Ungleichzeitigkeit vereinbart wird, widerspricht dies nicht der Rückführung auf den Willen der Bürger. Ungleichzeitigkeit ist vielmehr die Folge der zunehmenden Herausbildung eines politischen Bürgerbewusstseins. Nachdem vier Jahrzehnte lang der gleichzeitige Fortschritt der Integration betont wurde, respektiert die europäische Rechtsordnung in den neuen Kompetenzfeldern der politischen Union nunmehr den unterschiedlichen Integrationswillen der Mitgliedstaaten und Bürger und gewährt ihnen gegebenenfalls eine ungleichzeitige Ausnahme²². Dies verbindet den Integrationswille einiger Mitgliedstaaten mit den abweichenden Vorstellungen in anderen Mitgliedstaaten und ist damit ein Instrument, die Vielfalt der Vorstellungen über Fortgang und Finalität der Integration in einer Synthese zusammenzuführen. Ungleichzeitigkeit bekräftigt in diesem Sinn das Konzept des europäischen Gesellschaftsvertrags, das die Bürger als Souverän auch der europäischen Hoheitsgewalt begreift.

2 Wahrung nationaler Interessen und Identität

Im Binnenmarkt erschien und erscheint die Berufung auf „nationale Interessen“ als illegitim, weil der Binnenmarkt in erster Linie auf die Beseitigung von Handelshemmnissen zielt und die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen bezweckt. Nationale Sonderregeln im Binnenmarktrecht, wie sie in den vielfältigen Beispielen der „gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung“ zum Ausdruck kommen, müssen daher regelmäßig durch objektive Differenzierungsgründe gerechtfertigt sein²³. Sie unterliegen häufig einer verstärkten Aufsicht durch den Gerichtshof oder einer Zustimmungspflicht durch die Kommission oder den Rat²⁴. Bei Ungleichzeitigkeit ist dies anders. Ungleichzeitigkeit gründet ausdrücklich auf dem demokratisch formulierten Integrationsunwille einzelner Mitgliedstaaten. Ungleichzeitigkeit stellt es den Mitgliedstaaten gerade frei, an einem Integrationsschritt teilzuhaben oder Außen vor zu bleiben. Ausdrücklich anerkennt dies die Legitimität der Berufung auf nationale Interessen oder, freundlicher formuliert, die demokratisch formulierte nationale Identität²⁵. Steht diese Durchbrechung der umfassenden Gegenseitigkeit der Verfassung im Widerspruch zum Konzept des Gesellschaftsvertrags?

In der politischen Union ist die Berufung auf nationale Interessen und Identität kein Verstoß gegen eine vermeintlich funktionalistische Integrationslogik, sondern eine legitime Positionierung im politischen Diskurs. In demokratischen Systemen ist die Divergenz politischer Vorstellungen über die Notwendigkeit eines Integrationsschritts und dessen politische Aus-

²² Zur Abfolge von Gleichzeitigkeit und Ungleichzeitigkeit mittelbar auch *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 184: „Einheit ist konstitutiv für die Vielfalt. Daher bildeten sich im Verlauf der Integration zunächst die Einheit stiftenden Prinzipien heraus. Erst in einem zweiten Schritt konnten dem gegenüber die Vielfalt sichernden Prinzipien rechtliche Substanz erlangen.“

²³ Näher die kursorische Übersicht in Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

²⁴ Vgl. etwa die Regelungen in Art. 99 IV-IX EGV oder Art. 30 EGV als gerichtlich überprüfbare Ausnahme von der Warenverkehrsfreiheit sowie die besondere Schutzklausel des Art. 134 II EGV.

²⁵ So ausdrücklich auch *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/102: „The system is designed around ... the recognition of the continued significance, if not primacy of national interests“ und *J. Shaw*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/85: „... is the result of a considered attempt to deal with the crucial questions of citizen scepticism and alienation.“ Siehe allgemein auch Art. 6 III EUV: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“

richtung eine notwendige Folge der Pluralität der Meinungen²⁶. Ungleichzeitigkeit verkörpert damit nicht nur den Übergang von der funktionalistischen Binnenmarktintegration in die politische Union, sondern verstärkt in der politischen Union die Entscheidungsoffenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses. Umstrittene Integrationsschritte können auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union verwirklicht werden. Anders als bei den Schengener Übereinkommen muss insoweit nicht mehr auf eine völkerrechtliche Regelung neben den Verträgen zurückgegriffen oder ein Projekt wie die Europäische Verteidigungsgemeinschaft nach dem negativen Votum der französischen Nationalversammlung gänzlich fallen gelassen werden²⁷. Drittstaaten, die nicht alle Politikbereiche mitzutragen bereit sind, sind nicht mehr notwendig auf völkerrechtliche Assoziierungsverträge verwiesen, sondern können der Europäischen Union nach Maßgabe von Ungleichzeitigkeit beitreten²⁸.

Ungleichzeitigkeit achtet demnach nicht nur die demokratisch formulierten Interessen und Identitäten der Mitgliedstaaten, sondern bindet sie konstruktiv in den demokratischen Entscheidungsprozess ein. Hierdurch wird die Pluralität nationaler Interessen und Identitäten in den europäischen Verfassungsrahmen integriert. Es ist ein Ausdruck der Reife des Integrationsprozesses, wenn die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit eine ungleichzeitige Differenzierung der Integration ohne politische Spaltung der Union erlauben²⁹. Ungleichzeitigkeit ist ein Instrument „to accommodate diversity“³⁰ und der „acceptance of difference“³¹. Auch *von Bogdandy* hob jüngst hervor, dass es ein Ausdruck der Demokratisierung der europäischen Integration ist, wenn demokratisch formulierte Interessen und Identitäten der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit gewahrt werden:

„Von noch größerer demokratischer Potenz erscheint eine Flexibilisierung der Union... Sie erlaubt eine Respektierung einer nationalen demokratischen Mehrheit, ohne dass diese nationale Mehrheit, die eine europäische Minderheit ist, die Verwirklichung des europäischen Mehrheitswillens unterbindet.“³²

Nichtsdestotrotz könnte man Ungleichzeitigkeit im Widerspruch zur Annahme einer europäischen Verfassung auf Grundlage eines Gesellschaftsvertrags sehen, wenn man in einer Verfassung eine „rechtlich vermittelte Gegenseitigkeitsordnung“ im umfassenden Sinn sieht³³. Ungleichzeitigkeit durchbricht bei unbefangener Betrachtung die politische Gegenseitigkeit der europarechtlichen Rechte und Pflichten, wie sie bislang auch der europäischen Integration

²⁶ Siehe auch *Shaw* ebd. 68: Das Sozialabkommen reflektiere den „rich, if contradictory ideological heritage brought in play by flexibility“; zur konstruktiven Enthaltung *D. Liñan Nogueras*, PESC, in: FS Waëlbroeck II (1999), S. 1153: „On pourrait argumenter qu'en fin de compte ce mécanisme ne règle que ce qui est, en fait, une réalité existante : la diversité.“

²⁷ Zur Entstehungsgeschichte des Schengener Rechts Kapitel 3 I 1 (S. 81 ff.) und zur heutigen Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik Kapitel 5 III (S. 169 ff.). Siehe auch *N. Reich*, Competition, CML Rev. 29 (1992), 861/895: „(T)he more competences the Community is acquiring, the less exclusive will be its jurisdiction.“

²⁸ Näher Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).

²⁹ Ebenso *C. Lyons*, Court, in: de Búrca/Scott (2000), S. 110: Ausdruck „of a mature polity to divide without fundamental rupture.“

³⁰ *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87.

³¹ *M. Wind*, Neo-Medieval, in: Weiler/dies. (2003), S. 128.

³² *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 180.

³³ So *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/162 unter Verweis auf *G. Haverkate*, Verfassungslehre (1992).

zu Grunde lag und im Begriff des *acquis communautaire* ihren Ausdruck fand³⁴. Es geht hier auch um die Fortführung völkerrechtlicher Reziprozität³⁵ und die entsprechenden Normierungen in den Verfassungen der Mitgliedstaaten³⁶. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit aufgrund einer von allen Mitgliedstaaten konsentierten Vertragsänderung im Primärrecht verankert wurden. Aus diesem Grund ist Ungleichzeitigkeit nicht nur mit dem völkerrechtlichen Grundsatz der Reziprozität zu vereinbaren³⁷. Auch das politische Prinzip einer tatsächlichen Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten besteht bei Ungleichzeitigkeit fort.

Ungleichzeitiges Europarecht entfaltet grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen wie gleichzeitiges Europarecht. Nur der geographische Geltungsbereich des ungleichzeitigen Europarechts ist beschränkt. Insbesondere finden die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* und alle hierauf aufbauenden Rechtsgrundsätze auch bei Ungleichzeitigkeit Anwendung³⁸. Ungleichzeitigkeit bewirkt damit keine Relativierung der europarechtlichen Bindungskraft der jeweiligen Rechtsakte. Die *ins* dürfen sich ihrer europarechtlichen Verpflichtung nicht unter Verweis auf die Ungleichzeitigkeit entziehen³⁹. Dementsprechend sah auch der französische *Conseil constitutionnel* in der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und des Visa-Regimes als Gegenstand des Art. 88-2 der französischen Verfassung mit seiner Verpflichtung auf die „Gegenseitigkeit“ der entsprechenden europarechtlichen Verpflichtungen⁴⁰ kein Ar-

-
- ³⁴ Zur Wechselwirkung von Ungleichzeitigkeit mit Begriff und Konzept des Besitzstands Kapitel 8 VI (S. 261 ff.).
- ³⁵ Grundlegend zum völkerrechtlichen Reziprozitätsprinzip *B. Simma*, Völkergewohnheitsrechts (1970) und *B. Simma*, Verträge (1972).
- ³⁶ Siehe Art. 20 I der dänischen Verfassung: „... durch gegenseitige Übereinkunft“; Art. 28 III der griechischen Verfassung: „... wenn es in Gleichberechtigung und Gegenseitigkeit erfolgt“; Art. 7 VI der portugiesischen Verfassung: „... auf der Grundlage der Gegenseitigkeit“; Art. 11 der italienischen Verfassung: „Unter der Bedingung der Gleichstellung..“ sowie mittelbar die Präambel des Grundgesetzes: „... als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“. *P. Huber*, Flexibilität, EuR 1996, 347/352 f. sieht in Art. 23 I S.1 GG eine Verpflichtung des Grundgesetzes auf „die Existenz und Funktionsgrundsätze dieses Staatenverbundes“ in seiner von Art. 23 GG vorausgesetzten Maastrichter Fassung. Dies verbiete Bundesregierung und Bundestag die Zustimmung einer umfassenden Flexibilisierung der Integration. Ähnlich zu Art. 28 III der griechischen Verfassung *J. Iliopoulos-Strangas/E. Prevedourou*, *Hellénique*, S. 19: „pourrait poser quelques limites de fond à une Constitution (européenne, Anm. d. Verf.) qui instituerait éventuellement une Europe ‘à deux vitesses’.“ Zu Art. 88-2 der französischen Verfassung unten Fn. 40 (S. 347).
- ³⁷ Vgl. *B. Simma*, Verträge (1972), S. 68: Es ist „festzustellen, dass das allgemeine Völkerrecht kein Gebot des Inhalts kennt, dass völkerrechtliche Verträge welcher Art auch immer eine solche tatsächliche und normative Gegenseitigkeit zu verwirklichen haben und an einen Mangel von Reziprozität im Vertrag als solchen keine Rechtsfolgen knüpft. Inhaltliche Reziprozität vertraglicher Bindungen ist aus dem völkerrechtlichen Strukturprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten also keineswegs normlogisch abzuleiten. Ihre Verwirklichung unterliegt vielmehr der freien Disposition der Vertragsparteien. Außerdem gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Absicht der vertragsschließenden Parteien darauf gerichtet ist, die Reziprozität der Vertragspflichten zu vermeiden.“
- ³⁸ Hierzu Kapitel 8 I (S. 234 ff.). Dies gilt auch für den Vorrang, den EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1269 – *Costa/E.N.E.L.* unter anderem mit dem Verweis auf die „auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene(n) Rechtsordnung“ begründet.
- ³⁹ Es sei zudem darauf hingewiesen, dass gewisse Formen völkerrechtlicher Selbsthilfe wie Repressalie, Retorsion und eigene Leistungsverweigerung bei Nichterfüllung von Verträgen als Ausdruck des völkerrechtlichen Reziprozitätsprinzips (hierzu *A. Verdross/B. Simma*, Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 50) nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Gemeinschaftsrecht ohnehin nicht gelten; vgl. EuGH, Rs. 90 & 91/63, Slg. 1964, 1329/1344 – *Kommission/Luxemburg und Belgien*. „(D)enn der Vertrag schafft nicht nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den Rechtssubjekten..., sondern er stellt eine neue Rechtsordnung auf, nach der sich ... die zur Feststellung und Ahndung etwaiger Rechtsverletzungen erforderlichen Verfahren bestimmen.“
- ⁴⁰ Art. 88-2 der französischen Verfassung: „Vorbehaltlich der Gegenseitigkeit ... stimmt Frankreich der Übertra-

gument für die Annahme, dass die Ratifikation des Vertrags von Maastricht mangels Gegenseitigkeit nicht von der französischen Verfassung gedeckt sei⁴¹. Ungleichzeitigkeit untergräbt nicht die Gegenseitigkeit der europarechtlichen Verpflichtungen. Der Umfang und die Rechtswirkungen des ungleichzeitigen Europarechts richten sich vielmehr nach den Vorgaben der europäischen Verträge, die auch im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit von allen Mitgliedstaaten und Bürgern nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts angenommen wurden.

Der europäische Gesellschaftsvertrag ist als Grundlage der nichtstaatlichen europäischen Verfassung gerade kein sachlich umfassendes Instrument staatlicher Daseinsvorsorge auf Grundlage einer „souveränen“ Kompetenz-Kompetenz⁴². Im modernen Verfassungsstaat ist der grundrechtlich gesicherte Freiheitsraum der Bürger eine theoretische Voraussetzung für die Einordnung der Bürger in den Gesellschaftsvertrag einer demokratischen Gemeinschaft⁴³. Ebenso erleichtert die Gewährleistung eines originären Raums demokratisch formulierter nationaler Interessenwahrnehmung und Identität durch Ungleichzeitigkeit die Anerkennung des europäischen Gesellschaftsvertrags. Im europäischen Verfassungsverbund erscheint der europäische Gesellschaftsvertrag in doppelter Hinsicht als Ausdruck von Teilidentität: Er ist begrenzt durch die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte einerseits und die Wahrung nationaler Identität andererseits. Wenn es den Bürgern eines Mitgliedstaats im Rahmen der rechtlichen Vorgaben der Verträge freisteht, den Umfang europäischer Kompetenzwahrnehmung in Einzelfällen zu variieren, werden die demokratisch formulierten nationalen Interessen und Identitäten der Bürger im besonderen Maße geschützt.

Die Ungleichzeitigkeit des europäischen Gesellschaftsvertrags versteht die Wahrung der demokratisch formulierten nationaler Identität auch als Alternative zu einer uniformen Verschmelzung der Bürger und Mitgliedstaaten in einer immer engeren Union nach Maßgabe der Formel *e pluribus unum* – ganz im Sinn einer „Identität als Pluralität“⁴⁴. Die Möglichkeit einer ungleichzeitigen Variation des europäischen Kompetenzrahmens erlaubt einen schonenden Ausgleich zwischen dem Integrationswunsch einzelner Mitgliedstaaten und Bürger und der Bewahrung nationaler Zuständigkeit und Steuerungsmöglichkeit. Soweit einzelne Mitgliedstaaten dies wünschen, verbleiben ihnen nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben „eigene Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann“⁴⁵. Dagegen entscheiden sich andere Mitgliedstaaten und Bürger in demokratischer Selbstbestimmung für die europäische Regelung einer Materie. Diese Gestaltungsfreiheit unterstreicht, ganz im Sinn eines freiwilligen Vertragsschlusses, die Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf den Willen der Bürger. Ungleichzeitigkeit ist hiernach eine besondere Gestaltungsform des Gesellschaftsvertrags der Unionsbürger in den europäischen Verträgen.

gung der zur Schaffung der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion sowie zur Festlegung der Bestimmungen über das Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft erforderlichen Kompetenzen zu.“ Die Ungleichzeitigkeit des Visa-Regimes wurde freilich erst durch die Überführung des Art. 100c EGV (1992) in Art. 62 Nr.2 EGV (1997) durch den Vertrag von Amsterdam und die nunmehrige Einschlägigkeit der britisch-irischen Sonderposition begründet; hierzu Kapitel 3 I 4 (S. 87 ff.).

⁴¹ *Conseil constitutionnel*, Entscheidung No 92-312 DC vom 2.9.1992, *Maastricht II*, insb. Erwägungsgründe 32 ff.; abgedruckt in: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9. Aufl. 1997, S. 792 ff.

⁴² Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

⁴³ Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

⁴⁴ So, wenn auch nicht im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit, P. Häberle, *Fragen*, EuGRZ 1992, 429/430.

⁴⁵ So, wenn auch im anderen Kontext möglicher Grenzen einer Kompetenzübertragung auf die europäische Ebene aufgrund des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, BVerfGE 89, 155/186 – *Maastricht*.

3 Asymmetrischer „Föderalismus“

Die Symmetrie der Kompetenzzuweisungen an den Bund und die Länder im Grundgesetz erschwert deutschen Juristen und Bürgern das Verständnis für die differenzierte Integration eines asymmetrischen Föderalismus⁴⁶. Schon die Erinnerung an die Präsidialrechte Preußens und die Reservatrechte der süddeutschen Staaten in der Reichsverfassung von 1871 zeigt jedoch, dass ein asymmetrischer oder „ungleichzeitiger“ Föderalismus auch Bestandteil der deutschen Verfassungsgeschichte ist⁴⁷. Ein Blick in die Verfassungsgeschichte und -gegenwart anderer Bundesstaaten und quasi-föderaler Staaten mit einer weitgehenden Regionalisierung zeigt weitere Beispiele eines asymmetrischen Föderalismus auf. Dies illustriert allgemein, dass Vorstellung und Konzept eines einheitlichen Typus des föderalen Bundesstaats als „Kunstfigur ... aus den komplexen Phänomenen der Staatenwirklichkeit abstrahiert ist“⁴⁸.

Ein asymmetrischer Föderalismus prägt etwa die bundesstaatlichen Verfassungsordnungen Russlands⁴⁹, Kanadas⁵⁰ und Belgiens⁵¹. Auch die Regionalisierung in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist teilweise durch eine Asymmetrie gekennzeichnet. Es sei an dieser Stelle exemplarisch die *devolution* im Vereinigten Königreich erwähnt mit ihren unterschiedlichen Rechten der schottischen, nordirischen und walisischen Regionalkörperschaften bei einer fortbestehenden Zentralregierung Englands mit Ausnahme des Großraum Londons⁵². Im Hinblick hierauf haben britische Verfassungsrechtler in den vergangenen Jahren das britische Staats- und Verfassungsverständnis neu zu definieren versucht und etwa das Modell des *union state* entwickelt. Diesseits klassischer Bundesstaatstheorie gestattet der *union state* die Berücksichtigung regionaler Besonderheiten und Autonomie und erlaubt – ganz im Sinn europarechtlicher Ungleichzeitigkeit – eine dynamische Entwicklung derselben⁵³. Ähnli-

⁴⁶ Siehe auch das „föderative Gleichbehandlungsgebot“ in der Finanzverfassung; BVerfGE 72, 330/404 – *Finanzausgleich I*. „Aus dem Bundesstaatsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt insoweit ein föderatives Gleichheitsgebot für den Bund im Verhältnis zu den Ländern.“

⁴⁷ Vgl. Art. 52 und die jeweiligen Schlussbestimmungen zu den Abschnitten XI und XII der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.4.1871 zu den Reservatrechten Bayerns und Württembergs im Post- und Heereswesen sowie Art. 11 zur Personalunion des preußischen Kaisertums und des deutschen Königtums; näher etwa P. Laband, Staatsrecht, 2. Aufl. 1888, S. 108 f. und G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch, 7. Aufl. 1919, S. 698 ff. Zur weitgehenden „Gleichzeitigkeit“ der Weimarer Reichsverfassung R. Thoma, Staatsrecht, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts 1 (1930), S. 71.

⁴⁸ So J. Isensee, Föderalismus, in: Handbuch des Staatsrechts IV (1999), § 98 Rn. 4.

⁴⁹ Näher zu den unterschiedlichen „Subjekten der Föderation“ und den asymmetrischen Kompetenzzuweisungen in Art. 4, 65 ff. der Verfassung der Russischen Föderation vom 12.12.1993 B. Topornin, Russland, in: Kramer (1993), S. 99.

⁵⁰ Zur Asymmetrie des kanadischen Föderalismus insbesondere im Hinblick auf Québec J.-Y. Monrin/J. Woehrling, Canada/Québec (1994).

⁵¹ Vgl. Art. 39, 115 ff. belgische Verfassung. M. Uytendaele, Paradoxal (1997), S. 872 schlussfolgert für die neue Verfassung des Jahres 1993: „(L)es auteurs de la réforme de l'État ont, en 1993, délibérément rompu avec toute logique d'uniformité, voire d'égalité entre les entités.“

⁵² Siehe etwa V. Bogdanor, Devolution (1999); R. Grote, Regionalautonomie, ZaöRV 58 (1998), 109; J. Hopkins, Comparative, EPL 4 (1998), 323; R. Rawlings, Concordats, L.Q.R. 116 (2000), 257 und A. Tomkins, Devolution, in: ders. (1998), S. 89.

⁵³ Grundlegend N. Walker, Beyond, Public Law 2000, 384; R. Brazier, Constitution, Cambridge Law Journal 58 (1999), 96 und J. McEldowney, Subordinate Sovereignty, in: Oliver/Drewrey (1998), S. 192. Walker ebd. 397 f. betont zusammenfassend: „The constitutional character of the union state, however, cannot simply be read off from its foundation parchments. Instead, they provide points of departure for the continuous renegotiation of variation in the light of changing social, economic and political circumstances. The union state, therefore, provides a key historical pathway towards a more general model of asymmetrical government, in which

che asymmetrische Regionalisierungen gibt es in Spanien sowie, begrenzt, in Italien. Dagegen sprach sich die Bevölkerung von Korsika in einem Referendum im Juli 2003 gegen eine asymmetrische Regionalisierung aus⁵⁴. Die asymmetrische Autonomie Färöers und Grönlands nach dänischem Verfassungsrecht setzt sich in einer Ausnahme vom Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fort, während die nach finnischem Verfassungsrecht ebenfalls asymmetrisch autonomen Ålandinseln sich für die Geltung des Europarechts entschieden⁵⁵.

Dieser kursorische verfassungsvergleichende Überblick illustriert, dass Elemente eines asymmetrischen oder „ungleichzeitigen“ Föderalismus auch in Bundesstaaten nach dem klassischen Verständnis der Staatslehre und quasi-föderalen Staatssystemen neueren Zuschnitts zu finden sind. In keinem der aufgeführten Fälle steht die Staatsqualität des Gesamtgebildes oder die Geltung der Volkssouveränität nach Maßgabe des Konzepts des Gesellschaftsvertrags in Frage. Unabhängig davon, ob man die Grundannahmen klassischer Bundesstaatstheorie auf die Europäische Union und ihre nichtstaatliche Verfassungsordnung übertragen kann, unterstützt dies dennoch die These, dass Ungleichzeitigkeit der Annahme eines asymmetrisch gestuften Mehrebenenmodells öffentlicher Gewalt in der Europäischen Union nicht entgegensteht. Der Aspekt der Ungleichzeitigkeit hindert nicht die Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf einen Gesellschaftsvertrag der Unionsbürger. Man kann die asymmetrische Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration auch als spezifischen Ausdruck des Verfassungsverbunds im Sinn von *Pernice* begreifen. Der Verfassungsverbund erfasst „die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer (hier ungleichzeitigen, Anm. d. Verf.) Gesamtheit“ und verbindet nationale und europäische Verfassungsebenen „gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines ‚multilevel constitutionalism‘ ... zu einem einheitlichen System“ einer hier asymmetrischer Kompetenzwahrnehmung⁵⁶.

Gibt es konkrete Ausformungen der ungleichzeitigen Interaktion der nationalen und europäischen Verfassungen im insoweit asymmetrischen europäischen Verfassungsverbund? Ein Gedankengang kann an das Konzept des Wettbewerbsföderalismus anknüpfen, das im idealtypischen Sinn eines konstruktiven Wettbewerbs der Systeme zur Durchsetzung der jeweils „besten“ Regelungsstruktur führt⁵⁷. Ganz im Sinn „fruchtbarer Evolution“ anstelle eines „schädlichen Chaos“⁵⁸ umfasst der Wettbewerb der Systeme bei Ungleichzeitigkeit nicht nur

a heterogeneity of government arrangements between regions becomes a normal and persistent feature of a state... Particularly in its eschewal of the idea of a uniform and symmetrical division of power, the union model may be even more accommodation of diversity – of pluralism – than the federal model.“

⁵⁴ Vgl. die verfassungsvergleichenden Darlegungen bei *A.A.M. Schrauwen*, Flexibility (1999); *R. Agrarnoff*, Asymmetry (1999); *K. Lenaerts*, Federalism, AJCL 1990, 205 und *F. Knipping*, Conceptions (1994). Zu Frankreich näher in Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

⁵⁵ Näher Art. 188, 299 EGV sowie *F. Harhoff*, Faeroe, in: EPIL 12 (1990), S. 108 ff.; *F. Weiss*, Greenland, EL Rev. 10 (1985), 173 und *D. Perrot/F. Miatti*, Lapons/Åland, RMC 1997, 670.

⁵⁶ Zitate nach *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/172-4; vgl. allgemein zum Verfassungsverbund schon Kapitel 11 III 3 (S. 333 ff.). Zum Zusammenhang zwischen asymmetrischem Föderalismus und Ungleichzeitigkeit allgemein auch *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351.

⁵⁷ Zum Wettbewerbs„föderalismus“ speziell in der Europäischen Union die Beiträge in *D. Schmidtchen/R. Cooter*, Economics (1997) sowie *M.E. Streit/W. Mussler*, Wettbewerb, in: Gerken (1995), S. 75; *G. Prosi*, Wettbewerb?, in: Radnitzky/Bouillon (1991), S. 119; *M.J. Koop/H. Siebert*, Competition, Oxford Review of Economic Policy 9 (1993), 15; *C.D. Ehlermann*, Ökonomische Aspekte, Integration 1995, 11 und *A. von Bogdandy*, Bird's Eye, ELJ 6 (2000), 208. Allgemein zur ökonomischen Analyse des Föderalismus auch *E. Haas/P. Schmitter*, Economics, IO 18 (1964), 705; *S. Oeter*, Föderalismus, in: Engel/Morlok (1998), S. 119 und *R. Eichenberger*, Zentralisierung, in: Engel/Morlok (1998), S. 157.

⁵⁸ *R. Hofmann*, Flexibilität, EuR 1999, 713/733: „komplexe, auf Vielfalt, auf flexible Strukturen aufbauende

den Inhalt der Regelung, sondern zugleich die Frage, auf welcher Ebene eine Zuständigkeit wahrgenommen werden soll. Bei Ungleichzeitigkeit besteht kein Nebeneinander verschiedener nationaler Regelungen, sondern vielmehr eine Parallelität von einer europarechtlichen Lösung der *ins* und fortbestehenden nationalen Regelungen der *outs*. Die politischen Akteure können einen direkten Vergleich zwischen der Effizienz und Effektivität der europäischen und der nationalen Kompetenzwahrnehmung ziehen. Die europäischen Institutionen unterliegen einem zusätzlichen Rechtfertigungsdruck über die Notwendigkeit der europäischen Rechtsetzung. Ungleichzeitigkeit trägt allgemein zu einem konstruktiven Wettbewerb der Systeme im europäischen Verfassungsverbund bei und kann auch dem Subsidiaritätsprinzip zu einer größeren Durchsetzungskraft verhelfen⁵⁹.

Sinn und Zweck europäischer Rechtsetzung ist freilich gerade auch die Errichtung einheitlicher Standards. Anstelle eines als schädlich empfundenen *raise to the bottom* soll die europäische Regelung die politische Entscheidungshoheit der Bürger über die Ausrichtung des europäischen Wirtschafts- und Sozialmodells in einer globalisierten Welt wahren⁶⁰. Vor diesem Hintergrund war vor allem die ungleichzeitige Nichtteilnahme des Vereinigten Königreichs am Sozialabkommen kritisiert worden⁶¹. Diese Kritik gilt entsprechend für die ungleichzeitige Normierung sozial-, steuer- oder umweltpolitischer Regeln im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit⁶². Es ist dies die Schattenseite des Wettbewerbs der Systeme bei Ungleichzeitigkeit. Der „Wettbewerb“ zwischen europäischer und nationaler Regelung fördert nicht nur die Suche nach der besseren Lösungsebene, sondern gefährdet zugleich die Vorteile, die einheitliche europäische Sozial-, Steuer- und Umweltstandards im Binnenmarkt mit sich bringen. Die ökonomische Analyse spricht insoweit vom Phänomen der *free rider*⁶³. Wenn ein Mitgliedstaat an gemeinschaftlichen Standards nicht teilhat und stattdessen ein niedrigeres Schutzniveau wählt, kann ihm dies einen Wettbewerbsvorteil gewähren.

Die vertraglichen Regelungen zu Ungleichzeitigkeit ignorieren diese Dichotomie zwischen Wettbewerbsföderalismus und Einheitlichkeit nicht. Vielmehr gibt es verschiedene Sicherungsklauseln, die ein „Trittbrettfahren“ oder „Rosinenpicken“⁶⁴ verhindern und einem schädlichen Wettbewerb der Systeme vorbeugen. Es sei insoweit vor allem an die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit und die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Un-

Systeme bedeuten keineswegs notwendig schädliches Chaos, sondern erlauben vielmehr fruchtbare Evolution.“ Siehe auch *K.-H. Ladewig*, Network, ELJ 3 (1997), 33/53: „Variable geometry fits well with a flexible model of a distributed, network-adapted form of cooperation and coordination between public regulation and private networks; an arrangement which seeks to adapt to the experimental creation of new options (and) could entail a form of knowledge-producing competition between institutions.“

⁵⁹ Zur Stärkung des Subsidiaritätsprinzips bei Ungleichzeitigkeit bereits Kapitel 8 V (S. 258 ff.).

⁶⁰ Hierzu schon Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

⁶¹ Etwa von *K. Hailbronner*, EG-Sozialpolitik, in: GS Grabitz (1995), S. 140; *M. Coen*, Abgestufte, EuZW 1995, 50/52; *H. Konzen*, Arbeitsrecht, EuZW 1995, 39/39 und *G. Brinkmann*, Social, in: Craig/Harlow (1998), S. 261.

⁶² Hierzu allgemein *C. Barnard*, Flexibility, in: de Búrca/Scott (2000), S. 197; *dies.*, Competitive Federalism, in: Shaw (2000), S. 49 und *P. Leslie*, Asymmetry, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 192. *U. Becker*, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/39 fürchtet bei Ungleichzeitigkeit einen „Wettbewerb der Systeme ..., wonach eine interventionistische Integration soweit wie möglich durch eine wettbewerbliche Integration zu ersetzen ist“ und *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/105 sehen in Ungleichzeitigkeit „some echoes of the drift noted elsewhere on the part of elites pushing for good governance and a post-modern conception of *res publica*. Efficiency is no longer necessarily equated with uniform integration through redistribution, but with coordination through more limited or different modes of regulation.“

⁶³ Speziell im Hinblick auf die Erweiterung *M. Streit/S. Voigt*, Economics, in: Schmidtchen/Cooter (1997), S. 223.

⁶⁴ So zur verstärkten Zusammenarbeit *D. von Kyau*, Herausforderung, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 20.

gleichzeitigkeit erinnert. Hiernach ist eine ungleichzeitige Kooperation unzulässig, wenn sie die Grundfreiheiten beeinträchtigt⁶⁵, zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den *ins* und *outs* führt⁶⁶ oder allgemein Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der *outs* verletzt⁶⁷. Dies sichert ein Mindestmaß an Einheitlichkeit, das für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts unerlässlich ist. Darüber hinaus umfassen die Verfahren zur Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit prozedurale Sicherungen, aufgrund derer die Zweckmäßigkeit einer Ungleichzeitigkeit im politischen Entscheidungsprozess überprüft wird. Im Rahmen dieser Verfahren und unter Einhaltung der vertraglichen Vorgaben obliegt es den europäischen Institutionen die notwendige Balance zwischen Einheitlichkeit und ungleichzeitiger Vielfalt im Binnenmarkt zu finden.

Die Belastbarkeit einer föderalen Struktur lässt aus der Finanzverfassung ablesen. Der finanziellen Solidarität zwischen Bund und Ländern wies das Bundesverfassungsgericht im Kontext der deutschen Bundesstaatlichkeit eine besondere Bedeutung zu. Sie gewährleiste eine „Balance zwischen Eigenstaatlichkeit der Länder und bundesstaatlicher Solidargemeinschaft“⁶⁸. Wie steht es um die finanzielle Solidarität in der Europäischen Union bei Ungleichzeitigkeit? Grundsätzlich gilt hier die Regel der „nationalen Finanzierung“, aufgrund derer nur die *ins* die operativen Ausgaben tragen⁶⁹. Dies ist grundsätzlich ein vernünftiger Ausgleich zwischen den legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und dem gesamteuropäischen Gemeinwohl soweit es um die direkten operativen Folgekosten von Ungleichzeitigkeit geht. Etwas Anderes ist jedoch eine eventuelle Unterstützung von *outs* bei ihrer Heranführung an die ungleichzeitige Integrationsvorhut. So ergänzte der Vertrag von Maastricht ergänzte die Zielvorgabe der Währungsunion durch den Kohäsionsfonds, der den wirtschaftlich schwächeren südeuropäischen Mitgliedstaaten die Erfüllung der Konvergenzkriterien erleichtern sollte⁷⁰. Auch den neuen Mitgliedstaaten soll nach der Erweiterung durch eine besondere Schengen-Fazilität bei Maßnahmen an den neuen Außengrenzen der Union zur Durchführung des Schengener Recht unterstützt werden⁷¹. Viele Beobachtern halten es für wünschenswert, dass auch bei der verstärkten Zusammenarbeit die Heranführung der *outs* „aktiv durch gemeinschaftliche Maßnahmen gefördert (wird)“⁷².

Dies ist im Grundsatz zweifellos zutreffend. Es sollte allerdings beachtet werden, dass Art. 43 lit.e EUV den gleichzeitigen Fortbestand des Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung ausdrücklich garantiert und hiermit eine gleichzeitige Fortführung der europäischen

⁶⁵ Siehe Kapitel 8 III (S. 250 ff.).

⁶⁶ Zur Normierung des Art. 43 lit.f EUV näher Kapitel 2 III 6 (S. 69 ff.).

⁶⁷ Der rechtliche Gehalt des Art. 43 lit.h EUV wird in Kapitel 2 III 8 (S. 74 ff.) erläutert.

⁶⁸ BVerfGE 101, 158/Abschnitt C.I.2.c. – *Finanzausgleich III*.

⁶⁹ Allgemein Kapitel 7 IV (S. 225 ff.).

⁷⁰ Zum Kohäsionsfonds, dessen politische Konnexität mit der Währungsunion freilich umstritten ist, das Protokoll über den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt (1992) sowie Art. 161 EGV und VO 1164/94/EG des Rates vom 16.5.1994 zur Errichtung des Kohäsionsfonds (ABl. 1994 L 130, 1); mit späteren Änderungen.

