

PDF-Version der Druckfassung von:

## **Daniel Thym: Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht.**

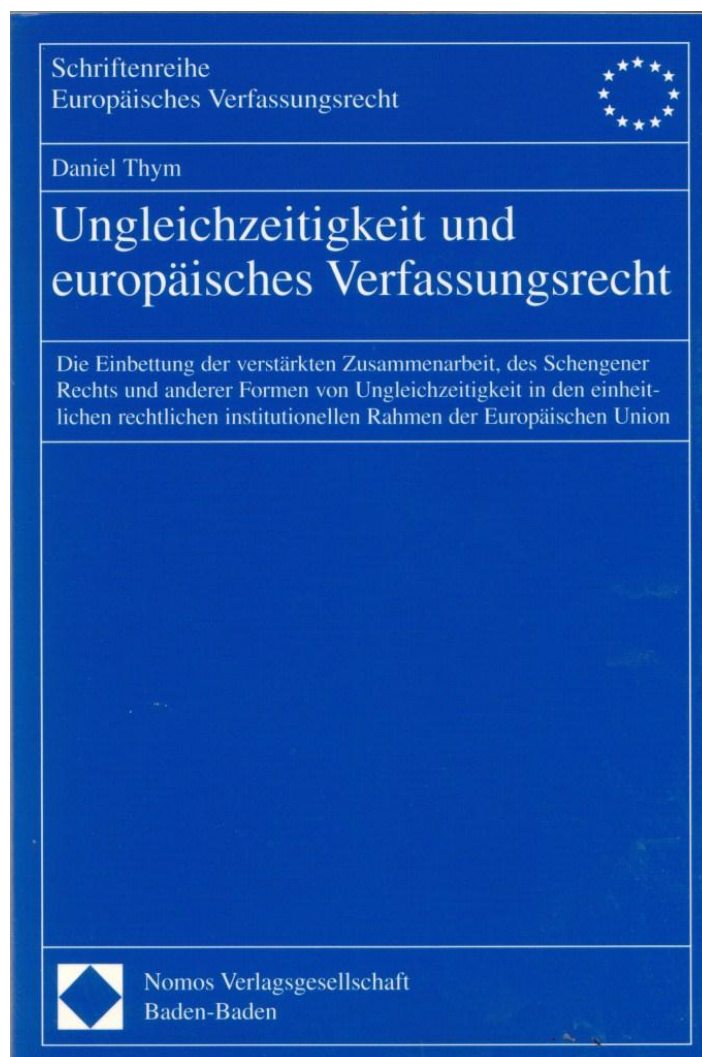
Die Einbettung des Schengener Rechts, der verstärkten Zusammenarbeit und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union

### **Nomos: Baden-Baden, 2004.**

ISBN 3832905111

Die Veröffentlichung der Originaldateien erfolgt mit Zustimmung des Verlags.

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



## Kapitel 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“<sup>1</sup>. 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 Rechtssinn<sup>2</sup>. 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 müssen<sup>3</sup>. 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

---

<sup>1</sup> EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

<sup>2</sup> Hierzu Kapitel 11 II (S. 324 ff.).

<sup>3</sup> 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.“<sup>4</sup> 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“<sup>5</sup> und *Constantinesco* bedauert die Gefährdung der „principes d’unité et d’uniformité que la logique de la coopération renforcée contredit par nature“<sup>6</sup>. 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,

<sup>4</sup> *D. Curtin*, *Pieces*, CML Rev. 30 (1993), 17/67.

<sup>5</sup> *S. Weatherhill*, *Cooperation*, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 22.

<sup>6</sup> *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 trägt<sup>7</sup>.