⁷¹ Art. 35 Beitrittsakte 2003 und allgemein zur abgestuften Inkraftsetzung des Schengener Recht nach der Erweiterung Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

⁷² U. Becker, Differenzierungen, EuR Beih. I/1998, 29/41. Kritisch auch C.D. Ehlermann, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/379; Léger-I. Pingel-Lenuzza, Art. 11 EGV Rn. 9; F. Tuyschaever, Differentiation (1999), S. 54; G. Gaja, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/858; J.-M. Favret, Nice, RTD eur. 37 (2001), 279/284 und Calless/Ruffert-M. Ruffert, Art. 11a EGV Rn. 2, der eine solche Pflicht aus Art. 10 EGV ableiten will – ausdrücklich anders Grabitz/Hilf-H.-J. Blanke, Art. 43 EUV Rn. 11.

Strukturpolitik gewährleistet⁷³. Dieser Fonds ist zwar nicht speziell auf den Aspekt der Ungleichzeitigkeit ausgerichtet, garantiert aber dennoch eine Politik des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Die Regionalpolitik mildert den Wettbewerbsdruck im Binnenmarkt und erlaubt aufgrund ihrer allgemeinen Wirkung auch bei Ungleichzeitigkeit eine solidarische Ergänzung wirtschaftlicher Disparitäten⁷⁴. Ungleichzeitigkeit hebt die finanzielle und wirtschaftliche Solidarität der Mitgliedstaaten somit nicht auf. Aufgrund der Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union wird ein Mindestmaß an Gleichheit der Wettbewerbsbedingung und Solidarität auch bei Ungleichzeitigkeit durch die allgemeinen Regelungen des Europarechts und die Regionalpolitik gewährleistet. Ungleichzeitigkeit ergänzt den europäischen Gesellschaftsvertrag um die Komponente des asymmetrischen Föderalismus und garantiert zugleich ein Mindestmaß an Gemeinsamkeit im europäischen Verfassungsverbund.

4 Einheitlicher institutioneller Rahmen

Jellinek beschreibt im Rahmen seiner Darstellungen zur „Gliederung des Staates“ den Typus eines nicht-föderalen Landes, das „in größerem oder geringerem Umfange dem Staate eingeordnet (ist).“⁷⁵ Es besteht hier eine Parallele zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. In überraschender Deutlichkeit kritisiert *Jellinek* die politischen Auswirkungen einer solchen Konstruktion, die er allgemein als „ein Element der unvollkommenen oder der Desorganisation eines Staates“ betrachtet. Ein derartiger Staat:

„... ermangelt der politischen Einheit. Häufig findet in den Gliedern ein zentrifugales Streben nach größerer Selbstständigkeit statt, das die Fortdauer dieser Form des Staates ebenso prekär macht wie die der meisten Staatenverbindungen... Der zentrifugalen entspricht von Seiten des Staates wiederum häufig eine zentralisierende Tendenz, woraus dann innere Kämpfe langwieriger Art zu entstehen pflegen. Von der Dezentralisation durch Selbstverwaltung unterscheidet sich die durch Länder somit politisch dadurch, dass jene eine normale, diese eine abnorme Form ist, die entweder zu neuen Staatenbildungen oder zu einer stärker zentralisierten ... Verfassung des ganzen Staates hinstrebt.“⁷⁶

Dies Urteil *Jellineks* ist geprägt durch den historischen Kontext des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts: die Hochphase der Nationalstaatsidee, die Beobachtung der zerfallenden k.u.k. Monarchie und die Spannungen zwischen dem britischen Mutterland und den nach mehr Eigenständigkeit drängenden Kolonien in Kanada, Australien und Südafrika, auf denen seine Analyse im Wesentlichen beruht⁷⁷. In der „postnationalen Konstellation“⁷⁸ der globalisierten Welt des frühen 21. Jahrhunderts und angesichts der positiven Erfahrungen mit einem asymmetrischen Föderalismus in verschiedenen europäischen Staaten würde sein Urteil heute vermutlich freundlicher ausfallen. Dennoch gibt es auch in der europarechtlichen Literatur verschiedene Stimmen, die in Ungleichzeitigkeit eine Gefährdung des Zusammenhalts der

⁷³ Näher Kapitel 2 III 5 (S. 68 f.).

⁷⁴ Es sei hier dahingestellt, ob im Rahmen des EFRE ein neues Ziel-X-Gebiet geschaffen werden könnte, das insbesondere nach der Konzentration der Ziel-1-Mittel auf die neuen Mitgliedstaaten eine Förderung speziell von *outs* einer Ungleichzeitigkeit ermöglichte.

⁷⁵ *G. Jellinek*, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 642.

⁷⁶ Ebd. 644.

⁷⁷ Ebd. 632 ff.

⁷⁸ *J. Habermas*, Demokratie, in: postnationale Konstellation (1998), S. 91.

Union sehen, zugleich meist aber auch betonen, dass diese Gefährdung sich nicht notwendig realisieren muss⁷⁹.

In diesem Zusammenhang kommt der Wahrung des einheitlichen institutionellen Rahmens bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung zu. Institutionelle Regeln waren in der europäischen Integration nie etwas Zufälliges oder Beliebiges, sondern eine ihrer wesentlichen Erfolgsbedingungen⁸⁰. Mehr noch als im Rahmen des Nationalstaats verkörpern und garantieren sie den ständigen Diskurs der politischen Akteure und schaffen den Rahmen für wechselseitiges Zuhören und miteinander Reden als Grundlage für gegenseitiges Vertrauen, politische Konsenssuche und „Legitimität durch Verfahren“ (*Luhmann*)⁸¹. Der Rat als Organ mitgliedstaatlicher Interessenvertretung und vor allem die „supranationalen“ Institutionen Kommission, Gerichtshof und Parlament kann man insofern auch als eine Verkörperung des europäischen Gesellschaftsvertrags betrachten⁸². In den Institutionen finden die demokratisch formulierten Interessen und Ansichten der Bürger einen formalisierten Ausdruck und münden in einem gesamteuropäischen Diskurs, der bei Ungleichzeitigkeit um wechselseitige Rücksichtnahmepflichten als spezielle Ausprägung des Grundprinzips der Unionstreue ergänzt wird⁸³.

Die in Kapitel 7 umfassend beschriebene Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union garantiert vor diesem Hintergrund, dass Ungleichzeitigkeit die konzeptionelle Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf einen gesamteuropäischen Gesellschaftsvertrag nicht ausschließt. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung von Kommission, Gerichtshof und Parlament bei Ungleichzeitigkeit und die Aussetzung nur des Stimmrechts des Vertreters eines *out* im Rat bei vollem Teilnahme- und Rederecht beugen einer politischen Spaltung der Union infolge von Ungleichzeitigkeit vor. Die weitreichende Nutzung des britisch-irischen *opt-in* im Raum

⁷⁹ Vgl. *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 38: „(I)st hierbei indessen höchste Skepsis angebracht. Auf dem Spiel stehen ... die rechtliche sowie politische Kohäsion der Union.“ *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/105 f.: „(M)ounting frustration when flexibility ceases to be a privilege but becomes perceived as an exclusion. It could just as well become a possible liability on EC policy-making style, insofar as the essence of the system of closer cooperation affects adversely the possibility for package deals and linkage.“ *S. Weatherhill*, Safeguarding, in: Heukels u.a. (1998), S. 175: „I am concerned that the Community is underpinned by *apparent* stability; but that, on closer inspection, the stability evaporates.“ *B. Martenczyk*, Struktur, EuR 2000, 351/358: „(D)ie asymmetrischen Arrangements in föderalen Ordnungen zeichnen sich durch eine unverkennbare Tendenz zur Instabilität aus.“ *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/7: „Il restera à savoir si le prix pédagogique de la persuasion des États récalcitrants par leur mise à l'écart ou à l'index n'est par trop cher payé pour l'avenir de la construction communautaire.“ *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/293: „sur un plan politique, des formes d'alliances entre divers États risquent de se former.“ Speziell zur Außenpolitik *D. L'ñan Nogueras*, PESC, in: FS Waelbroeck II (1999), S. 1155: „(S)es structures ne sont pas suffisamment fermes pour éviter cette multiplication des options en politique étrangère au sein de l'UE, ni par conséquent, la division politique existant en la matière.“

⁸⁰ Statt vieler *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/480 ff.; *A. von Bogdandy*, Bird's Eye, ELJ 6 (2000), 208: „(O)rganisational unity building is understood on this reading as a precondition for a functional and normatively convincing differentiation“ und *W. Leisner*, Einigungszwang, JZ 2002, 735/741: „Auf europäischer Ebene ist also Verfahrensrecht ... nichts Beliebiges, Zufälliges, sondern ein bedeutsamer Integrationsmotor.“

⁸¹ *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. 1997.

⁸² Siehe auch EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/24 – *van Gend & Loos*: „... findet eine noch augenfälligere Bestätigung in der Schaffung von Organen, welchen Hoheitsrechte übertragen sind, deren Ausübung in gleicherweise die Mitgliedstaaten wie die Staatsbürger berührt“ sowie der zu Beginn des Kapitel 7 zitierte 5. Erwägungsgrund der Präambel des EGKS-Vertrags, wonach ein Ziel des Vertragswerks ist, „die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können.“

⁸³ Siehe Kapitel 8 II (S. 246 ff.).

der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeigt, dass die Beteiligung der *outs* an den Beratungen des Rats und seinen Subgremien die Herstellung von Gleichzeitigkeit sogar begünstigt⁸⁴. Auch bei der verstärkten Zusammenarbeit mündeten die Vorschläge für eine ungleichzeitige Kompetenzzuweisung bislang immer in der Annahme gleichzeitiger Rechtsakte⁸⁵. Bei der verstärkten Zusammenarbeit entfalten zudem die besonderen Begründungs- und Teilnahmeverfahren eine zusätzliche Sicherungsfunktion⁸⁶. Hiernach findet im einheitlichen institutionellen Rahmen ein Gesamtdiskurs aller Mitgliedstaaten, Bürger und Interessenvertreter auch dann statt, wenn einzelne Mitgliedstaaten als *out* vorerst von der Annahme und Geltung des ungleichzeitigen Europarechts ausgenommen sind.

Wenn man die Einheitlichkeit der europäischen Verfassung bei Ungleichzeitigkeit bewahren möchte, sollte auch in Zukunft der einheitliche institutionelle Rahmen bei Ungleichzeitigkeit aus konzeptionellen – und nicht nur aus praktischen⁸⁷ – Erwägungen gewahrt bleiben. Es ist daher zu begrüßen, dass der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents den Status quo der informellen Euro-Gruppe zwar anerkennt, im Rahmen des Verfassungsvertrags jedoch am Grundsatz einer Beteiligung der *outs* an den Beratungen des Rates festhält⁸⁸. Der einheitliche institutionelle Rahmen beugt bei Ungleichzeitigkeit durch die Gewährleistung eines gesamteuropäischen Diskurses der Entstehung einer Zentripetalkraft vor, die *Jellinek* vor einem Jahrhundert als Defizit asymmetrischer Arrangements bezeichnete⁸⁹. Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen verhindert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration eine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt. Seine Wahrung bei Ungleichzeitigkeit ist in verfassungstheoretischer Perspektive eine vermutlich unabdingbare Voraussetzung für die konzeptionelle Rückführung der europäischen Verfassung auf einen europäischen Gesellschaftsvertrag.

II Völkerrechtliche Kooperationen im europäischen Verfassungsverbund

Im europäischen Verfassungsverbund interagiert die originäre europäische Hoheitsgewalt mit den ebenfalls originären und insoweit autonomen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auf einer nichthierarchischen Grundlage und begründet keinen europäischen Bundesstaat

⁸⁴ Hierzu Kapitel 7 I 1 (S. 206 ff.).

⁸⁵ Siehe Kapitel 2 I (S. 44 ff.).

⁸⁶ Näher Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

⁸⁷ Der gleichwohl wichtige Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten einer Doppelung der Organe findet sich im Hinblick auf das Sozialabkommen bei *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 113: „Darüber hinaus scheidet die Errichtung eigener Organe aus praktischen Erwägungen aus. Es ist für die Abkommensstaaten wesentlich einfacher, von der Ermächtigung, die Gemeinschaftsorgane in Anspruch zu nehmen, Gebrauch zu machen, als eigene Organe und eine eigenständige Verwaltung zu etablieren.“ Vgl. auch Kommission, Mitteilung der Kommission: Ein Projekt für die Europäische Union, KOM(2002) 247, 22.5.2002, S. 17 f.: „... es sei denn, die Zusammensetzung der Institutionen würde je nach den behandelten Bereichen modifiziert, was für den Rat denkbar ist, für die Kommission und das Europäische Parlament aber auf offenkundige Schwierigkeiten stößt.“

⁸⁸ Hierzu Kapitel 4 II 3 (S. 145 ff.). Anders der ehemalige französische Wirtschafts- und Finanzminister *Strauss-Kahn*: „married couples don't want anybody else in their bedroom“; zitiert nach *F. Tuyschaever*, EMU, in: de Búrca/Scott (2000), S. 188. Verständnis für einen Ausschluss der *outs* äußern auch *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/672 ff.; *A. von Bogdandy*, Euro, EuZW 2001, 449 und *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/860: „When three people who want to play tennis or bridge are joined by a fourth person who would spoil the game, the first three may prefer not to play at all.“

⁸⁹ Siehe das einleitende Zitat oben bei Fn. 76 (S. 353).

nach klassischem Verständnis⁹⁰. Es ist ein Ausdruck der Eigenständigkeit der nationalen Verfassungsordnungen im europäischen Verfassungsverbund, wenn das Europarecht die Zulässigkeit völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten in Art. 17 und 34 EUV ausdrücklich anerkennt und die allgemeinen Regeln des Europarechts völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten nicht generell verbieten⁹¹. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Annahme eines Verfassungscharakters der europäischen Verträge mittelfristig zu einem Verbot völkerrechtlicher Kooperationen der Mitgliedstaaten führt. Dies hätte Rückwirkungen insbesondere auf eine mögliche Verwirklichung der politischen Integrationskonzepte des Kerneuropa. Es wurde in der Grundlegung des ersten Kapitels ausgeführt, dass das politische Integrationskonzept des Kerneuropa sowohl nach den Vorstellungen *Chiracs* als auch nach dem Modell *Fischer* jedenfalls teilweise auf völkerrechtlicher Grundlage neben den derzeitigen Verträgen verwirklicht würde⁹². In welchem Umfang ist eine völkerrechtliche Ergänzung der Europäischen Union mit den Grundannahmen europäischer Verfassungstheorie vereinbar?

Ein Blick auf die Regelungen in klassischen Bundesstaaten ergibt insoweit kein einheitliches Bild allgemeiner Verfassungstheorie – unabhängig davon, ob man die Gedanken der klassischen Bundesstaatslehre zur Zulässigkeit vertraglicher Kooperationen der Gliedstaaten überhaupt auf völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten im europäischen Verfassungsverbund übertragen kann. Historisch gewachsene Bundesstaaten unterwerfen die horizontale Kooperation der Gliedstaaten regelmäßig keinen verfassungsrechtlichen Grenzen. Speziell in der Bundesrepublik wird die Zusammenarbeit der Bundesländer sogar als ein Mittel zur Wahrung gliedstaatlicher Eigenständigkeit gefördert. Man denke insoweit nur an die umfassenden Kooperationen der deutschen Bundesländer in den Bereichen der Bildung und des Rundfunks⁹³. Eine ähnliche Situation besteht in der Schweiz und Österreich, deren Verfassungen sogar ausdrückliche Bestimmungen zur Zulässigkeit der vertraglichen Zusammenarbeit der Bundesländer und Kantone umfassen⁹⁴.

Dagegen schränken bundesstaatliche Verfassungen, die zur Zeit ihrer Annahme eine Gefährdung des Bundesstaats durch „politische Allianzen“ der Gliedstaaten befürchteten, die Kooperation der Gliedstaaten regelmäßig ein. Sie enthalten entweder ein ausdrückliches Verbot von Kooperationen der Gliedstaaten oder sehen jedenfalls einen bundesstaatlichen Genehmigungsvorbehalt vor. Dies gilt etwa für die ehemalige Schweizer Bundesverfassung von 1874⁹⁵ und die spanische Verfassung von 1978⁹⁶. Auch Art. I Section 10(3) der Verfassung

⁹⁰ Kapitel 11 III 3 (S. 333 ff.).

⁹¹ Siehe Kapitel 6 I und II (S. 182 ff.) sowie Kapitel 10 (S. 297 ff.).

⁹² Hierzu Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

⁹³ Näher insbesondere *H. Schneider*, Verträge, VVDStRL 19 (1961), 1; *C. Tomuschat*, Zwischenländerrecht, DÖV 1975, 453 und *J. Wuermeling*, Kooperatives (1988), S. 13 ff.

⁹⁴ Art. 15a II österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz: „Vereinbarungen der Länder untereinander können nur über Angelegenheiten ihres selbständigen Wirkungsbereiches getroffen werden und sind der Bundesregierung unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.“ Zur Schweiz nunmehr Art. 48 I der Bundesverfassung vom 18.4.1999: „Die Kantone können miteinander Verträge schließen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Sie können namentlich Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen.“

⁹⁵ Vor dem Hintergrund der Erfahrung des Sonderbunds Kriegs von 1847 bestimmte die Schweizer Bundesverfassung in der Fassung der Totalrevision vom 29.5.1874 in Art. 7 I, II S.1: „Besondere Bündnisse und Verträge politischen Inhalts zwischen den Kantonen sind untersagt. Dagegen steht ihnen das Recht zu, Vorkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung unter sich abzuschließen...“ Zur heutigen Rechtslage ebd.

⁹⁶ Art. 145 II der spanischen Verfassung: „Die Autonomiestatute können die Voraussetzungen ... vorsehen, gemäß derer die Autonomen Gemeinschaften untereinander Abkommen schließen können, die die Ausführung

der Vereinigten Staaten stellt bestimmte Verträge der amerikanischen Bundesstaaten unter einen Genehmigungsvorbehalt der Kongresses⁹⁷. Diese Bestimmung wurde vom US-Supreme Court nach der Stabilisierung der amerikanischen Bundesstaatlichkeit infolge des Bürgerkriegs allerdings restriktiv ausgelegt⁹⁸. Auch der europäische Verfassungsverbund könnte durch ausufernde völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten untergraben werden.

Die Praxis des vergangenen Jahrzehnts zeigt jedoch, dass völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten eine abnehmende Bedeutung besitzen⁹⁹. Das Schengener Recht ist das prominenteste Beispiel dafür, dass die Mitgliedstaaten eine gegebenenfalls ungleichzeitige Einbeziehung völkerrechtlicher Kooperationen in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union der völkerrechtlichen Kooperation vorziehen. Auch die Vergemeinschaftung des früheren Europäischen Währungssystems durch die Währungsunion, die Harmonisierung des internationalen Privatrechts durch Verordnungen nach Art. 65 EGV anstelle völkerrechtlicher Vereinbarungen nach dem Modell des EuGVÜ und die Vergemeinschaftung des Dubliner Übereinkommens bezeugen, dass die Europäische Union zum zentralen Integrationsrahmen der überstaatlichen europäischen Kooperation geworden ist. Dies stärkt das Verfassungsprimat der europäischen Verträge und spricht dagegen, die völkerrechtlichen Kooperationsrechte der Mitgliedstaaten weitergehend zu beschränken. Zudem sei daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine völkerrechtliche Kooperation der Mitgliedstaaten die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft nicht untergraben darf¹⁰⁰. Dies sichert als allgemeine Regel des Europarechts, dass völkerrechtliche Kooperationen die europäische Verfassungsordnung nicht unterminieren.

Schon aus praktischen Erwägungen werden die Mitgliedstaaten im Zweifelsfall eine Regelung im Rahmen der Europäischen Union der völkerrechtlichen Kooperation vorziehen. Das Europarecht bietet nämlich Vorteile gegenüber einer intergouvernementalen Zusammenarbeit. Die europäische Rechtsetzung erlaubt eine flexible Reaktion auf veränderte Umstände und wird nicht durch langwierige Ratifikationsverfahren verzögert, die auch bei der Zusammenarbeit in Strafsachen dazu führen, dass die europarechtliche Regelung zunehmend dem völkerrechtlichen Vertragsschluss vorgezogen wird¹⁰¹. Beim Europarecht können die Mitgliedstaaten regelmäßig sicher sein, dass die vereinbarten Regelungen in der Praxis vergleichsweise effektiv angewandt werden. In den meisten Mitgliedstaaten kommen dem Euro-

und Gewährung ihrer eigenen Dienstleistungen betreffen... In weiteren Fällen bedürfen Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen den Autonomen Gemeinschaften der Genehmigung durch die Cortes Generales.“

⁹⁷ Art. I Section 10(3) US-Verfassung: „No state shall, without the consent of congress, lay any duty of tonnage, kept troops, or ships of war, in time of peace, enter into any agreement or compact with another state, or with a foreign power, or engage in war, unless actually invaded, or in such imminent danger as will not admit of delay.“

⁹⁸ In Supreme Court, Entscheidung vom 3.4.1898, *Virginia v Tennessee*, 148 U.S. Supreme Court Reports (1893), 503 beschränkte dieser den Anwendungsbereich der Genehmigungspflicht auf Abkommen, welche die „political power of influence“ der Vertragsstaaten erhöhen und „the full and free exercise of federal authority“ unterminieren; bestätigt und fortentwickelt in Supreme Court, Entscheidung vom 21.2.1978, *U.S. Steel Corp. v Multistate Tax Commission*, 434 U.S. Supreme Court Reports (1978), 452.

⁹⁹ Allgemein auch *B. de Witte*, ‘Old Flexibility’, in: de Búrca/Scott (2000), S. 58: „Even without strict legal compulsions to stop the using these alternative routes, the Member States have, on their own account, come to the conclusion that it is advisable to concentrate their efforts and invest their political resources in the complex and game of the European Union rather than organising many little side-games“ und *F. Tnytschaever*, EMU, in: ebd. 193: „the EC/EU, time after time, has been able to spread out its tentacles to make these activities gravitate to the centre, if need be by means of differentiation.“

¹⁰⁰ Siehe Kapitel 10 II 2 b (3) (S. 312 f.).

¹⁰¹ Speziell zu Verträgen nach Art. 34 lit.d EUV Kapitel 6 I (S. 182 ff.).

parecht außerdem rechtliche Privilegien zu, die völkerrechtlichen Verträgen nicht gewährt werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit und der Vorrang sind nur die prominentesten Rechtsgrundsätze, die die effektive und einheitliche Anwendung des Europarechts in allen Mitgliedstaaten sichern¹⁰². Dies gilt im Übrigen für ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in gleicher Weise. Aufgrund der Einbettung der verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen erstrecken sich die Vorteile der europarechtlichen Regelung einer Materie auf Ungleichzeitigkeit.

Der wesentliche Vorteil der europarechtlichen Regelung einer Materie ist jedoch die Zuständigkeit der europäischen Institutionen. Der einheitliche institutionelle Rahmen der Europäischen Union umfasst erprobte Mechanismen der Entscheidungsfindung und speichert ein hohes Maß an Fachexpertise und -wissen, das in neuen Koordinierungsmechanismen und Institutionen aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen erst geschaffen werden müsste. Die Errichtung neuer Institutionen ist aufgrund der begrenzten personellen und finanziellen Ressourcen nicht nur unwahrscheinlich. Dieser Schritt ist bei einer ökonomischen Betrachtung auch nicht sinnvoll, da eine Nutzung der vorhandenen institutionellen Infrastruktur der Gemeinschaft wohl günstiger ist¹⁰³. Schließlich werden völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten häufig wegen ihres rechtsstaatlichen und demokratischen Defizits kritisiert – nicht nur mit Blick auf das Schengener Völkerrecht¹⁰⁴. Im Rahmen der europäischen Verträge sichern die Zuständigkeit des Parlaments und des Gerichtshofs, dass das demokratische und rechtsstaatliche Defizit begrenzt bleibt oder gänzlich beseitigt wird. Nach Maßgabe der Kriterien der Demokratie und der Transparenz besteht für *Craig* und *de Búrca* kein Zweifel an den Vorteilen der europarechtlichen Regelung:

„There is little room for doubt here: if we apply these criteria then the people fare less well when matters are regulated through a series of *ad hoc* international agreements than they do when they are regulated through bodies such as the EU“¹⁰⁵

¹⁰² Hierzu im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.) und zum Unterschied zwischen Unionsrecht der dritten Säule und Völkerrecht Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

¹⁰³ Ebenso *T. Jäger*, Nice, EFA Rev. 7 (2002), 297/298: Die verstärkte Zusammenarbeit „renders the extent and scope of such a joint effort ... more efficient and less expensive“ als völkerrechtliche Kooperationen.

¹⁰⁴ Hierzu die umfassende Analyse von *D. Curtin/H. Meijers*, Retrogression, CML Rev. 32 (1995), 391, die ebd. 415 zu dem Schluss kommen, dass im Bereich der Justiz- und Innenpolitik „in particular, secret law, secret decision-making and secrecy of documents should be reserved to authoritarian régimes“. Näher zur Rechtslage nach der Integration des Schengener Rechts in das Europarecht *D. Thym*, Schengen, ELJ 8 (2002), 218. Entsprechend zur Euro-Gruppe *I. Pernice/F. Hoffmeister*, Economic, in: FS Ehlermann (2002), S. 376: „The EURO group meetings are neither transparent nor democratically controlled. It is questionable whether this is a fully satisfactory procedure.“ Zur völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks an das Schengener Recht *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/300: „Perhaps what is most depressing about the Danish opt-in opt-out regime is its rejection of encouraging greater openness and accountability of Schengen through the EU framework as well as its over-simplistic assumption that national institutions will be able to render accountable decisions taken at intergovernmental level on justice and home affairs matters“ und *J. Shan*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/77: „sacrificing democracy and openness on the altar of encroachment upon its state sovereignty“. All dies unterstellt freilich, dass die Kontrolle völkerrechtlicher Verträge durch nationale Parlamente begrenzt ist; hierzu allgemein *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/26-37.

¹⁰⁵ *P. Craig/G. de Búrca*, EU Law (1999), S. 158. Entsprechend *S. Weatherbill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 34 f. und *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/394.

1 Kerneuropa: „constitutional heart attack“?

Welche Schlussfolgerungen ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen für die Umsetzung der politischen Integrationskonzepte eines Kerneuropa nach den Vorstellungen *Chiracs* und *Fischers*? Nach den Vorschlägen des französischen Staatspräsidenten würde die Europäische Union als dem zentralen rechtlichen Integrationsrahmen der europäischen Zusammenarbeit nicht in Frage gestellt. Das Modell *Chirac* zielt vielmehr auf eine komplementäre Ergänzung der Europäischen Union durch verschiedene völkerrechtliche Kooperationsrahmen, die als rechtliche „Satelliten“ die Union umkreisen. Soweit diese sich hierbei primär um Politikbereiche beziehen, die – wie die Verteidigungspolitik, die Bildungspolitik oder die Einrichtung gemeinsamer Konsulate und diplomatischer Vertretungen – allenfalls am Rande dem derzeitigen Primärrecht unterfallen, bestehen an der europarechtlichen Zulässigkeit dieser Kooperationen nach allgemeinen Regeln keine grundsätzlichen Zweifel¹⁰⁶. Im Einzelfall könnten die europäischen Institutionen auf der Grundlage einer Organleihe einzelne Funktionen im Rahmen der völkerrechtlichen Satellitenverträge wahrnehmen. Nur eine umfassende Organleihe scheidet nach den allgemeinen Regeln des Europarechts grundsätzlich aus¹⁰⁷.

Die Verwirklichung des Modells *Chirac* würde hiernach die Funktionsweise der Europäischen Union und das Verfassungsprimat der Verträge als zentralem Rahmen für die Regelung europäischer Sachverhalte nicht in Frage stellen. Die völkerrechtlichen Satellitenverträge würden im Hinblick auf Effizienz, demokratische Legitimität und rechtsstaatliche Kontrolle zwar hinter den Errungenschaften der europäischen Verfassungsordnung zurückbleiben. Dies könnte indirekt aber den Vorzug einer europarechtlichen Regelung aufzeigen. Nach dem Vorbild der Schengener Übereinkommen könnten die Satelliten als „Laboratorium“ und „Experimentierfeld“¹⁰⁸ für die europäische Integration dienen und mittelfristig in den Rahmen der europäischen Verträge integriert werden. Soweit nicht alle Mitgliedstaaten hierzu bereit sind, könnte die Integration wie beim Schengener Recht gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit erfolgen. Ganz im Sinn eines unterstützenden *bypass* würden die völkerrechtlichen Satelliten nach dem Modell *Chirac* die europäische Verfassung komplementär ergänzen, ohne das Verfassungsprimat der europäischen Verträge generell in Frage zu stellen.

Dies wäre bei einer Verwirklichung des Modells *Fischer* anders. Wenn man die Vorschläge *Fischers* in der Humboldt-Rede vom Mai 2000 als Blaupause für die künftige juristische Geographie Europas verwandte, würde die Europäische Union nicht nur um einzelne Satellitenverträge ergänzt. Stattdessen würde durch einige Mitgliedstaaten ein Gravitationszentrum begründet, das auf Grundlage eines neuen „europäischen Grundvertrags“ die gesamte Bandbreite europäischer Zuständigkeiten durch eigene Institutionen wahrnimmt¹⁰⁹. Die Begründung einer derartigen „Gegenorganisation“ mit umfassenden Kompetenzen und eigenen Institutionen würde eine „Entlegitimierung der Europäischen Union als dem zentralen Instrument

¹⁰⁶ Näher zu den entsprechenden Vorschlägen Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.). Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sind völkerrechtliche Kooperationen generell zulässig; Kapitel 10 III (S. 318 ff.). Auch im Bereich konkurrierender Zuständigkeit stehen die allgemeinen Regeln des Europarechts hier dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge regelmäßig nicht entgegen; Kapitel 10 II 2 b (S. 308 ff.).

¹⁰⁷ Siehe Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.).

¹⁰⁸ In diesem Sinn zu den Schengener Übereinkommen *L. Corrado*, *L'intégration*, RMC 1999, 342/349 und *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/877: „laboratoire“; *A. Wiener*, 'No' (2000), S. 16: „laboratory“; *D. O'Keefe*, *Model?*, Y.E.L. 11 (1991), 185/213 ff.; *K.-P. Nanz*, *Schengen, Integration 1994*, 92/94: „Vorreiter und Laboratorium“ und *K. Hailbronner/C. Thierry*, *Vergemeinschaftung*, EuR 1998, 583/605: „Pionierübereinkommen“.

¹⁰⁹ Hierzu bereits Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

und Baumuster der Verflechtung für die Demokratien Europas¹¹⁰ bedeuten. Das Gravitationszentrum würde als „Nukleus einer Verfassung der Föderation“¹¹¹ die europäischen Verträge als Ausdruck und Gestaltform des europäischen Gesellschaftsvertrags ablösen. Die derzeitigen Verträge erlitten eine „constitutional heart attack“¹¹², die den Verfassungsprimat des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union sprengt und beseitigt.

Aus der Perspektive der europäischen Verträge wäre ein solcher Schritt wohl rechtswidrig. Man könnte insoweit eine Umgehung des Vertragänderungsverfahrens annehmen¹¹³ oder unter Rückgriff auf entsprechende Äußerungen des Gerichtshofs die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft gefährdet sehen¹¹⁴. Auch die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV kann nicht als Modell für eine „Föderationsklausel“ dienen, die als rechtliches Bindeglied das Gravitationszentrum mit der Europäischen Union verknüpft. Art. 306 EGV geht von einer Subsidiarität der Benelux-Integration gegenüber der Europäischen Union aus, dem ein Aufgehen der Europäischen Union im föderalen Kerneuropa nach den Vorstellungen *Fischers* entgegengesetzt ist¹¹⁵. Wenn man die europäischen Verträge als originäre Verfassungsordnung begreift, könnte man zudem aus dem Verfassungscharakter deduktiv das Gebot eines Verfassungsprimats der Verträge ableiten, das nicht durch die Begründung einer europäischen Gegenorganisation unterlaufen werden darf. Die Begründung eines Gravitationszentrums *à la Fischer* wäre dann allenfalls durch die verfassungstheoretische Grenzsituation einer Verfassungsneugestaltung gerechtfertigt, die als „konstitutionelle Revolution“¹¹⁶ den Legitimationsrahmen der Europäi-

¹¹⁰ J. Janning, *Geschwindigkeiten*, EA 1994, 527/532.

¹¹¹ J. Fischer, *Föderation*, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 50.

¹¹² So die Terminologie von M. Hedemann-Robinson, *Area*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 289/302, wenn auch nicht im Hinblick auf die Vorschläge *Fischers*, sondern auf die Gefahren einer Vielzahl ergänzender völkerrechtlicher Kooperationen.

¹¹³ Überlegungen in diese Richtung finden sich, wenn auch nicht speziell im Hinblick auf die Vorschläge *Fischers*, bei Groeben/Thiesing/Ehlermann-R. Meng, Art. N EUV Rn. 35; Grabitz/Hilf-C. Vedder/H.-P. Folz, Art. N EUV (1998) Rn. 7 und A. Peters, *Elemente* (2001), S. 447 ff.

¹¹⁴ Siehe bereits Kapitel 10 II 2 b (5) (S. 315 ff.) zu EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 – *EWRI* und ergänzend EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 11 – *Binnenschiffahrt*: Verbot einer „Änderung der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten im Widerspruch zu einer bereits im zweiten Absatz der Präambel aufgestellten Forderung, wonach die Ziele der Gemeinschaft durch ‚gemeinsames Handeln‘ erreicht werden sollen, wobei nach Artikel 4 diese Aufgabe von den jeweils im Rahmen der ihnen zugewiesenen Befugnisse handelnden Organen der Gemeinschaft wahrgenommen wird“ und EuGH, Beschluss 1/78, Slg. 1978, 2151 Rz. 33 – *Kernmaterialübereinkommen*: „Es steht außer Zweifel, dass das einseitige Vorgehen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich, auch wenn es gemeinsam und abgestimmt sein sollte, zur Folge hätte, dass einige der wesentlichen Funktionen der Gemeinschaft in Frage gestellt würden.“ Zudem erlaubt Art. 48 EUV nur eine Änderung der Verträge, „auf denen die Union beruht“. Dies könnte man als Verbot einer faktischen Aufgabe der Europäischen Union deuten. Es sei zudem daran erinnert, dass Art. 23 I GG die Bundesrepublik zur Mitwirkung „bei der Entwicklung der Europäischen Union“ verpflichtet, weshalb auch das Grundgesetz der Begründung einer eigenständigen Gegenorganisation wohl entgegensteht. Siehe auch T. Giegerich, *Konstitutionalisierungsprozess* (2003), S. 544: „Sicher ausgeschlossen ist eine auch nur vorübergehende Änderung der Gemeinschaftsverfassung durch einzelne Mitgliedstaaten untereinander, weil sie zu einer konstitutionell unerträglichen Spaltung des Verfassungsregimes zwischen den (*ins* und *outs*) führen würde.“

¹¹⁵ Hierzu bereits Kapitel 6 V 2 (S. 200 f.).

¹¹⁶ So auch J. Fischer, zitiert nach J. Hénard/D. Vernet/R. de Weck, Streitgespräch Joschka Fischer contra Jean-Pierre Chevènement, *Die Zeit* vom 21.6.2000, S. 13/26.

schen Union überschreitet und im Sinn eines „bewussten politischen Neugründungsakt(s)“¹¹⁷ die Verfassung des Gravitationszentrums auf eine neue legitimatorische Basis gründet¹¹⁸.

2 Alternative: Reform von Ungleichzeitigkeit?

Es wurde in der Grundlegung des ersten Kapitels bereits darauf hingewiesen, dass die Vorschläge *Fischers* vermutlich nicht wörtlich zu nehmen sind und in erster Linie dem Ziel dienen, eine gesamteuropäische Debatte über den Fortgang der Integration anzustoßen. Das Kerneuropamodell diene hierbei als Entkräftung des Gegenarguments einer mangelnden Realisierbarkeit wegen unüberwindbarer Widerstände in einzelnen Mitgliedstaaten¹¹⁹. Nachdem die Initiative *Fischers* in der gesamteuropäischen Verfassungsdebatte des Europäischen Konvents mündete, hat sich der unmittelbare politisch-strategische Zweck der Humboldt-Rede erfüllt und wurde von ihm seither nicht wiederbelebt. Es ist daher in naher Zukunft nicht mit der Realisierung des Projekts zu rechnen. Gleichwohl sind die aufgezeigten Überlegungen nicht nur von akademischem Interesse. Das Kerneuropakonzept könnte in den kommenden Jahren einen Auftrieb erhalten, wenn die Ratifikation des Verfassungsvertrags scheitert oder sein Ergebnis als unbefriedigend empfunden wird. Als Alternative zu einer völkerrechtlichen Ergänzung der Europäischen Union könnte man hierbei eine Reform der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit anstreben.

Konkret könnte man einen dreifachen Reformschritt erwägen: Den Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen, die punktuelle Ausweitung europäischer Zuständigkeiten und die Änderung des Verfahrens zum Inkrafttreten von Vertragsänderungen. Auf den Aspekt des ungleichzeitigen Übergangs zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen wurde bereits hingewiesen, weil der Europäische Konvent mit Art. III-328 VVE-E eben diese Reform der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit *de constitutione ferenda* vorschlägt¹²⁰. Auch einen Ausbau von Unionskompetenzen erlaubt der Verfassungsentwurf im Bereich der Verteidigungspolitik, die gegebenenfalls durch neue Sonderformen von Ungleichzeitigkeit umgesetzt werden sollen¹²¹. Um in anderen Bereichen der Aushöhlung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung vorzubeugen, sollte der Umfang möglicher anderer Kompetenzausweitungen in besonderen Vertragsbestimmungen ausdrücklich festgelegt sein¹²².

Diese Reformen könnte – ähnlich wie die Vorschläge des Konvents zur Verteidigungspolitik – entweder von allen Mitgliedstaaten gemeinsam umgesetzt oder von einigen Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit verwirklicht werden. Subsidiär könnte jeweils das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit Anwendung finden, soweit die besonderen vertraglichen Ermächtigungen keine speziellen Regelungen normieren¹²³. Auch wäre es möglich, die nationalen Parlamente und Bürger in die Entscheidung einzubeziehen¹²⁴. Eine

¹¹⁷ J. Fischer, Föderation, in: FCE Bd. 2 (2000), Rn. 41.

¹¹⁸ Ebenso wie hier D. Hanf, Differentiation (2002), S. 399 f.: „revolutionary options“.

¹¹⁹ So schon Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

¹²⁰ Siehe Kapitel 7 I 3 (S. 214 ff.).

¹²¹ Hierzu Kapitel 6 II (S. 187 ff.).

¹²² Er könnte sich etwa auf die möglichen Betätigungsfelder eines Kerneuropa beziehen; Kapitel 1 II 2 (S. 32 ff.).

¹²³ So zur strukturierten Zusammenarbeit in der Verteidigungspolitik Art. III-213 V VVE-E; Kapitel 5 III 2 (S. 173 ff.).

¹²⁴ Art. 17 I EUV zur Entwicklung der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik und die *passerelle* des Art. 42 EUV zur „Vergemeinschaftung“ der dritten Säule könnten insoweit als Vorbild dienen, wenn sie die Annahme eines Integrationsschritts nach Maßgabe der nationalen Verfassungsrechts vorschreiben.

ungleichzeitige Umsetzung käme hiernach insbesondere dann in Betracht, wenn einige Mitgliedstaaten die Teilnahme von Anfang an nicht wünschen oder die Annahme des Reformschritts im nationalen Parlament oder einem anberaumten Referendum scheitert. Die neue Form von Ungleichzeitigkeit unterfiel den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit und wäre hiernach umfassend in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Verfassungsrahmen der Europäischen Union integriert.

Dagegen gestaltet sich eine Reform des Vertragsänderungsverfahrens schwierig. Keine rechtlichen Probleme bereitet nur eine Regelung wie diejenige der UN-Charta, wonach eine Vertragsänderung nach der Ratifikation durch ein bestimmtes Quorum der Vertragsstaaten mit Wirkung für alle Vertragsstaaten in Kraft tritt¹²⁵. Ein solcher Integrationsschritt hat derzeit politisch jedoch keine Realisierungschance, weil die meisten Mitgliedstaaten nicht bereit sind, auf ihr Veto bei Vertragsänderungen zu verzichten. So behält auch der Verfassungsentwurf des Konvents das Einstimmigkeitserfordernis für Vertrags- bzw. Verfassungsänderungen bei und verlangt in Art. IV-7 IV VVE-E die Ratifikation aller Mitgliedstaaten¹²⁶. Alternativ könnte man allenfalls ein „ungleichzeitiges“ Inkrafttreten von Vertragsänderungen nach der Ratifikation durch nicht alle Mitgliedstaaten mit Wirkung nur für diese Mitgliedstaaten erwägen. Ein solcher Integrationsschritt würde jedoch nicht nur erhebliche Probleme praktischer Natur mit sich bringen¹²⁷. Es bestünde auch ein rechtliches Nebeneinander verschiedener Teilordnungen, die teils für alle und teils für einige Mitgliedstaaten gelten, ohne dass ihre Interaktion durch eine von allen Mitgliedstaaten ratifizierte Vertragsänderung geregelt würde, wie dies bei Ungleichzeitigkeit der Fall ist. Die europäischen Verträge begründeten keine einheitliche Rechtsordnung mehr und könnten nicht mehr als Verfassung im Rechtsinn qualifiziert werden¹²⁸.

In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des Art. IV-7 V VVE-E kein Einfallstor für ein ungleichzeitiges Inkrafttreten künftiger Vertragsänderungen, soweit es dort heißt, dass der Europäische Rat mit der Frage zu befassen ist, wenn „nach Ablauf von zwei Jahren ... vier Fünftel der Mitgliedstaaten den (Änderungsvertrag) ratifiziert (haben) und in einem Mitgliedstaat oder mehreren Mitgliedstaaten Schwierigkeiten bei der Ratifikation aufgetreten (sind).“ Der Europäische Rat hat nicht die Kompetenz, ein von Art. IV-7 IV VVE-E abweichendes Inkrafttreten der Verfassungsänderung mit Wirkung für einige Mitgliedstaaten zu beschließen. Allenfalls kann er andere Auswege aus der Blockadesituation erörtern. Neben einem freiwilligen Austritt des zögernden Mitgliedstaats¹²⁹ kommt die Vereinbarung einer neuen Form von Ungleichzeitigkeit in Betracht, die dessen Integrationsunwille mit dem Re-

¹²⁵ Vgl. Art. 108 UN-Charta.

¹²⁶ Trotz eines erneuten Vorstoßes von Kommission und Parlament wird der Vorschlag eines vereinfachten Änderungsverfahrens für vermeintlich technische Detailbestimmungen des dritten Teils des Verfassungsvertrags in der Regierungskonferenz nicht verwirklicht werden. Das Vereinigte Königreich hat seinen Widerstand bereits bekräftigt; vgl. zu all dem die Mitteilung der Kommission, Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003 (KOM(2003) 548), Rz. 10 ff.; die Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EP-Dok. P5_TA-(2003)0407, Rz. 32 und The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, A Constitutional Treaty for the EU, September 2003, Nr. 66: „(W)e will insist that unanimity remain for Treaty change.“

¹²⁷ Erhebliche Komplikationen würden sich vor allem für die Zusammensetzung und Funktionsweise der Organe ergeben, wenn diese je nach Rechtsgrundlage variiert und je nach Rechtsgrundlage verschiedene Regeln gelten.

¹²⁸ Hierzu bereits Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

¹²⁹ Vgl. Art. I-59 VVE-E.

formbestreben der anderen Mitgliedstaaten in praktischer Konkordanz verbindet¹³⁰. Die Vereinbarung einer neuen Form von Ungleichzeitigkeit, die über den Status quo des gelten Vertragsrechts hinausgeht, bedarf freilich ihrerseits als Vertragsänderung der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten. Soweit auch diese scheitert, bleibt den kooperationswilligen Mitgliedstaaten auch weiterhin nur die Option einer völkerrechtlichen Kooperation außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union.

III Ungleichzeitigkeit und europäische Demokratie

Graf Vitzthum schließt seine Überlegungen zur Identität Europas und den Perspektiven europäischer Verfassungs- und Identitätspolitik mit den Worten „Qui vivra veras“¹³¹. Dies entspricht dem Ergebnis der verfassungstheoretischen Standortbestimmung, dass die Entwicklung eines europäischen Bürgerbewusstseins, welches die europäische Verfassung zu tragen vermag und eine originäre demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt vermittelt, sich in einem Entwicklungsprozess befindet¹³². *Hallsteins* Formel von der europäischen Integration als „création continue“¹³³ besitzt insoweit für die Entwicklung der europäischen Demokratie eine besondere Bedeutung. Welche Wechselwirkung besteht zwischen Ungleichzeitigkeit und der schrittweisen Herausbildung einer europäischen Identität? Erschwert oder verhindert Ungleichzeitigkeit diesen Integrationsprozess mit der Folge, dass die verfassungstheoretischen Anforderungen an eine europäische Demokratie auch wegen Ungleichzeitigkeit nicht erfüllt sind?

1 Rechtsstatus der Unionsbürger

Die verfassungstheoretische Annahme, dass die europäische Verfassung auf einem Gesellschaftsvertrag der Unionsbürger gründet und diese die europäische Hoheitsgewalt über das Europäische Parlament, zumindest partiell, demokratisch direkt legitimieren, wäre in Frage gestellt, wenn die Rechtsstellung der Unionsbürger bei Ungleichzeitigkeit einzig über ihre Staatsangehörigkeit vermittelt würde. Es soll daher an dieser Stelle nochmals auf einzelne Aspekte des Rechtsstatus der Unionsbürger bei Ungleichzeitigkeit hingewiesen werden. Grundsätzlich wird die Unionsbürgerschaft zwar durch die nationale Staatsangehörigkeit vermittelt und ergänzt diese als Ausdruck des „bestehenden Maß(es) existentieller Gemeinsamkeit“¹³⁴. Bei Ungleichzeitigkeit wird jedoch deutlich, dass die ergänzende Funktion der Unionsbürgerschaft sich von der nationalen Staatsangehörigkeit löst und eine eigenständige Bedeutung gewinnt. Bei Ungleichzeitigkeit besteht der Gleichheitsstatus der Unionsbürger unabhängig von deren Staatsangehörigkeit. Dies kann man als Element einer eigenen Personalhoheit der Europäischen Union im Anwendungsbereich des Europarechts betrachten¹³⁵.

¹³⁰ Siehe auch *D. Grimm*, Hintertür, Die Zeit vom 16.4.2003, S. 10: Das Ziel einer größeren Effizienz der Vertragsreform durch die Aufgabe von Einstimmigkeit für Vertragsänderungen sei alternativ durch „die Lösung unterschiedlicher Integrationsstufen in der EU“ zu erreichen.

¹³¹ *W. Graf Vitzthum*, Identität, EuR 2002, 1/16 im Anschluss an: „Die EU-Identität dürfe weiterhin Schritt für Schritt entworfen und institutionell abgesichert werden; die Substanz wird dann – prozedural geordnet – nachwachsen, zumindest partiell.“

¹³² Kapitel 11 IV 2 (S. 338 ff.).

¹³³ *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 46.

¹³⁴ BVerfGE 89, 155/184 – *Maastricht*. Allgemein zur ergänzenden Funktion der Unionsbürgerschaft Art. 17 I EGV.

¹³⁵ Zur „personalen Komponente“ der von ihm als „supranationale Föderation“ verstandenen Europäischen

Nach den allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit muss auch ungleichzeitiges Europarecht das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten¹³⁶. Bei Ungleichzeitigkeit richtet sich der personale Geltungsbereich des Europarechts einzig nach der Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs. Die Gemeinschaft darf innerhalb des beschränkten Geltungsbereichs nicht zwischen Staatsangehörigen der *ins* und der *outs* unterscheiden. Der Rechtsstatus der Unionsbürger wird nicht über „ihren“ Mitgliedstaat vermittelt und ist unabhängig von dessen Teilnahme an der Ungleichzeitigkeit. So musste die Gemeinschaft das Förder- und Austauschprogramm für Rechtsberufe im Bereich des Zivilrechts zwingend für dänische Staatsangehörige öffnen, die einen Rechtsberuf im Geltungsbereich der Verordnung ausüben¹³⁷. Dagegen ist die Nichtgeltung eines ungleichzeitigen Rechtsakts für alle Unionsbürger, gleich welcher Staatsangehörigkeit, im Staatsgebiet der *outs* eine notwendige Folge von Ungleichzeitigkeit¹³⁸. Soweit die Gemeinschaft die Vorteile ungleichzeitigen Europarechts dennoch auf Staatsangehörigen eines *in* im Hoheitsgebiet eines *out* erstreckt, muss sie wiederum das Diskriminierungsverbot beachten. Im Fall des aufgeführten Förderprogramms durfte sie etwa nicht vorsehen, dass deutsche Staatsangehörige, die einen Rechtsberuf in Dänemark ausüben, sich an Fördermaßnahmen beteiligen können, nicht aber dänische Staatsangehörige in Dänemark¹³⁹.

Ebenso ist es rechtlich zwingend geboten, dass britische und irische Staatsangehörige bei der Einreise in den Schengen-Raum nicht wie Drittstaatsangehörige behandelt werden, sondern demselben Kontrollregime wie Staatsangehörige der *ins* unterworfen sind¹⁴⁰. Das Vereinigte Königreich und Irland sind *outs* des Grenzkontrollregimes des Schengener Rechts, ihre Staatsangehörigen gelten bei der Einreise in den Schengen-Raum aber gleichwohl als „Schengen-Bürger“. Der Rechtsstatus der Unionsbürger durchbricht den Ableitungszusammenhang der nationalen Staatsangehörigkeit und gewinnt ein eigenständiges Gewicht, das bei Ungleichzeitigkeit besonders deutlich wird. Das Gebot der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erleichtert identitätsstiftende Gruppenbildungsprozesse zwischen den Unionsbürgern¹⁴¹. Es trägt damit gerade auch bei Ungleichzeitigkeit zur Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins bei, auf dem die europäische Verfassung und die demokra-

Union *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/99 f. sowie, ihm folgend, *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/355. Siehe auch bereits *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/54 f.: „Die Verfestigung der Europäischen Gemeinschaft verwickelt indes das Konzept der Nation als eines geschlossenen Personenverbandes mit speziellen Rechten und Pflichten ihrer Angehörigen zunehmend in Widersprüche. Angesichts der gemeinschaftsrechtlich verbürgten Freizügigkeit muss die Anwesenheit der Angehörigen aller übrigen Gemeinschaftsmitglieder als dauerhafte von Rechts wegen gestattet werden.“ Der Begriff der Personalhoheit soll hier losgelöst von seinem klassischen staatsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verständnis als Ausdruck des europäischen Gesellschaftsvertrags verwandt werden; siehe aber *J. Gerkerath*, Émergence (1997), S. 399: „On y rencontre ainsi des éléments qui ... présentent des analogies frappantes avec certains éléments constitutifs de l'État.“

¹³⁶ Siehe Kapitel 8 IV (S. 254 ff.).

¹³⁷ Hierzu die Darlegungen betreffend VO 290/2001/EG ebd.

¹³⁸ Derartige mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind zulässig. Siehe hierzu die Verweise auf EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 Rz. 13 – *Walt Wilhelm* und BVerfGE 33, 206/231 – *Waffengesetz* in Kapitel 8 IV (S. 254 ff.).

¹³⁹ So im Hinblick auf Art. 8 IV VO 290/2001/EG ebd.

¹⁴⁰ Siehe hierzu ebenfalls die Darlegungen betreffend Art. 1, 6 II lit.c Schengen II ebd.

¹⁴¹ Entsprechend allgemein zum Diskriminierungsverbot *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/185: „Zum anderen begründet die Unionsbürgerschaft einen Status der Gleichheit unter den nationalen Rechtsordnungen. Dies erleichtert gegenseitige Anerkennungsprozesse zwischen den Unionsbürgern und damit Gruppenbildungsprozesse, welche durch Diskriminierungen massiv erschwert würden.“

tische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt durch das Europäische Parlament beruhen. In freier Fortentwicklung der Aussage *Brandts* zur deutschen Teilung kann man im Hinblick auf die „Teilung“ der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit formulieren: „Auch wenn verschiedene Integrationsgruppen in der Europäischen Union existieren, sind sie füreinander doch kein Ausland.“¹⁴²

2 Europäisches Parlament

Die politische Debatte um die Ungleichzeitigkeit eines konkreten Sachthemas ist an den Mitgliedstaaten als monolithischen Blöcken demokratischer Entscheidungsfindung ausgerichtet. Dies garantiert zwar die Wahrung nationaler Interessen und Identität im europäischen Verfassungsverbund, stärkt zugleich aber den nationalen Legitimationsstrang europäischer Hoheitsgewalt¹⁴³. Ungleichzeitigkeit erschwert insoweit die Herausbildung eines originären europäischen Diskurses. Es ist daher besonders wichtig, dass die Souveränität der Unionsbürger gegenüber der europäischen Hoheitsgewalt nicht nur in nationalen Wahlen und Referenden kanalisiert wird¹⁴⁴. Dem Europäischen Parlament kommt gerade auch bei Ungleichzeitigkeit eine besondere Bedeutung zu. Allgemein betrachtet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Europäische Parlament in der *Matthews*-Entscheidung als „the principal form of democratic, political accountability in the Community system.“ Da es „derives democratic legitimation from the direct elections by universal suffrage, (it) must be seen as that part of the European Community structure which best reflects concerns as to ‘effective political democracy’.“ Der Ausschluss der Gibraltesen von den Europawahlen verstoße daher gegen das Recht auf freie Wahlen¹⁴⁵. Bei Ungleichzeitigkeit stellt sich die Frage nach dem Wahlrecht zum Europäischen Parlament unter entgegengesetzten Vorzeichen: Ist es eine Verletzung des demokratischen Prinzips, wenn die Abgeordneten eines *out* über die Annahme und Änderung ungleichzeitiger Europarechtsakte mitbestimmen?

Die Fragestellung ist kein Spezifikum des Europarechts und stellt sich entsprechend in Mitgliedstaaten mit einer asymmetrischen Regionalisierung. So wird im Vereinigten Königreich seit den 70er-Jahren die *West Lothian Question* kontrovers diskutiert. Sie bezieht sich auf einen Einwand des Vertreters des schottischen Wahlkreises *West Lothian* im britischen Parlament in Westminster während einer früheren Regionalisierungsdebatte, ob es denn demokratisch sei, wenn er über Fragen mitentscheiden dürfe, die dem schottischen Parlament zur autonomen Entscheidung übertragen wurden, für England aber weiterhin in Westminster unter

¹⁴² Ähnlich, ohne auf die Ungleichzeitigkeit des Schengener Rechts einzugehen, P. Häberle, *Öffentlichkeit* (2000), S. 8: „Schließlich sind die Mitgliedstaaten der EU nicht mehr ‚Ausland‘. Sie bilden schon ein Stück Inland und sind in einem tiefen Sinne ‚Freundesland‘ – nicht nur Schengen macht dies für den Europabürger erlebbar.“

¹⁴³ Als einer der beiden komplementären Quellen demokratischer Legitimation im europäischen Verfassungsverbund; Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

¹⁴⁴ Die gleichwohl die Funktion von „Europawahlen“ im europäischen Verfassungsverbund ausüben und die mittelbare demokratische Legitimation der Europäischen Union sichern; so zu Referenden über die Währungsunion Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.) und allgemein I. Pernice, *National Parliaments*, in: Melissas/ders. (2002), S. 73.

¹⁴⁵ Nach Art. 3 des (ersten) Zusatzprotokolls zur EMRK; EGMR, Application No. 24833/94, *Matthews v. United Kingdom*, Rz. 52 und 60 ff., EHRR 28 (1999), 361 ff. Es sei zudem daran erinnert, dass das Problem nicht neu ist und sich in den 50er-Jahren im Hinblick auf das Saarland und die entsprechende Bestimmung des Art. 79 I S.2 EGKSV stellte. Die von W. Hallstein, Schuman-Plan (1951), S. 25 „als undemokratisch“ verworfene Variante einer Nichtrepräsentation des Saarlands wurde seinerzeit durch die Anrechnung der Saardelegierten auf die französische Quote der seinerzeit noch nicht direkt gewählten Europaparlamentarier gelöst.

Beteiligung der schottischen Abgeordneten entschieden werden¹⁴⁶. Die Debatte dauert bis heute an und ist bislang nicht im Sinn eines Ausschlusses derjenigen Abgeordneten entschieden, die einen Wahlkreis vertreten, in dem eine Gesetz nicht gilt¹⁴⁷. Auch in den asymmetrischen Arrangements Belgiens und Spaniens sind alle Abgeordneten gleichberechtigt an der Annahme aller Gesetze beteiligt¹⁴⁸.

Auch in der Europäischen Union berät und entscheidet das Europäische Parlament bei Ungleichzeitigkeit in unveränderter Zusammensetzung¹⁴⁹. Eine variierte Beschlussfassung war im Verfassungsentwurf des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments von 1994 de constitutione ferenda noch ausdrücklich vorgesehen¹⁵⁰ – diese Forderung wurde während der Regierungskonferenz 1996/97 jedoch aufgegeben¹⁵¹. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde die unveränderte Zusammensetzung des Parlaments vielfach kritisiert. Die Kritik stützte sich dabei vor allem auf die unterstellte Abwesenheit eines europäischen Volkes und leitete hieraus die Konsequenz ab, dass die Beteiligung aller Abgeordneten undemokratisch sei¹⁵². Dies gelte insbesondere dann, wenn etwa britische Abge-

¹⁴⁶ Näher *V. Bogdanor*, *Devolution* (1999), S. 227 f.; *A. Ward*, *Limits*, in: Kilpatrick u.a. (2000), S. 129; *R. Hazell*, *Westminster*, in: ders. (1999), S. 121 und *J. Hopkins*, *Comparative*, EPL 4 (1998), 323/332 f.

¹⁴⁷ In Section 81 Scotland Act 1998 wurde die Frage insoweit mittelbar angegangen, als jedenfalls die bisherige Überrepräsentanz Schottlands durch eine Anpassung der Wahlkreisgröße beseitigt wurde; *R. Hazell*, *Westminster*, in: ders. (1999), S. 117. Die britischen Konservativen forderten vor der Unterhauswahl 2001 eine Beschneidung der Stimmrechte schottischer Abgeordneter; vgl. *B. Groom*, *A Show of Arms begins election's phoney war*, *Financial Times* vom 4.12.2000, S. 3 und *R. Brazier*, *Constitution?*, N.I.L.Q. 52 (2001), 1/12. Praktisch dürfte sich die Frage mit der anvisierten Schaffung englischer Regionen und der hiermit einhergehenden zunehmenden Symmetrie der Regionalisierung entschärfen.

¹⁴⁸ Nach *Hopkins* ebd. 332 wurde die Frage in Spanien nie ausdrücklich diskutiert, weil Regionalisierungsgegner im gleichen Stimmrecht eine Betonung der staatlichen Einheit sehen. Dagegen möchten die primär bevorzugten Andalusier und Katalanen ihren überproportionalen Einfluss wahren und andere Regionen das Argument als Druckmittel für mehr eigene Autonomie nutzen. Auch in Belgien entscheidet die föderale Ebene immer in unveränderter Zusammensetzung. Eine Asymmetrie besteht einzig in dem Sonderfall, dass die fusionierte flämische (Kultur-)Gemeinschaft/Region Flandern Entscheidungen für die Region Flandern trifft, die Brüssel nicht umfasst. Hier stimmen die Brüsseler Vertreter in der fusionierten Volksvertretung nicht mit ab; näher *R. Mörsdorf*, *Vergleich* (1996), S. 81.

¹⁴⁹ Dies ergibt sich schon aus der Abwesenheit einer abweichenden Regelung und bekräftigend aus Art. 44 I EUV; Kapitel 7 II (S. 216 f.).

¹⁵⁰ Art. 46 des Verfassungsentwurfs des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 10.2.1994 („Herman-Bericht“), BT-Drs. 12/7074: „Die Mitglieder des Europäischen Parlaments..., die den anderen Mitgliedstaaten (*outs* einer Ungleichzeitigkeit, Anm. d. Verf.) angehören, enthalten sich bei Beratungen und Abstimmungen über Entscheidungen, die aufgrund dieser Bestimmung getroffen werden, der Stimme.“

¹⁵¹ Während der Regierungskonferenz im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam forderte das Europäische Parlament – entgegen ersten Entwürfen aus nationalen Regierungskreisen – eine uneingeschränkte Beteiligung aller Abgeordneten bei Ungleichzeitigkeit; vgl. *F. Tuyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 65 und die Stellungnahme seines ehemaligen Präsidenten *J.M. Gil Robles*, *Flexibilität*, *EuZW* 1997, 353: „Wir sind die Vertretung aller Bürger, und alle Bürger werden von den Beschlüssen betroffen sein, die im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit gefasst werden. Deshalb müssen alle Europaabgeordneten die Möglichkeit haben, Einfluss auf die Beschlussfassung zu nehmen.“

¹⁵² So zum Sozialabkommen *K. Hailbronner*, *EG-Sozialpolitik*, in: GS Grabitz (1995), S. 137 f.: „Das Europäische Parlament kann daher nicht als Repräsentantin eines nicht existierenden Gemeinschaftsvolkes angesehen werden... Aus diesem Blick scheint es aus grundsätzlichen Demokratieerwägungen heraus schwer verständlich, könnten die britischen Abgeordneten ... beim Zustandekommen sozialpolitischer Rechtsakte ein gleiches Stimmrecht ausüben, wie die Abgeordneten der elf Mitgliedstaaten.“ Zur verstärkten Zusammenarbeit *P. Huber*, *Flexibilität*, *EuR* 1996, 347/360: „Vor allem dann, wenn man die legitimationsabstützende Funktion in Betracht zieht, die dem Europäischen Parlament in den Fällen des Mitentscheidungsrecht ... zukommt, dürfte seine Legitimation durch ‚Dritte‘, d.h. durch Abgeordnete nicht teilnehmender Staaten, sys-

ordnete im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit für den Kontinent höhere Sozialstandards festlegen, die britischen Unternehmen im Binnenmarkt einen komparativen Wettbewerbsvorteil gewähren¹⁵³. Auch bei ungleichzeitigen Förderprogrammen würden sie „effectively spending tax-payers' money from other Member States“¹⁵⁴.

Die Befürworter einer unveränderten Zusammensetzung des Parlaments argumentieren umgekehrt, dass die Mitglieder des Parlaments anders als die nationalen Vertreter im Rat gerade nicht das mitgliedstaatliche Partikularinteresse in den europäischen Entscheidungsprozess einbringen. Vielmehr sei das Parlament als „eigenständiges, supranationales Repräsentativorgan“¹⁵⁵ auch aufgrund des von der Staatsangehörigkeit abgekoppelten Wahlrechts¹⁵⁶ und der internen Organisation nach parteipolitischer Grundausrichtung anstelle der Nationalität¹⁵⁷ dem gemeineuropäischen Interesse verpflichtet¹⁵⁸. Diese Argumentation fügt sich in die verfassungstheoretische Grundannahme, dass das Europäische Parlament im europäischen Verfassungsverbund einen direkten demokratischen Legitimationsstrang für die europäische Hoheitsgewalt begründet¹⁵⁹. Soweit man diese Auffassung teilt, bekräftigt die Entscheidung des Vertragsgebers für eine unveränderte Zusammensetzung des Parlaments bei Ungleichzeitigkeit die demokratische Legitimationsfunktion des Parlaments und die Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf einen gesamteuropäischen Gesellschaftsvertrag¹⁶⁰. Die unveränderte Zusammensetzung des Parlaments bestärkt seine Verpflichtung auf das europäische Gemeinwohl nach Maßgabe der Wahlentscheidung der Unionsbürger. Der umfassende parlamentarische Diskurs trägt auch bei Ungleichzeitigkeit zur Begründung einer europäischen Identität der Abgeordneten und, mittelbar, der diese wählenden Unionsbürger bei.

3 Verständlichkeit und Bürgernähe

Als erster Konsul im Jahr VII erklärte *Napoléon Bonaparte*, dass eine Verfassung „courte et obscure“ sein müsse. Dies zielt in erster Linie auf einen weitreichenden Entscheidungsfrei-

temfremd und problematisch sein.“ Allgemein kritisch auch *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/374 f.; *H. Kortenberg*, Cooperation, CML Rev. 35 (1998), 833/847; *K. Hailbronner*, Immigration and Asylum (2000), S. 62; *ders.*, Amsterdam, CML Rev. 35 (1998), 1047/1063 und, de constitutione ferenda, *A. von Bogdandy*, Euro, EuZW 2001, 449: „Das dürfte das Mitbestimmen etwa dänischer Abgeordneter im Europäischen Parlament kaum zulassen.“

¹⁵³ Zum historischen Kontext des Sozialabkommens, der sich bei einer sozialpolitischen verstärkten Zusammenarbeit ohne das Vereinigte Königreich wiederholen könnte, *G. Schuster*, Sozialpolitik, EuZW 1992, 178/185; und *P. Watson*, Social, CML Rev. 30 (1993), 481/504.

¹⁵⁴ So *M. Hedemann-Robinson*, Area, in: O'Keeffe/Twomey (1999), S. 289/301; zur Finanzierung operativer Ausgaben bei Ungleichzeitigkeit Kapitel 7 IV (S. 225 ff.).

¹⁵⁵ Calliess/Ruffert-M. Ruffert, Art. 44 EUV Rn. 3.

¹⁵⁶ Auf Art. 19 EGV verweisen in diesem Zusammenhang ausdrücklich *E. Philippart/G. Edwards*, Flexibility, JCMSt. 37 (1999), 87/94.

¹⁵⁷ *U. Kampmeyer*, Sozialpolitik (1998), S. 117 f.

¹⁵⁸ In diesem Sinn *F. Tuytschaever*, Differentiation (1999), S. 65; *A. Kliemann*, Sozialintegration (1997), S. 82-84; *A. Dashwood*, Enlargement, in: *ders.* (1996), S. 145/150. Es sei zudem daran erinnert, dass *outs* das ungleichzeitige Europarecht nach der Herstellung von Gleichzeitigkeit grundsätzlich ohne inhaltliche Änderung übernehmen müssen. Soweit man die Abgeordneten als Vertreter ihres Mitgliedstaats betrachtet, kann man ihre Beteiligung somit auch als Vorgriff auf eine spätere Herstellung von Gleichzeitigkeit betrachten. In Ausnahmefällen einer Blockadehaltung von Abgeordneten der *outs* erwägt *Tuytschaever* ebd. 66 eine „constraint on the voting behaviour of the MEPs of the non-participating Member States.“

¹⁵⁹ Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

¹⁶⁰ Zum Zusammenhang von einheitlichem institutionellen Rahmen und dem Konzept des Gesellschaftsvertrags bereits Kapitel 12 I 4 (S. 353 ff.).

raum der politischen Institutionen und weniger auf die Förderung von Bürgernähe durch einen kurzen und verständlichen Verfassungstext¹⁶¹. Heute wird die Forderung nach einer Verfassung „plus clairs et mieux compris“¹⁶² vor allem im Hinblick auf das Ziel einer „Vereinfachung der Verträge“¹⁶³ als Vorgabe für die aktuelle Verfassungsdebatte erhoben und allgemein auf die unterverfassungsrechtliche Ebene einer „möglichst offen(en) und bürgernah(en)“¹⁶⁴ Entscheidung über Sekundärrechtsakte erstreckt. In demokratietheoretischer Perspektive ist die Verständlichkeit und Klarheit einer Verfassung und der in ihrem Rahmen angenommenen Rechtsakte eine wichtige Voraussetzung für die Einbindung der Bürger. Eine klare und verständliche Rechts- und Verfassungssprache unterstützt die Herausbildung eines demokratischen Bürgerbewusstseins und damit die Entwicklung einer europäischen Demokratie. Dies betont auch das Bundesverfassungsgericht in seiner *Maastricht*-Entscheidung:

„Demokratie, soll sie nicht lediglich ein formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln ... und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt. Dazu gehört auch, dass die Entscheidungsverfahren der Hoheitsgewalt ausübenden Organe und die jeweils verfolgten politischen Zielvorstellungen allgemein sichtbar und verstehbar sind.“¹⁶⁵

Die bloße Existenz dieser Untersuchung zeigt, dass Ungleichzeitigkeit eine zusätzliche Komplexitätsebene des Europarechts eröffnet, die wie jede zusätzliche Komplexität die Verständlichkeit erschwert. Die negativen Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf Verständlichkeit und Bürgernähe sind vielfach kritisiert worden. So merkt *Weatherhill* an: „Anxiety about the destabilising impact of increasing intransparency and accelerating fragmentation under the appealing name of flexibility is real.“¹⁶⁶ Und *Zuleeg* kritisiert die Ungleichzeitigkeit der EuGV-Verordnung: „Angesichts solchen Wirrwarrs verwundert es niemand, dass die europäische Verfassung nicht volkstümlich ist.“¹⁶⁷ Tatsächlich ist eine gleichzeitige Verfassung

¹⁶¹ Näher der Bericht des französischen Senats, Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'idée d'une Constitution pour l'Union européenne par M. Hubert Haenel (Rapport Haenel), No 363 Session ordinaire 2000/1, 7.6.2001, Abschnitt II.2.

¹⁶² Nr. 5 Sps.3 Erklärung über die Zukunft der Union (2001); französische Sprachfassung.

¹⁶³ Ebd. in der deutschen Sprachfassung.

¹⁶⁴ Art. 1 II EUV.

¹⁶⁵ BVerfGE 89, 155/185 – *Maastricht*. Ebenso BVerfGE 97, 350 – *Euro*, wo nunmehr zutreffend von „verformt“ anstelle von „verformt“ gesprochen wird. Entsprechend *P. Craig*, Nature, in: ders./de Búrca (1999), S. 24; *J. Gerkerath*, Émergence (1997), S. 253 ff. und *C. Sobotta*, Transparenz (2000). Weniger kritisch *N. McCormick*, Democracy, in: ders. (1997), S. 5. Klagen über Rechtsfülle und mangelnde Transparenz des Gemeinschaftsrechts werden seit Jahrzehnten geführt und sind keine Neuheit im Rahmen des derzeitigen Verfassungsprozesses; vgl. etwa *C. Tomuschat*, Normenpublizität, in: FS Kutscher (1981), S. 461 ff.

¹⁶⁶ *S. Weatherhill*, Cooperation, in: O'Keeffe/Twomey (1999), S. 37. Ähnlich *ders.*, Safeguarding, in: Heukels u.a. (1998), S. 175: „The Treaty is scarcely palatable to the *communautaire connoisseur* ... for all its opaque cross-references, intricate Protocols and bewilderingly diverse Declarations.“

¹⁶⁷ *M. Zuleeg*, Vorzüge, in: von Bogdandy (2003), S. 949. Siehe auch *D. Curtin*, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/67: „constitutional chaos“; *Callies/Ruffert-M Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 9; *G. Gaja*, Flexibility, CML Rev. 35 (1998), 855/868: „potentially complicates the legal picture“; *P. Huber*, Flexibilität, EuR 1996, 347/358; *C.D. Ehlermann*, Zusammenarbeit, EuR 1997, 362/369; *B. Martenczuk*, Struktur, EuR 2000, 351/359 f.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 449: „(I)st das exzessive Protokollwesen unter dem Gesichtspunkt von einheitlicher Geltung und Transparenz des Verfassungsrechts ... nicht unbedenklich“; *G. de Búrca*, Institutional, in: ebd. 65: „Constitutional order can be said to imply at least a basic degree of clarity and comprehensibility, no matter how intrinsically complex the political entity in question, how manifold and diversified its aims“; *P. Beau-*

ihrem Wesen nach verständlicher als ihre ungleichzeitige Entsprechung. Die im zweiten Teil erörterten Vertragsbestimmungen über die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit wären gänzlich überflüssig, wenn das Europarecht in diesen Politikbereichen gleichzeitig gelten würde. Neben dieser allgemeinen Komplexität als notwendiger Folge jeder Ungleichzeitigkeit, weist die Redaktion der Vertragsbestimmungen aber auch eine Reihe von Defiziten und vermeidbaren zusätzlichen Komplexitätsebenen auf, die mit Ungleichzeitigkeit nicht notwendig einhergehen.