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)“<sup>8</sup>. Die Argumentation *von Buttlars* gründet in erster Linie auf dem Wortlaut der Verträge<sup>9</sup> 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 bewahren<sup>10</sup>. Diese Argumente haben *Hanf*, *Becker* und *Tuyschaever* bereits überzeugend zurückgewiesen<sup>11</sup>. 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 suggeriert<sup>12</sup>. 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 zukommt<sup>13</sup>. Die Einbettung von Ungleichzeitigkeit in

<sup>7</sup> Hierzu auch zusammenfassend Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

<sup>8</sup> *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.“

<sup>9</sup> *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...“

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.“

<sup>12</sup> Näher Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

<sup>13</sup> 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 werden<sup>14</sup>. Mit der nahezu einhelligen Auffassung der Literatur ist der außervertragliche Charakter von ungleichzeitigem Europarecht daher zurückzuweisen<sup>15</sup>. 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.”<sup>16</sup>

## 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“<sup>17</sup>. 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

<sup>14</sup> Hierzu Kapitel 2 III (S. 62 ff.). Diese Sicht konzipiert als Möglichkeit auch *von Buttlar* ebd. 684.

<sup>15</sup> *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.

<sup>16</sup> *R. Torrent*, ECB, CML Rev. 36 (1999) 1229/1233.

<sup>17</sup> 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“ begründete<sup>18</sup>. Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Staatshaftungsansprüchen<sup>19</sup>, der Begrenzung der nationalen Verfahrensautonomie bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht<sup>20</sup> und dem Verwerfungsmopol des Gerichtshofs für Sekundärrecht<sup>21</sup> 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-

<sup>18</sup> 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 – *Simmethal*: „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 *Rechtsanwendungsgleichheit* 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).

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-6 & 9/90, Slg. 1991 I-5357 Rz. 32 – *Franco*: „volle Wirkung dieser Bestimmungen gewährleisten“.

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> 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 Vertragsrecht<sup>22</sup>. 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 einräumt<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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).“<sup>24</sup> Schon aus der Formulierung der Vorschrift ergibt sich, dass es sich um eine Vorgabe handelt, deren Beachtung in erster Linie den politischen Organen überantwortet ist<sup>25</sup>. 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 Zusammenarbeit<sup>26</sup> und die grundsätzlich unveränderte Zusammensetzung und Beschlussfassung der europäischen Organe bei Ungleichzeitigkeit dienen insofern als eine prozedurale Sicherung des Kohärenzgebots<sup>27</sup>. 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 Betracht<sup>28</sup>.

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 Sicherheitspolitik<sup>29</sup>. 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 übertragen<sup>30</sup>. 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.

<sup>24</sup> Entsprechend nunmehr Art. III-329 VVE-E.

<sup>25</sup> Art. 45 EUV: „Der Rat und die Kommission stellen (die Kohärenz) sicher ... und arbeiten entsprechend zusammen“ (eigene Hervorhebung).

<sup>26</sup> Kapitel 2 II (S. 47 ff.).

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Siehe schon Kapitel 2 III 7 (S. 72 f.).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.“<sup>31</sup> In dieser besonderen Anordnung ist mit *Becker* und *Hatje* eine Ausnahme von der *lex posterior*-Regel zu sehen<sup>32</sup>. 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 Gemeinschaftsrechts<sup>33</sup>. Eine nachträgliche Ungleichzeitigkeit kann nur durch die formelle Aufhebung des gleichzeitigen Rechtsakts und die nachfolgende Verabschiedung eines Grundbeschlusses zur Errichtung einer verstärkten Zusammenarbeit begründet werden<sup>34</sup>.

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 Verfahren<sup>35</sup>. Alternativ wird teilweise argumentiert, dass die Verabschiedung eines gleichzeitigen

<sup>31</sup> 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“.

<sup>32</sup> *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“.

<sup>33</sup> 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*.

<sup>34</sup> Hierzu Kapitel 8 I 5 (S. 244 ff.).

<sup>35</sup> So, ohne abschließende Entscheidung, *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/74 f.: „Le déclen-“

Rechtsakts die verstärkte Zusammenarbeit überlagere und implizit beende<sup>36</sup>. 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 Gegenteil<sup>37</sup>. Im Konfliktfall wird der Gerichtshof mögliche „grey areas that overlap between full Community cooperation and closer Member State cooperation“<sup>38</sup> 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 Ungleichzeitigkeit<sup>39</sup>.

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 warten<sup>40</sup>. 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.“

<sup>36</sup> So insbesondere *C. von Buttlar*, Nizza, ZEuS 2001, 649/685 f.

<sup>37</sup> 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.).

<sup>38</sup> *G. Simpson*, Asylum, EPL 5 (1999), 91/115.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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 erstrecken<sup>42</sup>. Als nach der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam und vor dessen Inkrafttreten zwei weitere Richtlinien angenommen wurden, wurde dies Verfahren wiederholt<sup>43</sup>. 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 aus<sup>44</sup>. 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*<sup>45</sup>. Soweit ungleichzeitige Kompetenzgrundlagen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einschlägig sind, ist nach allgemeinen Regeln der Rückgriff auf eine gleichzeitige

<sup>41</sup> Europäischer Rat in Amsterdam am 16./17.6.1997, Schlussfolgerungen des Vorsitzes.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> 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.“

<sup>45</sup> 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 unterblieben<sup>46</sup>. 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 führen<sup>47</sup>. 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 werden<sup>48</sup>. 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 kann<sup>49</sup>. 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 beeinträchtigt<sup>50</sup>.

Umgekehrt bedeutet die grundsätzliche Irrelevanz des Aspekts der Ungleichzeitigkeit für die Abgrenzung der Rechtsgrundlagen auch, dass die Anwendung einer gleichzeitigen Rechts-

<sup>46</sup> 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.).

<sup>47</sup> So auch *Hanf* ebd. 324 ff. und ebenso zur Währungsunion *J. Usher*, EMU, C.Y.E.L.S. 1 (1998), 39/40.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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 beteiligen<sup>51</sup>. 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 wurden<sup>52</sup>. 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 beachten<sup>53</sup>. 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 verstoßen<sup>54</sup>.

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 umfasst<sup>55</sup>. Eine verstärkte Zusammenarbeit innerhalb einer verstärkten Zusammenarbeit zur Modifikation eines bereits ungleichzeitig geltenden Rechtsakts ist ebenso unzulässig wie der teilweise

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.).

<sup>54</sup> Hierzu bereits Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

<sup>55</sup> Näher Kapitel 3 II 2 b (S. 94 f.).

Beitritt eines *out* zu einer verstärkten Zusammenarbeit<sup>56</sup>. Auch der umfassende oder teilweise Austritt eines *in* ist nicht vorgesehen<sup>57</sup>. 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 werden<sup>58</sup>.

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 teilhaben<sup>59</sup>. 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

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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; *Calliess/Ruffert-M Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 12; *C. Thun-Hohenstein*, Amsterdam (1997), S. 126.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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“ begründet<sup>60</sup>. 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*.“<sup>61</sup> 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-

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> *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 wird<sup>62</sup>.

#### *Vorrangiger Versuch der gleichzeitigen Rechtssetzung*

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.“<sup>63</sup> 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 muss<sup>64</sup>. 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 sieht<sup>65</sup>. 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 entscheiden<sup>66</sup>. Die Vertragsbestimmungen zu Ungleichzeitigkeit umfassen zahlreiche prozedurale Garantien, die sicherstellen, dass die europäischen Organe die Zweckmäßigkeit einer ungleichzeitigen Kompetenzwahrnehmung überprüfen<sup>67</sup>. Der Gerichtshof sollte den Ausgang

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Auf die konkreten Anforderungen dieser Bestimmung wurde bereits hingewiesen; Kapitel 2 II 1 c (S. 52 ff.).

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> *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.“

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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 umfasst<sup>68</sup>, 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 Rechtswirkungen<sup>69</sup>. 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 Geschwisterrecht<sup>70</sup>. 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.“<sup>71</sup> 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

---

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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).

<sup>70</sup> Siehe Kapitel 8 I 1 (S. 234 ff.).

<sup>71</sup> Allgemein hierzu Kapitel 2 III 1 (S. 63 ff.).

„behindern“<sup>72</sup> und bei einer konstruktiven Enthaltung alles unterlassen, was „dem auf diesem Beschluss beruhenden Vorgehen der Union zuwiderlaufen oder es behindern könnte“<sup>73</sup>. 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 EGV<sup>74</sup>. 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* sicherstellen<sup>75</sup>.