Es sei insoweit an die Reorganisation und Neunummerierung des Vertragsregimes der verstärkten Zusammenarbeit durch den Vertrag von Nizza erinnert. Diese beseitigen zwar das Nebeneinander verschiedener Voraussetzungen für die erste und dritte Säule und sind insoweit ein Beitrag zu mehr Verständlichkeit. Zugleich wurden die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit aber teils in anderen Buchstaben des Art. 43 EUV niedergelegt als zuvor¹⁶⁸. Auch die durch den Vertrag von Amsterdam eigentlich beseitigte Vermengung von Ziffern und Nummern in der Artikelbezeichnung wurde wieder eingeführt¹⁶⁹. Auch die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion mit ihrer allgemeinen Verwendung des Begriffs „Mitgliedstaaten“, der erst im Lichte des Art. 122 IV EGV als „Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung gilt“ gelesen werden muss, untergräbt die Verständlichkeit¹⁷⁰. Am weitesten reicht die unnötige Komplexität aber im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wo die Verfahren über Ausübung und Aufgabe der ungleichzeitigen Sonderpositionen im Detail variieren und jeweils zwischen dem Schengener Recht und anderen Rechtsbereichen unterschieden werden muss¹⁷¹. Es bleibt insoweit die Hoffnung, dass die Regierungskonferenz sich auf eine Angleichung der Sonderpositionen vorschlägt¹⁷². Dies wäre im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wegen der weitreichenden Implikationen der Justiz- und Innenpolitik für die Rechtsstellung der Bürger besonders zu begrüßen.

Die Ungleichzeitigkeit des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts könnte aber auch als Modell für künftige Vertragsgestaltungen dienen. Die Bestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind zwar uneinheitlich und unnötig komplex. Sie sind jedoch in gesonderten Protokol-

mont/N. Walker, Euro, in: dies. (1999), S. 194: „(N)ew, or at least intensified problems concerning ... democratic accountability along increasingly blurred lines of representation and responsibility“; *H. Labayle*, Amsterdam 2, Europe 4/1998, 4/7: „Pour ce qui est ... de transparence et de compréhension par les citoyens de l'Union, l'échec est éclatant: le dispositif d'une obscurité complète“; *F. Chaltiel*, Amsterdam, RMC 1998, 289/293: „la lisibilité des actions de la Communauté et de l'Union risque d'être fortement compromise“; *J.M. de Areilza Carvajal/A. Dastis Quecedo*, Flexibilidad, Rev.der.com.eur. 1997, 9/13: „serios problemas de transparencia y de comprensión por los ciudadanos del ejercicio del poder europeo“; *J. Shan*, Flexibility, ELJ 4 (1998), 63/85: „considerable challenge to those whose task it is to present the new Treaty texts to a sceptical public“; *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 96: „To me, it signals that the Treaty of Amsterdam occasionally attains, even exceeds, deliberately or not, the limits of the degree of differentiation which a legal system can bear before it moves from legal sophistication to legal absurdity“; *J. Usher*, Flexibility, in: Heukels u.a. (1998), S. 271: „The simple conclusion is that flexibility equals complexity“ und *I. Pernice*, Constitution, in: Sinclair (2001), S. 18: „(T)he law of the Union would threaten to devolve from a coherent legal system into normative chaos, where any clarity, any effective political control and any possibility of identification would be put at risk.“

¹⁶⁸ Siehe die Synopse im Anhang zu Kapitel 2 (S. 43 ff.).

¹⁶⁹ Siehe Art. 27a bis 27e, 40a, 43a, 43b, 44a EUV sowie Art. 11a EGV. Dies kritisiert explizit *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/195.

¹⁷⁰ Hierzu schon Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.).

¹⁷¹ Näher Kapitel 3 (S. 79 ff.).

¹⁷² So der ausdrückliche Vorschlag in der Mitteilung der Kommission: Eine Verfassung für die Union, 17.9.2003 (KOM(2003) 548), S. 24 f.

len niedergelegt, die nicht nur aufgrund der allgemeinen Anordnung des Art. 311 EGV Bestandteil des Primärrechts sind, sondern auch in der speziellen Normierung des Art. 69 EGV ausdrücklich erwähnt werden. Die Ausgliederung der rechtlichen Details wahrt die Verständlichkeit des eigentlichen Verfassungstextes und beugt durch den allgemeinen Verweis des Art. 69 EGV zugleich dem Missverständnis vor, dass die Rechtsakte nach diesem Titel gleichzeitig in allen Mitgliedstaaten gelten. Das Wissensbedürfnis eines unbefangenen Lesers wird durch Art. 69 EGV gestillt. Die Einzelheiten des ungleichzeitigen Vertragsregimes bleiben den Rechtsanwendern in der Ministerialbürokratie, den Gerichten und der Wissenschaft überlassen. Rechtliche Detailtreue und Verständlichkeit können so zusammengeführt werden¹⁷³.

Auch die Redaktion des ungleichzeitigen Sekundärrechts kennzeichnet ein Mangel an Verständlichkeit und Bürgernähe. Dies gilt insbesondere für die Formulierung des abschließenden Artikels, in dem traditionell die Bindungswirkung und Adressatengruppe des jeweiligen Rechtsakts aufgeführt wird. Dieser lautet bei einer ungleichzeitigen Verordnung regelmäßig: „Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unmittelbar in den Mitgliedstaaten.“¹⁷⁴ Einzig der Verweis auf die Geltung „gemäß dem EG-Vertrag“ und die Formulierung „in den Mitgliedstaaten“ anstatt „in jedem Mitgliedstaat“ unterscheidet die Vorgaben für Ungleichzeitigkeit von denjenigen für gleichzeitiges Europarecht. Diese Redaktionstechnik ist formal-juristisch korrekt, da sich aus dem EG-Vertrag und seinen protokollarischen Ergänzungen die Beschränkung des geographischen Geltungsbereichs ergibt, auf die im Übrigen in den Erwägungsgründen verwiesen wird¹⁷⁵. Aus Gründen der Verständlichkeit und Bürgernähe wäre ein spezieller Verweis dennoch vorzugswürdig. So könnte formuliert werden: „Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt gemäß dem EG-Vertrag unmittelbar in den Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Dänemarks und Irlands.“¹⁷⁶ Dies erhöhte die Verständlichkeit des ungleichzeitigen Europarechts und erleichterte durch ein Mehr an Bürgernähe und Transparenz die Zurechenbarkeit politischer Verantwortlichkeit im demokratischen Diskurs.

4 Identity Building

Der europäische Integrationsprozess ist begleitet von einer Integration der politischen Identität der Unionsbürger, die im europäischen Verfassungsverbund zunehmend einen gestuften Bürgerstatus entwickeln, aufgrund dessen sie sich zugleich als Bürger ihres Mitgliedstaats und der Europäischen Union verstehen. Dieser Prozess vollzieht sich schrittweise und wird von symbolischen Erlebnissen, Ereignissen und Erfahrungen des *identity building* katalysatorisch

¹⁷³ Nicht als Vorbild sollte freilich der Grammatikfehler in der deutschen Sprachfassung des Art. 69 EGV dienen, wo das Akkusativ-Objekt fehlt und richtigerweise hätte formuliert werden müssen: „Dieser Titel gilt unbeschadet ...“ oder: „Die Anwendung dieses Titels berührt nicht die ...“.

¹⁷⁴ So die Vorgabe in Abschnitt A.4.a.i, ii i.V.m. Anhang II GO Rat. Nach Abschnitt B.3 findet der Verweis auf die „anwendbaren Bestimmungen des EG-Vertrags“ auch auf Richtlinien und Entscheidungen Anwendung.

¹⁷⁵ Zu diesem Verweis verpflichtet sich der Rat in seiner Geschäftsordnung selbst; ebd.: „Der Rat erinnert daran, dass in den in den Verträgen vorgesehenen Fällen, in denen ein Rechtsakt nicht auf alle oder in allen Mitgliedstaaten anwendbar ist, der räumliche Anwendungsbereich in der Begründung und im Inhaltsteil des Rechtsakts deutlich hervorzuheben ist.“

¹⁷⁶ Entsprechend, wenn auch nicht im abschließenden Artikel, Art. 1 II VO 743/2002/EG des Rates vom 25.4.2002 (Abl. 2002 L 115, 1): „Diese Verordnung gilt nicht für Dänemark.“

befördert¹⁷⁷. Ganz im Sinn der Integrationslehre *Smends* besteht hierbei eine „gesteigerte Integrationskraft eines symbolisierten Sachgehalts“¹⁷⁸ etwa durch Flaggen, Wappen, Nationalhymnen – und eben auch durch eine gemeinsame Währung oder die Abschaffung von Grenzkontrollen. Wenn diese symbolträchtigen Verkörperungen der europäischen Integration ihre integrationsstiftende Kraft bei Ungleichzeitigkeit nicht in allen Mitgliedstaaten entfalten, hat dies Rückwirkungen auf die Entwicklungsperspektiven des europäischen Bürgerbewusstseins. Sei es, dass die identitätsstiftende Wirkung der Integrationsschritte nicht in allen Mitgliedstaaten wirkt und eine Asymmetrie des Bürgerbewusstseins begründet; sei es, dass die Symbolkraft der Integrationsschritte wegen der Komplexität von Ungleichzeitigkeit insgesamt abgeschwächt wird oder ganz ins Leere läuft.

Insbesondere die Integrationskraft der gemeinsamen Währung wird oft betont¹⁷⁹ – und bisweilen wohl überschätzt¹⁸⁰. Welche Rückschlüsse ergeben sich hierbei aus der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion? Die integrationsstiftende Wirkung von Symbolen wie dem Euro beruht nicht auf einer rationalen Analyse, sondern auf ihrer vereinfachten Identifikationskraft. Es ist gerade die Anschaulichkeit und irrationale Elastizität von Symbolen, auf der ihre Bedeutung für die Integration der Bürger gründet¹⁸¹. Diese wird notwendig abgeschwächt, wenn ein Symbol nicht unmittelbar begreifbar ist, weil sein Verständnis einen rationalen Differenzierungsschritt verlangt. Genau dies kann bei Ungleichzeitigkeit der Fall sein. Soweit sich die Bürger der Ungleichzeitigkeit der Währungsunion überhaupt bewusst sein, verstehen sie bei einer unbefangenen Betrachtung nicht intuitiv, warum der Euro in einigen Mitgliedstaaten gilt und in anderen nicht. Das intellektuelle Verständnis von Ungleichzeitigkeit erfordert eine rationale Analyse, die die integrationsstiftende Wirkung von Symbolen wie dem Euro abschwächt¹⁸². Es ist nicht ersichtlich, ob die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion ein Grund dafür ist, dass der europäische Kontinent und die Europäische Union auf den Euro-Münzen und Euro-Scheinen zwar geographisch dargestellt sind, der Begriff „Europäische Union“ oder die Abkürzung „EU“ aber nicht vorkommen. Stattdessen wird auf den Scheinen nur auf die „EZB“ verwiesen.

Unter Umständen kann die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion die Entwicklung einer gesamteuropäischen Identität der Unionsbürger sogar erschweren. Im Sinn einer Negativabgrenzung könnten sich die *ins* als „bessere“ und „eigentliche“ Europäer verstehen. Dagegen bewirkt die gemeinsame Währung bei den Bürgern der *outs* schon deshalb keine positive Integrationswirkung, weil sie weiterhin mit ihrem nationalen Geld bezahlen. Ergänzend sind jedoch auch bei den *outs* die Gefahren einer Negativabgrenzung groß. Die Bürger der *outs* fühlen sich entweder ausgeschlossen oder sind gegebenenfalls stolz auf die Ungleichzeitigkeit. Das innerstaatlich zugesagte und europarechtlich zulässige Referendum über die Einführung

¹⁷⁷ Kapitel 11 IV 2 (S. 338 ff.).

¹⁷⁸ R. *Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 163.

¹⁷⁹ Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents erhebt den Euro in Art. IV-1 VVE-E formal zu einem der Symbole der Union.

¹⁸⁰ In diesem Sinn die soziologische Analyse von K. *Dyson*, EMU, JCMS. 38 (2000), 645/654 ff.

¹⁸¹ So *Smend* ebd. 163.

¹⁸² In diesem Sinn auch S. *Weatherbill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 37: „But where, then, does the multiplicity of such layers of overlapping political authority leave the viability of notions of building beyond the national *demos* in order to shape and invigorate fresh forms of European constitutionalism“ und P. *Beaumont/N. Walker*, Euro, in: dies. (1999), S. 187: „What European entity will the euro enable people to identify with?“ Sie sehen ebd. 188 die „consequence of people having a weak sense of which Europe, or which Europes, they belong to.“

der gemeinsamen Währung vermittelt ihnen das Gefühl einer Wahrung nationalstaatlicher Souveränität. Die Ungleichzeitigkeit hat damit auch Auswirkungen auf die verfassungspolitische Diskussion. So ist im Vereinigten Königreich eine Konzentration der europapolitischen Debatte auf die Frage des Euro-Beitritts festzustellen. Dagegen ist die Diskussion über die Sinnhaftigkeit der Währungsunion in Kontinentaleuropa grundsätzlich abgeschlossen und wurde durch Fragestellungen der aktuellen Verfassungsdebatte abgelöst¹⁸³. Dessen ungeachtet haben die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und die Referenden der *outs* aber auch einen positiven Einfluss auf die Entwicklung der europäischen Demokratie. Sie zeigen allen Unionsbürgern, dass der europäische Integrationsprozess kein unabwendbares „Schicksal“ ist, sondern auf politischen Entscheidungen beruht, deren Ausgang in der Hand der Bürger als dem Souverän auch der europäischen Hoheitsgewalt liegt¹⁸⁴.

Im klassischen Nationalstaat waren Grenzen nicht nur die förmliche Delimitation des Staatsgebiets und eine konstitutive Voraussetzung für die Existenz des Staates. In einer mythischen Überformung dienten Staatsgebiet und -grenze teilweise auch als objektive und quasi naturgegebene Rechtfertigung nationaler Identität und nationalen Andersseins im Sinn eines geopolitischen „Lebensraums“¹⁸⁵. Doch auch unter der Annahme der historischen Willkürlichkeit jeder Grenzziehung entfalteten Grenzen eine wichtige, für *Smend* sogar die wichtigste, sachlich-symbolische Integrationsfunktion: Ihre Existenz, effektive Kontrolle und militärische Verteidigung verkörpern und symbolisieren das herkömmliche Konzept umfassender Souveränität des geschlossenen Nationalstaats¹⁸⁶. Die europäische Integration hat von Anbeginn an die innergemeinschaftlichen Staatsgrenzen schrittweise ihrer klassischen Bedeutung entkleidet. Der Gewährleistung der Freizügigkeit und dem Konzept des Binnenmarkts als einem „Raum ohne Binnengrenzen“ kommt hierbei eine besondere Bedeutung zu¹⁸⁷. Der Grundsatz der „offenen Staatlichkeit“ lässt Grenzen in erster Linie als „Rechtzuordnungsgrenzen“ erscheinen¹⁸⁸. Dies fügt sich ein in den faktischen Verlust umfassender staatlicher

¹⁸³ Zu Wechselwirkungen zwischen Euro-Debatte und Verfassungsdiskurs im Vereinigten Königreich *D. Thym*, *Superpower, Integration* 2001, 356/364 f. Allgemein auch *B. Martenczuk*, *Struktur*, *EuR* 2000, 351/361: „(Eine) politische Öffentlichkeit kann sich nur durch europaweite Strukturen von Parteien, Verbänden und Medien vollziehen. Die Herausbildung solcher Strukturen wird jedoch erheblich erschwert, wenn der Kreis der Betroffenen je nach Sachgebiet unterschiedlich ist.“

¹⁸⁴ In diesem Sinn bereits Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

¹⁸⁵ Siehe etwa *F. Ratzel*, *Lebensraum* (1901) und *R. Hennig*, *Geopolitik* (1928).

¹⁸⁶ *R. Smend*, *Verfassungsrecht* (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 169 f.: „Die ... integrierende Funktion des Gebiets liegt darin, dass sich in ihm die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, die mit ihm gestellt sind, niederschlägt... Das Gebiet steht an erster Stelle unter den sachlichen Integrationsfunktionen des Staates.“ Zur Bedeutung der Grenze in der klassischen Staatslehre auch die neueren Analysen von *U. Di Fabio*, *Weltgesellschaft* (2001), S. 51 ff. und *J. Crowley*, *Border*, in: *Guild/Harlow* (2001), S. 13.

¹⁸⁷ Zitat nach Art. 14 II EGV. Eine Textstufenanalyse der europäischen Verträge zeigt nach der pauschalisierten Absage an die Grenzidee in Art. 14 EGV eine mittelbare textliche Wiederbelebung in Art. 62 Nr.1 EGV, der als nunmehrige Rechtsgrundlage für die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen nach Art. 2 I Schengen II vorsichtiger von Maßnahmen spricht, „die nach Artikel 14 sicherstellen, dass Personen ... beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden.“ Die Formulierung geht von der Fortexistenz der Binnengrenzen aus; nur die Grenzkontrollen, und nicht die Grenzen als solche, sind abgeschafft. Zur symbolischen Bedeutung der Freizügigkeit statt vieler *C. Tomuschat*, *Internationale Beziehungen*, *VVDStRL* 36 (1978), 7/54 f.: „Die Unentrinnbarkeit der Staatlichkeit ist aufgebrochen, statt einer im Regelfall angeborenen Zwangsheimat stehen dem Gemeinschaftsbürger neun Heimatländer offen, unter denen er seine Wahl in selbstbestimmter Freiheit treffen kann.“

¹⁸⁸ Näher im Hinblick auf die Europäische Union *U. Di Fabio*, *Weltgesellschaft* (2001), S. 62 ff. Zum Begriff der „offenen Staatlichkeit“ *K. Vogel*, *Verfassungsentscheidung* (1964), S. 33 ff.

Steuerungsmöglichkeit in einer globalisierten Welt¹⁸⁹. Nicht-physische Grenzen wie Sprachgrenzen, die Reichweite von Medien und Transportmöglichkeiten relativieren die integrationsstiftende Funktion der Staatsgrenze insgesamt und ersetzen sie teilweise – nicht nur in der Europäischen Union¹⁹⁰.

Trotz dieses allgemeinen Bedeutungsverlusts der Grenze beinhaltet die Entwicklung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine Ausweitung der europäischen Integration auf die Innen- und Justizpolitik als einem klassischen Kernbereich staatlicher Zuständigkeit. Dies gilt insbesondere für die polizeiliche Nacheile, das Visa-Regime und die Perspektive einer gemeinsamen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik einschließlich der Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen¹⁹¹. Diese Entwicklung kann man als Ansatz zur Entwicklung einer territorialen Dimension der Europäischen Union werten¹⁹². Hierdurch schwindet die Bedeutung der Grenzen weiter und wird auf europäischer Ebene in Abgrenzung zu Drittstaaten teilweise nachgezogen¹⁹³. Die symbolisch wichtigste Verkörperung der territorialen Dimension der europäischen Integration ist aber die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen: Das Schengener Recht fügt den europarechtlichen Gewährleistungen der Freizügigkeit bei einer formal-rechtlichen Betrachtung zwar nichts hinzu außer der Abwesenheit einer Identitätskontrolle, die – soweit sie überhaupt durchgeführt wurde – zuvor nur eine Reiseverzögerung von einigen Minuten bewirkte. Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen macht den Fortschritt der europäischen Integration aber als lebensweltliche Verkörperung greifbar. Ihre Symbolkraft gründet auf der negativen Umkehr der historischen Bedeutung der Grenze als Ausdruck nationalstaatlicher Souveränität. Die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen verkörpert die Relativierung mitgliedstaatlicher Souveränität und stärkt die gemeinsame europäische Identität durch die parallele Errichtung eines verstärkten Außengrenzkontrollregimes¹⁹⁴.

Die integrationsstiftende Wirkung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wird durch Ungleichzeitigkeit ebenso unterminiert wie die Integrationskraft des Euros. Wenn die Bürger die Ungleichzeitigkeit des Grenzkontrollregimes bei einer unbefangenen Betrachtung

¹⁸⁹ Kapitel 11 III 1 (S. 329 ff.).

¹⁹⁰ Hierzu etwa G. Noll, *Asylum* (2000), S. 559 ff.; C. Himsworth, *No Longer*, Public Law 1996, 639/653 und J. Crowley, *Border*, in: Guild/Harlow (2001), S. 13 ff.

¹⁹¹ Umfassend zu den bereits angenommenen Rechtsakten und den vorliegenden Vorschlägen zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Auflistung im Anhang zu Kapitel 3 (S. 119 ff.).

¹⁹² In diesem Sinn etwa E. Wagner, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/2; B. Martenczuk, *Struktur*, EuR 2000, 351/355; P. Boeles, *Introduction*, in: Guild/Harlow (2001), S. 11 f.; T. Giegerich, *Konstitutionalisierungsprozess* (2003), S. 251 f.: „verstärkt die föderale Struktur“ und A. von Bogdandy, *supranationale Föderation*, *Integration* 1999, 95/99 f.: „föderalistische Entwicklungslinie“.

¹⁹³ Zur einheitlichen Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen, die im Sinn einer „Negativabgrenzung“ zwischen „uns“ Unionsbürgern und „Euch“ Drittstaatsangehörigen mittelbar zur Entwicklung europäischer Identität beiträgt H. Lindahl, *Boundaries*, ELJ 6 (2000), 239/240-242; I. Ward, *The Other Europeans*, JCMSt. 35 (1997), 79/80-87; J.H.H. Weiler, *Stranger*, EJIL 3 (1992), 65 und, kritisch, Wagner ebd. 44 sowie J. Crowley, *Border*, in: Guild/Harlow (2001), S. 18.

¹⁹⁴ So auch Wagner ebd. 42: „The incorporation of Schengen puts citizenship in a new constitutional context“; A. Toth, *Protocols*, in: Heukels u.a. (1998), S. 250: „... tremendous psychological effect. As long as they are applied, the individual is constantly reminded that ... he is not a ‘citizen of the Union’ but a subject of a nation-State who becomes an alien whenever he crosses a frontier“ und Crowley ebd. 14: „Whether one has to wave one’s passport at a border post is not, in most cases, a matter of vital economic concern, even to business travellers (especially if special ‘EU passport’ lines exist); it can however be regarded as expressing, and thereby making tangible, an identity and a legal status that would otherwise remain vacuous.“

tung nicht verstehen, sondern intellektuell nachvollziehen müssen, schwächt dies die integrationsfördernde Wirkung dieses Integrationsschritts¹⁹⁵. Hinzu kommt beim Schengener Recht dessen völkerrechtliche Genese. In den Medien und der Öffentlichkeit wird regelmäßig noch von den „Schengener Abkommen“ gesprochen. Dies verwischt den Zurechnungszusammenhang zwischen der Europäischen Union und der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen. In den Augen der Briten und Iren wertet die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen im Schengen-Raum die symbolische Bedeutung ihrer Außengrenzen sogar auf. Im Vergleich zur früheren Situation begrenzter Grenzkontrollen zwischen allen Mitgliedstaaten schafft die Ungleichzeitigkeit des Grenzkontrollregimes nunmehr eine sichtbare Andersartigkeit. Dies kann das Gefühl einer nur begrenzten Zugehörigkeit zur Europäischen Union festigen – trotz ihrer Gleichbehandlung bei der Einreise in den Schengen-Raum. Bei Ungleichzeitigkeit erscheint die Europäische Union nicht als einheitlicher Verband. Die Ungleichzeitigkeit der Währungsunion und des Schengener Rechts behindern die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins.

IV Rechtliche Einheit der Verfassung

Wenn Juristen einen möglichen Widerspruch zwischen Ungleichzeitigkeit und dem Verfassungscharakter der europäischen Verträge diskutieren und wie *Shaw* fragen, ob „there (is) something inherently contradictory in considering constitutionalism in conjunction with flexibility“¹⁹⁶, bezieht sich dies meist auf ein rechtliches Verfassungsverständnis. Das rechtliche Verfassungsverständnis nimmt im Konzept der Rechtsgemeinschaft mit den europäischen Verträgen als höchste Norm der eigenständigen europäischen Rechtsordnung seinen Ausgang und entfaltet in den vom Gerichtshof entwickelten Grundprinzipien des Europarechts seine charakterbildenden Merkmale. Untergräbt Ungleichzeitigkeit den Vorrang der europäischen Verträge oder gefährdet es die Grundprinzipien des Europarechts mit der Folge, dass die europäischen Verträge nicht mehr als Verfassung im Rechtssinn zu qualifizieren wären? Anders als bei den zuvor erörterten Aspekten des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischer Verfassungstheorie fällt die Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Einheit der europäischen Verfassungsordnung bei Ungleichzeitigkeit vergleichsweise leicht.

1 Vorrang der Verfassung

Die Grundannahme des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist die Hierarchisierung des Verhältnisses von Verfassungsrecht und unterverfassungsrechtlichen Rechtsnormen im Sinn eines Stufenbaus der Rechtsordnung. Die Verfassung ist das rechtliche Dach einer Rechtsordnung und führt die einfachgesetzlichen Normen in einem Gesamtsystem zusammen. Der Vorrang der Verfassung sichert die Eigenständigkeit einer Rechtsordnung. Einfachgesetzliche Bestimmungen müssen mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen¹⁹⁷. Ungleichzei-

¹⁹⁵ Ähnlich *G. Simpson*, *Asylum*, EPL 5 (1999), 91/114: „While differentiated integration or à la carte integration in relation to areas such as the Social chapter might arguably not endanger the Community’s essential coherence, the divergence here affects the heart of the Community’s aims as proclaimed in the Preamble and in Article 7a“; *H. Labayle*, *Espace*, RTD eur. 33 (1997), 813/839: „espace morcelé“; ebd. 843: „La complication qui résulte des morcellements matériels, temporels et géographiques nuit à la compréhension de l’ensemble“ und *L. Corrado*, *L’intégration*, RMC 1999, 342/348: „divergence fondamentale“.

¹⁹⁶ *J. Shaw*, *Constitutionalism*, in: de Búrca/Scott (2000), S. 357.

¹⁹⁷ Hierzu bereits Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

tigkeit stellt den so verstandenen rechtlichen Verfassungscharakter der europäischen Verträge nicht in Frage: Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ungleichzeitigkeit sind im europäischen Primärrecht ausdrücklich normiert. Dies gilt für das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit ebenso wie für die Währungsunion und die konstruktive Enthaltung. Soweit die Ungleichzeitigkeit des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die dänische Ausnahme von der Verteidigungspolitik in Protokollen niedergelegt sind, besteht im Lichte des Art. 311 EGV ebenfalls kein Zweifel an deren primärrechtlichem Charakter, der ergänzend durch den besonderen Verweis des Art. 69 EGV abgesichert wird. Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind ein integraler Bestandteil der europäischen Verfassung.

Die verschiedenen Formen von Ungleichzeitigkeit wurden aufgrund einer regulären Vertragsänderung durch eine ausdrückliche Änderung des Wortlauts der Verträge in das Primärrecht eingeführt und von den Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts angenommen. Als integraler Bestandteil des europäischen Primärrechts sind sie ein Bestandteil der höchsten Stufe der europäischen Rechtsordnung und untergraben nicht den Vorrang der europäischen Verträge als rechtlicher Legitimationsquelle und Bezugspunkt des sekundären Europarechts. Vielmehr haben sie an deren Vorrang teil. Auch *Kelsen* weist darauf hin, dass eine verfassungsrechtlich abgesicherte und im geographischen Geltungsbereich differenzierte Geltung einzelner Rechtsnormen der verfassungstheoretischen Einheit der Rechtsordnung nicht entgegensteht:

„Haben die Normen einer Rechtsordnung verschiedene räumliche Geltungsbereiche, ist die Möglichkeit – wenn auch nicht die Notwendigkeit – gegeben, dass für verschiedene Teilgebiete Normen verschiedenen Inhaltes gelten. Die formale Einheit der Rechtsordnung muss nicht mit materieller Einheit des Rechtsinhalts verbunden sein. Im theoretischen Grenzfall, wenn die Einheit des Rechts nur durch die vorausgesetzte Grundnorm konstituiert ist, alle gesetzten Normen Geltung nur für Teilgebiete haben, ist eine einheitliche Rechtsordnung gegeben, ohne dass irgendein positiver Rechtsinhalt für das gesamte Gebiet gemeinsam gilt. Aus verschiedenen Gründen kann sich die Erforderlichkeit inhaltlicher Differenzierung der Rechtsordnung in Bezug auf verschiedene Teilgebiete ergeben. Geographische, nationale, religiöse Unterschiede innerhalb des rechtlich zu regulierenden Materials heischen Berücksichtigung durch eine territoriale Gliederung der Rechtsgemeinschaft; und das um so mehr, je größeren Umfang das Rechtsgebiet hat und je größere Differenzierungsmöglichkeit innerhalb der zu normierenden Lebensverhältnisse besteht.“¹⁹⁸

Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit können wie alle anderen Bestimmungen der Verträge nur nach Maßgabe des erschwerten Verfahrens des Art. 48 EUV begründet, geändert oder aufgehoben werden¹⁹⁹. Hiernach ist es dem Vertragsgeber vorbehalten, die Voraussetzungen, Grenzen und Rechtsfolgen von Ungleichzeitigkeit zu bestimmen. Wenn Ungleichzeitigkeit auf den europäischen Verträgen als höchster normativen Stufe der europäischen Rechtsordnung beruht, existiert insoweit kein Nebeneinander verschiedener gleichzeitiger und ungleichzeitiger europäischer Teilrechtsordnungen – anders als bei ergänzenden völker-

¹⁹⁸ *H. Kelsen*, Staatslehre (1925), S. 165.

¹⁹⁹ Soweit man mit *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 101 ff.; *G. Jellinek*, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 520 f. und anderen die erschwerte Abänderbarkeit als regelmäßiges Charakteristikum für die Existenz einer Verfassung in Abgrenzung zum einfachen Recht erachtet, ist die Zugehörigkeit der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit zur europäischen Verfassung auch insoweit gegeben.

rechtlichen Verträgen außerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union. Vielmehr werden ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht unter dem Dach der europäischen Verträge in einer einheitlichen Verfassungsordnung zusammengeführt. Der Gerichtshof sichert im Rahmen seiner Zuständigkeit auch bei Ungleichzeitigkeit die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge. Diese Erkenntnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die europäischen Institutionen Schweden faktisch eine politische Freistellung von der Währungsunion gewähren. Eine solche wurde rechtlich nicht verankert und existiert auf der abstrakten Ebene des normativen Geltungsanspruchs des Rechts auch weiterhin nicht.

Diese heute unproblematische Einordnung der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit war zu Zeiten des Vertrags von Maastricht zweifelhaft. Anders als die primärrechtlich eindeutigen Vorgaben zur Ungleichzeitigkeit der Währungsunion gründete die ungleichzeitige Kooperation des Sozialabkommens auf einer rechtlichen Konstruktion, deren gemeinschafts- oder völkerrechtlicher Charakter umstritten blieb²⁰⁰. Auch die Ausnahmen Dänemarks nach Maßgabe des Edinburgher Beschlusses der im Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs vom Dezember 1992 beruhten auf einer zweifelhaften Rechtskonstruktion, bevor sie im Protokoll über die Position Dänemarks (1997) einer eindeutigen rechtlichen Regelung zugeführt wurden²⁰¹. Vor diesem Hintergrund warf *Curtin* im Hinblick auf das Sozialabkommen – und gerade nicht hinsichtlich der klaren Bestimmungen zur Währungsunion – die Frage auf, „whether all Protocols *de facto* annexed to the Treaties, constitute ... an ‘integral part’ of Community law ... or violate certain fundamental constitutional principles ... in the Community legal order.“²⁰² Ihr grundsätzlich folgend erachtet *Peters* „das exzessive Protokollwesen unter dem Gesichtspunkt von ... dem Verbot der Verfassungsdurchbrechung ... (als) nicht unbedenklich.“²⁰³

Wenn *Peters* in der Folge ein mögliches Verbot derartiger „Verfassungsdurchbrechungen“ im Lichte des ersten EWR-Gutachten des Gerichtshofs untersucht und für die Änderung von „Grundlagen der Gemeinschaft“ die „zwingende Förmlichkeit für die Änderung von Grundlagenvorschriften“ nach Maßgabe des Art. 48 EUV vorschreibt, überzeugt dies auch dann, wenn man ihren hiermit – wenn auch nicht notwendig – verbundenen Ansatz einer konstitutionellen Hierarchisierung innerhalb des Primärrechts nicht teilt und Art. 48 EUV allgemein als eine zwingende Verfahrensvorgabe begreift²⁰⁴. Angesichts der einleitenden Bemerkungen

²⁰⁰ Siehe Kapitel 6 IV 1 (S. 195 ff.).

²⁰¹ Zu den Amsterdamer Regelungen im Protokoll über die Position Dänemarks (1997) Kapitel 3 III (S. 103 ff.) und Kapitel 5 III 3 (S. 176 ff.).

²⁰² *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/63. Weiterhin zweifeln, wenn auch mit Sympathie für ein „polycentric Europe“ *M. Wind*, *Neo-Medieval*, in: *Weiler/dies.* (2003), S. 124-128.

²⁰³ *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 449 unter expliziten Verweis auf *Curtin* ebd. 46-52 sowie die entsprechenden Darlegungen bei *Groeben/Thiesing/Ehlermann-M. Hilf*, Art. 238 EGV Rn. 14. Der zusätzliche Hinweis von *Peters* auf negative Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf die Verständlichkeit der europäischen Verträge wurde bereits erwähnt; Kapitel 12 III 3 (S. 367 ff.).

²⁰⁴ Vgl. *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 452 ff. zu „Verfassungsdurchbrechungen“ und 341 ff. zur „konstitutionellen Hierarchisierung innerhalb des Primärrechts“. *Peters* versteht das erste EWR-Gutachten des Gerichtshofs (hierzu bereits Kapitel 10 II 2 b (5); S. 315 ff.) nur insoweit als Ausdruck einer Bindung auch des Vertragsgebers, als eine Änderung von „Grundlagen’vorschriften die ausdrückliche und förmliche Vertragsänderung (jetzt nach Art. 48 EUV) ... verlangt“ (ebd. 454) und nimmt nicht etwa die Möglichkeit materiell vertragswidrigen Vertragsrechts an; vgl. hierzu aber die Verweise in den einleitenden Bemerkungen zu Kapitel 8 (S. 233 ff.).

zum „exzessiven Protokollwesen“ im Besonderen und Ungleichzeitigkeit im Allgemeinen, bleibt bei den Darlegungen von *Peters* allerdings unklar, ob sie die verschiedenen Protokollbestimmungen des Vertrags von Amsterdam als eine „Verfassungsdurchbrechung“ im obigen Sinn einstuft und damit als primärrechtswidrig erachtet²⁰⁵. Soweit dieser Schluss bezweckt gewesen sein sollte, überzeugt er allenfalls hinsichtlich des nunmehr rechtshistorischen Sonderfalls des Sozialabkommens²⁰⁶. Die anderen Formen von Ungleichzeitigkeit wurden im Rahmen eines formellen Vertragsänderungsverfahrens in den europäischen Verträgen verankert. Eine Umgehung des Vertragsänderungsverfahrens liegt gerade nicht vor. Als integraler Bestandteil des Primärrechts haben die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit vielmehr am Vorrang der Verfassung teil.