### 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 obliegt<sup>76</sup>. 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 EGV<sup>77</sup>. 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 verhindern<sup>78</sup>. 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.

<sup>72</sup> 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.“

<sup>73</sup> Art. 23 I UAbs.2 S.2 EUV; allgemein hierzu Kapitel 5 I (S. 151 ff.).

<sup>74</sup> 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“.

<sup>75</sup> Näher Kapitel 9 I 3 (S. 280 ff.).

<sup>76</sup> Kapitel 2 II 1 d (S. 54 ff.) und Kapitel 3 II 2 (S. 92 ff.).

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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.“<sup>79</sup> Auch die Vertreter des Integrationskonzepts des Europa *à la carte* stellen regelmäßig die erreichte Binnenmarktintegration nicht in Frage und wollen Ungleichzeitigkeit nur jenseits derselben erlauben<sup>80</sup>. 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 ist<sup>81</sup>. 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 aufweisen<sup>82</sup>. 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 auf<sup>83</sup>. 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-

---

<sup>79</sup> *J. Janning*, Geschwindigkeiten, EA 1994, 527/534.

<sup>80</sup> Kapitel 1 II 1 (S. 29 ff.).

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> KOM(2001) 386.

<sup>83</sup> 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.“<sup>84</sup> 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.“<sup>85</sup> 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.“<sup>86</sup> Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents streicht nunmehr zwar den Verweis auf die Grundfreiheiten, bewirkt aber im Ergebnis keine andere Rechtslage<sup>87</sup>.

Aufgrund dieses Zusammenspiels sollte das „achte Gebot“ als Verpflichtung der verstärkten Zusammenarbeit auf die Grundfreiheiten des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs-

<sup>84</sup> *S. Rodrigues*, Nice, RMC 2001, 11/14. Ihm allgemein folgend *Calliess/Ruffert-M. Ruffert*, Art. 43 EUV Rn. 16.

<sup>85</sup> *S. Bär/I. von Homeyer/A. Kläsing*, Fit?, EEL Rev 2001, 212/218.

<sup>86</sup> Erste Hälfte des Zitats aus Art. 14 II EGV; die beiden abschließenden Wörter aus Art. 43 lit.e EUV.

<sup>87</sup> 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 beachten<sup>88</sup>. 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.“<sup>89</sup> 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 Materie<sup>90</sup>. 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 sind<sup>91</sup>. E-

<sup>88</sup> 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.).

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999 I-6207 Rz. 40 – *Wijsenbeek*.

<sup>90</sup> Näher Kapitel 8 I 3 (S. 238 ff.).

<sup>91</sup> 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.“<sup>92</sup> 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 entsprechend<sup>93</sup>.

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“<sup>94</sup> 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.

<sup>92</sup> 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.“

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> *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.“<sup>95</sup> 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 haben<sup>96</sup>. 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 ist<sup>97</sup>. Der Gerichtshof hat diese Frage vielmehr mehrfach offen gelassen und es vorgezogen, alternativ auf den allgemeinen Gleichheitssatz als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze abzustellen<sup>98</sup>. 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

---

<sup>95</sup> *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 33.

<sup>96</sup> Zur Bindung völkerrechtlicher Kooperationen an Art. 12 EGV Kapitel 10 II 2 b (2) (S. 311 ff.).

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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 Mitgliedstaaten<sup>99</sup> 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 betrachtet<sup>100</sup>. 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 EGV<sup>101</sup>. 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.“<sup>102</sup> Für *Bradley* ist es „the essence of (closer cooperation) to treat nationals of participating Member States differently from those of non-participating Member States.“<sup>103</sup>

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 verpflichtet<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> Art. 11 I lit.c EGV (1997).

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.“

<sup>102</sup> *Tuyschaever* ebd. 57.

<sup>103</sup> *K. Bradley*, *Nice*, *CML Rev.* 38 (2001), 1095/1116.

<sup>104</sup> 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 Anwendung<sup>105</sup>.

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 werden<sup>106</sup>. 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 sind<sup>107</sup>. 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.