Die Abhängigkeit von Ungleichzeitigkeit vom Inhalt der vorrangigen Verfassungsnormen findet eine Bestätigung in Mitgliedstaaten mit einem asymmetrischen Föderalismus. So besteht im Vereinigten Königreich weitgehende Einigkeit, dass die „ungleichzeitige“ Regionalisierung ihre rechtliche Legitimation aus der (einzigen) Verfassungsregel der *sovereignty of Parliament* ableitet und somit durch Annahme und Fortbestand der entsprechenden Parlamentsgesetze zur *devolution* bedingt und legitimiert ist²⁰⁷. Auch der französische *Conseil constitutionnel* bekräftigte in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit einer einfachgesetzlichen Delegation legislativer Funktionen an die vorgesehene *Assemblée de Corse* die Abhängigkeit der (asymmetrischen) Regionalisierung von den Vorgaben der Verfassung. Soweit er konkret einer Verletzung des Grundsatzes der *souveraineté nationale* in Verbindung mit den Gesetzgebungszuständigkeiten von Nationalversammlung und Senat annahm, verwies er die französische Politik auf die Möglichkeit einer Verfassungsänderung, die im Frühjahr 2003 beschlossen wurde²⁰⁸. Die Regionalisierung Frankreichs muss denselben Weg beschreiten wie die europäische Verfassungsentwicklung, die Ungleichzeitigkeit im Rahmen einer Vertragsänderung im Primärrecht verankerte. Dies wahrt und bekräftigt den Vorrang der europäischen Verträge als dem gemeinsamen Dach des gleichzeitigen und des ungleichzeitigen Europarechts.

²⁰⁵ Neben dem bereits aufgeführten Verweis auf den Vertrag von Maastricht findet sich in den einleitenden Bemerkungen zum Abschnitt über die „Praxis irregulärer Vertragsänderungen“ ebd. 453 ein allgemeiner, nicht näher ausgeführter Verweis auf „territorial (nach Staaten) differenziert geltende(m) Recht“ und das Schengener Völkerrecht. Dies erweckt den Anschein, dass ihr folgenden Darlegungen sich auch auf Ungleichzeitigkeit beziehen. In den Verweisen bezieht sich *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 448 f. an dieser Stelle auf die Untersuchung von *R. Hofmann*, *Flexibilität*, *EuR* 1999, 713 und den erwähnten Artikel *Curtins* mit seiner mittlerweile rechtshistorischen Kritik des Sozialabkommens. Das Schengen-Protokoll und die anderen neuen Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit bleiben unerwähnt.

²⁰⁶ Freilich ist insoweit zu beachten, dass das Sozialprotokoll das Sozialabkommen mit dem EG-Vertrag verknüpfte; Kapitel 6 IV (S. 194 ff.).

²⁰⁷ Zur rechtlichen Bedingtheit der *devolution* durch den Bestand der Parlamentsgesetze nach der nahezu einhelligen Auffassung statt vieler *R. Brazier*, *Constitution*, *Cambridge Law Journal* 58 (1999), 96/100: “(T)he critical constitutional point will remain that those new institutions will owe their authority and, indeed, their existence to the Parliament of the United Kingdom. It established them; it could, as a matter of law, amend or take away their powers at any time through ordinary legislation; it could, legally, abolish any of those institutions at any time.” Modifizierende Überlegungen bei *N. Walker*, *Beyond*, *Public Law* 2000, 384; *E. Wicks*, 1707, *L.Q.R.* 117 (2001), 109 und *J. McEldowney*, *Subordinate Sovereignty*, in: *Oliver/Drewrey* (1998), S. 192.

²⁰⁸ *Conseil constitutionnel*, Entscheidung No 2001-454 DC vom 17.1.2002, *Loi relative à la Corse* <www.conseil-constitutionnel.fr>, insb. Rz. 18-21, wo eine Verletzung der Art. 3 und 34 der französischen Verfassung angenommen wird. Der französische Kongress beschloss am 17.3.2003 eine entsprechende Verfassungsänderung; *P. Roger*, *Le Congrès inscrit la décentralisation dans la Constitution*, *Le Monde* vom 19.3.2003, S. 1. Freilich stimmten die Korse im Juli 2003 eine asymmetrische Regionalautonomie.

2 Wahrung europarechtlicher Grundprinzipien

Die europäische Rechtsordnung umfasst eine Vielzahl eigener Prinzipien und Grundsätze, die vom Gerichtshof in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt wurden und zu den charakteristischen und wesensbildenden Merkmalen der europäischen Rechtsordnung zählen. Die Grundprinzipien der Einheit der Rechtsordnung und der Unionstreue, das Subsidiaritätsprinzip, die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die Formel des *acquis communautaire* prägen die nichtstaatliche europäische Verfassungsordnung jenseits des abstrakten Vorrangs der Verträge. Auch wenn man diese speziellen Grundprinzipien in verfassungstheoretischer Perspektive nicht notwendig als Voraussetzung für die Existenz einer europäischen Verfassung im Rechtssinn begreift, würde ihre Aufgabe oder grundlegende Modifikation gleichwohl den besonderen Charakter der europäischen Verfassung ändern. Die europäischen Verträge wären als höchste Stufe der europäischen Rechtsordnung noch Verfassung, es wäre dies ihrem Inhalt nach aber eine andere Verfassung.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde vielfach vor einer Gefährdung der spezifischen Grundprinzipien der europäischen Rechtsordnung durch Ungleichzeitigkeit gewarnt. So warnt *Curtin*, dass ein „Europe of bits and pieces“ ein konstitutionelles Chaos verursache: „potential victims are the cohesiveness and the unity and the concomitant power of a legal system painstakingly constructed over the course of some 30 odd years.“²⁰⁹ Die Analyse des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht hat diese Befürchtungen allerdings nicht bestätigt – ein Ergebnis, das von den meisten Autoren geteilt wird, die sich ausführlicher mit einzelnen oder mehreren Formen von Ungleichzeitigkeit beschäftigen²¹⁰. Es sei insoweit vor allem auf die Untersuchung des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und den Grundprinzipien des Europarechts in Kapitel 8 verwiesen. Zwar erfahren einige Grundprinzipien im Lichte von Ungleichzeitigkeit eine modifizierende Auslegung in Einzelaspekten. Die allgemeinen Regeln des Europarechts gewährleisten gleichwohl die Fortgeltung der Grundprinzipien des Europarechts und bewirken keine Kehrtwendung, die die europäische Rechtsordnung in ihren Grundfesten erschüttert.

Dies gilt insbesondere für die Grundsätze der einheitlichen Anwendung und des *effet utile* sowie alle hierauf aufbauenden allgemeinen Rechtsgrundsätze: von der unmittelbaren Anwendung und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts, über die AETR-Grundsätze bis zur Rechtsprechungsfunktion des Gerichtshofs. Sie gelten bei Ungleichzeitigkeit ebenso wie bei Gleichzeitigkeit. Es besteht bei Ungleichzeitigkeit zwar keine einheitliche Geltung des Eu-

²⁰⁹ *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/67. Es sei insoweit auch an die anderen zu Beginn des Kapitel 8 I (S. 234) zitierten Autoren erinnert.

²¹⁰ Siehe etwa *J. Shaw*, *Flexibility*, ELJ 4 (1998), 63/84: „The approach chosen by the negotiators ‘plays fair’ with the existing constitutional heritage of the EU“; *C.D. Ehlermann*, *Differentiation*, ELJ 4 (1998), 246/270: „(S)trict discipline in drafting what has been agreed on may mitigate the process and make it tolerable“; *E. Wagner*, *Schengen*, LIEI 25/2 (1998), 1/50 „(T)he unity of the constitutional order is preserved by making differentiated integration legally possible but constitutionally limited“; *Wolfgang Wessels*, zitiert nach *J. Janning*, *Zweiter Anlauf*, in: Weidenfeld (2001), S. 146: „Die Flexibilität ist fast schon akademisch am grünen Tisch unter strikter Kontrolle seitens der Gemeinschaftsorthodoxie konstruiert worden“; *R. Wessel*, *Multi-Level*, in: de Witte (2004 i.E.), Abschnitt 4: „The strict requirements ... all point in the direction of an existing legal unity and the rules on flexibility strengthen the notion of the unity of the Union’s legal system rather than that they weaken it“; *B. Meyring*, *Innes*, EuR 1999, 309/320: „Einbahnstraße zu den Zielen der Integration“; *E. Philippart/G. Edwards*, *Flexibility*, JCMS. 37 (1999), 87/102: „The system is designed around the defence and of the cohesion and coherence of the European construction“.

europarechts in allen Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien des Europarechts werden durch die allgemeinen Regeln des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit aber dennoch gewahrt. Die „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit bekräftigen diesen Befund. Sie sind zwar größtenteils eine deklaratorische Bekräftigung allgemeiner europarechtlicher Regeln, die unabhängig von Ungleichzeitigkeit zu beachten sind²¹¹. Ihre ausdrückliche Normierung unterstreicht gleichwohl, dass das Vertragsregime der verstärkten Zusammenarbeit mit seinem potentiell weitem Anwendungsbereich auch in rechtlicher Hinsicht in die europäische Rechtsordnung eingebettet ist und an die Vorgaben des Primärrechts in gleicher Weise gebunden ist wie das gleichzeitige Europarecht. Auch die rechtliche Domestizierung von Ungleichzeitigkeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik ist ein Beitrag zur schrittweisen Heranführung derselben an die rechtlichen Regelungsstrukturen der Gemeinschaftsmethode²¹².

Auch die Einbindung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union stellt sicher, dass die Grundprinzipien des Europarechts durch Ungleichzeitigkeit nicht in Frage gestellt werden. Die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung von Kommission, Parlament und Gerichtshof mit der Suspension nur des Stimmrechts der *outs* bei Ungleichzeitigkeit im Rat bewirkt, dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in Personalunion von denselben Personen ausgearbeitet, angewandt und ausgelegt wird. Schon deshalb werden die herkömmlichen Grundprinzipien des Europarechts in den neuen Rechtsbereichen der ungleichzeitigen Integration ebenso beachtet werden wie bei gleichzeitigen Gemeinschaftspolitiken. Darüber hinaus sind die Verfahren zur Begründung, Fortentwicklung und Aufhebung von Ungleichzeitigkeit so ausgestaltet, dass die Vereinbarkeit von Ungleichzeitigkeit mit den rechtlichen und politischen Grundprinzipien der europäischen Integration gewahrt bleibt. Nach Maßgabe der jeweiligen Verfahrensvorschriften und innerhalb der rechtlichen Grenzen der Verträge obliegt den europäischen Institutionen die Entscheidung über die politische Zweckmäßigkeit eines ungleichzeitigen Integrationsschritts.

Die Sicherung der europäischen Rechts- und Verfassungsordnung ist auch bei Ungleichzeitigkeit letztinstanzlich dem Gerichtshof überantwortet. Der Gerichtshof wacht auch bei Ungleichzeitigkeit über die Einhaltung der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit und die allgemeinen Regeln des Europarechts²¹³. Die Adjudikation der Vorgaben der europäischen Verträge überschreitet bei Ungleichzeitigkeit die herkömmlichen Konfliktlinien zwischen einer vermeintlich integrationsfreundlichen Rechtsprechung auf der einen und der Wahrung mitgliedstaatlicher Interessen und Zuständigkeiten auf der anderen Seite. Ungleichzeitigkeit erfordert vielmehr einen umfassenden Ausgleich zwischen den legitimen Interessen der *ins*, der *outs* und der europäischen Institutionen. Die Rechtsprechung des Gerichtshof dient damit gerade auch bei Ungleichzeitigkeit der rechtlichen Kanalisation politischer Spannungen. Im Konfliktfall garantiert der Gerichtshof die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der europäischen Verträge und verhindert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration eine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt.

²¹¹ Zu den „zehn Geboten“ Kapitel 2 III (S. 62 ff.).

²¹² Hierzu zusammenfassend Kapitel 5 IV (S. 179).

²¹³ Zur verfassungsgerichtlichen Garantie des Vorrangs der Verfassung als regelmäßiger, wenn auch nicht notwendiger, Voraussetzung für das rechtliche Verfassungsverständnis Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

V Fazit

Hans-Peter Ipsen warnte vor drei Jahrzehnten davor, Perspektiven der Verfassungspolitik der Gemeinschaft „präjudiziell-voreilig auf ihre künftige oder gar endgültige Gestaltform (zu richten): auf die Einheit ihrer Rechtserscheinung, wie sie sich aus der Gesetzlichkeit ihres Aufbaues und ihrer Aufgaben ergebe oder ergeben müsse.“²¹⁴ Ungleichzeitigkeit ist eine Gestaltform der Europäischen Union, welche die gleichzeitige Integrationsmethode der ersten Jahrzehnte überschreitet und den schrittweisen Übergang vom funktionalen Zweckverband des Binnenmarkts zur politischen Union ausdrückt. Wenn Ungleichzeitigkeit der Wahrung der demokratisch formulierten nationalen Interessen und Identität der Mitgliedstaaten dient und eine Differenzierung ohne Spaltung ermöglicht, unterstreicht dies die politische Reife des Integrationsprozesses, im Rahmen dessen die Mitgliedstaaten und Bürger innerhalb und außerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens am europäischen Diskurs mitwirken. Trotz der negativen Rückwirkungen von Ungleichzeitigkeit auf die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins infolge der allgemeinen Komplexität von Ungleichzeitigkeit und der nicht allen Unionsbürgern gemeinsamen Integrationsfunktion von gemeinsamer Währung und Abschaffung der Binnengrenzkontrollen steht Ungleichzeitigkeit nicht im Widerspruch zur verfassungstheoretischen Rückführung europäischer Hoheitsgewalt auf einen europäischen Gesellschaftsvertrag.

Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind nicht nur ein formaler Bestandteil der europäischen Verträge und wahren damit deren verfassungsrechtlichen Vorrang als höchste Stufe der europäischen Rechtsordnung, sondern sind auch inhaltlich so ausgestaltet, dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in einem einheitlichen rechtlichen und institutionellen Verfassungsrahmen zusammengeführt wird. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der Grundprinzipien des Europarechts bei Ungleichzeitigkeit, die dessen unmittelbare und einheitliche Anwendung sichern und den Unionsbürgern aufgrund des Diskriminierungsverbots einen grundsätzlichen Gleichheitsstatus vermitteln. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zeigt an, dass sich das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in absehbarer Zukunft nicht wandeln wird. Gleichwohl ist es jeder späteren Vertrags- oder Verfassungsänderung vorbehalten, über den Fortbestand, eine Ausweitung oder die Aufhebung von Ungleichzeitigkeit zu entscheiden. Soweit hierbei das aufgezeigte Verhältnis von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht grundsätzlich gewahrt bleibt, kann Ungleichzeitigkeit die dynamische Entwicklung der Verfassung Europas fördern und bleibt eine besondere Ausdrucksform des Gesellschaftsvertrags der Unionsbürger.

²¹⁴ *H.-P. Ipsen*, *Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 1050; siehe auch das Zitat in der Einleitung zu dieser Untersuchung.

ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN

1. Ungleichzeitigkeit ist gekennzeichnet durch die Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs des Europarechts und die Aussetzung des Stimmrechts der nicht beteiligten Mitgliedstaaten (*outs*) bei der Annahme und Änderung der Rechtsakte im Rat. Ungleichzeitigkeit ist zu unterscheiden von den vielfältigen Beispielen der gleichzeitigen Rechtsfolgendifferenzierung und der differenzierten politischen Anbindung von Drittstaaten durch Assoziierungsverträge. Die verfassungspolitische Diskussion konzentrierte sich in den vergangenen Jahren auf die Integrationskonzepte des Europa *à la carte* und des Kerneuropa. Die Formen von Ungleichzeitigkeit in den europäischen Verträgen entspringen jedoch einem „pragmatischen“ Kompromiss und sind kein Einstieg in die Verwirklichung eines der beiden Integrationskonzepte. Die rechtswissenschaftliche Analyse des Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht sollte sich schon deshalb von der politischen Debatte lösen und sich auf die rechtliche Dimension von Ungleichzeitigkeit konzentrieren (Kapitel 1).

2. Der Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit erstreckt sich grundsätzlich auf alle Regelungsbereiche der europäischen Verträge. Besonders wahrscheinlich ist die Anwendung der verstärkten Zusammenarbeit jedoch in neuen Gemeinschaftspolitiken und bei einer einstimmigen Beschlussfassung im Rat. Die verstärkte Zusammenarbeit ist kein Wundermittel für den zukünftigen Erfolg der europäischen Integration, sondern ein pragmatisches neues Rechtsinstitut, das in Einzelfällen einen begrenzten ungleichzeitigen Integrationsfortschritt erlaubt, soweit dies politisch erwünscht ist. Selbst wenn eine verstärkte Zusammenarbeit alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt, kommt sie nur zu Stande, wenn die europäischen Institutionen nach Maßgabe der vertraglich normierten Verfahren ihre Zustimmung erteilen. Die Ausgestaltung der Verfahren umfasst zahlreiche prozedurale Sicherungen, aufgrund derer die verstärkte Zusammenarbeit in den institutionalisierten europäischen Entscheidungsprozess eingebunden ist. Die in Art. 43 EUV normierten „zehn Gebote“ der verstärkten Zusammenarbeit sind größtenteils eine deklaratorische Bekräftigung allgemeiner europarechtlicher Grundsätze. Sie bekräftigen die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit in die europäische Rechtsordnung (Kapitel 2).

3. Der Schwerpunkt von Ungleichzeitigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts liegt im Anwendungsbereich des EG-Vertrags. In Fortführung der jeweiligen politischen Leitmotive sind die Sonderpositionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks unterschiedlich ausgestaltet. Dänemark wendet sich gegen die Anwendung der supranationalen Gemeinschaftsmethode. Es bestehen daher verschiedene Zwischenstufen einer unions- und völkerrechtlichen Anbindung Dänemarks an das integrierte und weiterentwickelte Schengener Recht der ersten Säule und eine generelle Nichtbeteiligung an anderen Rechtsakten auf Grundlage der Art. 61 ff. EGV. Dagegen prägt die britisch-irische Sonderposition eine Wahlfreiheit für oder gegen die Teilnahme im Einzelfall. Die teilweise Übernahme des Schengener Rechts und die Beteiligung an den meisten anderen Rechtsakten verdeutlichen, dass diese Ungleichzeitigkeit *à la carte* integrationsfreundlicher wirkt, als es auf den ersten Blick erscheint. In den neuen Mitgliedstaaten wird das Schengener Recht nach der Erweiterung nur schrittweise in Kraft gesetzt werden. Der umfangreiche ungleichzeitige Rechtskor-

pus des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dient als Illustration von Problemen und Lösungen des allgemeinen Verhältnisses von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht (Kapitel 3).

4. Die ungleichzeitige Rechtsstellung der *outs* der Währungsunion umfasst zahlreiche rechtliche und institutionelle Anbindungen, die ihren späteren Anschluss zur gemeinsamen Währung fördern und ihnen bereits im Vorfeld Einfluss auf die Ausrichtung der europäischen Währungsverfassung sichern. Dem griechischen Vorbild folgend wird nach der Erweiterung auf Grundlage der Konvergenzkriterien über die Teilnahme der neuen Mitgliedstaaten an der gemeinsamen Währung entschieden werden. Dem Vereinigten Königreich und Dänemark wurde dagegen eine politische Freistellung gewährt, in deren Umsetzung den Bürgern die Teilnahmeentscheidung in nationalen Referenden übertragen ist. Die wirtschaftspolitische Zusammenarbeit der *ins* ist derzeit auf die Sanktionierung übermäßiger Haushaltsdefizite nach Maßgabe des Stabilitätspakts begrenzt. Die informellen Treffen der Wirtschafts- und Finanzminister Euro-Gruppe beruhen auf keiner vertraglichen Ermächtigung und können daher keine gemeinschaftsrechtlich verbindlichen Beschlüsse fassen. Auch der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents ändert hieran nichts Grundlegendes. Allerdings könnte die Euro-Gruppe ihre Kooperation durch einen Rückgriff auf das Rechtsinstitut der verstärkten Zusammenarbeit vertiefen. Diese wäre sachlich allerdings auf den Umfang bestehender Gemeinschaftskompetenzen beschränkt und stünde den *outs* zur Teilnahme offen (Kapitel 4).

5. Die Einheitlichkeit des Auftretens ist eine wichtige Voraussetzung für den Erfolg der europäischen Außenpolitik. Auf dieser Erkenntnis gründet der begrenzte Anwendungsbereich von Ungleichzeitigkeit in der zweiten Säule. Bei der „spontanen“ konstruktiven Enthaltung, der verstärkten Zusammenarbeit und den allgemeinen Regeln der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik sichert Ungleichzeitigkeit zwar eine Flexibilität der Entscheidungsfindung im Einzelfall, stellt aber zugleich sicher, dass die grundlegenden Entwicklungslinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik von allen Mitgliedstaaten getragen werden. Auch die Reformvorschläge des Europäischen Konvents bewirken insofern keine Kehrtwendung. Die neuen Sonderformen von Ungleichzeitigkeit in der Verteidigungspolitik betreffen vor allem die Verbesserung der militärischen Fähigkeiten. Im erweiterten Anwendungsbereich der verstärkten Zusammenarbeit wird die Einheitlichkeit des Auftretens der Union durch die einstimmige Beschlussfassung über den Grundbeschluss gewahrt. Eine weitergehende Vergemeinschaftung wird durch die schrittweise Konvergenz der sicherheitspolitischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten ermöglicht (Kapitel 5).

6. Völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten ermöglichen eine überstaatliche Ergänzung der europäischen Integration, an der nicht notwendig alle Mitgliedstaaten teilhaben. Sie besitzen daher eine funktionale Parallelität zu europarechtlicher Ungleichzeitigkeit. Das „ungleichzeitige“ Inkrafttreten von Übereinkommen zur Zusammenarbeit in Strafsachen leistet einen Beitrag zur Verkürzung der Ratifikationszeiträume. Gleichwohl steht zu erwarten, dass die Annahme von europäischem Sekundärrecht dem völkerrechtlichen Vertragsschluss zunehmend vorgezogen wird. Dies bestätigt die völkervertragsrechtliche Kooperationspraxis der Bundesrepublik und auch verteidigungspolitische Kooperationen der Mitgliedstaaten werden schrittweise in die europäische Rechtsordnung überführt. Die Europäische Union ist zum zentralen rechtlichen Rahmen der überstaatlichen Kooperation der Mitgliedstaaten geworden. Neue Integrationsschritte werden gegebenenfalls auf der Grundlage von Ungleichzeitigkeit innerhalb des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Europäischen Union verwirklicht. Allerdings könnten völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten in Umset-

zung der Integrationskonzepte des Kerneuropa oder des Europa *à la carte* eine eigenständige Bedeutung zurückgewinnen. Die Rechtskonstruktion des Sozialabkommens und die Benelux-Klausel des Art. 306 EGV eignen sich jedoch nur begrenzt als Modell für die rechtliche Verklammerung einer Avantgarde mit der Europäischen Union (Kapitel 6).

7. Aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts ist Ungleichzeitigkeit umfassend in den einheitlichen institutionellen Rahmen der Europäischen Union eingebettet. Einzig das Stimmrecht der *outs* im Rat ruht bei Abstimmungen über ungleichzeitige Rechtsakte und operative Ausgaben werden grundsätzlich nur von den *ins* getragen. Dagegen beraten und entscheiden Kommission, Parlament und Gerichtshof bei Ungleichzeitigkeit in unveränderter Zusammensetzung. Den *outs* steht ein unbeschränktes Klage- und Interventionsrecht zu, aufgrund dessen sie die europäische Gerichtsbarkeit zur Wahrung der Integrität der gesamteuropäischen Verfassungsordnung anrufen können. Der Gerichtshof sichert auch bei Ungleichzeitigkeit die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge. Die Suspension des Stimmrechts der *outs* erscheint als eine angemessene Modifikation des einheitlichen institutionellen Rahmens: In der „Staatenkammer“ Rat vertreten die nationalen Regierungen das demokratisch formulierte mitgliedstaatliche Partikularinteresse, dem bei Ungleichzeitigkeit im Hinblick auf die *outs* kein prägender Einfluss zukommen soll. Die Teilnahme der *outs* an den Beratungen des Rates und die unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der anderen Organe garantiert, dass die ungleichzeitige Differenzierung der europäischen Integration keine politische Spaltung der Europäischen Union bewirkt (Kapitel 7).

8. Ungleichzeitigkeit steht nicht im Widerspruch zu den herkömmlichen Grundprinzipien des Europarechts. Ungleichzeitiges Europarecht ist vielmehr ein integraler Bestandteil der europäischen Rechtsordnung und entfaltet in den beteiligten Mitgliedstaaten dieselben Rechtswirkungen wie gleichzeitiges Europarecht. Insbesondere genießt es nach allgemeinen Regeln Vorrang vor dem nationalen Recht und ist gegebenenfalls unmittelbar anwendbar. Mögliche Konflikte zwischen ungleichzeitigem und gleichzeitigem Europarecht werden durch spezielle Kohärenz-, Kollisions- und Kompetenzabgrenzungsregeln einer rechtlichen Lösung zuführt. Dies garantiert die Einheit der europäischen Rechtsordnung auch bei Ungleichzeitigkeit. Da die Auslegung der Grundprinzipien des Europarechts bislang von deren gleichzeitigen Geltung ausging, bewirkt und erfordert Ungleichzeitigkeit im Einzelfall eine modifizierte Betrachtung. So kann Ungleichzeitigkeit durch die differenzierte Behandlung der Mitgliedstaaten eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips bewirken und zeigt neue Facetten der Unions-treue und des Konzepts des *acquis communautaire* auf. Die Verpflichtung ungleichzeitigen Europarechts auf die Grundfreiheiten und das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sichert einen grundsätzlichen Gleichheitsstatus der Unionsbürger und Wirtschaftsteilnehmer im Binnenmarkt (Kapitel 8).

9. Aufgrund der allgemeinen Regeln des Europarechts steht der Gemeinschaft auch bei Ungleichzeitigkeit eine auswärtige Zuständigkeit nach Maßgabe der AE' TR-Grundsätze zu. Die rechtlichen Erwägungen, die die AE' TR-Rechtsprechung des Gerichtshofs tragen, greifen auch bei Ungleichzeitigkeit. Freilich ist die Außenkompetenz der Gemeinschaft bei Ungleichzeitigkeit geographisch auf die *ins* beschränkt. Dagegen unterliegt die völkerrechtliche Handlungsfreiheit der *outs* grundsätzlich keinen gemeinschaftsrechtlichen Schranken. Die Abkommen der Gemeinschaft mit Norwegen und Island über die Anbindung an das Schengener und Dubliner Recht sind nur die ersten Anwendungsfälle einer umfassenden Tätigkeit der Gemeinschaft zur Verwirklichung der externen Dimension des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in deren Rahmen Dänemark völkerrechtlich in den Regelungsgehalt des ungleich-

zeitigen Gemeinschaftsrechts einbezogen werden kann. Soweit dies politisch gewünscht ist, kann ein einheitliches Auftreten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei Ungleichzeitigkeit durch den Abschluss von ungleichzeitigen gemischten Abkommen erreicht werden. Der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten richtet sich dann nach der ungleichzeitigen Reichweite der europäischen Außenkompetenzen (Kapitel 9).

10. Die allgemeinen Regeln des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten untersagen einen Vertragsschluss im Bereich der ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeit und erlauben ihn im Rahmen der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Auch im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten dürfen die Mitgliedstaaten weiterhin völkerrechtliche Verträge schließen. Zwar können Übereinkommen aller Mitgliedstaaten regelmäßig als Verstoß gegen Art. 10 EGV gewertet werden. Zumindest völkerrechtliche Verträge einiger Mitgliedstaaten sind aber weiterhin zulässig. Insbesondere kann aus der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit nicht geschlossen werden, dass in ihrem Anwendungsbereich völkerrechtliche Kooperationen nunmehr verboten wären. Allerdings umfassen die allgemeinen Regeln „fünf Gebote“ des Europarechts für völkerrechtliche Kooperationen einiger Mitgliedstaaten. Diese sind nur zulässig, wenn der Versuch einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung keine Aussicht auf Erfolg hat und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gewahrt bleibt. Eine Organleihe ist nur in Einzelfällen mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten zulässig und darf die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaftsinstitutionen nicht untergraben. In Abgrenzung zu den anderen Formen von Ungleichzeitigkeit sind völkerrechtliche Kooperationen der Mitgliedstaaten gerade nicht in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union eingebettet (Kapitel 10).

11. Die Debatte im Europäischen Konvent und der nachfolgenden Regierungskonferenz befasst sich mit der Annahme des „Vertrags über eine Verfassung für Europa“. Unabhängig hiervon kommt die verfassungstheoretische Analyse zu dem Schluss, dass die europäischen Verträge ihrem Wesen nach schon heute als Verfassung zu qualifizieren sind. Ihr Verfassungscharakter gründet auf verschiedenen Annahmen: Die europäischen Verträge erfüllen nicht nur diejenigen Funktionen, die Verfassungen üblicherweise zukommen, sondern sind auch die hierarchische Spitze der europäischen Rechtsordnung. Sie sind Rechtmäßigkeitsmaßstab für das abgeleitete Europarecht. Vor dem Hintergrund der „postnationalen“ Trennung von Staat und Verfassung dient das Konzept des Gesellschaftsvertrags als Erklärungsmuster für die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung, deren Legitimität nicht länger auf den Verfassungen der Mitgliedstaaten beruht. Im europäischen Verfassungsverbund interagieren die europäische und die nationalen Rechtsordnungen auf einer nicht-hierarchischen Grundlage. In dem Maße, wie die Unionsbürger ein europäisches Bürgerbewusstsein herausbilden, wird die demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt zunehmend durch eine originäre europäische Demokratie vermittelt. Hierbei wird die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins durch Maßnahmen des *identity building* gefördert (Kapitel 11).

12. Ungleichzeitigkeit ist Ausdruck und Folge des schrittweisen Übergangs vom funktionalen Zweckverband des Binnenmarkts zur politischen Union. Wenn Ungleichzeitigkeit der Wahrung der demokratisch formulierten nationalen Identität der Mitgliedstaaten dient und eine Differenzierung ohne Spaltung ermöglicht, unterstreicht dies die politische Reife des Integrationsprozesses. Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit sind nicht nur ein formaler Bestandteil der europäischen Verträge und wahren deren verfassungsrechtlichen Vorrang als höchste Stufe der europäischen Rechtsordnung, sondern sind darüber hinaus inhaltlich so ausgestaltet, dass ungleichzeitiges und gleichzeitiges Europarecht in einem einheitlichen institutionellen und materiellen Verfassungsrahmen zusammengeführt wird. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zeigt an, dass sich das rechtliche Substrat der Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit in absehbarer Zukunft nicht wandeln wird. Gleichwohl ist es jeder späteren Vertrags- oder Verfassungsänderung vorbehalten, über den Fortbestand, eine Ausweitung oder die Aufhebung von Ungleichzeitigkeit zu entscheiden. Soweit hierbei das aufgezeigte Verhältnis von Ungleichzeitigkeit und europäischem Verfassungsrecht gewahrt bleibt, kann Ungleichzeitigkeit die dynamische Entwicklung der Verfassung Europas fördern und bleibt eine besondere Ausdrucksform des Gesellschaftsvertrags der Unionsbürger (Kapitel 12).

ENGLISH SUMMARY

The analysis of “Asymmetry and European Constitutional Law” examines situations in which not all Member States participate fully in the process of European integration. After a preliminary chapter the first part focuses on legal requirements for and constraints of the various forms of asymmetry which are currently laid down in the European Treaties (chapters 2-6). The second part considers to what extent the different forms of asymmetry raise similar legal questions to which a common answer may be given, thereby establishing general rules of European law for asymmetry (chapters 7-10). In a last step, part three explores whether the asymmetry of European law can be accommodated with the theoretical premises of European constitutional theory (chapters 11-2). The analysis of the legal relationship of asymmetry and European constitutional law shows that there is nothing inherently contradictory in considering asymmetry in conjunction with European constitutional law. Asymmetry is rather integrated into the single institutional and legal framework of the European Union.

1. Asymmetry in the meaning of this analysis is characterised by the limitation of the geographical scope of European law to certain Member States and the suspension of the latter’s voting rights in the Council when rules are adopted or changed. It has to be distinguished from various other examples of differentiation among the Member States due to divergences in form and substance. In German, the specific focus of the analysis is clarified by the use of the term *Ungleichzeitigkeit* for which “asymmetry” is only an imperfect translation. The forms of asymmetry in the European Treaties stem from pragmatic political compromises and do not pave the way for the realisation of the concept of hard core Europe or integration *à la carte*. In order not to mingle considerations of political usefulness and legal reasoning the analysis should transcend the political debate and concentrate on the legal relationship of asymmetry and European constitutional law (chapter 1).

2. The field of application of enhanced cooperations covers all aspects of the European Treaties in principle. Nonetheless, the use of enhanced cooperations is likely to focus on new areas of European integration and cases of unanimous decision-making in the Council. The procedures governing the setting-up of enhanced cooperations and the later participation of initial outs (non-participating Member States) comprise various safeguards for the decision on its political necessity. Even if all legal conditions are met, an enhanced cooperation is only established, if the European institutions conclude that it is politically desirable. Most of the ten legal “commandments” for enhanced cooperation laid down in Article 43 TEU are declaratory confirmations of general principles of Community law with only some requirements imposing specific constraints. Neither the procedural nor the substantive legal requirements appear as an excessive limitation of the potential of enhanced cooperation. They rather illustrate that enhanced cooperations are integrated into the single institutional and legal framework of the European Union. Enhanced cooperations are no magic potion for the future success or European integration, but a new pragmatic institute allowing for limited asymmetrical progress in specific situations (chapter 2).

3. Asymmetry in the area of freedom, security and justice is no uniform phenomenon, but a diverse occurrence with its focus on Title IV EC. Following the political motivation of the United Kingdom, Ireland and Denmark the legal position of these Member States varies. Denmark supports political cooperation with other European states, but opposes the supra-national Community method. Accordingly, there are intermediate stages of Denmark's union and international law-style relations to pre- and post-Amsterdam Schengen law and its general non-participation in Title IV EC beyond the Schengen law. The British-Irish position is a hitherto unique realisation of the political concept of European integration *à la carte* granting those two Member States a unilateral opt-in possibility whenever new rules are adopted. Nonetheless, the wide-spread use of the opt-in in recent years suggests that even such a radical instrument can result in integrationist dynamics supporting the gradual realisation of the area of freedom, security and justice throughout the European Union. In the new Member States the Schengen law will be put into effect gradually. The extensive asymmetrical *acquis* of the area of freedom, security and justice may serve as an illustration for legal problems and their solution within the wider context of asymmetry and European constitutional law (chapter 3).

4. The outs' position in monetary union comprises different legal and institutional links facilitating their later participation in the single currency and guaranteeing them prior influence on the substantive rules of the European monetary constitution. After enlargement, the new Member States will catch up with the present euro group following the Greek example, if the convergence criteria are met. The United Kingdom and Denmark have, however, been granted a political opt-out, whose future has been put in the hands of the citizens in respective referenda. The ins' asymmetrical position in economic policy under Community law is confined to sanctioning excessive budget deficits, while the informal meetings of the euro group's economy and finance ministers are not sanctioned by European law. The Draft Treaty establishing a Constitution for Europe does not provide for far-reaching changes in this respect. Instead, some Member States could set up an enhanced cooperation allowing for the political completion of monetary union within the EC Treaty. In this case, the outs could no longer be excluded from the deliberations of the euro group's ministers in the Council and would be entitled to join the economic policy coordination even before their full participation in monetary union in line with the Treaties' enhanced cooperation regime (chapter 4).

5. The success of Europe's Common Foreign and Security Policy depends essentially on the uniformity of its external appearance, which could be seriously impeded, if the European Union proceeded on behalf of some Member States, while the outs openly pursue a divergent policy. The limited scope of asymmetry in the second pillar is based on this understanding: the "spontaneous" constructive abstention, the limited field of application of enhanced cooperation and the general rules governing European Security and Defence Policy all allow asymmetrical decision-making in specific situations, but guarantee that the general orientation of the Common Foreign and Security Policy is supported by all Member States. The reform proposals of the European Convention do not reverse this picture. The specific forms of asymmetry in the field of defence focus on the improvement of military capacities. Within the widened field of application of enhanced cooperations the uniform appearance of the Union is guaranteed by the unanimity requirement. The legal regulation of asymmetry in the second pillar continues the process of legalisation of the Common Foreign and Security Policy. But a more ambitious extension of asymmetrical arrangements requires the convergence of foreign policy preferences on the European level (chapter 5).

6. International treaties among some Member States on the basis of classic international law are no integral part of the European legal order, but they nonetheless establish a “asymmetrical” forum of European cooperation. Due to this functional parallelism to European law asymmetry the general analysis of the relationship of asymmetry and European constitutional law has to examine the importance and admissibility of international agreements among Member States. The asymmetrical entry into force of agreements concerning the cooperation in criminal matter under Article 34 TEU may reduce the length of ratification periods. Nonetheless, the recent practice suggests that European institutions prefer the adoption of regular European law. A look at the German practice of cooperation with other Member States and international agreements on defence issues confirms that the international law-style cooperation among the Member States is losing momentum. The European Union has become the central legal framework of cooperation among the Member States. New integration projects are regularly realised within the institutional and legal framework of the European Union – if necessary on the basis of asymmetry. International treaties among some Member States may possibly regain some importance as a means to realising the concept of hard core Europe or integration *à la carte*. In this context, Maastricht’s Agreement on Social Policy and Article 306 EC on Benelux integration may only partially serve as a model for a possible legal link between the European Union and such an *avant-garde* (chapter 6).

7. The different forms of asymmetry raise similar legal questions to which a common answer may be given, thereby establishing general rules of European law for asymmetry. The unmodified composition and decision-making procedures of the Commission, the Parliament and the European courts as well as the full participation of the outs in the deliberations of the Council and its sub-structures underline that the ‘Treaties’ asymmetry regime is integrated into the single institutional framework of the European Union. The outs may assure that asymmetry respects the ‘Treaties’ supreme constitutional rules by exercising their unlimited rights to initiate proceedings in the European courts and to intervene in ongoing disputes. Against this background, the suspension of the outs’ voting rights in the Council and the asymmetrical financing through one of the models explored appear as an adequate modification of the European Union’s single institutional framework. Its general extension to asymmetry guarantees a pan-European political discourse and makes sure that asymmetry allows for legal differentiation without political rupture (chapter 7).

8. As a supranational legal order Community law is based upon specific principles of varying legal status which cannot be found in most national legal orders. The interpretation of these principles was so far based on the uniform application of Community law in all Member States and the proliferation of asymmetry requires a modified approach in certain situations. Generally, asymmetrical European law is an integral part of the European legal order and has the same legal effects in the participating Member States as regular European law. In particular, it enjoys supreme effect and can be directly applicable. Potential conflicts between asymmetrical and regular European law are solved by specific rules guaranteeing the cohesion of the European legal order. Asymmetry may strengthen the principle of subsidiarity by allowing for a differentiated treatment of the Member States. Moreover, new dimensions of the notion *acquis communautaire* and of the principle of mutual loyalty may arise in the light of asymmetry. The single market is no “constitutional core” in which no asymmetry may be established. But the obligation to respect the fundamental freedoms and the prohibition of discriminations on the ground of nationality in the case of asymmetry guarantees the equal treatment of the citi-

zens in the single market and confirms that asymmetry can be harmoniously accommodated with the general principles of the supranational European legal order (chapter 8).

9. Insofar as an international treaty with a third state might affect or alter the scope of existing asymmetrical Community law the Community has the external competence to conclude the agreement on the basis of the Court's ERTA case law in relation to the ins, while the outs remain, in principle, free to conclude agreements on the same issue. The case study on the external dimension of the area of freedom, security and justice is illustrative of the growing importance of the external dimension of asymmetry in the years to come, for which the first practical examples of the association of Norway and Iceland with the Schengen and the Dublin law are only the starting-point. If politically so desired, a uniform international appearance of the Community and all Member States may in practice be achieved on the basis of partially or asymmetrically mixed agreements. The scope of Community law obligations of the Member States within asymmetrically mixed agreements reflects the "asymmetric" scope of the external Community competence in accordance with the general rules of European law for asymmetry. In specific circumstances, the outs may indirectly participate in asymmetrical Community law on the basis of international agreements concluded between the outs and the Community (chapter 9).

10. General rules of Community law prohibit the cooperation among some or all Member States on the basis of classic international law in the field of exclusive Community competences, while the Member States may proceed largely unrestricted outside the scope of the European Treaties. In the field of mixed competences, treaties among all Member States may regularly collide with their obligation under Art. 10 EC not to jeopardise the functioning of the Community. With regard to cooperations among some Member States, the introduction of enhanced cooperation does not entail a restriction of the admissibility of international cooperations as long as certain procedural and legal constraints are respected. International agreements among some Member States in the field of mixed competences are admissible, when the attempt to reach a Community law solution is not successful and if the supremacy of existing and future European law is respected. The institutions of the European Union may only be "borrowed" with the consent of all Member States and as long as the functioning of the Community procedures is not hampered. Contrary to European law forms of asymmetry, international cooperations of the Member States are no integral part of the single institutional and legal framework of the European Union (chapter 10).

11. The debate in the European Convention and the Intergovernmental Conference concerns the adoption of the "Treaty establishing a Constitution for Europe". Nonetheless, the theoretical analysis leads to the conclusion that the European Treaties are already a constitution in the understanding of European constitutional theory. The basic assumptions and features of this European constitutional theory are: (1) The Treaties fulfil the functions regularly performed by a constitution. (2) The Treaties are the supreme law of the European legal order; the Court assures that secondary law complies with its rules, thereby establishing the characteristics of legal constitutionalism. (3) The "postnational" separation of constitutionalism and statehood serves as the basis for the extension of the concept of a European social contract; the legitimacy of the European legal order is no longer based on national constitutions. On this basis, the European constitution co-exists with the national legal orders on a non-hierarchical equal footing in the European constitutional federation, which is no federal state. (4) In so far as the European citizens gradually develop an understanding of European

citizenship complementing their national and regional identities, the democratic legitimacy of European public authority is based on an original European democracy (chapter 11).

12. How do the assumptions of European constitution theory interact with asymmetry? Asymmetry originates in and illustrates the gradual transition from the functional integration logic of the single market to political union. It underlines the political maturity of European integration, if asymmetry preserves the democratically formulated policy preferences of some Member States and allows for division without fundamental rupture. The 'Treaties' rules governing asymmetry are not only a formal part of the supreme layer of the European legal order. Their substance moreover guarantees that asymmetrical and regular European law are both integrated in the European constitution's unique legal and institutional framework. The Convention's Draft Constitution indicates that the legal substance of asymmetry will not be fundamentally changed in the near future. It is left to future amendments to decide on the maintenance, change, abolition or extension of the existing asymmetry regimes. As long as the basic features of the relationship of asymmetry and European constitutional law presented in this analysis are maintained, asymmetry does not hinder the constitutional aspirations of the European Treaties and remains a specific expression of the social contract of the European Union's citizens (chapter 12).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.I.D.I.	Annuaire de l'Institut de droit international
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AFDI	Annuaire français de droit international
AJCL	American Journal of Comparative Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Außengrenzkontrollen- Protokoll	Protokoll über die Außenbeziehungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Überschreitens der Außengrenzen (1997)
Bd.	Band
Beih.	Beiheft
Beitrittsakte 1972	Akte über die Beitrittsbedingungen und die Anpassungen der Verträge (integraler Anhang zum Beitrittsvertrag vom 22.1.1972; BGBl. 1972 II 1127/1144); für alle Signatarstaaten außer Norwegen in Kraft getreten am 1.1.1973 (BGBl. 1973 II 175)
Beitrittsakte 1994	Akte über die Beitrittsbedingungen und die Anpassungen der Verträge (integraler Anhang zum Beitrittsvertrag vom 24.6.1994; BGBl. 1994 II 2025/2031); für alle Signatarstaaten außer Norwegen in Kraft getreten am 1.1.1995 (BGBl. 1996 II 1486)
Beitrittsakte 2003	Akte über die Bedingungen des Beitritts und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht (integraler Anhang zum Vertrag über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union vom 16.4.2003; ABl. 2003 L 236, 17)
BGBL	Bundesgesetzblatt
Binnengrenzkontrollen- Protokoll	Protokoll über die Anwendung bestimmter Aspekte des Artikels 14 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf das Vereinigte Königreich und auf Irland (1997)
bzw.	beziehungsweise
C.D.E.	Cahiers de droit européen
C.Y.E.L.S.	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
Calliess/Ruffert-Bearbeiter	Bearbeiter, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002

Abkürzungsverzeichnis

CML Rev.	Common Market Law Review
Columbia JEL	Columbia Journal of European Law
d.h.	das heißt
Dok.	Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dublin-II-Verordnung	VO 343/2003/EG des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist vom 18.2.2003 (ABl. 2003 L 50, 1)
Dubliner Übereinkommen	Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags vom 15.6.1990 (BGBl. 1994 II 792); in Kraft getreten am 1.9.1997 (BGBl. 1998 II 62)
DVBf.	Deutsches Verwaltungsblatt
EA	Europa-Archiv
EEL Rev.	European Environmental Law Review
EFA Rev.	European Foreign Affairs Review
EGKSv	EGKS-Vertrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Nizza
EGV (1992)	EG-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Maastricht
EGV (1997)	EG-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Amsterdam
EJIL	European Journal of International Law
EL	Ergänzungslieferung
EL Rev.	European Law Review
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPIL	Encyclopaedia of Public International Law
EPL	European Public Law
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
ESZB-Satzung	Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH-Satzung	Satzung des Gerichtshofs in der Fassung des Vertrags von Nizza
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (ABl. 1972 L 299, 32); für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 1.2.1973 (BGBl. 1973 II 60)

EuGV-Verordnung	Verordnung 44/2001/EG des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000 (ABl. 2001 L 12, 1)
EuR	Europarecht
Eurodac-Verordnung	VO 2725/2000/EG des Rates über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens vom 11.12.2000 (ABl. 2000 L 316, 1)
Europol-Übereinkommen	Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts vom 10.3.1995 (ABl. 1995 C 316, 2); in Kraft getreten am 1.10.1998 (BGBl. 1998 II 1930)
EUV	EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Nizza
EUV (1992)	EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Maastricht
EUV (1997)	EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Amsterdam
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV (1957)	EWG-Vertrag in der Fassung der Römischen Verträge
EWGV (1986)	EWG-Vertrag in der Fassung der Einheitlichen Europäischen Akte
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992 (BGBl. 1993 II 267); in Kraft getreten am 1.1.1994 (BGBl. 1993 II 266 und 1294)
<i>EWS</i>	Europäisches Währungssystem
EZB	Europäische Zentralbank
FCE	Forum Constitutionis Europae
FS	Festschrift
Fundstellennachweis B 2003	Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Fundstellennachweis B zum Bundesgesetzblatt Teil II, abgeschlossen am 31. Dezember 2002 (2003)
FYBIL	Finnish Yearbook of International Law
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATT 1947	General Agreement on Tariffs and Trade vom 30. Oktober 1947; das Protokoll über die vorläufige Anwendbarkeit ist in Kraft getreten am 1. Januar 1958 (UNTS, Vol. 55, S. 194; siehe auch BGBl. 1951 II 173)
GO Rat	Geschäftsordnung des Rats vom 5.6.2000 (ABl. 2000 L 149, 21); mit späteren Änderungen
Grabitz/Hilf-Bearbeiter	Bearbeiter, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Teil 1-3 (Loseblatt)
Groeben/Thiesing/Ehlermann-Bearbeiter	Bearbeiter, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1-5, 5. Auflage 1997

GS	Gedenkschrift
Handkommentar EUV/EGV- <i>Bearbeiter</i>	Bearbeiter, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein/Siegfried Magiera/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.): Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union EUV/EGV (Loseblatt)
i.E.	im Erscheinen
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IGH	Internationaler Gerichtshof
insb.	insbesondere
IO	International Organization
J.I.E.L.	Journal of International Economic Law
JCMSt.	Journal of Common Market Studies
JöR N.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
Kaliningrad-Protokoll	Protokoll über den Transit von Personen auf dem Landweg zwischen dem Kaliningrader Gebiet und den übrigen Teilen der Russischen Föderation (2003)
KCLJ	King's College Law Journal
L.Q.R.	Law Quarterly Review
<i>Léger-Bearbeiter</i>	Bearbeiter, in: Philippe Léger (Hrsg.): Commentaire article par article des Traités UE et CE (2000)
<i>Lenz-Bearbeiter</i>	Bearbeiter, in: Carl Otto Lenz (Hrsg.): EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage 1999
Mio.	Millionen
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
ML Rev.	Modern Law Review
Nordatlantikvertrag	Nordatlantikvertrag vom 4.4.1949 in der Fassung vom 15.10.1951; für die Bundesrepublik am 6.5.1955 in Kraft getreten (BGBl. 1955 II 256)
N.I.L.Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PSK	Politisches und Sicherheitspolitisches Komitee
RMC	Revue du marché commun et de l'Union européenne (bis 1994: Revue du marché commun)
RdA	Recht der Arbeit
Rev.der.com.eur.	Revista de derecho comunitario europeo
RGDIP	Revue générale de droit international public
RL	Richtlinie

Rs.	Rechtsache
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Satz <i>oder</i> Seite
Schengen II	Übereinkommen vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (BGBl. 1993 II 1010; ABl. 2000 L 239, 13); in Kraft getreten am 1. September 1993 (BGBl. 1994 II 631)
Schengen-Protokoll	Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (1997)
Schwarze-Bearbeiter	Bearbeiter, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.): EU-Kommentar (2000)
SIS	Schengener Informationssystem
Slg.	Sammlung
Sozialabkommen	Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik (BGBl. 1992 II 1251/1314 ff.); ratifiziert und in Kraft getreten mit dem Vertrag vom Maastricht
Sozialprotokoll	Protokoll über die Sozialpolitik (1992)
Sps.	Spiegelstrich
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (BGBl. 1994 II 1798); für Deutschland in Kraft getreten am 16. November 1994 (BGBl. 1995 II 602)
Stw&Stpr	Staatswissenschaften und Staatspraxis
u.a.	unter anderem <i>oder</i> und andere
UAbs.	Unterabsatz
UNTS	United Nations Treaty Series
VfO EuGH	Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVE-E-E	Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa
WEU	Westeuropäische Union
WEU-Vertrag	(Brüsseler) Vertrag zwischen Belgien, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich vom 17.3.1948 in seiner 1954 modifizierte Fassung (BGBl. 1955 II 283); für Deutschland in Kraft getreten am 6.5.1955 (BGBl. 1955 II 256)
WKM II	Wechselkursmechanismus II
WTO	Welthandelsorganisation

Abkürzungsverzeichnis

WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1974 II 1285); für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 22. April 1975 (BGBl. 1975 II 1145)
WVK (IO)	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und Internationalen Organisationen sowie zwischen solchen Organisationen vom 21. März 1986 (BGBl. 1990 II 1414); bislang nicht in Kraft getreten
Y.E.L.	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

LITERATURVERZEICHNIS

- Agrarnoff*, Robert (Hrsg.): Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States (1999).
- Albors-Llorens*, Albertina: Changes in the Jurisdiction of the Court of Justice under the Treaty of Amsterdam, CML Rev. 35 (1998), 1273-1294.
- Algieri*, Franco: Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik: erweiterter Handlungsspielraum für die GASP, in: Werner Weidenfeld (Hrsg.): Nizza in der Analyse (2001), S. 161-201.
- Allott*, Philip: The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, CML Rev. 34 (1997), 439-490.
- de Areilza Carvajal*, José M.: Enhanced Cooperations in the Treaty of Amsterdam: Some Critical Remarks, Harvard Jean Monnet Working Paper 13/1998.
- ders./*Dastis Quecedo*, A.: Flexibilidad y cooperaciones reforzadas: nuevos métodos para una Europa nueva?, Revista de derecho comunitario europeo 1997, 9-28.
- Armstrong*, Kenneth: Legal Integration: Theorizing the Legal Dimension of European Integration, JCMSt. 36 (1998), 155-174.
- Rediscovering Civil Society: the European Union and the White Paper on Governance, ELJ 8 (2002), 102-132.
- Arndt*, Adolf: Umwelt und Recht, NJW 1963, 24 ff.
- Arndt*, Nina: Engere Zusammenarbeit und Flexibilität im Vertrag von Amsterdam: eine neue Entwicklungsstrategie im Hinblick auf die Vertiefung der Europäischen Union, in: Rupert Scholz (Hrsg.): Europa als Union des Rechts (1999), S. 179-187.
- Arnswald*, Sven/*Jopp*, Matthias: The Implications of Baltic States' EU Membership (2001).
- Arnulf*, Anthony: The General Principles of EEC Law and the Individual (1990).
- Augustin*, Angela: Das Volk der Europäischen Union (2000).
- Badura*, Peter: Supranationalität und Bundesstaatlichkeit durch Rangordnung des Rechts, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.): Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas (1998), S. 63-79.
- Balchard*, D.: La constitutionnalisation de l'Union européenne (2001).
- Balze*, Wolfgang: Die sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Union (1994).
- Bankier*, Daniela: Die Einhaltung der Stabilitätskriterien in der dritten Stufe der Europäischen Währungs- und Währungsunion und die Rechtsstellung der Nichtmitglieder, in: Heinz-Peter Rill/Stefan Griller (Hrsg.): Rechtsfragen der WWU (1998), S. 105 ff.
- Bañkowski*, Zenon/*Christodoulidis*, Emiliós: The European Union as an Essentially Contested Project, ELJ 4 (1998), 341-354.
- Bär*, Stefani/*von Homeyer*, Ingmar/*Kläsing*, Anneke: Fit for Enlargement? Environmental Policy after Nice, EEL Rev 2001, 212-220.
- Barbell*, Ray/*Dury*, Karen: Choosing the Regime: Macroeconomic Effects of UK Entry into EMU, JCMSt. 38 (2000), 625-644.

- Barents*, René: Some Observations on the Treaty of Amsterdam, MJ 4 (1997), 332-345.
- Some Observations on the Treaty of Nice, MJ 8 (2001), 121 ff.
- Barnard*, Catherine: Flexibility and Social Policy, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 197-218.
- Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EU Social Policy, in: Jo Shaw (Hrsg.): Social Law and Policy in an Evolving European Union (2000), S. 49-69.
- Basedow*, Jürgen: The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, CML Rev. 37 (2000), 687-708.
- Bast*, Jürgen: Handlungsformen, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 479-538.
- Boxendale*, James/*Dewar*, James/*Gowan*, David: Kaliningrad and the Impact of EU Enlargement (2000).
- Beaumont*, Paul/*Walker*, Neil: The Euro and European Legal Order, in: dies. (Hrsg.): Legal Framework of the Single European Currency (1999), S. 171-194.
- Beck*, Ulrich: Was ist Globalisierung? (1997).
- Becker*, Ulrich: Differenzierungen der Rechtseinheit durch „abgestufte Integration“, EuR Beiheft I/1998, 29-57.
- EU-Erweiterung und differenzierte Integration: zu beitriffsbedingten Übergangsregelungen am Beispiel der Arbeitnehmerfreizügigkeit (1999).
- Bellamy*, Richard/*Castiglione*, Dario: The Normative Challenge of a European Polity: Cosmopolitan and Communitarian Models Compared, Criticised and Combined, in: Peter Koslowski (Hrsg.): Democracy and the European Union (1997), S. 254-284.
- Bengoetxea*, Joxerramon/*MacCormick*, Neil/*Moral Soriano*, Leonor: Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the Court of Justice, in: Gráinne de Búrca/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.): The European Court of Justice (2001), S. 43-85.
- Berg*, Axel: Nordic Cooperation/Nordic Council and Nordic Council of Ministers, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.): Encyclopaedia of Public International Law, Band 6 (1983), S. 256-263.
- Bergmann*, Jan/*Lenz*, Christofer: Der Amsterdamer Vertrag: Eine Kommentierung der Neuerungen des EU- und EG-Vertrags (1998).
- Bernhardt*, Rudolf: Die Europäische Gemeinschaft als neuer Rechtsträger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen, EuR 1983, 199-215.
- Bernitz*, Ulf (Hrsg.): Nordiskt lagstiftningssamarbete I det nya Europa (1996).
- ders./*Nergelius*, Joakim (Hrsg.): General Principles of European Community Law (2000).
- Bertelsmann Europa-Kommission: Europas Vollendung vorbereiten, Forderungen an die Regierungskonferenz 2000 (2000).
- Bieber*, Roland: Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant les communautés européennes, RMC 1993, 343 ff.
- Schengen als Modell zukünftiger Integration?, in: Alberto Achermann/ders./Astrid Epiney/Ruth Wehner (Hrsg.): Schengen und die Folgen (1995), S. 179-186.
 - Zur Rolle der Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung von Lücken im EG-Recht, in: ders./Georg Ress: Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1987), S. 283-310.
- Biondi*, Andrea: The Flexible Citizen: Individual Protection after the Treaty of Amsterdam, EPL 5 (1999), 245-267.

- Blair*, Tony: A Larger, Stronger, More Democratic Europe, Speech to the Polish Stock Exchange, Warschau, 6.10.2000 <www.number-10.gov.uk> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Our Future is Europe, Rede am European Research Institute, University of Birmingham, 23.11.2001 <www.number-10.gov.uk> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Blanquet*, Marc: L'article 5 du traité C.E.E. (1994).
- Bleckmann*, Albert: Das europäische Demokratieprinzip, JZ 2001, 53-58.
- Der gemischte Vertrag im Europarecht, EuR 1976, 301 ff.
 - Europarecht, 6. Auflage 1997.
- Blumenwitz*, Dieter/*Schöbener*, Burkhard: Stabilitätspakt für Europa: die Sicherstellung mitgliedstaatlicher Haushaltsdisziplin im Europa- und Völkerrecht (1997).
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Staat, Nation, Europa (1999).
- Boeles*, Peter: Introduction: Freedom, Security and Justice for All, in: Elspeth Guild/Carol Harlow (Hrsg.): Implementing Amsterdam (2001), S. 1-12.
- den Boer*, Monica: Justice and Home Affairs Cooperation in the Treaty on European Union: More Complexity despite Communautarization, MJ 4 (1997), 310-316.
- dies./*de Kerchove*, Gilles: A Hurdled Admission: The Integration of the Candidate Countries into the Area of Freedom, Security and Justice, in: Vincent Kronenberger (Hrsg.): The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony (2001), S. 315-329.
 - Taming the Third Pillar (1998).
- von Bogdandy*, Armin: A Bird's Eye View on the Science of European Law, ELJ 6 (2000), 208-238.
- Chancen und Gefahren einer Konstitutionalisierung der WTO: verfassungsrechtliche Dimensionen der WTO im Vergleich mit der EU, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Forum Constitutionis Europae, Band 5 (in Vorbereitung; siehe auch <www.whi-berlin.de/bogdandy.htm>).
 - Der Euro zwingt zur politischen Union – und vielleicht zu einer neuen Gemeinschaft, EuZW 2001, 449.
 - Die Europäische Union als supranationale Föderation, Integration 1999, 95-112.
 - ders./*Nettesheim*, Martin: Die Europäische Union: ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, EuR 1996, 1-26.
 - Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), 156-188.
 - Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 149-204.
 - ders./*Bast*, Jürgen/*Arndt*, Felix: Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), 78-161.
 - Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel, JZ 2001, 157-171.
 - Rechtsfortbildung mit Art. 5 EG-Vertrag, in: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.): Gedenkschrift Eberhard Grabitz (1995), S. 17-28.
 - Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: Thomas von Danwitz (Hrsg.): Auf dem Weg zur Europäischen Staatlichkeit (1993), S. 9-29.
- Bogdanor*, Vernon: Devolution in the United Kingdom (1999).
- von Borries*, Reimer: Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, 263-300.

- Boixereu Carrera, A./Carpi Badia, J.M.*: El Tratado de Amsterdam: génesis y análisis sistemático de su contenido (2000).
- Boom, Steve J.*: The European Union after the *Maastricht* Decision: Will Germany Be the “Virginia of Europe”?, *American Journal of Comparative Law* 43 (1995), 177-226.
- Borchardt, Klaus-Dieter*: Sozialer Irrweg, *EuZW* 1994, 353.
- Bradley, Kieran*: Institutional Design of the Treaty of Nice, *CML Rev.* 38 (2001), 1095-1124.
- Braillard, Philippe/Schwok, René*: Les pays neutres dans la conférence intergouvernementale: un « engagement mesuré », *RMC* 1997, 277-281.
- Brandt, Willy*: Rede vor der Organisation Française du Mouvement Européen, *EA* 1975, D33-38.
- Brazier, Rodney*: How Near is a Written Constitution?, *Northern Ireland Legal Quarterly* 52 (2001), 1-19.
- The Constitution of the United Kingdom, *Cambridge Law Journal* 58 (1999), 96-128.
- Breier, Siegfried*: Der Streit um die richtige Rechtsgrundlage in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *EuR* 1995, 46 ff.
- Bribosia, Hervé*: De la subsidiarité à la coopération renforcée, in: Y. Lejeune (Hrsg.): *Le Traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions* (1998), S. 23 ff.
- Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, *C.D.E.* 36 (2000), 57-115.
- Brinkmann, Gisbert*: Lawmaking under the Social Chapter of Maastricht, in: Paul Craig/Carol Harlow (Hrsg.): *Lawmaking in the European Union* (1998), S. 239-261.
- Bryde, Brun-Otto*: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *Stw&Stpr* 1994, 305 ff.
- Buchner, Herbert*: Die sozialpolitische Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft im Spannungsfeld von hoheitlicher Regelung und tarifautonomer Gestaltung, *RdA* 1993, 193-203.
- de Búrca, Gráinne*: Differentiation within the “Core”? The case of the Internal Market, in: dies./Joanne Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU* (2000), S. 133-172.
- The Institutional Development of the EU: A Constitutional Analysis, in: Paul Craig/dies. (Hrsg.): *The Evolution of EU Law* (1999), S. 55-81.
- Busse, Christian*: Die völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union (1999).
- von Buttlar, Christian*: Rechtsprobleme der „verstärkten Zusammenarbeit“ nach dem Vertrag von Nizza, *ZEuS* 2001, 649-688.
- Caben, Alfred*: L'U.E.O. et la mise en oeuvre de la future défense commune de l'Union européenne, *RMC* 1996, 21-35.
- Callies, Christian*: Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1. Auflage 1996.
- Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Auflage 1999.
- Carter, C./Scott, A.*: Legitimacy and Governance beyond the European Nation State: Conceptualising Governance in the European Union, *ELJ* 4 (1998), 429 ff.
- CDU/CSU-Arbeitsgruppe „Europäischer Verfassungsvertrag“ (Leitung: Wolfgang Schäuble /Reinhold Bocklet): Vorschläge von CDU und CSU für einen Europäischen Verfassungsvertrag, 26.11.2001 <www.cdu.de>.
- Cede, F.*: Österreichs Neutralität und Sicherheitspolitik nach dem Beitritt zur Europäischen Union, *ZfRV* 1995, 142 ff.
- Chaltiel, Florence*: Le traité d'Amsterdam et la coopération renforcée, *RMC* 1998, 289-293.

- Pour une clarification du débat sur l'Europe à plusieurs vitesses, RMC 1995, 5-10.
- Chalmers*, Damian: The Reconstitution of European Public Spheres, ELJ 9 (2003), 127-189.
- Chirac*, Jacques: Discours de Monsieur Jacques Chirac, Straßburg, 6.3.2002 <www.elysee.fr> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Notre Europe: Discours prononcé par Monsieur Jacques Chirac, Président de la République Française devant le Bundestag, Le Monde vom 28.6.2000 und <www.elysee.fr>.
- Classen*, Claus Dieter: Die Jurisdiktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nach Amsterdam, EuR Beiheft 1/1999, 73-90.
- Cloos*, Jim: Les coopérations renforcées, RMC 2000, 512-515.
- Coen*, Martin: Abgestufte soziale Integration nach Maastricht, EuZW 1995, 50-52.
- Commissariat Général du Plan: L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces (2000).
- Constantinesco*, Vlad: Les clauses de « coopération renforcée »: le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, RTD eur. 33 (1997), 751-767.
- Conze*, Albrecht: Die völkerrechtliche Haftung der Europäischen Gemeinschaft (1987).
- Cooter*, Robert/*Drexel*, Josef: The Logic of Power in the Emerging European Constitution: Game Theory and the Division of Powers, International Review of Law and Economics 1994, 307-326.
- Corrado*, Laura: L'intégration de Schengen dans l'Union Européenne: problèmes et perspectives, RMC 1999, 342-349.
- Craig*, Paul: Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, ELJ 7 (2001), 125-150.
- Democracy and Rule-making within the EC: An Empirical and Normative Assessment, ELJ 3 (1997), 105-130.
- ders./*de Búrca*, Gráinne: EU Law (1999).
- The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy, in: ders./Gráinne de Búrca (Hrsg.): The Evolution of EU Law (1999), S. 1-54.
- Cremona*, Marise: The "Dynamic and Homogeneous" EEA: Byzantine Structures and Variable Geometry, EL Rev. 19 (1994), 508-526.
- The European Union as an International Actor: The Issues of Flexibility and Linkage, EFA Rev. 3 (1998), 67-94.
- Cromme*, Franz: Verfassungsvertrag für die Europäische Union: Begriff und Konzept, DÖV 2002, 593-600.
- Crowley*, John: Differential Free Movement and the Sociology of the "Internal Border", in: Elspeth Guild/Carol Harlow (Hrsg.): Implementing Amsterdam (2001), S. 13-33.
- Curtin*, Deirdre: The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17-69.
- dies./*Dekker*, Ige: The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections of Vertical Unity-in-Diversity, in: Neil Walker (Hrsg.): Convergence and Divergence in European Public Law (2002), S. 59-78.
- dies./*Meijers*, Herman: The Principle of Open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression, CML Rev. 32 (1995), 391-442.
- dies./*van Ooik*, Ronald: Denmark and Edinburgh: Maastricht without Tears, in: David O'Keefe/Patrick Twomey (Hrsg.): Legal Issues of the Maastricht Treaty (1994), S. 349-365.

- Dashwood*, Alan: European Community Legislative Procedures after Amsterdam, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 25-38.
- External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty, CML Rev. 35 (1998), 1019-1045.
 - Preparing for the Next Enlargement, Position Paper, in: ders. (Hrsg.): Reviewing Maastricht, Issues for the 1996 IGC (1996), S. 145-166.
 - States in the European Union, EL Rev. 23 (1998), 201 ff.
 - The Constitution of the European Union after Nice: Law-Making Procedures, EL Rev. 26 (2001), 215-238.
- Debousse*, Franklin: Le Traité d'Amsterdam: reflet de la nouvelle Europe, C.D.E. 33 (1997), 265-273.
- Debousse*, Renaud: Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity, in: Joseph H.H. Weiler/Marlene Wind (Hrsg.): European Constitutionalism Beyond the State (2003), S. 135-156.
- Delcourt*, Christine: The *acquis communautaire*: Has the Concept Had its Day?, CML Rev. 38 (2001), 829-870.
- Delors*, Jacques: Pourquoi nous combattons (1995), in: ders.: Combats pour l'Europe (1996), S. 33-46.
- Europe Needs an Avant-Garde, But..., in: Centre for European Reform (Hrsg.): CER Bulletin No. 14, October/November 2000.
 - Ma vision d'une Fédération des États-nation, Le Monde des Débats vom Juli/August 2000, S. 5 ff.
- Demez*, Gilbert: La Cour de justice Benelux, C.D.E. 12 (1976), 149 ff.
- Denninger*, Erhard: Das Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, 1121-1126.
- Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität, in: Horst Dreier (Hrsg.): Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie (2000), S. 47-63.
- Deubner*, Christian: Deutsche Europapolitik: von Maastricht nach Kerneuropa? (1995).
- Devuyst*, Youri: The Community-Method after Amsterdam, JCMSt. 37 (1999), 109-120.
- Di Fabio*, Udo: Das Recht offener Staaten (1998).
- Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat 32 (1993), 191 ff.
 - Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (2001).
 - Eine europäische Charta: auf dem Weg zur Unionsverfassung, JZ 2000, 737-743.
 - Some Remarks on the Allocation of Competences between the European Union and Its Member States, CML Rev. 39 (2002), 1289-1301.
- Dicey*, Albert Venn: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. Auflage 1945.
- Diedrichs*, Udo/Jopp, Matthias: Flexible Modes of Government: Making CFSP and ESDP Work, The International Spectator 2003, Heft 3, 15-30.
- Dinh*, Nguyen/Daillier, Patrick/Pellet, Alain: Droit international public, 5. Auflage 1994.
- Doebring*, Karl: Die Europäische Union aus der Sicht des Bürgers, ZEuS 2001, 395-402.
- Donner*, J.P.H.: De derde pijler en de Amsterdamse doolhof, SEW 1997, 370 ff.
- Dorau*, Christoph/Jacobi, Phillip: The Debate over a 'European Constitution': Is it Solely a German Concern?, EPL 6 (2000), 413-428.
- Dübeck*, Imger: Einführung in das dänische Recht (1996).

- Due*, Ole: A Constitutional Court for the European Communities, in: Deirdre Curtin/David O’Keeffe (Hrsg.): Constitutional Adjudication in European Community and National Law (1992), S. 3-10.
- Article 5 du traité CEE: une disposition de caractère fédéral?, in: European University Institute (Hrsg.): Collected Courses of the Academy of European Law (1991), Band II-1 (1992), S. 17-35.
- Duff*, Andrew: The Treaty of Amsterdam (1997), S. 181-197.
- Duke*, Simon: CESDP: Nice Overtrumped Success, EFA Rev. 6 (2001), 155-175.
- Dumoulin*, André/Remacle, Éric: L’Union de l’Europe occidentale: phénix de la défense européenne (1998).
- Dutheil de la Rochère*, Jacqueline: EMU: Constitutional Aspects and External Representation, Y.E.L. 19 (1999/2000), 427-446.
- Dyson*, Kenneth: EMU as Europeanization: Convergence, Diversity and Contingency, JCMSt. 38 (2000), 645-666.
- Editorial Comments: The Treaty of Amsterdam: Neither a Bang nor a Whimper, CMLRev. 34 (1997), 767 ff.
- Eeckhout*, Piet: The European Court of Justice and the Legislature, Y.E.L. 18 (1998), 1-28.
- Egeberg*, Marten/*Trondal*, Jarle: Differentiated Integration in Europe: The Case of EEA Country, Norway, JCMSt. 37 (1999), 137-142.
- Ehlermann*, Claus Dieter: Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 362-397.¹
- Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du traité d’Amsterdam, RMC 1997, 53-90.
 - Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty, ELJ 4 (1998), 246-270.
 - How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of ‘Two Speeds’, Michigan Law Review 82 (1984), 1274-1293.
 - Ökonomische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips: Harmonisierung v Wettbewerb der Systeme, Integration 1995, 11 ff.
 - ders./*von Bogdandy*, Armin: Un traité unique pour le marché unique, RMC 1997, 81-85.
- Eichenberger*, Reiner: Der Zentralisierung Zählung, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.): Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung (1998), S. 157-171.
- Eisl*, Gerhard: Relations with the Central and Eastern European Countries in Justice and Home Affairs: Deficits and Options, EFA Rev. 2 (1997), 351-366.
- Eleftheriadis*, Pavlos: The European Constitution and Cosmopolitan Ideals, Columbia JEL 7 (2001), 21-39.
- Cosmopolitan Law, ELJ 9 (2003), 241-263.
- Elias*, T.O.: The Modern Law of Treaties (1974).