<sup>105</sup> 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.“

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> 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 Staatsangehörigkeit<sup>108</sup>.

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 messen<sup>109</sup>. 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 begründet<sup>110</sup>. 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.“<sup>111</sup>

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> 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.“

<sup>110</sup> 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*.

<sup>111</sup> 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 derselben<sup>112</sup>. 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 Unionsbürger<sup>113</sup>.

## 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“<sup>114</sup> 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 betrachtet<sup>115</sup>. 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.“

<sup>112</sup> 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.“

<sup>113</sup> Näher in verfassungstheoretischer Perspektive Kapitel 12 III 1 (S. 363 ff.).

<sup>114</sup> *F. Tinyschaever*, *Differentiation* (1999), S. 31.

<sup>115</sup> *C. Calliess*, *Subsidiarität*, 1. Aufl. 1996, S. 167 ff.

gen beziehen sich insoweit nicht auf Ungleichzeitigkeit<sup>116</sup>. 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 auf<sup>117</sup>. 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).“<sup>118</sup>

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.“<sup>119</sup> 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.“<sup>120</sup> Im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (1997) und der Rechtspraxis der Organe wurde diese differenzierte Sicht allerdings nicht aufgegriffen<sup>121</sup>. Auch der entsprechende Anhang zum Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents geht hierauf nicht ein<sup>122</sup>.

Nach der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit haben insbesondere *Bribosia* und *Tnytschaever* umfassend dargelegt, inwieweit das Subsidiaritätsprinzip im Lichte von Ungleichzeitigkeit eine modifizierende Auslegung erfahren könnte. Sie erwägen vor allem eine „Subjektivierung“<sup>123</sup> 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

<sup>116</sup> Zur gleichzeitigen Rechtfolgendifferenzierung Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

<sup>117</sup> *C. Calliess*, Subsidiarität, 2. Aufl. 1999, S. 207-220.

<sup>118</sup> Zitate nach Groeben/Thiesing/Ehlermann-M. *Zuleeg*, Art. 3b EGV Rn. 23; entsprechend *R. v. Borries*, Subsidiaritätsprinzip, EuR 1994, 263/278.

<sup>119</sup> *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.“

<sup>120</sup> Europäischer Rat in Edinburgh am 11./12.12.1992, Erklärung über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; zitiert nach *F. Tnytschaever*, 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.“

<sup>121</sup> Zur Praxis der Organe die Analyse bei *H. Bribosia*, Différenciation, C.D.E. 36 (2000), 57/113.

<sup>122</sup> Siehe das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

<sup>123</sup> *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“<sup>124</sup>. 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 erfordert<sup>125</sup>.

*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.“<sup>126</sup> *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.“<sup>127</sup>

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 Gemeinschaftspolitiken<sup>128</sup>. 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-

<sup>124</sup> *S. Weatherhill*, Cooperation, in: O’Keeffe/Twomey (1999), S. 37.

<sup>125</sup> Umfassend *Bribosia* ebd. 111 ff. und *F. Tuyschaever*, Differentiation (1999), S. 240 ff.

<sup>126</sup> *Tuyschaever* ebd. 241; im Ergebnis ebenso *Bribosia* ebd. 114.

<sup>127</sup> *Bribosia* ebd. 113.

<sup>128</sup> 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 sei<sup>129</sup>. Man kann im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit insoweit von einer „forme particulière de subsidiarité“ sprechen<sup>130</sup>. 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 nicht<sup>131</sup>.

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 erfahren<sup>132</sup>. Auch die Rechtswirkungen ungleichzeitigen Europarechts sind aufgrund allgemeiner Erwägungen zu ermitteln und entsprechen – abgesehen vom eingeschränkten geographischen Geltungsbereich – grundsätzlich denjenigen

<sup>129</sup> Näher Kapitel 3 II 1 (S. 90 ff.).

<sup>130</sup> So V. Constantinesco, *Coopération*, RTD eur. 33 (1997), 751/754.