¹ Hinweis: Die nachfolgend aufgeführten Beiträge *Ehlermanns* in RMC 1997 und ELJ 4 (1998) sind in ihren zentralen Aussagen inhaltsgleich mit den Ausführungen in EuR 1997; aus Gründen der Einfachheit beschränken sich die Verweise in den Fußnoten regelmäßig auf die deutschsprachige Version in EuR 1997.

- Elles*, Diana: UK Constitutional and Parliamentary Aspects of the Treaty of Maastricht, in: David O’Keeffe/Patrick Twomey (Hrsg.): Legal Issues of the Maastricht Treaty (1994), S. 341-348.
- Epiney*, Astrid: Das zweite Schengener Abkommen: Entstehung, Konzept und Einbettung in die Europäische Union, in: Alberto Ackermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner (Hrsg.): Schengen und die Folgen (1995), S. 21-50.
- Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitizes jeweils unter <ue.eu.int/de/Info/eurocouncil/index.htm>.
- Everling*, Ulrich: Die Europäischen Union im Spannungsfeld von gemeinschaftlicher und nationaler Politik und Rechtsordnung, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 847-892.
- Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union, in: Claus Dieter Classen/Armin Dittmann/Frank Fechner/Ulrich Gassner/Michael Kilian (Hrsg.): Festschrift für Thomas Oppermann (2001), S. 163-186.
- Faßbender*, Bardo: UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective (1998).
- Article 2(1), in: Bruno Simma (Hrsg.): The Charter of the United Nations, Volume I, 2. Auflage 2002.
- Favret*, Jean-Franc: Le Traité d’Amsterdam: une révision a minima de la « Charte constitutionnelle » de l’Union européenne, C.D.E. 33 (1997), 555-605.
- Le Traité de Nice du 26 février 2001: vers un affaiblissement de la capacité d’action de l’Union européenne, RTD eur. 37 (2001), 279-299.
- Fennelly*, Nial: Preserving the Legal Coherence within the New Treaty, MJ 2 (1998), 185-199.
- Ferry*, Jean-Marc: Le problème de la souveraineté en regard d’une union politique européenne, in: Paul Mignette (Hrsg.): La constitution de l’Europe (2000), S. 53-68.
- Fischer*, Joschka: Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, Forum Constitutionis Europae, Band 2 (2000), S. 171-181.
- Frankenberg*, Günter: The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism, ELJ 6 (2000), 257-276.
- Franzmeyer*, Fritz: Beschleunigter Abbau EG-interner Steuergrenzen durch abgestufte Steuerharmonisierung, in: Eberhardt Grabitz (Hrsg.): Abgestufte Integration (1984), S. 197-224.
- Freiburghaus*, Dieter/*Eberbarter*, Elisabeth/*Spiesberger*, Manfred: Flexible Integration: Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung einzelstaatlicher Besonderheiten und Wünsche durch die Europäische Union, in: Thomas Cottier/Alwin R. Kopsch (Hrsg.): Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union (1998), S. 139-176.
- Frenz*, Walter: Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, 603-618.
- Frömmel*, Michael/*Menkboff*, Lukas: Risk Reduction in the EMS? Evidence from the Trends in Exchange Rate Properties, JCMSt. 39 (2001), 285-306.
- Frowein*, Jochen Abr.: Die Europäische Union mit WEU als Sicherheitssystem, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Everling, Band I (1995), S. 315-326.

- Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315 ff.
 - ders./Krisch, Nico: Rechtsschutz gegen Europol, JZ 1998, 589 ff.
- Furrer, Andreas: Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen: Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“ (1994).
- Gaja, Giorgio: How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty, CML Rev. 35 (1998), 855-870.
- Gallagher, Tom: Autonomy in Spain: Lessons for Britain?, in: Bernhard Crick (Hrsg.): National Identities: The Constitution of the United Kingdom (1991), S. 119-133.
- Garcia, Thierry: La Corse dans l'Union européenne, RMC 2001, 314-322.
- Gaudin, Hélène: Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?, RTD eur. 35 (1999), 1-20.
- Gautier, Yves: Le protocole « intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne », Europe août/septembre 1998, 3-6.
- Titre VI, in: Vlad Constantinesco/Robert Kovar/Denys Simon (Hrsg.): Traité sur l'Union européenne: commentaire article par article (1995).
- Gerbet, Pierre: La construction de l'Europe, 3. Auflage 1999.
- Gerkerath, Jörg: L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe (1997).
- Gerstenberg, Oliver: Expanding the Constitution Beyond the Court: The Case of Euro-Constitutionalism, ELJ 8 (2002), 172-192.
- van Gerven, Walter: The Full Dimension of Article 5 EC Treaty, in: F.I.D.E. XIX Congress: The Duties of Co-operation of National Authorities and Courts and the Community Institutions under Article 10 (2000), S. 9-18.
- Gialdino, Curti: Schengen e il terzo pilastro, il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam, Rivista di diritto europeo 38 (1998), 41-73.
- Some reflection on the *acquis communautaire*, CML Rev. 32 (1995), 1089 ff.
- Giddens, Anthony: The Consequences of Modernity (1990).
- Giegerich, Thomas: Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Entflechtung (2003).
- Giering, Claus: Vertiefung und Differenzierung: Flexibilisierungskonzepte in der aktuellen Reformdebatte, Integration 1997, 72-83.
- ders./Janning, Josef: Flexibilität als Katalysator der Finalität? Die Gestaltungskraft der „verstärkten Zusammenarbeit“ nach Nizza, Integration 2001, 146-155.
- Gil Robles, José María: Die Flexibilität, ein Mechanismus für eine verstärkte Integration, EuZW 1997, 353.
- Giscard d'Estaing, Valéry/Schmidt, Helmut: Time to Slow Down and Consolidate Around 'Euro-Europe', International Herald Tribune vom 11.4.2000, S. 4.
- Glaesner, Hans-Joachim: Der einheitliche institutionelle Rahmen: eine neue Rolle für die EG-Organen?, in: Elfriede Regelsberger (Hrsg.): Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union (1993), S. 69-74.
- Glistrup, Eva: Le Traité sur l'Union européenne: la ratification du Danemark, RMC 1994, 9-16.
- Gottschald, Marc: Die GASP von Maastricht bis Nizza (2001).

- Grabbe*, Heather: The Sharp Edges of Europe: Extending Schengen Eastwards, *International Affairs* 76 (2000), 529-536.
- Grabitz*, Eberhard/*Iliopoulos*, Constantin: Typologie der Differenzierungen und Ausnahmen im Gemeinschaftsrecht, in: Eberhardt Grabitz (Hrsg.): *Abgestufte Integration* (1984), S. 31-46.
- Granell*, Francesco: El euro y el sistema internacional, *Revista de derecho comunitario europeo* 1998, 7-26.
- Grewe*, Constance/*Ruiz Fabri*, Hélène: *Droits constitutionnels européens* (1995).
- Griffith*, J.: The Political Constitution, *ML Rev.* 42 (1979), 1-21.
- Griller*, Stefan: Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, *EuR Beiheft* 1/1999, 45-72.
- Grimm*, Dieter: Bitte keinen europäischen Staat durch die Hintertür, *Die Zeit* vom 16.4.2003, S. 10.
- Die Zukunft der Verfassung, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.): *Zum Begriff der Verfassung* (1994), S. 277-303.
 - Does Europe Need a Constitution?, *ELJ* 1 (1995), 282-302.
- Grote*, Rainer: Regionalautonomie für Schottland und Wales: das Vereinigte Königreich auf dem Weg zu einem föderalen Staat?, *ZaöRV* 58 (1998), 109-146.
- Groux*, Jean: Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne, *C.D.E.* 14 (1978), 1-32.
- Mixed Negotiations, in: David O’Keeffe/Henry G. Schermers (Hrsg.): *Mixed Agreements* (1983), S. 87 ff.
- Grussmann*, Wolf-Dietrich: Grundnorm und Supranationalität, in: Thomas von Danwitz (Hrsg.): *Auf dem Weg zur Europäischen Staatlichkeit* (1993), S. 47 ff.
- Guild*, Elspeth: Free Movement of Persons in Europe: The Amsterdam Treaty and its Implications for the UK, *Immigration and Nationality Law and Practice* 13 (1994), 128-132.
- dies./*Peers*, Steve: Defence or Defiance? The Court of Justice’s Jurisdiction over Immigration and Asylum, in: Elspeth Guild/Carol Harlow (Hrsg.): *Implementing Amsterdam* (2001), S. 267-289.
 - Immigration Law in the European Community (2001).
 - The Constitutional Consequences of Lawmaking in the Third Pillar of the European Union, in: Paul Craig/Carol Harlow (Hrsg.): *Lawmaking in the European Union* (1998), S. 65-88.
- Gusy*, Christoph: Besprechung Anne Peters: „Elemente einer Theorie der Verfassung Europas“, *EuR* 2001, 464 ff.
- Haarmann*, Harald (Hrsg.): *Europäische Identität und Sprachenvielfalt* (1995).
- Haas*, Ernst/*Schmitter*, Philippe: Economics and Differential Patterns of Political Integration, *International Organization* 18 (1964), 705-737.
- Häberle*, Peter: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat: eine vergleichende Textstufenanalyse, *AöR* 112 (1987), 53-92.
- Europa: eine Verfassungsgemeinschaft?, in: ders.: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1999), S. 85 ff.
 - Europäische Verfassungslehre: ein Projekt, in: ders.: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1999), S. 11 ff.

- Gibt es ein europäisches Gemeinwohl, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.): Tradition und Weltoffenheit des Staates: Festschrift für Helmut Steinberger (2002), S. 1153-1174.
- Gibt es eine europäische Öffentlichkeit (2000).
- Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, JöR N.F. 34 (1985), 305-565.
- Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Auflage 1998.
- Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Auflage 1998.
- Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, 429-437.
- Habermas, Jürgen*: Die postnationale Konstellation (1998).
- Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation (1998), S. 91-168.
- Faktizität und Geltung, 4. Auflage 1994.
- Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', ELJ 1 (1995), 303-307.
- Häde, Ulrich*: Ein Stabilitätspakt für Europa?, EuZW 1996, 138 ff.
- Rechtsfragen zum Eintritt Griechenlands in die Währungsunion, in: Mary Papschinopoulou (Hrsg.): Griechenland auf dem Weg zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (1999), S. 49-60.
- Währungsintegration mit abgestufter Geschwindigkeit, in: Albrecht Weber (Hrsg.): Festschrift für Hugo J. Hahn (1997), S. 141-159.
- Hague, William*: Harmonization or Flexibility, in: Martin Rosenbaum (Hrsg.): Britain and Europe (2001), S. 287-292.
- Haguenau-Moizard, Catherine*: Le Traité d'Amsterdam: une négociation inachevée, RMC 1998, 240-252.
- Hahn, Hugo J.*: The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty, CML Rev. 35 (1998), 77-100.
- Hailbronner, Kay*: Die EG-Sozialpolitik nach Maastricht, in: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.): Gedenkschrift Eberhard Grabitz (1995), S. 125-140.
- ders./*Thiery, Claus*: Amsterdam: Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, EuR 1998, 583-615.
- European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty, CML Rev. 35 (1998), 1047-1067.
- Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union (2000).
- Visa Regulations and Third-Country Nationals in EC Law, CML Rev. 31 (1994), 969-995.
- Hall, Ben*: How Flexible Should Europe be?, Centre for European Reform Working Paper, October 2000.
- Hall, Philip*: Verstärkte Zusammenarbeit: „Flexibilität“, in: Jan Bergmann/Christofer Lenz (Hrsg.): Kommentierung der Neuerungen des EU- und EG-Vertrages (1998), S. 331-342.
- Hallstein, Walter*: Der Schuman-Plan (1951).
- Der unvollendete Bundesstaat (1969).
- Europäische Integration als Verfassungsproblem (1958), in: ders.: Europäische Reden, hrsg. von Thomas Oppermann (1979), S. 70 ff.

- Europapolitik durch Rechtsprechung, in: Heinz Sauer mann/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.): Festschrift für Franz Böhm (1975), S. 205-225.
- Halmes*, Gregor: Rechtsgrundlagen für den regionalen Integrationsprozess in Europa, DÖV 1996, 933-943.
- Halterm*, Ulrich: Gestalt und Finalität, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 803-846.
- Integration als Mythos, JöR N.F. 45 (1997), 31 ff.
- Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, ELJ 9 (2003), 14-44.
- Hanf*, Dominik: Differentiation in the Law of European Integration, Dissertation Université de Liège 2002.
- Harhoff*, Frederik: Faeroe Islands, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.): Encyclopaedia of Public International Law, Band 12 (1990), S. 108-110.
- Hart*, H.L.A.: The Concept of Law (1961).
- Hartley*, Trevor: The Constitutional Foundations of the European Union, L.Q.R. 117 (2001), 225-246.
- Hatje*, Armin: Die institutionelle Reform der Europäischen Union: der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand, EuR 2001, 143-184.
- Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, EuR Beiheft I/1998, 7-27.
- Haverkate*, Görg: Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (1992).
- Hazell*, Robert: Westminster: Squeezed From Above to Below, in: ders. (Hrsg.): Constitutional Futures (1999), S. 111-135.
- Hedemann-Robinson*, Martin: The Area of Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The 'Opt-in Opt-outs' under the Treaty of Amsterdam, in: David O'Keefe/Patrick Twomey (Hrsg.): Legal Issues of the Amsterdam Treaty (1999), S. 289-302.
- Heintschel von Heinegg*, Wolff: EG im Verhältnis zu internationalen Organisationen und Einrichtungen, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.): Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band I (1998), S. 648-692.
- Rechtliche Aspekte der Neufassung der GASP durch den Vertrag von Amsterdam, Die Friedenswarte 73 (1998), 157-172.
- Heintzen*, Markus: Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1994, 35-49.
- Heinze*, Meinhard: Europa und das nationale Arbeits- und Sozialrecht: Maastricht und die Konsequenzen; in: ders./Alfred Söllner (Hrsg.): Festschrift für Otto Rudolf Kissel (1994), S. 363-386.
- Europäische Einflüsse auf das nationale Arbeitsrecht, RdA 1994, 1-11.
- Heller*, Hermann: Staatslehre, Herausgegeben von Gerhart Niemeyer 1934.
- Hennig*, Richard: Geopolitik: die Lehre vom Staat als Lebewesen (1928).
- Hertel*, Wolfram: Supranationalität als Verfassungsprinzip (1998).
- Hesse*, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1999.
- Hilf*, Meinhard: Die Organstruktur der Europäischen Gemeinschaft (1982).
- ders./Pache, Eckhard: Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705 ff.

- Himsworth*, C.M.G.: In a State no Longer: The End of Constitutionalism, Public Law 1996, 639-660.
- Hirsch*, Günther: Europäische Gemeinschaft: Kein Staat, aber eine Verfassung?, NJW 2000, 46 ff.
- Hobbes*, Thomas: Leviathan, or, Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil (1651); in: University of Chicago (Hrsg.): The Great Books (1952), S. 39-238.
- Höffe*, Otfried: Pflichteuropa und Wahleuropa: zwei Gesellschaftsverträge, Die Union 2000, 59-74.
- Hoffmeister*, Frank: Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung für Deutschland, Der Staat 40 (2001), 349-381.
- UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective, Besprechung der Dissertation von Bardo Faßbender, ZaöRV 58 (1998), 1091-1097.
- Hofmann*, Hasso: Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, 3. Auflage 1998.
- Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, JZ 1999, 1065-1074.
- Hofmann*, Herwig: Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht (2000).
- Hofmann*, Rainer: Wie viel Flexibilität für welches Europa, EuR 1999, 713-735.
- von Homeyer*, Ingmar: Flexibility or Renationalisation: Effects of Enlargement on EC Environmental Policy, in: Maria Green Cowles/Michael Smith (Hrsg.): The State of the European Union: Risks, Reform, Resistance and Revival, Band 5 (2000), S. 347-368.
- Hopkins*, John: Devolution from a Comparative Perspective, EPL 4 (1998), 323-333.
- House of Lords Select Committee on European Union: Evidence by the Minister of State/Foreign and Commonwealth Office on the Treaty of Nice, 7th Report Session 2000/01.
- UK Participation in the Schengen Acquis, 5th Report, Session 1999/2000.
- House of Lords Select Committee on the European Communities: Defining the 'Schengen Acquis', 21st Report, Session 1997/98.
- Incorporating the Schengen Acquis into the European Union, 31st Report, Session 1997/98.
 - Schengen and the United Kingdom's Border Controls, 7th Report, Session 1998/99.
- Howarth*, David: The Compromise on Denmark and the Treaty on European Union: A Legal and Political Analysis, CML Rev. 31 (1994), 765-805.
- Huber*, Peter M.: Differenzierte Integration und Flexibilität als neues Ordnungsmuster der Europäischen Union?, EuR 1996, 347-361.
- Hummer*, Waldemar/*Obwexer*, Walter: Der Vertrag von Nizza (2001).
- Die Wahrung der „Verfassungsgrundsätze“ der EU, EuZW 2000, 485-496.
- Hüwelmeier*, Hans-Joachim: Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zwischen Union, Gemeinschaft und Mitgliedstaaten (2002).
- Iliopoulos-Strangas*, Julia/*Prevedourou*, Eugénie: Le droit de l'Union européenne et les Constitutions nationales: Rapport hellénique, FIDE XX Congress London 2002 <www.fide2002.org>.
- Ipsen*, Hans-Peter: Europäische Verfassung – nationale Verfassung, EuR 1987, 195 ff.
- Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972).
- Isaac*, Guy: Droit communautaire général, 4. Auflage 1995.

- Le « pilier » communautaire de l'Union européenne, un « pilier » pas comme les autres, C.D.E. 37 (2001), 45-89.
- Isak*, Hubert: Der Gedanke der Rechtseinheit mit Blick auf den Beitritt mittel- und osteuropäischer Staaten, EuR Beiheft I/1998, 73-93.
- Isensee*, Josef: Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, 265-278.
- Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Auflage 1999, § 98.
- Staat und Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I (1987), § 13.
- Israël*, Jona: Conflicts of Law and the EC after Amsterdam: A Change for the Worse, MJ 7 (2000), 81 ff.

- Jackson*, John H.: The WTO 'Constitution' and Proposed Reforms, J.I.E.L. 2001, 67-78.
- Jacoby*, Siegrid: Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte (1997).
- Jacot-Guillarmod*, Olivier: Droit communautaire et droit international public (1979).
- Jacquet*, Pierre/*Pisani-Ferry*, Jean: Economic Policy Co-ordination in the Euro-Zone: What Has Been Achieved? What Should Be Done?, Centre for European Reform Essays January 2001.
- Jäger*, Thomas: Enhanced Cooperation in the Treaty of Nice and Flexibility in the Common Foreign and Security Policy, EFA Rev. 7 (2002), 297-316.
- Janning*, Josef: Differenzierung als Integrationsprinzip: die Flexibilität im neuen EU-Vertrag, in: Werner Weidenfeld (Hrsg.): Amsterdam in der Analyse (1998), S. 203-217.
- Dynamik in der Zwangsjacke: Flexibilität in der Europäischen Union nach Amsterdam, Integration 1997, 285-291.
- Europa braucht verschiedene Geschwindigkeiten, EA 1994, 527-536.
- ders./*Giering*, Claus: Flexibilisierung als Option deutscher Europapolitik, in: Heinrich Schneider/Mathias Jopp/Uwe Schmalz (Hrsg.): Eine neue deutsche Europapolitik? Rahmenbedingungen – Problemfelder – Optionen (2001), S. 667-694.
- Zweiter Anlauf: die „verstärkte Zusammenarbeit“ in Vertrag von Nizza, in: Werner Weidenfeld (Hrsg.): Nizza in der Analyse (2001), S. 145-160.
- Jellinek*, Georg: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage 1905.
- Jochimsen*, Raimund: Perspektiven der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (1998).
- Joerges*, Christian: 'Deliberative Supranationalism' – Two Defences, ELJ 8 (2002), 133-151.
- Good Governance im Europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, 17-40.
- Jospin*, Lionel: L'avenir de l'Europe élargie, Rede an der École de Sciences Politiques, Paris, 28.5.2001, <www.premier-ministre.gouv.fr> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Justice*: The Schengen Information System: A Human Rights Audit (2000).

- Kaddous*, Christine: Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (1998).
- Kadelbach*, Stefan: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss (1999).
- Kägi*, Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht (1945).

- Kampmeyer*, Eva: Protokoll und Abkommen über die Sozialpolitik der Europäischen Union (1998).
- Kant*, Immanuel: Zum ewigen Frieden (1795), hrsg. von Rudolf Malter 1984.
- Kaufmann*, Marcel: Europäische Integration und Demokratieprinzip (1997).
- Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip, JZ 1999, 814-822.
 - Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, Der Staat 36 (1997), 521 ff.
- Kelsen*, Hans: Allgemeine Staatslehre (1925).
- Kersting*, Wolfgang: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1996).
- Keukeleire*, Stephan: Directorates in the CFSP/CESDP of the European Union: A Plea for 'Restricted Crisis Management Groups', EFA Rev. 6 (2001), 75-101.
- Kim*, Djonkul: Zur Theorie der Moderne: Ungleichzeitigkeit des Gleichzeitigen (1993).
- Kirchhof*, Paul: Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I (1987), § 19.
- Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 893-930.
 - The Balance of Powers Between National and European Institutions, ELJ 5 (1999), 225-242.
- Klein*, Eckart/*Pechstein*, Matthias: Das Vertragsrecht internationaler Organisationen (1985).
- Kliemann*, Annette: Auf dem Weg zur Sozialunion? Arbeits- und sozialrechtliche Fragen der europäischen Integration nach Maastricht, in: Thomas von Danwitz (Hrsg.): Auf dem Weg zur Europäischen Staatlichkeit (1993), S. 171-190.
- Die europäische Sozialintegration nach Maastricht (1997).
- Kloepfer*, Michael: Verfassung und Zeit, Der Staat 23 (1974), 457-470.
- Knipping*, Franz (Hrsg.): Federal Conceptions in the EU Member States (1994).
- Knutsen*, Biorn Olav: European Security Integration: The Nordic Dimension, in: European Policy Centre (Hrsg.): Challenge Europe, the EU: A Global Actor Helping Shape a New World System, 10.1.2001 <www.theepc.be>.
- Koenig*, Christian: Die Europäische Sozialunion als Bewährungsprobe der supranationalen Gerichtsbarkeit, EuR 1994, 175-195.
- ders./*Pechstein*, Matthias: Die EU-Vertragsänderung, EuR 1998, 130 ff.
 - Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268-275.
- Kohler*, Christian: Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: die Verordnung „Brüssel II“, NJW 2001, 10-15.
- König*, Doris: Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses: Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes (2000).
- Konzen*, Horst: Der europäische Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht nach dem Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1995, 39-50.
- Koop*, M.J./*Siebert*, H.: Institutional Competition versus Centralisation: Quo Vadis Europe?, Oxford Review of Economic Policy 9 (1993), 15-30.
- Kortenberg*, Helmut (Pseudonym für einen anonymen Kommissionsbeamten): Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam, CML Rev. 35 (1998), 833-854.
- Kortmann*, Constantijn/*Bovend'Eert*, Paul: Dutch Constitutional Law (2000).
- Kortz*, Helge: Die Entscheidung über den Übergang in die Endstufe der Wirtschafts- und Währungsunion (1996).

- Koutrakos*, Panos: The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure, *EFA Rev.* 7 (2002), 25-52.
- Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law (2001).
- Krämer*, Hans R.: Abgestufte Integration und differenzierte Assoziation, in: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.): Gedenkschrift Eberhard Grabitz (1995), S. 307-323.
- Krämer*, Ludwig: Differentiation in EU Environmental Policy, *EEL Rev* 2001, 133-140.
- Krüick*, Hans: Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften (1977).
- Krujtbosch*, E.D.J.: Benelux Economic Union, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.): *Encyclopaedia of Public International Law*, Band 6 (1983), S. 36-42.
- Krupp*, Hans-Jürgen: Die Wechselkursbeziehungen der Länder der Europäischen Währungsunion zu den Nichtteilnahmeländern und künftigen Beitrittsländern, in: Christa Randzi-Plath (Hrsg.): *Der Euro – mehr als ein Symbol* (1996), S. 113-120.
- Kuijper*, P.J.: Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis, *CML Rev.* 37 (2000), 345-366.
- von Kyaw*, Dietrich: Osterweiterung als Herausforderung an die EU und ihre Beitrittskandidaten – aus der Sicht eines europäischen Praktikers, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): *Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union*, *Forum Constitutionis Europae*, Band 2 (2000), S. 141-149.
- Laband*, Paul: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2. Auflage 1888.
- Labayle*, Henri: *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, 1^{re} partie, *Europe mars* 1998, 4-7.
- *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, 2^e partie, *Europe avril* 1998, 4-7.
 - *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne: de Schengen à Amsterdam*, *L'actualité juridique/droit administratif* 53 (1997), 923-935.
 - *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, *RTD eur.* 33 (1997), 813-881.
- Labour Party: *Ambitions for Britain*, 2001.
- Ladeur*, Karl-Heinz: Flexibility and Co-operative Law, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU* (2000), S. 281-298.
- *Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept*, *ELJ* 3 (1997), 33-54.
- Lane*, Robert: New Community Competences under the Maastricht Treaty, *CMLRev.* 30 (1993), 939-979.
- Langebeine*, Bernd: Abgestufte Integration, *EuR* 1983, 227 ff.
- *ders./Weinstock*, Ulrich: *Abgestufte Integration: weder Königspfad noch Irrweg*, *EA* 1984, 261-270.
 - *Rechtliche und institutionelle Probleme einer abgestuften Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, in: Eberhardt Grabitz (Hrsg.): *Abgestufte Integration* (1984), S. 47-124.
- Langrish*, Sally: The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights, *EL Rev.* 23 (1998), 3-19.
- Lawler*, Peter: Scandinavian Exceptionalism and European Union, *JCMSt.* 35 (1997), 565-594.

- Leino*, Päivi: The European Central Bank and Legitimacy: Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy?, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01.
- Leisner*, Walter: Der europarechtliche Einigungszwang, JZ 2002, 735-743
- Lenaerts*, Koen: Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, American Journal of Comparative Law 1990, 205 ff.
- ders./*van Ypersele*, P.: Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE, Cahiers 1994, 65 ff.
- Leslie*, Peter: Abuses of Asymmetry: Privilege and Exclusion, in: Karlheinz Neunreither/Antje Wiener (Hrsg.): European Integration: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy after Amsterdam (2000), S. 192-217.
- Limbach*, Jutta: 50 Jahre deutsche Verfassung in Europa, ZEuS 2001, 365-374.
- The Concept of the Supremacy of the Constitution, ML Rev. 64 (2001), 1-10.
- Liñan Nogueras*, Diego: Flexibilité et politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne, in: Marianne Don (Hrsg.): Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Band II (1999), S. 1139-1159.
- Lindahl*, Hans: European Integration: Popular Sovereignty and a Politics of Boundaries, ELJ 6 (2000), 239-256.
- Lipponen*, Paavo: Rede vor dem College of Europe, 10.11.2000.
- Locke*, John: Two Treatises of Government (1780-3), hrsg. von Mark Goldie (1993).
- Lopian*, Arthur: Übergangsregime für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (1994).
- Louis*, Jean-Victor: A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union, CML Rev. 35 (1998), 33-76.
- Art. 233 T.C.E., in: Commentaire Mégret, Le droit de la CE, Volume 15: Dispositions générales et finales, 1. Auflage 1987.
- De la différentiation à l'avant-garde, C.D.E. 36 (2000), 301-309.
- L'Union économique et monétaire, in: Commentaire Mégret, Le droit de la CE, Volume 6: Union économique et monétaire – cohésion économique et sociale – politique industrielle et technologique, 2. Auflage 1995, S. 1-165.
- La CIG: vers quelle Europe?, C.D.E. 32 (1996), 249-255.
- Lubmann*, Niklas: Das Recht der Gesellschaft (1993).
- Legitimation durch Verfahren, 4. Auflage 1997.
- Lyons*, Carole: Closer Co-operation and the Court of Justice, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 95-112.
- MacCormick*, Neil: After Sovereignty: Understanding Constitutional Change, King's College Law Journal 9 (1998/99), 20-38.
- Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the "European Commonwealth", in: ders. (Hrsg.): Constructing Legal Systems: "European Union" in Legal Theory (1997), S. 5 ff.
- MacLeod*, Ian/*Hendry*, I.D./*Hyett*, Stephen: The External Relations Law of the European Communities (1996).
- Maillet*, P.: Le pacte de stabilité et de croissance: portée et limites du compromis de Dublin, RMC 1997, 5-12.
- Major*, John: Rede zur künftigen Gestalt Europas, EA 1994, D547-552.

- Mancini, Frederico/Keeling, David*: Democracy and the European Court of Justice, *ML Rev.* 57 (1994), 175 ff.
- Europe: The Case for Statehood, *ELJ* 4 (1998), 29.
- Manin, Philippe*: The Treaty of Amsterdam, *Columbia JEL* 4 (1998), 1-26.
- Marks, G./Scharpf, F./Schmitter, F./Streek, W.* (Hrsg.): Governance in the European Union (1996).
- Martenczuk, Bernd*: Der Europäische Rat und die Wirtschafts- und Währungsunion, *EuR* 1998, 151 ff.
- Die Außenvertretung der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Währungspolitik, *ZaöRV* 59 (1999), 93-107.
 - Die differenzierte Integration in der erweiterten Union: Ausweg oder Irrweg, in: Rupert Scholz (Hrsg.): Europa als Union des Rechts (1999), S. 187-196.
 - Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam, *ZEuS* 1998, 447 ff.
 - Die differenzierte Integration und die föderale Struktur der Europäischen Union, *EuR* 2000, 351-364.
- Martín, José/de Nanclares, Pérez*: La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada, *Revista de derecho comunitario europeo* 1998, 105 ff.
- Maude, Francis*: Networks and Nations: Towards the New Europe, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Die Reform der europäischen Institutionen, *Forum Constitutionis Europae*, Band 3 (2002), S. 27-40.
- Mayer, Franz*: Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 229-282.
- Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung (2000).
- McEldowney, John*: Legal Aspects of Relations Between the United Kingdom and the Scottish Parliament: the Evolution of Subordinate Sovereignty?, in: Dawn Oliver/Gavin Drewrey (Hrsg.): The Law and Parliament (1998), S. 192-200.
- McMahon, Richard*: Maastricht's Third Pillar: Load-Bearing or Purely Decorative?, *Legal Issues of European Integration* 22 (1995), 51-64.
- Mercier, Pierre/Jacot-Guillarmod, Olivier*: La libre circulation des personnes et des services (1991).
- Meyer, Gerhard/Anschütz, Gerhard*: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Auflage 1919.
- Meyring, Bernd*: Die Reform der Bereiche Justiz und Inneres durch den Amsterdamer Vertrag, *EuR* 1999, 309-324.
- Intergovernmentalism and Supranationality: Two Stereotypes for a Complex Reality, *EL Rev.* 22 (1997), 221-247.
- Michael, Lothar*: Die Wiedervereinigung und die europäische Integration als Argumentationstopoi in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 124 (1999), 583-630.
- Milner, Francesco/Kölliker, Alkuin*: How to Make Use of Closer Cooperation?, Working Paper of the European Commission's Forward Studies Unit (2000).
- Missiroli, Antonio*: European Security Policy: The Challenge of Coherence, *EFA Rev.* 6 (2001), 177-196.
- Sicherheitspolitische Kooperation zwischen Europäischer Union und Nato: Der türkische Verdross über die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik, *Integration* 2001, 340-355.

- Mitchell*, J.: What Happened to the Constitution on 1st January 1973?, *Cumbria Law Review* 11 (1980), 69-86.
- Mittag*, Klaus: Die Ungleichzeitigkeit in der Kultur: Wandel des Kulturbegriffs in vier Generationen (1995).
- Mok*, M.: The Interpretation by the European Court of Justice of Special Conventions Concluded Between the Member States, *CML Rev.* 8 (1971), 485-491.
- Möllers*, Christoph: Staat als Argument (2000).
- Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht* (2003), S. 1-58.
- Monar*, Jörg: Das duale System von EG und EPZ/GASP im Test: vorprogrammierte Konfliktszenarien, in: Elfriede Regelsberger (Hrsg.): *Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union* (1993), S. 75-84.
- Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform and the Price of Fragmentation, in *E.L.Rev.* 23 (1998), 320-335.
- Monnet*, Jean: *Mémoires* (1976).
- Monrin*, Jacques-Yvan/*Woehrling*, José: *Les constitutions du Canada et du Québec* (1994).
- Moravcsik*, Andrew/*Nicolaïdes*, Kalypso: Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence, Institutions, *JCMSt.* 37 (1999), 59-85.
- Mörsdorf*, Roland: *Das belgische Bundesstaatsmodell im Vergleich zum deutschen Bundesstaat des Grundgesetzes* (1996).
- Mortelmans*, Kamiel: The Principle of Loyalty to the Community (Article 5 EC) and the Obligations of the Community Institutions, *MJ* 5 (1998), 67 ff.
- Müller-Branddeck-Bocquet*, Gisela: Flexible Integration: eine Chance für die europäische Umweltpolitik?, *Integration* 1997, 292-304.
- Müller-Graff*, Peter-Christian (Hrsg.): *Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres* (1996).
- Einheit und Kohärenz der Vertragsziele von EG und EU, *EuR Beiheft II/1998*, 67-80.
 - EPZ/GASP im System der Europäischen Union: Kohärenzgebot aus rechtlicher Sicht, in: Elfriede Regelsberger (Hrsg.): *Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union* (1993), S. 53-68.
 - The Future of the European Treaties: A Systematic Approach to a Basic Treaty, in: Armin von Bogdandy/Petros C. Mavroidis/Yves Mény: *European Integration and International Co-operation: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann* (2002), S. 331 ff.
- Münch*, Lars: *Die gemeinsame Aktion als Mittel der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik* (1997).
- Murswiek*, Dietrich (Hrsg.): *Staat – Souveränität – Verfassung: Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag* (2000).
- Mussler*, Werner: *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel – Von Rom nach Maastricht* (1997).
- Nanz*, Klaus-Peter: Das Schengener Übereinkommen, *Integration* 1994, 92 ff.
- Der „3. Pfeiler der Europäischen Union“: Zusammenarbeit in der Innen- und Justizpolitik, *Integration* 1992, 126-140.

- Nettesheim*, Martin: Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: Albrecht Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.): Gedenkschrift Eberhard Grabitz (1995), S. 447-468.
- Kompetenzen, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 415-478.
- Neunreither*, Karlheinz: Political Representation in the European Union: A Common Whole, Various Wholes, or Just a Whole?, in: ders./Antje Wiener (Hrsg.): European Integration: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy after Amsterdam (2000), S. 129-149.
- Neuwahl*, Nanette: A Partner With a Troubled Personality: EU Treaty-Making in Matters of CFSP and JHA after Amsterdam, EFA Rev. 3 (1998), 177-195.
- Shared Powers or Combined Incompetence? More on Mixity, CML Rev. 33 (1996), 667 ff.
- Nicolaysen*, Gert: Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, in: Claus Dieter Classen/Armin Dittmann/Frank Fechner/Ulrich Gassner/Michael Kilian (Hrsg.): Festschrift für Thomas Oppermann (2001), S. 187-201.
- Noll*, Gregor: Negotiating Asylum: The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection (2000).
- Nölling*, Philip: Großbritanniens Geldordnung im Konflikt mit der Europäischen Währungsunion (1997).
- O'Keefe*, David: The New Draft External Frontiers Convention and the Draft Visa Regulation, in: Jörg Monar/Roger Morgan (Hrsg.): The Third Pillar of the European Union (1994), S. 135-149.
- ders./Schermers, Henry G. (Hrsg.): Mixed Agreements (1983).
 - The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?, Y.E.L. 11 (1991), 185-219.
- Oeter*, Stefan: Erprobung der konstitutionellen politischen Ökonomie an Einzelfragen: Föderalismus, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.): Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung (1998), S. 119-155.
- Föderalismus, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 59-120.
 - Souveränität und Demokratie als Problem der Verfassungsentwicklung der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 659-712.
- Öblinger*, Theo: Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The *Stufenbau* Doctrine in Present-Day Europe, in: Antero Jyränki (Hrsg.): National Constitutions in the Era of Integration (1997), S. 163-173.
- Omarjee*, Ismaël: Le traité d'Amsterdam et l'avenir de la politique de différenciation en faveur des départements français d'outre-mer, RTD eur. 34 (1998), 515-533.
- Oppermann*, Thomas: Die Deutschen in Brüssel: zur nationalen Präsenz in der EU-Bürokratie, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Die Reform der europäischen Institutionen, Forum Constitutionis Europae, Band 3 (2002), S. 43-58.
- Europarecht, 2. Auflage 1999.
- Ost*, Nina: Flexibilität des Gemeinschaftsrechts: vom Notantrieb zum Vertragsprinzip?, DÖV 1997, 495-503.

- Pache*, Eckhard: Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht, DVBl. 2002, 1154-1167.
- Pahl*, Marc-Oliver: Paul Kirchhof zum Euro, zum Eigentumsrecht und zur Europäischen Union insgesamt, Bericht zum FCE 2/98, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, Forum Constitutionis Europae, Band 2 (2000), S. 59-61.
- Paine*, Thomas: The Rights of Man, Part II (1792), in: ders.: Political Writing, hrsg. von Bruce Kuklick (1989), S. 155-264.
- Passalacqua*, Valeria: Rechtliche und politische Probleme des Stabilitätspakts (2000).
- Patten*, Chris: Not to Use the Giant's Strength, in: Martin Rosenbaum (Hrsg.): Britain and Europe (2001), S. 31 ff.
- Pechstein*, Matthias: Das Kohärenzgebot als entscheidende Integrationsdimension der Europäischen Union, EuR 1995, 247-258.
- ders./Koenig, Christian: Die Europäische Union: die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 3. Auflage 2000.
 - Die Justitiabilität des Unionsrechts, EuR 1999, 1 ff.
 - Erweiterungsfähigkeit der Europäischen Union und europarechtliche Beitrittsvoraussetzungen, in: Klaus Stern (Hrsg.): Zukunftsprobleme der Europäischen Union (1997), S. 163-189.
 - Rechtssubjektivität für die Europäische Union, EuR 1996, 137-144.
- Peers*, Steve: *Caveat Emptor?* Integrating the Schengen *Acquis* into the European Legal Order, C.Y.E.L.S. 2 (1999), 87-123.
- Common Foreign and Security Policy 1999-2000, Y.E.L. 21 (2001), 531-567.
 - EU Justice and Home Affairs Law (2000).
 - Who's Judging the Watchman?: The Judicial System of the Area of Freedom Security and Justice, Y.E.L. 18 (1998), 337-413.
- Pernice*, Ingolf: Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100-120.
- ders./Thym, Daniel: A New Institutional Balance for European Foreign Policy?, EFA Rev. 7 (2002), 369-400.
 - Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205-232.
 - Deutschland in der Europäischen Union, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII (1995), S. 225-280.
 - Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27-43.
 - Die Europäische Verfassung, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.): Tradition und Weltoffenheit des Staates: Festschrift für Helmut Steinberger (2002), S. 1319-1345.
 - Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Thomas Bruha/Joachim Hesse/Carsten Nowak: Welche Verfassung für Europa? (2001), S. 19-40.
 - Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847-859.
 - Elements and Structures of the European Constitution, in: Roberto Miccú/ders. (Hrsg.): The European Constitution in the Making: Challenges and Possible Achievements of the Brussels Constitutional Convention (2003), S. 21-34.

- Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148-193.
 - Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1979).
 - Harmonisation of Legislation in Federal Systems: Federal and Subsidiarity Aspects Revisited, Columbia JEL 2 (1996), 403-420.
 - Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866-876.
 - Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, Die Verwaltung 1989, 1 ff.
 - Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CML Rev. 36 (1999), 703-750.
 - Multilevel Constitutionalism in the European Union, EL Rev. 27 (2002), 511 ff.
 - ders./Hoffmeister, Frank: The Division of Economic Policy Powers between the European Community and its Member States: *Status Quo* and Proposals *De Lege Ferenda*, in: Armin von Bogdandy/Petros C. Mavroidis/Yves Mény: European Integration and International Co-operation: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann (2002), S. 363-382.
 - The European Constitution, in: Sinclair House Debates 16: Europe's Constitution: A Framework for the Future of the Union (2001), S. 18 ff.
 - The Role of National Parliaments in the European Union, in: Dimitris Melissas/ders. (Hrsg.), Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004 (2002), S. 73-93.
- Perrot, Danielle/Miatti, Franck: Les Lapons et les îles Åland dans le quatrième élargissement: contribution à l'étude de la différenciation juridique au sein de la Communauté européenne, RMC 1997, 670-681.
- Pescatore, Pierre: Belgium-Luxembourg Economic Union, in: Rudolf Bernhardt (Hrsg.): Encyclopaedia of Public International Law, Band 6 (1983), 31-34.
- Die Einheitliche Europäische Akte – eine ernsthafte Gefahr für den Gemeinsamen Markt, EuR 1986, 153 ff.
 - External Relations in the Case Law of the ECJ, CML Rev. 16 (1979), 615 ff.
 - Les effets des accords conclus par les organisations internationales: observations de M. Pierre Pescatore, Annuaire de l'Institut de droit international 55 (1973), 544-552
 - Les relations extérieures des Communautés européennes, in: Académie de droit international (Hrsg.): Recueil des cours 103 (1961), S. 1 ff.
 - Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is there an Escape from the Programmed Disaster?, CML Rev. 36 (1999), 387-405.
- Peters, Anne: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas (2001).
- Petersmann, Ernst-Ulrich: Constitutionalism, International Law and "We the Peoples of the United Nations", in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter /Andreas Zimmermann (Hrsg.): Tradition und Weltoffenheit des Staates: Festschrift für Helmut Steinberger (2002), S. 291-313.
- Human Rights in European and Global Integration Law: Principles for Constitutionalizing the World Economy, in: Armin von Bogdandy/Petros C. Mavroidis/Yves Mény: European Integration and International Co-operation: Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann (2002), S. 383 ff.

- Philippart, Eric/Edwards, Geoffrey*: The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union, JCMSt. 37 (1999), 87-108.
- ders./*Sie Dhian Ho, Monica*: Flexibility and Models of Governance for the EU, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 299-336.
- Pitschas, Rainer*: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten (2001).
- Poiares Maduro, Miguel*: Europe and the Constitution: What if this Is as Good as It Gets?, in: Joseph H.H. Weiler/Marlene Wind (Hrsg.): European Constitutionalism Beyond the State (2003), S. 74-102.
- Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights, ELJ 3 (1997), 55-82.
 - We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution (1998).
- Pons Rafols, Xavier*: Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza, Revista de derecho comunitario europeo 2001, 145-195.
- Potacs, Michael*: Nationale Zentralbanken in der Wirtschafts- und Währungsunion, EuR 1993, 23 ff.
- Preuß, Ulrich K.*: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg.): Zum Begriff der Verfassung (1994), S. 7-33.
- Priebe, Reinhard*: Differenzierung und Dezentralisierung in der gemeinsamen Agrarpolitik, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.): Tradition und Weltoffenheit des Staates: Festschrift für Helmut Steinberger (2002), S. 1347-1374.
- Prosi, G.*: Europäische Integration durch Wettbewerb? Eine politisch-ökonomische Analyse, in: G. Radnitzky/H. Bouillon (Hrsg.): Ordnungstheorie und Ordnungspolitik (1991), S. 119-135.
- Quel López, F. Javier*: Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tradato de Niza, Revista de derecho comunitario europeo 2001, 117-144.
- Ratzel, Friedrich*: Der Lebensraum: eine biogeographische Studie (1901).
- Rawlings, Richard*: Concordats of the Constitution, L.Q.R. 116 (2000), 257-286.
- Regelsberger, Elfriede*: Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik nach ‚Nizza‘: begrenzter Reformeifer und außervertragliche Dynamik, Integration 2001, 156-166.
- dies./*Wessels, Wolfgang*: The CFSP Institutions and Procedures: A Third Way for the Second Pillar, EFA Rev. 1 (1996), 29-54.
- Reich, Norbert*: ‘System der subjektiven öffentlichen Rechte’ in the Union: A European Constitution for Citizens of Bits and Pieces, in: European University Institute (Hrsg.): Collected Courses of the Academy of European Law (1995), Band VI-1 (1996), S. 157-236.
- Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law, CML Rev. 29 (1992), 861 ff.
 - Judge-made ‘Europe à la carte’: Some Remarks on Recent Conflicts between European and German Constitutional Law Provoked by the Banana Litigation, EJIL 7 (1996), 103-111.
- Remien, Oliver*: European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, CML Rev. 38 (2001), 53-86.

- Rodenhoff*, Vera: The Aarhus Convention and Its Implications for the 'Institutions' of the European Community, *Review of European Community and International Environmental Law* 11 (2002), 343-357.
- Rodrigues*, Stéphane: Le Traité de Nice et les coopérations renforcées au sein de l'Union européenne, *RMC* 2001, 11-16.
- Rodríguez Iglesias*, Gil Carlos: Gedanken zum Entstehen der Europäischen Rechtsordnung, *NJW* 1999, 1-9.
- Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, *EuGRZ* 1996, 125 ff.
- Rodriguez-Piñero Royo*, Miguel: Flexibility and European Law: A Labour Lawyer's Perspective, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU* (2000), S. 219-236.
- Rosas*, Allan: Mixed Union – Mixed Agreements, in: Martti Koskeniemi (Hrsg.): *International Law Aspects of the European Union* (1997), S. 125-148.
- Rossi*, Matthias: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 Abs. 1 EGV, *EuR* 2000, 197-217.
- Europäisches Parlament und Haushaltsverfassungsrecht (1997).
 - Nationale Staatsangehörigkeit und Sozialleistungen in der EU, *JZ* 2002, 351-353.
- Rousseau*, Jean-Jacques: *Le contrat social* (1762), édition Pourrat 1839.
- Rupperecht*, Reinhard: Justiz und Inneres nach dem Amsterdamer Vertrag, *Integration* 1997, 264 ff.
- Rummel*, Reinhardt: From Weakness to Power with the ESDP, *EFA Rev.* 7 (2002), 453-472.
- Saccomando*, Vincent: Maastricht Treaty's Opt-out Provisions for Denmark Keep EC Intact, *Boston College International & Comparative Law Review* 17 (1994), 223-232.
- Schack*, Heimo: Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam, *ZEuP* 1999, 805-808.
- Schäfer*, Wolf: Ungleichzeitigkeit als Ideologie: Beiträge zur historischen Aufklärung (1994).
- Schake*, Kori: Constructive Duplication: Reducing EU Reliance on US Military Assets, *Centre for European Reform Working Paper* January 2002.
- Scharpf*, Fritz: Regieren in Europa: effektiv und demokratisch? (1999).
- The Problems Solving Capacity of Multi-Level Governance, *Journal of European Politics and Policy* 4 (1997), 520 ff.
- Scharrer*, Hans-Eckart: Abgestufte Integration: eine Einführung, in: Eberhardt Grabitz (Hrsg.): *Abgestufte Integration* (1984), S. 1-30.
- Schäuble*, Wolfgang/Lamers, Karl: Überlegungen zur europäischen Politik (1994).
- Überlegungen zur europäischen Politik II (1999).
- Schauer*, Hans: Europäische Identität und demokratische Tradition: zum Staatsverständnis in Deutschland, Frankreich und Großbritannien (1996).
- Schermers*, Henry G./Waelbroek, Denis: *Judicial Protection in the European Communities*, 4. Auflage 1987.
- Schild*, Joachim: National v. European Identities? French and Germans in the European Multi-Level System, *JCMSt.* 39 (2001), 331-351.
- Schilling*, Theodor: Die Verfassung Europas, *Stw&Stpr* 1996, 387-415.
- Schmidtchen*, Dieter/Cooter, Robert (Hrsg.): *Constitutional Law and Economics of the European Union* (1997).
- Schmitt*, Carl: *Der Begriff des Politischen* (1932; Neudruck 1963).
- *Verfassungslehre* (1928), 8. Auflage 1993.

- Schmitt Glaeser*, Alexander: Souveränität und Vorrang, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 205-228.
- Schneider*, Hans: Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), 1-33.
- Schöllhorn*, Hermann: Der sicherheitspolitische Handlungsrahmen der Europäischen Union: eine Darstellung der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten für operative Maßnahmen der Krisenbewältigung (1996).
- Schönfelder*, Wilhelm/*Thiel*, Elke: Stabilitätspakt und Euro-X-Gremium: die stabilitätspolitische Untermauerung der WWU, Integration 1998, 69-76.
- de Schoutheete*, Philippe: Closer Cooperation: Political Background and Issues in the Negotiation, in: Jörg Monar/Wolfgang Wessels (Hrsg.): The Treaty of Amsterdam (1999).
- Schrauwen*, A.A.M. (Hrsg.): Flexibility in Constitutions: Forms of Closer Cooperation in Federal and Non-Federal Settings (1999).
- Schroeder*, Werner: Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2003), S. 373-414.
- Schreyer*, Michael: Die europäische Finanzverfassung vor der Erweiterung, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, Forum Constitutionis Europae, Band 2 (2000), S. 119-126.
- Schulz*, Otto: Maastricht und die Grundlagen einer Europäischen Sozialpolitik: der Weg - die Verhandlungen - die Ergebnisse - die Perspektiven (1996).
- Schuman*, Robert: Erklärung der französischen Regierung vom 9. Mai 1950 über die Vereinigung der deutschen und der französischen Kohle- und Stahlindustrie, in: C.H.Beck (Hrsg.): Europa-Recht, 12. Auflage 1993, S. 196-197.
- Schumann*, Wolfgang: Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, in: Jan Bergmann/Christofer Lenz (Hrsg.): Eine Kommentierung der Neuerungen des EU- und EG-Vertrages (1998), S. 235-268.
- Schuppert*, Gunnar Folke: Staatswissenschaft (2003).
- Schuster*, Gunnar: Der Sonderstatus Dänemarks im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1993, 177-180.
- Rechtsfragen der Maastrichter Vereinbarungen zur Sozialpolitik, EuZW 1992, 178-187.
- Schwartz*, Ivo: Art. 220 T.C.E., in: Commentaire Mégret, Le droit de la CE, Volume 15: Dispositions générales et finales, 1. Auflage 1987.
- EG-Rechtsetzungsbefugnisse, insbesondere nach Artikel 235 – ausschließlich oder konkurrierend?, EuR 1976 Sonderheft, 27-44.
- Schwarze*, Jürgen (Hrsg.): Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung (2000).
- Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung: Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBl. 1999, 1677-1689.
 - Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, NJW 2002, 993-998.
- Schweitzer*, Michael: GASP und dauernde Neutralität, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Everling, Band II (1995), S. 1379 ff.
- Scott*, Joanne: Flexibility, “Proceduralization”, and Environmental Governance, in: Gráinne de Búrca/dies. (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 259-280.
- Seidel*, Martin: Konstitutionelle Schwächen der Währungsunion, EuR 2000, 861-878.

- Seidl-Hohenveldern*, Ignaz: Das Recht internationaler Organisationen einschließlich supranationaler Gemeinschaften, 6. Auflage 1996.
- Selmayr*, Martin: Die Wirtschafts- und Währungsunion als Rechtsgemeinschaft, AöR 122 (1999), 357-399.
- Semrau*, Stephan: Die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union (1998).
- de la Serre*, Françoise: L'élargissement aux PECO: quelle différenciation?, RMC 1996, 642-647.
- La coopération renforcée, in: Paul Magnette (Hrsg.): La constitution de l'Europe (2000), S. 161-170.
- Shaw*, Jo: Citizenship of the Union: Towards a Post-National Membership?, in: European University Institute (Hrsg.): Collected Courses of the Academy of European Law (1995), Band VI-1 (1996), S. 237.
- Constitutional Settlements and the Citizen after the Treaty of Amsterdam, in: Karlheinz Neunreither/Antje Wiener (Hrsg.): European Integration: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy after Amsterdam (2000), S. 290-317.
 - Constitutionalism and Flexibility in the EU: Developing a Relational Approach, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 337-358.
 - Flexibility in a 'Reorganised' and 'Simplified' Treaty, in: Bruno de Witte (Hrsg.): Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe (2003), S. 183-201.
 - Law of the European Union (1996).
 - Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism, ELJ 9 (2003), 45-68.
 - The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy, ELJ 4 (1998), 63-86.
 - The Treaty of Nice: Legal and Constitutional Implications, European Public Law 7 (2001), 195 ff.
- Simma*, Bruno: Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge (1972).
- Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts (1970).
- Simpson*, Gerald: Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam, EPL 5 (1999), 91-124.
- Smend*, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders.: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. erweiterte Auflage 1994, S. 119-276.
- Smith*, Michael: Diplomacy by Decree: The Legalization of Foreign Policy, JCMSt. 39 (2001), 79-104.
- Smits*, René: The European Central Bank: Institutional Aspects (1997).
- Snyder*, Francis: EMU Revisited: Are We Making a Constitution?, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.): The Evolution of EU Law (1999), S. 417-477.
- The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes and Culture, in: Joseph H.H. Weiler/Marlene Wind (Hrsg.): European Constitutionalism Beyond the State (2003), S. 55-73.
- Sobotta*, Christoph: Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union (2000).
- Stapper*, Volker: Europäische Mikrostaaten und autonome Territorien im Rahmen der EG (1999).
- Stein*, Klaus: Der gemischte Vertrag im Recht der Außenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1986).
- Stein*, Torsten: Rechtsfragen des Eurokorps und der deutsch-französischen Brigade, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 36 (1997), S. 53 ff.

- Steinberg*, Philipp: A Tentative Survey of the Innovations of the Constitution for Europe that Might Impact Upon National Constitutional Law, in: Jacques Ziller (Hrsg.): L'Europea-
nisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe (2003),
S. 139 ff.
- Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene,
EuGRZ 2002, 13-25.
 - Anmerkung zu EuGH: umweltschützende vergabefremde Kriterien (Urteil vom
17.9.2002 – Rs. C-513/99), EuZW 2002, 634-635.
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage 1984.
- Sternberger*, Dolf: Verfassungspatriotismus, in: ders.: Schriften, Band X (1990), S. 13 ff.
- Stram*, Jack: A Europe for its Citizens, Rede am Royal Institute of International Affairs,
London, 27.7.2001 <www.fco.gov.uk> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Streinz*, Rudolf: Europarecht, 5. Auflage 2001.
- Streit*, Manfred E./*Voigt*, Stefan: Toward Ever Closer Union: or Ever Larger? Entry to the
European Union from the Perspective of Constitutional Economics, in: Dieter
Schmidtchen/Robert Cooter (Hrsg.): Constitutional Law and Economics of the
European Union (1997), S. 223-257.
- ders./*Mussler*, Werner: The Economic Constitution of the European Community: From
'Rome' to 'Maastricht', ELJ 1 (1995), 5-30.
- Stubb*, Alexander: A Categorisation of Differentiated Integration, JCMSt. 34 (1996), 283-295.
- Negotiating Flexible Integration in the Amsterdam Treaty, in: Karlheinz
Neunreither/Antje Wiener (Hrsg.): European Integration: Institutional Dynamics and
Prospects for Democracy after Amsterdam (2000), S. 153-174.
- Sutter*, Matthias: Der Stabilitäts- und Wachstumspakt in der Europäischen Währungsunion (2000).
- Taschner*, Hans Claudius: Richtlinie oder internationale Übereinkommen? Rechtsinstrumente
zur Erreichung der Ziele der Europäischen Union (1996).
- Schengen: Die Übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den
Binnengrenzen der EU-Staaten (1997).
- Telò*, Mario: Le constitutionnalisme européen: du XX^e au XXI^e siècle, in: Paul Magnette
(Hrsg.): La constitution de l'Europe (2000), S. 69-78.
- Tezcan*, Ercüment: La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans
le cadre de l'Union européenne et le Traité d'Amsterdam, C.D.E. 34 (1998), 661-681.
- Thoma*, Richard, Das Staatsrecht des Reiches, in: Gerhard Anschütz/ders. (Hrsg.): Handbuch
des Deutschen Staatsrechts, erster Band (1930), S. 69 ff.
- Thun-Hohenstein*, Christian: Der Vertrag von Amsterdam: die neue Verfassung der EU (1997).
- Thym*, Daniel: „A Superpower, not a Superstate“ – Der britische Beitrag zur europäischen
Verfassungsdiskussion, Integration 2001, 356-368.
- Charter of Fundamental Rights: Competition or Consistency of Human Rights
Protection in Europe?, FYBIL XI (2000), 11-36.
 - Der Binnenmarkt und die „Freiheit der Lüfte“, EuR 2003, 277-290.
 - Die Begründung einer europäischen Verteidigungspolitik: Anforderungen des europäischen
und des deutschen Verfassungsrechts, DVBl. 2000, 676-682.

- Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik vor und nach Nizza, WHI Paper 3/2001 <www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/papers/whipapers301/index.htm>.
 - Die verfassungsgebende Gewalt in demokratischen Gesellschaften: Homogenität als Voraussetzung oder Ziel, Volksbegriff, Staat und „civil society“, WHI Paper 1/1997 <www.rewi.hu-berlin.de/WHI/papers/whipapers598/thym.doc>.
 - European Constitutional Theory and the Post-Nice Process, in: Mads Andenas/John Usher (Hrsg.): *The Treaty Of Nice, Enlargement and Constitutional Reform* (2003). S. 147-180.
 - Anmerkung: Strafklageverbrauch bei Einstellung durch die StA: EuGH, Urteil vom 11.2.2003 – verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (*Hüseyin Gözütok und Klaus Brüggé*), NStZ 2003, 334-335.
 - The Schengen Law: A Challenge for Legal Accountability in the European Union, ELJ 8 (2002), 218-245.
 - Zum Wandel der Kriterien europäischer Entscheidungsfindung: vom Binnenmarkt zur politischen Union, in: Anne van Aaken/Stefanie Schmid-Lübbert (Hrsg.): *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht* (2003), S. 47-68.
 - Zur Ausweitung der Niederlassungsfreiheit auf die EU-Beitrittskandidaten, NVwZ 2002, 311-313.
- Tietmeyer*, Hans: Europäische Währungsunion und Politische Union: das Modell mehrerer Geschwindigkeiten, EA 1994, 457-460.
- Tiilikainen*, Teija: To Be or not to Be? An Analysis of the Legal and Political Elements of Statehood in the EU's External Identity, EFA Rev. 6 (2001), 223-241.
- Timmermans*, Christian: Free Movement of Persons and the Division of Powers between the Community and its Member States: Why Do it the Intergovernmental Way?, in: Henry Schermers u.a. (Hrsg.): *The Freedom of Movement of Persons in Europe* (1993), S. 352 ff.
- Tindemans*, Leo: Bericht über die Europäische Union an den Europäischen Rat vom 29. Dezember 1975, EA 1976, D53-84.
- Tomkins*, Adams: Devolution: A Constitutional Imperative?, in: ders. (Hrsg.): *Devolution and the British Constitution* (1998), S. 89-114.
- Tomuschat*, Christian: Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7-63.
- Die Auslegung von „Zwischenländerrecht“ – Bemerkungen zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27.11.1974, DÖV 1975, 453-456.
 - Die auswärtige Gewalt der EWG erhält feste Konturen, EuR 1977, 157-164.
 - Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1-21.
 - Die Rechtsetzungsbefugnisse der EWG in Generalermächtigungen, insbesondere in Art. 235 EWGV, EuR 1976/Sonderheft, 45 ff.
 - Liability for Mixed Agreements, in: David O'Keefe/Henry G. Schermers (Hrsg.): *Mixed Agreements* (1983), S. 125-132.
 - Normenpublizität und Normenklarheit in der Europäischen Union, in: W. Grewe/H. Rupp/H. Schneider (Hrsg.): *Festschrift für Hans Kutscher* (1981), S. 461 ff.
 - The International Responsibility of the European Union, in: E. Cannizzaro (Hrsg.): *The European Union as an Actor in International Relations* (2002), S. 177-191.

- Topornin*, Boris: Föderalismus im zu erneuernden Russland, in: Jutta Kramer (Hrsg.): Föderalismus zwischen Integration und Sezession (1993), S. 99 ff.
- Torrent*, Ramon: Whom is the European Central Bank the Central Bank of? Reaction to Zizioli and Selmayr, CML Rev. 36 (1999), 1229-1241.
- Toth*, A. G.: The Legal Effects of the Protocols Relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Bruns (Hrsg.): The European Union after Amsterdam (1998), S. 227-252.
- Toulemon*, Robert: Kerneuropa: deutsch-französische Aktionsgemeinschaft in Sicht?, Integration 1995, 61-67.
- Quelle constitution pour quelle Europe, RMC 2001, 293-304.
- Tridimas*, Takis: The General Principles of EC Law (1999).
- Tsatsos*, Dimitris (Hrsg.): Verstärkte Zusammenarbeit, flexible Institutionen oder Gefährdung der Integration? (1999).
- Tuytschaever*, Filip: Differentiation in European Union Law (1999).
- EMU and the Catch-22 of EU Constitution-Making, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 173-196.
- Urrea Corres*, Mariola: La cooperación reforzada en la Unión europea (2002).
- Usber*, John A.: Flexibility and Enhanced Cooperation, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Bruns (Hrsg.): The European Union after Amsterdam (1998), S. 253-271.
- Economic and Monetary Union: A Model for Flexibility?, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39-50.
 - Variable Geometry or Concentric Circles: Patterns for the European Union, International and Comparative Law Quarterly 46 (1997), 243 ff.
- Uyttendaele*, Marc: Regards sur un système institutionnel paradoxal: précis de droit public belge (1997).
- de Vattel*, M.: Droit des gens ou principes de la loi naturelle (1758), Tomé premier, Ausgabe 1852.
- Vedder*, Christoph: Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, EuR Beiheft 1/1999, 7-41.
- Verdross*, Alfred/*Simma*, Bruno: Universelles Völkerrecht, 3. Auflage 1984.
- Verhofstadt*, Guy: A Vision for Europe, Rede am European Policy Centre, Brüssel, 21.9.2000 <www.theepc.be> und <www.europa.eu.int/futurum>.
- Vibert*, Frank: British Constitutional Reform and the Relationship with Europe, in: Robert Hazell (Hrsg.): Constitutional Futures (1999), S. 47-66.
- Vignes*, Daniel: Et si Amsterdam avait fait encore une autre chose de bien: permettre de réaliser la politique de défense commune, RMC 1999, 77-83.
- La convention des Nations Unies sur le droit de la mer serait-elle un regrettable accord mixte? La Communauté l'a pourtant conclue, in: Marianne Don (Hrsg.): Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Band I (1999), S. 683-694.
 - La PESC « cru 1997 »: ses nouveautés et ses perspectives, in: Études de droit (Hrsg.): Le traité d'Amsterdam et les perspectives d'évolution de l'Union européenne (1997), S. 51-73.
 - Nice: une vue apaisée, RMC 2001, 81-84.
 - Une notion ambiguë: la mise en application provisoire des traités, AFDI 1972, 181-199.

- Graf Vitzthum*, Wolfgang: Die Identität Europas, EuR 2002, 1-16.
- Vogel*, Klaus: Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit (1964).
- Vranes*, Erich: The “Internal” External Relations of EMU – on the Legal Framework of the Relationship of “In” and “Out” States, Columbia JEL 6 (2000), 361-382.
- Waelbroeck*, Michel: La constitution européenne et les interventions des états-membres en matière économique, in: In Orde – Liber Amicorum Pieter VerLoren van Themaat, (1982), S. 331-338.
- Wagner*, Eckart: The Integration of Schengen into the Framework of the European Union, Legal Issues of European Integration 25 (1998), Heft 2, 1-60.
- Walker*, Neil: Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution?, Public Law 2000, 384-404.
- Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 9-30.
 - Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union, ELJ 4 (1998), 355-388.
- Wallace*, Helen: Flexibility: A Tool of Integration or a Restraint von Disintegration?, in: Karlheinz Neunreither/Antje Wiener (Hrsg.): European Integration: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy after Amsterdam (2000), S. 175-191.
- Walter*, Christian: Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1-13.
- Ward*, Angela: The Limits of Uniform Application of Community Law and Effective Judicial Review, in: Claire Kilpatrick/Tonia Novitz/Paul Skidmore (Hrsg.): The Future of Remedies in Europe (2000), S. 213-227.
- Ward*, Ian: Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination, ELJ 7 (2001), 24-40.
- Law and the Other Europeans, JCMSt. 35 (1997), 79-96.
- Wassenberg*, Philipp: Das Eurokorps (1999).
- Watson*, Philippa: Social Policy after Maastricht, CML Rev. 30 (1993), 481-513.
- Weatherhill*, Stephen: ‘If I’d Wanted You to Understand I Would Have Explained It Better’: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam, in: David O’Keeffe/Patrick Twomey (Hrsg.): Legal Issues of the Amsterdam Treaty (1999), S. 21-40.
- Finding Space for Closer Co-operation in the Field of Culture, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): Constitutional Change in the EU (2000), S. 237-258.
 - Safeguarding the *Acquis Communautaire*, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Bruns (Hrsg.): The European Union after Amsterdam (1998), S. 153-178.
- Weber*, Albrecht: Die Währungsunion: Modell für ein Europa mehrerer Geschwindigkeiten, in: ders. (Hrsg.): Festschrift für Hugo J. Hahn (1997), S. 273-283.
- Weiler*, Joseph H.H.: “We Will Harken ...”: The Reformation of European Constitutionalism, in: ders.: The Constitution of Europe (1999), S. 221-237.
- Der Staat „über alles“: Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, JÖR N.F. 44 (1996), 91-135.

- Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision, *ELJ* 1 (1995), 219-258.
 - European Democracy and its Critics: Polity and System, in: ders.: *The Constitution of Europe* (1999), S. 264-285.
 - In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional *Sonderweg*, in: ders./Marlene Wind (Hrsg.): *European Constitutionalism Beyond the State* (2003), S. 7-26.
 - Reformation of European Constitutionalism, *JCMSt.* 35 (1997), 97 ff.
 - *The Constitution of Europe* (1999).
 - The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.): *Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, Forum Constitutionis Europae, Band 2* (2000), S. 95-110.
 - The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal Principle, in: ders.: *The Constitution of Europe* (1999), S. 130-187.
 - Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals – A Critique, *EJIL* 3 (1992), 65-91.
 - To Be a Citizen: Eros and Civilization, in: ders.: *The Constitution of Europe* (1999), S. 324-357.
- Weinstock, Ulrich*: Nur *eine* europäische Umwelt? Europäische Umweltpolitik im Spannungsverhältnis von ökologischer Vielfalt und ökonomischer Einheit, in: Eberhardt Grabitz (Hrsg.): *Abgestufte Integration* (1984), S. 301-343.
- Weiss, Friedl*: Greenland's Withdrawal from the European Communities, *EL Rev.* 10 (1985), 173 ff.
- Wessel, Ramses A.*: Revisiting the International Legal Status of the European Union, *EFA Rev.* 5 (2000), 507-537.
- The EU as a Black Widow: Devouring the WEU to Give Birth to a European Security and Defence Policy, in: Vincent Kronenberger (Hrsg.): *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony* (2001), S. 405-434.
 - The International Legal Status of the European Union, *EFA Rev.* 2 (1997), 109-129.
 - The Multi-Level Constitution of European Foreign Relations, in: Bruno de Witte (Hrsg.): *The Emerging Constitution of the European Union* (2004 im Erscheinen).
- Wessels, Wolfgang*: Die Vertragsreform von Nizza: zur institutionellen Erweiterungsreife, *Integration* 2001, 8-25.
- Weyland, I.*: The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law: The Supremacy Puzzle Resolved, *Law and Philosophy* 2002, 1-37.
- Whiteford, E.*: Social Policy after Maastricht, *EL Rev.* 18 (1993), 202 ff.
- Wicks, Elizabeth*: A New Constitution for a New State? The 1707 Union of England and Scotland, *L.Q.R.* 117 (2001), 109-126.
- Wiedmann, Thomas*: Der Vertrag von Nizza: Genesis einer Reform, *EuR* 2001, 185 ff.
- Wiener, Antje*: Forging Flexibility: The British 'No' to Schengen, *ARENA Working Paper* Nr. 1/2000.
- The Embedded *Acquis Communautaire*: Transmission Belt and Prism of Governance, in: Karlheinz Neunreither/dies. (Hrsg.): *European Integration: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy after Amsterdam* (2000), S. 318-341.
- de Wijk, Rob*: Convergence Criteria: Measuring Input or Output, *EFA Rev.* 5 (2000), 397-417.

- Wind*, Marlene: The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-Medieval Europe?, in: Joseph H.H. Weiler/dies. (Hrsg.): *European Constitutionalism Beyond the State* (2003), S. 103-133.
- Winterton*, George: The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-Examined, *L.Q.R.* 92 (1976), 591-617.
- de Witte*, Bruno: "Old Flexibility": International Agreements Between Member States of the EU, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU* (2000), S. 31-58.
- ders./*Hanf*, Dominique/*Vos*, Ellen (Hrsg.): *The Many Faces of Differentiation in EU Law* (2001).
 - The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Bruns (Hrsg.): *The European Union after Amsterdam* (1998), S. 51 ff.
- Worre*, Torben: First No, then Yes: The Danish Referendums on the Maastricht Treaty 1992 and 1993, *JCMSt.* 33 (1995), 235-257.
- Wouters*, Jan: Institutional and Constitutional Challenges for the European Union: Some Reflections in the Light of the Treaty of Nice, *EL Rev.* 26 (2001), 342-356.
- Wuermeling*, Joachim: *Kooperatives Gemeinschaftsrecht* (1988).
- Yataganas*, Xenophon: The Treaty of Nice: The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union: A Continental Perspective, *ELJ* 7 (2001), 242-291.
- Zable*, Henrik: Danish Nationality Law, in: Bruno Nascimbene (Hrsg.): *Nationality Laws in the European Union – le droit de la nationalité dans l'Union européenne* (1996), S. 183-199.
- Zilioli*, Chiara/*Selmayr*, Martin: The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law, *CML Rev.* 37 (2000), 591-644.
- The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects, *CML Rev.* 36 (1999), 273-349.
- Ziller*, Jacques: Flexibility and the Geographical Scope of EU Law, in: Gráinne de Búrca/Joanne Scott (Hrsg.): *Constitutional Change in the EU* (2000), S. 113-132.
- Zimmermann*, Andreas: Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, *NVwZ* 1998, 450.
- Staatennachfolge in völkerrechtlichen Verträgen (2000).
- Zivier*, Ernst: *Der Rechtsstatus des Landes Berlin* (1987).
- Zuleeg*, Manfred: Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, *ZEuP* 1 (1993), 475-497.
- Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, *VVDStRL* 53 (1994), 154-201.
 - Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, *NJW* 2000, 2846 ff.
 - Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht* (2003), S. 931-958.
 - Rechtsangleichung innerhalb und außerhalb der Europäische Gemeinschaft, *ZEuP* 7 (1998), 506-520.
 - Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, *Integration* 1988, 103-111.
- Zürn*, Michael: *Regieren jenseits des Nationalstaats* (1998).
- de Zwaan*, Jaap: Opting In and Opting Out of Rules Concerning the Free Movement of Persons: Problems and Practical Arrangements, *C.Y.E.L.S.* 1 (1998), 107-124.

ISBN 3-8329-0511-1



9 783832 905118