<sup>131</sup> 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.“

<sup>132</sup> 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 Geschwisterrechts<sup>133</sup>. 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“<sup>134</sup> in Frage stellt. Ungleichzeitigkeit bewirke im Hinblick auf den *acquis* eine „tendency of individualization“<sup>135</sup> und beinhalte ein „hijacking“<sup>136</sup> 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 modifiziert<sup>137</sup>.

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 beteiligt<sup>138</sup>. Zeitlich befristete Übergangsbestimmungen ändern nicht den „all-or nothing effect“<sup>139</sup> 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-

<sup>133</sup> Hierzu bereits Kapitel 8 I 2 (S. 236 f.).

<sup>134</sup> E. Vranes, In/Out, Columbia JEL 6 (2000), 361/381.

<sup>135</sup> C. Delcourt, Acquis, CML Rev. 38 (2001), 829/862.

<sup>136</sup> D. Curtin, Pieces, CML Rev. 30 (1993), 17/67.

<sup>137</sup> 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*“.

<sup>138</sup> Hierzu bereits Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

<sup>139</sup> 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 müssen<sup>140</sup>. 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.“<sup>141</sup> 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 werden<sup>142</sup>. 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 werden<sup>143</sup>. 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 bringt<sup>144</sup>. 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 kann<sup>145</sup>. 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 könnte<sup>146</sup>.

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

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> Zum Teilnahmeverfahren Kapitel 2 II (S. 47 ff.). Ebenso *X. Pons Rafols*, Niza, Rev.der.com.eur. 2001, 145/166.

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> Hierzu bereits Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).

<sup>145</sup> 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.“

<sup>146</sup> Näher Kapitel 3 IV (S. 114 ff.).



auf diese Mitgliedstaaten und gewähren damit den neuen Mitgliedstaaten keine Wahlfreiheit für oder gegen die Teilnahme<sup>147</sup>. In der Währungsunion unterfallen neue Mitgliedstaaten bis zur Erfüllung der Konvergenzkriterien zwar dem ungleichzeitigen Sonderregime für Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung<sup>148</sup>. 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 besitzt<sup>149</sup>. 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 Primärrecht<sup>150</sup>. 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 einschränkt<sup>151</sup>. 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 wollten<sup>152</sup>. Seinerzeit bestand innerhalb der Gemeinschaft jedoch noch keine Ungleichzeitigkeit. Die bestehende Ungleichzeitigkeit würde nunmehr das politische Gewicht der Forderung nach Un-

---

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> Hierzu Kapitel 4 I 4 (S. 139 ff.).

<sup>149</sup> Siehe Kapitel 4 I 1 (S. 132 ff.).

<sup>150</sup> Ausdrücklich EuGH, Rs. 31 & 35/86, Slg. 1988, 2185 Rz. 12 – *LALISA* sowie bereits Kapitel 1 I 1 (S. 23 ff.).

<sup>151</sup> 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.

<sup>152</sup> 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 stützen<sup>153</sup>. 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*“<sup>154</sup> des Vertrags von Amsterdam oder gar als europäisches „Strukturprinzip der Zukunft“<sup>155</sup> bezeichnet. Infolge seiner „*reconnaissance pour ne pas dire sa constitutionnalisation*“<sup>156</sup> entwickle sich Ungleichzeitigkeit zu „one of the organising principles of the Community legal order“<sup>157</sup>. 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 werde<sup>158</sup>. 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-

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> Editorial Comments, Amsterdam, CMLRev. 34 (1997), 767/768; E. Wagner, Schengen, LIEI 25/2 (1998), 1/33: „*leitmotif* of the Treaty“.

<sup>155</sup> G. Müller-Brandeck-Bocquet, Umweltpolitik, Integration 1997, 292/295.

<sup>156</sup> 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“.

<sup>157</sup> A. Dashwood, Enlargement, in: ders. (1996), S. 145/158; ähnlich Pons Rafols ebd.: „nuevo principio en el sistema comunitario“.

<sup>158</sup> 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 werden<sup>159</sup>.

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 treffen<sup>160</sup>.

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.

---

<sup>159</sup> 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.).

<sup>160</sup> 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 Unionsstreue 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.